



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht?

Wissenschaftsschranken nach dem
„Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform

Benjamin Bajon

Benjamin Bajon

Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht?

Wissenschaftsschranken nach dem
„Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

Erstberichterstatter:	Prof. Dr. Thomas Hoeren
Zweitberichterstatter:	Prof. Dr. Rainer Kuhlen
Dekan:	Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang
Tag der mündlichen Prüfung:	24.11.2009

Benjamin Bajon

Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht?



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 3

Benjamin Bajon

Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht?

Wissenschaftsschranken nach dem
„Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Benjamin Bajon

„Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht? Wissenschaftsschranken nach dem „Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 3

© 2010 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.com

ISBN 978-3-8405-0019-0 (Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-86479455181 (elektronische Version)

© 2010 Benjamin Bajon

Alle Rechte vorbehalten

Satz: Pamela Lampel

Umschlag: MV-Verlag

Druck und Bindung: MV-Verlag

DANKSAGUNG

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2009/2010 von der juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Ich danke meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Thomas Hoeren, sowie dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Rainer Kuhlen, für inhaltliche Anregungen, die gewährte wissenschaftliche Freiheit und die zügige Erstellung der Gutachten.

Die Arbeit wurde mit einem Promotionsstipendium der Max-Planck-Gesellschaft gefördert. Dank gebührt dafür und für wertvolle inhaltliche Anstöße zum Interessenausgleich im Urheberrecht Herrn Prof. Dr. Reto Hilty und Herrn Dr. Christophe Geiger sowie den Mitarbeitern und Kollegen am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München, an dem die Arbeit in anregender Atmosphäre verfasst wurde.

Aus dem Kreis der Vielen, die mich auf ganz unterschiedliche Art und Weise während der Zeit der Recherche und des Schreibens unterstützt haben, danke ich Eva ganz besonders. Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern, die mich auch in dieser Phase wie stets mit großem Vertrauen begleitet haben.

Berlin, im Sommer 2010

Benjamin Bajon

Inhalt

Einleitung	19
A. Themeneingrenzung	20
B. Gang der Untersuchung	23
C. Der Wissenschaftsbegriff im Urheberrecht	25
I. Verwendung des Begriffs im Urheberrecht	26
II. Verfassungsrechtliche Definition und Wissenschaftstheorie.....	28
III. Definitionsansätze im Urheberrecht	31
1. Wissenschaftsbegriff bei Werken der Wissenschaft nach §§ 1, 2 UrhG	31
2. Wissenschaftsbegriff im Bereich der Schrankenregelungen.....	33
a) Der wissenschaftliche Gebrauch in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG	33
b) Erkenntnisse aus dem Begriff des wissenschaftlichen Werks bei § 51 UrhG	34
IV. Fazit zum Wissenschaftsbegriff im Urheberrecht	36

Teil 1

Das Wissenschaftsurheberrecht als Kontext der Wissenschaftsschranken	37
A. Wissenschaftler als Nutzer urheberrechtlich geschützter Werke	37
B. Wissenschaftler als Schöpfer urheberrechtlich geschützter Werke:	
Besonderheiten der Schutzfähigkeit bei wissenschaftlichen Sprachwerken	41
I. Grundsatz der Urheberrechtsfreiheit der wissenschaftlichen Lehre	42
II. Konsequenzen für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit?	45
1. Verschärfung der Schutzfähigkeitsanforderungen in der Rechtsprechung.....	46
a) Monumenta Germaniae Historica	46
b) Staatsexamensarbeit	46
c) Fragensammlung	48
d) Unternehmen Tannenberg.....	48
e) Ausschreibungsunterlagen.....	50
f) Inkasso-Programm.....	50
2. Kritik der Literatur	51
a) Kritik an erhöhten Anforderungen an die Schöpfungshöhe	51
b) Kritik an der weitgehenden Nichtberücksichtigung inhaltsbezogener Elemente	54
3. Weitere Entwicklung der Rechtsprechung	56
a) Teilweise Abkehr von erhöhten Anforderungen an die Schöpfungshöhe	56
b) Berücksichtigung inhaltsbezogener Elemente.....	58
III. Fazit und Auswirkungen für die Praxis der wissenschaftlichen Informationsversorgung....	60
1. Schutzfähigkeit als Einzelfallfrage	60
2. Schutzfähigkeit im Kernbereich der Wissenschaftsliteratur	60
3. De-Facto-Schutz über enthaltene geschützte Elemente	63
IV. Zwischenergebnis zur Schutzfähigkeit wissenschaftlicher Sprachwerke	64

C. Produktive Werkrezeption und Wissenskreislauf in der Wissenschaft	65
I. Schöpfung als wechselseitiger Prozess des Gebens und Nehmens.....	65
II. Berücksichtigung bereits beim Vorgang der Werkrezeption	67
III. Produktiver Wissenskreislauf in der Wissenschaft.....	69
IV. Graduelle Unterschiede innerhalb der Wissenschaft	71
V. Fazit	72
D. Faktische Schutzausweitung mittels technischer Schutzmaßnahmen	73
E. Ausgewählte Aspekte des wissenschaftlichen Publikationswesens	74
I. Fehlende Substituierbarkeit der Werke	74
II. Besondere Bedeutung der Reputation	77
1. Reputation und Qualität wissenschaftlicher Publikationen	78
2. Auswirkungen auf der Ebene des einzelnen Wissenschaftlers	79
3. Fazit	81
III. Rechteeinräumung im Wissenschaftsbereich	81
1. Urheberrechtliches Verhältnis zwischen Wissenschaftler und Wissenschaftsinstitution	82
2. Rechteeinräumung an den Verlag	84
a) Nutzungsarten und Umfang der Rechteeinräumung.....	84
b) Das Ausmaß der Exklusivität – ausschließliche oder einfache Nutzungsrechte	86
aa) § 38 UrhG als Auslegungsregel für Beiträge zu Sammlungen	87
bb) Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke	89
cc) Rechtstatsächliche Situation	91
dd) Fazit zur Rechteeinräumung.....	93
3. Vergütung wissenschaftlicher Autoren	94
IV. Preisentwicklungstendenzen im wissenschaftlichen Publikationsmarkt.....	97
V. Open-Access-Bewegung	100
1. Grundlagen von Open Access.....	100
a) Golden Road	102
b) Green Road	103
2. Rolle der Forschungsförderer und Entwicklungstendenzen	103
3. Reform des § 38 UrhG.....	106
4. Fazit zur Open-Access-Bewegung	107
F. Differenzierte Interessenlage im Wissenschaftsurheberrecht	108
I. Tripolare Interessenkonstellation	109
II. Verlagsinteressen	109
III. Interessen wissenschaftlicher Autoren.....	110
IV. Interessen wissenschaftlicher Nutzer.....	111
V. Fazit.....	112
G. Zusammenfassung der Zwischenergebnisse zu Teil 1	112

Teil 2

Vorgaben für Wissenschaftsschranken aus internationalen Urheberrechtsabkommen, europäischem Urheberrecht, deutschem Verfassungsrecht und Urheberrechtsdogmatik	116
A. Vorgaben aus internationalen Urheberrechtsabkommen	116
I. Berücksichtigung der Wissenschaftsinteressen in internationalen Abkommen	119
1. Revidierte Berner Übereinkunft.....	119
a) Bezugnahmen auf Allgemeininteressen	120
b) Ansatzpunkte für die Berücksichtigungsfähigkeit von Wissenschaftsinteressen...	122
c) Zwischenfazit.....	123
2. TRIPS-Übereinkommen	123
a) Bezugnahmen auf Allgemeininteressen	124
aa) Präambel.....	124
bb) Art. 7 TRIPS.....	125
cc) Art. 8 TRIPS.....	125
dd) Besonderheiten des Drei-Stufen-Tests unter TRIPS.....	127
b) Zwischenfazit.....	128
3. WIPO Urheberrechtsvertrag.....	129
a) Bezugnahmen auf Allgemeininteressen	129
b) Die Bewahrung der Balance im digitalen Zeitalter.....	130
4. Fazit	132
II. Die Vorgaben des Drei-Stufen-Tests	132
1. Überblick über die historische Entwicklung des Drei-Stufen-Tests	133
2. Die Interpretation der drei Stufen.....	134
a) Kumulativer Charakter und Prüfungsreihenfolge der drei Stufen	135
b) 1. Stufe: Bestimmte Sonderfälle	137
c) 2. Stufe: Keine Beeinträchtigung der normalen Werkauswertung.....	141
aa) Vergleichsweise weite Auslegungsansätze der normalen Werkauswertung.....	141
(1) Dynamische Auslegung	142
(2) Auswirkungen der Digitalisierung	142
(3) Notwendigkeit einer Eingrenzung	144
bb) Ansätze für eine einschränkende Interpretation der normalen Werkauswertung	145
(1) Ökonomischer Ansatz	145
(2) Normative Ansätze	146
cc) Fazit zur zweiten Teststufe	150
d) 3. Stufe: Keine unzumutbare Verletzung der berechtigten Interessen.....	150
aa) Berechtigte Interessen.....	151
bb) Unzumutbare Verletzung der Interessen	153
cc) Interessen der Urheber oder der Rechteinhaber?.....	156
3. Fazit zum Drei-Stufen-Test.....	158
B. Vorgaben aus dem europäischen Urheberrecht	159
I. Interessenausgleich auf hohem Schutzniveau.....	160

II. Schrankensystematik der InfoSoc-Richtlinie	163
1. Erschöpfender Schranken katalog.....	163
2. Fakultative Schrankenvorbehalte	164
3. Übernahme des Drei-Stufen-Tests in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie.....	165
III. Relevante Schrankenvorbehalte der InfoSoc-Richtlinie.....	166
1. Art. 5 Abs. 3 a): Wissenschaftliche Forschung.....	166
2. Art. 5 Abs. 3 d): Zitate	167
3. Art. 5 Abs. 3 n): On-The-Spot-Consultation	167
4. Art. 5 Abs. 2 a): Reprographie	168
5. Art. 5 Abs. 2 b): Vervielfältigung zum privaten Gebrauch.....	168
6. Art. 5 Abs. 2 c): Vervielfältigungen durch Bibliotheken und Bildungseinrichtungen.	168
IV. Das Grünbuch Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft	169
V. Fazit.....	171
C. Vorgaben aus dem Verfassungsrecht	172
I. Eigentumsschutz aus Art. 14 GG	172
1. Urheberrecht als normgeprägtes Eigentum im Sinne des Art. 14 GG	172
2. Gegenstand des Eigentumsschutzes und Vorgaben bei seiner Ausgestaltung.....	174
a) Institutsgarantie.....	174
b) Sozialbindung des Eigentums	176
aa) Gemeinwohl als Grund und Grenze der Sozialbindung.....	177
bb) Besondere Sozialbindung des Urheberrechts.....	178
c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Maßstab	180
d) Besondere Bedeutung einer Vergütung für den Schrankengebrauch.....	182
3. Fazit zu Art. 14 GG.....	184
II. Persönlichkeitsgrundrecht aus Art. 1 und 2 GG.....	185
III. Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	186
IV. Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG	188
1. Wissenschaftsfreiheit als Grundrecht pro Urheberrechtsschutz	189
a) Die Dimension der Verwertungsrechte	189
b) Die Dimension der Urheberpersönlichkeitsrechte.....	190
c) Konsequenzen	191
2. Wissenschaftsfreiheit als Grundrecht pro Zugangsfreiheit.....	191
V. Fazit.....	193
D. Wissenschaftsschranken und urheberrechtliche Schrankendogmatik	194
I. Das zugrundegelegte Schrankenverständnis.....	194
1. Schranken als Schutzrechtsbegrenzungen statt als „Ausnahmen“	194
2. Erforderliche Differenzierungen je nach Grundrechtsbezug	198
3. Keine Reduzierung auf den bloßen Ausgleich von Marktversagen.....	199
4. Das Dogma der engen Auslegung von Schranken	201
a) Rechtsprechung des BGH	202
b) Methodische und verfassungsrechtliche Erwägungen	205
c) Zwischenfazit.....	207
5. Fazit zum zugrundegelegten Schrankenverständnis	208
II. Schranken und Rechtsschutz für technische Schutzmaßnahmen	208
1. Regelungstechnik des Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL bzw. § 95b UrhG.....	210
a) Regelungstechnik des § 95b.....	210

b) Vereinbarung zwischen Nationalbibliothek, Musikwirtschaft und Buchbranche	211
c) Zwischenfazit.....	212
2. Die erfassten Wissenschaftsschranken.....	213
3. Bereichsausnahme für interaktive Online-Abufrdienste	215
4. Kritik und Fazit.....	215
E. Zusammenfassung der Zwischenergebnisse zu Teil 2.....	218

Teil 3

Die einzelnen Wissenschaftsschranken 222

A. § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG, Vervielfältigung zum eigenen

wissenschaftlichen Gebrauch.....	222
I. Systematische Einordnung.....	222
II. Tatbestandsvoraussetzungen.....	223
1. Werk als Gegenstand der Schranke.....	223
a) Erfasste urheberrechtlich geschützte Werke.....	223
b) Erfasste Leistungsschutzrechte	224
c) Bereichsausnahme für Noten	225
d) Keine vollständige Vervielfältigung von Büchern oder Zeitschriften, Abs. 4 b)....	226
e) Keine Bereichsausnahme für wissenschaftliche Werke.....	228
f) Keine sonstige Qualifizierung des Werks.....	229
2. Wissenschaftlicher Gebrauch.....	299
a) Wissenschaft als das methodisch-systematische Streben nach Erkenntnis.....	299
b) Keine inhaltliche Begrenzung der wissenschaftlichen Tätigkeit	231
c) Keine personelle Begrenzung auf hauptberufliche Wissenschaftler	232
d) Der privilegierte Gebrauchszweck im engeren Sinn	233
e) Einhaltung der Richtlinienvorgaben	236
3. Eigener Gebrauch.....	237
4. Herstellen lassen.....	240
5. Einzelne Vervielfältigungsstücke	241
6. Die Gebotenheit der Vervielfältigung	242
a) Das qualitative Element der Gebotenheit.....	243
aa) Die Gebotenheit aus inhaltlich-wissenschaftlicher Perspektive.....	243
bb) Die Gebotenheit aus situationsbezogener Perspektive.....	244
(1) Kritische Überlegungen angesichts des Normzwecks	246
(2) Kritische Überlegungen zu den Auswirkungen der Digitalisierung	249
(a) Entwicklung von Einzelabrufangeboten	249
(b) Folgen für das Tatbestandsmerkmal der Gebotenheit?.....	251
b) Das quantitative Element der Gebotenheit	252
c) Fazit zur Gebotenheit	253
7. Ausschluss gewerblicher Zwecke durch den Zweiten Korb.....	254
a) Auslegung des Kriteriums der gewerblichen Zwecke	255
aa) Begriff der gewerblichen Zwecke.....	255
bb) Charakter der jeweiligen Tätigkeit als entscheidendes Kriterium	257
cc) Drittmittelforschung und Tendenz zur wirtschaftlichen Auswertung.....	258

dd) Maßstäbe für die erforderlichen Abgrenzungen	260
ee) Zwischenfazit zur Auslegung	262
b) Stellungnahme zur Neuregelung und Formulierungsvorschlag	262
c) Fazit	265
8. Keine Verbreitung oder Benutzung zur öffentlichen Wiedergabe	266
9. Pflicht zur Quellenangabe nach § 63 UrhG	268
a) Quellenangaben im Wissenschaftsbereich	269
aa) Quellenangaben aus wissenschaftsethischen Gründen	269
bb) Quellenangaben beim Zitat gemäß § 51 UrhG	269
b) Besonderheiten der Neuerung durch den Zweiten Korb und Bewertung	270
c) Die Anforderungen des § 63 UrhG im Einzelnen	272
aa) Deutliche Angabe der Quelle	272
bb) Zusätzliche Angaben bei ganzen Sprachwerken oder ganzen Werken der Musik	274
cc) Wegfall der Pflicht zur Quellenangabe	275
d) Fazit zur Einbeziehung der Wissenschaftskopie in § 63 UrhG	276
III. Vergleich mit §§ 53 Abs. 1, 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UrhG	276
1. Privatkopie, § 53 Abs. 1 UrhG	277
a) Strikte Begrenzung auf den rein privaten Gebrauch	277
b) Keine Beschränkung durch das Kriterium der „Gebotenheit“	277
c) Ausschluss offensichtlich rechtswidriger Vorlagen	278
d) Eingeschränkte Möglichkeiten der Herstellung durch einen anderen	278
e) Eingeschränkt durchsetzungsstark gegenüber technischen Schutzmaßnahmen	279
f) Bewertung und Fazit	279
2. Sonstiger eigener Gebrauch, § 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG	280
a) Nr. 4 a): Kleine Teile und einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften	281
aa) Kleine Teile	281
bb) Einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften	283
(1) Einzelne Beiträge	283
(2) Beschränkung auf Zeitungen oder Zeitschriften	285
cc) Nicht von der Schranke erfasste wissenschaftsrelevante Fälle	286
dd) Beschränkung auf erschienene Werke und Beiträge	287
b) Nr. 4 b): Vergriffene Werke	288
c) Beschränkung auf reprographische Verfahren oder ausschließlich analoge Nutzungen	289
aa) Reichweite der reprographischen Vervielfältigung, Nr. 1	290
bb) Bedeutung der ausschließlich analogen Nutzung, Nr. 2	292
d) Bewertung und Fazit	293
IV. Vergütungspflichtigkeit der Vervielfältigung	295
1. Allgemeines zur Vergütungspflicht	295
a) Bedeutung der Vergütung als Ausgleich	295
b) Verwertungsgesellschaftspflicht	296
c) Exkurs: Vergütungsaufteilung zwischen Urhebern und Verlegern	296
2. Vergütung bei § 53 UrhG	298
V. Zusammenfassung und Fazit	300

B. Exkurs: § 87c UrhG als Schrankenregelung für den sui generis-Datenbankschutz.....	302
I. Abgrenzung zwischen Datenbankwerken und Datenbanken	303
II. Reichweite des Datenbankwerkschutzes und des sui-generis-Schutzes für Datenbanken.	304
1. Urheberrechtlicher Schutz des Datenbankwerks	304
2. Sui Generis-Schutz bei Datenbanken.....	304
3. Zwischenergebnis	305
III. Wegfall der Besonderheiten bei Datenbankwerken im Zweiten Korb	306
IV. Die Besonderheiten des § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG	307
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede nach dem Gesetzeswortlaut	308
a) Keine ausdrückliche Begrenzung auf einzelne Vervielfältigungsstücke	309
b) Beschränkung auf wesentliche Teile	309
c) Fehlende Vergütungspflicht bei § 87c UrhG	310
d) Quellenangabe.....	310
2. Fragen richtlinienkonformer Auslegung.....	311
a) Veröffentlichungserfordernis	311
b) Keine Beschränkung auf den rechtmäßigen Benutzer.....	312
V. Zusammenfassung und Fazit.....	312
C. § 52a UrhG, Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung.....	313
I. Systematische Einordnung und Entstehungsgeschichte	313
1. Systematische Einordnung.....	314
2. Entstehungsgeschichte.....	315
3. Befristung der Norm	316
a) Erste Fristverlängerung	317
b) Zweite Fristverlängerung	318
c) Ausblick	320
II. Tatbestandsvoraussetzungen.....	321
1. Erfasste Nutzungsgegenstände	321
a) Erfasste Werkarten.....	321
b) Bereichsausnahmen des Abs. 2.....	321
aa) Schulbuchverlagsprivileg in Abs. 2 S. 1	321
bb) Keine Bereichsausnahme für Wissenschaftswerke	324
cc) Karenzzeit für Filmwerke in Abs. 2 S. 2.....	325
dd) Keine Bereichsausnahme für Noten.....	327
c) Quantitative Beschränkungen.....	328
aa) (Kleine) Teile eines Werkes.....	329
(1) Kleine Teile eines Werkes für den Unterricht.....	329
(2) Teile eines Werkes für die wissenschaftliche Forschung.....	331
bb) Werke geringen Umfangs	334
(1) Keine Übernahme des Begriffsverständnisses des § 46 UrhG.....	335
(2) Nicht textbasierte Werke geringen Umfangs.....	336
cc) Einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften.....	338
dd) Zwischenfazit zu den quantitativen Beschränkungen.....	338
2. Bestimmt abgegrenzter Nutzerkreis	339
a) Nutzerkreis im Unterricht an Hochschulen	341
b) Nutzerkreis bei der wissenschaftlichen Forschung.....	342

3. Unterricht und wissenschaftliche Forschung.....	345
a) Unterrichtszwecke an Hochschulen	345
b) Wissenschaftliche Forschung	349
aa) Engeres Begriffsverständnis	349
bb) Weiteres Begriffsverständnis	350
4. Zum jeweiligen Zweck geboten	354
a) Alternative Formen der Werkbeschaffung und Werkvermittlung.....	355
b) Zumutbarkeit des Lizenzerwerbs für netzwerkbasierte Zugänglichmachung.....	356
5. Zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt	358
a) Ausschluss der kommerziellen Zugänglichmachung.....	358
b) Keine eigenständige Bedeutung des Merkmals „gerechtfertigt“	359
6. Quellenangabe nach § 63 UrhG.....	360
7. Annexvervielfältigung nach Abs. 3.....	361
a) Abgrenzung von § 53 UrhG und Schrankenketten	361
b) Vorratsvervielfältigungen	362
III. Vergütungspflicht nach § 52a Abs. 4 UrhG.....	365
IV. Zusammenfassung und Fazit.....	369

D. § 52b UrhG, Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen

in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven.....	373
I. Systematische Einordnung	373
1. Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung bzw. Wiedergabe.....	374
2. Zweck der Norm	376
II. Tatbestandsvoraussetzungen.....	377
1. Veröffentlichte Werke als Gegenstand der Schranke.....	377
a) Ganze Werke	377
b) Veröffentlichte Werke	377
c) Erfasste Werkarten und Leistungsschutzrechte	377
2. Privilegierte Zwecke der Forschung und der privaten Studien.....	379
a) Auseinanderfallen von privilegierter Einrichtung und privilegiertem Nutzungszweck.....	379
b) Die Begriffe der Forschung und der privaten Studien	380
aa) Forschung.....	380
bb) Private Studien.....	382
3. Privilegierte Einrichtungen: Bibliotheken, Museen und Archive	383
a) Bezugspunkt der qualifizierenden Kriterien	383
aa) Das Kriterium der öffentlichen Zugänglichkeit	383
bb) Ausschluss wirtschaftlicher Zwecke	384
cc) Zwischenergebnis.....	385
b) Öffentlich zugänglich	385
c) Kein unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlicher oder Erwerbszweck.....	388
d) Bildungseinrichtungen nicht als solche erfasst.....	389
4. Beschränkung auf die Räume der Einrichtungen	390
5. Beschränkung auf den Bestand der Einrichtung	392
a) Bestandakzessorietät nach Satz 1.....	392
b) „Strenge“ quantitative Bestandsakzessorietät nach Satz 2	393

aa) Die Handhabung der „Ausnahme“ von der Regel	395
bb) Sonderregelung für vergriffene Werke?	397
6. Fehlen entgegenstehender vertraglicher Regelungen.....	398
a) Klare Rechtslage auf Ebene des § 52b UrhG.....	399
b) Rechtslage auf Richtlinienenebene.....	400
c) Einzelheiten und Bewertungen auf Ebene des § 52b UrhG.....	402
7. Zulässigkeit der Annex-Vervielfältigung.....	404
a) Zulässigkeit trotz Fehlens einer gesonderten Regelung.....	404
b) Herstellung durch einen anderen	408
c) Formulierungsvorschlag.....	410
8. Erlaubte Anschlussnutzungen.....	411
a) Maßgeblichkeit der jeweiligen Schrankenregelung.....	413
b) Beschränkung auf bloßen Papierausdruck?.....	413
9. Begriff des elektronischen Leseplatzes und weitere Anforderungen.....	416
a) Begriff des elektronischen Leseplatzes	416
b) „Eigens eingerichtet“	417
c) Technische Anforderungen an elektronische Leseplätze.....	419
aa) Netzwerkbasierte Lösungen.....	419
bb) Ermöglichung rechtskonformer Anschlussnutzungen.....	420
cc) Ausschluss urheberrechtswidriger Anschlussnutzungen.....	420
dd) Zu verwendende Formate	422
III. Vergütungspflicht nach § 52b S. 3 UrhG	422
IV. Zusammenfassung	424
E. § 53a UrhG, Kopienversand auf Bestellung.....	427
I. Systematische Einordnung und Entstehungsgeschichte	427
1. Überblick über die Praxis und Eckpunkte der Rechtsentwicklung	427
a) Praxis des Kopienversands vor Einführung des § 53a UrhG.....	427
b) Eckpunkte der rechtlichen Entwicklung vor Einführung des § 53a UrhG	429
c) Überblick über die Situation nach Einführung des § 53a UrhG	430
2. Rechtslage vor Einführung des § 53a UrhG.....	431
a) Die Kopienversanddienst-Entscheidung des BGH.....	432
aa) Vervielfältigung gedeckt nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG.....	433
bb) Vergütungspflicht für die Werkvermittlungsart Kopienversand.....	434
cc) Zusammenfassende Bewertung der Entscheidung	437
b) Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M.....	438
c) Die Subito-Entscheidung des OLG München zum elektronischen Kopienversand	439
aa) Versand per Post und Telefax zulässig	440
bb) Versand in elektronischer Form bis zum Ersten Korb zulässig.....	441
cc) Keine Verbreitung und keine öffentliche Zugänglichmachung	443
dd) Zusammenfassende Bewertung der Entscheidung	443
3. § 53a UrhG im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens.....	444
II. Tatbestandsvoraussetzungen.....	446
1. Erfasste Werke	446
a) Erschienene Beiträge und Werkteile.....	447

b)	Keine gesetzliche Bestandsakzessorietät	447
c)	Einheitliche quantitative Begrenzungen	448
2.	Vervielfältigung und Übermittlung.....	449
a)	Erfasste Vervielfältigungen	449
b)	Mehrfachverwendung von Vorlagen.....	450
c)	Anknüpfung an die „Übermittlung“	451
d)	Keine Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung	453
3.	Kopienversand durch Öffentliche Bibliotheken	456
a)	Begriff der öffentlichen Bibliothek.....	456
b)	Kopienversand à la subito e.V. gestattet	457
c)	§ 53a UrhG als Spezialregelung für Kopienversanddienste	458
4.	Versand auf Einzelbestellung	460
5.	Geltung im innerbibliothekarischen Leihverkehr	460
a)	Rechtslage vor § 53a UrhG.....	461
b)	Auslegung des § 53a UrhG	463
c)	Ergebnis und Konsequenzen.....	465
6.	Akzessorietät zu § 53 UrhG.....	466
a)	Prüfungspflichten der Bibliotheken	467
b)	Zusätzliche kumulative Voraussetzungen beim elektronischem Kopienversand ..	467
c)	Quantitative Nivellierung statt echter Akzessorietät	469
d)	Beschränkte Bezugnahme auf § 53 UrhG	471
7.	Differenzierung der zulässigen Übermittlungswege.....	471
a)	Die einzelnen Voraussetzungen nach dem Wortlaut der Norm	472
aa)	Postversand	472
bb)	Faxversand	472
cc)	Versand in sonstiger elektronischer Form	472
(1)	Funktionale Vergleichbarkeit.....	472
(2)	Ausschließlich als grafische Datei.....	473
b)	Kritische Auseinandersetzung mit der Regelung.....	474
aa)	Grenzziehung zwischen Versand per Fax und in sonstiger elektronischer Form	474
bb)	Grafische Dateien und Texterkennungsprogramme	476
cc)	Problemfeld Faxversand.....	477
(1)	Faxversand zum sonstigen eigenen Gebrauch	478
(2)	Faxversand zu Wissenschaftszwecken.....	479
c)	Zusammenfassung und Fazit.....	479
8.	Privilegierte Zwecke beim Versand in sonstiger elektronischer Form.....	480
a)	Zwecke der wissenschaftlichen Forschung.....	481
b)	Veranschaulichung des Unterrichts einschließlich der Lehre?	481
9.	Zur Verfolgung nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt	483
10.	Verlagsprivileg für den Kopienversand in sonstiger elektronischer Form	484
a)	Das Verlagsprivileg vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte	485
b)	Der Vorrang vertraglicher Online-Verlagsangebote	488
c)	Das Kriterium des „offensichtlichen“ Angebots	489
aa)	Offensichtlichkeit bei Eintrag in die EZB	490

bb) Probleme der Anknüpfung an die EZB	491
cc) Zwischenfazit	494
d) Das Kriterium der „angemessenen Bedingungen“	494
aa) Das preisbezogene Element der angemessenen Bedingungen	495
(1) Üblichkeit und Redlichkeit nach § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG	495
(2) Zwangslizenz, Schranke oder Einführung einer Preiskontrolle ins Urheberrecht?	498
bb) Kritik am Kriterium der angemessenen Bedingungen	500
e) Zusammenfassende Kritik an der Ausgestaltung des Verlagsprivilegs	504
III. Vergütungspflicht nach § 53a Abs. 2 UrhG	504
1. Erster Gesamtvertrag 2000	505
2. Zweiter Gesamtvertrag 2003	506
3. Gesamtverträge nach Inkrafttreten des § 53a UrhG	507
IV. Praxis des elektronischen Kopienversands: Lizenzen und § 53a UrhG	507
1. Hintergrund und Übersicht	510
2. Praxis des lizenzbasierten elektronischen Kopienversands	510
a) Rechteinräumung und beschränkter Regelungsbereich	512
b) Artikel aus gedruckten Medien als zulässige Quellen	513
c) Einsatz von DRM	515
d) Pflicht zum Abschluss eines Endnutzervertrages	515
e) Lizenzgebühren	515
aa) Lizenzgebühren für den Kopienversand ins Ausland laut Rahmenvertrag	516
bb) Lizenzgebühren für den Kopienversand innerhalb von GALS laut Nachtrag	517
(1) Differenzierung nach Kundengruppen	518
(2) Lizenzgebühren im Einzelnen	518
f) Deckelung des kostengünstigen elektronischen Kopienversands	521
g) Laufzeit und Kündigungsrechte	522
h) Bewertung	523
3. Praxis des elektronischen Kopienversands nach dem VG Wort-Vertrag	524
a) Freistellung bei Schrankenapplication oder VG Wort-Lizenz	526
b) Vergütungshöhe bei werkbezogener Erfassung und Ausschüttung	527
c) Weitere Anmerkungen zum subito-Vertrag	527
aa) Auch kleine Teile sonstiger Werke erfasst	527
bb) Leihverkehr ist Gegenstand gesonderter Verträge	528
cc) Verschärfung der Subsidiaritätsregelung	528
4. Bewertung	423
V. Zusammenfassung und Fazit	529

Teil 4

Abschließende Vergleiche und Gesamtfazit	534
A. Gemeinsamkeiten	534
I. Tatbestandliche Einschränkungen zur Abgrenzung von Schranken und Marktangeboten	534
II. Verbleibender Spielraum trotz einschränkender Vorgaben	535
III. Die Herstellung eines angemessenen Gleichgewichts.....	536
B. Vergleichende Einzelbewertung, kritische Überlegungen und Lösungsansätze	538
I. Kopienversand nach § 53a UrhG	538
1. Post- und Faxversand.....	538
2. Versand in sonstiger elektronischer Form.....	539
a) Verzicht auf Verlagsprivileg möglich	539
b) Ansätze für eine praktikablere Ausgestaltung des Verlagsprivilegs?.....	541
aa) Beweislastverschiebung zugunsten der Schrankenprivilegierten	542
bb) Ausdehnung der Freistellungsklausel der VG Wort.....	543
cc) Die weitere Konkretisierung der Angemessenheit	544
II. Wissenschaftskopie nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG.....	545
1. Gebotenheit als Abgrenzungskriterium zwischen Schranke und Markt?.....	546
a) Systematische Argumente	546
b) Weitere Konkretisierung der Gebotenheit.....	548
2. Gebotenheit als Kriterium zum Ausschluss von Missbräuchen.....	548
III. Öffentliche Zugänglichmachung nach § 52a UrhG	549
IV. Wiedergabe an elektronischen Leseplätzen, § 52b UrhG.....	551
C. Kurzes abschließendes Gesamtfazit	552
Literaturverzeichnis	555

Einleitung

Selbst wenn es „wenig mehr als eine Binsenweisheit“¹ ist, dass es im Urheberrecht stets gilt, einen gerechten Ausgleich zwischen den Schutzinteressen der Rechteinhaber und den Zugangsinteressen der Allgemeinheit zu suchen, ist in letzter Zeit gerade unter dem Schlagwort des Interessenausgleichs im Urheberrecht eine zum Teil kritische Analyse des bestehenden Urheberrechtssystems vorgenommen worden. Sie hat sich der Fragestellung verschrieben, inwieweit die verschiedenen und häufig gegenläufigen Interessen, die durch urheberrechtliche Regelungen betroffen sind, zu einem durch den Gesetzgeber anzustrebenden Interessenausgleich gebracht werden können.²

Die vorliegende Arbeit untersucht diejenigen urheberrechtlichen Schranken, die für die wissenschaftliche Informationsversorgung von besonderem Interesse sind. Anlass ist nicht zuletzt die Aufmerksamkeit, die diesen „Wissenschaftsschranken“ im Zusammenhang mit dem „Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform beigemessen wurde.³ Durch ihn wurden mit Wirkung vom 1.1.2008 neben weiteren Neuregelungen zwingende und fakultative Vorgaben der Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft umgesetzt.⁴ Nachdem die Neuregelungen der Schranken zu den umstrittensten Fragen des Zweiten Korbes gehörten und der Gesetzgeber hinter manchen Erwartungen aus der Wissenschaft selbst zurückgeblieben ist, zeichnet sich ab, dass verschiedene Aspekte des „Wissenschaftsurheberrechts“ im Zusammenhang mit Überlegungen für einen „Dritten Korb“ weiter im Fokus gesetzgeberischer Aktivitäten stehen werden.

Zu den zu erwartenden Diskussionen will diese Arbeit im eng umgrenzten Bereich der urheberrechtlichen Schrankenregelungen einen Beitrag leisten, indem sie gleichzeitig den größeren Rahmen einbezieht, vor dem der Gesetzgeber seine zum großen Teil rechtspolitischen Entscheidungen bei der Ausgestaltung der Wissenschaftsschranke zu treffen hat.

¹ So *Ohly*, in: *Ohly/Knipfel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 2.

² Vgl. etwa *Hilty/Peukert* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht; *Geiger*, GRUR Int 2004, 815 ff.

³ So die geläufige Bezeichnung für das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26.10.2007 (BGBl. I S. 2513). Als „Erster Korb“ wird das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 10.9.2003 (BGBl. I S. 1774) bezeichnet.

⁴ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG L Nr. 167 vom 22. Juni 2001 (im Folgenden kurz InfoSoc-RL).

A. Themeneingrenzung

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf wissenschaftsrelevante Schrankenregelungen und orientiert sich damit an der Vorgehensweise des deutschen Gesetzgebers. Dieser hat sich im Zweiten Korb im Wissenschaftsbereich seinerseits auf Änderungen an den bestehenden Schrankenregelungen sowie auf die Einführung neuer Schrankenregelungen beschränkt.⁵ Wissenschaftsschranken sind dabei diejenigen Schrankenregelungen des UrhG, die mehr oder weniger ausdrücklich gerade wissenschaftliche Tätigkeiten bzw. wissenschaftlich Tätige in Bezug auf urheberrechtlich relevante Handlungen privilegieren und dadurch das wissenschaftliche Kommunikations- und Informationssystem beeinflussen.

Zentrale Schranke ist dabei die Vervielfältigungsfreiheit zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG. Sie erlaubt, zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und dies – nach dem Zweiten Korb – keinen gewerblichen Zwecken dient. Sie wird für die Perspektive dieser Arbeit flankiert durch die Regelungen der Privatkopie nach § 53 Abs. 1 UrhG und die Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG, mit denen Überschneidungen bestehen können und die auch eine Auffangfunktion erfüllen können und so ebenfalls Faktoren für das urheberrechtliche Umfeld der Wissenschaft darstellen. Zudem besteht im Zusammenhang mit § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG die Sonderregelung des § 87c UrhG für Vervielfältigungen im Bereich des sui-generis-Schutzes für Datenbanken.

Neu eingeführt wurde mit § 53a UrhG im Zweiten Korb eine ausdrückliche und eigenständige Kodifizierung des Kopienversands auf Bestellung. Der Kopienversand ist nicht auf den Wissenschaftsbereich beschränkt, sondern etwa auch zu privaten Zwecken gestattet. Rechtstatsächlich ist die wissenschaftliche Informationsversorgung aber einer der Hauptanwendungsbereiche der Schrankenregelung. Auch die Sonderregelungen zur Vervielfältigung und Übermittlung in sonstiger elektronischer Form für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung in Abs. 1 S. 2 UrhG verdeutlichen den besonderen Wissenschaftsbezug. Ob die Neuregelung der Bedeutung des elektronischen Kopien-

⁵ Vgl. *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257 ff.

versands gerecht wird oder sich dieser mit § 53a UrhG „weitgehend erledigt hat“,⁶ soll hier noch dahinstehen.

Neu geschaffen wurde im Rahmen des Zweiten Korbes § 52b UrhG als sogenanntes „Leseplatzprivileg“, der eine Werkwiedergabe an elektronischen Leseplätzen außer für private Studien auch für die Forschung gestattet und deshalb ebenfalls zu den Wissenschaftsschranken gezählt werden kann.

Dies gilt auch für die Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung in § 52a Abs. 1 Nr. 2 UrhG. Sie gestattet es, Werke netzwerkgestützt innerhalb abgegrenzter Personenkreise für die eigene wissenschaftliche Forschung der Nutzer öffentlich zugänglich zu machen. Die Norm wurde bereits durch den Ersten Korb eingeführt und blieb im Zweiten Korb unverändert, war jedoch nicht zuletzt wegen der inzwischen auf den 31.12.2012 verlängerten Befristung der Norm und wegen der inhaltlichen Bezüge zu den sonstigen Wissenschaftsschranken in den Diskussionen zum Zweiten Korb von Bedeutung.

Das Zitatrecht des § 51 UrhG ist abgesehen von punktuellen Bezugnahmen nicht Gegenstand der Untersuchung, obwohl es in der Praxis des wissenschaftlichen Arbeitens eine bedeutende Rolle spielt. Der Schrankenregelung kommt für den Interessenausgleich eine wichtige Funktion zu, indem sie es ermöglicht, sich intensiv mit fremdem Schaffen auseinanderzusetzen und dabei auch dem Gedanken Rechnung zu tragen, dass eigene Schöpfungen auf den geistigen Leistungen anderer aufbauen.⁷ Sie ergänzt die Idee der Inhaltsfreiheit und ermöglicht die wörtliche Wiedergabe fremder Werke und Gedanken, wo eine inhaltliche Bezugnahme für die Auseinandersetzung mit ihnen nicht ausreichend ist. Die besondere Bedeutung für den freien wissenschaftlichen Diskurs wird schon daran deutlich, dass nach der aus Wissenschaftssicht deshalb eher geringfügigen Veränderung im Zweiten Korb die frühere Fallgruppe des Zitats in einem selbständigen wissenschaftlichen Werk weiter als Regelbeispiel des Satzes 2 Nr. 1 genannt wird, welches die Generalklausel in Satz 1 konkretisiert.⁸ Von den im Detail untersuchten übrigen Wissenschaftsschranken unterscheidet sich

⁶ So etwa *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 286.

⁷ Dazu noch im Detail unten Teil 1 C.

⁸ Zur Änderung vgl. aus Wissenschaftssicht *Hilty/Bajon*, *ZfBB* 2008, 257, 261; insgesamt zur Änderung sowie zu § 51 UrhG siehe etwa die Kommentierung bei *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 51 Rn. 1 ff.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 51. Rn. 1 ff.; zum alten Recht siehe *Schricker*, in: *Schricker*, § 51 Rn. 6.

das Zitatrecht jedoch dadurch, dass es eigene wissenschaftliche Anschlusschöpfungen auf der produktiven Schöpfungsebene selbst privilegiert. Es erleichtert die unmittelbare Bezugnahme auf vorbestehende Werke innerhalb des selbst geschaffenen Werks, indem es die Aufnahme eines Zitats in bestimmten Grenzen erlaubt und gestattet, es anschließend als Teil des eigenen Werkes umfassend mit zu verwerten. Die übrigen Schrankenregelungen wirken sich demgegenüber bereits bei der für die eigene Werkerschöpfung notwendigen, ihr aber vorgelagerten wissenschaftlichen Arbeit selbst aus. Sie beeinflussen die Rahmenbedingungen, unter denen Wissenschaftler fremde Werke zunächst rezipieren bzw. unter denen sie mit fremden Werken arbeiten können, schon bevor dies in die unmittelbar produktive Schöpfungstätigkeit mündet, den Akt des Schreibens. Der Gebrauch des Zitatrechts setzt die Werkrezeption bereits voraus. Zwecks notwendiger Themeneingrenzung konzentriert sich die Arbeit auf Fragestellungen des Interessenausgleichs auf dieser vorgelagerten Ebene.⁹

Auch Schrankenregelungen zugunsten des Unterrichts sind nicht Gegenstand der Arbeit, obwohl sie häufig gemeinsam mit den Schranken zugunsten der Wissenschaft genannt werden und auch im UrhG gemeinsam mit diesen verortet sind.¹⁰ Trotz mancher Berührungspunkte sind Grundkonstellation und Interessenlage nicht identisch.¹¹ Lediglich an den Berührungspunkten mit dem Unterricht an Hochschulen wird auf entsprechende Fragestellungen eingegangen.

Zudem beschränkt sich die Untersuchung auf den Interessenausgleich auf der Ebene des urheberrechtlichen Schutzes. Die komplexen Fragen, die sich aus der zusätzlichen Ebene des eigenständigen Rechtsschutzes für technische Schutzmaßnahmen und ihre Auswirkungen auf den Schrankengebrauch ergeben, werden nur überblicksartig aus der Perspektive des Wissenschaftsurheberrechts einbezogen.

Ebenfalls nicht Gegenstand sind die vielfältigen sonstigen Fragestellungen im Bereich des Wissenschaftsurheberrechts, die sich mit Blick auf die Leitidee eines Interessenausgleichs als Ziel der Urheberrechtsgesetzgebung ergeben. Dazu gehören Überlegungen

⁹ Siehe umfassend zum Zitatrecht etwa *Seydel*, Die Zitierfreiheit als Urheberrechtsschranke.

¹⁰ Vgl. nur die Überschrift des § 52a UrhG und dessen Abs. 1 Nr.1 sowie § 53 Abs. 3 UrhG. Auch verschiedenen Initiativen setzen sich häufig sowohl für Bildung als auch für Wissenschaft ein, vgl. beispielsweise das „Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“, www.urheberrechtsbuendnis.de.

¹¹ Speziell zu ebenfalls bestehenden Besonderheiten im Schulbereich vgl. beispielsweise *Sieber*, in: *Sieber/Hoeren*, Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 47 ff.

in Richtung einer Anhebung der Schutzvoraussetzungen bei wissenschaftlichen Werken oder angesichts aktueller Entwicklungen die urheberrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit Open Access stellen. Dies gilt für Fragen zur Vereinbarkeit von Open Access mit den Regelungen innerhalb des bestehenden Systems¹² oder für Überlegungen *de lege ferenda*, wie die erwogenen urhebervertragsrechtlichen Reformen in Bezug auf § 38 UrhG.¹³ Auch Lösungsansätze, die auf der sektorspezifischen Einführung urheberrechtlicher Zwangslizenzen aufbauen, werden nicht näher untersucht.¹⁴ Darauf wird allenfalls eingegangen, soweit sich daraus Erkenntnisse und Rückschlüsse für den engeren Gegenstand der Arbeit ergeben.

Statt des wenig aussichtsreichen Versuchs einer Gesamtlösung für das Wissenschaftsurheberrecht konzentriert sich die Arbeit damit auf die genannten Schrankenregelungen nach dem Zweiten Korb, um durch eine detaillierte und übergreifende Untersuchung in diesem speziellen Segment einen Beitrag zur Diskussion im Wissenschaftsurheberrecht zu leisten, die vor dem Hintergrund eines möglichen Dritten Korbes unverändert fortgesetzt zu werden scheint. Auch wenn in den Debatten am Ende vieles auf rechtspolitische Fragen und Antworten hinausläuft, kann eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Wissenschaftsschranken nicht schaden.

B. Gang der Untersuchung

Nachdem zu Beginn der für die Thematik zentrale Wissenschaftsbegriff näher umrissen wird, beginnt die Untersuchung in Teil 1 damit, trotz der anschließenden Konzentration auf wissenschaftsrelevante Schrankenregelungen als deren Kontext zunächst mögliche Besonderheiten des Wissenschaftsurheberrechts zu untersuchen. Ein eigenständiges „Wissenschaftsurheberrecht“ existiert rechtssystematisch und formal ebenso wenig wie ein Literatururheberrecht oder ein Urheberrecht speziell für die sonstige Entertainmentindustrie oder Kunst. Auch im Wissenschaftsbereich gelten die

¹² Vgl. dazu *Spindler* (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen; aus politischer Perspektive Passek*, in: *Lutterbeck/Bärwolff/Gehring*, *Open Source Jahrbuch 2006*, S. 337 ff.

¹³ Vgl. zu letzterem den vom Bundesrat aufgegriffenen Vorschlag von *Hansen*, *GRUR Int* 2005, 378, 386.

¹⁴ Siehe dazu insbesondere *Hilty*, in: *Hilty/Drexler/Nordemann* (Hrsg.), *Festschrift Loewenheim*, S. 119 ff.; *Hilty/Krujatz/Bajon/Früh/Kur/Drexler/Geiger/Klass*, *IIC* 2009, 309 ff.; *Spindler*, in: *Hilty/Drexler/Nordemann* (Hrsg.), *Festschrift Loewenheim*, S. 287 ff.

Vorschriften des UrhG insgesamt. Gleichwohl sind bei der Analyse und Ausgestaltung der Schrankenregelungen für diesen Bereich möglicherweise bestehende Besonderheiten zu berücksichtigen. Spezifisch darauf zugeschnittene Schranken sind zur Feinjustierung eines Interessenausgleichs in differenzierterer Form in der Lage als grundlegendere Variablen des UrhG. Sie bieten die Möglichkeit, zumindest partiell dem zunehmend als fragwürdig empfundenen „One-Size-Fits-All“ – Modell des Urheberrechts entgegenzusteuern, das technische Zeichnungen weitgehend identisch schützt wie die klassischen Künste, und Computersoftware ebenso lange wie Zeitungsartikel und Weltromane.¹⁵ Auch rein tatsächlich kann man das wissenschaftliche Verlagswesen gegenüber dem sonstigen Verlagswesen als eigenständigen Sektor mit gewissen Besonderheiten abgrenzen, selbst wenn dies nicht in jedem Einzelfall trennscharf gelingt. Die Diskussion um einen „Dritten Korb für die Wissenschaft“ deutet ebenfalls in Richtung sektorspezifischer Lösungsansätze, was für die Untersuchung des Wissenschaftsurheberrechts als Kontext der Wissenschaftsschranken spricht.

Teil 2 der Arbeit stellt anschließend die rechtlichen Rahmenbedingungen dar, die auf unterschiedlichen Ebenen für Wissenschaftsschranken existieren. Dazu gehören die Vorgaben, die der nationale Gesetzgeber nach völkerrechtlichen Urheberrechtsabkommen zu beachten hat, insbesondere der darin enthaltene „Drei-Stufen-Test“. Verbindlich sind ebenfalls die Grenzen, die das bislang kodifizierte europäische Urheberrecht setzt, insbesondere die InfoSoc-Richtlinie. Nicht zuletzt setzt auch das deutsche Verfassungsrecht mit Blick auf den Schutz des Urheberrechts als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG einen einzuhaltenden Rahmen. Darüber hinaus sind Fragen allgemeiner urheberrechtlicher Schrankendogmatik einzubeziehen. Teil 2 untersucht die jeweiligen Vorgaben übergreifend und im Zusammenhang, mit einem Schwerpunkt auf der Frage, inwieweit Interessen und Bedürfnisse der Wissenschaft berücksichtigt werden bzw. bei der Ausgestaltung und Interpretation des nationalen Urheberrechts berücksichtigungsfähig sind.

Im zentralen Teil 3 der Arbeit erfolgt die detaillierte Analyse der Wissenschaftsschranken, einschließlich bestehender Querbezüge. Eine besondere Rolle spielt

¹⁵ „Can one size fit all?“ war etwa das übergreifende thematische Motto der jährlichen Tagung der International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property, vgl. im einzelnen die Homepage zur ATRIP-Konferenz 2008 in München unter <http://www.ip.mpg.de/go/atrip>.

dabei das Verhältnis zu Eigenangeboten der Verleger, letztlich also das Verhältnis zwischen freiem Markt und gesetzlichen Eingriffen in das Marktsystem. Während derartige Fragestellungen mit Blick auf das eingeführte „Verlagsprivileg“ beim elektronischen Kopienversand im Vorfeld des Zweiten Korbes eine zentrale Rolle gespielt haben, enthalten auch die übrigen Schrankenbestimmungen Voraussetzungen, die dieses Verhältnis je nach Verständnis beeinflussen können.

Teil 4 der Arbeit versucht, bestehende Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszuarbeiten und zu einer abschließenden Bewertung im Sinne eines Gesamtfazits über die Wissenschaftsschranken nach dem Zweiten Korb zu gelangen.

C. Der Wissenschaftsbegriff im Urheberrecht

Nicht zuletzt wegen seines Facettenreichtums existiert keine allgemein gültige Definition des Begriffs der Wissenschaft.¹⁶ Die Frage nach dem Wesen der Wissenschaft ist insbesondere in der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie in den Einzelheiten umstritten.¹⁷ Der Versuch einer über den vergleichsweise engen Bezugspunkt des Urheberrechts hinaus gültigen Definition ist nicht Aufgabe dieser Arbeit und wäre, abgesehen von einer gewissen Anmaßung angesichts der Bemühungen der Spezialisten, rechtlich bedenklich mit Blick auf die in Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre, soweit sie als abschließende Definition gedacht sein sollte.¹⁸ Angesichts der „vielschichtigen und komplexen Natur der Wissenschaft“ und ihrer ständigen Veränderungsprozesse erscheint eine exakte Definition ohnehin schwierig, wenn nicht unmöglich.¹⁹ Gleichzeitig können Urheberrecht und Verfassungsrecht bei der Auseinandersetzung mit dem Wissenschaftsbegriff den „Gelehrtenstreit“ innerhalb der Wissenschaftstheorie aber auch nicht ignorieren.²⁰ Da auch im Kontext der Wissenschaftsfreiheit des Grundgesetzes gerade die Eigengesetzlichkeiten der Wissenschaft betont werden,²¹ wäre es widersprüchlich, wenn im Verfassungsrecht und Urheberrecht

¹⁶ So auch *Blankenagel*, S. 23; für eine Übersicht zumindest in Nuancen abweichender lexikalischer Definitionen zum Begriff der Wissenschaft siehe *Hoffmann*, S. 23 ff.

¹⁷ Vgl. zur Vielzahl der verschiedenen Definitionsversuche allein in der Wissenschaftsphilosophie nur die Nachweise bei *v. Moltke*, S. 20.

¹⁸ *v. Moltke*, S. 21, Fn. 48; vgl. auch *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG-Kommentar, Art. 5 III, Rn. 88.

¹⁹ *Altenpohl*, S. 34.

²⁰ So *v. Moltke*, S. 21.

²¹ Vgl. BVerfGE 47, 327, 367; E 90, 1, 11; dazu noch unten, Einleitung C. II.

die Ergebnisse der Wissenschaftstheorie unberücksichtigt blieben. Ziel ist der Versuch einer Annäherung an einen Wissenschaftsbegriff im Urheberrecht, der sich den Erkenntnissen auf dem Gebiet der Wissenschaftstheorie nicht verschließt und sich schon aus Gründen der Normhierarchie auch am Begriffsverständnis des Verfassungsrechts orientiert.

I. Verwendung des Begriffs im Urheberrecht

Die urheberrechtlichen Normen enthalten keine Definition des Wissenschaftsbegriffs, sondern verwenden ihn in verschiedenen Konstellationen und Varianten ohne weitere inhaltliche Konkretisierungen.

Auf internationaler Ebene taucht der Wissenschaftsbegriff an prominenter Stelle in Art. 2 Abs. 1 der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ)²² auf, wonach die in Art. 1 des Abkommens verwendete Bezeichnung „Werke der Literatur und Kunst“ alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst umfasst. Diese Regelungstechnik – Dualismus der Literatur und Kunst in Art. 1, Erweiterung zu einem Dreiklang einschließlich der Wissenschaft per nachfolgender Definition in Art. 2 Abs. 1 – wurde bereits vor der Revisionskonferenz 1967 in Stockholm verwendet. In Stockholm wurde darauf aufbauend der Text des Abkommens derart vereinheitlicht, dass konsequenterweise im sonstigen Text auf den Begriff des wissenschaftlichen Werkes verzichtet wurde, während zuvor teilweise uneinheitlich mal von „literarischen und künstlerischen Werken“, mal von „literarischen, wissenschaftlichen und künstlerischen Werken“ die Rede war,²³ ohne dass sich durch die Vereinheitlichung inhaltlich etwas geändert hätte.²⁴ Diese Regelungstechnik strahlt über die RBÜ hinaus aus, da auch im WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT)²⁵ der Dualismus aus literarischen und künstlerischen Werken im Sinne der RBÜ als Dreiklang auszulegen ist.

²² Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9.9.1886, zuletzt geändert durch Beschluss vom 2.10.1979 (BGBl. II 1985, S. 81), abgedruckt als Anhang 4 bei *HK-UrhR*, S. 1601 ff.

²³ Siehe als Beispiele für ersteres Art. 2 Abs. 2, 3, Art. 8, als Beispiel für letzteres Art. 12 und 14 der Berner Übereinkunft in der Fassung vor ihrer Stockholmer Revision, abgedruckt in: *WIPO* (Hrsg.), *Records of the Stockholm Conference*, S. 148 ff.

²⁴ Vgl. Main Committee I Report, Bemerkung 13, abgedruckt in: *WIPO* (Hrsg.), *Records of the Stockholm Conference*, S. 1134.

²⁵ WIPO Urheberrechtsvertrag (World Copyright Treaty, WCT) vom 23.12.1996 (Abl. 2000 L 89 S.8), abgedruckt als Anhang 2 bei *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, S. 1582 ff.

Auf europäischer Ebene definiert die InfoSoc-Richtlinie den mehrfach verwendeten²⁶ Begriff Wissenschaft ebenfalls nicht. Einen zumindest groben Anhaltspunkt gibt die Datenbankrichtlinie,²⁷ die in Erwägungsgrund 36 klarstellt, dass vom Begriff sowohl die Naturwissenschaften als auch die Geisteswissenschaften umfasst werden.

Im deutschen Urheberrecht ist „Wissenschaft“ neben Literatur und Kunst Teil der grundlegenden Begriffstrios in §§ 1 und 2 Abs. 1 UrhG. Gesetzeshistorisch erfolgte die ausdrückliche Einbeziehung von Werken der Wissenschaft in den Anwendungsbereich des Urheberrechts als Werkkategorie im Jahr 1965, weil der Gesetzgeber gegenüber der früheren Regelung in LUG und KUG eine Angleichung an die Terminologie der internationalen Abkommen herbeiführen wollte, ohne damit eine Änderung der bisherigen Rechtslage zu bewirken.²⁸ Der Begriff taucht im Gesetz wiederholt auf. „Darstellungen wissenschaftlicher Art“ werden in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG ausdrücklich als eigene Werkart benannt. Voraussetzung für das Leistungsschutzrecht für „wissenschaftliche Ausgaben“ nach § 70 UrhG ist u.a., dass sie das Ergebnis „wissenschaftlich sichtender Tätigkeit“ sind. Im Bereich der Schrankenregelungen finden sich weitere Fundstellen. Beim Zitatrecht nach § 51 UrhG erlaubt das Regelbeispiel der Nr.1 als sogenanntes wissenschaftliches Großzitat die Aufnahme in ein selbständiges „wissenschaftliches Werk“. § 52a UrhG gestattet die öffentliche Zugänglichmachung für die „eigene wissenschaftliche Forschung“ der Schrankenprivilegierten. Den Begriff der „wissenschaftlichen Forschung“ verwendet auch § 53a S. 2 UrhG beim Kopienversand. § 52b UrhG verzichtet auf den Begriff der Wissenschaft und erlaubt die sogenannte „on-the-spot-consultation“ schlicht „zur Forschung“. § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG privilegiert die Vervielfältigung zum „eigenen wissenschaftlichen Gebrauch“, ebenso wie § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG im Rahmen der Schranken des Sui-Generis-Rechts des Datenbankherstellers.

Inwieweit unterschiedliche Formulierungen im Rahmen der Schrankenregelungen zu unterschiedlichen Grenzziehungen führen, wird noch im Detail untersucht. Zudem sind „wissenschaftlicher Gebrauch“ und „wissenschaftliches Werk“ als prozessbezoge-

²⁶ Erwägungsgrund 34 nennt als einen Bereich für nationale Schrankenregelungen „wissenschaftliche Zwecke“, Erwägungsgrund 42 „wissenschaftliche Forschungszwecke“, Art. 5 Abs. 3 a) ebenfalls „Zwecke der wissenschaftlichen Forschung“.

²⁷ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Amtsblatt Nr. L 077 vom 27.03.1996 (im Folgenden kurz Datenbank-RL).

²⁸ Begründung Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, S. 37.

ner und ergebnisbezogener Begriff voneinander zu unterscheiden. Auch ist es angesichts der unterschiedlichen Intentionen der Normen nicht zwingend, dass der Wissenschaftsbegriff in §§ 1 und 2 UrhG dem bei der Bestimmung des wissenschaftlichen Werkes in § 51 UrhG vollkommen entspricht. Im ersteren Fall geht es um eine positive Bestimmung des urheberrechtlich Schutzfähigen, im letzteren Fall um eine partielle negative Eingrenzung des Schutzes durch die Schranke, soweit Werke im Rahmen eigenständiger wissenschaftlicher Werke zitiert werden.²⁹ Hier soll trotz mancher Differenzierungen versucht werden, Gemeinsamkeiten des mehrfach verwendeten Wissenschaftsbegriffs in seiner Bedeutung für das Urheberrecht herauszuarbeiten.

II. Verfassungsrechtliche Definition und Wissenschaftstheorie

Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung und Literatur setzt sich mit dem Wissenschaftsbegriff vor dem Hintergrund des sachlichen Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG auseinander. Danach sind „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre“ frei. Forschung und Lehre werden dabei als komplementäre Komponenten des Oberbegriffs Wissenschaft angesehen.³⁰ Geschützt werden nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die „auf wissenschaftlichen Eigengesetzlichkeiten beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe“.³¹ Erfasst wird „jede wissenschaftliche Tätigkeit, d.h. all das, was nach Inhalt und Form als ernsthafter, planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“.³² Forschung wird definiert als „geistige Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“.³³ Sie erfasst dabei den Gesamtbereich der Wissenschaftsfreiheit, der nicht unter die Lehre fällt.³⁴ Lehre wiederum ist die „wissenschaftlich fundierte Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse“.³⁵ Den

²⁹ vgl. *Hoffmann*, S. 48.

³⁰ Ganz herrschende Meinung, vgl. statt vieler *Jarass/Pieroth*, Art. 5 Rn. 121 m.w.N.; BVerfGE 35, 79, 113.

³¹ Ständige Rechtsprechung; BVerfGE 35, 79, 112; E 43, 242, 267; E 47, 327, 367; E 90, 1, 12.

³² BVerfGE 35, 79, 113 = NJW 1973, 1176.

³³ BVerfGE 35, 79, 113 = NJW 1973, 1176; E 47, 327, 367 = NJW 1978, 1621; BVerfGE 90, 1, 12; vgl. auch die Kommentierung bei *Jarass/Pieroth*, Art. 5 Rn. 122 ff.; *Bethge*, in: *Sachs*, GG-Kommentar, Art. 5 Rn. 206.

³⁴ *Jarass/Pieroth*, Art. 5 Rn. 122.

³⁵ BVerfGE 35, 79, 113 = NJW 1973, 1176.

engen wechselseitigen Bezug bringt schon der gemeinsame Oberbegriff Wissenschaft zum Ausdruck. Forschung als „die geistige Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“,³⁶ bewirkt den Fortschritt der Wissenschaft. Zugleich ist sie „notwendige Voraussetzung, um den Charakter der Lehre als der wissenschaftlich fundierten Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse zu gewährleisten. Andererseits befruchtet das in der Lehre stattfindende wissenschaftliche Gespräch wiederum die Forschungsarbeit.“³⁷

Durch den Verzicht auf eine engere Begriffseingrenzung berücksichtigt das Bundesverfassungsgericht grundlegende Erkenntnisse der Wissenschaftstheorie und -philosophie. Geschützt wird nicht „eine bestimmte Auffassung von der Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie“, sondern der weit gefasste Wissenschaftsbegriff folgt „unmittelbar aus der prinzipiellen Unabgeschlossenheit jeglicher wissenschaftlicher Erkenntnis“. Nur so können sich „Forschung und Lehre ungehindert an dem Bemühen um Wahrheit als ‘etwas noch nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes’“ ausrichten.³⁸ Unabhängig von grundlegenden erkenntnisphilosophischen Zweifeln an der Erkennbarkeit einer „Wahrheit an sich“ belegt gerade die Wissenschaftsgeschichte die Wandelbarkeit dessen, was zum jeweiligen Zeitpunkt als wahr oder falsch und was als wissenschaftlich oder unwissenschaftlich galt und gilt. Nicht nur radikale wissenschaftliche Paradigmenwechsel, sondern auch kontinuierlichere Fortentwicklungen des Wissensstandes führen dazu, dass die Grenzen zwischen einem bloßen wissenschaftlichen Irrtum und unwissenschaftlicher Irrlehre fließend sind und dem Wandel unterliegen. Wissenschaftstheoretiker handeln ihrerseits wissenschaftlich, wenn sie bei der Definition des Wissenschaftsbegriff „zurückhaltende Vorsicht“ üben.³⁹ Die eigene Irrtumsoffenheit und der „tentative Charakter des Erkenntnisfortschritts“⁴⁰ sind Elemente, die die Wissenschaft charakterisieren, ohne sie abschließend zu beschreiben, so etwa auch die mit der Irrtumsoffenheit verbundene Bereitschaft zum ständigen geistigen Austausch in Form der Kommunikation, jedenfalls innerhalb der jeweiligen Fachwelt.⁴¹

³⁶ So das BVerfGE 35, 79, 113= NJW 1973, 1176 f. unter ausdrücklichem Verweis auf den Bundesbericht Forschung III, BT-Drucks. V/4335 S. 4.

³⁷ BVerfG, ebenda.

³⁸ BVerfGE 35, 79, 113= NJW 1973, 1176 unter Verweis auf Wilhelm von Humboldt; BVerfGE 47, 327, 367 = NJW 1978, 1621; BVerfGE 90, 1, 12; vgl. auch *Classen*, S. 79 f.

³⁹ Vgl. dazu ausführlicher *Denninger*, in: Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 15, m.w.N.

⁴⁰ *Denninger*, in: Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 17.

⁴¹ *Denninger*, in: Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 17.

Indem das Bundesverfassungsgericht auf die „wissenschaftlichen Eigengesetzlichkeiten“ verweist, auf denen „Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen“ beruhen,⁴² verdeutlicht es die Problematik klarerer Grenzziehungen. In der verfassungsrechtlichen Literatur wird der Gedanke teils noch konsequenter fortgedacht und jeder Form einer heteronomen Wissenschaftsdefinition eine rein autonome Grenzziehung vorgezogen. Wissenschaftler sei zwar nicht schon jeder, der dies selbst zu sein behaupte,⁴³ er sei es vielmehr aber dann, wenn und soweit seine Tätigkeit von denjenigen, die von der Sache etwas verstünden, als wissenschaftlich, als Forschung oder Lehre erkannt und anerkannt werde; so bestimme das „System Wissenschaft“ als ein perpetuierter Kommunikationszusammenhang seine Grenzen selbst.⁴⁴ Man könne daher zumindest nicht von einer „unanfechtbaren Definition“ der Wissenschaft sprechen, sondern nur von einer „hinreichenden Kennzeichnung des tatsächlichen Erscheinungsbildes“, das eine praktische Handhabung ermögliche.⁴⁵

Auch das BVerfG selbst erkennt die „Offenheit und Wandelbarkeit der Wissenschaft“, von der der Wissenschaftsbegriff des Grundgesetzes ausgeht, ausdrücklich an.⁴⁶ Es stellt klar, dass „über gute und schlechte Wissenschaft, Wahrheit und Unwahrheit von Ergebnissen [...] nur wissenschaftlich geurteilt werden“ könne, insbesondere angesichts des ständigen Wandels und der Revision wissenschaftlicher Erkenntnisse. Von Art. 5 Abs. 3 GG geschützt seien deshalb auch Forschungsansätze und -ergebnisse, die sich als irrig oder fehlerhaft erwiesen, ebenso wie unorthodoxes oder intuitives Vorgehen. Voraussetzung sei allein, dass es sich um „Wissenschaft“ handle, worunter alles fällt, was nach Inhalt und Form als ernsthafter Versuch zur Ermittlung von Wahrheit anzusehen ist.⁴⁷

Vor diesem Hintergrund lassen sich den zitierten Entscheidungen ungeachtet aller gebotenen verbleibenden Spielräume zumindest die folgenden Elemente entnehmen, die den „weit zu verstehenden“⁴⁸ Wissenschaftsbegriff des Verfassungsrechts konturieren, ohne die Wissenschaftsfreiheit bereits dadurch zu beschneiden, und mit denen sich das Gericht auf einer Linie mit den Erkenntnissen der Wissenschafts-

⁴² BVerfGE 47, 327, 367 = NJW 1978, 1621; BVerfGE 90, 1, 11.

⁴³ So auch BVerfGE 90, 1, 12.

⁴⁴ *Denninger*, in: Alternativkommentar zum GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 18.

⁴⁵ *Zöbele*, in: Mitarbeiterkommentar zum GG, Art. 5 Rn. 242.

⁴⁶ BVerfGE 90, 1, 12.

⁴⁷ BVerfGE 90, 1, 12.

⁴⁸ BVerfGE 90, 1, 13.

theorie befindet, die sich trotz aller Unterschiede im Detail auf grundlegende Elemente wie Erkenntnisstreben, Systematik und Überprüfbarkeit zurückführen lassen.⁴⁹

Danach ist Wissenschaft zunächst bestimmt durch ihren konstitutiven Wahrheitsbezug, durch das sie kennzeichnende Bemühen um Wahrheit,⁵⁰ durch das Ziel des Erkenntnisgewinns,⁵¹ auch und gerade wenn sie sich dabei ihrer eigenen Fehlbarkeit bewusst ist. Wissenschaft setzt bei diesem Bestreben weiter eine gewisse Ernsthaftigkeit, Systematik und Methodik voraus.⁵² Wissenschaft ist bei diesem Bestreben zudem vom Prinzip der Nachprüfbarkeit geprägt.⁵³

III. Definitionsansätze im Urheberrecht

Die begriffliche Auseinandersetzung findet mangels Definition im Urheberrecht in verschiedenen Zusammenhängen statt, etwa bereits bei der Frage der Zuordnung zu den Werkkategorien der Literatur, Wissenschaft oder Kunst in §§ 1 und 2 UrhG, intensiver jedoch bei den Schrankenregelungen.

1. Wissenschaftsbegriff bei Werken der Wissenschaft nach §§ 1, 2 UrhG

In urheberrechtlichen Entscheidungen zu Werken aus dem Bereich der Wissenschaft findet häufig keine oder keine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Wissenschaftsbegriff statt.⁵⁴ Vielfach ist die Wissenschaftlichkeit der jeweiligen Werke so offensichtlich, dass keine näheren Erörterungen erforderlich sind. Verfasst etwa ein Hochschullehrer einen Fachaufsatz im Bereich seiner Forschungsdisziplin, liegen die Schwerpunkte der Urteilsbegründung selten bei der Frage, ob es sich um ein wissenschaftliches Werk handelt. Dies wird stillschweigend und unstreitig vorausgesetzt. An der Zuordnung besteht häufig kein Zweifel, gerade dann, wenn es um Abhandlungen geht, die sich mit klassischen wissenschaftlichen Themen und Fragestellungen beschäftigen.⁵⁵ Häufig ist

⁴⁹ Vgl. beispielsweise *v. Moltke*, S. 20, mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

⁵⁰ BVerfGE 90, 1, 12.

⁵¹ BVerfGE 35, 79, 113= NJW 1973, 1176.

⁵² BVerfGE ebd.

⁵³ BVerfGE ebd.

⁵⁴ Vgl. BGH GRUR 1980, 227 ff. – *Monumenta Germanae Historica*; BGH GRUR 1981, 352 ff. – *Staatsexamensarbeit*; OLG Frankfurt GRUR 1990, 124 ff. – *Unternehmen Tannenberg*; vgl. auch *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), *Festgabe Schricker*, S. 297.

⁵⁵ Vgl. in diesem Sinne auch *v. Moltke*, S. 13 f.

die Zurechnung zu einer der drei Kategorien Literatur, Wissenschaft und Kunst auch entbehrlich, solange ein Schutzobjekt jedenfalls in den Bereich des urheberrechtlich Schutzfähigen insgesamt fällt,⁵⁶ und unabhängig von im Detail leicht unterschiedlichen Schutzvoraussetzungen⁵⁷ auch bei einer Subsumtion unter den Wissenschaftsbegriff Werkschutz genießt. Weiter überschneiden sich die Begriffe teilweise, weil ein Werk im Einzelfall mehreren Werkkategorien angehören und etwa wissenschaftliches Schrifttum sowohl in die Kategorie der Literatur wie auch in die der Wissenschaft fallen kann.⁵⁸ Die Kommentierung des Wissenschaftsbegriffs in §§ 1 und 2 UrhG fällt deshalb allenfalls knapp aus. Die drei Begriffe Literatur, Wissenschaft und Kunst seien in einem weiten Sinne zu verstehen.⁵⁹ Wissenschaft sei dabei gekennzeichnet durch rationales Denken und die systematische und methodische Weiterentwicklung von Ideen und Erkenntnissen technischer und nichttechnischer Art.⁶⁰ Wie weit der Begriff der Wissenschaft auf der Ebene der Werkkategorien zu ziehen ist, macht die Entscheidung „Themenkatalog“ deutlich, wenn es dort unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts heißt, der Bereich der Wissenschaft beschränke sich nicht nur auf „Forschung und Lehre im engeren verfassungsrechtlichen Sinne“, also auf den Bereich, in dem ihr Schutz verfassungsrechtlich geboten ist, sondern umfasse beispielsweise auch den streitgegenständlichen Themenkatalog einer sozialtherapeutischen Ausbildungsreihe.⁶¹ Gerade auf die Vielfältigkeit der Erscheinungsformen wird im Zusammenhang mit der Weite des Begriffs verwiesen.⁶² Auf der Ebene der Werkkategorien dienen die Begriffe demnach nur der ungefähren Abgrenzung des urheberrechtlichen Schutzbereichs.⁶³ Teilweise werden sie an dieser Stelle ganz für entbehrlich gehalten.⁶⁴ Demgegenüber unternimmt *v. Moltke* als einer der wenigen schon mit Blick auf die Abgrenzung der Werke der Wissenschaft in §§ 1, 2 UrhG einen Definitionsversuch. Danach soll ein Geisteserzeugnis als wissenschaftlich bezeichnet werden, wenn es „seinem gedanklichen Inhalt nach auf die systematische und überprüfbare Vermittlung

⁵⁶ Loewenheim, in: *Schricker*, § 2 Rn. 7.

⁵⁷ Siehe dazu im Einzelnen noch unten, Teil 1 B.

⁵⁸ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 7; *Altenpohl*, S. 39, die als Beispiel wissenschaftliche Biographien über historische Persönlichkeiten in Romanform anführt.

⁵⁹ Loewenheim, in: *Schricker*, § 2 Rn. 4; Ahlberg, in: *Möhring/Nicolini*, § 1 Rn. 1.

⁶⁰ Ahlberg, in: *Möhring/Nicolini*, § 1 Rn. 1.

⁶¹ BGH GRUR 1991, 131, 132 f. – *Themenkatalog*.

⁶² *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 1 Rn. 4.

⁶³ *Schricker*, in: *Schricker*, Einleitung Rn. 4.

⁶⁴ Im Ergebnis *Hoffmann*, S. 146.

von Erkenntnis (Wissen) gerichtet und aus der Sicht seines Autors auf die Verfolgung eines beherrschenden Zwecks angelegt ist.“⁶⁵ Dabei greift er jedoch auf Erwägungen zurück, die ansonsten von Rechtsprechung und Literatur vor allem in den im Folgenden dargestellten Zusammenhängen erörtert werden.

2. Wissenschaftsbegriff im Bereich der Schrankenregelungen

Eine eingehendere Auseinandersetzung mit den Begriffsabgrenzungen findet im Urheberrecht dort statt, wo sie entscheidungserheblich werden, wenn es etwa um die konkrete Frage geht, was wissenschaftlichen Gebrauch im Einzelfall auszeichnet, oder ob es sich bei einem zitierenden Werk um ein wissenschaftliches Werk handelt, und deshalb der jeweilige Werkgebrauch über eine Schrankenregelung privilegiert wird.

a) Der wissenschaftliche Gebrauch in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG

Bei der Begriffsabgrenzung im Rahmen des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG wird deutlich, dass das urheberrechtliche Schrifttum insbesondere zwei bereits genannte Komponenten betont.⁶⁶ Dies sind die Ausrichtung der Tätigkeit auf das Ziel der Erkenntnis sowie die dabei angewendete Methode und Systematik.⁶⁷ Zwar wird wissenschaftliche Tätigkeit vor allem von Wissenschaftlern, Forschungsinstituten oder sonstigen wissenschaftlichen Einrichtungen ausgeübt. Sie ist aber nicht darauf beschränkt. Auch derjenige, der nicht professionell bzw. hauptsächlich wissenschaftlich tätig ist, kann im Einzelfall eine wissenschaftliche Leistung vollbringen, solange er die genannten zwei Voraussetzungen erfüllt, so dass neben Wissenschaftlern und Forschern im engeren Sinne auch Praktiker vom Wissenschaftsbegriff erfasst sein können.⁶⁸ Die ganz überwiegende Auffassung geht zudem zu Recht davon aus, dass Wissenschaft auch inhaltlich nicht auf das begrenzt ist, was an Universitäten und Hochschulen gelehrt wird.⁶⁹ Die Gegenauffassung, die vor allem auf ansonsten entstehende Schwierigkeiten der Grenzziehung

⁶⁵ v. Moltke, S. 32; siehe auch Straus, in: Beier (Hrsg.), Festgabe Schrickler, S. 297.

⁶⁶ Zu den weiteren Einzelheiten des wissenschaftlichen Gebrauchs als Tatbestandsmerkmal siehe noch unten 3. Teil A III 1.

⁶⁷ Vgl. Loewenheim, in: Schrickler, § 53 Rn. 22; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 53 Rn. 23; Dreyer, in: HK-UrhR, § 53 Rn. 44; Meckel, in: Möhring/Nicolini, § 53 Rn. 22, in jeweils nur marginal unterschiedlichen Formulierungen.

⁶⁸ Loewenheim, in: Schrickler, § 53 Rn. 22; Raczinski/Rademacher, GRUR 1989, 324, 327; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, § 53 Rn. 26; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 53 Rn. 23; Loewenheim, in: Loewenheim, Handbuch, § 31 Rn. 27; Bruhns, UFITA 52 (1969), 115, 121 f.

⁶⁹ Loewenheim, in: Schrickler, § 53 Rn. 22; Ulmer, § 65 III Nr. 1; Dreyer, in: HK-UrhR, § 53 Rn. 44, Bruhns, UFITA 52 (1969), 115, 121 f; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, § 53 Rn. 26.

verweist,⁷⁰ verkennt die prinzipielle Unabgeschlossenheit des Erkenntnisprozesses und die ständige Weiterentwicklung der Wissenschaft. Ihretwegen ist auch der Kanon der an Universitäten und Hochschulen ausgeübten Wissenschaftsdisziplinen nicht statisch, sondern dynamisch geprägt, so dass eine entsprechende Begrenzung mit Blick auf den umfassenden Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG problematisch erscheint. Denn auch der Wissenschaftsbegriff des Grundgesetzes ist insoweit ein offener Begriff. Wissenschaftliche Wahrheiten befinden sich im Wandel, und neue Denkschulen, Disziplinen, Themen und Methoden dürfen nicht unter Verweis auf den status quo der universitären Wissenschaft ausgeschlossen werden.⁷¹

Soweit auch in den Schrankenregelungen der §§ 52a, 52b und 53a UrhG begrifflich auf die wissenschaftliche Forschung bzw. die Forschung abgestellt wird, lassen sich den dortigen Diskussionen keine weiteren Rückschlüsse auf den zugrundegelegten Wissenschaftsbegriff entnehmen.⁷²

b) Erkenntnisse aus dem Begriff des wissenschaftlichen Werks bei § 51 UrhG

Auch bei der Definition des wissenschaftlichen Werkes bei § 51 UrhG wird Wissenschaft ganz wesentlich über den Zweck der Erkenntnis und die ihr eigene Methodik charakterisiert, wenn Wissenschaft als ernsthafte, methodisch geordnete bzw. systematische Suche nach Erkenntnis definiert wird.⁷³ Wissenschaftlich sind diejenigen Werke, die solche methodisch gewonnenen Erkenntnisse erarbeiten, sich mit ihnen auseinandersetzen oder sie verbreiten.⁷⁴ Ohne Widerspruch zu diesem Ansatz bleiben mit Blick auf die Kernfrage nach dem Begriff der Wissenschaft angesichts des enthaltenen Zirkelschluss dahinter diejenigen Stimmen zurück, nach denen eine Arbeit dann als wissenschaftlich gelten soll, wenn sie nach Rahmen, Form und Gehalt durch eine eigene Geistestätigkeit gerade die Wissenschaft fördern will und der Belehrung dient.⁷⁵ Entnehmen lässt sich letzterem Definitionsversuch jedoch, dass zur Bestimmung des

⁷⁰ Wilhelm Nordemann, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 19.

⁷¹ Vgl. dazu auch *Hölscher*, S. 187.

⁷² Siehe zu den Tatbestandsmerkmalen noch unten Teil 3 C und D.

⁷³ *Schricker*, in: *Schricker*, § 51 Rn. 31; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 51 Rn. 8; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 51 Rn. 24; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 51 Rn. 13; *Waldenberg*, in: *Möhring/Nicolini*, § 51 Rn. 13.

⁷⁴ *Schricker*, in: *Schricker*, § 51 Rn. 31; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 51 Rn. 8.

⁷⁵ OLG München ZUM 1989, 529, 531 - *Kandinsky*; LG Berlin GRUR 1962, 207, 209 - *Maißeiern*; darauf verweisend auch *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 51 Rn. 24; *Götting*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 139.

wissenschaftlichen Werks sowohl inhaltliche als auch formelle Gesichtspunkte als Indizien für die Wissenschaftlichkeit eines Werks herangezogen werden können.⁷⁶ Auch ohne einen abschließenden Katalog der Themen wissenschaftlicher Forschung ist deshalb in die Prüfung sowohl die Thematik als auch die Form der Darstellung des jeweiligen Werks einzubeziehen.⁷⁷ Ein Beispiel für letzteres ist insbesondere das Erscheinen innerhalb einer wissenschaftlichen Reihe oder als Dissertationsschrift,⁷⁸ nicht im Sinne eines Automatismus, denn eine wissenschaftliche Einkleidung führt nicht immer auch zur Wissenschaftlichkeit eines Werks,⁷⁹ wohl aber im Sinne einer starken Indizwirkung. Gleiches gilt für eine den klassischen Wissenschaftsbereichen zuzurechnende Thematik.

Jenseits entsprechend deutlicher Fälle wird die Abgrenzung von den übrigen urheberrechtlich schutzfähigen Werkkategorien insbesondere über das Erfordernis des belehrenden bzw. instruktiven Charakters des Werkes vorgenommen.⁸⁰ Während es einer Einordnung als wissenschaftlichem Werk nicht entgegensteht, wenn dieses zusätzlich auch unterhaltende Aspekte beinhaltet, muss dennoch die Belehrungsfunktion im Vordergrund stehen. Demgegenüber darf der Schwerpunkt nicht auf dem Unterhaltungswert liegen.⁸¹ Eine vergleichbare Trennlinie lässt sich auch anhand der Fragestellung ziehen, ob das Werk vor allem den Intellekt, oder überwiegend eher Schönheitssinn oder Gefühle des Rezipienten anspricht.⁸² Sofern allerdings die Belehrungsfunktion noch im Vordergrund steht, werden ganz überwiegend auch populärwissenschaftliche Werke der Wissenschaft zugeordnet.⁸³ Diese richten sich nicht ausschließlich an Fachkreise und weichen in der Form der Darstellung zu Gunsten besserer Allgemeinverständlichkeit und häufig zu Lasten wissenschaftlicher Genauigkeit von der wissenschaftlichen Fachsprache und Darstellungsweise ab, vermitteln aber gerade so Erkenntnisse für weite Teile der Bevölke-

⁷⁶ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 51 Rn. 8.

⁷⁷ *Schricker*, in: *Schricker*, § 51 Rn. 31

⁷⁸ *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 51 Rn. 24.

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 90, 1, 13.

⁸⁰ OLG München ZUM 1989, 529, 531 - *Kandinsky*; LG Berlin GRUR 1962, 207, 209 - *Maifeiern*; *Oekonomidis*, UFITA 57 (1970), 179, 185.

⁸¹ *Schricker*, in: *Schricker*, § 51 Rn. 32; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 51 Rn. 24; *Hoeren*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Cyberlaw*, S. 100 f.; *Götting*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 139; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 51 Rn. 24; vgl. auch LG Berlin, GRUR 1978, 108, 109 - *Der Spiegel*; KG GRUR 1970, 616, 617 - *Eintänzer*; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 51 Rn. 25.

⁸² *Schricker*, in: *Schricker*, § 51 Rn. 32; *Götting*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 13; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 51 Rn. 24.

⁸³ Vgl. *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 51 Rn. 24; *Waldenberg*, in: *Möhring/Nicolini*, § 51 Rn. 13; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 51 Rn. 24; LG München I AfP 1994, 326, 327; LG Berlin GRUR 1962, 207, 209 - *Maifeiern*; a.A. *Leinveber*, GRUR 1969, 130.

nung.⁸⁴ Auch wenn in derartigen Werken meist keine echte Bereicherung der Wissenschaft im Sinne originär neuer Erkenntnisse erfolgt,⁸⁵ wird der Begriff der Wissenschaft unter Berufung auf den mit dem Zitatrecht verfolgten Zweck der Förderung der kulturellen Entwicklung entsprechend weit verstanden.⁸⁶

Nicht ausgeschlossen wird die Wissenschaftlichkeit eines Werkes dadurch, dass es dem Urheber trotz entsprechender Zielsetzung nicht gelungen ist, seiner Absicht nach dem Streben nach Erkenntnis mit Erfolg gerecht zu werden, etwa weil seine Methoden oder Ergebnisse angreifbar sind.⁸⁷ Zwischen „guter“ und „schlechter“ Wissenschaft unterscheidet das Urheberrecht ebenso wenig wie der verfassungsrechtliche Wissenschaftsbegriff mit Blick auf die Freiheitsgewährung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG.⁸⁸

IV. Fazit zum Wissenschaftsbegriff im Urheberrecht

Trotz aller Definitionsversuche und der entwickelten Kriterien verbleibt auch im Urheberrecht eine gewisse Unschärfe und Weite des Wissenschaftsbegriffs. Diese lassen sich letztlich auf die Unschärfe und Weite zurückführen, die ihm schon *per se* aus wissenschaftstheoretischen Gründen und aufgrund des vergleichbar weiten verfassungsrechtlichen Schutzes immanent sind. Sie sind deshalb nicht nur unvermeidbar, sondern notwendig.

Danach lässt sich festhalten, dass einerseits ein Kernbereich existiert, in dem es sich zweifelsfrei um Wissenschaft und um wissenschaftlichen Gebrauch, wissenschaftliche Zwecke oder wissenschaftliche Werke handelt. Dies trifft insbesondere auf die Binnenkommunikation in den klassischen Wissenschaftsdisziplinen und die entsprechenden Fachpublikationen zu. Darüber hinaus existieren weitere Bereiche mit weniger unmittelbarer Zuordnung zur Wissenschaft, beispielsweise mit Blick auf populärwissenschaftliches Arbeiten und entsprechende Erzeugnisse. Hier sind im Sinne der bei Grenzfällen ohnehin unentbehrlichen Einzelfallentscheidung die herausgearbeiteten Kriterien anzuwenden. Dabei ist die Weite der Begrifflichkeiten auf verfassungsrechtlicher und wissenschaftstheoretischer Ebene bei der Auslegung der einfachgesetzlichen Normen zu beachten.

⁸⁴ Lüft, in: *Wandtke/Bullinger*, § 51 Rn. 13.

⁸⁵ Siehe LG Berlin GRUR 1962, 207, 209 – *Mai feiern*.

⁸⁶ *Götting*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 139; *Schricker*, in: *Schricker*, § 51 Rn. 32.

⁸⁷ *Schricker*, in: *Schricker*, § 51 Rn. 31; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 51 Rn. 8; *Waldenberg*, in: *Möhring/Nicolini*, § 51 Rn. 13.

⁸⁸ Vgl. *Schricker*, in: *Schricker*, § 51 Rn. 31.

Teil 1

Das Wissenschaftsurheberrecht als Kontext der Wissenschaftsschranken

Teil 1 untersucht ausgewählte Aspekte des Wissenschaftsurheberrechts, um den Kontext darzustellen, in dem Wissenschaftsschranken zur Anwendung kommen. Im Vordergrund stehen dabei sektorspezifische Besonderheiten, die bei der weiteren Schrankenanalyse Berücksichtigung finden.

A. Wissenschaftler als Nutzer urheberrechtlich geschützter Werke

Das Urheberrecht ist im Alltag der wissenschaftlich Tätigen omnipräsent, selbst wenn ihnen dies nicht gleichermaßen bewusst ist. Dies gilt nicht nur für diejenigen Wissenschaftssparten, in denen bereits der Gegenstand der Forschung potentiell urheberrechtlich geschützt ist, etwa die Literatur-, Film- und Musikwissenschaften oder die Geschichtswissenschaften, soweit diese auf ebenfalls noch urheberrechtlich geschützte Originalquellen verschiedener Werkarten zurückgreifen. Allen Disziplinen ist gemein, dass wissenschaftliche Tätigkeit entscheidend durch den wechselseitigen Austausch und die Auseinandersetzung mit fremden Forschungsergebnissen geprägt ist. Dies gilt nicht nur für die Geisteswissenschaften, in denen die Beschäftigung mit den Schriftwerken anderer einen besonders hohen Stellenwert einnimmt.⁸⁹ Auch in den klassischen Naturwissenschaften wird der Arbeitsalltag neben den experimentellen Anteilen der Arbeit durch die Rezeption von fremden Forschungsergebnissen geprägt. Denn Wissenschaft arbeitet zwar nicht ausschließlich, aber doch in sehr hohem Maße selbstreferentiell. Es ist ihr immanent, und angesichts fortschreitender Spezialisierung auch unumgänglich, sich vor allem wissenschaftsintern auszutauschen,

⁸⁹ Vgl. nur die allerdings sehr kritische Auffassung des Biologen *Kutscheras*, der die Geisteswissenschaften als Gegensatz zur den „Realwissenschaften“ als „Verbalwissenschaften“ bezeichnete, in denen sich die Wissenschaftler im Sinne von „Tertiärliteratur“ bevorzugt damit beschäftigen „was andere über reale Sachverhalte gedacht und geschrieben haben, dies gegeneinander abzuwägen, neu auszulegen und zu kommentieren“; siehe dazu den Beitrag von *Kissler*, Angriff auf den „Verbalwissenschaftler“, *Süddeutsche Zeitung* vom 7.7.2008, m.w.N.

dabei auf Erkenntnissen anderer Wissenschaftler aufzubauen und dazu ganz überwiegend auf Werke zurückzugreifen, die von anderen Wissenschaftlern geschaffen wurden bzw. in die verschiedenen Werkarten der „Werke der Wissenschaft“ fallen. Dieser Bereich, in dem Wissenschaftler kreislaufartig auf vorbestehende fremde Werke angewiesen sind, und der deshalb den wissenschaftlichen Informationsaustausch prägt, lässt sich als „Wissenschaftsurheberrecht im engeren Sinne“ bezeichnen.

Berührungspunkte kommen mit allen Werkarten des § 2 UrhG und mit allen Leistungsschutzrechten des UrhG in Betracht, denn letztlich kann ohne Einschränkung alles wissenschaftlicher Auseinandersetzung sein,⁹⁰ bis hin zu den zunächst eher exotisch anmutenden „pantomimischen Werken einschließlich der Werke der Tanzkunst“ nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UrhG. Auch wissenschaftliche Forschungsergebnisse werden ihrerseits in vielfältiger Form verkörpert. Auf Einzelheiten und die Abgrenzung aller potentiell relevanten Werkarten kann hier nicht eingegangen werden.⁹¹ Mit Blick auf die den Arbeitsalltag besonders prägende wissenschaftliche Fachliteratur kommt Schriftwerken wie Monographien und Aufsätzen als Unterfall der Sprachwerke im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG eine herausragende Bedeutung zu. Gleiches gilt in vielen Wissenschaftsdisziplinen für Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art gemäß Nr. 7, wozu insbesondere Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen gehören. Je nach Disziplin spielen auch Lichtbildwerke nach Nr. 5 und Filmwerke nach Nr. 6 eine Rolle. Der insoweit ergänzende Leistungsschutz für Lichtbilder nach § 72 UrhG bzw. für Laufbilder nach § 95 UrhG dürfte für die meisten Disziplinen eine noch größere praktische Bedeutung erlangen. Denn der – abgesehen von einer bei Lichtbildern auf 50 Jahre verkürzten Schutzdauer⁹² – weitestgehend gleichwertige Leistungsschutz wird unabhängig vom Vorliegen der für die Werkqualität maßgeblichen persönlichen geistigen Schöpfung im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG gewährt.⁹³ Bei in Film oder Bild festgehaltenen Experimenten sowie sonstigen Beobachtungen und Forschungsgegenständen, beispielsweise bei entsprechenden Krankheitsdokumentationen im medizinischen Bereich, wird es an einer solchen persönlichen geistigen Schöpfung in Bezug auf das Filmen oder Fotografieren häufig fehlen. Dieses

90 Vgl. *Kublen*, Götterdämmerung, S. 170.

91 Vgl. beispielhaft die umfassende Kommentierung bei *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 74 ff.

92 Vgl. § 72 Abs. 3 UrhG.

93 Zu den Einzelheiten und geringen Schutzvoraussetzungen vgl. statt vieler die Kommentierung bei *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, §§ 72 und 95.

beschränkt sich meist auf einen rein technischen, oft sogar bewusst streng genormten Ablauf zur möglichst originalgetreuen Wiedergabe des Versuchsablaufs oder Forschungsgegenstands. Daher besteht häufig zwar kein urheberrechtlicher Werkschutz, fremdes Film- oder Fotomaterial ist jedoch leistungsrechtlich geschützt.⁹⁴

Zu beachten ist ferner der urheberrechtliche Schutz, der Sammelwerken bzw. Datenbankwerken als deren Unterfall in § 4 UrhG gewährt wird, sowie der davon zu trennende leistungsrechtliche sui generis-Investitionsschutz für Datenbanken gemäß §§ 87a ff. UrhG. Datenbankwerke, bei denen Auswahl oder Anordnung der einzelnen Elemente eine persönliche geistige Schöpfung darstellen müssen, insbesondere aber elektronische Datenbanken, spielen je nach Disziplin eine große und im Zweifel weiter wachsende Rolle. Das gilt gleichermaßen für die bekannten Online-Literaturdatenbanken, in denen Wissenschaftsverlage ihre Produkte vermarkten, wie für Datenbanken im engeren technischen Sinne, die aus ihrerseits nicht urheberrechtsfähigen Rohdaten bestehen. Auf den begrenzten Schutzzumfang und auf mögliche Besonderheiten im Hinblick auf Anwendbarkeit und Bedeutung der Wissenschaftsschranken wird noch gesondert eingegangen.⁹⁵

Von Bedeutung ist weiter das Leistungsschutzrecht für wissenschaftliche Ausgaben nach § 70 UrhG. Es honoriert die häufig nicht urheberrechtsfähige Leistung desjenigen, der mit hohem Aufwand wissenschaftlich sichtend Editionen nicht geschützter Werke zusammenstellt und verfasst. Abgesehen von der mit 25 Jahren nach Erscheinen kürzeren Geltungsdauer entspricht der Schutz dem urheberrechtlichen Schutz nach Teil 1 des UrhG.⁹⁶

Soweit auf Musik- und Filmwerke zurückgegriffen wird, sind als weitere Leistungsschutzrechte gegebenenfalls Rechte der ausübenden Künstler nach §§ 73 ff. UrhG, Rechte des Tonträgerherstellers nach §§ 85 ff. UrhG, Rechte der Filmhersteller nach § 94 UrhG, sowie Leistungsschutzrechte des Sendeunternehmens nach § 87 UrhG zu beachten.

Einen Sonderfall stellen in mehrfacher Hinsicht Computerprogramme dar. Zum einen sind sie abgesehen von Disziplinen, die sich gegenständlich mit ihnen beschäfti-

94 Vgl. Peifer, Rahmenbedingungen, S. 335.

95 Siehe unten Teil 3. B.

96 Loewenheim, in: Schricker, § 70 Rn. 9; siehe dort auch die Ausführungen zu den Schutzvoraussetzungen des § 70 UrhG.

gen, nicht ihrerseits Träger der Information als Rohstoff der Wissenschaften,⁹⁷ sondern eher Werkzeug, das inzwischen für kaum einen Wissenschaftler hinweg zu denken ist. Das beginnt bei Standard-Office-Software und endet bei speziell angefertigten, häufig sogar vom Wissenschaftler selbst angepassten Spezialprogrammen als notwendigen Analysetools. Zum anderen bestehen in den §§ 69a ff. UrhG umfangreiche Sonderregelungen, auch mit Blick auf die wenigen zulässigen Beschränkungen in § 69d UrhG als *lex specialis* zu den Schrankenregelungen der §§ 44a ff.⁹⁸

Deutlich wird, wie groß das Spektrum potentiell urheberrechtlich geschützter Informationsträger in der Wissenschaft ist. Zudem werden auch die verschiedenen Formen der Nutzung dieser Informationsträger von den Bestimmungen des UrhG ausdifferenziert reguliert. Gemäß § 15 UrhG stehen dem Urheber die dort genannten körperlichen und unkörperlichen Verwertungsrechte zu. Die Mehrheit der Rechte knüpft an das Kriterium der „Öffentlichkeit“ an.⁹⁹ Insbesondere das nicht derart qualifizierte Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG führt jedoch dazu, dass wenig „urheberrechtsfreie“ Räume für den Umgang mit geschützten Werken verbleiben. Dies gilt insbesondere für den digitalen Bereich. Denn während in der analogen Welt die bloße Werkrezeption für sich genommen urheberrechtsneutral ist, etwa das bloße Lesen eines Buches oder das Betrachten eines Bildes, sind in der digitalen Welt schon für die Werkrezeption technische Vervielfältigungsvorgänge im Sinne des § 16 UrhG erforderlich. Wer elektronische Daten am Bildschirm betrachtet, vervielfältigt bereits in den Arbeitsspeicher seines Computers.¹⁰⁰ Das führt dazu, dass schon vor dem Erreichen weitergehender Schwellen, etwa der Handlung, die ein Werk gemäß § 19a UrhG Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich macht, oder der Verbreitung eines Werkes an die Öffentlichkeit im Sinne des § 17 UrhG, urheberrechtsrelevante Tatbestände vorliegen.

Zudem werden nach § 23 UrhG nicht nur das eigentliche Werk, sondern darüber hinaus auch Bearbeitungen und Umgestaltungen von den Ausschließlichkeitsrechten erfasst, solange nicht die Voraussetzungen für eine freie Benutzung im Sinne des § 24 UrhG erfüllt sind.¹⁰¹ Zusätzlich müssen neben den Verwertungsrechten des

⁹⁷ Dazu noch im Einzelnen unten, Teil 1 C.

⁹⁸ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 69d Rn. 3, dazu noch unten Teil 3 A. II. 1. a).

⁹⁹ Vgl. § 17 für das Verbreitungs- und § 18 für das Ausstellungsrecht sowie die §§ 19 bis 22 für die Unterfälle der öffentlichen Zugänglichmachung.

¹⁰⁰ Vgl. statt vieler *Peifer*, Rahmenbedingungen, S. 340.

¹⁰¹ Vgl. dazu im Einzelnen *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 24 Rn.1 ff.

§ 15 UrhG die Urheberpersönlichkeitsrechte nach §§ 12 ff. UrhG beachtet werden, also das Veröffentlichungsrecht, das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und der Schutz vor einer Entstellung des Werkes.

Deutlich wird, in welchem Ausmaß wissenschaftliche Tätigkeit „verurheberrechtlich“ ist, auch wenn dies dem Wissenschaftler weniger deutlich bewusst ist. Deshalb kommt angemessen ausgestalteten Wissenschaftsschranken, die Wissenschaftsbesonderheiten hinreichend berücksichtigen, große Bedeutung zu, um notwendige Freiräume zu sichern, ohne den berechtigten Urheberrechtsschutz insgesamt oder auch nur im Wissenschaftsurheberrecht über Gebühr zu schwächen.

B. Wissenschaftler als Schöpfer urheberrechtlich geschützter Werke: Besonderheiten der Schutzfähigkeit bei wissenschaftlichen Sprachwerken

Wissenschaftler greifen als Nutzer zu ganz überwiegenden Anteil auf Informationen in urheberrechtsrelevanter Verkörperung zurück, die ihrerseits bereits von Wissenschaftlern geschaffen wurde, und die systematisch unter die Kategorie der wissenschaftlichen Sprachwerke fällt. Schon aus der ausdrücklichen Einbeziehung von Werken der Wissenschaft in das UrhG ergibt sich als Ausgangspunkt, dass auch diese nach dem Willen des Gesetzgebers schutzfähig sein sollen.¹⁰² Gleichzeitig bestehen bei wissenschaftlichen Sprachwerken dogmatische Besonderheiten auf der Ebene des Werkschutzes und seiner Voraussetzungen, die im Einzelnen umstritten¹⁰³ und nicht eigentlicher Gegenstand dieser Arbeit sind, auf die im Folgenden jedoch übersichtsartig eingegangen wird. Denn Wissenschaftsschranken haben, abgesehen von ergänzenden Leistungsschutzrechten, nur dort Relevanz, wo geschützte Werke betroffen sind. Zudem verdeutlicht sich in den Diskussionen um die Schutzfähigkeit wissenschaftlicher Sprachwerke ein ausgeprägtes Problembewusstsein, das Rechtsprechung und Literatur mit Blick auf besondere Bedürfnisse der Wissenschaft entwickelt haben.

¹⁰² Vgl. *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 20; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 60, m.w.N. für diese insoweit unbestrittene Auffassung.

¹⁰³ Vgl. nur die übersichtlichen Darstellungen bei *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1095 ff; *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 7 ff; *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 292, 299 ff., sowie *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 63; jeweils m.w.N.

Zu unterscheiden sind dabei mehrere, sich teilweise überlagernde Problemfelder.¹⁰⁴ Übergeordneter Gedanke ist der weitgehend anerkannte Grundsatz, nach dem es im Interesse der Wissenschaftsfreiheit Grenzen für den Urheberrechtsschutz geben muss. Wissenschaftliche Lehren und Erkenntnisse genießen ihrerseits keinen urheberrechtlichen Schutz und bleiben für jedermann frei zugänglich bzw. gemeinfrei.¹⁰⁵ Während inzwischen anerkannt ist, dass auch inhaltliche Werkelemente dem Urheberrechtsschutz zugänglich sind und der strikte Dualismus von Inhalt und Form überwunden scheint,¹⁰⁶ ist im Wissenschaftsbereich der Gedanke von der Trennung zwischen Inhalt und Form zu einer besonderen Akzentuierung gelangt, und die genauen Grenzziehungen sind Gegenstand anhaltender Diskussionen. Darüber hinaus hat sich in der Rechtsprechung zumindest zwischenzeitlich eine Tendenz herausgebildet, bei wissenschaftlichen Sprachwerken die Anforderungen an die erforderliche eigene persönliche Schöpfung strenger zu handhaben, und eher als bei literarischen Werken urheberrechtlichen Werkschutz zu versagen.

I. Grundsatz der Urheberrechtsfreiheit der wissenschaftlichen Lehre

Der anerkannte Grundsatz, dass Gedanken und Lehren als Gegenstand der freien geistigen Auseinandersetzung in ihrem Kern urheberrechtsfrei bleiben müssen, ist nicht auf die Wissenschaft beschränkt. Das damit verbundene Prinzip der Inhaltsfreiheit, der Dichotomie zwischen Inhalt und Form, ist ausdrücklich und allgemein gültig schon auf internationaler Ebene in Art. 9 Abs. 2 TRIPS verankert. Danach erstreckt sich urheberrechtlicher Schutz „auf Ausdrucksformen und nicht auf Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche“.¹⁰⁷ Auch wenn es im deutschen UrhG mit Ausnahme einer Spezialregelung für Computerprogramme in § 69 a Abs. 2 S. 2 UrhG an einer ausdrücklichen Regelung fehlt, handelt es sich dennoch um einen ungeschriebenen Grundsatz.¹⁰⁸ Gleichzeitig wird er im Wissenschaftsbereich und in Bezug auf die Urheberrechtsfreiheit der wissenschaftlichen Lehre besonders betont, wobei im Einzelnen leicht unterschiedliche Formulierungen und Akzentuierungen verwendet werden,

¹⁰⁴ Vgl. *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 60.

¹⁰⁵ Ständige Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 61, sowie die folgenden Ausführungen.

¹⁰⁶ Vgl. dazu zusammenfassend *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 55.

¹⁰⁷ Entsprechend auch Art. 2 WCT.

¹⁰⁸ Vgl. *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 10; so auch *Berking*, S. 98, siehe dort auch insgesamt umfassend zur Unterscheidung zwischen Inhalt und Form.

die im Folgenden zum Beleg der Einheit in der Vielfalt *en bloc* beispielhaft wiedergegeben werden: „Die wissenschaftliche Lehre ist frei und jedermann zugänglich und daher auch nicht urheberrechtsschutzfähig“;¹⁰⁹ „die wissenschaftliche Lehre, die ihr entnommenen Begriffe, ihr Sprachgebrauch und die Ergebnisse, zu denen sie gelangt ist, sind [...] urheberrechtlich frei und jedermann zugänglich“;¹¹⁰ „schutzfähig ist deshalb grundsätzlich nicht, was dargestellt wird, sondern wie das wissenschaftliche Thema konkret gestaltet und abgehandelt wird“;¹¹¹ „wissenschaftliche Thesen und Schlussfolgerungen sind als solche urheberrechtlich nicht geschützt“;¹¹² „wissenschaftliche Schriftwerke genießen [...] nur in gewissen Grenzen urheberrechtlichen Schutz, denn die wissenschaftliche Lehre ist frei und jedermann zugänglich“;¹¹³ „wissenschaftliche Lehren und Theorien sind [...] in ihrem Kern, in ihrem gedanklichen Inhalt und in ihrer Aussage gemeinfrei; die dem wissenschaftlichen Werk zugrundeliegenden oder in ihm entwickelten wissenschaftlichen Entdeckungen, Daten, Lehren und Theorien sind urheberrechtlich nicht geschützt“;¹¹⁴ „wissenschaftliche Lehren und Erkenntnisse – also der behandelte Stoff – genießen keinen Urheberrechtsschutz und bleiben jedermann frei zugänglich“;¹¹⁵ „die wissenschaftlichen Lehren und technischen Inhalte sind frei und werden vom Urheberrechtsschutz nicht erfasst“;¹¹⁶ „bloße Informationen und Ideen, d.h. einerseits Fakten und Nachrichten, andererseits ungeformte allgemeine Gedanken, wie insbesondere wissenschaftliche Theorien, sind keine schutzfähigen Werke“;¹¹⁷ „keinen Urheberrechtsschutz genießen wissenschaftliche Entdeckungen und Forschungsergebnisse als solche, ungestaltete Ideen wie etwa Geistesblitze, Gedankensplitter, Arbeits- oder Untersuchungsthemen, Dissertations- oder Habilitationsthemen oder entsprechende Anregungen“;¹¹⁸ „das Urheberrecht kann der wissenschaftlichen Entdeckung keinen Schutz gewähren, der sich auf das Wesentliche der Entdeckung, ihren Erkenntnisgehalt, erstreckt“.¹¹⁹

¹⁰⁹ BGH GRUR 1981, 352 - *Staatsexamensarbeit*, unter Verweis auf BGHZ 39, 306, 311 - *Rechenschieber*; ebenso BGH GRUR 1985, 1041, 1047 - *Inkasso-Programm*.

¹¹⁰ BGH GRUR 1991, 130, 132 - *Themenkatalog*.

¹¹¹ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 Rn. 93.

¹¹² OLG HH, NJOZ 2003, 2766, 2770 - *Opus Dei*.

¹¹³ OLG Frankfurt/M., GRUR 1990, 124, 126 - *Unternehmen Tannenbergl*.

¹¹⁴ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 64, 85, ähnlich *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1112.

¹¹⁵ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 Rn. 93.

¹¹⁶ *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 2 Rn. 50.

¹¹⁷ *Peifer*, Rahmenbedingungen, S. 333.

¹¹⁸ *Heermann*, GRUR 1999, 468, 470.

¹¹⁹ *Beier/Straus*, S. 32. Die Liste der leicht variierenden Zitate ließe sich weiter fortsetzen.

In Bezug auf den Grundsatz herrscht demnach in Lehre und Rechtsprechung weitgehende Einigkeit.¹²⁰ Schon die Gesetzesbegründung verweist ausdrücklich darauf, dass mit der begrifflichen Aufnahme von Werken der Wissenschaft kein Schutz der wissenschaftlichen Ideen und Erkenntnisse begründet werden solle, der Gedankeninhalt vielmehr frei bleibe.¹²¹ Als Grund für die besondere Betonung der Freiheit der Lehre im Wissenschaftsbereich lässt sich das dort vorhandene besondere Diskursbedürfnis heranziehen. Zutreffend hat das LG München II formuliert, gerade bei wissenschaftlichen Werken wüchsen mit der Veröffentlichung auch die „Gedanken, Theorien und Lehren aus der dem Urheber vorbehaltenen Sphäre hinaus, gehen in ihrem Sinngehalt in den freien Schatz des Lebens über und werden Gegenstand freier geistiger Auseinandersetzung.“¹²² Die „freie geistige Auseinandersetzung bildet den „Nährboden der Wissenschaft“, die vom „Streit, der Kontroverse, dem Disput, von Rede und Gegenrede“ lebe, und das Urheberrecht darf „nicht im Wege stehen, wenn es darum geht, wissenschaftliche Erkenntnisse und Theorien im Widerstreit der Meinungen zu verifizieren oder zu falsifizieren“.¹²³ Würden auch die in den Werken enthaltenen wissenschaftlichen Erkenntnisse einem urheberrechtlichen Schutz unterstellt, so wäre dadurch der wissenschaftliche Diskurs erheblich gehemmt, wenn nicht sogar unterbunden, wenn nämlich ein Wissenschaftler einem anderen die Nutzung der dann ihm allein zugeordneten Erkenntnisse nach Belieben verbieten könnte.¹²⁴ Der im allgemeinen Interesse stehende wissenschaftliche Fortschritt und die Fortentwicklung sowie gegebenenfalls die Revision gewonnener Erkenntnisse verbieten ihre Monopolisierung in der Person des jeweiligen Wissenschaftlers.¹²⁵

Eine entsprechende Monopolisierung der jeweiligen wissenschaftlichen Theorie ist dem Urheberrecht fremd. Ein urheberrechtlicher „Ideenschutz“ wird nicht gewährlei-

¹²⁰ Sieht man von bestehenden Bestrebungen einer hier nicht näher darzustellenden Strömung innerhalb der Literatur ab, auch die eigentliche Lehre zu schützen, um den Wissenschaftler besser vor inhaltlichen Plagiaten zu schützen, und die sich daraus ergebenden Probleme für den freien wissenschaftlichen Diskurs auf andere Weise zu lösen, vgl. z.B. *v.Moltke*, S. 88 ff. m.w.N., 147 ff.; vgl. auch die weiteren Nachweise bei *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1110, *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 62, *Haberstumpf*, ZUM 2001, 819, 823, sowie *Heermann*, GRUR 1999, 468, 471; für einen weitergehenden Urheberrechtsschutz zuletzt auch *Schricker*, Festschrift Straus, S. 58 ff.

¹²¹ Begründung Regierungsentwurf, BT-Drs. IV/270 vom 23.3.1962, S. 37.

¹²² LG München II, UFITA 1957, 265, 270 – *Kopfschmerzepidemie*.

¹²³ So insgesamt zutreffend *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 9; sehr ähnlich *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn 64.

¹²⁴ Vgl. *Berking*, S. 95.

¹²⁵ *Plander*, S. 31; *Hubmann*, Festschrift Uchtenhagen, S. 178.

stet, privilegiert wird nur die konkrete eigenschöpferische Ausformung.¹²⁶ Auch die genialste wissenschaftliche Erkenntnis genießt folglich keinen Urheberrechtsschutz. Das Newton'sche Gravitationsgesetz, die Heisenberg'sche Unschärferelation oder Einsteins Relativitätstheorie sind für sich genommen gemeinfrei. Davon zu trennen ist die Frage nach dem „ob“ und „wie“ des Urheberrechtsschutzes für die Verkörperung der jeweiligen Theorie in einem Sprachwerk, etwa für die Arbeit Einsteins mit dem Titel „Zur Elektrodynamik bewegter Körper“,¹²⁷ deren Gegenstand heute als spezielle Relativitätstheorie bezeichnet wird.

II. Konsequenzen für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit?

Besteht über den Grundsatz der Urheberrechtsfreiheit wissenschaftlicher Lehren und Erkenntnisse weitestgehend Einigkeit, ist hinsichtlich der Ausgestaltung der Schutzvoraussetzungen im Wissenschaftsbereich vieles umstritten.¹²⁸ Urheberrechtlicher Werkschutz setzt auch hier eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG voraus. Es muss um Erzeugnisse gehen, „die durch ihren Inhalt oder durch ihre Form oder durch die Verbindung von Inhalt und Form etwas Neues und Eigentümliches darstellen.“¹²⁹ Inwieweit mit Blick auf das Freihaltebedürfnis der wissenschaftlichen Lehre tatsächlich inhaltliche Elemente berücksichtigt werden können, wie gegebenenfalls zwischen schutzfähigen inhaltlichen Werkelementen und der Lehre selbst differenziert wird, und welche Anforderungen an die „Eigentümlichkeit“ gestellt werden, wird im Folgenden dargestellt. Die von der Literatur phasenweise stark kritisierte Rechtsprechung ist von einem „Zickzackkurs“¹³⁰ geprägt und weist eine „beachtliche Variationsbreite der Maßstäbe“¹³¹ auf.

¹²⁶ OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 285, 286 – *Markentechnik*.

¹²⁷ *Annalen der Physik und Chemie*, Jg. 17, 1905, S. 891 ff.

¹²⁸ Vgl. *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1095 ff; *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 7 ff; *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 292, 299 ff., sowie *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 63; jeweils m.w.N.

¹²⁹ So die Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 252.

¹³⁰ *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 12.

¹³¹ *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 301.

1. Verschärfung der Schutzfähigkeitsanforderungen in der Rechtsprechung

Besonders in den 80er Jahren war in der Rechtsprechung eine Verschärfung der Anforderungen für die Schutzfähigkeit wissenschaftlicher Schriftwerke zu erkennen, die sich mehr oder weniger ausdrücklich auf die Urheberrechtsfreiheit der wissenschaftlichen Lehre stützte, und die anhand der wesentlichen Entscheidungen dargestellt wird.

a) *Monumenta Germaniae Historica*

In „*Monumenta Germaniae Historica*“ aus dem Jahr 1979 bejahte der BGH den Urheberrechtsschutz für Einleitung, Anmerkungen und Register einer Sammlung mittelalterlicher Texte.¹³² Die individuelle geistige Schöpfung folgte dort weniger „aus dem Sprachgewand, sondern aus dem wissenschaftlichen Inhalt“, was jedoch ausdrücklich „nicht auf die wissenschaftliche Lehre als solche“ bezogen wurde, sondern auf die Eigentümlichkeit in der „schöpferischen Sammlung, Anordnung und Darbietung des dargestellten wissenschaftlichen Materials“. Der BGH unterschied somit zwischen der wissenschaftlichen Lehre einerseits und weiteren, ebenfalls inhaltlichen Werkelementen andererseits. Die Berücksichtigung der letzteren befinde sich „in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH, nach der es genügt, dass sich die schöpferische Leistung in der Formgebung, im bloßen Sammeln, Einteilen oder Anordnen des Stoffes niederschlägt“.¹³³ Besondere Anforderungen an die Gestaltungshöhe stellte der BGH nicht auf. Letzteres entspricht der Tradition, dass vor der zwischenzeitlichen Entwicklung auch wissenschaftliche Werke unter den Schutz der „kleinen Münze“ fielen, ohne dass dies bis in die achtziger Jahre hinein in Frage gestellt wurde.¹³⁴

b) *Staatsexamensarbeit*

In engem zeitlichen Zusammenhang mit „*Monumenta Germaniae Historica*“ erging 1980 mit „*Staatsexamensarbeit*“ eine Entscheidung, die die Schutzfähigkeit wissenschaftlicher Schriftwerke durch strengere Anforderungen stark einzuschränken schien.¹³⁵ Dort ging es um eine herausragende Staatsexamensarbeit über die Entdeckung einer neuen Calamitenspezies, eines Schachtelhalmgewächses, deren Autor Plagiatsvorwürfe

¹³² BGH GRUR 1980, 227 ff. – *Monumenta Germaniae Historica*.

¹³³ BGH a.a.O., 230, unter Verweis auf BGH GRUR 1961, 85, 87 – *Pfiffikusdose*.

¹³⁴ Vgl. *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1106, 1108.

¹³⁵ BGH GRUR 1981, 352 ff. – *Staatsexamensarbeit*.

gegen einen von einem seiner Gutachter publizierten Fachaufsatz mit gleichem Gegenstand erhob, und dabei eine Verletzung seines Urheberrechts geltend machte, da der Aufsatz vom wissenschaftlichen Gehalt und Inhalt identisch sei. Nach explizitem Verweis auf die Entscheidung „*Monumenta Germaniae Historica*“ und die dargestellten Grundzüge als „ständige Rechtsprechung“ stellte der BGH fest: „Für wissenschaftliche Schriftwerke gelten angesichts des Grundsatzes, dass die wissenschaftliche Lehre frei und jedermann zugänglich [...] und daher auch nicht urheberrechtsschutzfähig ist, gewisse Grenzen, wohl aber ist die konkrete Gestaltung und Darstellung, in der die Lehre dargeboten wird, urheberrechtsschutzfähig, soweit nicht, wie im folgenden darzulegen sein wird, aus der Freiheit der wissenschaftlichen Lehre sich Beschränkungen des Urheberrechts auch für Darstellung und Gestaltung ergeben.“¹³⁶

Auf den wesentlichen letzten Aspekt ging der BGH wie folgt ein: „Der Schutz des Urhebers eines wissenschaftlichen Schriftwerks erfordert eine sorgfältige Trennung von wissenschaftlichem Ergebnis und Lehre einerseits und Darstellung und Gestaltung der Lehre im Schriftwerk andererseits. Es geht zu weit, die Urheberrechtsschutzfähigkeit einer Darstellung generell von dem behandelten Thema abhängig zu machen; gleichwohl ist [...] davon auszugehen, dass der im fraglichen wissenschaftlichen Fachbereich üblichen Ausdrucksweise regelmäßig urheberrechtsschutzfähige eigenschöpferische Prägung fehlen wird; dasselbe gilt für einen Aufbau und eine Darstellungsart, die aus wissenschaftlichen Gründen geboten oder in Fragen des behandelten Gebiets weitgehend üblich sind und deren Anwendung deshalb nicht als eine eigentümliche geistige Leistung angesehen werden kann.“¹³⁷

In Bezug auf den vergleichbaren Aufbau und inhaltlich entsprechende, aber umformulierte Textpassagen des erschienenen Aufsatzes sah der BGH keine Entlehnung von schöpferische Eigenart enthaltenden Elementen der Staatsexamensarbeit. Der BGH betonte den „verhältnismäßig geringen Freiraum für eine eigenschöpferische Darstellung und Formulierung“. Um nicht weitere wissenschaftliche Beschreibungen unzumutbar zu erschweren, müsse der urheberrechtliche Schutzzumfang einer wissenschaftlichen Arbeit gegenüber einer zweiten Arbeit „mit Rücksicht auf denselben Forschungsgegenstand und die dadurch vorgegebene Gliederung und Fachsprache eng bemessen werden.“¹³⁸

¹³⁶ A.a.O., 353.

¹³⁷ A.a.O., 353.

¹³⁸ A.a.O., 355.

Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, dass trotz der scheinbar strengen Anforderungen zwar eine Urheberrechtsverletzung der Staatsexamensarbeit durch den Folgeaufsatz verneint wurde, der BGH die Urheberrechtsschutzfähigkeit der Arbeit jedoch „hinsichtlich Gliederung, Gestaltung und Darstellung im allgemeinen“ anerkannt hat.¹³⁹ Eine generelle Schutzunfähigkeit wissenschaftlicher Schriftwerke lässt sich der Entscheidung trotz strengerer Anforderungen deshalb nicht entnehmen, selbst wenn sie den Schutzzumfang zugunsten der weiteren Auseinandersetzung mit ihren wissenschaftlichen Inhalten reduziert.

c) Fragensammlung

Gegen eine restriktive Lesart der Entscheidung „Staatsexamensarbeit“ spricht auch der zeitliche Zusammenhang mit der Entscheidung „Fragensammlung“ aus dem Jahr 1981. Dort wurde die Schutzfähigkeit für den an einem medizinischen Lehrbuch ausgerichteten Fragenkatalog bejaht und dabei sogar ausdrücklich „ein bescheidenes Maß geistiger Tätigkeit“ für ausreichend erklärt.¹⁴⁰ Zwar könne wegen der Urheberrechtsfreiheit der wissenschaftlichen Lehre unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Entscheidung „Staatsexamensarbeit“ nur die konkrete Form der Gestaltung, d.h. die Auswahl und Gliederung des Stoffes der Fragensammlung sowie die Formulierung der einzelnen Fragen schutzbegründend sein.¹⁴¹ Gleichzeitig kam unmissverständlich zum Ausdruck, dass ein Sprachwerk seine individuelle Prägung „nicht nur durch die sich in der Sprachgestaltung ausdrückende Gedankenführung und -formung gewinnen [kann], sondern auch durch die schöpferische Sammlung, Auswahl, Einteilung und Anordnung vorhandenen Stoffes.“ Ein darüber hinausgehender strengerer Maßstab im Wissenschaftsbereich fehlt hier erneut.

d) Unternehmen Tannenberg

In der instanzgerichtlichen Entscheidung „Unternehmen Tannenberg“¹⁴² wurde ebenfalls im Jahr 1981 das Manuskript eines Historikers, der die von den Nationalsozialisten vorgetäuschten Zwischenfälle an der deutsch-polnischen Grenze vor dem Ausbruch des Zweiten Weltkriegs untersucht und dargestellt hatte, als nicht schutzfähig angesehen. Dabei wurde ausdrücklich auf die in „Staatsexamensarbeit“ aufgestellten Anforderungen

¹³⁹ A.a.O., 353.

¹⁴⁰ BGH GRUR 1981, 520, 521 – *Fragensammlung*.

¹⁴¹ BGH a.a.O., 522.

¹⁴² OLG Frankfurt GRUR 1990, 124 ff. – *Unternehmen Tannenberg*.

verwiesen. Darstellung und Gestaltung der ihrerseits freien Forschungsergebnisse könnten nicht als eigentümliche geistige Leistung anerkannt werden. Das Manuskript folge „in seinem Aufbau im wesentlichen nur der zeitlichen Abfolge des historischen Geschehens“ und gebe es „sachlich und mit nüchternen Worten wieder“. Dies sei in Schriftwerken zur Geschichte aus wissenschaftlichen Gründen geboten, zumindest aber weitgehend üblich. Auch in der sprachlichen Ausgestaltung konnte das Gericht keine eigentümliche geistige Leistung erkennen.¹⁴³ Die strikte Konsequenz der Anwendung der in „Staatsexamensarbeit“ aufgestellten Kriterien, die dort nur zur fehlenden Schutzfähigkeit der entnommenen Werkteile geführt hatten, während die Staatsexamensarbeit des Klägers ihrerseits schutzfähig blieb, wurde in der Literatur als gleichzeitige Widerlegung der in „Staatsexamensarbeit“ aufgestellten Grundsätze kritisiert. Denn sie führe am Ende dazu, nahezu allen wissenschaftlichen Werken den Urheberschutz versagen zu müssen.¹⁴⁴ Insbesondere der Verweis auf die sachliche Darstellung und insbesondere auf die „nüchterne Sprache“ erscheint in der Tat problematisch. Denn wenngleich auch bei wissenschaftlichen Werken der Schöpfer durch persönlichen Stil oder gelungene Sprachgestaltung im Werk erkennbar sein kann, treten persönliche Züge häufig bewusst hinter der fachgerechten Verarbeitung des Stoffes zurück. Nicht nur hinsichtlich des Aufbaus, sondern besonders mit Blick auf die Wissenschaftssprache stehen Notwendigkeit und Bestreben im Vordergrund, „die Sachverhalte, über die eine intersubjektive Verständigung erzielt werden soll, möglichst exakt, unzweideutig und unverfälscht hervortreten zu lassen.“¹⁴⁵ Der Wissenschaftler muss sich deshalb in der stark normierten und objektivierten wissenschaftlichen Kommunikation der für ihn unverzichtbaren Fachterminologie bedienen, und eine subjektiv-individuelle Prägung auf der Sprachebene fehlt entsprechend häufig.¹⁴⁶ Soweit es dem Wissenschaftler trotz der vorgegebenen Zwänge gelingt, einen Beitrag auch stilistisch lesenswert zu gestalten, erfreut dies im Zweifel die Kollegen. Den Urheberrechtsschutz aber unter Verweis auf „sachliche“ und „nüchterne“ Sprache zu verwehren, hätte zur fragwürdigen Konsequenz, dass ein Wissenschaftler umso eher Urheberrechtsschutz erhalte, umso unsachlicher, unüblicher, blumiger und damit unwissenschaftlicher er schreibe, was nicht gewollt sein kann.¹⁴⁷

¹⁴³ OLG Frankfurt/M., a.a.O., 126.

¹⁴⁴ Götting, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 15.

¹⁴⁵ *Haberstumpf*, ZUM 2001, 819, 821.

¹⁴⁶ Götting, a.a.O., S. 8.

¹⁴⁷ *Haberstumpf*, ZUM 2001, 819, 821; Götting, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 15.

e) Ausschreibungsunterlagen

In „Ausschreibungsunterlagen“¹⁴⁸ verneinte der BGH im Jahr 1984 Urheberrechtsschutz für Ausschreibungsunterlagen für den Bau einer Pipeline. Dabei nahm er auf die dargestellten Kriterien Bezug und stellte nochmals klar, dass – gerade wegen der Abgrenzung gegenüber den technischen Schutzrechten – der schöpferische Gehalt des wissenschaftlichen oder technischen Inhalts der Darstellung nicht urheberrechtlich begründend sei, sondern wissenschaftliche und technische Schriftwerke allein aufgrund ihrer schöpferischen Darstellung schutzfähig sein könnten, nämlich bei einer „eigenschöpferischen Gedankenformung und -führung des dargestellten Inhalts und/oder der *besonders geistvollen* Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargebotenen Stoffs.“¹⁴⁹ Auch wenn die früheren Entscheidungen zitiert werden, ist das hervorgehobene qualitative Element neu. Dies gilt umso mehr, als die Schutzfähigkeit im Ergebnis verneint wurde, weil vorliegend die Klägerin nicht dargelegt habe, in welchen Formgestaltungen sie eine „das *durchschnittliche* Ingenieurschaffen beim Pipelinebau *deutlich überragende* individuelle Eigenart“ sehe.¹⁵⁰ Da zudem „grundsätzlich“ davon auszugehen sei, dass der im wissenschaftlichen Fachbereich jeweils üblichen Ausdrucksweise urheberrechtlich fähige eigenschöpferische Prägung fehle,¹⁵¹ ist in „Ausschreibungsunterlagen“ eine weitere Verschärfung der Anforderungen zu sehen. Kritisiert wurde dies unter anderem deshalb, weil die Frage notwendiger Abgrenzungen zwischen Urheberrecht und technischen Schutzrechten mit der Frage der urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen für wissenschaftliche und technische Werke und dem entsprechenden Freihaltebedürfnis vermischt wurde,¹⁵² was zu dem restriktiven Ansatz zumindest beigetragen haben dürfte.

f) Inkasso-Programm

Die Entwicklung aus „Ausschreibungsunterlagen“ nahm der BGH im Jahr 1985 in „Inkasso-Programm“ mit der „berühmt-berühmten“¹⁵³ Formulierung zur Schöpfungshöhe auf und setzte sie weiter fort: Die untere Grenze der Urheberrechtsschutzfähigkeit setze ein „deutliches Übertreffen der Gestaltungstätigkeit in Auswahl Sammlung,

¹⁴⁸ BGH GRUR 1984, 659, 660 ff. – *Ausschreibungsunterlagen*.

¹⁴⁹ A.a.O., 660.

¹⁵⁰ A.a.O., 661.

¹⁵¹ BGH GRUR 1981, 352, 353 – *Staatsexamensarbeit* sprach insoweit noch von „regelmäßig“.

¹⁵² *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 302, *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1106.

¹⁵³ *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1106.

Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen voraus [...].¹⁵⁴

Dieses deutliche Übertreten des Durchschnittsschaffens wurde von der Rechtsprechung in mehreren Folgeentscheidungen aufgegriffen.¹⁵⁵ Stimmen aus der Literatur nahmen dies kritisch auf, da es die Schutzgrenze spürbar nach oben zu verschieben drohte. Selbst bei traditionellen wissenschaftlichen Schriften, wie Lehrbüchern, Grundrissen, Aufsätzen etc., wäre bei konsequenter Anwendung das „Überdurchschnittliche“ vom schutzlosen Durchschnitt zu unterscheiden.¹⁵⁶ Danach blieben zwar zumindest die – in Bezug auf die bei der Schutzbegründung berücksichtigungsfähigen Aspekte – besonders herausragenden wissenschaftlichen Werke schutzfähig. Ein großer Teil des wissenschaftlichen Schrifttums bliebe aber ohne Urheberrechtsschutz. Dies gilt umso mehr, da der BGH auch in „Inkasso-Programm“ daran festhielt, für die urheberrechtliche Beurteilung wissenschaftlicher Werke einen „geistig-schöpferischen Gehalt in der Gedankenführung und -formung des dargestellten Inhalts“ weitgehend unberücksichtigt zu lassen, da die „wissenschaftliche Lehre und das wissenschaftliche Ergebnis urheberrechtsfrei und jedermann zugänglich“ seien. Daher fehle ihrer Gestaltung und Darstellung, soweit diese aus wissenschaftlichen Gründen notwendig und mit Blick auf die Ausdrucksweise üblich seien, die erforderliche eigenschöpferische Prägung.¹⁵⁷

2. Kritik der Literatur

Diese Rechtsprechungsentwicklung stieß in der Literatur auf Kritik, die sowohl an der Frage erhöhter Anforderungen an die Schöpfungshöhe als auch an der Frage der Berücksichtigungsfähigkeit inhaltlicher Werkelemente anknüpfte.

a) Kritik an erhöhten Anforderungen an die Schöpfungshöhe

Hier kann nicht auf alle Einzelheiten der vielfältigen Kritik eingegangen werden,¹⁵⁸ nicht zuletzt deshalb, weil dahinter vor allem normative Erwägungen stehen. In ihren

¹⁵⁴ GRUR 1985, 1041, 1047f., unter Verweis auf die „st. Rspr., zuletzt BGH GRUR 1984, 659, 661“.

¹⁵⁵ Vgl. beispielsweise BGH GRUR 1986, 739, 741 – *Anwaltsschriftsatz*; BGH GRUR 1993, 34, 36 – *Bedienungsanweisung*.

¹⁵⁶ Vgl. statt vieler *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1107.

¹⁵⁷ GRUR 1985, 1041, 1047 – *Inkassoprogramm*.

¹⁵⁸ Vgl. beispielsweise die Nachweise bei *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 35; *Kindermann*, ZUM 1987, 119, 224 ff. äußert sich insbesondere kritisch angesichts der früheren, bis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts zurückreichenden früheren Schutzpraxis, m.w.N.. Siehe des weiteren auch die Quellenangaben im Folgenden.

Grundzügen ist sie darauf gerichtet, dass bei einer konsequent angewendeten höheren Schutzuntergrenze „zahlreiche Gestaltungen schutzlos bleiben würden, die aus rechtlichen und wirtschaftlichen Überlegungen Schutz verdienen“.¹⁵⁹ Anders als bei vergleichbar erhöhten Schutzvoraussetzungen im Bereich der bildenden Kunst lasse sich dies auch nicht durch rechtssystematische Überlegungen rechtfertigen. Denn anders als dort durch den Geschmacksmusterschutz gebe es hier keinen „Auffangschutz“ für diejenigen Werke, die die geforderte Schöpfungshöhe nicht erreichen. Es handele sich vielmehr um eine „durch nichts zu begründende Diskriminierung einer Werkkategorie“,¹⁶⁰ und es komme zu großen, letztlich nicht akzeptablen Wertungswidersprüchen mit der Schutzfähigkeit von Werken der „kleinen Münze“.¹⁶¹

Besonders deutlich werde dies am Vergleich mit den Anforderungen an die Schutzhöhe bei wissenschaftlichen und technischen Darstellungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG. Es fehle eine plausible Erklärung, warum Sprachwerke im Verhältnis zu den graphischen Werken dieses Schaffensbereichs schlechter gestellt werden sollten.¹⁶² Tatsächlich fordert die Rechtsprechung für letztere ausdrücklich „kein zu hohes Maß an eigenschöpferischer Formgestaltung“. Es reicht vielmehr aus, dass eine „individuelle, sich vom alltäglichen Schaffen abhebende Geistestätigkeit in der Darstellung zum Ausdruck kommt, auch wenn das Maß an Eigentümlichkeit, an individueller Prägung gering“ ist.¹⁶³ Begründet wird dies damit, dass wissenschaftliche Darstellungen in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG ausdrücklich unter den Schutz des Urheberrechts gestellt werden, obwohl sie regelmäßig einem praktischen Zweck dienen, der den Spielraum für eine individuelle Darstellungsweise einengt. Statt ihnen aber den Schutz in der überwiegenden Anzahl der Fälle zu verwehren, löst die Rechtsprechung den drohenden Widerspruch auf, indem sie die Anforderungen an die schöpferische Formgestaltung herabsetzt und gleichzeitig den Schutzzumfang reduziert.¹⁶⁴

Ähnliche Gedanken ließen sich jedoch auch auf die Rechtsprechung zu wissenschaftlichen Schriftwerken übertragen. Eine konsequente Anwendung der Rechtspre-

¹⁵⁹ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 35.

¹⁶⁰ *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1108.

¹⁶¹ *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 15.

¹⁶² *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1107; *Haberstumpf*, in: *Lehmann* (Hrsg.), Computerprogramme, Rn. 83; kritisch auch *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 Rn. 32.

¹⁶³ So beispielsweise BGH GRUR 1993, 34, 35 – *Bedienungsanweisung*; vgl. ferner BGH GRUR 2002, 958, 959; BGH GRUR 1991, 529f. – *Explosionszeichnungen*, BGH GRUR 1988, 33, 35 – *Topographische Landeskarten*; BGH GRUR 1987, 360, 361 – *Werbepläne*.

¹⁶⁴ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 Rn. 228 f., kritisch zum selben Thema § 2 Rn. 32.

chungskriterien in Bezug auf die Schöpfungshöhe in Kombination mit der stark eingeschränkten Berücksichtigung inhaltlicher Elemente für die Schutzbegründung könnte im Ergebnis leicht dazu führen, dass der Schutz wissenschaftlicher Schriftwerke zur theoretischen Möglichkeit verkommt, obwohl die Wissenschaft als Werkkategorie in § 2 UrhG ebenfalls ausdrücklich genannt ist.

Zu beachten ist weiter, dass sich die Entscheidung „Inkasso-Programm“ auf ein systematisch den wissenschaftlichen Sprachwerken zugeordnetes Computerprogramm bezog. Es lässt sich vermuten, dass der dort erstmals in dieser Deutlichkeit verankerte restriktive Ansatz auf der Sorge vor zu weitgehenden Beschränkungen der Softwareproduktion durch einen zu weit reichenden Urheberrechtsschutz beruhte.¹⁶⁵ Da das Kriterium des „deutlichen Übertragens des Durchschnittlichen“ in der Folge auch in anderen Unterfällen wissenschaftlicher Sprachwerke zur Anwendung kam, fällt es zwar schwer, diese Entscheidung als reinen „computerbezogenen Ausreißer“ zu bezeichnen.¹⁶⁶ Dennoch ist von Bedeutung, dass zwischenzeitlich gerade mit Blick auf die restriktive deutsche Rechtsprechung die europäische Software-Richtlinie¹⁶⁷ einheitlich geringe Anforderungen an die eigene geistige Schöpfung vorgibt, und § 69a Abs. 3 UrhG geschaffen wurde, um die der Richtlinie nicht mehr entsprechende BGH-Rechtsprechung zu beenden.¹⁶⁸ Zumindest im Softwarebereich konnte die „Inkasso-Programm“-Rechtsprechung deshalb nicht mehr aufrechterhalten werden.¹⁶⁹ Obwohl der softwarespezifische § 69a Abs. 3 UrhG für wissenschaftliche Sprachwerke nicht bindend ist, gehen Teile der Literatur davon aus, die europäische Urheberrechtsentwicklung, die tendenziell zu einer einheitlichen und nicht zu hoch anzusetzenden Schutzgrenze führe, müsse auch hier im Sinne wieder abzusenkender Anforderungen berücksichtigt werden.¹⁷⁰ *Straus* beispielsweise erwartete eine „befreiende Wirkung auf die künftige Rechtsprechung zur Werkqualität wissenschaftlicher Werke“.¹⁷¹

¹⁶⁵ Mit dieser Einschätzung *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1112.

¹⁶⁶ So aber wohl *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 301.

¹⁶⁷ Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Abl. EG Nr. L 122 S.42 vom 17.05.1991.

¹⁶⁸ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022, S. 9.

¹⁶⁹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 69a Rn. 25.

¹⁷⁰ Vgl. *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 32, 35, m.w.N.

¹⁷¹ *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 300; zustimmend *Berking*, S. 119

b) Kritik an der weitgehenden Nichtberücksichtigung inhaltsbezogener Elemente

Ebenfalls auf Kritik gestoßen ist die weitgehende Nichtberücksichtigung inhaltsbezogener Elemente im Wissenschaftsbereich. Dabei wird zum ganz überwiegenden Teil die dahinter stehende Wertung der Freiheit der wissenschaftlichen Lehre zwar geteilt.¹⁷² Die deshalb vorgenommene Einschränkung wird dennoch als zu weitgehend empfunden.¹⁷³ Eine klare Trennung von Inhalt und Form sei ohnehin Illusion, und das anerkannte Interesse an freier wissenschaftlicher Diskussion über die behandelten Inhalte gebiete nicht, das Urheberrecht derart weitgehend „auf die Hülse des bloßen Formschutzes“ zu reduzieren.¹⁷⁴

Statt zwischen Inhalt und Form zieht deshalb *Ulmer* in seiner vielfach aufgegriffenen Gewebetheorie die Grenze zwischen dem vorgegebenen Stoff als Gemeingut und der schöpferischen Leistung. Zwar seien bei wissenschaftlichen Werken nicht nur Sachverhalte aus Natur oder Geschichte Gemeingut. Auch die enthaltenen Gedanken und Lehren seien in ihrem Sinngehalt frei. Den einzelnen Gedanken stünden jedoch gleichzeitig „die Gedanken in ihrer Fülle und in ihrer Beziehung zueinander, den Lehren und Theorien [...] die wissenschaftliche Begründung in der Vielheit der gewählten Beispiele, der inneren Bezüge und der Schlussfolgerungen“ gegenüber.¹⁷⁵ Schutzfähig seien in wissenschaftlichen Werken nicht nur – wegen der notwendigen Sachlichkeit ohnehin eher seltene – literarische Elemente, sondern auch „spezifische Züge wissenschaftlicher Arbeit“.¹⁷⁶ Nicht der gemeinfreie „Kern“ der wissenschaftlichen Werke, wohl aber das ihn umlagernde „Gewebe“ sei urheberrechtlich zu schützen.¹⁷⁷ In diesem „Gewebe“ zeige sich „angesichts der Freiheit der einzelnen inhaltlichen Elemente in der Vielheit der Gesichtspunkte, in der Beziehung, in der sie zueinander stehen, und in der Art ihrer Darstellung“ die Individualität des Werkes.¹⁷⁸

¹⁷² Anders wohl nur diejenigen Teile der Literatur, die auch die Lehre als solche in den Urheberrechtsschutz einbeziehen und die sich daraus ergebenden Probleme auf andere Art und Weise lösen wollen, vgl. bereits oben, Teil 1 B. I.

¹⁷³ *Loewenheim*, GRUR 1987, 704, 707.

¹⁷⁴ *Schricker*, in: *Schricker*, Einleitung Rn. 3.

¹⁷⁵ *Ulmer*, S. 121 f.

¹⁷⁶ *Ulmer*, Festschrift Felgentraeger, S. 242.

¹⁷⁷ *Ulmer*, a.a.O., S. 241.

¹⁷⁸ *Ulmer*, S. 123.

Der Auffassung *Ulmers* haben sich weitere Stimmen aus der Literatur angeschlossen.¹⁷⁹ Was genau frei bleiben müsse und was schutzfähig sei, sei „in einer konkreten Wertung im Lichte der Bedürfnisse der wissenschaftlichen Kommunikation zu bestimmen.“¹⁸⁰ Dafür spricht, dass auch die restriktive Rechtsprechung des BGH an der Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Erkenntnis anknüpft, die jedermann zugänglich bleiben müssen; Gedankenführung und -formung des dargestellten Inhalts scheiden gerade aus diesem Grund „weitgehend“, aber nicht absolut aus. Auch ihrer Darstellung und Gestaltung fehlt auch nach der Rechtsprechung des BGH nur dann die eigenschöpferische Prägung, wenn sie aus wissenschaftlichen Gründen notwendig oder üblich sind.¹⁸¹ Soweit die Bearbeitung oder Darstellung eines bestimmten Inhalts zwingend einen konkreten Aufbau oder eine bestimmte Gedankenführung verlangt, dürfen diese nicht geschützt werden, um nicht einem zweiten Wissenschaftler zu verwehren, sich ebenfalls mit dem identischen gemeinfreien Inhalt auseinanderzusetzen. Soweit dies aber nicht der Fall ist, und solche Fälle dürfte es angesichts eines verbleibenden Gestaltungsspielraums häufig geben, muss auch mit Blick auf die Freiheit der Lehre derartigen Werkelementen einschließlich ihrer Gedankenformung und -führung der Urheberrechtsschutz nicht zwingend versagt werden.¹⁸² Die darin behandelten Regeln, Lehren und Befunde können urheberrechtlich frei bleiben, selbst wenn man den Urheberrechtsschutz für ein Werk auch deshalb bejaht, weil sich in der Art der Auswahl, Einteilung und Anordnung, aber auch in ihrer Verknüpfung und Systematisierung, sowie in der konkreten Gedankenführung eine persönliche geistige Leistung manifestiert.¹⁸³ Ein Wissenschaftler darf also – auch bei der nach der Literaturansicht gebotenen stärkeren Einbeziehung inhaltlicher Elemente in die Schutzbegründung – weiterhin alles bzw. *über* alles schreiben, er darf nur nicht *abschreiben*.¹⁸⁴

¹⁷⁹ Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 63, sowie bei *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 303.

¹⁸⁰ *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1112; zustimmend *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 20; ähnlich auch *Schricker*, in: *Schricker*, Einleitung Rn. 3.

¹⁸¹ Vgl. das oben bereits wiedergegebene Zitat aus GRUR 1985, 1041, 1047 – *Inkassoprogramm*.

¹⁸² So auch *Loewenheim*, GRUR 1987, 704, 707.

¹⁸³ Vgl. *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1112.

¹⁸⁴ Formulierung entnommen der Entscheidung OLG Düsseldorf GRUR 1983, 758, 760.

3. Weitere Entwicklung der Rechtsprechung

Ob tatsächlich im Zusammenhang mit der europäischen Rechtsentwicklung der Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht bereits vollzogen wurde oder bevorsteht,¹⁸⁵ kann hier dahinstehen. Gegenläufig zur zunehmenden Verschärfung der Schutzvoraussetzungen für wissenschaftliche Sprachwerke im Zeitraum zwischen „Monumenta Germaniae Historica“ und „Inkasso-Programm“ sprechen jedenfalls einige spätere Entscheidungen dafür, dass die Anforderungen der Rechtsprechung inzwischen gesunken und wissenschaftliche Sprachwerke dem Urheberrechtsschutz leichter zugänglich sind, als es manch restriktive Formulierung vermuten lässt.

a) Teilweise Abkehr von erhöhten Anforderungen an die Schöpfungshöhe

Schon 1986 hat der BGH den Urheberrechtsschutz für ein Merkblatt für Arbeitgeber mit den wesentlichen sozialversicherungsrechtlichen Regelungen bejaht, ohne auf ein „deutliches Übertreten des Durchschnittsgestalters“ abzustellen. Die geistige Leistung wurde in der Auswahl der für den Arbeitgeber wesentlichen Regelungen und der systematischen, übersichtlichen und vereinfachten Darstellung gesehen. Hier sei ein hinreichender eigenschöpferischer Gestaltungsspielraum für eine individuelle Leistung gegeben gewesen. Ohne verschärfte Anforderungen an die Schöpfungshöhe wurde das entsprechende Merkblatt geschützt als ein „gelungener abrissartiger Leitfaden, der das Material in verständlicher Form darbietet und durch Beispiele anschaulich erläutert“.¹⁸⁶

Auch die Entscheidung „Warenzeichenlexika“ aus dem Jahr 1987 rückt von der Formel des „deutlichen Übertretens über die Tätigkeit des Durchschnittsgestalters“ ab, wenn sie sich trotz Bezugnahme auf die früheren Entscheidungen darauf beschränkt, dass allein das rein Handwerksmäßige, die mechanisch-technische Aneinanderreihung und Zusammenfügung des Materials außerhalb der Schutzfähigkeit liege.¹⁸⁷

In „Themenkatalog“ aus dem Jahr 1990 stellt der BGH unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Entscheidung „Staatsexamensarbeit“ sogar fest, dass auch im Bereich wissenschaftlicher Sprachwerke „je nach den Umständen auch ein geringeres Maß geistiger Betätigung genügen kann.“¹⁸⁸ Im Ergebnis musste zwar zur weiteren tatrichter-

¹⁸⁵ Siehe dazu allgemein *Schricker*, Festschrift Kreile, S. 715.

¹⁸⁶ BGH GRUR 1987, 166 f. – *AOK-Merkblatt*.

¹⁸⁷ BGH GRUR 1987, 704, 706 – *Warenzeichenlexika*; vgl. auch die dortige Anmerkung von *Loewenheim*, S. 707.

¹⁸⁸ BGH GRUR 1991, 131, 132 f. – *Themenkatalog*.

lichen Aufklärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Betrachtet man jedoch die tatsächlichen Umstände des Falles – es ging um die Schutzfähigkeit eines Themenkatalogs für sozialtherapeutische Fortbildungspläne – dann macht schon eine Zurückverweisung nur Sinn, wenn der BGH auch einen möglicherweise vorhandenen, aber allenfalls geringen Grad an schöpferischer Tätigkeit für ausreichend ansehen konnte, und somit von den strengeren Anforderungen in „Inkasso-Programm“ abgerückt ist.¹⁸⁹

Ebenfalls deutlich wird der BGH in „Leitsätze“.¹⁹⁰ Bei der Formulierung von Leitsätzen, die sich sachnotwendigerweise eng an die bearbeitete Entscheidung anlehnen müssen, genüge „ein bescheidenes Maß geistig schöpferischer Tätigkeit“ für den urheberrechtlichen Schutz. Maßgeblich sei, ob Sammlung, Anordnung und Einteilung der tragenden Gründe der Entscheidung insbesondere wegen ihrer prägnanten Erfassung und Gliederung von schöpferischer Eigenart seien. Dies könne zu verneinen sein, wenn der Leitsatz sich lediglich auf einen Hinweis auf das erörterte Problem oder in der wörtlichen Wiedergabe von Entscheidungssätzen ohne eigene Gliederungsstruktur erschöpfe.¹⁹¹ Abgesehen von diesen recht offensichtlichen Ausschlussgründen fehlt es aber ebenfalls an den strengen Anforderungen aus der „Inkasso-Programm“-Entscheidung. Ähnlich bezeichnete als Instanzgericht das OLG Zweibrücken im Jahr 1997 eine Dokumentation über jüdische Friedhöfe unproblematisch als schutzfähig, weil sich die Tätigkeit des Autors „nicht nur in der bloßen Nummerierung der Gräber und der Übersetzung der hebräischen Grabinschriften“ erschöpfte; auf ein deutliches Überragen des Durchschnittlichen kam es dort ebenfalls nicht mehr an.¹⁹²

Am klarsten erfolgt die Abkehr vom Postulat gesteigerter Anforderungen an die Individualität bei wissenschaftlichen Schriftwerken in einer Entscheidung des OLG Nürnberg aus dem Jahre 2001.¹⁹³ Darin schließt sich das Gericht in Ergebnis und Argumentation der Literaturlauffassung an und stellt fest, auch hier seien „keine besonderen Anforderungen an den Grad der Individualität zu stellen“, sondern auch hier finde die so genannte „kleine Münze“ des Urheberrechts Anwendung. Die „in einzelnen Ent-

¹⁸⁹ Eine Rückkehr zum Schutz der „kleinen Münze“ nimmt auch *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), *Festgabe Schricker*, S. 303, an.

¹⁹⁰ BGH GRUR 1992, 382 ff. – *Leitsätze*.

¹⁹¹ BGH, a.a.O., 385.

¹⁹² OLG Zweibrücken GRUR 1997, 363 – *Jüdische Friedhöfe*.

¹⁹³ OLG Nürnberg GRUR-RR 2001, 225 ff – *Dienstanweisung*.

scheidungen“ vertretene anders lautende Auffassung des BGH stehe nicht im Einklang mit den Vorgaben des europäischen Gesetzgebers. Denn aus den verschiedenen Richtlinienvorgaben speziell im Bereich der Datenbanken und Computerprogramme lasse sich darauf schließen, dass dieser grundsätzlich von einem einheitlichen, niedrigen Schutzstandard ausgehe. Zudem biete diese Rechtsprechung auch keine hinreichende Begründung für eine Ungleichbehandlung von wissenschaftlichen Sprachwerken im Vergleich zu anderen Werkkategorien, bei denen die Rechtsprechung ein geringes Maß an Individualität ausreichen lasse.¹⁹⁴

b) Berücksichtigung inhaltsbezogener Elemente

Zusätzlich zu den wieder geringeren Anforderungen an die Schöpfungshöhe wurden in „Themenkatalog“ verstärkt inhaltsbezogene Elemente für die Schutzfähigkeit herangezogen. Der BGH stellte darauf ab, dass es der Verfasser auf der Grundlage der wissenschaftlichen Erfassung des Stoffs eventuell vermocht habe, den Ausbildungsgegenstand in einer besonderen Weise zu betrachten, zusammenzufassen und zu ordnen, was den Themenkatalog als eine Leistung von eigenschöpferischer Prägung ausweise. Unerheblich sei dabei, dass sich der Katalog im Rahmen von jeweils einzelnen Sätzen auf die Darstellung von in einen sachlichen Zusammenhang gestellten Einzelpunkten beschränkt. Auch in dieser Form könne die Darstellung der Lerninhalte eines Lehrplans und deren Auswahl, Eingrenzung, Zusammenstellung und zeitlicher Ablauf eine eigene geistige Schöpfung sein, wobei sich der BGH ausdrücklich auf die insoweit wenig restriktive Entscheidung „Fragensammlung“ bezog.¹⁹⁵ Auch insofern ist eine gewisse Umkehrtrendenz zur zwischenzeitlichen Verschärfung zu erkennen.¹⁹⁶ Zwar wird weiterhin auch noch an die Entscheidung „Inkasso-Programm“ angeknüpft, soweit wiederholt wird, dass es sich um eine urheberrechtsschutzfähige eigenschöpferische Prägung der Darstellung dann nicht handle, wenn diese aus wissenschaftlichen Gründen in der gebotenen Form erforderlich oder vorgegeben sei.¹⁹⁷ Dies ist in der Tat aufgrund der Freiheit der wissenschaftlichen Lehre geboten. Eine persönliche geistige Schöpfung aufgrund der genannten Kriterien hielt das Gericht im konkreten Fall jedoch dennoch für möglich und verwies zurück an die Vorinstanz.

¹⁹⁴ OLG Nürnberg, a.a.O., 226.

¹⁹⁵ BGH GRUR 1991, 131, 133 – *Themenkatalog*.

¹⁹⁶ Vgl. auch dazu *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), *Festgabe Schricker*, S. 303.

¹⁹⁷ BGH GRUR 1991, 131, 133. – *Themenkatalog*.

Ein Schritt in die gleiche Richtung lässt sich auch der Entscheidung „Warenzeichenlexika“ aus dem Jahr 1987 entnehmen. Hier ging der BGH zwar ebenfalls noch auf „Inkasso-Programm“ ein, da bei wissenschaftlichen Werken ein geistig-schöpferischer Gehalt in der Gedankenformung und -führung des dargestellten Inhalts weitgehend ausscheide und für den Urheberrechtsschutz regelmäßig nur die Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials in Betracht komme.¹⁹⁸ Weiter hieß es dort aber, die Konzeption des zu beurteilenden Werkes habe eine ganz konkrete Ausformung erfahren, und ihren möglicherweise schöpferischen Niederschlag in der Art der Materialauswahl, -einteilung und -anordnung der in den Werken enthaltenen Angaben gefunden. Diese konkrete Werkgestaltung sei in ihrer individuellen Formgebung einem Urheberschutz grundsätzlich zugänglich.¹⁹⁹ Damit deutet „Warenzeichenlexika“ ebenfalls in Richtung der „Anerkennung des Schutzes gewisser inhaltlicher Elemente“²⁰⁰ und bezieht sich zudem ausdrücklich wieder auf die im Ergebnis großzügigere Entscheidung von 1979 in Sachen „Monumenta Germaniae Historica“.

Die deutlichste Annäherung an die von *Ulmer* entwickelte Gewebetheorie ist der Entscheidung „Betriebssystem“²⁰¹ zu entnehmen. Der BGH verwies darin zur trichterlichen Aufklärung an das Berufungsgericht zurück, um zu klären, ob sich „in der Sammlung, Auswahl und Gliederung der Befehle und einer Vielzahl variierbarer Zweckmäßigkeitserwägungen eigenschöpferische Züge zeigen“. Denn die verwendeten Algorithmen selbst seien zwar nicht als solche urheberrechtsschutzfähig, wohl aber „in der Art und Weise der Implementierung und Zuordnung zueinander“. Nicht „die Rechenregel, die Idee, die mathematische Formel“ sei Schutzgegenstand, „sondern das Gewebe“.²⁰² Ob sich der BGH damit der Gewebetheorie generell angeschlossen hat, soll hier dahinstehen.²⁰³ Indem er jedoch zwischen den Algorithmen als solchen und ihrer Zuordnung zueinander differenziert, nähert er sich ihr zumindest sehr weitgehend an. Dies deutet darauf hin, dass er auch bei anderen Konstellationen entsprechend trennt und, wie *Ulmer*, auch bei klassischen wissenschaftlichen Werken stärker zwi-

¹⁹⁸ BGH GRUR 1987, 704, 706 – *Warenzeichenlexika*.

¹⁹⁹ BGH ebd.

²⁰⁰ So auch *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1112.

²⁰¹ BGH GRUR 1991, 449 ff. – *Betriebssystem*.

²⁰² BGH a.a.O., 453, unter ausdrücklichem Verweis auf die Schriften *Ulmers*.

²⁰³ So wohl *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 17; *Haberstumpf*, ZUM 2001, 819, 822.

schen gemeinfreiem Kern der wissenschaftlichen Lehre und schutzfähigem Gewebe eines wissenschaftlichen Werks unterscheidet.²⁰⁴ Die Rechtsstellung des Wissenschaftlers in seiner Funktion als Autor wird in Bezug auf selbst verfasste Texte durch den weniger restriktiv gewährten Schutz verbessert.²⁰⁵

III. Fazit und Auswirkungen für die Praxis der wissenschaftlichen Informationsversorgung

1. Schutzfähigkeit als Einzelfallfrage

Nach zwischenzeitlichem Anstieg der Schutzvoraussetzungen mit ihrem Höhepunkt in der „Inkasso-Entscheidung“ hat die Rechtsprechung anschließend die restriktiven Tendenzen bereits teilweise wieder zurückgenommen. Unabhängig von den dargestellten dogmatischen Entwicklungen und Tendenzen, und ebenso unabhängig von der einhelligen Überzeugung, dass im Grundsatz ein Schutzbedürfnis für wissenschaftliche Werke nicht zu leugnen ist,²⁰⁶ bleibt die Frage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit gerade angesichts der dargestellten Rechtsprechungsvarianz letztlich stets eine Frage des Einzelfalls, dessen Beurteilung und Würdigung anhand der generellen Beurteilungsmaßstäbe erforderlich ist.²⁰⁷ Auch wenn der Gesetzgeber von der Urheberrechtsschutzfähigkeit wissenschaftlicher Werke ausgeht, muss im Einzelfall festgestellt werden, ob die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UrhG gegeben sind, insbesondere, ob eine eigene geistige Schöpfung vorliegt.²⁰⁸

2. Schutzfähigkeit im Kernbereich der Wissenschaftsliteratur

Die große Bandbreite der Entscheidungen zur Schutzfähigkeit wissenschaftlicher Sprachwerke beruht nicht zuletzt darauf, dass unter diesem Begriff aus systematischen Gründen eine ebenso große Bandbreite verschiedener Unterfälle zusammengefasst ist, und sich nur ein Teil der Entscheidungen, an denen sich die phasenweise restriktive Dogmatik der Rechtsprechung herausgebildet hat, auf Schriftwerke im engeren Bereich

²⁰⁴ In diese Richtung *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 303.

²⁰⁵ *Haberstumpf*, ZUM 2001, 819, 822.

²⁰⁶ So zutreffend *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 8.

²⁰⁷ Die Einzelfallbedeutung betont auch der BGH, vgl. nur BGH GRUR 1992, 382, 385 – *Leitsätze*.

²⁰⁸ Vergleiche nur die vielfältigen weiteren Beispiele sowohl für bejahte als auch für verneinte Schutzfähigkeit bei *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 Rn. 96.

der Wissenschaftsliteratur bezog.²⁰⁹ Gerade für diesen hier entscheidenden Kernbereich finden sich Literaturstimmen und Rechtsprechungsnachweise, die die Schutzfähigkeit am Ende eher als Regelfall denn als Ausnahme erscheinen lassen. Die klassischen Wissenschaftspublikationen in Form von Monographien, Lehrbüchern, Grundrissen, sonstigen Abhandlungen und insbesondere Aufsätzen, seien in der Regel schutzfähig,²¹⁰ sogar ohne dass man dafür den Schutz der kleinen Münze bemühen müsse.²¹¹ Die Schutzfähigkeit in diesem Bereich sei lange Zeit „nie ernsthaft in Zweifel gezogen“ worden.²¹²

Tatsächlich hat der BGH in „CB-Infobank I“ lange Zeit nach der dargestellten zwischenzeitlichen Verschärfung der Anforderungen den urheberrechtlichen Schutz von Artikeln aus mehreren Wirtschaftsmagazinen und Wirtschaftszeitungen ohne nähere Prüfung und unter Bezugnahme auf die aufgestellten Besonderheiten für wissenschaftliche Sprachwerke fast generell bejaht. Auch soweit es sich um wissenschaftliche Schriftwerke handele, bestehe kein Anlass, die urheberrechtliche Qualität derartiger Zeitungsbeiträge von vornherein in Zweifel zu ziehen.²¹³ In seiner Kopienversandentscheidung ist der BGH für die dort streitgegenständlichen Beiträge aus wissenschaftlichen Zeitschriften in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht ebenfalls von deren Schutzfähigkeit ausgegangen.²¹⁴ In den ausführlichen Kommentaren zu dieser Entscheidung ist die Schutzfähigkeit der Beiträge soweit ersichtlich nicht problematisiert, sondern vorausgesetzt worden. Auch in der jüngeren subito-Entscheidung des OLG München zum elektronischen Kopienversand war die urheberrechtliche Schutzfähigkeit für sechs ausdrücklich benannte Aufsätze zwischen den Parteien unstrittig.²¹⁵ Zur generellen Schutzfähigkeit nimmt das OLG München zwar weniger großzügig Stellung als der BGH in „CB-Infobank“, indem es über die konkret benannten Beiträge hinaus den im Übrigen abstrakt formulierten Klageantrag abweist, da insoweit die Werkqualität nicht generell festgestellt werden könne. Während dies jedoch vor allem aus prozessualen

²⁰⁹ Zu nennen sind insoweit insbesondere die – letztlich aber noch moderate – Entscheidung „Staatsexamensarbeit“ – sowie „Unternehmen Tannenberg“, die den Urheberrechtsschutz für eine wissenschaftliche Arbeit verneinte, siehe oben.

²¹⁰ Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 Rn. 94.

²¹¹ Schricker, GRUR-Festschrift, S. 1109.

²¹² Altenpohl, S. 108; Schricker, GRUR-Festschrift, S. 1109.

²¹³ BGH GRUR 1997, 459, 460 f. – *CB-Infobank I*.

²¹⁴ BGH NJW 1999, 1953, 1954 – *Kopienversanddienst*.

²¹⁵ OLG München MMR 2007, 525, 526 – *Subito*.

Gründen erforderlich war, wird gleichzeitig in der Begründung deutlich, dass es am Urheberrechtsschutz vor allem bei „rein deskriptiven Beiträgen, die keinerlei Schöpfungshöhe aufweisen“ fehlen könne.²¹⁶ Selbst wenn das Gericht – erneut vor allem aus prozessualen Gründen – davon absieht, den fehlenden Urheberschutz als Ausnahmefall anzusehen, geht aus der gewählten Formulierung tendenziell hervor, dass für den Großteil wissenschaftlicher Zeitschriftenbeiträge Urheberrechtsschutz im Ergebnis im Zweifel angenommen werden kann bzw. muss.

Klar in diese Richtung geht auch eine Entscheidung des OLG Köln zur Vervielfältigung und Verbreitung von Beiträgen aus den juristischen Fachzeitschriften GRUR und GRUR Int., in denen das Gericht die Schutzfähigkeit der Beiträge dieser Zeitschriften sogar generell bejaht hat.²¹⁷ Die dort veröffentlichten Beiträge nähmen als Schriftwerke am Urheberrechtsschutz teil, obwohl es sich dabei um wissenschaftliche Schriftwerke handele, bei denen die Gemeinfreiheit ihres Inhalts zu beachten sei. Dies schließe jedoch die Urheberrechtsschutzfähigkeit nicht aus, da individuell-schöpferische Leistung auch in der die Gedankenformung und Gedankenführung sowie in der „Sammlung, Auswahl, Einteilung und Anordnung des vorhandenen Stoffs“ liegen könne. Gerade wissenschaftliche Aufsätze besäßen insoweit ein hinreichendes Maß an Individualität. Konkretes Thema, Problemstellung und die jeweilige Lösung der Rechtsfragen ließen sich auf vielfältige Weise und mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung darstellen.²¹⁸

Selbst wenn sich nicht alle Aussagen dieser Entscheidung zur rechtswissenschaftlichen Fachliteratur in gleichem Maße auf das Schrifttum anderer Disziplinen übertragen lassen, wird deutlich, dass der Urheberrechtsschutz für die klassischen Beiträge der Wissenschaftsliteratur weniger unerreichbar ist, als es manche Formulierungen aus der teilweise restriktiven Entscheidungspraxis vermuten lassen. Dies entspricht der Praxis im wissenschaftlichen Verlagswesen, wo die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte an Monographien und Zeitschriftenbeiträgen die absolute Regel ist, weil von der Werkeigenschaft der jeweiligen Texte ausgegangen wird und wohl, wie gerade ausgeführt, meist auch ausgegangen werden muss. Ähnlich beruht die Vergütungspraxis der VG Wort im Wissenschaftsbereich darauf, dass auch dort flächendeckend von der Schutzfähigkeit der betroffenen Werke ausgegangen wird, denn diese macht für jeden

²¹⁶ Vgl. im einzelnen OLG München MMR 2007, 525, 526 f. – *Subito*.

²¹⁷ OLG Köln GRUR 2000, 414, 415f. – *GRUR/GRUR Int.*

²¹⁸ OLG Köln ebd.

bei ihr gemeldeten und in der Bundesrepublik erschienenen wissenschaftlichen Beitrag mit einer Länge von mindestens zwei Schreibmaschinenseiten die einschlägigen Vergütungsansprüche geltend. Dies wäre kaum durchsetzbar, wenn auch für diesen Kernbereich der wissenschaftlichen Werke zum überwiegenden Teil kein Urheberrechtsschutz bestünde.²¹⁹

Damit bleibt es zwar im Ergebnis bei einer Einzelfallentscheidung, festzuhalten ist dennoch, dass diese jedenfalls im Kernbereich der Wissenschaftsliteratur, also bei wissenschaftlichen Zeitschriftenbeiträgen, Monographien oder ähnlichen Veröffentlichungen, in der Regel zugunsten der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit gefällt werden dürfte.

3. De-Facto-Schutz über enthaltene geschützte Elemente

Daneben tritt gerade im Kernbereich der Wissenschaftsliteratur ein weiterer Aspekt. Selbst wenn im Einzelfall die urheberrechtliche Schutzfähigkeit eines konkreten Fachaufsatzes als wissenschaftliches Schriftwerk für sich genommen zu verneinen wäre, kann sich für ihn ein indirekter Urheberrechtsschutz dadurch ergeben, dass in ihm enthaltene Zeichnungen, Tabellen oder ähnliches als Darstellungen wissenschaftlicher Art ihrerseits geschützt sind. Denn jedenfalls insoweit gelten nur die dargestellten geringeren Anforderungen an die Schöpfungshöhe. Gleichzeitig sind diese Schutzgegenstände auch als Teile eines Schriftwerkes natürlich noch dem gesonderten Schutz nach den für die jeweilige Werkart geltenden Maßstäben zugänglich.²²⁰ Entsprechendes gilt für enthaltene Fotografien, die jedenfalls dem leistungsschutzrechtlichen Schutz nach § 72 UrhG unterliegen. Beides ist im naturwissenschaftlichen Bereich an der Tagesordnung. Häufig enthalten sogar diese Elemente eines Fachaufsatzes die für den Leser entscheidenden Informationen.

Die dargestellte Rechtsprechung musste sich zum großen Teil nicht mit originalgetreuen und vollständigen Vervielfältigungen wissenschaftlicher Texte auseinandersetzen, sondern hat dem Grundsatz der Urheberrechtsfreiheit der wissenschaftlichen Lehre vor allem in Szenarien Geltung verschafft, in denen es um die Übernahme inhaltlicher Elemente, der Struktur und Gedankenführung bzw. sogar nur der Darstellung bestimmter

²¹⁹ So auch *Haberstumpf*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Computerprogramme*, Rn. 84; *Kindermann*, ZUM 1987, 119, 227.

²²⁰ BGH GRUR 1993, 34, 35 – *Bedienungsanweisung*; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 2 Rn. 75.

Tatsachen in einem am Ausgangswerk orientierten eigenständigen Erzeugnis ging.²²¹ Hier ist die Unterscheidung zwischen den schutzfähigen und den nicht schutzfähigen Elementen eines Werkes von Bedeutung. Geht es jedoch bei der wissenschaftlichen Informationsversorgung um die originalgetreue Vervielfältigung eines Aufsatzes oder eines Abschnitts aus einem wissenschaftlichen Schriftwerk, sind diese Grenzziehungen aus der Sicht des Nutzers weniger entscheidend. Soll eine Vervielfältigung die Rezeption eines Aufsatzes überhaupt erst ermöglichen oder erleichtern, so macht es auf dieser Ebene für den interessierten Wissenschaftler keinen Unterschied, ob das Urheberrecht nur partiell an einzelnen Elementen des Aufsatzes oder am „Gewebe“ des Aufsatzes insgesamt anknüpft. Um sich die im Aufsatz repräsentierte, gemeinfreie Erkenntnis zu erschließen, ist er in der Regel auf die Lektüre des gesamten Aufsatzes angewiesen. Vervielfältigungshandlungen werden sich gleichermaßen auf geschützte und ungeschützte Elemente erstrecken. Die eigenständige Schutzfähigkeit einzelner enthaltener Elemente macht auch den Umgang mit einem ansonsten im Einzelfall einmal ungeschützten wissenschaftlichen Fachaufsatz urheberrechtsrelevant,²²² sofern nicht gerade die geschützten Elemente, also insbesondere etwa Zeichnungen und Photographien, ausgespart werden, beispielsweise durch eine entsprechende selektive Vervielfältigung und entsprechend selektive anschließende Lektüremöglichkeiten, was aus Sicht des Nutzers regelmäßig sinnlos ist. Denkbar ist deshalb aus Perspektive der wissenschaftlichen Autoren und Rechteinhaber sogar die bewusste Verwendung derartiger Elemente, um im Zweifelsfall über den Rechtsschutz des einzelnen Elements zumindest einen Rechtsschutz gegen die vollständige „Eins-zu-Eins“-Kopie des Schriftwerks einschließlich des geschützten Elements sicherzustellen.

IV. Zwischenergebnis zur Schutzfähigkeit wissenschaftlicher Sprachwerke

Auch wenn die Schutzfähigkeit wissenschaftlicher Sprachwerke eine einzelfallbezogene Frage bleibt, lässt sich festhalten, dass trotz der dargestellten Besonderheiten, mit denen schon bei der Ausgestaltung und Reichweite des Urheberrechtsschutzes die Urheberrechtsfreiheit der Lehre und die Diskursbedürfnisse im Wissenschaftsbereich

²²¹ Vgl. nur BGH GRUR 1981, 352 ff. – *Staatsexamensarbeit*; OLG Frankfurt GRUR 1990, 124 ff. – *Unternehmen Tannenberg*.

²²² Ähnlich auch BGH GRUR 1997, 459, 461. – *CB-Infobank I*; *Peifer*, Rahmenbedingungen, S. 335.

berücksichtigt werden sollen, nach einer zwischenzeitlichen Phase eher restriktiver Voraussetzungen zumindest im „Kernbereich“ der Wissenschaftsliteratur häufig von einem Urheberrechtsschutz auszugehen ist, der jedenfalls eine unveränderte „Eins-zu-Eins“-Vervielfältigung oder andere Eingriffe in Verwertungsrechte verbietet.

Was aus der Perspektive des Wissenschaftlers als Autor als Befürchtung formuliert werden kann, dass nämlich das „fatale Zusammentreffen übersteigerter Anforderungen an die Gestaltungshöhe mit dem Postulat der Gemeinfreiheit des Werksinhalts“²²³ wissenschaftlichen Werken den Urheberrechtsschutz generell verschließen könnte, bestätigt sich trotz zwischenzeitlicher Tendenzen in diese Richtung offenbar nicht. Aus der Perspektive des Wissenschaftlers als Nutzer bedeutet dies andererseits, dass wegen der damit verbundenen allgegenwärtigen Urheberrechtsrelevanz Schrankenregelungen im Bereich der wissenschaftlichen Literaturversorgung eine entsprechend große potentielle Bedeutung zukommt.

C. Produktive Werkrezeption und Wissenskreislauf in der Wissenschaft

Wissenschaftler treten als Nutzer und als Schöpfer urheberrechtlich geschützter Werke auf. Diese Doppelrolle wird im Folgenden untersucht und in den Kontext des Wissenschaftsurheberrechts eingeordnet.

I. Schöpfung als wechselseitiger Prozess des Gebens und Nehmens

Die Erkenntnis, dass niemand in der Lage ist, ohne jeden Rückgriff auf Vorbestehendes aus dem Nichts Neues zu kreieren,²²⁴ ist weder neu noch auf den Bereich der Wissenschaften begrenzt. Ihr Wesenskern findet sich wieder im inzwischen vor allem mit Sir Isaac Newton in Verbindung gebrachten und seinerseits wissenschaftsbezogenen Ausspruch, wenn er weiter gesehen habe als andere, so deshalb, weil er selbst auf den Schultern von Giganten gestanden habe.²²⁵ Erkenntnis beruht auf bereits vorangegangenen Arbeiten und hängt von den Möglichkeiten der Wissenschaftler ab, auf

²²³ *Schricker*, GRUR-Festschrift, S. 1112.

²²⁴ So auch *Hilty*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 118; *Spindler*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 287 f.

²²⁵ So *Newton* in einem Brief an Robert Hooke; zur Herkunft und Geschichte des Zitats vergleiche http://de.wikipedia.org/wiki/Auf_den_Schultern_von_Giganten m.w.N.

wissenschaftliche Veröffentlichungen und Forschungsergebnisse zurückzugreifen und diese zu teilen.²²⁶ Der Zugang zu Daten und Quellen und zu bereits vorhandener Sekundärliteratur ist notwendige Bedingung des wissenschaftlichen Fortschritts.²²⁷ Kreativität und Innovation entsteht in der Auseinandersetzung mit und unter Verwendung von bestehenden Traditionen.²²⁸ Im Urheberrecht ist das entsprechende Prinzip allgemein anerkannt.²²⁹ Schon die Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1983 stellt fest, dass sich die Berechtigung bestimmter Einschränkungen des Urheberrechts aus der Tatsache ergebe, dass „der Urheber selbst seine schöpferische Leistung nicht losgelöst von seiner Umwelt, sondern eingebunden in seinen Kulturkreis und auf der Grundlage des Kulturschaffens vorangegangener Generationen entfaltet. Andererseits ist der Urheber auf die Annahme und Aufnahme seines Werkes durch seine Zeitgenossen angewiesen. Kulturelle Schöpfung bedarf deshalb stets eines gegenseitigen Austauschs, eines Gebens und Nehmens.“²³⁰

Auch in der Literatur hat dieser Grundsatz einhellig Zustimmung erfahren.²³¹ Werke entstehen kaum einmal „im luftleeren Raum“, sondern ihr Schöpfer baut ebenso auf Vorhandenem auf, wie das bereits seine Vorgänger taten.²³² Das Urheberrecht versucht dem auf vielfältige Art und Weise gerecht zu werden, nicht zuletzt durch das bereits dargestellte Prinzip der Inhaltsfreiheit.²³³ Auch die Möglichkeiten der freien Benutzung nach § 24 UrhG entsprechen dem.²³⁴ Die Einschränkung der ausschließlichen Nutzungsrechte des einen Urhebers erfolgt angesichts des gegenseitigen Gebens und Nehmens zugunsten eines anderen Urhebers, und letztlich auch zugunsten des Interesses der Allgemeinheit an weiterem Werkschaffen. Ähnliches gilt für das Zitatrecht des § 51 UrhG, das über die Möglichkeiten konkreter Bezugnahme dem Interesse an geistiger Kommunikation und Auseinandersetzung mit vorbestehenden Werken dient,

²²⁶ So ausdrücklich die Mitteilung der Kommission über wissenschaftliche Informationen im Digitalzeitalter: Zugang, Verbreitung und Bewahrung, Komm (2007) 56, S. 3.

²²⁷ Siehe *Obly*, Innovation, S. 292.

²²⁸ *Hoeren*, Einführung in das Informationsrecht, S. 12; vgl. aus literaturwissenschaftlicher Sicht auch *Toor*, S. 260 ff.

²²⁹ Siehe speziell zum Bereich der Wissenschaft etwa *Zypries*, KUR 2003, 57.

²³⁰ Begründung Regierungsentwurf vom 22.12. 1983, BT-Drs. 10/837, S. 9.

²³¹ Vgl. statt vieler nur *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 1; *Hoeren*, MMR 2000, 3; *Wiesemann*, S. 93; *Sattler*, S. 18.

²³² *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 24 Rn. 1; vgl. dazu auch *Nolte*, S. 34.

²³³ Siehe oben, Teil 1 B. I.

²³⁴ Vgl. *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 24 Rn. 2.

und das sich zusätzlich damit rechtfertigen lässt, dass bereits der zitierte Urheber bei seinem Schaffen auf den Leistungen seiner Vorgänger aufbauen konnte, und deshalb auch Ergebnisse seiner eigenen geistigen Tätigkeit „Vorbild und Ausgangspunkt kritischer Auseinandersetzungen“ sein sollen.²³⁵

Mit Blick auf die veränderten technischen Möglichkeiten, etwa im Bereich des Musik- und Video-Samplings oder bei Kollagen im Foto- und Graphikbereich, stellt sich die Frage, ob bestehende Freiräume für Anschlusskreativität ausreichend sind oder eine weitergehende Berücksichtigung kreativer Werknutzung erforderlich ist, indem stärker als bislang zwischen rein konsumtivem und kreativem bzw. produktivem Werkgebrauch differenziert wird.²³⁶ Ohne hier auf Einzelheiten eingehen zu können, könnte ein möglicher Ansatz in einer noch näher auszugestaltenden Schrankenregelung speziell für den kreativen Werkgebrauch liegen.²³⁷

II. Berücksichtigung bereits beim Vorgang der Werkrezeption

Unabhängig von derartigen Überlegungen ist die Berücksichtigung eines produktiven Gebrauchszwecks nicht erst und nicht nur insoweit möglich und sinnvoll, als über das Zitatrecht, die freie Benutzung oder eine neue Schranke speziell für den kreativen Werkgebrauch die Verwendung vorbestehender Werke beim Vorgang der Folgeschöpfung privilegiert wird, indem sie den transformativen Gebrauch vorbestehender Werke gestatten. Vielmehr lässt sich schon bei der zeitlich vorgelagerten Werkrezeption selbst unterscheiden. Sie kann zu rein konsumtiven Zwecken erfolgen, etwa zum bloßen Literatur-, Musik- oder Kunstgenuss bzw. zur Unterhaltung. Sie kann jedoch auch erfolgen, um an die Werkrezeption am Ende eines eigenen kreativen Prozesses mit einer Werkschöpfung oder sonstigen eigenen Leistung anzuknüpfen. Derartige Konstellationen sind nicht auf die wissenschaftliche Sphäre beschränkt. Auch in Literatur, Kunst und Musik lässt sich trotz fließender Grenzen und Abgrenzungsschwierigkeiten wertend zwischen später ihrerseits schöpferischen Werkrezipienten und dem bloßen Werkkonsumenten unterscheiden, der fremde Werke nicht rezipiert, um sich davon zu kreativem Schaffen inspirieren zu lassen. Im wissenschaftlichen Bereich tritt der

²³⁵ Vgl. *Oekonomidis*, UFITA 57 (1970), 179.

²³⁶ Für eine solche stärkere Differenzierung *Hilty*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 117 f.; *Senfleben*, in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), Interessenausgleich, S. 168; zur Unterscheidung siehe auch *Ginsburg*, 45 J. Copyright Soc’y U.S.A. 1, 6 f.

²³⁷ Siehe dazu z.B. *Geiger*, EIPR 2006, 366, 372, *Geiger*, IIC 2007, 707, 714.

produktive Aspekt der Werkrezeption aber besonders deutlich zu Tage und beruht auf den Wesenszügen der wissenschaftlichen Arbeitsweise selbst, dem systematischen und durch andere überprüfbareren Streben nach Erkenntnis.²³⁸

Die systematische Vorgehensweise erfordert es als Vorbedingung, sich umfassend mit dem vorbestehenden Wissen auseinanderzusetzen. Dieses ist der „eigentliche Rohstoff“, der „Baustein der Wissenschaft“.²³⁹ Auch wenn sich das Urheberrecht auf das Wissen bzw. auf die darin enthaltene Information als solche nicht erstreckt, trifft es allenfalls auf theoretischer Ebene zu, dass es den Zugang des Wissenschaftlers zur Information in keiner Weise behindert. Denn es ist das geschützte Werk, das Wissen repräsentierende Informationsprodukt, das als Vehikel für die nötige Werkrezeption den Zugang zur Information vermittelt und ermöglicht. Die Inhaltsfreiheit erlangt zwar große Bedeutung für den freien Austausch von Gedanken und Ideen, soweit sie es erlaubt, fremde Forschungsergebnisse in eigenen Werken und mit eigenen Worten wiederzugeben. Zunächst aber muss der Wissenschaftler diese ungeschützten Ergebnisse über die Lektüre geschützter Beiträge seiner Kollegen rezipieren. Der Urheberrechtsschutz für die konkrete Ausdrucksform eines ungeschützten Inhalts hat deshalb Auswirkungen auf die Rezeption dieses Inhalts.²⁴⁰

Der bloße Akt des Lesens ist dabei zwar urheberrechtlich irrelevant, soweit sich das zur Lektüre bestimmte Werk bereits wahrnehmbar vor den Augen des Informationssuchenden befindet. Im digitalen Bereich wird dies jedoch bereits durch technisch bedingte urheberrechtsrelevante Vervielfältigungshandlungen aufgehoben. Auch im klassisch-analogen Bereich wird die fehlende Urheberrechtsrelevanz der reinen Werkrezeption durch die praktischen Bedürfnisse wissenschaftsadäquater Informationsversorgung zumindest deutlich relativiert. Die einmalige Lektüre reicht in den seltensten Fällen aus, um sich intensiv mit Forschungsergebnissen auseinanderzusetzen zu können. Erforderlich ist vielmehr, relevante Quellen jeweils dann zur Verfügung zu haben, wenn sie inhaltlich für die eigene Arbeit tatsächlich benötigt werden. Ein Wissenschaftler muss regelmäßig zunächst eine Vielzahl von Quellen systematisch auswerten, um anschlie-

²³⁸ Dazu sogleich im nächsten Abschnitt, Teil 1 C. III.

²³⁹ *Hilty*, GRUR Int 2006, 179, 181, 186; siehe auch das Programm der Bundesregierung „Information als Rohstoff für Innovation“, vorgestellt in Bibliotheksdienst 1996, 1739 ff., abrufbar unter http://bibliotheksdienst.zlb.de/1996/1996_10_Politik01.pdf.

²⁴⁰ Vgl. dazu auch *Geiger*, IIC 2008, 178, 179 ff., mit weiteren Nachweisen zu grundsätzlicher Kritik an der Dichotomie von Inhalt und Form.

ßend auf Grundlage der erworbenen Sachkenntnis einen eigenen, neuen Beitrag leisten zu können.²⁴¹ Dabei ist im Vergleich zum vorbestehenden Wissen der Anteil der wirklich neuen, eigenständigen Erkenntnis häufig gering, da für den oft kleinschrittigen Erkenntnisprozess zunächst ein breites Fundament gesicherten Wissens erforderlich ist. Müsste jedes für die Erstellung eines eigenen Beitrags benötigte Werk käuflich erworben werden und stellt man nur überschlagsartig eine fiktive Rechnung auf, so wird unmittelbar deutlich, wie prohibitiv hoch neben den unüberwindbaren praktischen Hürden die Kosten für die erforderliche Literaturversorgung wären. Der Einzelne wäre unter diesen fiktiven Bedingungen vom Großteil der geistigen Güter abgeschnitten.²⁴² Deshalb bleibt zwar das Motto der vom Bundesministerium der Justiz zur Verbesserung der Akzeptanz des Urheberrechts geführten Kampagne zutreffend: „Kopien brauchen Originale“. ²⁴³ Umgekehrt gilt jedoch gleichermaßen, dass neue Originale nicht nur aus Praktikabilitätsgründen eine Vielzahl an Vervielfältigungen vorbestehender Originale voraussetzen. Originale brauchen Kopien ebenso wie umgekehrt Kopien Originale.

Der umfassend verstandene Vorgang der Werkrezeption ist im Wissenschaftsbereich demnach selbst im klassisch-analogen Bereich selten urheberrechtlich irrelevant. Aus Sicht des informationssuchenden Wissenschaftlers wirkt sich der Urheberrechtsschutz der inhaltsvermittelnden Werke trotz theoretischer Dichotomie zwischen Inhalt und Form bereits auf Ebene der Werkrezeption einschränkend auf die Möglichkeiten aus, fremde Gedanken und Forschungsergebnisse als Grundlage für eigene Forschung zur Kenntnis zu nehmen. Der noch näher zu beschreibende produktive Charakter dieser Werkrezeption sollte zumindest in Form einer entsprechenden Wertung berücksichtigungsfähig sein.

III. Produktiver Wissenskreislauf in der Wissenschaft

Aufgrund ihrer notwendigen Überprüfbarkeit²⁴⁴ ist Wissenschaft in hohem Maße kommunikationsorientiert. Sie wird sogar gerade durch wechselseitige Kommunikation und Publizität gekennzeichnet.²⁴⁵ Wissenschaft im engeren Sinne ist deshalb in der

²⁴¹ Dazu auch *Senfleben*, in: *Hilty/Peukert* (Hrsg), Interessenausgleich, S. 168.

²⁴² Vgl. auch *Hohagen*, S. 317; *Hubmann*, *Recht des schöperischen Geistes*, S. 122, der bei seinen Ausführungen besonders die Situation des „Gelehrten“ betont.

²⁴³ Vgl. die Kampagne des BMJ unter www.kopienbrauchenoriginale.de.

²⁴⁴ Siehe dazu schon die Ausführungen oben, vgl. auch BVerfGE 35, 79, 113= NJW 1973, 1176.

²⁴⁵ *Jarass/Pieroth*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 121.

Regel auf Veröffentlichung der gewonnenen Erkenntnisse ausgerichtet, um diese im Diskurs der Kritik der Wissenschaftsgemeinde auszusetzen. Sie bedarf eines Austauschs zumindest in Form wissenschaftlicher Binnenkommunikation, um überhaupt strengen wissenschaftlichen Ansprüchen gerecht zu werden. Dies bedeutet, dass die Werkrezeption hier nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig mit dem Ziel einer eigenen Werkschöpfung erfolgt. Bereits die Werkrezeption ist auf einen letztlich produktiven Zweck ausgerichtet. Denn Wissenschaftler rezipieren die Werke ihrer Kollegen nicht als Selbstzweck, sondern erschließen sich dadurch unter ihrer spezifischen Fragestellung einen Themenbereich, um dort ihrerseits im für die Wissenschaft typischen inkrementellen Prozess weitergehende Erkenntnis zu gewinnen und anschließend über eine Veröffentlichung dem Wissenskanon hinzuzufügen.²⁴⁶ Zu diesem Wissensaustausch beizutragen, gehört zentral zum Ethos der Wissenschaften.²⁴⁷ In ihrer Gesamtheit betrachtet stehen Wissenschaftler in einem Verhältnis der „konkreten Reziprozität“²⁴⁸ bzw. „produktiven Interdependenz“²⁴⁹. Sie sind wechselseitige Werknutzer und Werkschöpfer in Personalunion. Sie sind „Produzter“,²⁵⁰ oder englisch „Prosumer“²⁵¹. Auf den einzelnen Wissenschaftler bezogen sind beide Eigenschaften nur zeitlich voneinander zu trennende und sich wiederkehrend abwechselnde Charakterisierungen im Verlauf ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit. Der Wissenskreislauf tritt deshalb in der Wissenschaft stärker zu Tage als in anderen Bereichen, beispielsweise im Unterricht, in dem eher Basiswissen vermittelt wird, ohne eigenen Output zu produzieren, während Wissenschaftler in großem Maße selbst schöpferisch tätig werden und dabei auch gänzlich neue Bereiche durchdringen.²⁵²

Es erscheint schwierig, Konstellationen zu benennen, in denen ebenso wie bei dem in urheberrechtlichen Werken verkörperten Wissen als „tägliches Brot“,²⁵³ als „Rohstoff“ der Wissenschaften, ein gleichermaßen kreislaufartiges Ineinandergreifen und eine

²⁴⁶ Zum inkrementellen Prozess der Wissensschöpfung auch *Spindler*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 298.

²⁴⁷ So auch *Roellecke*, UFITA 84 (1979), 79, 95.

²⁴⁸ *Roellecke*, UFITA 84 (1979), 79, 105.

²⁴⁹ *Krause-Ablaß*, GRUR 1962, 231.

²⁵⁰ So *Alexander Peukert* in seinem vom Verfasser besuchten Vortrag auf der Urheberrechtstagung der Lehrstühle Prof. Spindler und Prof. Berger am 30.10.2008 in Göttingen.

²⁵¹ *Ian Rowlands* auf der Fachtagung „Impact of Publishing“ im Januar 2009 in Berlin, so zitiert von *Wein*, Bibliotheksdienst 2009, 550, 551, die ihrerseits von „janusköpfigen Wesen“ spricht.

²⁵² So auch *Hoeren*, Stellungnahme §52a UrhG, S. 6.

²⁵³ *Sattler*, S. 18.

derart große personelle Übereinstimmung zwischen Erzeugern und Nachfragern eines Produktes bzw. Rohstoffes besteht. Das gegenseitige Geben und Nehmen, das jede kulturelle Schöpfung kennzeichnet, findet hier eine besonders starke Ausprägung.²⁵⁴

IV. Graduelle Unterschiede innerhalb der Wissenschaft

In Bezug auf die „Produktivität“ der Werkrezeption bestehen auch innerhalb der Wissenschaft graduelle Unterschiede. Dies gilt zunächst, sobald man sich vom Kernbereich der forschenden Wissenschaft in Richtung angewandte Wissenschaft bewegt. Auch hier erfolgt die Werkrezeption nicht als Selbstzweck, sondern vor dem Hintergrund konkreter Problemlösungen. Das Ergebnis wird sich aber bei angewandter und speziell bei kommerzieller Forschung häufiger in der Problemlösung erschöpfen, ohne dass Forschungsergebnisse auch veröffentlicht werden. Ähnliches gilt für rechtswissenschaftliche Untersuchungen eines Anwalts, die statt einer zusätzlichen Veröffentlichung lediglich in einer Handlungsempfehlung an den Mandanten münden. Die Werkrezeption bleibt damit in beiden Fällen zwar produktiv. Die Produktivität schlägt sich jedoch nicht gleichermaßen in einem neuen Werk, sondern nur in einer Vergrößerung des zur Verfügung stehenden Wissens und in seinen konkreten Anwendungen im Einzelfall nieder. Darüber hinaus tritt auch im Kernbereich der forschenden Wissenschaft das produktive Element nicht immer gleich deutlich zu Tage. Schon mit Blick auf ihre Veröffentlichungshäufigkeit gibt es unterschiedlich produktive Wissenschaftler und Wissenschaftsdisziplinen. Das produktive Element der vorbereitenden Werkrezeption ist zudem dort deutlich offensichtlicher, wo die Lektüre in unmittelbarem zeitlichen und thematischen Zusammenhang mit der eigenen Veröffentlichung steht. Dies ändert aber nichts daran, dass auch eine nur mittelbar vorbereitende Lektüre in größerem zeitlichen Zusammenhang zur eigenen Werkschöpfung dieser zugutekommt. Nötige Vorstufe für den späteren Erkenntnisgewinn im Detail ist zunächst, sich ausreichend breit über den aktuellen Stand der Forschung zu informieren, ihn zu durchdringen, und darauf aufbauend überhaupt zu erkennen, wo die Grenze zwischen dem schon Bekannten und dem Unbekannten liegt. Gerade bei interdisziplinären Forschungsansätzen ist eine grundlegende Einarbeitung in die einbezogenen Gebiete und ihre Methodik erforderlich, ohne dass auch nur annähernd jedes rezipierte Werk in der eige-

²⁵⁴ In diesem Sinne auch *Roellecke*, UFITA 84 (1979), 79, 105; vgl. auch *Hilty/Krujatz/Bajon/Früh/Kur/Drexll/Geiger/Klass*, IIC 2009, 309, 313; siehe auch *Spindler*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 296 f.

nen Veröffentlichung Niederschlag findet oder gar als Fundstelle angegeben wird. Der Evolutionsbiologe, der sich aus der Einbeziehung der Ergebnisse der Molekulargenetik weitergehende Erkenntnisse zu eigenen Fragestellungen verspricht, muss sich zunächst in für den Spezialisten grundlegende Themengebiete einlesen, um methodisch sauber vorgehen zu können. Dennoch erfolgt auch diese vorbereitende Lektüre zu letztlich produktiven Zwecken. Wenn dies im Einzelfall zu einem drastischen Verhältnis zwischen der Anzahl der zunächst zu lesenden vorbestehenden Werke als Input und dem scheinbar geringen Output in Form der neuen eigenen Veröffentlichung führt, hängt dies unmittelbar mit dem hohen wissenschaftlichen Anspruch an Systematik, Methodik und Genauigkeit zusammen, ändert jedoch nichts am produktiven Charakter der zunächst nur vorbereitenden Lektüre.

V. Fazit

Die noch näher zu untersuchenden Wissenschaftsschranken des Urheberrechts schaffen Freiräume, von denen der Wissenschaftler in seinem Umgang mit vorbestehenden Werken profitiert. Im Rahmen wertender Betrachtungen dieser Freiräume ist es erforderlich, den in der Wissenschaft besonders ausgeprägten produktiven Charakter der Werknutzung und die Doppelrolle des Wissenschaftlers als Werknutzer und Werkerschöpfer, als „Produzter“, ausreichend zu berücksichtigen. Der Wissenskreislauf ist dabei nicht erst auf Ebene der unmittelbaren Einbindung fremder Werke in eigene Veröffentlichungen von Bedeutung, sondern sollte bereits bei der notwendig vorgelagerten Werkrezeption Beachtung finden, was bislang in den Diskussionen um Wissenschaftsschranken wenig Aufmerksamkeit erfahren hat. Selbst wenn es wegen vorhandener gradueller Unterschiede praktisch schwierig erscheint, den produktiven Charakter der Werkrezeption quantitativ zu erfassen, muss er dennoch als Prinzip und gedanklicher Hintergrund bei einer wertenden Beurteilung der Schranken im Wissenschaftsbereich berücksichtigt werden. Zwar entzieht es sich letztlich der effektiven Kontrolle des Gesetzgebers, ob eine auch über Schrankenregelungen vereinfachte Informationsversorgung im Einzelfall tatsächlich zu neuem Wissen führt. Über den rechtlichen Rahmen das Umfeld und die Möglichkeiten dafür zu schaffen, erscheint dennoch geboten.

D. Faktische Schutzausweitung mittels technischer Schutzmaßnahmen

Nach dem in der Regel produktiven Zweck der Werkrezeption im Wissenschaftsbe-
reich geht es im Folgenden um die Auswirkungen des Einsatzes technischer Schutz-
maßnahmen auf die Möglichkeiten der Werkwahrnehmung. Wie dargestellt, führen
selbst ohne den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen Praktikabilitätsanforderungen
des wissenschaftlichen Arbeitens dazu, dass die Inhaltsfreiheit praktisch relativiert wird,
wenn der für die eigene wissenschaftliche Tätigkeit erforderliche Zugriff auf Inhalte
nur über urheberrechtlich geschützte Werke möglich ist. Die theoretische Dichotomie
zwischen ungeschütztem Inhalt und geschützter Form wird jedoch in der Praxis auf der
Ebene der Werkrezeption spätestens dann aufgehoben, wenn im digitalen Bereich und
bei lediglich elektronischer Veröffentlichung technische Schutzmaßnahmen mit ihrem
in den §§ 95a UrhG geregelten eigenständigen Rechtsschutz eingesetzt werden.²⁵⁵

Dieser knüpft zwar gemäß § 95a Abs. 1 UrhG daran an, dass der technische Schutz einem
urheberrechtlich geschützten Werk dient. Genießt ein Werk jedoch aufgrund seiner Aus-
drucksform Urheberrechtsschutz, ermöglichte eine wirksame technische Schutzmaßnahme
die Kontrolle des Zugangs oder der Vervielfältigung des Werks nicht nur in Bezug auf die
urheberrechtlich geschützte Ausdrucksform, sondern in Bezug auf die gesamte Einheit aus
Inhalt und Form. Der Zugang oder die Vervielfältigung wird insgesamt oder in Teilab-
schnitten gewährt bzw. verwehrt und damit in die Kontrolle des Rechtsinhabers gestellt,
ohne zwischen freien inhaltlichen Elementen und geschützter Ausdrucksform zu unter-
scheiden.²⁵⁶ Die klassische Dichotomie von Idee und Ausdrucksform „erodiert“.²⁵⁷ Sie nützt
dem Wissenschaftler bei der Rezeption vorbestehenden Wissen nichts, sondern wird
zur Theorie, zur bloßen „intellektuellen Fiktion“,²⁵⁸ während in der Praxis über die

²⁵⁵ Vgl. zu den vielfältigen sonstigen Fragestellungen zu §§ 95a UrhG beispielsweise die Kommentierungen
bei *Schricker/Götting*, Vor §§ 95a ff; *Peukert*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 33; sowie grundlegend
Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht. Das Verhältnis zwischen technischen Schutzmaßnah-
men und wissenschaftsrelevanten Schrankenregelungen wird in der Folge noch gesondert erörtert, siehe
unten Teil 2 D. II.

²⁵⁶ Vgl. *Hilty*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 122.

²⁵⁷ *Ohly*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 6.

²⁵⁸ *Hilty*, GRUR Int 2006, 179, 181, 186 f.; *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), Copyright Law, S. 331.

Möglichkeiten technischer Schutzmaßnahmen eine Kontrolle der Inhalte „über die Hintertür“ ermöglicht wird.²⁵⁹

E. Ausgewählte Aspekte des wissenschaftlichen Publikationswesens

Wissenschaftler greifen zu einem großen Teil auf wissenschaftliche Literatur zurück, die dem wissenschaftlichen Publikationsmarkt zuzuordnen ist. Dessen umfassende Darstellung ist angesichts seiner Komplexität und des Facettenreichtums hier nicht möglich, wenn man die Vielschichtigkeit der Publikationsarten, die unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen und die Bandbreite der beteiligten Akteure berücksichtigt. Allein auf Verlagsseite existieren neben konzernartig strukturierten aktiennotierten Wissenschaftsverlagshäusern auch kleine und kleinste Wissenschaftsverlage, die wenig mit ersteren gemeinsam haben. Kommerzielle Unternehmen unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht von wissenschaftlichen Gesellschaften oder Universitätsverlagen. Dennoch werden zumindest einige Aspekte des wissenschaftlichen Publikationswesens als Kontext untersucht, in dem wissenschaftliche Schrankenregelungen zur Anwendung gelangen.

I. Fehlende Substituierbarkeit der Werke

Kaum ein geschütztes Werk ist ohne weiteres austauschbar. Die Lektüre eines Romans entspricht nie vollkommen der Lektüre eines anderen, der Kunstgenuss eines Werkes ersetzt nie vollkommen den eines nur vergleichbaren anderen Werkes. Dennoch ist die praktische Substituierbarkeit nicht in allen Bereichen gleichermaßen weitgehend begrenzt. Der verbleibende Spielraum für Substitute ist bei schöngeistigen Werken auf dem Gebiet der Kultur- und Unterhaltungsindustrie größer als in der Wissenschaft. Wer sich beispielsweise eine Verfilmung von Günter Grass' „Blechtrommel“ ansehen möchte, wird zwar keine Alternative zu Schlöndorffs Version finden.²⁶⁰ Beruht dieser Wunsch auf kulturellem Interesse oder dient er der bloßen Unterhaltung, kann der Interessierte aber notfalls auf einen anderen Film Schlöndorffs oder eine anspruchs-

²⁵⁹ *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 156; grundsätzlich kritisch auch *Ohly*, Innovation, S. 293; *Nielen*, Interessenausgleich, S. 54, spricht von „mittelbaren Barrieren im Zugang und in der Nutzung der [im Werk] enthaltenen Informationen“.

²⁶⁰ Vgl. zu diesem anschaulichen Beispiel *Dreier*, in: *Schricker*, (Hrsg.), Geistiges Eigentum, S. 77.

volle Verfilmung eines literaturhistorisch bedeutenden Nachkriegsromans ausweichen. Ähnlich verhält es sich in der Kunst und Musik, selbst wenn für den eingefleischten Fan der Erwerb der Neuerscheinung seiner Lieblingsband geradezu überlebenswichtig erscheinen mag.

Anders ist es, wo statt der Unterhaltung die Information im Vordergrund steht. Zur Information über das aktuelle Tagesgeschehen lässt sich nicht statt der Zeitung von heute auf die Zeitung von gestern zurückgreifen.²⁶¹ Dies ist noch unproblematisch, wo wie bei der Nachrichtenberichterstattung eine Vielzahl an Quellen zur Verfügung steht, die sich in unterschiedlicher Form mit identischen Vorgängen der Realität beschäftigen. Dort bestehen Wahlmöglichkeiten und als Folge ein entsprechend großer Konkurrenzdruck im Kampf um die Gunst interessierter Nutzer.

Der Bereich der Wissenschaft ist entscheidend dadurch gekennzeichnet, dass der Zugang des Wissenschaftlers zu den fachspezifischen Informationen unumgängliche Voraussetzung für seine Tätigkeit, die Information selbst der „eigentliche Rohstoff“, der „Baustein der Wissenschaft“ ist.²⁶² Hier reicht es selten aus, sich in einer beliebigen Quelle über ein mehrfach wiedergegebenes reales Geschehen zu informieren. Der Wissenschaftler ist häufig auf ein spezifisches Werk bzw. spezifische Informationen angewiesen. Wer sich nicht zu Unterhaltungszwecken, sondern wissenschaftlich mit urheberrechtsgeschützten Forschungsgegenständen auseinandersetzen will, etwa filmwissenschaftlich mit Schlöndorffs Verfilmung der Blechtrommel, dem fehlt jede Ausweichmöglichkeit. Ähnlich ist es bei der Wissenschaftsliteratur. Wer als Kardiologe Methoden zur Behandlung von Herzklappenfehlern untersucht oder entwickelt, kann nicht darauf verzichten, die Ergebnisse einer bestimmten publizierten Studie zu dieser Thematik einzubeziehen, und statt dessen auf einen anderen Aufsatz ausweichen.

Daran ändert nichts, dass Forschungsergebnisse urheberrechtsfrei sind. Andere Wissenschaftler mögen im wissenschaftlichen Diskurs über die Studienergebnisse frei berichten können und so in Bezug auf wesentliche Elemente alternative Zugriffsquellen schaffen. Umso bahnbrechender die Ergebnisse, umso größeren Widerhall finden sie in der Regel in der wissenschaftlichen Gemeinde, was die Möglichkeiten erhöht, sich über wesentliche Aspekte aus Sekundärquellen zu informieren. Davon abgesehen, dass zuvor auch die Autoren der Sekundärquellen auf den Zugriff auf die Primärstudie angewiesen

²⁶¹ So *Hilty*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 127.

²⁶² Siehe schon oben, Teil 1 C.

waren, macht dies jedoch die Werkrezeption des ursprünglichen Zeitschriftenbeitrags nur selten entbehrlich. Denn die wissenschaftliche Auseinandersetzung erfordert über die bloßen Ergebnisse hinaus eine eingehende Untersuchung der meist nur im Primärbeitrag im Detail beschriebenen Methodik. Um Ergebnisse der Kollegen entweder selbst durch weitere Forschung zu verifizieren, zu falsifizieren, oder sie auf gesicherter Grundlage für die eigene Forschung zu verwenden, um darauf aufbauend neue Erkenntnisse gewinnen zu können, ist der Zugriff auf die Forschungsergebnisse in ihrer ursprünglichen Darstellung meist unverzichtbar. Ein Ausweichen auf einen anderen Artikel ist nicht möglich.²⁶³ Birnen zu kaufen, weil gerade keine Äpfel da sind, funktioniert im Wissenschaftsbereich nicht.²⁶⁴ Dies gilt auch für die zitierfähige Fassung eines Artikels zum Zweck des in einer eigenen Veröffentlichung schon aus wissenschaftsethischen Gründen erforderlichen Fundstellennachweises. Hier hat der Wissenschaftler keine Alternative zum Zugriff auf das Verlagsprodukt.²⁶⁵ Die Substituierbarkeit wissenschaftlicher Beiträge ist dementsprechend stark eingeschränkt.²⁶⁶ Die Position wissenschaftlicher Verlage nähert sich bezüglich der von ihnen publizierten Beiträge einer Monopolstellung an.²⁶⁷

Die Unverzichtbarkeit einzelner Werke wird zusätzlich durch das Gebot der anzustrebenden Vollständigkeit bei der Literaturoswertung gesteigert. Vor der Lektüre kann beispielsweise auch der Rechtswissenschaftler nur mutmaßen, ob nicht selbst die Anmerkung des elften Kollegen zu einem bahnbrechenden Urteil noch neue Erkenntnisse beinhaltet. Er wird auf diese Lektüre kaum verzichten wollen, bevor er seinerseits die zwölfte Urteilsanmerkung verfasst. Gerade in den Naturwissenschaften ergibt sich in vielen Fällen erst unter Berücksichtigung aller thematisch relevanten Beiträge die Möglichkeit gesicherter Rückschlüsse im Rahmen der eigenen Forschung. Gleichzeitig

²⁶³ Vgl. schon *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), *Copyright Law*, S. 328; *ders.*, GRUR 2009, 633, 639.

²⁶⁴ So sehr anschaulich *Kuhlen*, *Götterdämmerung*, S. 189.

²⁶⁵ *Talke*, *Bibliotheksdienst* 2008, 288, 296.

²⁶⁶ Siehe *Hilty*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), *Festschrift Loewenheim*, S. 121, *ders.*, GRUR 2009, 633, 635, wonach die Substitutionsfähigkeit aus Sicht des Werknutzers gegen Null tendiert und als Folge die Preiselastizität beliebig hoch ist, so dass das Urheberrecht dazu beiträgt, dass Wettbewerbsmechanismen weitgehend zum Erliegen kommen. Vgl. auch *Hilty/Krujatz/Bajon/Früh/Kur/Drexll/Geiger/Klass*, IIC 2009, 309, 314, sowie die entsprechenden Aussagen in *House of Commons*, *Scientific Publications Report*, S. 10; *Wellcome Trust*, *Economic Analysis*, S. iv; *Dewatripont/Legros/Ginsburgh/Walckiers*, *Journal of the European Economic Association* 2007, 400, 409.

²⁶⁷ *Nolte*, S. 140.

verhindert nur eine umfassende Berücksichtigung des vorbestehenden Wissens, überflüssigerweise längst Bekanntes erneut und damit doppelt zu „erforschen“.²⁶⁸

Dabei bestehen zum Teil auch innerhalb der wissenschaftlichen Informationsversorgung Wahlmöglichkeiten, Alternativprodukte und Konkurrenzsituationen zwischen verschiedenen Werken. Zudem sind graduelle Unterschiede zwischen einzelnen Disziplinen möglich. Bei einführenden Werken zu Randbereichen des eigenen Forschungsgebiets besteht häufig die Wahl zwischen Alternativen, die seinen Informationsbedarf gleichermaßen abdecken können. Dies ändert nichts daran, dass es im Kernbereich jedes Forschungsgebietes stets zentrale Werke gibt, die die wesentlichen Rohstoffe für die eigene Arbeit enthalten, und deren Werkrezeption unabdingbar ist, um überhaupt wissenschaftlich tätig sein zu können. Die Unverzichtbarkeit auf der Ebene einzelner Artikel führt zu fehlender Substituierbarkeit auf der Ebene wissenschaftlicher Zeitschriften. Der Bezug von Zeitschriften, die sich als besonders wichtige Referenz etabliert haben, ist aus wissenschaftlichen Gründen unabdingbar.

Der Zwang zur unmittelbaren und umfassenden Auseinandersetzung mit dem Stand der Wissenschaft verringert somit als schutzrechtsexterner Faktor die Substituierbarkeit wissenschaftlicher Werke ganz entscheidend.

II. Besondere Bedeutung der Reputation

Die Doppelrolle der Wissenschaftler als Nutzer und inhaltliche Schöpfer der Wissenschaftsliteratur wurde bereits dargestellt.²⁶⁹ Eine Besonderheit des wissenschaftlichen Publikationssystems besteht in engem Zusammenhang damit darin, dass dem von Wissenschaftlern mit Inhalten gespeisten Publikationssystem über die bloße Informationsvermittlung hinaus besondere Steuerungsfunktionen zukommen. Dies beruht auf der Reputation, die mit wissenschaftlichen Veröffentlichungen verbunden ist. Wissenschaft im engeren Sinne wird regelmäßig mit dem Ziel der Veröffentlichung der Forschungsergebnisse betrieben. Sie sichert dem Wissenschaftler seine wissenschaftliche Priorität, und belegt als Nachweis seiner Tätigkeit letztlich auch seine Daseinsberechtigung.²⁷⁰ Im harten Wettbewerb untereinander besteht nach dem sprichwörtlichen „publish or perish“ ein enormer Publikationsdruck. Veröffentlichungen sind wichtige Kriterien bei der Entscheidung über weitere Forschungsförderung, Drittmittelvergabe und bei Berufungen

²⁶⁸ Vgl. Peifer, Rahmenbedingungen, S. 330.

²⁶⁹ Siehe oben, Teil 1 C.

²⁷⁰ Straus, in: Beier (Hrsg.), Festgabe Schrickler, S. 293.

im universitären Bereich.²⁷¹ Sie haben großen Einfluss auf die persönliche wissenschaftliche Karriere oder auf den Ruf und die Bedeutung einer Forschungseinrichtung.

1. Reputation und Qualität wissenschaftlicher Publikationen

Gradmesser für wissenschaftliche Reputation ist nicht nur die Publikationshäufigkeit, sondern als Beleg für Qualität vor allem, in welcher Form und in welchem Forum publiziert wird. Bedeutung und Renommee unterschiedlicher Publikationsarten variieren dabei zwischen den Wissenschaftsdisziplinen.²⁷² Während in weiten Bereichen der Geisteswissenschaften noch immer umfassende Monographien von überragender Bedeutung sind, spielen anderswo die im Anschluss an wissenschaftliche Konferenzen herausgegebenen aufbereiteten Tagungsberichte eine gewichtigere Rolle. Insbesondere im naturwissenschaftlich-technisch-medizinischen Bereich (Science, Technology, Medicine bzw. STM) sind vor allem Aufsätze in Fachzeitschriften entscheidend. Unabhängig von der konkreten Publikationsart ist es die an der Veröffentlichung ablesbare Bewältigung des teilweise intensiven Selektionsprozesses, der je nach Renommee einer Schriftenreihe, einer Konferenz oder eines Wissenschaftsjournals als Beleg für wissenschaftliche Qualität gewertet wird.

Gerade im Zeitschriftenbereich besteht dieser Selektionsprozess aus einem im einzelnen unterschiedlich strukturierten, teilweise sehr aufwändigen und formalisierten Peer-Review-Verfahren,²⁷³ in dem die wissenschaftlichen Peers über Relevanz, Qualität und Veröffentlichungswürdigkeit eines Beitrags urteilen. Die wissenschaftliche Community weiß die jeweilige Selektionshärte häufig schon aus eigener Erfahrung einzuschätzen und ist sich einig, welches „die guten, die mittelguten und die weniger mittelguten“²⁷⁴ Zeitschriften sind. Darüber hinaus ist die Einteilung in vielen Disziplinen formalisiert. Journals werden eingeteilt in die Kategorien A- B- oder C-„ranked“. Promotionsordnungen knüpfen daran an, wenn bei kumulativen Verfahren die Doktorwürde etwa demjenigen verliehen wird, der eine bestimmte Anzahl von Beiträgen in Zeitschrif-

²⁷¹ Vgl. zum Publikationsdruck beispielsweise *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 7; *Engel*, GRUR 1982, 705, 708.

²⁷² Siehe dazu anschaulich im Zusammenhang mit kritischen Anmerkungen zur Bibliometrie *Rübe*, SZ vom 29.2.2009, S. 11.

²⁷³ Vgl. zu verschiedenen Formen des Peer Review die Debatte unter <http://www.nature.com/nature/peerreview/debate/index.html>.

²⁷⁴ Siehe *Peifer* in: *Peifer/Gersmann* (Hrsg.), Betriebswirtschaftliche Aspekte, S. 35.

ten eines bestimmten Rankings platzieren kann.²⁷⁵ Neben weichen Kriterien, wie beispielsweise dem hohen Renommee, das mit bestimmten Herausgeberinstitutionen verbunden ist,²⁷⁶ werden besonders im Zeitschriftenbereich bibliometrische Verfahren bei der Erstellung entsprechender Rankings genutzt. Die Bibliometrie als eigenständige Wissenschaft dient unter anderem der Evaluation von Wissenschaftlern und wissenschaftlichen Einrichtungen anhand ihrer Publikationen. Eine ihrer Unterdisziplinen, die Zitationsanalyse, bedient sich dazu wissenschaftlicher Online-Literaturdatenbanken wie dem „ISI Web of Knowledge“ von Thomson Scientific.²⁷⁷ Aufgrund der in den Beiträgen enthaltenen Literaturverweise sind diese auch als Zitationsdatenbanken nutzbar, um quantitativ zu bestimmen, wie häufig einzelne Artikel, Autoren und Journals in weiteren Folgebeiträgen zitiert werden. Ausgehend von der Grundannahme, dass häufig zitierte Artikel von entsprechender wissenschaftlicher Bedeutung sind, erlaubt dies die Evaluation wissenschaftlicher Forschungsleistungen über ihren Citation Index sowie die Gewichtung verschiedener Journals anhand ihres Impact Factors. Auch wenn diese Vorgehensweise nicht unumstritten ist,²⁷⁸ haben Impact Factor und Citation Index und die zu großen Teilen darüber bestimmten Rankings der Wissenschaftsjournals großen Einfluss auf Entscheidungen und Abläufe im Wissenschaftsbetrieb.²⁷⁹

2. Auswirkungen auf der Ebene des einzelnen Wissenschaftlers

Aus Sicht des einzelnen Wissenschaftlers führt dies dazu, dass für ihn die Möglichkeit einer Publikation in einem angesehenen Wissenschaftsjournal von großer Bedeutung ist.²⁸⁰ Da Journals mit hohem Impact Factor in der jeweiligen Community weit verbreitet rezipiert werden, ist die Qualität des Publikationsweges wesentlicher Selektions-

²⁷⁵ Siehe beispielsweise die „Ausführungsbestimmungen zur Promotionsordnung bezüglich der kumulativen Promotion“ der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität der Westfälischen Wilhelms- Universität Münster, abrufbar unter http://www1.wiwi.uni-muenster.de/fakultaet/studium/promotion/Ausfuehrungsbestimmungen_kumulativePromotion.pdf.

²⁷⁶ Etwa die Universitätsverlage Oxford University Press oder Harvard University Press.

²⁷⁷ <http://isiweboknowledge.com>; für eine Übersicht weiterer Datenbanken, die zur Zitationsanalyse verwendet werden, vgl. *Neuhaus/Daniel*, Citation analysis, S. 31 f.

²⁷⁸ Vgl. beispielsweise *Kieser*, Forschung am Fließband, DIE ZEIT vom 17.7.2003; siehe auch die relativierenden Aussagen von Thomson Reuters selbst, in: *Pendlebury*, Using bibliometrics in evaluating research, abrufbar unter www.isiweboknowledge.com.

²⁷⁹ Siehe dazu kritisch auch *Spindler*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 301.

²⁸⁰ *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), Copyright Law, S. 328; *Hilty/Krujatz/Bajon/Früh/Kur/Drexll/Geiger/Klass*, IIC 2009, 309, 315; siehe auch *Drösser*, Das Denken ist frei, DIE ZEIT, 8.4.2009, S. 36.

faktor für die Wahrnehmung des eigenen Beitrags durch die Fachwelt.²⁸¹ Das individuelle Interesse des Wissenschaftlers an einem Reputationsgewinn überwiegt bei der Wahl des Publikationsorgans häufig gegenüber der Sensibilität für die Perspektive weitergehender Allgemeininteressen an einem möglichst günstigen oder einfachen Zugang zu bereits geschaffenem Wissen.²⁸² Das System weist dabei in seinen Wechselwirkungen selbstverstärkende Netzwerkeffekte auf. Hohes Renommee und hoher Impact Factor einer Zeitschrift machen sie für Wissenschaftler besonders attraktiv. Dadurch steigen Ablehnungsrate und Selektionsdruck der Zeitschrift weiter. Sie kann aus einem Überangebot publikationswilliger Wissenschaftsautoren wählen, weil der in den führenden Zeitschriften zur Verfügung stehende Platz nicht für alle ausreicht.²⁸³ Dies bleibt, bei funktionierenden Peer Review-Verfahren, nicht ohne Auswirkungen auf die Qualität der angenommenen Beiträge, was letztlich wiederum Renommee bzw. Impact Factor der Zeitschrift steigert.²⁸⁴ Der zu erzielende Verbreitungsgrad und letztlich auch der „Wert“, der einem wissenschaftlichen Beitrag formal beigemessen wird, hängen damit zu einem großen Teil von der Zeitschrift ab, in der er erscheint.²⁸⁵

Während der Wissenschaftler bereits als Nachfrager der in Fachbeiträgen vermittelten Informationen mit der weitgehend fehlenden Substituierbarkeit der Artikel konfrontiert ist,²⁸⁶ erfährt er eine stark eingeschränkte Substituierbarkeit zusätzlich auch in seiner Position als veröffentlichungswilliger Schöpfer wissenschaftlicher Beiträge, in der er Publikationsraum nachfragt. Denn aufgrund wohlverstandener Eigeninteressen an seiner wissenschaftlichen Karriere kann er jenseits verbleibender Wahlmöglichkeiten zwischen vergleichbar hochwertigen Journals kaum auf eine Publikation in einem der Top-Journals verzichten. Er ist darauf angewiesen, möglichst renommiert zu publizieren. Dies schlägt sich in der Regel in einer Vorgehensweise nieder, bei der Wissenschaftler ihre Beiträge nach-

²⁸¹ Peifer in: Peifer/Gersmann (Hrsg.), Betriebswirtschaftliche Aspekte, S. 35; vgl. auch Wellcome Trust, Economic Analysis, S. 16; vgl. allerdings auch Kuhlen, Götterdämmerung, S. 465, mit Verweisen auf verschiedene Studien, die die höheren Zitierungshäufigkeiten von Open-Access-Zeitschriften im Vergleich mit klassischen subscriptionsbasierten Zeitschriften belegen.

²⁸² Siehe dazu auch Hilty, GRUR 2009, 633, 636.

²⁸³ Peifer in: Peifer/Gersmann (Hrsg.), Betriebswirtschaftliche Aspekte, S. 35; auch Spindler, in: Hilty/Drexll/Nordemann (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 299, spricht von „Anbietermärkten“, auf denen zahlreichen Urhebern als Anbieter nur wenige Verlage als Nachfrager gegenüberstehen.

²⁸⁴ Ähnlich dazu auch European Commission, Study on Scientific Publication Markets in Europe, S.22 („vicious circle“).

²⁸⁵ So auch das OLG Hamm, AfP 2008, 515, 517 – Zum Schutz einer Zeitschrift als Sammelwerk.

²⁸⁶ Siehe oben, Teil 1 E. I.

einander mehreren Journals gemäß deren jeweiligem Ranking anbieten, um ihren Re-
nommeegewinn zu maximieren. Das wissenschaftliche Publikationswesen ist aufgrund
derartiger Netzwerkeffekte durch doppelt eingeschränkte Substituierbarkeit geprägt.²⁸⁷

3. Fazit

Derartige Konstellationen, Prozesse und Effekte sollen an dieser Stelle nicht grundlegend kritisiert werden. Deskriptiv wird jedoch deutlich, wie die besondere Bedeutung der Reputation von Veröffentlichungen und die mit ihrer Steuerungsfunktion verbundenen Verknüpfungen zwischen Wissenschaftsbetrieb und wissenschaftlichem Publikationssystem dazu führen, dass der Markt für Wissenschaftspublikationen teilweise eigenen Gesetzen unterliegt.²⁸⁸ Entsprechend spricht auch *Titel* von einer „eigentümlichen Gemengelage von unternehmerisch-kommerziellen Interessen, öffentlicher Hand und Wissenschaftskommunikation“.²⁸⁹ Vor diesem Hintergrund bleibt es eine wichtige Aufgabe für die Zukunft, die Wechselbeziehungen zwischen „Reputationsmärkten“ und Publikationsmärkten sowie die Verknüpfungen des Publikationssystems mit den persönlichen Karrieren von Wissenschaftlern auch mit den Mitteln ökonomischer Forschung näher zu untersuchen.²⁹⁰

III. Rechteeinräumung im Wissenschaftsbereich

Im Folgenden werden Fragen der Rechteeinhaberschaft bzw. Rechteeinräumung im Wissenschaftsbereich untersucht. Abgesehen vom Ausgangspunkt des grundlegenden Schöpferprinzips in § 7 UrhG, wonach Urheber stets der menschliche Schöpfer des Werkes ist, sind Fragen der Rechtezuordnung im Verhältnis des Wissenschaftlers zu seiner jeweiligen Institution so komplex, dass auf Einzelheiten in dieser Arbeit nicht eingegangen werden kann und sich die Ausführungen auf Grundzüge beschränken.²⁹¹ Anschließend werden detaillierter Regelungen zur weiteren Rechteeinräumung an Wissenschaftsverlage sowie die entsprechende Praxis untersucht.

²⁸⁷ So auch *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), *Copyright Law*, S. 328, ebenfalls *Egloff*, *sic!* 2007, 705, 714.

²⁸⁸ Ähnlich *Hilty*, GRUR Int 2006, 179, 185, *ders.*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, mit Überlegungen zur Einführung stärkeren Wettbewerbs.

²⁸⁹ *Titel*, in: *Delp*, *Das Buch in der Informationsgesellschaft*, S. 93.

²⁹⁰ Klar in diese Richtung auch *Spindler*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 300 f.

²⁹¹ Vgl. für einen Überblick beispielsweise *Veddern*, *Multimediarrecht*, S. 128 ff.; *Mönch/Nödler*, in: *Spindler* (Hrsg.), *Open Access*, S. 21 ff.; *Rojahn*, in: *Schricker*, § 43 Rn. 126 ff.; *Haberstumpf*, ZUM 2001, 819, 824 ff.; *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), *Festgabe Schricker*, S. 304 ff., jeweils m.w.N.; zum Überblick über die Rechtslage in den USA *Ginsburg*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 711.

1. Urheberrechtliches Verhältnis zwischen Wissenschaftler und Wissenschaftsinstitution

Wissenschaftliche Werke werden zum Großteil von Wissenschaftlern geschaffen, die in unterschiedlich ausgestalteten Anstellungsverhältnissen zu einer Universität, einer anderweitigen Forschungseinrichtung oder einem Arbeitgeber aus der Privatwirtschaft stehen. Deshalb stellt sich in die Frage, wie sich dies trotz des auch im Arbeits- oder Dienstverhältnis geltenden Schöpferprinzips insoweit auswirkt, als der Wissenschaftler verpflichtet sein kann, seinem Arbeitgeber oder Dienstherrn Nutzungsrechte an den im Rahmen der Dienstpflichten entstandenen Werken einzuräumen, oder zumindest vor Einräumung an einen Dritten anzubieten.

Um dem Interesse des Arbeitgebers oder Dienstherrn Rechnung zu tragen, die in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis entstandenen Werke verwerten zu können, wird der Rechtserwerb durch § 43 UrhG in dem Umfang erleichtert, in dem sich die Notwendigkeit einer Rechtseinräumung aus dem Inhalt oder dem Wesen des Arbeits- oder Dienstvertrags ergibt.²⁹² Im Hochschulbereich wird dieser allgemeine Grundsatz des § 43 UrhG durch die Ausstrahlungswirkung der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG beeinflusst und überlagert. Unterschieden wird dabei insbesondere nach dem Status des jeweiligen Wissenschaftlers, z.B. zwischen Hochschulprofessoren, wissenschaftlichen Assistenten und Mitarbeitern, Habilitanden, Doktoranden und Studenten. Status und damit verbundene Reichweite der Verpflichtungen des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses wirken sich darauf aus, ob, wie weit, und bei welchen Arten von Werken ein Wissenschaftler zur Einräumung von Nutzungsrechten verpflichtet ist.

Mit der aufgrund der Wissenschaftsfreiheit besonders freien Stellung und der in der Regel fehlenden dienstrechtlichen Pflicht des Hochschulprofessors, schutzfähige Werke überhaupt zu schaffen, korreliert urheberrechtlich, dass Professoren nach ganz herrschender Meinung aufgrund des Hochschullehrerprivilegs regelmäßig aus ihrem Dienstverhältnis nicht verpflichtet sind, Nutzungsrechte an ihren Werken einzuräumen.²⁹³ Besonderheiten bestehen unter speziellen Umständen, beispielsweise im Bereich der Drittmittelforschung, der Anfertigung von Gutachten, der Einbindung in

²⁹² Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 43 Rn. 1.

²⁹³ Vgl. BGH GRUR 1991, 523, 527 – *Grabungsunterlagen*; BGH GRUR 1985, 529, 530 – *Happening*; *Rojahn*, in: *Schricker*, § 43 Rn. 131; *Veddern*, *Multimediarrecht*, S. 134; *Wandtke*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 43 Rn. 26; *Mönch/Nödler*, in: *Spindler* (Hrsg.), *Open Access*, S. 40, jeweils m.w.N.; siehe dort auch zu Besonderheiten im Bereich der Drittmittelforschung.

längerfristige Forschungsprojekte, durch die die einzelnen Beiträge nutzbar gemacht werden sollen, oder bei Unterlagen, die speziell für die Verwendung im Fernstudium einer Fernuniversität erstellt und verwendet werden sollen.²⁹⁴

Bei sonstigen wissenschaftlichen Beschäftigten an Hochschulen ist entscheidend, ob das jeweilige Werk als Ergebnis selbständiger und freier wissenschaftlicher Tätigkeit anzusehen ist – in diesem Fall greift wie auch für den Hochschulprofessor Art. 5 Abs. 3 GG – oder ob die schöpferische Leistung unter die dienstbezogenen wissenschaftlichen Pflichten fällt, und der Wissenschaftler nur weisungsabhängig tätig wird.²⁹⁵ Soweit überhaupt eine dienstrechtliche Pflicht zur Erarbeitung und Publikation geschützter Werke besteht,²⁹⁶ ist im Einzelfall entscheidend, auf welche Art von Werken sie sich erstreckt, bei welchen Werken es sich also um Pflichtwerke und bei welchen es sich um freie Werke handelt.²⁹⁷ Bei von einem Mitarbeiter zu gestaltenden Vorlesungsunterlagen ist beispielsweise in der Regel von einem Pflichtwerk auszugehen. Anders ist dies bei wissenschaftlichen Aufsätzen, die er nur „bei Gelegenheit“ der Erfüllung seiner arbeitsrechtlichen Verpflichtung oder gar in seiner freien Zeit verfasst. Noch deutlicher ist es bei seiner Dissertation oder Habilitation, die er weisungsfrei erstellt und über deren Nutzungsrechte er entsprechend frei verfügen kann. Für nicht an einer Universität oder Forschungseinrichtung beschäftigte Doktoranden, Habilitanden, Diplomanden und Studenten bleibt es mangels Anwendung des § 43 UrhG ebenfalls dabei, dass sie über die Nutzungsrechte an ihren Werken frei verfügen können.²⁹⁸

Schon an diesen zusammenfassenden Ausführungen wird deutlich, dass im Bereich angestellt arbeitender Wissenschaftler keine allgemeinen Aussagen für alle personellen und sachlichen Fallgruppen möglich sind, ob Wissenschaftler selbst Inhaber ihrer Nutzungsrechte bleiben, oder wegen § 43 UrhG eine Pflicht zur Einräumung der Nutzungsrechte an den jeweiligen Arbeitgeber oder Dienstherrn besteht. Die Vielschichtigkeit sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass im Kernbereich der über die klassischen Publikationswege verlegten Wissenschaftsliteratur, also insbesondere bei

²⁹⁴ Vedder, *Multimediarrecht*, S. 135 ff; Czychowski, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 65 Rn. 5 f.

²⁹⁵ Rojahn, in: *Schricker*, § 43 Rn. 132; Wandtke, in: *Wandtke/Bullinger*, § 43 Rn. 27.

²⁹⁶ Diese wird auch bei sonstigen wissenschaftlichen Beschäftigten im Hochschulbereich häufig fehlen, so Rojahn, in: *Schricker*, § 43 Rn. 132 a.E.

²⁹⁷ Vgl. Mönch/Nödler, in: *Spindler* (Hrsg.), *Open Access*, S. 46 f; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 43 Rn. 12 f.

²⁹⁸ Vedder, *Multimediarrecht*, S. 142.

Monographien, Zeitschriftenartikeln oder Sammel- und Tagungsbänden, in der Regel Werke betroffen sind, die auch von denjenigen, die nicht ohnehin unter das Hochschul-lehrerprivileg fallen, in weisungsfreier und von ihren unmittelbaren Dienstpflichten unabhängiger Art und Weise geschaffen werden, so dass auch sie ihre Nutzungsrechte behalten. Typischerweise sind es deshalb in der Praxis auch bei Wissenschaftlern in Angestellten- oder Dienstverhältnissen die Wissenschaftler selbst, die Wissenschaftsverlagen Nutzungsrechte an ihren Werken einräumen. Von dieser Konstellation wird im Folgenden ausgegangen, wenngleich daneben auch Fälle existieren, in denen aufgrund von § 43 UrhG ein Arbeitgeber oder Dienstherr an deren Stelle rückt.

2. Rechteinräumung an den Verlag

Gemäß § 29 UrhG ist die rechtsgeschäftliche Übertragung des Urheberrechts selbst ausgeschlossen. Möglich und für die Praxis bestimmend ist stattdessen die Einräumung von Nutzungsrechten nach § 31 UrhG. Nach dessen Abs. 1 S. 2 können Nutzungsrechte in Bezug auf einzelne oder alle Nutzungsarten als einfaches oder ausschließliches Recht sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden. Die Reichweite der vertraglichen Rechteinräumung bestimmt das Ausmaß der dem Verleger eingeräumten Exklusivität, und damit auch die Möglichkeiten des Autors selbst, seinerseits noch anderweitig mit seinem Werk zu verfahren.

Urhebervertragsrechtliche Regelungen, die dem Schutz des Urhebers als dem im Vergleich häufig schwächeren Vertragspartner dienen sollen, finden sich im UrhG vor allem in den §§ 31 ff. UrhG.²⁹⁹ Abgesehen von einigen zwingenden Vorschriften gilt jedoch weitgehend das Prinzip der Vertragsfreiheit, und insbesondere die im Verlagsbereich neben dem UrhG anwendbaren Bestimmungen des Gesetzes über das Verlagsrecht (VerlG) sind weitgehend dispositiv.³⁰⁰ Da es somit stets auf die im Einzelfall getroffenen Vertragsabreden ankommt und diese je nach Wissenschaftsdisziplin und Publikationsart stark variieren, werden im Folgenden nur einige wesentliche Aspekte überblicksartig herausgearbeitet.

a) Nutzungsarten und Umfang der Rechteinräumung

Im Interesse des Wissenschaftsverlages liegt es, sich neben den einzelnen Rechten zur Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter Form, somit den klassischen Rech-

²⁹⁹ Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 31 Rn. 2.

³⁰⁰ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, Vor § 31 Rn. 4; zum Verhältnis zwischen UrhG und VerlG vgl. *Schricker*, Verlagsrecht, Einleitung Rn. 21.

ten für Printausgaben wissenschaftlicher Werke, auch möglichst umfassend alle sonstigen Nutzungsrechte einräumen zu lassen, die sogenannten „Nebenrechte“,³⁰¹ um selbst eine entsprechend weitgehende Verwertung des Werkes vornehmen zu können. Sofern der Vertrag keine detaillierte Auflistung aller Nutzungsarten enthält,³⁰² richtet sich die Reichweite der Rechteeinräumung gemäß der in § 31 Abs. 5 UrhG gesetzlich verankerten Zweckübertragungslehre nach dem Vertragszweck.³⁰³ Besondere Bedeutung erlangt dies angesichts der technischen Entwicklung und der Relevanz von Online-Literaturdatenbanken in der Wissenschaft bei elektronischen Nutzungsarten, insbesondere den entsprechenden Online-Verwertungsrechten. Verlage lassen sich inzwischen typischerweise auch bei Monographien die entsprechenden Nutzungsrechte einräumen.³⁰⁴ Dies gilt erst recht im Zeitschriftenbereich, wo der Anteil lediglich in klassischer Printform vertriebener Wissenschaftszeitschriften zugunsten zusätzlich oder inzwischen ausschließlich („e-only“) online vertriebener Journals abnimmt. Angesichts entsprechender Studien setzt sich der derzeit bereits erkennbare Trend weiter fort, so dass bereits im Jahre 2011 mit einem e-only-Anteil von ca. 45 % des Geschäfts wissenschaftlicher Verleger zu rechnen sein wird.³⁰⁵ Regelmäßig lassen sich Verleger daher auch die Online-Verwertungsrechte einräumen.³⁰⁶ Dies erfolgt zunehmend über eine formularmäßige Rechteeinräumung mit Hilfe einer vom Verlag übersandten Annahmeerklärung oder eines Fahnenbegleitzettels, in dem insbesondere die elektronischen Rechte spezifisch genannt werden.³⁰⁷ Selbst wo dies nicht der Fall ist, wird schon auf Grundlage der Zweckübertragungslehre jedenfalls dort konkludent von einer entsprechenden Einräumung auszugehen sein, wo für die betroffene Zeitschrift zum Zeit-

³⁰¹ *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 314.

³⁰² Vgl. beispielsweise den Mustervertrag zum Verlagsvertrag über ein wissenschaftliches Werk, S. 23 f. der Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke, vereinbart zwischen dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels und dem deutschen Hochschulverband, abrufbar über www.boersenverein.de; siehe dazu noch unten. Teil 1 E. III. 2 b) bb).

³⁰³ Vgl. dazu *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 31 Rn. 110 ff.

³⁰⁴ *Peifer*, Rahmenbedingungen, S. 342.

³⁰⁵ Siehe etwa *Snyder*, *Information Services & Use* 2007, 229, 233; *Wein*, *Bibliotheksdienst* 2009, 550, 551 verweist auf Aussagen von *Ian Rowlands* vom University College London, der für das Jahr 2008 von einer Online-Verfügbarkeit von 96% aller STM-Zeitschriften und von 86% aller geistes- und sozialwissenschaftlichen Zeitschriften ausgeht; zum allgemeinen Trend vergleiche auch *Meckes*, *Information Services & Use*, 2007, 221 ff.

³⁰⁶ Vgl. beispielhaft die unter www.zweitverwertungsrechte.de zum Abruf bereit gehaltenen Vertragsklauseln einiger juristischer Zeitschriftenverleger.

³⁰⁷ *Schricker*, in: *Schricker*, § 38 Rn. 17.

punkt des Vertragsschlusses bereits eine Onlineverwertung stattfand und der Autor von ihr wusste. Letzteres dürfte angesichts der Vertrautheit von Wissenschaftlern mit den für sie relevanten Publikationsmedien in der Regel der Fall sein. In diesen Fällen entspricht die Einbeziehung der Online-Rechte dem Vertragszweck, der auf die Publikation einschließlich der elektronischen Version abzielt.

Auswirkungen auf Fragen der Online-Rechteinräumung wird in Zukunft der im Rahmen des Zweiten Korbes umstrittene Wegfall des § 31 Abs. 4 UrhG samt der eingeführten Übergangsregelung in § 137 I UrhG entwickeln, der der „Öffnung der Archive“ dienen sollte.³⁰⁸ Während nach altem Recht § 31 Abs. 4 UrhG als eine der wenigen zwingenden Bestimmungen zum Schutz des Urhebers die Einräumung von im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekanntem Nutzungsarten ausschloss, ist dies nun möglich. Für Vertragsabschlüsse nach dem 1.1.1966 sieht § 137 I UrhG eine weitreichende Rückwirkung vor. Sofern der Autor nicht rechtzeitig von dem ihm eingeräumten Widerspruchsrecht nach § 137 I UrhG Gebrauch macht, führt sie bei Vorliegen aller Voraussetzungen dazu, dass ein Vertrag über alle sonstigen wesentlichen Nutzungsrechte auch die damals noch unbekanntem Nutzungsrechte umfasst, vor dem im Einzelnen umstrittenen Zeitpunkt ihres Bekanntwerdens³⁰⁹ also insbesondere die Rechte für die Online-Verwertung.³¹⁰

b) Das Ausmaß der Exklusivität – ausschließliche oder einfache Nutzungsrechte

Neben den von der Rechteinräumung erfassten Nutzungsarten richtet sich auch die Frage, ob ausschließliche oder einfache Rechte eingeräumt wurden, nach der jeweiligen Vertragsabrede. Ein ausschließliches Nutzungsrecht berechtigt seinen Inhaber, das Werk unter Ausschluss aller anderen Personen einschließlich des Urhebers auf die Art zu nutzen, die den Inhalt des Rechts bildet, und darüber hinaus auch weitere Nutzungsrechte einzuräumen, § 31 Abs. 3 UrhG. Unterlässt er letzteres, verleiht ihm das ausschließliche Recht eine Exklusivstellung, während der Urheber bei Vergabe nur

³⁰⁸ So die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/1828, S. 33; siehe dazu beispielsweise *Klickermann*, MMR 2007, 221 ff.; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620 ff.; *Frey/Rudolf*, ZUM 2007, 13 ff.; *Hoeren/Köcher*, in: *Sieber/Hoeren* (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 12 ff.

³⁰⁹ Vgl. *Ehmann/Fischer*, GRUR Int 2008, 284, 286 m.w.N., die h.M. geht wohl vom Jahr 1995 aus.

³¹⁰ Siehe zusammenfassend *Hoeren*, MMR 2007, 615 ff.; *Spindler*, NJW 2008, 9 f.; speziell zu den Folgen für eine mögliche Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet durch den Wissenschaftler siehe *Ehmann/Fischer*, GRUR Int 2008, 284 ff.

einfacher Nutzungsrechte diese auch weiteren Dritten einräumen, oder selbst die entsprechenden Nutzungen vornehmen kann. Maßgeblich ist die Vertragsabrede im Einzelfall. Dennoch wird im Folgenden auf eine dispositive gesetzliche Regelung sowie auf Vertragsnormen eingegangen, die zwischen den beteiligten Interessenvertretungen vereinbart wurden.

aa) § 38 UrhG als Auslegungsregel für Beiträge zu Sammlungen

Eine im Wissenschaftsbereich einschlägige, allerdings schon nach dem Gesetz ausdrücklich dispositive Regelung enthält § 38 UrhG für Beiträge zu Sammlungen. Dabei wird zwischen periodisch und nicht periodisch erscheinenden Sammlungen unterschieden. Zu ersteren gehören die in regelmäßiger oder auch unregelmäßiger Folge erscheinenden Zeitschriften,³¹¹ zu letzteren die in vielen Disziplinen bedeutsamen Festschriften.³¹²

Für periodisch erscheinende Sammlungen sieht § 38 Abs. 1 UrhG als Auslegungsregel vor, dass der Verleger oder Herausgeber „im Zweifel“ ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung und Verbreitung erhält,³¹³ der Urheber sein Werk jedoch nach Ablauf einer Jahresfrist nach dem Erscheinen anderweitig vervielfältigen und verbreiten darf, solange nichts Anderes vereinbart ist. Zweifel bestehen dann nicht, wenn, wie häufig bei Aufsätzen, mit der Druckfertigerklärung der korrigierten Druckfahnen zugleich ausdrücklich das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung eines Beitrages eingeräumt wird.³¹⁴

Für nicht periodisch erscheinende Sammlungen greift die Auslegungsregel des Abs. 1 S. 1 nicht. Es gelten die allgemeinen Auslegungskriterien unter Einbeziehung der Zweckübertragungslehre.³¹⁵ Die Ausschließlichkeit endet aber nach Abs. 2 zugunsten des Urhebers ebenfalls nach Jahresfrist, wenn er für seinen Beitrag keine Vergütung erhalten hat, da er dann berechtigterweise nur weniger stark gebunden sein und beispielsweise seinen honorarfreien Festschriftbeitrag mit zeitlichem Abstand erneut an-

³¹¹ *Schricker*, in: *Schricker*, § 38 Rn. 17.

³¹² Vgl. im Einzelnen *Schricker*, in: *Schricker*, § 38 Rn. 7 ff; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 38 Rn. 8; *Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 38 Rn. 7.

³¹³ Zur umstrittenen Frage, inwiefern über die Vervielfältigung und Verbreitung hinaus § 38 UrhG auch auf sonstige Nutzungsrechte, insbesondere im Online-Bereich anwendbar ist, vgl. *Ehmann/Fischer*, GRUR Int 2008, 284, 288 m.w.N.

³¹⁴ Vgl. OLG Köln GRUR 2000, 414, 416 – *GRUR/GRUR Int.*; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 38 Rn. 13; *Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 38 Rn. 6.

³¹⁵ *Schricker*, in: *Schricker*, § 38 Rn. 4, 19.

derswo veröffentlichen können will.³¹⁶ Dies gilt selbst dann, wenn zwar ausdrücklich eine ausschließliche Rechteeinräumung vereinbart, diese aber nicht ebenso ausdrücklich zeitlich über die Jahresfrist hinaus ausgedehnt wird, was jedoch angesichts des insgesamt dispositiven Charakters der Norm ebenso wie bei periodisch erscheinenden Sammlungen möglich ist.³¹⁷

Vor Einführung des § 38 UrhG in seiner derzeitigen Fassung sahen § 42 VerlG und § 11 Abs. 1 KUG eine umgekehrte Vermutungswirkung *gegen* eine ausschließliche Rechteeinräumung vor. Insofern stellt die Regelung des § 38 UrhG eine Verschlechterung der Rechtslage für die Urheber dar, die vom Gesetzgeber mit einer stärkeren Berücksichtigung berechtigter Verwerterinteressen begründet wurde.³¹⁸ Gleichzeitig ist angesichts der beibehaltenen Jahresfristregelung das Bemühen um einen Interessenausgleich unübersehbar. Interessant ist angesichts der Vergütungspraxis im Wissenschaftsbereich,³¹⁹ dass für nicht periodische Sammlungen an die in der Praxis häufig fehlende Vergütung angeknüpft wird, wobei erst eine echte, nicht nur eine Scheingegenleistung oder ein symbolischer Betrag zur Unanwendbarkeit der Norm führt.³²⁰ Ob man aus der fehlenden finanziellen Honorierung eines Beitrags durch den Verleger tatsächlich schließen kann, dieser gebe im Zweifel zu erkennen, dass der Beitrag ihm den Erwerb eines permanent ausschließlichen Nutzungsrechts nicht wert ist, wird bezweifelt, soll aber dahingestellt bleiben.³²¹ Zu entnehmen ist § 38 UrhG jedenfalls die gesetzliche Wertung, dass bei unentgeltlich eingeräumten Nutzungsrechten das respektierte Interesse der Verwerter an ausschließlichen Nutzungsrechten in der Abwägung mit anderen Interessen zumindest teilweise zurücktritt.

Entscheidend bleibt jedoch die Disponibilität der Norm. Den Parteien steht es frei, anderweitige Regelungen zu treffen. Insbesondere kann der Verwerter die zeitliche Begrenzung der Ausschließlichkeit abbedingen. Die Frage ausschließlicher oder einfacher Rechteeinräumung bleibt trotz der differenzierten Herangehensweise des § 38 UrhG dem Parteiwillen überlassen.

³¹⁶ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 38 Rn. 18.

³¹⁷ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 38 Rn. 18; *Schricker*, in: *Schricker*, § 38 Rn. 19.

³¹⁸ Zustimmend dazu *Schricker*, in: *Schricker*, § 38 Rn. 1 f.

³¹⁹ Dazu noch unten Teil 1 E. III. 3.

³²⁰ Spautz, in: *Möhring/Nicolini*, § 38 Rn. 7; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 38 Rn. 18; *Schricker*, in: *Schricker*, § 38 Rn. 19.

³²¹ So wohl *Schricker*, in: *Schricker*, § 38 Rn. 19, allerdings nur vor dem Hintergrund des § 38 UrhG als Auslegungsregel in Zweifelsfällen.

bb) Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke

Ebenfalls von Bedeutung ist die Vereinbarung über Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke zwischen dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels und dem Deutschen Hochschulverband, die die Verkehrssitte auf diesem Gebiet feststellen und mit dem Ziel weiter entwickeln will, die Interessen von Verfassern und Herausgebern mit denen der Verleger zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.³²² Die bislang letzte Fassung stammt aus dem Jahr 2001, nachdem bereits seit 1922 entsprechende Vereinbarungen und frühere Fassungen der Vertragsnormen existierten.³²³ Geregelt wird über die Rechteeinräumung hinaus eine Vielzahl von Einzelaspekten, mit denen Besonderheiten im Wissenschaftsbereich Rechnung getragen werden soll. Inzwischen enthalten die Vertragsnormen auch Musterverträge für die verschiedenen Anwendungsbereiche.

Das grundlegende Muster für einen Verlagsvertrag über ein wissenschaftliches Werk³²⁴ belässt den Vertragsparteien Wahlmöglichkeiten zur Regelung der Ausschließlichkeit, stellt aber gleichzeitig klar, dass Verlagsrechte in der Regel als ausschließliche Rechte eingeräumt werden.³²⁵ Für wissenschaftliche Beiträge zu einer Sammlung, also insbesondere für Zeitschriftenbeiträge, werden dem Anwender ebenfalls Wahlmöglichkeiten geboten. Eine davon knüpft unmittelbar an die dispositive gesetzliche Regelung in § 38 UrhG an und sieht eine einjährige Ausschließlichkeit vor, andere umfassen längere Zeiträume.³²⁶ Die Jahresfrist wird zudem in einem Revers für die Einräumung von Nutzungsrechten an Zeitschriftenbeiträgen aufgenommen, das eine unkomplizierte Abwicklung ermöglichen und zusammen mit der Bestätigung der Annahme des Beitragsmanuskripts zur Veröffentlichung versendet werden soll.³²⁷ Auch hier ist eine Abänderung der Rechteeinräumungsfrist jedoch möglich.³²⁸

³²² So die Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke, S. 9, abrufbar unter *www.boersenverein.de*.

³²³ Frühere Fassungen stammen aus den Jahren 1929, 1951 und 1980; vgl. zur Entwicklung *Czychowski*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 65 Rn. 4; *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 295 f. m.w.N.

³²⁴ Muster 1, § 2 Abs. 2, Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke, S. 23 ff.

³²⁵ A.a.O., S. 24; vgl. *Czychowski*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 65 Rn. 15.

³²⁶ Muster 3, § 2 Abs. 2, a.a.O., S. 53; vgl. *Czychowski*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 65 Rn. 27.

³²⁷ Muster 4, a.a.O., S. 63.

³²⁸ Vgl. *Czychowski*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 65 Rn. 27.

Aufschlussreich ist der Vergleich mit der Regelung in der Fassung der Normverträge von 1980.³²⁹ Dort war ebenfalls vorgesehen, dass der Verleger den Verfasser rechtzeitig und in geeigneter Form und nicht nur durch einen Hinweis im Impressum davon unterrichten muss, wenn er die Ausschließlichkeit über die geltende Jahresfrist hinaus ausdehnen will, damit der Verfasser seinen Beitrag gegebenenfalls zurückziehen kann.³³⁰ Darüber hinaus sah die frühere Fassung aber eine weitergehende Verpflichtung des Verlegers vor, selbst bei einer Verlängerung der Ausschließlichkeit dem Verfasser auf dessen Wunsch hin ein einfaches Nutzungsrecht einzuräumen, wenn dieser das Werk nach Ablauf der Frist in einer anderen Sammlung oder, außerhalb einer anderen Sammlung, in bearbeiteter Form erneut verwerten will. Eine solche Verpflichtung fehlt der aktuellen Fassung.

Der praktische Wert der letztgenannten Verpflichtung würde jedoch ebenso wie bei den Vorgaben der aktuellen Fassung dadurch geschmälert, dass sie genauso wenig bindend ist wie schon das dispositives Gesetzesrecht des § 38 UrhG, welches die Normverträge im Zeitschriftenbereich teilweise widerspiegeln. Auch sie haben nur dispositiven Charakter, nicht zuletzt nachdem sich frühere Vereinbarungen kartellrechtlicher Einwände des Bundeskartellamts ausgesetzt sahen.³³¹ Die vertragsschließenden Verbände bekennen sich in der Vereinbarung zum Grundsatz der Vertragsfreiheit, und akzeptieren vor dem Hintergrund der Vielfalt der Publikationsformen auch im Wissenschaftsbereich mit seinen unterschiedlichen Erfordernissen die Notwendigkeit individueller Vereinbarungen.³³² Der Vorrang der Vertragsfreiheit wird bei der Frage ausschließlicher Rechteeinräumung bereits über die Existenz verschiedener Alternativen zum Ausdruck gebracht („nichtgewünschtes Streichen“). In den Erläuterungen zum Mustervertrag bekennt sich die Vereinbarung zwar zur einjährigen Regelfrist, macht jedoch erneut deutlich, dass der Verleger auch ihre Verlängerung erreichen kann.³³³ Ihre Wirkung erschöpft sich daher vor allem in der letztlich unverbindlichen Empfehlung der vertragsschließenden Verbände an ihre Mitglieder, sich an die Musterverträge zu halten, sowie in der Möglichkeit, bei Auslegungsfragen auf sie zurückzugreifen.³³⁴ Beim Umfang der Rechteeinräumung lässt sich aufgrund der vielfältigen Wahlmöglichkeiten und dem

³²⁹ Abgedruckt bei *Schulze*, Urhebervertragsrecht, S. 382 ff.

³³⁰ § 4 Abs. 2; siehe auch *Peter*, in: *Forkell/Kraft* (Hrsg.), Festschrift Hubmann, S. 346.

³³¹ Siehe dazu *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 291, 310.

³³² Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke, S. 10.

³³³ A.a.O., S. 17.

³³⁴ Siehe §1 der Vereinbarung, a.a.O., S. 10; vgl. auch *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 310.

klaren Bekenntnis zur vertraglichen Abbedingung kaum auf eine widergespiegelte einheitliche Verkehrssitte rückschließen, die herangezogen werden könnte. Trotz der ausdifferenzierten Herangehensweise der beteiligten Verbände in den Vertragsnormen bleibt es am Ende beim Prinzip der Vertragsfreiheit.

cc) **Rechtstatsächliche Situation**

Angesichts der durch die dargestellten dispositiven Regelungen nicht uneingeschränkten Vertragsfreiheit stellt sich aus rechtstatsächlicher Sicht die Frage nach der Vertragspraxis, die letztlich nur über eine umfassende empirische Untersuchung zu klären wäre. In der Literatur wird in Bezug auf die Vertragsnormen geäußert, dass sich diese, oder einzelne ihrer Regelungen, trotz der unbestrittenen Bedeutung für die Vertragsauslegung „nur zum Teil im Text der heute gebräuchlichen Verlagsverträge“³³⁵ niederschlagen. *Hansen* spricht insoweit von einer „tendenziellen Nichtanwendung“³³⁶ aufgrund fehlender Verbindlichkeit. Teilweise wird zwar davon ausgegangen, dass sie zahlreichen Verlagsverträgen über wissenschaftliche Werke zugrundegelegt werden, allerdings „in mehr oder weniger modifizierter Fassung“.³³⁷ Die rechtstatsächliche Bedeutung des § 38 UrhG ist ebenfalls nicht abschließend bzw. einheitlich zu beantworten. Soweit es beispielsweise in den Geistes- und Sozialwissenschaften tatsächlich noch immer weitgehend üblich ist, bei der Publikation von Aufsätzen auf ausdrückliche Vereinbarungen selbst in Form von Fahnenzetteln zu verzichten, mag § 38 UrhG insoweit zur Entfaltung kommen.³³⁸

Zumindest im STM-Bereich spricht mehr für die rechtstatsächliche Einschätzung überwiegend ausschließlicher Rechteerläumungen.³³⁹ Denn zu beachten ist auch der internationale Charakter des wissenschaftlichen Publikationsmarktes, der dem internationalen Charakter der Wissenschaft selbst entspricht. Die detaillierteren Ausführungen zur deutschen Rechtslage sollen nicht darüber hinwegtäuschen, dass der überwiegende Teil der weltweit erzeugten wissenschaftlichen Literatur von anderen als deutschen

³³⁵ *Schricker*, Verlagsrecht, Einl. Rn. 11.

³³⁶ *Hansen*, GRUR Int 2005, 378, 387.

³³⁷ *Czychowski*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 65 Rn. 12.

³³⁸ *Steinhauer*, Bibliotheksdienst 2006, 734, 735; für Beispiele einer entsprechenden Verfahrensweise in der Rechtswissenschaft, gleichzeitig jedoch auch für Gegenbeispiele siehe auch *Ehmann/Fischer*, GRUR Int 2008, 284, 288.

³³⁹ So auch *Steinhauer*, Bibliotheksdienst 2006, 734, 735, in Bezug auf Zweitverwertungsrechte; vgl. weiter *Hilty*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 133, mit Einzelheiten zur Entstehung von Exklusivität und den verschiedenen Produktionsstufen des wissenschaftlichen Publizierens.

Wissenschaftlern geschaffen und von anderen als deutschen Verlagen verwertet wird.³⁴⁰ Eine rechtliche und rechtstatsächliche Untersuchung der Rechteeinräumungspraxis weltweit würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Deshalb wird hier auf die für den US-amerikanischen Bereich instruktiven Ausführungen *Ginsburgs* verwiesen, die anschaulich verdeutlichen, dass US-Verleger von Wissenschaftsautoren in aller Regel die vollständige Übertragung ihrer Urheberrechte verlangen und dem Autor lediglich begrenzte Rechte belassen, die im Zusammenhang mit der Benutzung im Rahmen seiner eigenen weiteren Forschung oder Lehre stehen.³⁴¹ Eine typische Vertragsklausel lautet demnach: „I, the undersigned, hereby irrevocably grant and assign exclusively to [name of publisher] my rights, including copyright interests, in [title of work] under all laws, treaties and conventions throughout the world, in all forms, languages and media, now or hereafter known without limitation.“³⁴²

Zusätzlich wird auf das britische Projekt SHERPA verwiesen,³⁴³ für das eine umfangreiche Datenbank erstellt wurde, die Urheberrechtsbestimmungen international tätiger Wissenschaftsverlage unter der Fragestellung ordnet, ob sie eine Zweitveröffentlichung der bei ihnen publizierten Zeitschriftenartikel in sogenannten Online-Repositoryn gestatten. Inzwischen wird dies von einer großen Anzahl von Verlagen erlaubt, die Sherpa deshalb als „Green Publisher“ anführt.³⁴⁴ An den auch bei diesen Verlagen in der Regel vorhandenen vielfältigen Einschränkungen ist jedoch unschwer zu erkennen, dass es sich letztlich um Zugeständnisse handelt, die die Verleger aufgrund des auch durch entsprechende Vorgaben der Forschungsförderer ausgeübten Drucks machen.³⁴⁵ Die Verleger lassen sich jedoch zunächst umfassende Rechte einräumen, ohne die die von ihnen vorgenommenen Einschränkungen überhaupt keine Grundlage hätten. Auch Bestrebungen aus Wissenschaftskreisen, zur Frage von Rechteevorbehalten zunächst das Bewusst-

³⁴⁰ Vgl. beispielsweise die Einschätzung des Bundesrates für den Zeitschriftenbereich, wonach den ca. 3000 wissenschaftlichen Zeitschriften der internationalen Marktführer ca. 150 wissenschaftliche Zeitschriften großer deutscher Wissenschaftsverlage gegenüberstehen, abgedruckt im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 39; ähnlich entfällt nach mündlicher Auskunft der VG Wort bei der Gebühr für den Kopierendirektversand, der ganz überwiegend wissenschaftliche Werke betrifft, über 80% des Vergütungsaufkommens auf Wissenschaftsverlage im Ausland.

³⁴¹ *Ginsburg*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 713.

³⁴² *Ginsburg*, ebd.

³⁴³ <http://www.sherpa.ac.uk>.

³⁴⁴ Vergleiche die Liste unter <http://www.sherpa.ac.uk/romeo.php?colour=green>.

³⁴⁵ Siehe dazu noch unten im Zusammenhang mit Entwicklungen in Richtung Open Access, Teil 1 E. V.

sein der Wissenschaftler zu schärfen, und ihnen anschließend bei der konkreten Umsetzung über Musterformulierungen zur Seite zu stehen,³⁴⁶ deuten auf einen bestehenden *status quo* hin, bei dem die ausschließliche Rechteinräumung gängige Praxis ist.

dd) Fazit zur Rechteinräumung

Zwar fallen belastbare allgemeingültige Aussagen für alle Bereiche des wissenschaftlichen Publikationsmarktes angesichts der Varianz schwer. Jedoch erscheint die generelle Einschätzung zulässig, dass Wissenschaftsverlage bestrebt sind, eine für ihre wirtschaftliche Verwertung vorteilhafte ausschließliche und umfassende Rechteinräumung durchzusetzen. Die angesichts der dargestellten dispositiven gesetzlichen Regelung sowie der Vertragsnormen uneingeschränkte Vertragsfreiheit begünstigt die stärkere Vertragspartei.

Die Verhandlungsmacht der Wissenschaftsverlage variiert und hängt vor allem vom Renommee, von der Existenz vergleichbar renommierter Verlage und nicht zuletzt von Status und wissenschaftlicher Bedeutung des veröffentlichungswilligen Wissenschaftlers ab. Bei konkreten Auseinandersetzungen um die Reichweite der Rechteinräumung kann sich im Einzelfall auch der Wissenschaftler durchsetzen. Dies gilt insbesondere, wenn er durch einen Forschungsförderer mit entsprechenden Vorgaben unterstützt wird, der seinerseits auf eine nicht-exklusive Rechteinräumung zum Zweck der Zweit-

veröffentlichung drängt.³⁴⁷ Angesichts des Publikationsdrucks wird in der Regel jedoch zumindest bei renommierten Verlagen kaum ein Wissenschaftler die Möglichkeit zur Publikation freiwillig ausschlagen, weil er mit dem Umfang der Rechteinräumung an den Verleger nicht einverstanden ist. In seiner Rolle als Nachfrager nach Publikationsraum ist er aufgrund der Umstände, unter denen sich das wissenschaftliche Publizieren abspielt, in der Regel in der deutlich schwächeren Verhandlungsposition.³⁴⁸ Die weit-

³⁴⁶ Vgl. *Verch*, JurPC Web-Dok. 88/2008, Abs. 14.

³⁴⁷ Vgl. zu diesen Vorgaben beispielsweise die Übersicht des Sherpa-Projekts <http://www.sherpa.ac.uk/juliet/index.php>, sowie die gerade auch vor diesem Hintergrund zu verstehenden verschiedenen Initiativen, die entsprechende Vertragszusätze bereitstellen, um den Wissenschaftler in der Auseinandersetzung mit einem Verlag zu unterstützen, beispielsweise die Copyright Toolbox der Surf Foundation, <http://copyrighttoolbox.surf.nl/copyrighttoolbox>, oder das SPARC Author Addendum, <http://www.arl.org/sparc/author/addendum.shtml>.

³⁴⁸ In diesem Sinne auch *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 293; siehe ferner *Hilty/Krujatz/Bajon/Früh/Kur/Drexll/Geiger/Klass*, IIC 2009, 309, 315; *Hilty*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 122.

reichende Einräumung von Nutzungsrechten ist der „Preis, den die Wissenschaftler für ihr persönliches Vorankommen zahlen“. ³⁴⁹ Die Möglichkeit einer renommierten Veröffentlichung wird als ungleich bedeutender eingeschätzt, als die Frage der genauen Rechteeinräumungsbedingungen. ³⁵⁰ Auch der Deutsche Bundesrat spricht von einer „Schieflage“, und schätzt die Situation so ein, dass die „für die Wissenschaftler gegebene Notwendigkeit der Veröffentlichung in internationalen Zeitschriften mit hoher Reputation den Rechteinhabern eine weitgehend unbeschränkte Verhandlungsmacht einräumt und wissenschaftliche Autoren dazu veranlasst, jede für sie auch noch so ungünstige Vereinbarung zu unterzeichnen.“ ³⁵¹ Das führt im Ergebnis dazu, dass trotz inhaltlich ausgewogenerer Regelungen in § 38 UrhG und den untersuchten Vertragsnormen das Wissenschaftsurheberrecht zu großen Teilen von ausschließlicher Rechteeinräumung und entsprechender Exklusivität geprägt ist. ³⁵²

3. Vergütung wissenschaftlicher Autoren

Eng mit der Rechteeinräumung verknüpft ist die Frage, inwieweit dafür als Teil der Gegenleistung des Verlages eine direkte Vergütung an die wissenschaftlichen Urheber gezahlt wird. ³⁵³ Die bestehende große Varianz wird bereits an den Vertragsnormen für wissenschaftliche Vertragswerke deutlich. Sie gehen zwar von der Idee einer angemessenen Teilhabe des Verfassers am wirtschaftlichen Erfolg aus und halten in den jeweiligen Musterverträgen verschiedene Honorarmodelle bereit. Gleichzeitig sehen sie aber auch die Möglichkeiten des Honorarverzichts oder der Druckkostenzuschüsse vor und verweisen dabei auf die je nach Art der Publikation und der entsprechenden Absatzerwartungen unterschiedlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten. ³⁵⁴ Auch die Praxis fällt alles andere als einheitlich aus. Bei aufgabenstarken Lehrbüchern ist die Zahlung einer

³⁴⁹ *Ginsburg*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 714.

³⁵⁰ Vgl. auch das wenig überraschende Ergebnis der Studie von *Rowlands/Nicholas*, Ciber-Report, S. 4, nachdem die Reputation und nicht die Frage nach der Rechteeinräumung für die Auswahl des Publikationsorgans entscheidend ist.

³⁵¹ Stellungnahme des Bundesrates, abgedruckt als Anlage 2 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drucks. 16/1828, S. 39.

³⁵² Zu weitergehenden Überlegungen mit verschiedenen Ansätzen für eine Reduzierung der Exklusivität *de lege ferenda* vergleiche *Hilty/Krujatz/Bajon/Friih/Kur/Drexll/Geiger/Klass*, IIC 2009, 309 ff.

³⁵³ Auf die mittelbare finanzielle Beteiligung über die Ausschüttung von Urheberrechtsvergütungen durch Verwertungsgesellschaften wird noch eingegangen, siehe im Einzelnen bei den jeweiligen Schrankenbestimmungen in Teil 3.

³⁵⁴ Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke, S. 20, sowie bspw. §§ 12 ff.

Vergütung üblich und kann für den Autor zu erheblichen Einnahmen führen.³⁵⁵ In der Rechtswissenschaft ist es sogar im Zeitschriftenbereich üblich, Spaltenhonorare zu zahlen.³⁵⁶ In vielen Disziplinen erfolgt die Rechteeinräumung jedoch gerade im Zeitschriftensegment unentgeltlich,³⁵⁷ lässt man den Wert von Freiemplaren außer Betracht.³⁵⁸ Selbst dort, wo eine Vergütung gezahlt wird, fällt sie meist eher gering aus.³⁵⁹ *Hubmann* spricht vom „Stundenlohn einer Putzfrau“.³⁶⁰ Dazu kommt weiter, dass häufig in Anbetracht üblicher Druckkostenzuschüsse die Zahlungsströme im Ergebnis sogar umgekehrt werden.³⁶¹ Dies gilt wegen ihrer in der Regel geringen Auflage für Dissertationen, insbesondere aber auch für gedruckte Wissenschaftsjournals. Anschaulich für letzteres ist die auf den Seiten des Springer-Verlages abrufbare Information für Autoren, wonach im Fall von farbigen Abbildungen ein Beitrag zu den erhöhten Druckkosten von 950 Euro pro Artikel „erwartet“ wird.³⁶² Nach einer Studie der Deutschen Forschungsgemeinschaft variieren derartige Autorengebühren erheblich zwischen den Disziplinen. Waren es bei den Geistes- und Sozialwissenschaftlern lediglich etwa 9 % der Befragten, die bereits Autorengebühren gezahlt hatten, lag der Anteil bei den Ingenieurwissenschaften bei 25 %, und bei den Lebenswissenschaftlern sogar bei 80 %.³⁶³ Dabei sollen derartige Kostenbeteiligungen an dieser Stelle nicht generell verurteilt werden. Sie mögen in manchen Segmenten des wissenschaftlichen Publikationsmarktes die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zutreffend widerspiegeln, soweit aufgrund geringer Auflagen Herstellungs- und Vertriebskosten nicht zu decken und Druckkostenzuschüsse deshalb erforderlich sind.³⁶⁴ Ohne an dieser Stelle die Trennlinie ziehen zu können, drängt sich jedoch der Gedanke auf, dass Autorenzuschüsse nicht überall Ausdruck wirtschaftlicher Notwen-

³⁵⁵ *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 131, 134

³⁵⁶ Vgl. beispielsweise die entsprechenden Nachweise für GRUR/GRUR Int, NZA und ZRP auf www.zweitverwertungsrechte.de.

³⁵⁷ Vgl. *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 131, 133.

³⁵⁸ Siehe dazu beispielsweise § 14 des Musterverlagsvertrages über ein wissenschaftliches Werk, Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke, S. 49 f.

³⁵⁹ Entsprechend wertend etwa *Geiger*, IIC 2006, 371, 380, („usually very small anyway“); *Geiger*, EIPR 2006, 366, 371 („in most cases negligible material compensation“).

³⁶⁰ *Hubmann*, UFITA 62 (1971), 1, 3; zustimmend wohl *Straus*, in: *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*, S. 330.

³⁶¹ *Peifer*: *Peifer/Gersmann* (Hrsg.), Betriebswirtschaftliche Aspekte, S. 35, *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 133; vgl. auch *Spindler*, in: *Hilty/Drexler/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 299.

³⁶² <http://www.springer.com/authors/journal+authors?SGWID=0-154202-12-417699-0#anchor12>.

³⁶³ *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (Hrsg.), Publikationsstrategien, S. 53; siehe dort auch detailliert zur Höhe der Autorengebühren.

³⁶⁴ *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, S. 62; vgl. auch *Peifer*, Rahmenbedingungen, S. 351.

digkeit, sondern teilweise Folge entsprechend starker Verhandlungspositionen sind. Auch deshalb erscheint der Hinweis auf umgekehrte Zahlungsströme von Bedeutung.

Der verbreitet fehlenden oder nur geringfügigen direkten Autorenvergütung im Wissenschaftsbereich steht die urhebervertragsrechtliche Regelung in § 32 UrhG nicht entgegen, die dem Urheber einen gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung zusichert. Denn je nach den Umständen, Marktbedingungen und der damit verknüpften Branchenpraxis kann nach ganz herrschender Meinung auch eine Nullvergütung oder sogar ein Druckkostenzuschuss noch als „angemessen“ angesehen werden.³⁶⁵ Gerade der Verlag von Dissertationen mit kleiner Auflage wurde in der Gesetzesbegründung als Beispiel dafür genannt, dass § 32 UrhG nicht in jedem Fall verlagsseitiger Einnahmen auch die Zahlung einer Vergütung verlangt.³⁶⁶ Der Gesetzgeber sieht es also gerade im Wissenschaftsbereich als Möglichkeit an, ohne Autorenvergütung zu publizieren.

Ziel dieser Ausführungen ist es dementsprechend nicht, auf eine umfassendere finanzielle Beteiligung der wissenschaftlichen Autoren hinzuwirken. Festzuhalten ist jedoch, dass trotz aller Varianz und mancher Gegenbeispiele in vielen Wissenschaftsdisziplinen die direkte Vergütung des Verfassers durch den Verleger nur eine untergeordnete Rolle spielt oder sogar weitgehend unüblich ist.³⁶⁷ Für die Wissenschaftsautoren ist dies möglich, weil sie ganz überwiegend nicht von den Einkünften aus ihrer Publikationstätigkeit leben müssen, sondern anderweitig über ihre wissenschaftliche Anstellung an einer Universität oder einer anderen Forschungseinrichtung für ihre Tätigkeiten alimentiert werden. Vergütungen für Publikationen sind deshalb gerngesehene Nebeneinkünfte. Darauf angewiesen sind zumindest festangestellte Wissenschaftler aber in der Regel nicht. Sie schreiben für das wissenschaftliche Renommee, oder als echte Wissenschaftler schlichtweg, weil in ihnen „ein Feuer brennt“.³⁶⁸ Finanziell betrachtet tauscht der Wissenschaftler seine Nutzungsrechte gegen das für ihn bedeutende Publikationsforum und das mit der Veröffentlichung verbundene wissenschaftliche Renommee.³⁶⁹

³⁶⁵ Für eine solche „Gesamtschau der Umstände“ *Czychowski*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 65 Rn. 24; vgl. auch *Jan Bernd Nordemann*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 61 Rn. 9; siehe ebenfalls *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 32 Rn. 20, 61.

³⁶⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern, BT-Drs. 14/6433, S. 14 f.

³⁶⁷ Mit der gleichen Einschätzung auch schon *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 4; *Hoeren*, KUR 2003, 58, 59; *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 820; *Nolte*, S. 140.

³⁶⁸ So *Ubertazzi* in einer Diskussion über das Urheberrecht von Universitätsangehörigen, zitiert nach *Ohly*, Innovation, S. 289.

³⁶⁹ Dazu auch *Hilty/Krujatz/Bajon/Früh/Kur/Drexler/Geiger/Klass*, IIC 2009, 309, 313.

Insoweit wirkt sich nicht nur bei der Rechteinräumung, sondern ebenso bei der weitgehend fehlenden finanziellen Vergütung das bereits dargestellte Kräfteverhältnis aus, das den Wissenschaftler aufgrund der Verknüpfung zwischen Publikationswesen und Reputation in eine schwierige Verhandlungssituation versetzt.

Die weitgehend fehlende direkte finanzielle Vergütung der Autoren ist im Bereich der wissenschaftsrelevanten Schranken zumindest auf wertender Ebene zu beachten. Eine solche Wertung nimmt der Gesetzgeber schließlich selbst im Rahmen des allerdings dispositiven § 38 Abs. 2 UrhG vor, indem er bei nicht periodisch erscheinenden Sammelbänden ausdrücklich an das Kriterium der fehlenden Vergütung anknüpft und für diese Fälle die Exklusivität des Verlages auf ein Jahr begrenzt.

IV. Preisentwicklungstendenzen im wissenschaftlichen Publikationsmarkt

Auch für Preisentwicklungen im wissenschaftlichen Publikationsmarkt gilt, dass angesichts des Facettenreichtums und der verschiedenen Einzelsegmente und Disziplinen allgemeingültige Aussagen im Rahmen dieser rechtswissenschaftlichen Arbeit schwer möglich sind. Die wirtschaftlichen Bedingungen bei ausschließlich elektronisch angebotenen Wissenschaftszeitschriften und dem klassischen Verlag von Dissertationen in Buchform sind beispielsweise grundverschieden. Teilweise existieren umfangreiche Studien, auf die verwiesen werden kann.³⁷⁰ Dennoch sollen einige Auffälligkeiten gerade im Segment der Wissenschaftszeitschriften betont werden.

Dort sind Preissteigerungsraten von Werten deutlich über dem Inflationsniveau geprägt. Der britische Wellcome Trust verweist auf einen durchschnittlichen Preisanstieg zwischen 5 und 25 % , jedenfalls aber deutlich oberhalb der Inflationsrate.³⁷¹ Die frei erhältlichen Informationen dazu variieren. Ein insgesamt starker Preisanstieg scheint trotz aller Unterschiede der allgemeinen Auffassung zu entsprechen.³⁷² Beispielhaft ver-

³⁷⁰ Vgl. beispielsweise *Wellcome Trust*, Economic Analysis; *European Commission*, Study on Scientific Publication Markets in Europe; *Dewatripont/Legros/Ginsburgh/Walckiers*, Journal of the European Economic Association 2007, 400 ff.; *House of Commons*, Scientific Publications Report, letzterer auch ausführlich zur schwer zu erschließenden Kostenstruktur des wissenschaftlichen Verlegens, siehe dazu S. 38 ff.

³⁷¹ *Wellcome Trust*, Economic Analysis, S 2; eine nach Sparten differenzierte Tabelle samt Inflationsvergleich findet sich auf S. 14; auf überinflationäre Preissteigerungsraten von durchschnittlich 4,5 % verweist die Mitteilung der Kommission über wissenschaftliche Informationen im Digitalzeitalter: Zugang, Verbreitung und Bewahrung, Komm (2007) 56, S. 7.

³⁷² Vgl. die Aussage in *House of Commons*, Scientific Publications Report, S. 29.

deutlichen die folgenden Zahlen Teile der Entwicklung. Laut *Rectanus* stiegen die Abokosten für STM-Fachzeitschriften zwischen 1982 und 2002 um „erstaunliche 600 %“, während die Verteuerung im Bereich Geschichte und Literaturwissenschaft mit etwa 250 % „wesentlich bescheidener“ ausfiel.³⁷³ *Snyder* nennt für den Zeitraum 1994-2007 einen Preisanstieg von 45 %, von dem lediglich 25 % auf den Anteil der Inflation entfalle. Für das Jahr 2007 nennt er einen durchschnittlichen Preisanstieg von 6,6 %, wobei medizinische Titel die höchsten, und sozialwissenschaftliche Titel die niedrigsten Steigerungsraten erfuhren.³⁷⁴ Der Bericht des UK House of Commons bezieht sich auf Quellen, nach denen der durchschnittliche Preisanstieg zwischen 1998 und 2003 bei 58 % im Vergleich zu einem allgemeinen Preisanstieg von 11 % gelegen habe. Zwischen 1990 und 2000 seien die durchschnittlichen Preise medizinischer Journals um 184,3 % und die von naturwissenschaftlichen und technischen Zeitschriften um 178,3 % gestiegen.³⁷⁵

Auch der Bundesrat betonte im Rahmen des Zweiten Korbes die starke Position der Rechteinhaber. Verfügten diese über für die Wissenschaft und Forschung unumgängliche Informationen, könnten praktisch beliebig hohe Preise verlangt werden. Dazu verwies der Bundesrat beispielhaft auf den Anstieg der Zeitschriftenkosten der Universitätsbibliothek Regensburg im Zeitraum von 1995 bis 2003 von 1,25 Mio. Euro auf 2,35 Mio. Euro, obwohl der Verbraucherpreisindex lediglich einen Anstieg auf 1,40 Mio. Euro erklärt hätte. Gerade einzelne Zeitschriftenverlage hätten die Preise im STM-Bereich exorbitant erhöht. Internationale wissenschaftliche Großverlage hätten zwischen 1993 und 2003 die Preise einzelner Zeitschriften vervier- und verfünffacht.³⁷⁶ Andere Stimmen verweisen unter Bezugnahme auf die Jahresberichte einiger aktiennotierter Verlagskonzerne neben den Preissteigerungsraten vor allem kritisch auf deren Gewinnmargen von teilweise „phantastischen“ 30 % des Umsatzes.³⁷⁷

³⁷³ *Rectanus*, in: *Delp*, Das Buch in der Informationsgesellschaft, S. 35.

³⁷⁴ *Snyder*, Information Services & Use 2007, 229, 232.

³⁷⁵ *House of Commons*, Scientific Publications Report, S. 29.

³⁷⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 39; anschaulich auch die Ausführungen zu Preisentwicklungen einzelner Zeitschriften auf den Seiten der ZB Medizin der ULB Münster, abrufbar unter https://www.uni-muenster.de/ZBMed/medinfo/2004/1_ethik.html.

³⁷⁷ So *Hilty*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 127, unter Verweis auf das Geschäftsjahr 2005 von Elsevier; *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 437, nennen in Bezug auf das Geschäftsjahr 2002 einen Gewinn von 20%; *Fröhlich*, S. 262, spricht kritisch von „logarithmischen Gewinnkurven“; kritisch auch *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 458; *Drösser*, Das Denken ist frei, DIE ZEIT, 8.4.2009, S. 36, verweist für den Branchenführer Elsevier auf einen Gewinn von 1,6 Milliarden Euro bei 6,1 Milliarden Euro Umsatz.

Weiter sind auch die Ergebnisse einer von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen umfangreichen Studie zur wirtschaftlichen und technischen Entwicklung des wissenschaftlichen Publikationsmarktes aufschlussreich.³⁷⁸ Danach existieren große Preisunterschiede zwischen einzelnen Forschungsdisziplinen. Die Preise korrelieren wenig überraschend mit der Konzentration im Verlagsbereich. Zudem sind die Preise kommerzieller Verleger im Vergleich mit qualitativ entsprechenden nichtkommerziellen Verlegern im Durchschnitt viermal höher. Weiterhin stellt die Studie eine Korrelation zwischen Preisen und Qualität fest, letztere gemessen an der jeweiligen Zitationshäufigkeit, und dies insbesondere im Segment der kommerziellen Verleger.³⁷⁹ Die Studie schließt daraus, dass Verlegern in manchen Bereichen ein großzügiger Spielraum zur Preissetzung verbleibt. Das Verhältnis zwischen den trotz gewisser Unterschiede relativ ähnlichen Kosten und den verlangten Preisen variiere erheblich. Die Korrelation zwischen Preisen und Zitationshäufigkeit sei ein Indikator für wertbasierte anstelle von kostenbasierter Preisbildung in manchen Wissenschaftsbereichen, die den Verlegern unter anderem aufgrund der weitgehend fehlenden Substituierbarkeit ihrer Produkte möglich sei. Insbesondere häufig zitierte und damit bedeutende Journals würden speziell von kommerziellen Verlegern teurer vertrieben, während eine weite Verbreitung unter dem Gesichtspunkt der Kostenverteilung auf viele Abnehmer eigentlich zu niedrigeren Preisen führen sollte.³⁸⁰ Auch der European Research Council (ERC) bringt Zweifel an einer kostenbasierten Preisbildung in manchen Bereichen des wissenschaftlichen Publikationswesens zum Ausdruck.³⁸¹

Diese preisbezogenen Erkenntnisse unterstützen die in der Studie zum Ausdruck gebrachte Auffassung, wonach der Markt für wissenschaftliche Publikationen weit entfernt ist vom ideal-perfekten Wettbewerbsmarkt eines Adam Smith, sondern vielmehr wegen verschiedener Besonderheiten von ausgeprägten Marktunvollkommenheiten auszugehen ist.³⁸² Neben den bereits angesprochenen Aspekten, etwa der doppelt fehlenden Substituierbarkeit einzelner Journals aufgrund der Verknüpfung von Reputation und Veröffentlichungen oder der Doppelfunktion der Wissenschaftler als Nutzer

³⁷⁸ *European Commission*, Study on Scientific Publication Markets in Europe; vgl. ebenfalls den entsprechenden Fachartikel eines Teils der Autoren, *Dewatripont/Legros/Ginsburgh/Walckiers*, *Journal of the European Economic Association* 2007, 400 ff.

³⁷⁹ *European Commission*, a.a.O., S. 40; *Dewatripont/Legros/Ginsburgh/Walckiers*, a.a.O., 409.

³⁸⁰ *European Commission*, a.a.O., S. 40; *Dewatripont/Legros/Ginsburgh/Walckiers*, a.a.O., 409.

³⁸¹ Vgl. das ERC Scientific Council Statement on Open Access vom Dezember 2006, abrufbar unter <http://erc.europa.eu/pdf/open-access.pdf>.

³⁸² *European Commission*, a.a.O., S. 21.

und Schöpfer in Personalunion, nennt die Studie als möglichen Grund die Tatsache, dass es sich um einen hochgradig intermedierten Markt handelt. Der Nutzer tritt selten unmittelbar mit dem Verlag in Kontakt, sondern Wissenschaftsliteratur wird durch Bibliotheken oder andere Intermediäre vermittelt, was die Preissensibilität des Endverbrauchers mindert und Preisinelastizität fördert.³⁸³

Ohne sich hier weiter in die ökonomische Analyse des wissenschaftlichen Publikationsmarktes vertiefen zu können, bleibt festzuhalten, dass neben anderen Aspekten auch die dargestellten Besonderheiten Anlass geben, an einem funktionierenden Wettbewerb auf dem wissenschaftlichen Publikationsmarkt zu zweifeln. Hier ist weitere interdisziplinäre und wirtschaftswissenschaftliche Forschung erforderlich.

V. Open-Access-Bewegung

Nicht zuletzt als Reaktion auf die als „Publikationskrise“ wahrgenommene Preissteigerung besonders im Zeitschriftenbereich hat sich die sogenannte „Open-Access“-Bewegung entwickelt. Die facettenreiche Bewegung stellt mittlerweile nahezu eine Wissenschaft für sich dar.³⁸⁴ Wegen der bereits heute spürbaren und zukünftig zu erwartenden Einflüsse auf das Publikationssystem werden zumindest deren Grundzüge dargestellt.

1. Grundlagen von Open Access

Einer der Ansatz- und Kritikpunkte der Open-Access-Bewegung ist, dass trotz der durch das Internet radikal veränderten Möglichkeiten der wissenschaftlichen Informationsversorgung noch immer am bestehenden System festgehalten wird. Überwiegend

³⁸³ *European Commission*, a.a.O., S. 22; für zusätzliche weitere Faktoren, auf die hier nicht eingegangen werden kann, insbesondere mit Blick auf mögliche Marktzutrittsbarrieren und Bundling-Strategien der Verleger im digitalen Bereich, vergleiche die Studie, S. 47ff.; siehe auch *Drösser*, Das Denken ist frei, DIE ZEIT, 8.4.2009, S. 36. Zum Ergebnis geringer Preiselastizität kommt aus ähnlichen Gründen auch die Studie des *Wellcome Trust*, *Economic Analysis*, S. 15 ff.; siehe auch *Hilty*, in: *Hilty/Drexler/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 121.

³⁸⁴ Vergleiche für einen umfassenden Überblick etwa die unter Beteiligung der großen deutschen Forschungsförderer entstandene deutschsprachige Informationsplattform zum Thema Open Access unter <http://open-access.net>, sowie das Open Access Directory mit internationalerer Ausrichtung, abrufbar unter <http://oad.simmons.edu>, jeweils mit umfassender Bibliographie; vgl. zum Thema auch ausführlich *Kuhlen*, *Götterdämmerung*, S. 457 ff., sowie die Broschüre *Deutsche UNESCO-Kommission*, Open Access; zu rechtlichen Fragestellungen siehe *Spindler* (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen*

mit öffentlichen Mitteln finanzierte Wissenschaftler stellen ihre Forschungsergebnisse anderen Wissenschaftlern nicht frei und kostenlos zur Verfügung. Vielmehr müssen im klassischen Publikationssystem die Resultate bzw. die Möglichkeit ihrer Rezeption durch öffentlich finanzierte Bibliotheken und Forschungsorganisationen von Wissenschaftsverlagen gewissermaßen zurückerworben werden. Bezieht man ein, dass auch das zwischengeschaltete Peer Review-Verfahren trotz aller organisatorischen Leistungen der Wissenschaftsverlage von öffentlich finanzierten Wissenschaftlern gewährleistet wird, ergibt sich der Eindruck einer dreifachen öffentlichen Finanzierung im Bereich des wissenschaftlichen Publikationswesens.³⁸⁵

Open Access will demgegenüber einen Paradigmenwechsel vollziehen. Unter anderem mit dem Ziel, wissenschaftliche Information über das Internet maximal zu verbreiten, soll an die Stelle exklusiver Rechte der freie, für den Nutzer kostenlose Zugang zumindest zu dem mit öffentlichen Mitteln geförderten Wissen stehen. Die grundlegende Erklärung der Budapester Open-Access-Initiative aus dem Jahr 2001 definiert Open Access so, dass „diese Literatur kostenfrei und öffentlich im Internet zugänglich sein sollte, so dass Interessierte die Volltexte lesen, herunterladen, kopieren, verteilen, drucken, in ihnen suchen, auf sie verweisen und sie auch sonst auf jede denkbare legale Weise benutzen können, ohne finanzielle, gesetzliche oder technische Barrieren jenseits von denen, die mit dem Internet-Zugang selbst verbunden sind. In allen Fragen des Wiederabdrucks und der Verteilung und in allen Fragen des Copyright überhaupt sollte die einzige Einschränkung darin bestehen, den jeweiligen Autorinnen und Autoren Kontrolle über ihre Arbeit zu belassen und deren Recht zu sichern, dass ihre Arbeit angemessen anerkannt und zitiert wird.“³⁸⁶

Unter Bezugnahme auf die Budapester Initiative und andere Vorgänger haben unter anderem die großen deutschen Forschungsorganisationen im Jahr 2003 die „Berliner Erklärung über offenen Zugang zum wissenschaftlichen Wissen“ veröffentlicht.³⁸⁷ Darin bekennen sie sich zum Paradigma des offenen Zugangs und seiner Weiterentwicklung und erklären, es auf unterschiedliche Weise fördern zu wollen, um den größtmöglichen Nutzen für Wissenschaft und Gesellschaft zu erreichen. Dazu gehören neben der

³⁸⁵ Vgl. statt vieler die entsprechenden Äußerungen unter http://open-access.net/de/allgemeines/gruende_und_vorbehalte/gruende_fuer_oa/#c588; ähnlich Hilty, GRUR Int 2006, 179, 182 f., der jedoch zu Recht vor allzu starken Vereinfachungen warnt.

³⁸⁶ Deutsche Fassung abrufbar unter <http://www.soros.org/openaccess/g/read.shtml>

³⁸⁷ Abrufbar unter http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/Berliner_Erklaerung_dt_Version_07-2006.pdf.

stärkeren Berücksichtigung von Open-Access-Publikationen bei der Evaluation wissenschaftlicher Leistungen insbesondere, die eigenen Forscher und Stipendiaten darin zu bestärken, ihre Arbeiten im Sinne des Open-Access-Paradigmas zu veröffentlichen.

Grundlegend unterschieden wird bei Open Access im Wesentlichen zwischen „Golden Road“ und „Green Road“.

a) Golden Road

Die „Golden Road“ bezeichnet die Erstveröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge in speziellen Open-Access-Zeitschriften,³⁸⁸ bei denen sie einen Prozess der Qualitätssicherung in Form von unterschiedlich ausgestaltetem Peer Review durchlaufen. Im Publikationsvertrag wird geregelt, welche begrenzten Rechte der Autor dem Verlag einräumt, und welche Nutzungsbedingungen für die frei zugänglichen Dokumente gelten.³⁸⁹ Um die auch mit Open-Access-Zeitschriften verbundenen Kosten zu decken, und bei kommerziellen Open-Access-Verlagen darüber hinaus einen Gewinn zu erwirtschaften, existieren verschiedene Finanzierungsmodelle, bei denen die Kosten im Sinne des Paradigmenwechsels vom Nutzer auf den Autor bzw. auf die ihn fördernde Forschungsorganisation verlagert werden.³⁹⁰

Neben spezielle Open-Access-Zeitschriften treten hybride Modelle. Für eine Publikationsgebühr von \$ 3000 pro Artikel kann ein Autor beispielsweise unter dem „Open Choice“-Modell des Springer-Wissenschaftsverlags seinen für eine konventionelle Zeitschrift vorgesehenen Beitrag nach dem Peer-Review-Prozess für Open Access freischalten lassen. Dieser Beitrag ist dann über den verlagseigenen, ansonsten weitgehend zugriffsbeschränkten Online-Dienst SpringerLink für den Leser frei und kostenlos erhältlich. Darüber hinaus kann der Autor auch mangels entgegenstehender umfassender Rechteeinräumung weitgehend frei mit ihm verfahren, und der Beitrag wird unter eine

³⁸⁸ Vgl. das Directory of Open Access Journals, das im Sommer 2009 ca. 4.300 solche Titel nachweist; unter www.doaj.org.

³⁸⁹ Vgl. http://open-access.net/de/allgemeines/was_bedeutet_open_access/openaccessstra_tegien/#c400.

³⁹⁰ Vgl. die Darstellung der sich noch weiter entwickelnden möglichen Finanzierungsmodelle bei *Kublen*, *Götterdämmerung*, S. 559, der zwischen den denkbaren Kostenträgern unterscheidet und zudem als Alternative zur Publikationsgebühr pro Einzelartikel auf das System institutioneller Mitgliedschaft einer Forschungseinrichtung bei einem Open-Access-Verlag im Sinne einer Flatrate verweist, wie es beispielsweise BioMedCentral anbietet und so den betroffenen Wissenschaftlern die kostenfreie oder zumindest kostengünstige Open-Access-Publikation für die Laufzeit der Mitgliedschaft ermöglicht; siehe auch <http://open-access.net/de/allgemeines/geschaeftsmodelle/>.

der Creative Commons-Lizenz vergleichbare „Open Choice“-Lizenz gestellt.³⁹¹ Auch wenn vorgesehen ist, dass die bereits gesondert über „Open Choice“ finanzierten Artikel bei der Berechnung der Subskriptionspreise für die einzelnen Zeitschriften berücksichtigt werden sollen, sehen manche die zusätzliche Publikationsgebühr kritisch als zusätzliches Sahnehäubchen für den Verlag, als „icing on the cake“.³⁹²

b) Green Road

Die „Green Road“ beruht statt einer Open Access-Erstveröffentlichung darauf, auch diejenigen Werke zeitgleich oder mit einer gewissen Verzögerung auf institutionellen oder nach Disziplinen organisierten Open Access-Dokumentenservern zu archivieren, die bereits in einer anderen referierten und kostenpflichtigen Zeitschrift veröffentlicht wurden (Postprints) oder dazu vorgesehen sind (Preprints).³⁹³ Gerade hinsichtlich der Selbstarchivierung von Postprints, die bereits das Peer Review der Zeitschrift durchlaufen haben, variiert jedoch die entsprechende Bereitschaft der Verlage erheblich, derartige Zweitverwertungen zu gestatten, soweit sie sich umfassende und exklusive Urheberrechte an den jeweiligen Beiträgen einräumen lassen haben. Aufschlussreich sind insofern die Informationen in der bereits genannten Datenbank des SHERPA-Projektes, die die Vertragsbedingungen vieler Verlage und Zeitschriften enthält.³⁹⁴

2. Rolle der Forschungsförderer und Entwicklungstendenzen

Ein wichtiger Faktor für den Erfolg der Golden Road wie der Green Road sind die Förderungsbedingungen der Forschungsförderer und Wissenschaftsorganisationen. Um über Open Access die Verbreitung der von ihnen finanzierten Forschungsergebnisse zu fördern und zu maximieren, sind namhafte Forschungsförderer und Wissenschaftsorganisationen dazu übergegangen, in ihren Förderungsbedingungen eine Selbstarchivierung von Postprints oder zumindest von Preprints zu verlangen, beispielsweise die Institutionen des Wellcome Trust in Großbritannien und die National Institutes of Health

³⁹¹ Siehe <http://www.springer.com/open+choice?SGWID=0-40359-12-115382-0>; vgl. auch Kuhlen, Götterdämmerung, S. 557; auch andere renommierte Verlage wie Oxford University Press, Blackwell, Wiley und Elsevier bieten entsprechende Modelle an.

³⁹² So Cockerill, Information Services & Use 2007, 235, 236.

³⁹³ Vgl. http://open-access.net/de/allgemeines/was_bedeutet_open_access/openaccess_strategien/#c399.

³⁹⁴ Siehe die ROMEO-Datenbank unter <http://www.sherpa.ac.uk/romeo/index.html>.

(NIH) in den USA.³⁹⁵ Im Fall der NIH geschah dies in engem Zusammenhang mit lange umstrittenen entsprechenden gesetzlichen Vorgaben.³⁹⁶ Andere große Wissenschaftsorganisationen wie die Deutsche Forschungsgemeinschaft oder die Max-Planck-Gesellschaft sehen trotz der Bekenntnisse zu Open Access in der Berliner Erklärung bislang keine Pflicht zur Selbstarchivierung vor, sondern lediglich eine entsprechende Empfehlung, fördern die Entwicklung jedoch über das Angebot, für ihre Mitglieder die bei Open-Access-Zeitschriften anfallenden Publikationskosten zu tragen.³⁹⁷

Auf europäischer Ebene nimmt der Forschungsförderer European Research Council (ERC) eine entsprechende Empfehlung im Abschlussbericht des European Research Advisory Board (EURAB)³⁹⁸ zu Fragen des wissenschaftlichen Publikationssystems und Open Access auf, hebt die Attraktivität zwingender Repository-Vorschriften seitens der Forschungsförderer hervor, und betont gleichzeitig die große Bedeutung des Peer Review und hochwertiger wissenschaftlicher Zeitschriften.³⁹⁹ In der Folge wurden Richtlinien entwickelt, durch den ERC geförderte Forschungsergebnisse spätestens sechs Monate nach ihrer Erstveröffentlichung auf geeigneten Repositorien zum freien Abruf bereitzustellen.⁴⁰⁰ Die Europäische Kommission hat in einer Mitteilung im Jahr 2007 die Bedeutung des Zugangs zu den mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungser-

³⁹⁵ Siehe die umfangreiche Auflistung der einzelnen Forschungsförderer in der komplementär zur ROMEO-Datenbank zu verstehenden JULIET-Datenbank des SHERPA-Projekts unter <http://www.sherpa.ac.uk/juliet/index.php>; das Projekt erlaubt es dem veröffentlichungswilligen Wissenschaftler, auf einfache Weise das passende Publikationsorgan zu den Open-Access-Vorgaben seines Forschungsförderers zu finden.

³⁹⁶ Siehe zur Entwicklung und zum endgültigen Ergebnis nach der Unterzeichnung des Consolidated Appropriations Act of 2009 durch Barack Obama am 12. März 2009 die Darstellung unter <http://www.taxpayeraccess.org/nih.html>; zu den vorangegangenen gesetzgeberischen Aktivitäten auch *Kuhlen*, *Götterdämmerung*, S. 494 ff.

³⁹⁷ Die Max-Planck-Gesellschaft hat beispielsweise inzwischen mit dem deutschen Open-Access-Verlag Copernicus und anderen vergleichbaren Verlagen Verträge abgeschlossen, die die zentrale Finanzierung für die dortige Veröffentlichung aller MPG-Forschungsergebnisse im jeweiligen Wissenschaftsbereich regeln, sofern sich die jeweiligen Wissenschaftler dafür entscheiden, siehe die Presseerklärung vom 25.01. 2008, abrufbar unter http://www.mpdl.mpg.de/news/mpdl-pressrelease-20080125_de.pdf. Als Ergebnis von Lizenzneuverhandlungen mit dem Springer-Wissenschaftsverlag ist im Sinne einer Paketlösung auch eine entsprechende Vereinbarung zu den bei Open Choice anfallenden Publikationskosten erzielt worden.

³⁹⁸ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/research/eurab/pdf/eurab_scipub_report_recomm_dec06_en.pdf.

³⁹⁹ ERC Scientific Council Statement on Open Access vom Dezember 2006, abrufbar unter <http://erc.europa.eu/pdf/open-access.pdf>; vgl. dazu auch *Kuhlen*, *Götterdämmerung*, S. 491.

⁴⁰⁰ ERC Scientific Council Guidelines on Open Access vom 17. Dezember 2007, abrufbar unter http://erc.europa.eu/pdf/ScC_Guidelines_Open_Access_revised_Dec07_FINAL.pdf.

gebnissen hervorgehoben und die Notwendigkeit von Maßnahmen betont, die Zugang und Verbreitung von wissenschaftlichen Informationen verbessern.⁴⁰¹ Mit Blick auf den derzeitigen rapiden Wandel des Systems nennt sie als konkrete mögliche Maßnahmen unter anderem die Verbesserung der Förderungsfähigkeit der Kosten für Open-Access-Veröffentlichungen, spezifische Leitlinien zur zwingenden Veröffentlichung von Artikeln in offenen Repositorien, wie sie im Fall der ERC-geförderten Forschung erlassen wurden, die finanzielle Förderung erforderlicher Infrastruktur, sowie die weitere Beobachtung und Durchführung von Forschungsprojekten über das wissenschaftliche Veröffentlichungssystem.⁴⁰² Als Teil des Siebten Rahmenforschungsprogramms wurde ein Pilotprojekt gestartet, in dem in ausgewählten Bereichen und bezogen auf Forschungsergebnisse mit einem Anteil von bis zu 20 % des Gesamtbudgets mit verschiedenen Formen von Open Access-Publikationen und Embargo-Fristen experimentiert wird.⁴⁰³

International ließe sich die Liste der Initiativen beliebig verlängern. Insoweit wird auf die umfassenden Darstellungen der bereits zitierten Informationsplattformen verwiesen. Exemplarisch für ein ambitioniertes Einzelprojekt ist das unter dem Namen SCOAP³ vorangetriebene Vorhaben, das auf dem Gebiet der Elementarteilchenphysik den vollständigen Paradigmenwechsel zu Open Access vollziehen und alle am CERN gewonnenen Forschungsergebnisse nach dem Open-Access-Paradigma veröffentlichen will.⁴⁰⁴ Es wird begünstigt durch die vergleichsweise große Geschlossenheit der Community der Elementarteilchenphysiker, die geringe Anzahl der einschlägigen bislang subskriptionsbasierten Fachzeitschriften, die in das kooperative Projekt einbezogen werden müssen, sowie durch die Tatsache, dass angesichts der Dimensionen der Grundlagenforschung am CERN viel Erfahrung im Umgang mit finanziell und organisatorisch anspruchsvollen Großprojekten vorhanden ist.⁴⁰⁵ Soweit der Paradigmenwechsel zu Open Access in diesem speziellen Wissenschaftssegment gelingt, könnte dem CERN nach maßgeblichen Beiträgen zur Entwicklung des Internets erneut eine bedeutende Vorreiterrolle zukommen.

⁴⁰¹ Mitteilung der Kommission über wissenschaftliche Informationen im Digitalzeitalter: Zugang, Verbreitung und Bewahrung, Komm (2007) 56, S. 9.

⁴⁰² A. a. O. S. 12.

⁴⁰³ Vergleiche für nähere Informationen <http://ec.europa.eu/research/science-society/index.cfm?fuseaction=public.topic&id=1680>.

⁴⁰⁴ Siehe zu den Einzelheiten www.scoap3.org, vgl. auch Cockerill, Information Services & Use 2007, 235, 237, sowie Drösser, Das Denken ist frei, DIE ZEIT, 8.4.2009, S. 36.

⁴⁰⁵ So die Einschätzung von Heuer, Generaldirektor CERN, in einer Rede auf der Konferenz Academic Publishing in Europe, APE 2008, Quality & Publishing, in Berlin am 22.01.2008.

Im Ergebnis lässt sich zusammenfassend ein verändertes Bewusstsein der Forschungsförderer erkennen, indem sie direkten oder indirekten Druck auf Wissenschaftsverlage ausüben, entweder Zweitveröffentlichungen generell oder zumindest zeitversetzt zu erlauben, oder Open-Access-Modelle anzubieten, die mit ihren bindenden Vorgaben oder Empfehlungen in Einklang zu bringen sind.⁴⁰⁶

3. Reform des § 38 UrhG

Die vielen nicht auf das Urheberrecht begrenzten rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Open Access, die neben wissenschaftspolitischen Fragestellungen und Entscheidungen über die Herbeiführung eines Paradigmenwechsels zu beachten sind, sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.⁴⁰⁷ Wegen des inhaltlichen und zeitlichen Zusammenhangs zum Zweiten Korb wird dennoch kurz auf Reformüberlegungen zu § 38 UrhG eingegangen, die der Bundesrat in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht hatte.

Unter Rückgriff auf einen von *Hansen* entwickelten Ansatz⁴⁰⁸ wurde vorgeschlagen, in § 38 Abs. 1 UrhG einen neuen, nicht abdingbaren S. 3 einzufügen. Danach sollte dem Urheber wissenschaftlicher Beiträge, deren Entstehung überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert wurde und die in Periodika erscheinen, auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts an einen Verlag das Recht erhalten bleiben, den Beitrag zu nicht kommerziellen Zwecken nach dem Ablauf einer Embargofrist von maximal sechs Monaten anderweitig öffentlich zugänglich zu machen. Der Bundesrat verfolgte damit das Ziel eines „Paradigmenwechsels im Bereich wissenschaftlicher Veröffentlichungen [...], der für einen möglichst freien Zugang zu wissenschaftlichen Informationen die geeigneten rechtlichen Rahmenbedingungen schafft.“⁴⁰⁹ Der Bundestag wies diesen viel diskutierten Ansatz zurück.⁴¹⁰ Dabei machte er Zweifel am urhebervertragsrechtlichen Charakter der Norm und rechtliche Bedenken mit Blick auf die Vorgaben der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft und den

⁴⁰⁶ Mit ähnlicher Wertung auch *Cockerill*, *Information Science & Use* 27 (2007), 235.

⁴⁰⁷ Vgl. dazu etwa den Sammelband von *Spindler* (Hrsg.), *Open-Access*.

⁴⁰⁸ *Hansen*, *GRUR Int* 2005, 378, 386 f.

⁴⁰⁹ Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, abgedruckt als Anlage 2 im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 39.

⁴¹⁰ Gegenäußerung des Bundestages, abgedruckt als Anlage 3 im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 47; zur Diskussion in der Literatur vergleiche beispielsweise *Heckmann/Weber*, *GRUR Int* 2006, 995 ff; *Hilty*, in: *Sieber/Hoeren* (Hrsg.), *Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft*, S. 189 ff; *Steinhauer*, *Bibliotheksdienst* 2006, 734 ff.

Drei-Stufen-Test des internationalen Urheberrechtssystems geltend.⁴¹¹ In Anbetracht rechtlicher Bedenken und unter ausdrücklichem Verweis auf die derzeitigen Veränderungen des wissenschaftlichen Publikationswesens wurde von einer „übereilten gesetzlichen Regelung“ abgesehen.⁴¹² Stattdessen wurde die Prüfung eines in § 38 UrhG verankerten Zweitverwertungsrechtes auf die Agenda für einen möglichen Dritten Korb der Urheberrechtsreform gesetzt.⁴¹³ In einem Konsultationspapier des Bundesministeriums der Justiz vom 13. Februar 2009 werden die beteiligten Kreise gebeten, auch zu dieser Fragestellung Position zu beziehen.⁴¹⁴ Daran wird deutlich, dass auch auf der Ebene der urheberrechtlichen Rahmenbedingungen im Bereich von Open Access derzeit einiges in Bewegung und die weitere Entwicklung schwer vorhersehbar ist.

4. Fazit zur Open-Access-Bewegung

Als Fazit zur Open-Access-Bewegung ist festzuhalten, dass mit ihr Veränderungen des wissenschaftlichen Publikationssystems verbunden sein werden. Sie bringt Bewegung in den Markt. Die weiteren Entwicklungen bleiben abzuwarten. Im Kernbereich der Versorgung mit Wissenschaftsliteratur verlieren Schrankenbestimmungen in Bezug auf diejenigen Werke ihre besondere Bedeutung, die nach dem Open Access-Paradigma für jedermann frei zum Abruf bereit gehalten werden. Wissenschaftsschranken bleiben jedoch trotz Open Access nicht nur dort relevant, wo es um andere urheberrechtliche Werke als Wissenschaftsliteratur geht. Sie würden auch im Kernbereich der Wissenschaftsliteratur erst dann obsolet, wenn der mit Open Access anvisierte Paradigmenwechsel vollständig vollzogen wäre. Selbst soweit dies mit Blick auf bestimmte Wissenschaftsdisziplinen kurz-, mittel- oder langfristig gelingen sollte,⁴¹⁵ erscheint eine umfassende Umwälzung des Gesamtsystems, soweit sie politisch überhaupt gewollt ist, derzeit noch immer visionär, gerade angesichts der in Bezug auf das wissenschaftliche Publikationswesen zu beobach-

⁴¹¹ Dazu zu Recht kritisch *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 23 ff.; siehe auch *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 258, 262.

⁴¹² Gegenäußerung des Bundestages, a.a.O., S. 47.

⁴¹³ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 4.7.2007 zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drs. 16/5939, S. 3.

⁴¹⁴ Konsultationspapier des Bundesministeriums der Justiz vom 13. Februar 2009, abrufbar in Form des Schreibens an den DBV auf dessen Homepage unter: http://www.bibliotheksverband.de/stellungnahmen/090515-BMJ_Handlungsbedarf_Fragen.pdf.

⁴¹⁵ Beispielsweise mit Blick auf das oben erwähnte Projekt Scoap³.

tenden „Massenträgheit“.⁴¹⁶ Soweit es nicht ohnehin dauerhaft zu einem Nebeneinander von klassischem Publikationssystem und Open-Access-Lösungen kommt, verbleibt Schrankenregelungen zumindest für eine zeitlich nicht absehbare Übergangsphase und mit Blick auf den bereits existierenden Bestand ein bedeutender Anwendungsbereich.

F. Differenzierte Interessenlage im Wissenschaftsurheberrecht

Für den Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht ist es wesentlich, ausreichend deutlich zwischen den Interessen der Wissenschaftsautoren und denen der Wissenschaftsverlage zu unterscheiden. Die im Gesetzgebungsverfahren zum Zweiten Korb teilweise verwendete Formel, „wissenschaftsfreundliches Urheberrecht kann nichts anderes heißen als auch wissenschaftsverlagsfreundliches Urheberrecht“,⁴¹⁷ greift insofern zu kurz.⁴¹⁸ Vielmehr dürfen Interessen der Urheber nicht vereinfachend mit denen der Verwerter gleichgesetzt werden.⁴¹⁹ Gerade im Wissenschaftsbereich ist es keinesfalls so, dass sich Urheber und Werkverwerter Seite an Seite und mit stets gleichlaufenden Interessen als Gegenpart zur Gruppe der Nutzer urheberrechtlicher Werke wiederfinden. Nicht zuletzt das Verlagsgesetz, das die Beziehungen zwischen Verlegern und Urheber regelt, geht von einem Antagonismus aus und lässt die vereinfachende Gleichsetzung von Urheber- und Verlagsinteressen zweifelhaft erscheinen.⁴²⁰ Das Urheberrecht selbst spiegelt dies jedenfalls seit der Reform des Urhebervertragsrechts anschaulich wieder.⁴²¹

⁴¹⁶ *Cockerill*, Information Services & Use 2007, 235, spricht von einer „inertia of publishing“, die mit der Verknüpfung von Wissenschaftsbetrieb und Publikationswesen verbunden ist.

⁴¹⁷ So wörtlich MdB *Krings* im Bundestag, Bundestags-Plenarprotokoll 16/108 vom 5.7.2007, Zweite und Dritte Lesung zum Zweiten Korb, S. 11149; auch *Baronikians*, ZUM 1999, 126, 127 vereinfacht entsprechend, wenn im Zusammenhang mit dem Kopienversand von den „berechtigten Interessen der Verlage und damit der Urheber“ die Rede ist.

⁴¹⁸ Siehe dazu auch die Anmerkung des fraktionsgleichen MdB *Carsten Müller* in der gleichen Debatte, der sich die Anmerkung erlaubt, „wissenschaftsfreundlich“ heiße nicht in erster Linie „wissenschaftsverlagsfreundlich“: Wenn sich ein Vertreter eines Wissenschaftsverlages für den Urheber im materiellen Sinne halte, unterliege er „demselben Irrtum wie ein Flugzeugführer, der sich für einen Vogel hält.“ Es sei notwendig, in erster Linie die Interessen der Urheber im materiellen Sinne zu wahren. Bundestags-Plenarprotokoll 16/208 vom 5.7.2007, Zweite und Dritte Lesung zum Zweiten Korb, S. 11154; kritisch zur Bundestagsdebatte auch *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 19.

⁴¹⁹ *Ohly*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 6; *Hilty*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 113 f.

⁴²⁰ *Roellecke*, UFITA 84 (1979), 79, 107.

⁴²¹ Siehe dazu *Nielen*, Interessenausgleich, S. 13, unter Verweis auf die Gesetzesbegründung und m.w.N.

I. Tripolare Interessenkonstellation

Auch im Wissenschaftsbereich liegt statt eines Interessengleichlaufs von Urhebern und Verwertern eine tripolare Interessenkonstellation vor.⁴²² Die Gruppen der Wissenschaftsautoren, Wissenschaftsverlage und der Nutzer wissenschaftlicher Werke haben dabei eigenständige Interessen, denen insbesondere eine Gleichsetzung von Wissenschaftsautoren und Wissenschaftsverlagen nicht gerecht wird. Dies gilt umso mehr angesichts der bereits dargestellten Doppelrolle der Wissenschaftler, die als „Produzter“ gleichermaßen Urheber und Nutzer der Wissenschaftsliteratur sind.⁴²³ Sie besetzen bildlich gesprochen zwei der drei Pole, was verdeutlicht, dass Interessenkonflikte zwischen Wissenschaftsautoren und Wissenschaftsverlagen mindestens ebenso leicht vorstellbar sind wie zwischen Nutzern und Verlagen. Zudem hängt die generelle Frage, inwieweit Werkschöpfer mit Werkvermittlern „an einem Strang ziehen“, nicht zuletzt von ihrer Beteiligung an den Verwertungserlösen ab.⁴²⁴ Die unmittelbare wirtschaftliche Beteiligung der Wissenschaftsautoren an der kommerziellen Auswertung ihrer Veröffentlichungen spielt jedoch in großen Bereichen keine große Rolle.⁴²⁵

II. Verlagsinteressen

Aus Verlags- bzw. Ververtersicht ist das legitime wirtschaftlich orientierte Interesse ausschlaggebend, über Nutzungsrechte und den damit verbundenen Schutz die getätigten Investitionen zu amortisieren und – je nach Art und Ausrichtung des Verlegers unterschiedlich ausgeprägt – einen möglichst hohen Gewinn zu erzielen. Dies entspricht im Grundsatz dem utilitaristischen Anreizgedanken, über die Aussicht von Gewinnen schöpferisches Schaffen zu fördern. Schranken haben durch die partielle Aufhebung ausschließlicher Rechte potentielle Auswirkungen auf die Verwertungsmöglichkeiten und damit auch auf das für die Rechteinhaber maßgebliche Anreizsystem.

Ein derartiges Anreizsystem auf finanzieller Ebene existiert jedoch für den Wissenschaftsautor aufgrund seiner größtenteils fehlenden oder unwesentlichen finanziellen Beteiligung nicht. Wirtschaftliche Interessen spielen für den Wissenschaftler allenfalls

⁴²² Vgl. dazu ausführlich *Hilty*, in: *Obly* (Hrsg.), Festschrift *Schricker*, S. 325 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 315, jeweils m.w.N.

⁴²³ Siehe oben Teil 1 C.

⁴²⁴ *Schweikart*, S. 49.

⁴²⁵ Siehe die Ausführungen oben, Teil 1 E. III. 3.

mittelbar eine Rolle, angesichts der Verknüpfungen zwischen Publikationssystem und zukünftigen Karriereperspektiven sowie der Vergabe von Fördermitteln. Diese Anzeigeneffekte sind nicht mit dem Urheberrechtsschutz, sondern nur mit dem Ineinandergreifen der derzeitigen Publikations- bzw. Wissenschaftsmechanismen verbunden.

III. Interessen wissenschaftlicher Autoren

Die primären Interessen des Wissenschaftlers als Autor liegen in erster Linie darin, mit seinen Werken eine möglichst weite Verbreitung und Wahrnehmung zu erlangen.⁴²⁶ Ein solches Element findet sich bei jedem schöpferischen Tun, das auf spätere Werkrezeption durch andere abzielt. Innerhalb der Wissenschaft ist es angesichts der notwendigerweise kommunikationsbezogenen Arbeitsweise besonders ausgeprägt, was nicht zuletzt auch an der starken Orientierung wissenschaftlicher Autoren am Impact Factor einer Zeitschrift bei der Auswahl des Publikationsorgans deutlich wird.⁴²⁷ Wissenschaftler wollen mit ihren Forschungsergebnissen wahrgenommen und möglichst zitiert werden, gerade von der für sie relevanten Wissenschafts-Community. Sie wollen die wissenschaftliche Diskussion und den Gedankenaustausch mit den Kollegen voranbringen.⁴²⁸ Dass sie dabei nicht selten auch weniger uneigennützig neben ihren Ideen ihren eigenen Namen bekannter machen wollen, macht den „Vanity-Faktor“⁴²⁹ der Wissenschafts-Community aus.

Eng mit letzterem verknüpft ist das im Vergleich zu wirtschaftlichen Verwertungsrechten häufig größere Interesse des Wissenschaftsurhebers an seinen Urheberpersönlichkeitsrechten, insbesondere dem Recht auf Anerkennung der Urheberschaft aus § 13 UrhG sowie, dem Schutz vor einer Entstellung des Werkes aus § 14 UrhG. Gerade ersteres ist für den Wissenschaftler „Basiskapital“.⁴³⁰ Gleichzeitig kann das Urheberrecht nur einen Teil der Aufgabe leisten, dem einzelnen Wissenschaftler die Anerkennung für seine Forschungsergebnisse zu sichern. Dies hängt mit dem bereits dargestellten urheberrechtlichen Grundsatz zusammen, wonach die wissenschaftliche Lehre als solche urhe-

⁴²⁶ So auch *Wandtke/Grassmann* ZUM 2006, 889, 893 f.; *Peukert*, UFITA 2004/II, Besprechung Gounalakis, S. 567; *Veddern*, Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung, S. 620.

⁴²⁷ Vergleiche die entsprechenden Ergebnisse einer Befragung bei *Rowlands/Nicholas*, Ciber-Report, S. 17.

⁴²⁸ *Hohagen*, S. 38; *Schrötter*, GRUR 1978, 687, 689.

⁴²⁹ Vgl. *Kitz*, GRUR Int 2004, 596, 597.

⁴³⁰ *Peifer* in: *Peifer/Gersmann* (Hrsg.), Open-Access-Konzepte, S. 43.

berrechtsfrei ist.⁴³¹ Vor Plagiaten auf der inhaltlichen Ebene schützt das Urheberrecht nur sehr eingeschränkt. Die inhaltliche Wiedergabe fremder Forschungsergebnisse mit eigenen Worten bleibt – rein urheberrechtlich – zulässig. Hier greifen vor allem die wissenschaftsethischen Prinzipien, die konkretisiert durch normierte oder ungeschriebene Regeln guter wissenschaftlicher Praxis und die üblichen Referenzierungspflichten die verdeckte Übernahme fremden Gedankenguts verhindern helfen sollen, und die auf den mit Plagiatsfällen verbundenen, eher wissenschaftsinternen Sanktionen aufbauen.⁴³²

IV. Interessen wissenschaftlicher Nutzer

In ihrer Rolle als Nutzer wissenschaftlicher Werke sind Wissenschaftler und ihre Institutionen an einem funktionierenden System der Literaturversorgung interessiert, das ihnen den Zugriff auf die für ihre Arbeit benötigten Informationsrohstoffe ermöglicht, und dabei in Bezug auf Komfort und Geschwindigkeit die technischen Möglichkeiten optimal einsetzt. Über die bloße Verfügbarkeit hinaus sind angesichts des zunehmenden Informationsüberflusses Mechanismen erforderlich, die die Auffindbarkeit der benötigten Inhalte gewährleisten und daneben auch qualitative Selektionsprozesse ermöglichen. Inwieweit sich dieses nur derart abstrakt zu beschreibende System auf urheberrechtlichen Schutz für Autoren und Intermediäre stützt, ist aus Nutzersicht solange zweitrangig, wie sich die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen ihrerseits nicht umgekehrt als Hemmnisse einer optimalen Literaturversorgung auswirken.

Soweit man, über die Perspektive des individuellen Nutzers hinaus, ein funktionierendes System der Literaturversorgung als Vorbedingung für ein funktionierendes Wissenschaftssystem als gesellschaftlich erstrebenswertes Ziel anerkennt, um der Bedeutung des wissenschaftlichen Fortschritts für die Gesellschaft gerecht zu werden, decken sich die überindividuellen gesamtgesellschaftlichen Interessen an der Wissenschaft zu großen Teilen mit denen wissenschaftlicher Nutzer. Ergänzt werden sie unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten durch das Bestreben, eine in jeglicher Hinsicht

⁴³¹ Siehe oben, Teil 1 B. I.

⁴³² Vgl. etwa *Kuhlen*, *Götterdämmerung*, S. 119 ff.; ausführlich zu den Unterschieden zwischen urheberrechtlichen und wissenschaftsethischen Regelungen *Ohly*, in: *Ganea* (Hrsg.), *Festschrift Dietz*, S. 143 ff.; vgl. auch *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Festschrift Nordemann*, S. 8; OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 285, 287 ff.; zu den unterschiedlichen Voraussetzungen für eine Urheber- bzw. Autorennennung nach urheberrechtlicher bzw. wissenschaftsethischer Sicht vergleiche auch *Schricker*, *Forschung & Lehre* 1998, 584, 586.

„optimale“ Informationsversorgung mittels eines Systems zu erreichen, das unter Effizienzgesichtspunkten die öffentlichen und privaten Mittel möglichst gewinnbringend einsetzt. Wie dieses ebenfalls nur sehr abstrakt zu beschreibende System im Einzelnen ausgestaltet wird, und welche Rolle und Reichweite der urheberrechtliche Schutz wissenschaftlicher Werke darin hat, ist auf der Ebene dieser abstrakten Zielsetzungen ebenfalls zweitrangig.

V. Fazit

Auch Wissenschaftler haben trotz fehlender oder geringer unmittelbarer finanzieller Interessen ein großes Eigeninteresse an einem auch wirtschaftlich überlebensfähigen Publikationswesen. Nicht nur in ihrer Rolle als Nutzer, sondern auch in ihrer Rolle als Autor profitieren sie auf der Suche nach Informationen und auf der Suche nach Veröffentlichungsforen von einem funktionierenden Publikationssystem. Dabei sind sie jedoch ebenso wenig wie die Gesellschaft insgesamt auf ein bestimmtes System festgelegt. Deshalb ist es erforderlich, in der Diskussion um Wissenschaftsschranken stärker zwischen den vorhandenen Interessen zu differenzieren, und insbesondere zwischen Wissenschaftsverlagen und Wissenschaftsurhebern zu unterscheiden, statt sie unreflektiert gleichzusetzen.

G. Zusammenfassung der Zwischenergebnisse zu Teil 1

Teil 1 hat ausgewählte Aspekte des Wissenschaftsurheberrechts als Kontext der wissenschaftsrelevanten Schrankenregelungen untersucht. Zusammenfassend ist festzuhalten:

Wissenschaftler greifen bei ihrer Arbeit auf urheberrechtlich geschützte Werke zurück. Entsprechend stark wird ihr Handeln durch das Urheberrecht bestimmt, selbst wenn sie sich dessen nicht immer bewusst sind. Das besondere Austauschbedürfnis und die Notwendigkeit eines freien wissenschaftlichen Diskurses berücksichtigt das Urheberrecht auf theoretischer Ebene zwar bereits beim Urheberrechtsschutz für wissenschaftliche Werke über die Grundsätze der Urheberrechtsfreiheit der wissenschaftlichen Lehre sowie der klaren Trennung zwischen Inhalt und Form. Trotz damit verbundener Besonderheiten bei den Schutzvoraussetzungen ist aber gerade im Kernbereich der Wissenschaftsliteratur regelmäßig von Urheberrechtsschutz auszugehen, nachdem zwischenzeitlich verschärfte Anforderungen an Schutzvoraussetzungen inzwischen weitgehend zurückgenommen wurden. Da somit geschützte Werke das Wissen als „Rohstoff der

Wissenschaft“ vermitteln, ist das besondere Diskursbedürfnis schon auf der Ebene des umfassend zu verstehenden Vorgangs der Werkrezeption zu berücksichtigen, soweit dieser wie im digitalen Bereich oder bei Vervielfältigungen zum Zweck einer intensiven Auseinandersetzung mit Werken urheberrechtsrelevant ist.

Ferner ist festzuhalten, dass schon die Werkrezeption im Wissenschaftsbereich in der Regel mit dem Ziel erfolgt, anschließend selbst produktiv tätig zu werden und dem Wissenskreislauf neue Erkenntnisse hinzuzufügen. Wissenschaftler stehen zueinander in einem Verhältnis der „produktiven Interdependenz“.⁴³³ Der Prozess des gegenseitigen Gebens und Nehmens ist hier trotz gradueller Unterschiede besonders stark ausgeprägt.

Obwohl eingehendere wirtschaftswissenschaftliche Untersuchungen erforderlich bleiben, deutet einiges darauf hin, dass der vielschichtige Markt der Wissenschaftspublikationen zumindest teilweise eigenen Gesetzen unterliegt.⁴³⁴ Ein wesentlicher Grund dafür ist die weitgehend ausgeschlossene Substituierbarkeit der Werke. Das Erfordernis einer unmittelbaren und umfassenden Auseinandersetzung mit dem Stand der Wissenschaft verringert als schutzrechtsexterner Faktor die Substituierbarkeit wissenschaftlicher Beiträge. Auch aus Sicht des Wissenschaftsautors ist die Substituierbarkeit stark eingeschränkt. Dies liegt an den engen Verknüpfungen zwischen wissenschaftlichem Publikationssystem und Wissenschaftsbetrieb, der mit Veröffentlichungen verbundenen Reputation, und den entsprechenden Auswirkungen auf persönliche wissenschaftliche Karrieren. Nach dem Prinzip des „publish or perish“ sind Wissenschaftler darauf angewiesen, in Journals mit möglichst hohem Impact Factor zu publizieren. Sie sind deshalb in ihrer Wahlfreiheit und Verhandlungsposition eingeschränkt. Insgesamt führt dies zu einer doppelt fehlenden oder zumindest stark verminderten Substituierbarkeit.

Zur Reichweite der Rechteeinräumung an Wissenschaftsverlage bestehen zwar partiell differenzierte Regelungen im Gesetz und in den untersuchten Normverträgen mit zeitlich begrenzter Exklusivität. Die gesetzliche Regelung knüpft interessanter Weise für nicht periodische erscheinende Sammlungen ausdrücklich an die häufig vorliegen-

⁴³³ Krause-Ablaß, GRUR 1962, 231.

⁴³⁴ So auch Spindler, in: Hilty/Drexll/Nordemann (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 301, der dabei speziell die Bedeutung der Zitierungsinidizes hervorhebt. Insoweit bestünde eine gewisse Parallele zur Wissenschaft selbst, für die das Bundesverfassungsgericht auf deren „Eigengesetzlichkeiten“ verweist, auf denen Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen beruhen, vgl. BVerfGE 47, 327, 367 = NJW 1978, 1621; BVerfGE 90, 1, 11.

de unentgeltliche Rechteeinräumung an. In der Vertragspraxis ist aufgrund des dispositiven Charakters dieser Vorgaben jedoch in vielen Bereichen die ausschließliche und umfassende Rechteeinräumung die Regel. Auch daran wird die starke Verhandlungsposition der Wissenschaftsverlage erkennbar, die auf den Eigeninteressen der Wissenschaftler basiert, möglichst renommiert zu veröffentlichen. Eine starke Verhandlungsposition, tendenziell sogar verdichtet zu potentiellen Monopolstellungen, besteht für die Anbieter der Wissenschaftsrohstoffe dann, wenn wie häufig fehlende Substituierbarkeit und exklusive Rechteeinräumung aufeinandertreffen. Weiter verschärft wird dies, wenn wissenschaftliche Beiträge ausschließlich über zugriffsbeschränkte elektronische Datenbanken (e-only) angeboten werden, indem mit dem Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen die theoretische Dichotomie zwischen Form und Inhalt endgültig aufgehoben und die alleinige Kontrolle des Rechteinhabers auf die Inhalte erstreckt wird.

Desweiteren ist das wissenschaftliche Publikationswesen trotz mancher Gegenbeispiele durch die in der Regel geringe finanzielle Beteiligung der zu großen Teilen öffentlich alimentierten Wissenschaftler geprägt. Die Rechteeinräumung erfolgt regelmäßig unentgeltlich. In vielen Disziplinen ist sogar eine Umkehrung der Zahlungsströme über Autorengebühren und Druckkostenzuschüsse üblich. Gleichzeitig ist trotz einer Binnenvarianz insgesamt eine Preisentwicklung erkennbar, die gerade im Zeitschriftenbereich von Preissteigerungen deutlich über dem Inflationsniveau geprägt ist. Verschiedene Studien äußern deshalb Zweifel an einer funktionierenden marktpreisgesteuerten Preisbildung.

Die vergleichsweise junge Open Access-Bewegung bringt zwar Bewegung in das wissenschaftliche Publikationswesen. Selbst bei weitreichenden Veränderungen durch Open Access werden aber weite Bereiche entweder dauerhaft oder zumindest Übergangsweise weiterhin von den derzeit geltenden Bedingungen beherrscht bleiben. Dementsprechend kann Wissenschaftsschranken weiterhin eine wichtige Funktion zukommen.

Erforderlich ist, zwischen den Interessen der Wissenschaftsurheber und der Wissenschaftsverlage zu unterscheiden, insbesondere angesichts der Doppelrolle des Wissenschaftlers im Wissenskreislauf. Für die einzelnen Wissenschaftler überwiegt im Vergleich zu finanziellen Interessen meist das Interesse an einer möglichst weiten Wahrnehmung ihrer Werke und Forschungsergebnisse sowie an der Bereicherung des wissenschaftli-

chen Diskurses. Der finanzielle Anreizgedanke des Urheberrechts ist für sie allenfalls mittelbar relevant, da sie wie die Gesellschaft als Ganzes auf ein funktionierendes Publikationssystem angewiesen ist. Welche Rolle und Reichweite der Urheberrechtsschutz in einem funktionierenden System spielt, ist für Wissenschaftler im Vergleich zur derzeitigen Perspektive der Wissenschaftsverlage von untergeordneter Bedeutung.

Teil 2

Vorgaben für Wissenschaftsschranken aus internationalen Urheberrechtsabkommen, europäischem Urheberrecht, deutschem Verfassungsrecht und Urheberrechtsdogmatik

Teil 2 der Arbeit untersucht vor der Einzelanalyse der Wissenschaftsschranken die Vorgaben, die auf internationaler, europäischer und verfassungsrechtlicher Ebene zu beachten sind. Zusätzlich wird auch auf urheberrechtsdogmatische Fragestellungen eingegangen.

A. Vorgaben aus internationalen Urheberrechtsabkommen

Urheberrecht als nationalstaatliches Recht ist nicht nur in den Kontext europäischer Vorgaben, sondern auch in das System völkerrechtlicher Verträge eingebettet, denen die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist. Insbesondere die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ),⁴³⁵ die relevanten Bestimmungen des TRIPS-Übereinkommens⁴³⁶ und die Vorgaben des WIPO-Urheberrechtsvertrags (World Copyright Treaty, WCT)⁴³⁷ geben einen bindenden Rahmen vor.

Daneben existieren weitere internationale Vertragstexte, die hier nicht vergleichbar detailliert untersucht werden. An Bedeutung verloren hat angesichts der jüngeren Abkommen und wegen seines niedrigeren Schutzniveaus das Welturheberrechtsabkommen von 1952.⁴³⁸ Ferner existieren die internationalen Übereinkommen zum Schutz

⁴³⁵ Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9.9.1886, zuletzt geändert durch Beschluss vom 2.10.1979 (BGBl. II 1985, S. 81), abgedruckt als Anhang 4 bei *HK-UrhR*, S. 1601 ff.

⁴³⁶ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS), vom 15.04.1994 (Abl. L 336 S. 214; BGBl. II S. 1438, 1730), abgedruckt als Anhang 7 in *HK-UrhR*, S. 1653 ff.

⁴³⁷ WIPO Urheberrechtsvertrag (WCT) vom 23.12.1996 (Abl. 2000 L 89 S.8), abgedruckt als Anhang 2 in *HK-UrhR*, S. 1582 ff.

⁴³⁸ Welturheberrechtsabkommen, revidiert am 24.7.1971 in Paris, BGBl. II 1973, S. 1111), abgedruckt als Anhang 5 bei *HK-UrhR*, S. 1628 ff. Für einen Überblick über dessen Bestimmungen siehe *Sterling*, Rn. 19.01ff.

der verwandten Schutzrechte, insbesondere das Rom-Abkommen aus dem Jahre 1961⁴³⁹ sowie der WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger⁴⁴⁰ aus dem Jahre 1996. Diese sind zwar von Bedeutung, wo auf Werke zurückgegriffen wird, an denen neben dem Urheberrecht verwandte Leistungsschutzrechte bestehen. Zum einen steht jedoch insgesamt der Zugriff auf wissenschaftliche Literatur im Vordergrund der Untersuchung, ein Bereich, in dem keine gesonderten Leistungsschutzrechte für Verleger existieren.⁴⁴¹ Zum anderen bestehen hinsichtlich der Vorgaben für nationale Schrankenregelungen weitgehende Parallelen zu den untersuchten Verträgen.⁴⁴²

Als zentrales Regelungsinstrument im Bereich der Urheberrechtsschranken hat sich seit seiner ersten Implementierung in die RBÜ im Jahr 1967 der sogenannte Drei-Stufen-Test etabliert. Danach müssen sich Schrankenregelungen auf bestimmte Sonderfälle beschränken, dürfen die normale Werkauswertung nicht beeinträchtigen, und dürfen zudem die berechtigten Interessen des Urhebers bzw. Rechtsinhabers nicht unzumutbar verletzen.⁴⁴³ Seine Bedeutung ist im Verlauf der letzten Jahrzehnte nicht nur insgesamt gewachsen, sondern er hat zusätzlich einen Bedeutungswandel vollzogen.⁴⁴⁴ Nachdem es sich zunächst um eine Vorgabe an den einzelstaatlichen Gesetzgeber bei der Schaffung von Schrankenregelungen handelte, wurde der Test zunehmend auch durch nationalstaatliche Gerichte als Kriterium bei der Auslegung bestehender Schrankenregelungen herangezogen.⁴⁴⁵ Verstärkt wurde dies durch die Aufnahme des Tests in Art. 5 Abs. 5 der

⁴³⁹ Rom-Abkommen vom 26.10. 1961 (BGBl. II 1965 S. 1245), abgedruckt als Anhang 6 in *HK-UrhR*, S. 1643 ff.

⁴⁴⁰ WIPO Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WPPT) vom 23.12.1996 (Abl. 2000 L 89 S.15), abgedruckt als Anlage 3 in *HK-UrhR*, S. 1590 ff.

⁴⁴¹ Für die Einführung von entsprechenden Leistungsschutzrechten, jedoch anstelle des derivativen Urheberrechtsschutzes, wiederholt *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), *Copyright Law*, S. 353; *ders.*, GRUR 2005, 819, 826; *ders.* GRUR Int 2006, 179, 190.

⁴⁴² Beispielsweise insoweit, als Art. 15 Abs. 2 des Rom-Abkommens und Art. 16 Abs. 1 WPPT für den Bereich der verwandten Schutzrechte die gleichen Schrankenregelungen für zulässig erklären, die ein Mitgliedsstaat auf nationaler Ebene in Bezug auf das Urheberrecht vorsieht, und Art. 16 Abs. 2 WPPT zudem den maßgeblichen Drei-Stufen-Test identisch übernimmt und lediglich statt auf den Urheber bzw. Rechtsinhaber auf den ausübenden Künstler bzw. Produzenten verweist.

⁴⁴³ Vgl. Art 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT; siehe dazu im Einzelnen noch unten, Teil 2 A. II.

⁴⁴⁴ Vgl. *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 266.

⁴⁴⁵ Vgl. zum Beispiel BGH NJW 1999, 1953, 1959 – *Kopienversanddienst*; siehe auch die Entscheidungen des französischen Cour de Cassation vom 28. Februar 2006, 37 IIC 760 (2006), und des Schweizerischen Bundesgerichts, Urteil vom 26.06.2007, GRUR Int 2007, 1046, 1050 – *Elektronische Pressespiegel*.

InfoSoc-Richtlinie und die Implementierungstechnik einiger Mitgliedsstaaten, den Test anders als in Deutschland unmittelbar in das nationale Urheberrecht zu übernehmen.⁴⁴⁶ Auch im Zweiten Korb wurde in der Diskussion um die neu geschaffenen Schrankenregelungen regelmäßig auf die entsprechenden internationalen Vorgaben verwiesen.⁴⁴⁷ Eine Untersuchung der Schrankenregelungen im Wissenschaftsurheberrecht setzt deshalb eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Drei-Stufen-Test voraus.

Die Grenze zu Überlegungen *de lege ferenda* wird in Bezug auf das internationale Urheberrecht jedoch nicht überschritten. Der Drei-Stufen-Test ist ebenso wie das internationale Urheberrechtssystem insgesamt trotz zunehmender Kritik⁴⁴⁸ derart etabliert, das auch moderate Reformansätze im Rahmen dieser Arbeit nicht sinnvoll erscheinen. Die internationalen Abkommen lassen sich als „notorisch unrevidierbar“ bezeichnen,⁴⁴⁹ nicht zuletzt wegen des Einstimmigkeitserfordernisses in Art. 27 Abs. 3 RBÜ. Auch in Bezug auf das TRIPS-Abkommen stoßen Ansätze für auch nur geringfügige Änderungen des Drei-Stufen-Tests angesichts des auf WTO-Ebene vorherrschenden Denkens und Handelns in „Paketlösungen“ und der schwerfälligen und langwierigen Verhandlungen in umfassenden Handelsrunden an die Grenzen des politisch Machbaren.⁴⁵⁰

Angesichts dieses unflexiblen Systems ist es umso wichtiger, seine bindenden Vorgaben ebenso wie seine bestehende Spielräume für Wissenschaftsschranken zu untersuchen. Zunächst wird der Frage nachgegangen, inwieweit die für das Wissenschaftsurheberrecht relevanten Interessen in den Abkommen eine ausdrückliche oder zumindest indirekte Berücksichtigung finden. Anschließend werden die Überlegungen in Bezug gesetzt zum Drei-Stufen-Test als zentralem Instrument, dessen Auswirkungen auf das Wissenschaftsurheberrecht im Vordergrund der Untersuchungen stehen. Dabei werden

⁴⁴⁶ So die Tschechische Republik, Frankreich, Griechenland, Ungarn, Italien, Luxemburg, Malta, Polen, Portugal und die Slowakei, vgl. *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholtz (u.a.)*, Implementation study, Part I, S. 57; zur Übernahme des Tests in die InfoSoc-Richtlinie vergleiche noch unten, Teil 2 B. II. 3.

⁴⁴⁷ Vgl. z. B. die wiederholte Bezugnahme im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 21, 27, 46, 48.

⁴⁴⁸ Siehe dazu insbesondere die vom Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum und dem Queen Mary College, University of London gemeinschaftlich mit internationalen Urheberrechtsexperten entwickelte „Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step-Test“ in copyright law“, initiiert von *Geiger/Hilty/Griffiths/Suthersanen*, der sich inzwischen eine Vielzahl weiterer Urheberrechtswissenschaftler angeschlossen haben, veröffentlicht in IIC 2008, 707 ff., deutsche Übersetzung in: GRUR Int 2008, 822 ff., mehrsprachig abrufbar unter www.ipmpg.de.

⁴⁴⁹ So *Schricker*, GRUR 1992, 242, 247; kritisch auch *Koelman*, EIPR 2006, 407, 411.

⁴⁵⁰ Vgl. zur Problematik statt vieler nur *Gervais*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, Fn. 136.

zum Teil noch vorherrschende, restriktive Lesarten angesichts neuerer Bestrebungen für eine ausgeglichene Interpretation kritisch in Frage gestellt.⁴⁵¹

I. Berücksichtigung der Wissenschaftsinteressen in internationalen Abkommen

Zielsetzung der internationalen urheberrechtlichen Abkommen ist der Urheberrechtsschutz. Schon die Verbandsländer der Berner Übereinkunft waren laut Präambel „vom Wunsche geleitet, die Rechte der Urheber an ihren Werken der Literatur und Kunst in möglichst wirksamer und gleichmäßiger Weise zu schützen“. Art. 1 RBÜ erhebt diesen Schutz ausdrücklich zum Verbandszweck. Er stellt Geltungsgrund und wesentliches Ziel der Abkommen auf dem Gebiet des internationalen Urheberrechts dar. Es überrascht deshalb nicht, wenn dort die Interessen der Urheber klar im Vordergrund stehen, während ebenfalls berechnete Interessen der Allgemeinheit weniger deutlich zum Ausdruck kommen.⁴⁵² Dennoch enthalten insbesondere die jüngeren Abkommen Elemente, die generell die Berücksichtigung von Allgemeininteressen und spezieller Interessen der Wissenschaft sowie Interessen an der Wissenschaft zum Ausdruck bringen.

1. Revidierte Berner Übereinkunft

Die mehrfach revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst aus dem Jahre 1886 ist das älteste und grundlegendste der internationalen Urheberrechtsabkommen.⁴⁵³ Sie begründet neben dem Prinzip der Inländergleichbehandlung einen verpflichtenden Minimalschutz und setzt für die in der Übereinkunft festgeschriebenen Rechte auch die den Mitgliedsstaaten verbleibenden Spielräume für entsprechende Schrankenregelungen fest. Besondere Bedeutung erlangt sie dadurch, dass WCT und TRIPS-Übereinkommen auf sie verweisen und ihre Bestimmungen – im Fall von TRIPS mit Ausnahme der Urheberpersönlichkeitsrechte – unabhängig von der Mitgliedschaft in der RBÜ für alle Unterzeichnerstaaten des WCT und alle Mitglieder der Welthandelsorganisation für verbindlich erklären.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Siehe dazu die „Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step-Test“ in copyright law“, a.a.O.

⁴⁵² Vgl. Hohagen, S. 48; siehe dazu auch Nielsen, Interessenausgleich, S. 61, m.w.N.

⁴⁵³ Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9.9. 1886, zuletzt geändert durch Beschluss vom 2.10.1979 (BGBl. II 1985, S. 81), abgedruckt als Anhang 4 bei *HK-UrhR*, S. 1601 ff.

⁴⁵⁴ Art. 1 Abs. 4 WCT und Art. 9 Abs. 1 TRIPS. Für einen grundlegenden Überblick zur RBÜ vgl. *Sterling*, Rn. 18.01 ff.

a) Bezugnahmen auf Allgemeininteressen

Die RBÜ selbst enthält keine ausdrückliche Bezugnahme auf berücksichtigungsfähige Interessen der Allgemeinheit oder auf spezielle Wissenschaftsinteressen. In ihrer bereits zitierten Präambel und gemäß ihrem Verbandszweck ist sie dem Wortlaut nach einseitig auf den Urheberschutz ausgerichtet. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass auch dieser Schutz lediglich „möglichst“ effektiv ausgestaltet werden muss. In der englischen Fassung lautet die Formulierung „in as effective and uniform a manner as possible“. Dies lässt sich selbst in dieser schutzintensiven Formulierung als eine Relativierung verstehen. Auch das damit angestrebte hohe Schutzniveau sollte nicht im Sinne des absolut höchsten Schutzniveaus verstanden werden, das Vorstellungskraft und Rechtsetzungstechnik ermöglichen, sondern die Wendung „as possible“ deutet auch in der grundlegenden Zielsetzung der RBÜ bereits die Möglichkeit sonstiger berechtigter Interessen an, die ebenfalls Berücksichtigung finden müssen, soweit der „möglichst effektive“ Schutz im Einzelnen näher ausgestaltet wird.⁴⁵⁵ Dieser Gedanke findet sich bereits in den historischen Dokumenten der ersten Konferenz vor Entstehung der Berner Übereinkunft im Jahr 1884 wieder, wenn der Vorsitzende der Konferenz, *Numa Droz*, ausführt: „Consideration also has to be given to the fact that limitations on absolute protection are dictated, rightly in my opinion, by the public interest.“⁴⁵⁶

Entsprechend enthält die RBÜ Elemente, die auch ohne deren ausdrückliche Benennung Allgemeininteressen dienen. Beispiele sind die speziellen Vorbehalte für nationale Schrankenbestimmungen in Art. 10 und 10bis RBÜ. Dazu zählen die Schrankenbestimmungen zu Gunsten der Berichterstattung über Tagesereignisse in Art. 10bis Abs. 1 und 2 RBÜ sowie der Vorbehalt in Art. 10 Abs. 2 RBÜ für Schranken, die eine Veranschaulichung des Unterrichts ermöglichen sollen. Beide Themenkomplexe reflektieren Allgemeininteressen, die somit zumindest indirekt gewürdigt werden. Gleiches gilt für die einzige zwingende Schrankenvorgabe der RBÜ für das Zitatrecht in Art. 10 Abs. 1. Die Freiheit, in dessen Rahmen unmittelbar auf fremde Werke Bezug nehmen zu können, ist von besonderer Bedeutung für den im Allgemeininteresse stehenden Gedankenaustausch und für die gesellschaftliche Kommunikation insgesamt. Wissenschaftsinteressen werden jedoch selbst bei diesen indirekt privilegierten Bereichen nicht besonders einbezogen, selbst wenn das Zitatrecht gerade im Wissenschaftsbereich von

⁴⁵⁵ So zu Recht *Ficsor*, Rn. C-Pr.04; 5.06.

⁴⁵⁶ Records 1884 Berne, S. 68, so zitiert von *Ficsor*, Rn. 5.06.

Bedeutung ist. Von einer besonderen Privilegierung der Wissenschaft kann insoweit nicht gesprochen werden.

Bemerkenswert ist dabei, dass bis zur Stockholmer Revision des Konventionstextes im Jahr 1967 der frühere Art. 10 Abs. 2 RBÜ neben Publikationen zu Unterrichtszwecken ausdrücklich auch wissenschaftliche Publikationen insoweit privilegierte, als bei ihnen die Regelung der Übernahme von Auszügen aus literarischen oder künstlerischen Werken in gewissem Rahmen den Mitgliedsstaaten überlassen blieb.⁴⁵⁷ Auch die vorbereitenden Dokumente der Konferenz sahen zunächst vor, einen Vorbehalt für den Gebrauch von Anleihen („borrowings“) aus vorbestehenden Werken in „Veröffentlichungen mit wissenschaftlichem Charakter“ aufrechtzuerhalten.⁴⁵⁸ Die spezifische Benennung wissenschaftlicher Werke entfiel erst im Verlauf der Revisionskonferenz auf Vorschlag der Arbeitsgruppe, die sich mit dem Drei-Stufen-Test in Art. 9 Abs. 2 RBÜ und mit Art. 10 Abs. 2 beschäftigte.⁴⁵⁹ Sie entschied sich für eine Streichung der speziellen Schranke für Werke mit wissenschaftlichem Charakter, „in view of the expansion of the field of science and the number of exceptions to the right of reproduction which were already included in the Convention.“⁴⁶⁰

Diese Streichung sollte jedoch nicht als Geringschätzung von Wissenschaftsinteressen verstanden werden. Sie erklärt sich vielmehr aus dem vorherrschenden Verständnis, nach dem gerade Schranken zu Gunsten der Wissenschaft bereits durch die sonstigen Schrankenvorbehalte zum Vervielfältigungsrecht abgedeckt werden, speziell mit Blick auf den neu durch die Arbeitsgruppe eingeführten Drei-Stufen-Test in Art. 9 Abs. 2.⁴⁶¹ Tatsächlich hatten gerade Beispiele aus dem Wissenschaftsbereich während der Stockholmer Revisionskonferenz eine besondere Rolle gespielt. Im Bericht der Hauptkommission I heißt es im auf *Ulmer* zurückgehenden Beispiel, dass „eine Fotokopie, wenn sie in einer geringen Anzahl von Exemplaren insbesondere zum privaten oder wissenschaftlichen Gebrauch hergestellt wird, ohne Zahlung einer Vergütung zulässig sein kann“,⁴⁶² was sie gegenüber anderen, insbesondere gegenüber kommerziellen Vervielfältigungen

⁴⁵⁷ Siehe Art. 10 Abs. 2 der früheren Fassung der RBÜ, abgedruckt in: *WIPO (Hrsg.)*, Records of the Stockholm Conference, S. 156.

⁴⁵⁸ Siehe den Entwurf für Art. 10 Abs. 2, a.a.O., S. 157.

⁴⁵⁹ Report of Main Committee I, a.a.O., S. 1148.

⁴⁶⁰ Summary Minutes (Main Committee I), a.a.O., S. 885.

⁴⁶¹ In diesen Sinne auch *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.34.

⁴⁶² *WIPO (Hrsg.)*, Records of the Stockholm Conference, S. 1145 f.

fältigungen innerhalb des Beispiels besonders privilegierte. Auch in den Protokollen des Main Committee I wird auf Vervielfältigungen zu wissenschaftlichen Zwecken Bezug genommen. Dort wird ausgeführt, über den neu eingeführten Drei-Stufen-Test könne zwar nicht generell die Vervielfältigung in vielfacher Ausfertigung gerechtfertigt werden, wohl aber die Anfertigung von Photokopien, soweit sie allein für den individuellen Gebrauch oder *für wissenschaftliche Zwecke* erfolge.⁴⁶³ Damit findet die Wissenschaft zumindest in den Dokumenten zur bislang letzten Revision des Abkommens eine ausdrückliche Berücksichtigung, was im Wege der historischen Auslegung bedeutsam ist. Es bleibt jedoch beim Fehlen einer ausdrücklichen Benennung von Wissenschaftsinteressen im Vertragstext selbst. Dies ist im bereits genannten Rom-Abkommen zum Schutz der ausübenden Künstler, Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen interessanter Weise anders, wenn dort in Art. 15 Abs. 1 d) ausdrücklich Schrankenregelungen gestattet werden, die der Benutzung „ausschließlich [zu] Zwecken des Unterrichts oder der wissenschaftlichen Forschung“ dienen.

b) Ansatzpunkte für die Berücksichtigungsfähigkeit von Wissenschaftsinteressen

Unabhängig von ausdrücklichen Bezugnahmen auf Allgemein- und Wissenschaftsinteressen bleibt zu untersuchen, inwieweit sich ihre Berücksichtigung im Sinne eines Interessenausgleichs wenn schon nicht aus dem Wortlaut und den Protokollen, so doch zumindest aus dem Gesamtgefüge und der umfassenderen Entstehungsgeschichte des Abkommens herleiten lässt. Dafür spricht, dass bei Einführung des Vervielfältigungsrechts auf internationaler Ebene durch die Stockholmer Revisionskonferenz in vielen nationalen Rechtsordnungen nicht nur die entsprechenden Vervielfältigungsrechte existierten, sondern zum Teil gerade als Ausfluss unterschiedlichster Interessenabwägungen auch eine Vielzahl von Schrankenregelungen.⁴⁶⁴ Zum Teil wurde unter Verweis auf die bereits bestehenden nationalen Schrankenregelungen die Sinnhaftigkeit der Einführung des Vervielfältigungsrechts im Abkommen insgesamt in Frage gestellt, wenn die notwendigerweise weit und vage zu formulierende Regelung, die all diese Schrankenbestimmungen abdecken könnte, am Ende die Situation für die Urheber eher verschlechtern als verbessern würde.⁴⁶⁵ Vor diesem schwierigen Hintergrund wurde der

⁴⁶³ Summary Minutes (Main Committee I), a.a.O., S. 883.

⁴⁶⁴ Vgl. nur die kurz zuvor eingeführten Schrankenregelungen im deutschen UrhG nach der Reform 1965.

⁴⁶⁵ Vgl. die Bemerkungen der irischen und britischen Delegation, Summary Minutes (Main Committee I), a.a.O., S. 851 bzw. 857.

Drei-Stufen-Test als eine Art Kompromiss eingeführt.⁴⁶⁶ Dieser war nötig, weil die Vertragsstaaten nicht bereit waren, ihre nationalen Schrankenbestimmungen aufzugeben, sondern am jeweiligen Interessenausgleich festhalten wollten, wo sie ihn bereits vorgenommen hatten oder in Zukunft vorzunehmen beabsichtigten. Eine Schrankenbestimmung, die die Verbandsländer gezwungen hätte, bestehende und bewährte nationale Regelungen abzuschaffen, hätte kaum eine Chance gehabt, akzeptiert zu werden.⁴⁶⁷ Zu Recht wird deshalb vertreten, dass die Einführung des Tests zumindest diejenigen nationalen Schranken sanktioniert habe, die bereits zu diesem Zeitpunkt existierten.⁴⁶⁸

c) **Zwischenfazit**

Es bleibt noch zu untersuchen, inwieweit der Drei-Stufen-Test seinerseits dem Anspruch an einen angemessenen Interessenausgleich gerecht wird.⁴⁶⁹ Zusammenfassend ist jedoch festzuhalten, dass er auch ohne explizite Bezugnahme auf Wissenschaftsinteressen deren Berücksichtigung zwar nicht unmittelbar vorgibt, aber zumindest ermöglicht. Innerhalb seiner mehr oder weniger engen und umstrittenen Begrenzungen ist er daher zwar nicht „Motor“ des Interessenausgleichs, aber vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte als ein schon damals für erforderlich gehaltenes „Einlassventil“ für die Berücksichtigung gegenläufiger Interessen zumindest geeignet. Die RBÜ als erstes maßgebliches Abkommen des internationalen Urheberrechts verfolgt zwar insgesamt eine schutzrechtsintensivierende Zielsetzung. Dennoch ist sie zum einen im Bewusstsein des Bedarfs gewisser Vorbehalte für Schrankenregelungen entstanden und steht der Anerkennung von Allgemeininteressen nicht kategorisch entgegen. Zum anderen haben gerade Schrankenbestimmungen für wissenschaftliche Zwecke im Rahmen der letzten Revisionskonferenz eine besondere Rolle gespielt, nachdem in der bis dato gültigen Version der Berner Übereinkunft sogar eine ausdrückliche Privilegierung wissenschaftlicher Werke enthalten war.

2. TRIPS-Übereinkommen

Das TRIPS-Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum ist als eines der Ergebnisse der Uruguay-Handelsrunde zur Revision des damaligen General Agreements on Tariffs and Trade (GATT) seit 1994 Teil des Ab-

⁴⁶⁶ So auch *Senftleben*, GRUR Int 2004, 200, 201.

⁴⁶⁷ *Bornkamm*, in: *Ahrens* (Hrsg.) Festschrift Erdmann, S. 31.

⁴⁶⁸ *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.25; vgl. auch *Hohagen*, S. 94.

⁴⁶⁹ Siehe dazu unten Teil 2 A II.

kommens zur Gründung der Welthandelsorganisation (WTO).⁴⁷⁰ Mitgliedsstaaten der WTO sind seinem Regime unterworfen. Zudem werden durch TRIPS mit Ausnahme der Urheberpersönlichkeitsrechte die materiellen Vorschriften der RBÜ für alle WTO-Mitglieder verbindlich.⁴⁷¹

a) **Bezugnahmen auf Allgemeininteressen**

aa) **Präambel**

Im Vergleich zur RBÜ enthält TRIPS deutlich stärkere unmittelbare Bezugnahmen auf Interessen der Allgemeinheit. Zwar ist auch TRIPS primär auf den Schutz der einbezogenen Immaterialgüter ausgerichtet. So spricht es im ersten Absatz der Präambel vor dem Hintergrund seiner Zielsetzung, „Verzerrungen und Behinderungen des internationalen Handels zu verringern“, von der „Notwendigkeit“, „einen wirksamen und angemessenen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums zu fördern“. Ein vereinheitlichender und schutzintensivierender Effekt ist in der Praxis auch nicht zu bestreiten. Aufgrund der Verknüpfung mit dem WTO-Regime bestehen unter TRIPS anders als bei der RBÜ effektive Streitbeilegungsmechanismen auf internationaler Ebene. Zudem enthält TRIPS in seinem dritten Teil detaillierte Regelungen, die die Mitgliedsstaaten neben der materiell-rechtlichen Ausgestaltung der Immaterialgüterrechte auch zu effektiven Mechanismen der Rechtsdurchsetzung verpflichten. Dies widerspricht jedoch nicht der Erkenntnis, dass die Vorgaben auf der materiellrechtlichen Ebene im Vergleich mit der RBÜ ausdrücklicher balanceorientiert ausgestaltet sind.

Bezieht sich die RBÜ auf einen Schutz in „möglichst wirksamer und gleichmäßiger Weise“, geht die TRIPS-Präambel nicht nur von einem „effektiven“, sondern explizit auch von einem „angemessenen“ Schutz des „geistigen Eigentums“ aus⁴⁷² und stellt fest, dass die Vorgaben des Abkommens „in Erkenntnis der *dem öffentlichen Interesse dienenden* grundsätzlichen Ziele der Systeme der einzelnen Länder für den Schutz des geistigen Eigentums, einschließlich der entwicklungs- und technologiepolitischen Ziele“ getroffen werden.

⁴⁷⁰ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS), vom 15.04.1994 (ABl. L 336 S. 214; BGBl. II S. 1438, 1730), abgedruckt als Anhang 7 bei *HK-UrbR*, S. 1653 ff.

⁴⁷¹ Siehe den Verweis in Art. 9 Abs. 1 TRIPS. Für einen grundlegenden Überblick zum TRIPS-Abkommen vgl. *Sterling*, Rn. 22.01 ff.

⁴⁷² Darauf verweist auch *Peukert*, Festschrift Hilty, S. 46.

bb) Art. 7 TRIPS

Noch deutlicher wird der am Interessenausgleich orientierte Ansatz, wenn Art. 7 TRIPS die Ziele des Abkommens wie folgt definiert: „Der Schutz und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums sollen zur *Förderung der technischen Innovation sowie zur Weitergabe und Verbreitung von Technologie* beitragen, dem *beiderseitigen Vorteil der Erzeuger und Nutzer technischen Wissens* dienen, in einer dem *gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wohl* zuträglichen Weise erfolgen und einen *Ausgleich zwischen Rechten und Pflichten* herstellen.“

Ohne dass durch die Bezugnahme auf den Ausgleich zwischen Rechten und Pflichten die konkrete Art dieses Ausgleichs und die Wertigkeit der Elemente vorweggenommen würde, und ohne dass die dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wohl zuträgliche Weise damit konkret festgelegt wäre, wird dennoch unverkennbar die Notwendigkeit einer Balance zwischen Rechten und Pflichten und eine insgesamt funktionale Perspektive im Sinne eines innovationsorientierten Ansatzes⁴⁷³ hervorgehoben und auf den notwendigen Ausgleich hingewiesen, der sich aus den vielfältigen und zum Teil gegensätzlichen Regelungsinteressen und Schutzgütern des Rechts des geistigen Eigentums ergibt.⁴⁷⁴ In einem derart ausgerichteten System sind Schrankenregelungen leichter zu rechtfertigen als in einem einseitig auf Maximalschutz abzielenden Abkommen, insbesondere mit Blick auf das ausdrücklich mit einbezogene gesellschaftliche Wohl. Ob darüber hinaus Schrankenregelungen die innovationsorientierten Ziele des Abkommens in manchen Fällen sogar besser verwirklichen können als Verwertungsrechte, soll an dieser Stelle dahinstehen.⁴⁷⁵

cc) Art. 8 TRIPS

Auch die Grundsätze in Art. 8 TRIPS lassen sich als Argument für die Berücksichtigung von Allgemeininteressen anführen. Dort heißt es:

„(1) Die Mitglieder dürfen bei der Abfassung oder Änderung ihrer Gesetze und sonstigen Vorschriften die Maßnahmen ergreifen, die zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und Ernährung sowie zur Förderung des öffentlichen Interesses in den für ihre sozio-ökonomische und technische Entwicklung lebenswichtigen Sektoren

⁴⁷³ So Geiger, Festschrift Hilty S. 98.

⁴⁷⁴ So Höhne, in: Busche/Stoll, Art. 7 Rn. 7.

⁴⁷⁵ Dafür Geiger, Festschrift Hilty S. 98.

notwendig sind; jedoch müssen diese Maßnahmen mit diesem Übereinkommen vereinbar sein.

(2) Geeignete Maßnahmen, die jedoch mit diesem Übereinkommen vereinbar sein müssen, können erforderlich sein, um den Missbrauch von Rechten des geistigen Eigentums durch die Rechtsinhaber oder den Rückgriff auf Praktiken, die den Handel unangemessen beschränken oder den internationalen Technologietransfer nachteilig beeinflussen, zu verhindern.“

Die Möglichkeiten der Mitgliedsstaaten werden durch die engen tatbestandlichen Voraussetzungen und die Rückbindung an die erforderliche Vereinbarkeit mit den sonstigen Bestimmungen des TRIPS-Übereinkommens stark relativiert. Es erscheint allerdings dennoch nicht ausgeschlossen, auch wissenschaftliche Forschung in den Bereich einzubeziehen, den TRIPS mit dem „öffentlichen Interesse in den für ihre sozio-ökonomische und technische Entwicklung lebenswichtigen Sektoren“ umschreibt. Die öffentlichen Interessen werden durch diesen Zusatz zwar qualifiziert, der gewählte Begriff ist jedoch zunächst denkbar offen und umfasst alle wirtschaftlich und gesellschaftlich relevanten Lebensbereiche, ohne dass eine weitergehende inhaltliche Bestimmung möglich wäre. Auch was „lebenswichtig“ ist, kann sich nach der jeweiligen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Situation eines Mitgliedslandes bestimmen. Zum Ausdruck kommt aber durch diese gesteigerte Anforderung in jedem Fall, dass nicht unter Hinweis auf jedwedes öffentliche Interesse flächendeckend in Schutzrechte eingegriffen werden kann. Weiter eingengt wird der Anwendungsbereich der Norm auch durch das Erfordernis der Notwendigkeit der Maßnahme im Einzelfall.⁴⁷⁶ Unabhängig von der Frage der Grenzziehungen ändern die engen Voraussetzungen jedoch nichts an der ausdrücklichen Bezugnahme auf das öffentliche Interesse als Gegengewicht zum Immaterialgüterrecht.

Auch die nach Absatz 2 möglichen Maßnahmen gegen den Missbrauch von Immaterialgüterrechten verdeutlichen das von TRIPS angestrebte Ziel eines zwar starken und effektiven, aber letztlich nur *angemessenen* Schutz des geistigen Eigentums, ohne einen Missbrauch geistiger Eigentumsrechte zu ermöglichen. Dies ist mit Blick auf die Zweifel an einem allein nach den Gesetzen des freien Marktes funktionierenden wissenschaftlichen Publikationswesen und die teilweise starke, potentiell sogar einer Monopolstellung

⁴⁷⁶ Vgl. Brand, in: Busche/Stoll, Art. 7 Rn. 22 ff.

angenäherte Position einiger Wissenschaftsverleger angesichts der doppelt eingeschränkten Substituierbarkeit im Wissenschaftsbereich interessant.⁴⁷⁷ Geeignete korrigierende Maßnahmen sind vor dem Hintergrund von Art. 8 Abs. 2 TRIPS nicht vollkommen ausgeschlossen, sondern in gewissem Rahmen ohne einen Verstoß gegen TRIPS zulässig.

In den Zielen und Grundsätzen als grundlegenden Bestimmungen des Abkommens sowie in der Präambel finden Allgemeininteressen damit eine deutlich stärkere ausdrückliche Berücksichtigung als in der RBÜ. Während mit Blick auf seine Anreizfunktion auch das Urheberrecht teilweise im öffentlichen Interesse gewährt wird, können öffentliche Interessen als Begründung für Beschränkungen des Urheberrechts unter TRIPS berücksichtigt werden, wenn dessen Schutz so stark wird, dass er die innovationsfördernde Wirkung nicht länger fördert, sondern statt dessen eher behindert.⁴⁷⁸

dd) Besonderheiten des Drei-Stufen-Tests unter TRIPS

Art. 13 TRIPS übernimmt den Drei-Stufen-Test der RBÜ, der noch im Detail untersucht wird. Schon an dieser Stelle ist jedoch ein Vergleich zwischen Art. 13 TRIPS für das Urheberrecht und den parallelen Schranken- oder Ausnahmeverhalten für die sonstigen in TRIPS geregelten Schutzrechte relevant. Denn hier fällt die beinahe wortgleiche Übernahme des Drei-Stufen-Tests aus der RBÜ im Urheberrecht auf,⁴⁷⁹ während er im Markenrecht, Muster- und Modellrecht sowie im Patentrecht nicht unwesentlich durch die Bezugnahme auf die Interessen Dritter ergänzt wird. Bei Ausnahmen vom Markenrecht müssen nach Art. 17 TRIPS die „berechtigten Interessen des Inhabers der Marke und Dritter“ berücksichtigt werden. In Art. 26 Abs. 2 und Art. 30 TRIPS im Muster- und Modellrecht bzw. Patentrecht wird die eigenständige Berücksichtigung von Drittinteressen noch deutlicher. Auf der zweiten Stufe des Tests heißt es hier, dass Ausnahmen „nicht *unangemessen* im Widerspruch zur normalen Verwertung“ stehen dürfen, auf der dritten Stufe wird ein Halbsatz angefügt: „wobei auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen sind“. Eine solche ausdrückliche Bezugnahme fehlt in Bezug auf die Urheberrechtsschranken. Fraglich ist, ob daraus eventuell ein Umkehrschluss abgeleitet werden muss, so dass Drittinteressen und Interessen der Allgemeinheit im Urheberrecht generell unberücksichtigt bleiben. Im Ergebnis wird man dies jedoch verneinen können.

⁴⁷⁷ Siehe oben Teil 1. E. I.

⁴⁷⁸ So sinngemäß auch *Gervais*, TRIPS Agreement, Preamble, Rn. 2.11.

⁴⁷⁹ Statt auf den Urheber wird jedoch auf dritter Stufe auf den Rechtsinhaber abgestellt.

Zum Teil wird unter Verweis auf die Zielsetzung und die Prinzipien von TRIPS schon in Frage gestellt, ob die Formulierung des Art. 13 TRIPS wirklich auf einem systematischen Auslassen beruht, oder ob es sich nicht vielmehr um eine Fehlstelle handele.⁴⁸⁰ Diese könnte dann schon deshalb über eine entsprechende Auslegung auszufüllen bzw. zu korrigieren sein. Der Vorwurf eines solchen Redaktionsversehens ist allerdings weitgehend. Auch ohne dass man eine ungewollte Fehlstelle annimmt, lässt sich ein zwingender Umkehrschluss aber vermeiden, wenn man beachtet, dass der für alle TRIPS-Schutzrechte übernommene Drei-Stufen-Test aus dem maßgeblichen völkerrechtlichen Abkommen des Urheberrechts entlehnt wurde. Deshalb überrascht es nicht, wenn der Normgeber gerade im originären Anwendungsbereich des Tests auf eine Erweiterung des Wortlauts um eine ausdrückliche Bezugnahme auf Drittinteressen verzichtete, sondern ihn fast unverändert übernahm, ohne den Interessenausgleich wie in den Parallelnormen explizit zum Ausdruck zu bringen. Ordnet man den unverändert übernommenen urheberrechtlichen Drei-Stufen-Test in den stärker balanceorientierten Kontext der Präambel, der Ziele und der Grundsätze des Abkommens ein, so steht der Vergleich mit dem Wortlaut der Parallelnormen auch im Urheberrecht einer Auslegung unter Einbeziehung von Drittinteressen und Interessen der Allgemeinheit nicht zwingend entgegen.

b) Zwischenfazit

Auch einer der führenden Kommentatoren des internationalen Urheberrechts kommt zu dem Schluss, wie schon die RBÜ verfolge auch TRIPS einen schutzintensivierenden Kurs. Bei den Bestimmungen des TRIPS-Abkommens sei aufgrund einer systematischen Auslegung und unter Beachtung der Präambel, der Ziele und Grundsätze jedoch eine ausgewogenere Herangehensweise erforderlich, die die Interessen der Rechteinhaber gegen andere widerstreitende öffentliche Interessen abwäge, zu denen auch Belange der Bildung und Entwicklung gehörten. Vor diesem Hintergrund sei es fehlerhaft, eine einseitige Maximalschutzperspektive einzunehmen.⁴⁸¹

Dies ändert nichts daran, dass TRIPS seinerseits in Art. 9 Abs. 1 die Geltung der RBÜ anordnet. Auch nach Art. 2 Abs. 2 des Abkommens werden die Verpflichtungen der RBÜ-Mitgliedstaaten untereinander durch TRIPS nicht berührt. Inwieweit demnach Art. 13 TRIPS Schrankenbestimmungen ermöglichen könnte, die über den Rahmen dessen hinausgehen, was die RBÜ ihrerseits gestattet, ist fraglich und hängt

⁴⁸⁰ *Hilty*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), *Gemeinfreiheit*, S. 122.

⁴⁸¹ *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.102.

maßgeblich von der jeweiligen Auslegung der Abkommen ab.⁴⁸² Ohne hier im Detail auf das Verhältnis zwischen TRIPS und RBÜ eingehen zu können, ist jedenfalls die Tendenz festzuhalten, dass das zeitlich jüngere TRIPS-Abkommen den Weg in Richtung eines ausgewogeneren Schutzmodells eingeschlagen hat und die Gedanken des Interessenausgleichs deutlicher zum Ausdruck bringt, als es der insoweit eher vage Text der RBÜ tut. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf Interessen der Wissenschaft findet sich jedoch auch in TRIPS nicht.

3. WIPO Urheberrechtsvertrag

Der WIPO-Urheberrechtsvertrag bzw. WIPO Copyright Treaty (WCT) von 1996 ist das jüngste der hier untersuchten internationalen urheberrechtlichen Abkommen.⁴⁸³ Seine Zielsetzung war es, auf der Ebene des internationalen Urheberrechts den Schritt in das digitale Zeitalter zu vollziehen und auf technologische Entwicklungen und die damit verbundenen Herausforderungen zu reagieren. Statt einer wenig aussichtsreichen Revision der RBÜ wurde der Weg eines neuen Abkommens gewählt, das alle materiellen Vorschriften der RBÜ für anwendbar erklärte und zusätzlich mit dem oft als Internetrecht bezeichneten „right of making available“ sowie dem neuartigen Rechtsschutz für technische Schutzmaßnahmen und digitales Rechtemanagement Neuland in der digitalen Welt betrat.⁴⁸⁴

a) Bezugnahmen auf Allgemeininteressen

Der WCT enthält in seiner Präambel die bislang deutlichste ausdrückliche Bezugnahme auf öffentliche Interessen. Zwar wird zunächst in Abs. 1 der Wortlaut der RBÜ übernommen, wenn die „Entwicklung und Beibehaltung“ eines „möglichst effektiven und gleichmäßigen Schutzes“ der Urheberrechte erneut zur Zielsetzung erklärt werden. Gleichzeitig wird in Abs. 5 aber ausdrücklich die „Notwendigkeit“ anerkannt, „ein Gleichgewicht zwischen den Rechten der Urheber und dem *umfassenderen öffentlichen Interesse*, insbesondere Bildung, *Forschung* und Zugang zu Informationen, zu wahren, wie dies in der Berner Übereinkunft zum Ausdruck kommt.“ Anders als in RBÜ und TRIPS wird dabei mit der „Forschung“ ausdrücklich auch auf den Wissenschaftsbereich Bezug genommen und dieser gegenüber sonstigen öffentlichen Interessen besonders hervorgehoben.

⁴⁸² Gegen einen zusätzlichen Spielraum aufgrund von TRIPS *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.102.

⁴⁸³ WIPO Urheberrechtsvertrag (WCT) vom 23.12.1996 (Abl. 2000 L 89 S.8), abgedruckt als Anhang 2 bei *HK-UrhR*, S. 1582 ff.

⁴⁸⁴ Art. 1 Abs. 4, Art. 8 sowie Art. 11 und 12 WCT. Für eine grundlegende Übersicht zum WCT siehe *Sterling*, Rn. 23.01.

Die gewählte Formulierung relativiert dabei gleichzeitig den Charakter einer Neuerung, denn die Präambel stellt fest, dass es darum gehe „ein Gleichgewicht zu *wahren* [...]“, wie dies in der Berner Übereinkunft zum Ausdruck kommt.“ Statt mit der positiven Benennung des herzustellenden Gleichgewichts ein völlig neues Prinzip einzuführen, bezieht sich der WCT ausdrücklich auf ein Balance-Modell in der Form, in der es bereits in der RBÜ enthalten ist. Durch die besondere Bezugnahme auf Bildung, Forschung und den Zugang zu Informationen werden gerade diejenigen Interessen in den Vordergrund gestellt, denen auch schon die RBÜ besondere Bedeutung beimisst. Für eine bloße Bewahrung des bereits vorhandenen Interessengleichgewichts spricht weiter auch das „agreed statement“ zu Art. 10 Abs. 2 WCT, welches das „Prinzip des unveränderten Gleichgewichts“⁴⁸⁵ bestätigt, indem es feststellt, dieser Absatz reduziere oder erweitere nicht die Reichweite und Anwendbarkeit der in der Berner Übereinkunft gestatteten Beschränkungen.

Festzuhalten bleibt damit zunächst, dass im WCT die Existenz eines solchen Balancemodells innerhalb der RBÜ ausdrücklich anerkannt wird.⁴⁸⁶ Darüber hinaus wird durch die Präambel des WCT der in der RBÜ verankerte und ihr zugrunde liegende, dort aber weniger deutlich verankerte Interessenausgleich durch die explizite Bezugnahme auf das zu wahrende Gleichgewicht in besonderem Maße klargestellt und die schon seit jeher vorhandene Notwendigkeit der Herbeiführung eines ausgewogenen Gleichgewichts stärker hervorgehoben als bislang.

b) Die Bewahrung der Balance im digitalen Zeitalter

Die Zielvorgabe, ein bestehendes Gleichgewicht bewahren zu wollen, erlangt insoweit eine weitere Facette, als der WCT die Reaktion des internationalen Urheberrechts auf die digitale Ära darstellt und der damit verbundene Wandel für das Bewahren eines bestehenden Interessengleichgewichts ganz besondere Herausforderungen mit sich bringt. Die Absätze 2 und 3 der Präambel beziehen sich unmittelbar auf diesen Wandel. Selbst wenn die jüngeren Abkommen keinesfalls eine Revision der RBÜ darstellen, so muss der in ihnen stärker betonte Balance-Ansatz dennoch herangezogen werden können, um den Bestimmungen der RBÜ auch noch nachträglich „Bedeutung einzuflößen“,⁴⁸⁷ insbesondere wenn es um ihre Auslegung im digitalen Zeitalter geht, dessen Entwicklun-

⁴⁸⁵ *Ficsor*, Rn. C-Pr. 16; vergleiche dort auch zum ganzen Rn. 14 ff.

⁴⁸⁶ So auch *Ficsor*, C-Pr.14.

⁴⁸⁷ Hugenholtz/Okediji, S. 25.

gen und Bedeutung die RBÜ in ihrer Fassung von 1971 nicht vorhersehen konnte. Eine rein schutzdynamisierende Betrachtung, die man der Präambel der RBÜ selbst mit ihrem Bezug zu einer „möglichst wirksamen und gleichmäßigen Weise“ des Schutzes noch vordergründig entnehmen könnte, wird durch die jüngeren Abkommen „verbaut“.⁴⁸⁸

Zur Auslegung des fünften Absatzes der Präambel, der den Interessenausgleich betont, wird teilweise argumentativ auf die Unterscheidung zwischen „Rechten der Urheber“ und dem „öffentlichen Interesse“ abgestellt. *von Lewinski* verweist auf die Entstehungsgeschichte der Norm. Der ursprüngliche Vorschlag seitens der indischen Delegation sprach noch von einer „Balance zwischen den Interessen der Urheber und dem umfassenden öffentlichen Interesse“.⁴⁸⁹ Damit wollte sie Konflikte zwischen den Interessen der Rechteinhaber und dem übergeordneten öffentlichen Interesse vermeiden.⁴⁹⁰ Statt dessen wurde der Begriff der „Rechte der Urheber“ aufgenommen, um einen Unterschied zwischen den Rechten der Urheber und den Interessen der Allgemeinheit deutlich zu machen, die unter dem Abkommen lediglich berücksichtigt werden sollten.⁴⁹¹ Zusätzlich wurde durch die Einführung des vierten Abschnitts der Präambel, der die Anreizfunktion des Urheberrechts hervorhebt, den Bedenken einiger Delegationen entsprochen, die eine zu starke Betonung der Allgemeininteressen befürchteten.⁴⁹² Aus dieser Entstehungsgeschichte ein klares Regel/Ausnahme-⁴⁹³ bzw. ein Über/Unterordnungsverhältnis ableiten zu wollen, ginge aber zu weit und widerspräche insbesondere dem Wortlaut der Präambel selbst, der gerade von einem *Gleichgewicht* beider Aspekte spricht.⁴⁹⁴ Die Verwendung des Begriffs „Recht“ ist angesichts der Tatsache, dass auch der WCT insgesamt auf den Urheberrechtsschutz ausgerichtet ist, nicht überraschend. Wie jedoch im Einzelnen der nötige Ausgleich bzw. das Gleichgewicht mit den entgegenstehenden Allgemeininteressen herzustellen ist, wird durch die Wahl dieses Begriffs

⁴⁸⁸ So *Peukert*, Festschrift Hilty, S. 46.

⁴⁸⁹ Amendment to Preamble of Draft Treaties No. 1 and No. 2 proposed by the Delegation of India, WIPO doc CRNR/DC/33, abrufbar unter: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn/dc/crn_dc_33.pdf.

⁴⁹⁰ Summary Minutes of Main Committee I of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Rights Questions, Geneva 1996, Rn. 773, WIPO doc CRNR/DC/102, abrufbar unter: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn/dc/crn_dc_102.pdf.

⁴⁹¹ So *Reinbothe/v.Lewinski*, WCT Preamble, Rn. 3.

⁴⁹² Summary Minutes of Main Committee I, a.a.O., Rn. 769; siehe auch *Reinbothe/v.Lewinski*, a.a.O., Rn. 3.

⁴⁹³ *Reinbothe/v.Lewinski*, a.a.O., Rn. 12

⁴⁹⁴ In diese Richtung auch *Hohagen*, S. 113.

nicht vorweggenommen. Auch diejenigen, die derartigen Interessen nicht notwendigerweise den gleichen Wert beimessen wie den Rechten der Urheber, erkennen die Notwendigkeit eines angemessenen Ausgleichs an.⁴⁹⁵

4. Fazit

Auch wenn die völkerrechtlichen Verträge auf dem Gebiet des Urheberrechts bislang jeweils einen Ausbau des Urheberrechtsschutzes bezweckten und bewirkten, lässt sich ihnen in Anbetracht der in unterschiedlicher Ausprägung vorhandenen Anerkennung öffentlicher Interessen nicht das Prinzip zuschreiben, „unter Ausblendung der angesprochenen Interessen der Nutzer und der Allgemeinheit eine möglichst umfassende Proprietarisierung von Wissen zu erstreben.“⁴⁹⁶ Auf die Anerkennung eines notwendigen Gleichgewichts stellt auch *Dietz* ab, wenn er vor dem Hintergrund der Präambel des WCT eine Entwicklung im Sinne totaler und absoluter Kontrolle der Werknutzung durch Rechteinhaber und einer totalen Eliminierung von Schrankenbestimmungen des Urheberrechts ausschließt.⁴⁹⁷ Der WCT betont den schon in der RBÜ vorhandenen, aber weniger prominent zum Ausdruck gebrachten Grundsatz, „dass eine angemessene Balance der kollidierenden Interessen von schutzsuchenden Urhebern und Verwertern einerseits und nutzungswilligen Ausgeschlossenen andererseits herzustellen ist.“⁴⁹⁸

Die angemessene Berücksichtigung öffentlicher Interessen, einschließlich der Interessen der Wissenschaft, ist demnach ein grundlegendes Prinzip, das mit den Vorgaben des internationalen Urheberrechtssystems vereinbar ist, bereits seit Beginn der internationalen Urheberrechtsabkommen berücksichtigt wurde, und das gerade in den jüngeren Abkommen wie gezeigt auch zunehmend deutlich zum Ausdruck kommt.

II. Die Vorgaben des Drei-Stufen-Tests

Der Drei-Stufen-Test ist als eines der zentralen Elemente der internationalen Urheberrechtsabkommen von besonderer Bedeutung für urheberrechtliche Schrankenregelungen. Danach müssen sich Schrankenregelungen auf bestimmte Sonderfälle beschränken, dürfen die normale Werkauswertung nicht beeinträchtigen, und dürfen zudem die berechtigten Interessen des Urhebers bzw. Rechtsinhabers nicht unzumut-

⁴⁹⁵ *Reinbothe/v.Lewinski*, Art. 10 WCT, Rn. 8.

⁴⁹⁶ So schon *Peukert*, Festschrift Hilty, S. 46.

⁴⁹⁷ *Dietz*, in: ALAI, Boundaries of Copyright, S. 96.

⁴⁹⁸ *Peukert*, Festschrift Hilty, S. 46.

bar verletzen.⁴⁹⁹ Bestehende und zukünftige Schrankenregelungen zugunsten der Wissenschaft müssen sich an seinen Vorgaben messen lassen. Dies gilt umso mehr, als sich von den sonstigen spezielleren Schrankenvorbehalten in der RBÜ keine explizit auf die Wissenschaft bezieht. Art. 10 Abs. 1 RBÜ als Vorbehalt für Zitatrechte ist zwar auch für die Wissenschaft von Bedeutung, gleichzeitig aber in seinem Anwendungsbereich aber begrenzt. Art. 10 Abs. 2 RBÜ bezieht sich nach der Begrenzung im Rahmen der Stockholmer Revisionskonferenz nur noch auf die Veranschaulichung des Unterrichts, was zwar weit zu verstehen ist und jede Form des Unterrichts und damit auch die wissenschaftliche Lehre umfasst, jedoch nicht die hier im Vordergrund stehende sonstige wissenschaftliche Tätigkeit. Da zudem weder das TRIPS-Abkommen noch der WCT explizite Schrankenvorbehalte für wissenschaftliche Zwecke enthalten, sind die Vorgaben des Drei-Stufen-Test abgesehen vom Zitatrecht das alleinige „Einlassventil“ für die untersuchten Wissenschaftsschranken.

1. Überblick über die historische Entwicklung des Drei-Stufen-Tests

Der 1967 in Art. 9 Abs. 2 in die RBÜ aufgenommene Drei-Stufen-Test hat seitdem einen „beispiellosen Siegeszug durch das internationale Urheberrecht gehalten“.⁵⁰⁰ In TRIPS und in den WCT wurde er übernommen,⁵⁰¹ ebenso auf europäischer Ebene in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL.⁵⁰² Im Verlauf dieser Entwicklung wurde sein Anwendungsbereich im Vergleich zur RBÜ entscheidend erweitert. Dort bezieht er sich lediglich auf das gemeinsam mit ihm eingeführte Vervielfältigungsrecht aus Art. 9 Abs. 1 RBÜ. Art. 13 TRIPS weitet dies horizontal auf alle Verwertungsrechte aus, die TRIPS bzw. die inkorporierte RBÜ gewähren.⁵⁰³ Art. 10 Abs. 1 und 2 WCT führen mit ihrer Doppelstruktur – Abs. 1 für die neu durch den WCT eingeführten Bern/TRIPS-Plus-Rechte, Abs. 2 für die schon unter der RBÜ bestehenden Rechte – ebenfalls zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs. Dadurch gewinnt der Test seine universelle Bedeutung und ist für Wissenschaftsschranken auch jenseits des Vervielfältigungsrechts zu berücksichtigen.⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ Vgl. Art 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT.

⁵⁰⁰ *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200; vgl. auch *Bornkamm*, in: *Ahrens* (Hrsg.) Festschrift Erdmann, S. 32.

⁵⁰¹ Statt auf den Urheber wird in TRIPS auf der dritten Stufe auf den Rechtsinhaber abgestellt.

⁵⁰² Art. 11 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie dehnt ihn zudem auf die Richtlinie 92/100/EWG über das Vermiet- und Verleihrecht aus. Bereits zuvor enthielten die Richtlinie 91/250/EG zum rechtlichen Schutz von Computerprogrammen sowie die Richtlinie 96/9/EG zum rechtlichen Schutz von Datenbanken (im Folgenden kurz Datenbank-RL) entsprechende Regelungen.

⁵⁰³ Siehe dazu den folgenden Abschnitt.

⁵⁰⁴ Für einen kurzen historischen Überblick der Entwicklung siehe *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200, 201ff.; *Geiger*, EIPR 2007, 486 ff.; sowie *Bornkamm*, in: *Ahrens* (Hrsg.) Festschrift Erdmann, S. 29ff.

Vor seinem Hintergrund als Kompromissformel erklären sich die noch immer und in letzter Zeit wieder zunehmend unterschiedlichen Ansichten zu seiner Bedeutung. Die klassische Doktrin sieht in ihm zuallererst eine „Schrankenschranke“,⁵⁰⁵ eine letzte Grenze für nationale Schrankenregelungen, um deren Ausufern entgegenzuwirken, und damit eine negative Beschränkung der nationalen Freiheiten. Demgegenüber wird zunehmend sein positiver Ermächtigungscharakter betont, da er den Nationalstaaten erlaubt, im Rahmen seiner Vorgaben Schranken zu entwickeln, die auch und gerade die Interessen der Allgemeinheit berücksichtigen.⁵⁰⁶ Diesen „funktionalen Dualismus“⁵⁰⁷ des Drei-Stufen-Tests bei seiner Auslegung zu berücksichtigen ist Voraussetzung für sachgerechte Ergebnisse.

2. Die Interpretation der drei Stufen

Gegenstand der folgenden Abschnitte ist die Interpretation der drei Stufen des Tests und seine Bedeutung für Wissenschaftsschranken. Da weitere Präzedenzfälle auf dem Gebiet des internationalen Urheberrechts bislang fehlen, spielt die im Jahr 2000 ergangene IMRO-Entscheidung (Irish Music Rights Organisation) eines WTO-Panels eine besondere Rolle.⁵⁰⁸ Eingeleitet worden war das Verfahren im Rahmen der WTO-Streitbeilegung durch die Europäische Gemeinschaft, die in Section 110 (5) US Copyright Act einen Verstoß gegen den Drei-Stufen-Test sah. Dort waren Schrankenregelungen eingefügt worden, die die Wiedergabe von Fernseh- oder Radioübertragungen in den näher definierten privilegierten Örtlichkeiten ohne Zahlung von Lizenzgebühren oder Vergütung gestatten, insbesondere in Bars und Restaurants unterhalb einer bestimmten Größe. Das Panel kam zu dem Ergebnis, zumindest ein Teil der Schrankenregelungen verstoße gegen den Drei-Stufen-Test.. Statt in der Folge die Regelungen zu modifizieren, wurde zwischen den Parteien lediglich vereinbart, die Nachteile der europäischen Rechteinhaber über eine jährliche Zahlung von US \$ 1.1 Mio auszugleichen.⁵⁰⁹ Dennoch kommt der Panel-Entscheidung besondere Bedeutung zu, da sie sich erstmals intensiv mit den Vorgaben des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht auseinandersetzte, während es an einer diesbezüglichen Entscheidung des für die Auslegung der RBÜ

⁵⁰⁵ *Schricker*, in: *Schricker*, Einleitung Rn. 15.

⁵⁰⁶ *Hugenholz/Okediji*, S. 25; *Senfleben*, *ami* 2009, 1, 7.

⁵⁰⁷ *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200, 201 f.

⁵⁰⁸ WTO-Panel-Report vom 15.06.2000, United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act, Dokument Nr. WT/DS160/R, abrufbar unter www.wto.org

⁵⁰⁹ Vgl. *Johnson*, EIPR 2004, 265, 272.

zuständigen Internationalen Gerichtshofs noch immer fehlt.⁵¹⁰ Entsprechend häufig wird deshalb auf die Panel-Entscheidung als erstem Präzedenzfall Bezug genommen. Gleichzeitig ist zu beachten, dass den Entscheidungen der WTO-Panels formal nur eine sehr begrenzte generelle Bindungswirkung zukommt.⁵¹¹

a) Kumulativer Charakter und Prüfungsreihenfolge der drei Stufen

Nach der bislang klar überwiegenden Meinung müssen die Voraussetzungen der Teststufen kumulativ erfüllt werden.⁵¹² Eine Schrankenregelung verstößt demnach schon dann gegen den Drei-Stufen-Test, wenn die Voraussetzungen nur einer der drei Teststufen nicht erfüllt werden.⁵¹³ Diese Interpretation wird von der Entstehungsgeschichte des Tests gestützt. Als im Verlauf der Stockholmer Revisionskonferenz auf einen Vorschlag *Ulmers* die Reihenfolge der zweiten und dritten Stufe vertauscht wurde, kam in den Erläuterungen zum Ausdruck, dass bei einer Beeinträchtigung der normalen Werkauswertung die Prüfung bereits abzuschließen sei und es auf eine weitere Prüfung der dritten Stufe nicht weiter ankomme.⁵¹⁴ Auch der Wortlaut der Norm spricht für ein kumulatives Verhältnis insbesondere zwischen zweiter und dritter Stufe, wenn in den englischen Fassungen der Abkommen und der Richtlinie beide Stufen durch ein einfaches „and“ verbunden sind. Selbst wenn in den deutschen Fassungen diese positive Formulierung nur im Fall der Richtlinie wörtlich übernommen wird, im Fall von TRIPS und WCT jedoch durch ein negatives „weder [...] noch“ ersetzt wird, ist auch dem ein kumulativer Ansatz zu entnehmen.

Von der Frage der kumulativen Prüfung ist die Frage zu trennen, ob die einzelnen Stufen deshalb zwingend streng isoliert voneinander betrachtet werden müssen, oder ob nicht bei ihrer Auslegung aufgrund ihres Zusammenhangs jeweils auch das systematische Verhältnis zu den anderen Stufen zu beachten ist. So wird teilweise darauf verwiesen, nur eine nicht zu enge Auslegung der ersten beiden Teststufen führe dazu, überhaupt alle drei Teststufen berücksichtigen zu können, während ansonsten der Test eines großen Teils seiner Bedeutung beraubt würde.⁵¹⁵ Befürwortet wird vor diesem

⁵¹⁰ Dessen Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 33 Abs. 1 RBÜ.

⁵¹¹ Vgl. *Senftleben*, S. 107ff; *Hugenholtz/Okediji*, S. 22; *Kur*, Exceptions and Limitations, S. 32.

⁵¹² So *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.10; *Hohagen*, S. 94; *Hugenholtz/Okediji*, S. 21; *Katzenberger*, GRUR Int 2004, 739, 744; WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.97.

⁵¹³ *Bornkamm*, in: *Abrens* (Hrsg.) Festschrift Erdmann, S. 45.

⁵¹⁴ *WIPO* (Hrsg.), Records of the Stockholm Conference, S. 1145 f.

⁵¹⁵ *Hugenholtz/Okediji*, S. 21.

Hintergrund eine Auslegung der Teststufen, die auch den nachfolgenden Prüfungsstufen noch einen möglichst weiten Anwendungsbereich belässt.⁵¹⁶ Weder könne dem Normgeber unterstellt werden, noch entspreche es einer effektiven Vertragsauslegung, dass es auf die erst auf dritter Stufe verankerte Interessenabwägung nur in Ausnahmefällen ankommen solle.⁵¹⁷ Auch das Panel stellt im Zusammenhang mit der kumulativ vorzunehmenden Prüfung klar: „The principle of effective treaty interpretation requires us to give a distinct meaning to each of the three conditions and to avoid a reading that could reduce any of the conditions to „redundancy or inutility“.“⁵¹⁸

In eine ähnliche Richtung gehen Überlegungen, die Prüfungsreihenfolge der drei Stufen nicht sklavisch einzuhalten, sondern mit der dritten Stufe und den darin enthaltenen Abwägungskriterien zu beginnen.⁵¹⁹ Zwar wurde wie dargestellt die endgültige Reihenfolge der zweiten und dritten Stufe in Stockholm bewusst festgelegt, nachdem zuvor die umgekehrte Reihenfolge vorgesehen gewesen war. Weder das Prinzip der kumulativen Anwendung noch der Wortlaut der Norm sprechen aber zwingend für die strikte Einhaltung dieser Reihenfolge.⁵²⁰ Wenn es über eine umgekehrte Prüfungsreihenfolge gelänge, die erste und zweite Prüfungsstufe weniger isoliert anzugehen, sondern sie stärker in den Zusammenhang des Tests einzubeziehen, so wäre dies zu begrüßen.

Die bereits genannte „Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step-Test“ in copyright law“ ist ebenfalls auf eine Interpretation ausgerichtet, die die drei Teststufen zunehmend als „untrennbare Einheit“ versteht.⁵²¹ Statt einer isolierten ist danach eine gesamtheitliche Prüfung vorzunehmen, mit der Folge, dass gewisse „Schwächen“ einer Schrankenregelung auf der einen Prüfungsstufe mit klaren „Stärken“ auf einer anderen Prüfungsstufe ausgeglichen werden können, insbesondere auf der Ebene der Interessenabwägung auf der dritten Stufe.⁵²² Das nach diesem Verständnis bestehende Verhältnis der drei Stufen zueinander wurde von einem der Unterzeichner der

⁵¹⁶ *Hohagen*, S. 94; *Senftleben*, GRUR Int 2004, 200, 205.

⁵¹⁷ *Hohagen*, S. 94.

⁵¹⁸ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.97.

⁵¹⁹ So *Geiger*, *Unesco-Bulletin*, S. 19; zustimmend *Hugenholtz/Okediji*, S. 22.

⁵²⁰ *Geiger*, *Unesco-Bulletin*, S. 19.

⁵²¹ Siehe dazu die ursprünglich von Wissenschaftlern des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht sowie des Queen Mary College, University of London initiierte Erklärung, der sich inzwischen eine große Zahl namhafter Urheberrechtler angeschlossen haben, abrufbar unter *www.ipmpg.de*.

⁵²² In diese Richtung auch *Hugenholtz/Okediji*, S. 21.

genannten Erklärung scherzhaft aber treffend als „Dreifaltigkeit“ bezeichnet.⁵²³ Trotz ihrer Eigenständigkeit bilden sie zugleich ein gemeinsames, untrennbares Ganzes. Dies geht damit formal zwar über das etablierte Verständnis der Teststufen hinaus. Reduziert man derartige Ansätze jedoch auf ihren Kern, die Forderung nach einer weniger isolierten und stärker ausbalancierten Interpretation der einzelnen Stufen, so erscheinen die Denkanstöße schnell weniger radikal und im Einklang mit der Entstehungsgeschichte des Tests.

b) 1. Stufe: Bestimmte Sonderfälle

Nach der ersten Stufe müssen sich Schrankenregelungen auf „certain special cases“ beschränken. In der deutschen Fassung der RBÜ wird dies mit „gewissen Sonderfällen“, in den deutschen Fassungen des TRIPS-Abkommens, des WCT und der InfoSoc-Richtlinie mit „bestimmten Sonderfällen“ übersetzt. Das Merkmal lässt sich also weiter in die zwei Kriterien „certain“ bzw. „gewiss/bestimmt“ einerseits und „special cases“ bzw. „Sonderfall“ andererseits zerlegen.

Im Vergleich mit der zweiten und dritten Stufe wird ihr häufig weniger Bedeutung beigemessen.⁵²⁴ *Ulmer* beispielsweise bezeichnete erst die zweite Stufe als das „erste Kernelement“ des Drei-Stufen-Tests.⁵²⁵ Zu Recht wird darauf verwiesen, dass jede Konkretisierung des Begriffs der Sonderfälle, egal ob quantitativ oder qualitativ, stets Fragen einschließt und vorwegnimmt, die erst auf zweiter und dritter Stufe zu prüfen sind, weshalb teilweise sogar in Abrede gestellt wird, dass die Konkretisierung zu einer Tatbestandsvoraussetzung mit einem eigenständigen Regelungsgehalt überhaupt sinnvoll möglich ist.⁵²⁶ Dennoch kommt auch dieser Stufe zumindest eine erste Filterfunktion zu.

Das Panel hielt im IMRO-Fall fest, Schrankenbestimmungen müssten sowohl klar definiert („clearly defined“) als auch eng in ihrem Anwendungsbereich („narrow in scope and reach“) sein.⁵²⁷ Mit Blick auf das erste Element wurde klargestellt, dies bedeute nicht, dass in der Schranke selbst jeder einzelne Anwendungsfall explizit genannt werden müsse, sondern es reiche aus, wenn die Reichweite der Schranke bekannt und ausreichend detailliert sei. Das zielt darauf ab, auch die weit formulierte, erst durch die Recht-

⁵²³ *Kamiel Koelman*, Workshop zum Drei-Stufen-Test in London, 11.4.2008.

⁵²⁴ Vgl. *Senftleben*, GRUR Int 2004, 200, 204.

⁵²⁵ Minutes of Main Committee I, in: *WIPO* (Hrsg.), Records of the Stockholm Conference, S. 885.

⁵²⁶ So *Poepfel*, S. 116.

⁵²⁷ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.112

sprechung im Einzelfall jeweils konkretisierte Fair-Use-Schranke nach US-amerikanischem Vorbild nicht generell wegen fehlender Bestimmtheit an dieser ersten Stufe scheitern zu lassen.⁵²⁸ Mit Blick auf das Vorliegen eines Sonderfalls heißt es weiter: „In other words, an exception or limitation should be narrow in quantitative as well as in a qualitative sense. This suggests a narrow scope as well as an exceptional or distinctive objective. To put this aspect of the first condition into the context of the second condition, an exception or limitation should be the opposite of a non-special, i.e. a normal case.“⁵²⁹ Der Sonderfall muss zumindest so klar und deutlich definiert werden, dass er nicht in der Praxis zum Normalfall wird.⁵³⁰

Inwiefern diese Eingrenzung in quantitativer und/oder qualitativer Weise erfolgen muss, wird unterschiedlich beurteilt. Das Panel ging zwar sowohl von quantitativen als auch von qualitativen Eingrenzungen aus, machte aber deutlich, dass es jedenfalls nicht noch zusätzlich darauf ankommen könne, ob die hinter einer Schrankenbestimmung stehenden Erwägungen des nationalen Gesetzgebers besonders hochstehenden und wertvollen Zielen oder öffentlichen Interessen dienen.⁵³¹ In letztere Richtung gehen teilweise Äußerungen in der Literatur.⁵³² Diesen wird zu Recht die Entstehungsgeschichte der RBÜ entgegengehalten. Wenn man wie ausgeführt zugrunde legt, dass die Verbandsländer bei Einführung des Drei-Stufen-Tests als Kompromissformel davon ausgingen, auch danach noch an ihren bereits existierenden nationalen Schrankenregelungen festhalten zu können, und wenn zu diesem Zeitpunkt nicht alle Schrankenregelungen derart hehre Zielsetzungen verfolgten, spricht dies dagegen, eine qualitative Beschränkung zwingend im Sinne einer Zielsetzung in Bezug auf übergeordnete Interessen zu verstehen, zumal derartige, im engeren Sinne normative Fragen eher auf den folgenden Stufen des Drei-Stufen-Tests eine Rolle spielen.⁵³³ Ausreichend ist demnach auch in qualitativer Hinsicht das Vorliegen eines Sonderfalls, ohne dass dieser zwingend einem besonders wertvollen Zweck dienen muss.

⁵²⁸ Vgl. hierzu *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 206f.

⁵²⁹ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.109.

⁵³⁰ In der Panel-Entscheidung ist eine der beiden untersuchten Schrankenregelungen, die „business exemption“, schon auf der ersten Stufe gescheitert, weil sie nach Ansicht des Panels auf die Mehrheit aller Bars und Restaurants anwendbar war, die ohne die Schranke für die öffentliche Wiedergabe von Rundfunkübertragungen lizenzpflichtig wären.

⁵³¹ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.111.

⁵³² Vgl. noch *Ricketson*, *The Berne Convention 1886-1986*, S. 482. *Reinbothe/v.Lewinski*, Art. 10 Rn. 15.

⁵³³ *Ginsburg*, RIDA 2001, 3, 7. Dem hat sich inzwischen in aktueller Auflage entgegen seiner früheren Ansicht ausdrücklich auch *Ricketson* angeschlossen, siehe *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.14.

Aus geringfügig anderer Perspektive behandelt *Senftleben* die Frage, wenn er sich dennoch für eine wirklich qualitative Interpretation des Sonderfalls ausspricht. Liege der Schrankenregelung etwa die Durchsetzung von Grundrechten zugrunde, oder stütze sie andere wichtige Belange der Allgemeinheit, wie etwa die Werknutzung zu Unterrichtszwecken, so könne aus diesem Grund von einem Sonderfall ausgegangen werden, ohne dass es dann noch *zusätzlich* auf die Anzahl der privilegierten Gebrauchshandlungen ankomme. Dies sei vielmehr auf den nachfolgenden Stufen zu prüfen, insbesondere auf der zweiten Stufe, mit dem Vorteil, dass wichtige Belange des Gemeinwohls nicht vernachlässigt zu werden drohten, während andernfalls Beschränkungen schon aufgrund eines starren quantitativen Prüfungskorsetts auf der ersten Teststufe ohne Rücksicht auf ihre weitere Rechtfertigung ausscheiden könnten.

Insbesondere diesem letzten Gesichtspunkt ist im Sinne eines ausgewogenen Interessenausgleichs beizupflichten. Es erscheint zudem überlegenswert, ob sich die genannten Literaturansichten nicht zumindest in dem Sinne miteinander vereinbaren oder einander annähern lassen, dass quantitative und qualitative Aspekte sich gegenseitig beeinflussen. Denn wenig spricht dagegen, bei Zweifeln auf der rein quantitativen Ebene trotz dieser Zweifel noch immer einen Sonderfall zu bejahen, wenn die Schrankenregelung besonders hochstehenden Zwecken dient. Ein „Mehr an qualitativem Sonderfall“ könnte demnach ein „Weniger an quantitativem Sonderfall“ ausgleichen, zumal die genauen Grenzziehungen in beiden Kategorien vage bleiben. Eine solche Gesamtanalyse quantitativer und qualitativer Gesichtspunkte scheint nicht ausgeschlossen und folgt auch innerhalb der ersten Teststufe dem Ansatz einer weniger isolierten Interpretation.

Bei den Wissenschaftsschranken liegen die Probleme weniger beim Element des qualitativen Sonderfalls oder der Bestimmtheit, sondern eher bei der Frage, ob auch in quantitativer Hinsicht noch ein Sonderfall im Sinne der ersten Teststufe gegeben ist. Denn die Wissenschaftsschranken dienen mit der Förderung des möglichst freien Austauschs von Erkenntnissen und Theorien und damit der Wissenschaft selbst letztlich wichtigen öffentlichen Interessen. Zudem sind sie zum Teil bereits nach ihrem Wortlaut trotz verbleibender Auslegungsfragen so eng definiert, dass sie auch dem Bestimmtheitserfordernis genügen. Dies gilt insbesondere für die jüngeren Normen der §§ 52a, 52b und 53a UrhG mit ihren eng umschriebenen tatbestandlichen Voraussetzungen. Auch die Schranke zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG ist zumindest durch die sie konkretisierende Rechtsprechung ausreichend klar definiert.

Quantitativ betrachtet ist bei manchen Wissenschaftsschranken eher fraglich, inwieweit sich noch von einem Sonderfall sprechen lässt. Dies gilt ganz besonders angesichts der im Wissenschaftsbetrieb massenhaften Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 2 S. 1 UrhG. Im Vergleich dazu macht sogar der Kopienversand, obwohl seinerseits ebenfalls massenhaft vorgenommen, nur einen kleinen Teil aller urheberrechtsrelevanten Vervielfältigungen aus.⁵³⁴ Auch auf §§ 52a und 52b UrhG gestützte Werknutzungen dürften derzeit rein zahlenmäßig im Vergleich dazu sicherlich noch eine untergeordnete Rolle spielen. Anders sieht dies wieder beim nicht im Detail untersuchten Zitatrecht nach § 51 UrhG aus. Angesichts der weiten Verbreitung und der häufig gegebenen wissenschaftlichen Notwendigkeit, vorbestehende Werke wörtlich zu zitieren, handelt es sich auch hierbei um ein Massenphänomen.

Gerade das Zitatrecht verdeutlicht jedoch die Problematik einer starren quantitativen Herangehensweise an die erste Teststufe, die sich an absoluten Häufigkeiten des Schrankengebrauchs orientieren wollte. Als Folge drohte das Zitatrecht schon auf erster Stufe an der bloßen Häufigkeit zu scheitern, mit der von ihm Gebrauch gemacht wird. Stattdessen ist es erforderlich, gerade das quantitative Element der ersten Teststufe in Relation zur Gesamtheit aller urheberrechtlich relevanten Nutzungsvorgänge und aller Nutzer gerade auch jenseits des wissenschaftlichen Bereichs zu setzen und zu bewerten. Durch Wissenschaftsschranken privilegiert wird eine absolut betrachtet große Zahl von Wissenschaftlern. Anders fällt jedoch die Relation mit der Gesamtheit aller Urheberrechtsnutzer und -nutzungen aus. Im Vergleich dazu sind deshalb selbst Massenphänomene wie die Vervielfältigung zu wissenschaftlichen Zwecken und das Zitatrecht auch quantitativ betrachtet noch Sonderfälle.

Dies gilt umso mehr, wenn man wie vorgeschlagen bei der Beurteilung der quantitativen Frage zusätzlich wertend auch noch qualitative Aspekte mit einbezieht. Wissenschaftsschranken dienen mit der Ermöglichung des freien Austauschs von Erkenntnissen und Theorien und der Förderung des wissenschaftlichen Fortschritts wichtigen öffentlichen Interessen. Selbst der absolut betrachtet in großer Zahl vorgenommene Schrankengebrauch im Wissenschaftsbereich sollte deshalb bei einem entsprechenden Vergleichspunkt nicht dazu führen, die eng definierten Wissenschaftsschranken bereits auf der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests scheitern zu lassen. Solange trotz einer gewissen absoluten Häufigkeit der jeweilige Schrankengebrauch nicht zum Normalfall wird, kann noch von einem Sonderfall im Sinne des Drei-Stufen-Tests ausgegangen werden.

⁵³⁴ Vgl. *Baronikians*, ZUM 1999, 126, 131.

c) 2. Stufe: Keine Beeinträchtigung der normalen Werkauswertung

Auf der zweiten Stufe dürfen Schrankenregelungen die normale Werkauswertung nicht beeinträchtigen. Nach klassischem Verständnis kommt dieser Stufe die größte Bedeutung aller drei Teststufen zu.⁵³⁵ Aus einem progressiveren, stärker balanceorientierteren Verständnis ist sie zugleich die problematischste Stufe,⁵³⁶ gerade weil nach bislang vorherrschender Auffassung im Schrifttum die Zahlung einer Vergütung auf dieser Prüfungsstufe unberücksichtigt bleiben und erst auf dritter Stufe eine Interessenverletzung ausgleichen können soll.⁵³⁷ Damit wird die Beeinträchtigung der normalen Werkauswertung schnell zum K.O.-Kriterium, mit Blick auf einen angemessenen Interessenausgleich zu schnell. Gleichzeitig gibt es zur Berücksichtigungsfähigkeit einer Vergütungszahlung auch abweichende Auffassungen. So hat insbesondere der BGH in seiner Kopienversandentscheidung die Zahlung einer angemessenen Vergütung ausdrücklich sowohl auf der dritten als auch auf der zweiten Stufe berücksichtigt und auch mit diesem Argument eine Beeinträchtigung der normalen Werkauswertung verneint.⁵³⁸ Auch wenn der BGH teilweise gerade wegen der „Vermischung“ der zweiten und dritten Stufe kritisiert wurde,⁵³⁹ hat die Entscheidung dennoch viel Zuspruch erhalten.⁵⁴⁰ Deutlich wird jedenfalls, dass auch höchste Rechtssprechungsorgane von der im Schrifttum vorherrschenden Sichtweise abweichen, um umfassendere Abwägungsvorgänge zu erreichen als bei streng isolierter Betrachtung möglich. Die erwähnte Declaration nimmt diese Sichtweise auf und hebt die Berücksichtigungsfähigkeit einer angemessenen Vergütung schon auf der zweiten Stufe ausdrücklich hervor.⁵⁴¹

aa) Vergleichsweise weite Auslegungsansätze der normalen Werkauswertung

Die WTO-Panel-Entscheidung definiert zur Auslegung der zweiten Teststufe Werkauswertung als kommerzielle Aktivität, durch die Rechteinhaber ihre Ausschließlich-

⁵³⁵ Ricketson/Ginsburg, Rn. 13.15.

⁵³⁶ Sie die Einschätzung bei Koelman, EIPR 2006, 407, 408.

⁵³⁷ *Senfileben*, S. 130 mit Bezug zur Entstehungsgeschichte des Drei-Stufen-Tests; Ricketson/Ginsburg, Rn. 13.25; vgl. auch Koelman, EIPR 2006, 407, 410.

⁵³⁸ BGH, NJW 1999, 1953, 1957. – *Kopienversanddienst*.

⁵³⁹ Koelman, EIPR 2006, 407, 409; Bornkamm, in: Ahrens (Hrsg.) Festschrift Erdmann, S. 47.

⁵⁴⁰ Siehe etwa Hoeren, MMR 1999, 665ff; Schack, JZ 1999, 1007, 1008; Loewenheim, ZUM 1999, 574, 575; im Ergebnis auch Nolte, S. 118.

⁵⁴¹ Siehe die „Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step-Test“ in copyright law“, S. 4f.; auch Nolte, S. 304, tritt für eine Abwägung der verschiedenen Teststufen im Rahmen einer Gesamtschau ein.

keitsrechte einsetzen, um aus ihnen einen wirtschaftlichen Wert zu generieren.⁵⁴² Auch der Begriff der Beeinträchtigung dieser Werkauswertung bedarf für sich genommen keiner Erörterung. Denn anders als der Wortlaut der entsprechenden TRIPS-Vorschrift im Patentbereich, nach der Ausnahmen nicht in einem „*unangemessenen* Widerspruch zur normalen Verwertung des Patents“⁵⁴³ stehen dürfen, enthält der Test im Urheberrecht keine solche relativierende Qualifizierung der Beeinträchtigung, die für sich genommen Raum für normative Überlegungen ließe.

(1) Dynamische Auslegung

Die Panel-Entscheidung legt den deshalb entscheidenden Begriff der normalen Werkauswertung zum einen empirisch, zum anderen nach eigenen Worten zusätzlich aber auch „eher normativ“ bzw. „dynamisch“ aus.⁵⁴⁴ Normale Auswertung ist demnach zunächst das, was ein Rechtsinhaber aus empirischer Sicht erwarten kann, weil es „dem Üblichen, Typischen oder Gewöhnlichen“ entspricht.⁵⁴⁵ Soll aber dieses Merkmal den zulässigen Bereich von Schrankenregelungen bestimmen, so wird schnell die Gefahr eines Zirkelschlusses deutlich. Denn dort, wo eine Schrankenregelung eine bestimmte, ansonsten urheberrechtsrelevante Handlung freistellt, findet typischerweise eine direkte Werkauswertung durch den Rechteinhaber nicht oder zumindest nicht in gleichem Maße statt.⁵⁴⁶ Das Panel dehnt auch deshalb die normale Werkauswertung auf Auswertungsformen aus, die mit einiger Wahrscheinlichkeit erhebliche („considerable“) wirtschaftliche oder praktische Bedeutung erlangen können.⁵⁴⁷ Schrankenregelungen beeinträchtigen danach dann nicht die normale Werkauswertung, wenn sie von ihrem Umfang oder ihrer Art nicht in wirtschaftliche Konkurrenz mit den nicht von der Schranke erfassten Nutzungsformen treten.⁵⁴⁸

(2) Auswirkungen der Digitalisierung

An dieser Stelle wirken sich die Veränderungen des digitalen Zeitalters auf die Art und Weise der Werkverwertung aus. Zum Zeitpunkt der Stockholmer Revisionskon-

⁵⁴² WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.165.

⁵⁴³ Art. 30 TRIPS.

⁵⁴⁴ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.166.

⁵⁴⁵ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.178.

⁵⁴⁶ *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.17; in die gleiche Richtung *Hugenholtz/Okediji*, S. 23.

⁵⁴⁷ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.180; zustimmend *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.18.

⁵⁴⁸ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.181; für ein Abstellen auf das Konkurrenzverhältnis auch *Bornkamm*, in: *Ahrens* (Hrsg.) Festschrift Erdmann, S. 47.

ferenz herrschte angesichts der damals aufkommenden analogen Vervielfältigungstechniken ein Umfeld vor, das in weiten Teilen des Anwendungsbereichs traditioneller Schrankenregelungen aufgrund prohibitiver Transaktionskosten ohnehin von einem Marktversagen gekennzeichnet war.⁵⁴⁹ Das zunehmende Kopieren analoger Vorlagen zu privaten Zwecken etwa ließ sich damals kaum erfassen, geschweige denn von den Rechteinhabern verhindern. Eine wirtschaftliche Auswertung der entsprechenden Vorgänge war dementsprechend schwierig, wenn nicht unmöglich, und gehörte nicht zur normalen Werkauswertung. In Bezug auf literarische Werke fielen zwar offensichtlich die Vervielfältigung im Wege des Buchdrucks oder Neuauflagen auf sonstigem technischen Weg unter die normale Werkauswertung, nicht aber die Herstellung einzelner Kopien.⁵⁵⁰ Vor diesem Hintergrund sollte verdeutlicht werden, dass demgegenüber intakte Marktsegmente, in denen die Werkauswertung möglich war, unangetastet bleiben sollten.⁵⁵¹

40 Jahre nach Einführung des Tests in die RBÜ wird der Bereich, in dem ein solches Marktversagen besteht, zunehmend kleiner. Effektive Digital-Rights-Management-Systeme erlauben in vielen Anwendungsbereichen den Abschluss von Verträgen mit dem jeweiligen Einzelnutzer zu viel geringeren Transaktionskosten, als es in der analogen Welt möglich gewesen wäre, und nahezu jede Verwertung kann bei entsprechendem Verständnis zur normalen Auswertung werden.⁵⁵² Die Wirtschaftswissenschaften beschäftigen sich mit dem Phänomen, dass bei ausreichend automatisierten Transaktionen frühere Nischenmärkte zunehmend an wirtschaftlicher Bedeutung gewinnen und auch vereinzelte Nutzungsvorgänge in ihrer globalen Gesamtheit große wirtschaftliche Bedeutung erlangen können.⁵⁵³ Gerade in der Wissenschaft ist bereits die Gegenwart von Möglichkeiten der punktgenauen Informationsversorgung geprägt, die lange Zeit nicht wirtschaftlich sinnvoll vorstellbar waren. Das Bereithalten wissenschaftlicher Beiträge zum Abruf über Online-Datenbanken ist dabei ein wesentlicher Teil dieser Entwicklung. Auch der Bezug einzelner Kapitel eines Buches ist inzwischen möglich und in manchen Segmenten zu einem eigenständigen Markt geworden, den entweder die Fachverlage

⁵⁴⁹ Poepfel, S. 117.

⁵⁵⁰ Reimer/Ulmer, GRUR Int 1967, 431, 444.

⁵⁵¹ Vgl. Senftleben, GRUR Int 2004, 200, 208.

⁵⁵² Poepfel, S. 117.

⁵⁵³ Vgl. beispielsweise Anderson, The long tail – Der lange Schwanz. Nischenprodukte statt Massenmarkt – das Geschäft der Zukunft.

selbst oder darauf spezialisierte Unternehmen in Sublizenz bedienen.⁵⁵⁴ Weitere Entwicklungen in diese Richtung für die Zukunft sind absehbar oder vorstellbar, mit immer punktgenaueren Formen der Informationsversorgung bis hin zu denkbaren Einzelabrufangeboten für einzelne Seiten oder Absätze aus Publikationen. Das Konzept der normalen Werkauswertung ist deshalb letztlich als dynamisches Modell zu verstehen, das von technischen Entwicklungen und dem Nutzerverhalten beeinflusst wird.⁵⁵⁵

(3) Notwendigkeit einer Eingrenzung

Auch die Panel-Entscheidung ist sich bewusst, wie abhängig der Begriff der normalen Werkauswertung von technischen Veränderungen ist.⁵⁵⁶ Gleichzeitig macht sie begründenswerter Weise deutlich, dass „normale Werkauswertung“ nicht inhaltsgleich mit „vollständiger und allumfassender Werkauswertung“ ist, da dies ansonsten den Drei-Stufen-Test letztlich inhaltslos zurückließe.⁵⁵⁷ Normale Auswertung muss sich gerade in der digitalen Welt gegenüber der vollständigen, denkbar weitreichenden Auswertung auf ein davon abzugrenzendes Weniger beziehen. Denn dass letztlich jede Schrankenregelung potentielle Formen der Werkauswertung beeinträchtigen kann, liegt zumindest auf der Hand. Reichte jeder noch so marginale potentielle Nachteil für den Urheber oder Rechteinhaber aus, würden nicht nur die beiden sonstigen Prüfungsstufen des Tests bedeutungslos, sondern das Prinzip von Schranken insgesamt. Eine derartige Zielsetzung einmal vorausgesetzt, wäre statt eines Drei-Stufen-Tests auch das schlichte Verbot jeglicher Schranken die klarere Alternative in der digitalen Welt.⁵⁵⁸

Eine solche Absicht lässt sich jedoch gerade dem WCT nicht entnehmen, der den Drei-Stufen-Test in das digitale Zeitalter überträgt. Auch wenn dort ein hohes Schutzniveau angestrebt wird, betont bereits seine Präambel die Notwendigkeit eines Interessenausgleichs. Das bestehende Prinzip zulässiger Schrankenregelungen sollte mit der Bezugnahme auf den Drei-Stufen-Test nicht beseitigt werden.⁵⁵⁹ Dies kommt auch im zu Art. 10 WCT verabschiedeten Agreed Statement zum Ausdruck, welches von einer angemessenen Übertragung der unter der RBÜ zugelassenen Schrankenregelungen in

⁵⁵⁴ Vgl. *Schippan*, in: *Delp*, Das Buch in der Informationsgesellschaft, S. 132, der beispielhaft auf das Münchner Unternehmen *ciando GmbH* verweist, siehe unter www.ciando.de.

⁵⁵⁵ *Gervais*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, 14.

⁵⁵⁶ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.187.

⁵⁵⁷ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.167 und 6.182; zustimmend *Hohagen*, S. 101.

⁵⁵⁸ So auch *Senftleben*, S. 181; *Heide*, EIPR 1999, 105, 106; zustimmend *Nolte*, S. 293.

⁵⁵⁹ Siehe auch *Senftleben*, S. 183.

das digitale Zeitalter spricht und diese für zulässig erklärt. Wenn der WCT am Prinzip der Schranken festhält und sie zudem noch in den Kontext eines Ausgleichs widerstreitender Interessen stellt, bedeutet das für die Anwendung des Drei-Stufen-Tests im digitalen Bereich, dass sich durch die Digitalisierung auch die Rahmenbedingungen für seine Anwendung geändert haben. Es kann jedenfalls im digitalen Zeitalter nicht allein darum gehen, den Rechtsinhaber alle kontrollierbaren Verwertungsformen vorzubehalten. Denn während in der analogen Welt eine Abgrenzung zwischen von Marktversagen gekennzeichneten Bereichen und kontrollierbaren Bereichen noch denkbar erschien, führt die technische Entwicklung zu zunehmend umfassenderen Kontrollmöglichkeiten. Vielmehr muss es auch darum gehen, „den Anwendungsbereich des zweiten Prüfungskriteriums sachgerecht einzugrenzen, um einer rücksichtslosen Minimierung des Schrankenbestandes vorzubeugen.“⁵⁶⁰ Unter den Verwertungshandlungen müssen also diejenigen identifiziert werden, deren Beschränkung den Urheber nicht übermäßig an seiner „eigenverantwortlichen Auswertung“ behindert.⁵⁶¹

bb) Ansätze für eine einschränkende Interpretation der normalen Werkauswertung

Wie die Abgrenzung im Einzelfall zu erfolgen hat, ist auf abstrakter Ebene nur schwer zu konkretisieren.⁵⁶² Hier werden zumindest verschiedene Ansatzpunkte für eine einschränkende Interpretation aufgegriffen.

(1) Ökonomischer Ansatz

Ein bereits in der Panel-Entscheidung enthaltener Ansatzpunkt geht dabei noch allein ökonomisch vor und knüpft am Ausmaß der Beeinträchtigung an, wenn nicht jede Art der Beeinträchtigung ausreichen soll, sondern diese dem Rechtsinhaber bedeutende oder fühlbare („significant or tangible“) Einnahmen vorenthalten muss.⁵⁶³ Nicht jeder wirtschaftliche Nachteil einer Schrankenregelung für die Primärverwertung ist demnach relevant.⁵⁶⁴ Vielmehr bleiben unbedeutende Einnahmeeinbußen unberücksichtigt.

In eine ähnliche Richtung gehen Ansätze, die die unzulässige Beeinträchtigung auf den „ökonomischen Kern des Urheberrechts“ reduzieren, weil die zweite Teststufe ledig-

⁵⁶⁰ *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 208.

⁵⁶¹ Vgl. *Poepfel*, S. 117.

⁵⁶² So *Poepfel*, S. 117, der seinerseits ebenfalls keine allgemein gültige Lösung präsentieren kann, unter Verweis auf verschiedene Versuche in der Literatur.

⁵⁶³ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.183.

⁵⁶⁴ So auch *Hohagen*, S. 108.

lich „ganz erhebliche Umsatzeinbußen“ ausschließen wolle.⁵⁶⁵ Dies werde bereits dadurch deutlich, dass allein eine „sehr große Zahl von Kopien“, nicht jedoch eine „ziemlich große Zahl von Kopien“ auf dieser Stufe zum Scheitern führe.⁵⁶⁶ Geschützt werden demnach von der zweiten Teststufe nur aktuelle oder potenzielle Märkte, die „für die Gesamtverwertung betroffener Werke typischerweise von ganz erheblicher Bedeutung sind.“⁵⁶⁷ Bei der Beurteilung soll Bezugspunkt nicht jedes einzelne Ausschließlichkeitsrecht sein, da das System von Ausschließlichkeitsrechten viel zu inkonsistent sei, um als Grundlage für die Ermittlung der wirtschaftlichen Bedeutung bestimmter Verwertungsarten zu dienen, sondern vielmehr die Gesamtverwertung von Werken der jeweils betroffenen Werkart.⁵⁶⁸ Ein Verstoß auf der Ebene der zweiten Stufe liege nur vor, wenn die Schranke die Werkverwertung in ihrer Gesamtheit substantiell beeinträchtigt, weil sie dem Urheber eine wesentliche Einnahmequelle vorenthält, was jeweils einer eingehenden ökonomischen Analyse bedürfe.⁵⁶⁹ Dies wird von der wohl überwiegenden Auffassung anders gesehen, die jeweils auf das einzelne Verwertungsrecht bzw. auf die jeweiligen Märkte abstellt, deren Auswertung über die konkrete Schranke eingeschränkt wird, was zu einer stärker begrenzenden Vorgabe der zweiten Stufe führt.⁵⁷⁰ Unabhängig von dieser Vorfrage und schwierigen Grenzziehungsfragen im Einzelfall findet eine solche, auf ökonomischer Ebene restriktive Auslegung der normalen Werkauswertung aber durchaus weiteren Anklang im Schrifttum.⁵⁷¹

(2) Normative Ansätze

Von dieser noch immer rein ökonomischen Betrachtung löst sich ein weiterer Interpretationsansatz, der den Begriff der normalen Werkauswertung mit im engeren Sinne normativem Inhalt füllen will. Er geht dabei über den als „normativ“ bezeichneten Ansatz der Panel-Entscheidung noch hinaus. Denn das Panel selbst spricht zwar von einem „*more normative, if not dynamic approach*“.⁵⁷² Der „normative“ Aspekt beschränkt sich aber wie

⁵⁶⁵ *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 208; *Senfileben*, S. 189 ff.

⁵⁶⁶ *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 209, unter Verweis auf das *Ulmer*-Beispiel der Stockholmer Revisionskonferenz.

⁵⁶⁷ *Senfileben*, in: *Hilty* (Hrsg.), *Interessenausgleich*, S. 182.

⁵⁶⁸ *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 209.

⁵⁶⁹ *Senfileben*, S. 193.

⁵⁷⁰ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.173; *Reinbothe/v.Lewinski*, Art. 10 Rn. 18; *Reinbothe*, in: *Tades* (Hrsg.), *Festschrift Dittrich*, S. 258; *Poepfel*, S. 116.

⁵⁷¹ *Geiger*, *Unesco-Bulletin*, S. 11; in eine ähnliche Richtung auch *Poepfel*, S. 118; *Hohagen*, S. 108.

⁵⁷² WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.166.

dargestellt darauf, neben dem status quo auch mögliche zukünftige Entwicklungen der Verwertungsmöglichkeiten mit einzubeziehen. Es geht ihm mithin um die Vorhersage wahrscheinlicher zukünftiger Situationen auf rein ökonomischer Ebene. Echte normative Erwägungen fehlen hingegen.⁵⁷³ Interessanterweise hat ein anderes WTO-Panel zum patentrechtlichen Drei-Stufen-Test des Art. 30 TRIPS⁵⁷⁴ eine viel normativere Dimension der „normalen Auswertung“ berücksichtigt. Dort ging es um eine kanadische Regelung, die im Bereich pharmazeutischer Patente eine Ausnahme vorsah, um Konkurrenten schon vor Ablauf der Patentdauer das Durchlaufen des behördlichen Genehmigungsverfahrens zu ermöglichen, so dass sie ihre Generika-Produkte unmittelbar nach Ablauf des Patents auf den Markt bringen können. Das Panel hat im Ergebnis eine normative Perspektive eingenommen, in dem es einen wegen des Genehmigungsverfahrens faktisch verlängerten Patentschutz nicht mehr von der normalen Auswertung abgedeckt ansah, gerade im Vergleich zu anderen Branchen als der Pharmaindustrie, in denen derartige reflexartige Folgen eines Genehmigungsverfahrens fehlen.⁵⁷⁵ Die normale Auswertung wird ausdrücklich begrenzt. „Normal“ sei sie nur dann, wenn sie „zur Erreichung der Ziele des Patentschutzes wesentlich“ sei.⁵⁷⁶ Wegen dieser vagen Formulierung gestattet es ein solcher Interpretationsansatz dem nationalen Gesetzgeber im Vergleich zum rein ökonomischen Verständnis, auch wirklich normative Elemente im Wege einer Abwägung zu berücksichtigen.⁵⁷⁷ Derartige Elemente fehlen der Panel-Entscheidung im IMRO-Fall.

Demgegenüber versuchen Stimmen in der Literatur zunehmend, auch im Urheberrecht die „vernachlässigte normative Dimension der „normalen Werkauswertung““ zu entwickeln⁵⁷⁸ und so auch nicht-ökonomische Aspekte im Rahmen eines Interessenausgleichs bereits auf zweiter Teststufe berücksichtigen zu können.⁵⁷⁹ Dies schließt in letzter Konsequenz auch die Frage ein, welche Märkte ein Rechteinhaber in bestimmten Bereichen nicht nur subjektiv kontrollieren möchte und technisch kontrollieren kann, sondern, im engeren Sinne normativ, auch kontrollieren *soll*, oder ob dem nicht

⁵⁷³ So auch *Hugenholtz/Okediji*, S. 23.

⁵⁷⁴ WTO-Panel-Entscheidung WT/DS114/R vom 17. März 2000, abrufbar unter www.wto.org.

⁵⁷⁵ A.a.O., Abschnitt 7.58.

⁵⁷⁶ A.a.O., Abschnitt 7.59.

⁵⁷⁷ Vgl. *Geiger*, Unesco-Bulletin, S. 7.

⁵⁷⁸ *Ginsburg*, RIDA 2001, 3, 14.

⁵⁷⁹ *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.20; *Geiger*, Unesco-Bulletin, S. 6f.; siehe die „Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step-Test“ in copyright law“, S. 4 f.

vielmehr gegenläufige Interessen entgegenstehen können, gerade mit Blick auf den Hintergrund vieler Schrankenregelungen, die Werten wie freier Meinungsäußerung, Forschungs- und Studienzwecken oder Bildung dienen.⁵⁸⁰ Dass das WTO-Panel hierzu keinerlei Ausführungen gemacht hat, ist beim dortigen Sachverhalt nicht überraschend, da es um rein wirtschaftlich motivierte Zugeständnisse an die US-amerikanische Gastronomiebranche und den Einzelhandel ging, die von entsprechenden Lizenzpflichten befreit werden.⁵⁸¹ Deshalb sprechen der Präzedenzfall und die dort fehlenden normativen Erwägungen nicht gegen eine Berücksichtigung derartiger Werte in anders gelagerten Fällen und anderen Anwendungsbereichen von Schranken wie in der Wissenschaft.

Für die Berücksichtigung normativer Gesichtspunkte führen *Ricketson* und *Ginsburg* eine Reihe überzeugender Argumente an.⁵⁸² So ist es neben dem Schutz der Urheber als zentralem Ziel der Urheberrechtsabkommen notwendig, auch die Situation nachfolgender Urheber mit einzubeziehen, also derer, die die Werke ihrer Vorgänger kritisieren, analysieren und darauf aufbauen. Vor allem kann sich diese Auffassung darauf berufen, dass auch die RBÜ eine Vielzahl spezieller Schrankenvorbehalte gerade aus nicht-ökonomischen Erwägungen enthält, die die Tradition eines grundlegenden Interessenausgleichs belegen. Vor diesem Hintergrund ist es nur folgerichtig, wenn auch auf der zweiten Stufe ein sowohl aus ökonomischen als auch aus nicht-ökonomischen Erwägungen bestehender Interessenausgleich implizit enthalten ist. Daran schließt inhaltlich das bereits genannte systematische Argument an, dass in der digitalen Welt abgesehen von reinen *de minimis*-Fällen rein ökonomisch betrachtet ohne normative Erwägungen jede Schranke die potentielle normale Werkverwertung beeinträchtigen kann und deshalb – bei streng kumulativer Anwendung und Einhaltung der Wortlautreihenfolge – die dritte Teststufe weitestgehend redundant würde.

Derartig normative Interpretationsansätze verfangen gerade bei Wissenschaftsschranken. Denn diese lassen sich sehr deutlich auf die hinter ihnen stehenden Zielsetzungen im übergeordneten öffentlichen Interesse rückbeziehen, die somit anders als bei rein

⁵⁸⁰ *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.20.

⁵⁸¹ So zutreffend *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.20 und *Ginsburg*, RIDA 2001, 3, 14, die die dortigen Schranken als “pork barrel exceptions” bezeichnen, frei übersetzt also als politische Wahlgeschenke, um rein wirtschaftliche Partikularinteressen zu befriedigen.

⁵⁸² Siehe zum Folgenden *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.21; auch *Nolte*, S. 302 ff. verfolgt eine im engeren Sinn normative Herangehensweise und wendet sich gegen die rein ökonomische Analyse der zweiten Stufe, die zu einem Automatismus zugunsten der Rechteinhaber ohne Abwägungsmechanismen führen würde.

ökonomischer Analyse angemessen berücksichtigt werden können. In letzter Konsequenz bedeutet eine solche Herangehensweise, dass die normale Werkauswertung aufgrund normativer Erwägungen in bestimmten, für das öffentliche Interesse besonders relevanten Bereichen wie der Wissenschaft enger zu verstehen sein kann als in anderen Bereichen, und als Folge Schrankenbestimmungen weniger schnell bereits an der zweiten Stufe des Tests scheitern.

Eine derart bereichsspezifische Bestimmung der normalen Werkauswertung unter Einbeziehung normativer Gesichtspunkte erlaubt es zudem, neben den besonders privilegierungswürdigen Zielen wissenschaftsbezogener Schrankenregelungen auch manche Besonderheiten des Wissenschaftsurheberrechts bei der Anwendung des Tests zu berücksichtigen. Begreift man die normale Werkauswertung im engeren Sinne normativ, so ist zunächst schon fraglich, ob die Besonderheiten der Finanzierung eines großen Teils der wissenschaftlichen Literatur und der große Anteil der dabei verwendeten öffentlichen Gelder auf der zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests völlig außer Betracht bleiben kann.⁵⁸³ Ein Rechteinhaber, der auf der „Einkaufsseite“ den Urheber nicht entlohnen muss, weil dieser aufgrund der dargestellten Konstellation im wissenschaftlichen Publikationssystem Nutzungsrechte notgedrungen auch ohne direkte Vergütung einräumt, und der zudem auf der „Verkaufsseite“ ebenfalls einen vergleichsweise risikolosen öffentlich-finanzierten Markt vorfindet, auf dem es angesichts weitgehend fehlender Substituierbarkeit und zwischengeschalteter Intermediäre zumindest sehr fraglich erscheint, ob ein vollständig funktionierender (Preis-) Wettbewerb stattfindet, ein solcher Rechteinhaber bewegt sich in einem anderen Marktumfeld als etwa Unternehmen der reinen Unterhaltungsindustrie. Normale Werkauswertung in einem Markt muss nicht das gleiche sein wie normale Werkauswertung in einem anderen, kaum vergleichbaren Markt.

Daran anknüpfend lässt sich sogar hinterfragen, ob nicht die normale Werkauswertung spätestens dort endet, wo kein funktionierender Wettbewerb mehr herrscht, ob in solchen Marktsegmenten also nicht eventuell der *status quo* der Werkauswertung bereits über das hinausgeht, was als normal im normativen Sinn verstanden werden kann. Soweit Schranken in derartigen Bereichen wettbewerbsbeschränkenden Situationen entgegen wirken, sollte darin nicht allein deshalb eine Beeinträchtigung der normalen Werkauswertung gesehen werden, weil die zuvor unter wettbewerbswidrigen Verhält-

⁵⁸³ Dies hinterfragt auch Peifer, Rahmenbedingungen, S. 359 f.

nissen erwirtschafteten supranormalen Einnahmen der Urheber geschmälert werden.⁵⁸⁴ Auch ein solcher Interpretationsansatz schafft, die geschilderten Marktbedingungen vorausgesetzt, zusätzlichen Spielraum für Schranken auf der bei rein ökonomischer Betrachtung sonst sehr restriktiven zweiten Teststufe.

cc) Fazit zur zweiten Teststufe

Während teilweise noch auf allein ökonomische Gesichtspunkte gestützt eine restriktive Handhabung der zweiten Teststufe vertreten wird, wird anhand der alternativen Interpretationsansätze deutlich, dass dies keineswegs zwingend ist, sondern Raum für eine Interpretationsweise besteht, die der Beeinträchtigung der normalen Werkverwertung einen Teil ihrer Absolutheit nimmt. Gleichzeitig ist in derartigen Interpretationsansätzen kein Freibrief zur ausufernd großzügigen Einführung von Schranken zu sehen. Zwar lässt das Bekenntnis zu einem normativem Verständnis noch keine konkreten Schlüsse zu, welche Art von Werten in die Abwägung mit einbezogen werden, und deshalb droht bei isolierter Betrachtung der Vorwurf der Beliebigkeit und Rechtsunsicherheit. Im Gesamtzusammenhang und mit Blick auf die Vorgaben der ersten und dritten Stufe ist dennoch sichergestellt, dass letztendlich nur solche Schrankenregelungen den Drei-Stufen-Test passieren, die ausreichend klar auf die hinter ihnen stehenden hinreichend bedeutenden Interessen der Allgemeinheit Bezug nehmen und im Rahmen der Interessenabwägung auf der dritten Teststufe mit dem Prinzip des effektiven Urheberschutzes vereinbar sind. Dass auf diesem Wege Wertentscheidungen nötig, im Gegensatz zu einer rein ökonomischen Herangehensweise aber überhaupt erst *möglich* sind, ist nicht als Problem, sondern als Potential einer solchen Interpretation zu sehen. Für Wissenschaftsschranken eröffnet auch die zweite Stufe damit dringend erforderliche Freiräume, um den wichtigen Interessen der Allgemeinheit an einer funktionierenden Informationsversorgung hinreichend gerecht zu werden.

d) 3. Stufe: Keine unzumutbare Verletzung der berechtigten Interessen

Die dritte Teststufe verlangt, dass Schrankenregelungen die berechtigten Interessen der Urheber bzw. Rechtsinhaber nicht unzumutbar⁵⁸⁵ bzw. ungebührlich⁵⁸⁶ verletzen. Sie enthält unbestimmte Rechtsbegriffe, die einer Interpretation zugänglich und be-

⁵⁸⁴ So sinngemäß auch die „Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step-Test“ in copyright law“, S. 4.

⁵⁸⁵ So die deutsche Übersetzung von RBÜ, TRIPS und WCT.

⁵⁸⁶ So die deutsche Übersetzung in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL.

dürftig sind. Stärker als die ersten beiden Teststufen kann deshalb die dritte Stufe im Sinne einer umfassenden Abwägung für den Interessenausgleich genutzt werden. An dieser Stelle können und müssen die sich gegenüberstehenden Interessen letztlich zum Ausgleich gebracht werden.⁵⁸⁷ Das „berechtigte“ Interesse und das Verbot einer „unzumutbaren“ Verletzung als die beiden wesentlichen ausfüllungsbedürftigen Elemente verdeutlichen dies, indem nicht jedes Interesse, sondern letztlich nur berechtigte Interessen geschützt werden, und indem nicht jede Art von Verletzung ausgeschlossen ist, sondern nur diejenige, die ein unzumutbares bzw. ungebührliches Ausmaß erreicht. Wenngleich es dabei um zwei verschiedene Fragestellungen geht, sind sie eng miteinander verknüpft und können gerade bei einer Gesamtschau zu sachgerechten Ergebnissen führen.

aa) Berechtigte Interessen

Dem Begriff der berechtigten Interessen maß die Panel-Entscheidung im IMRO-Fall eine normative Dimension bei, indem sie sie mit den Zielen in Zusammenhang brachte, die dem Urheberrechtsschutz zugrundeliegen, „interests that are justifiable in the light of the objectives that underlie the protection of exclusive rights“.⁵⁸⁸ Dabei nahm sie einen Gedanken auf, den kurz zuvor bereits die patentrechtliche Panel-Entscheidung berücksichtigt hatte, wonach auch bei Art. 30 TRIPS bei normativer Betrachtung berechtigte Interessen diejenigen sind, die sich auf relevante politische Wertentscheidungen oder andere soziale Normen stützen.⁵⁸⁹ Berechtigt sind die Interessen auf das Urheberrecht übertragen nur, soweit sie „im Licht der kulturellen, ökonomischen oder sozialen Überzeugungen, die die Einräumung von Urheberrechten tragen, zu rechtfertigen sind.“⁵⁹⁰ Selbst wenn die mit dem Urheberrechtsschutz verfolgten Ziele im einzelnen umstritten sind,⁵⁹¹ so gehört dazu mit Blick auf die Anreizfunktion des Urheberrechts das ökonomische Interesse an der Geltendmachung der Ausschließlichkeitsrechte, während andere Interessen – beispielsweise das Anliegen, gestützt auf seine Urheberrechte Kritik oder Parodie zu verhindern, normativ betrachtet aus dem Bereich des berechtigten Interesses ausscheiden.⁵⁹² Letztere Interessen sind demnach „unberechtigt“ im Sinne des Drei-

⁵⁸⁷ *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 205.

⁵⁸⁸ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.224.

⁵⁸⁹ WTO-Panel-Entscheidung WT/DS114/R, Abschnitt 7.69.

⁵⁹⁰ So *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 210.

⁵⁹¹ Siehe für einen Überblick etwa *Senfileben*, S. 6 ff.

⁵⁹² *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 210.

Stufen-Tests,⁵⁹³ ihre Verletzung sollte also auf der dritten Stufe keine Beachtung finden. Von Bedeutung ist dies im Wissenschaftsbereich besonders mit Blick auf das ansonsten nicht im Detail untersuchte Zitatrecht. Sofern insoweit überhaupt ökonomische Interessen an der Werkverwertung bestehen – bei weiterer technologischer Entwicklung wären zumindest aus technischer Perspektive auch Formen der Lizenzierung von Zitaten denkbar⁵⁹⁴ könnten sie dennoch als unberechtigt vernachlässigt werden. Denn die Zitierfreiheit kann, so *Senfleben* zutreffend, „die geistige Auseinandersetzung mit künstlerischen und wissenschaftlichen Produktionen und eine reiche Vielfalt geistiger Schöpfung nachhaltiger [...] fördern [...] als eine Unterwerfung des Zitats unter die Kontrolle der Urheber, aus der lediglich ein zusätzliches Marktsegment folgen würde“.⁵⁹⁵

Aufgrund des rein wirtschaftlichen Sachverhalts der Panel-Entscheidung wurden dort derartige Fragestellungen ähnlich wie schon auf der zweiten Teststufe nicht erörtert, sondern nur festgehalten, die im konkreten Fall in Frage stehenden wirtschaftlichen Interessen seien berechtigt.⁵⁹⁶

Einen für den Rahmen dieser Arbeit sehr interessanten Ansatz zur Abgrenzung von berechtigten und nicht berechtigten Interessen verdeutlicht die Bundesregierung im Zusammenhang mit der Neuregelung des Kopienversanddienstes im Rahmen des Zweiten Korbes. Hintergrund ist, dass nach einer im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens umstrittenen Subsidiaritätsklausel gemäß § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG ein elektronischer Kopienversand nur gestattet ist, wenn Verlage nicht zu *angemessenen Bedingungen* eigene Angebote zum Einzelabruf auf vertraglicher Ebene vorhalten.⁵⁹⁷ Auf eine Anfrage, worauf die Bundesregierung ihre Annahme stütze, dass die Verlage von ihrem Primärverwertungsrecht nur zu angemessenen Konditionen Gebrauch machen werden, antwortete diese, es liege schon im eigenen Interesse der Verlage, ihre Konditionen angemessen auszugestalten, denn nur dann handele es sich um „„berechtigte Interessen“ der Verlage im Sinne des Drei-Stufen-Tests, die eine Rücksichtnahme [...] rechtlich gebieten.“ Das Kriterium der angemessenen Konditionen sei wirtschaftlich zu verstehen, der erhobene Preis müsse kostendeckend sein und eine angemessene Vergütung beinhalten, er dürfe aber das Interesse des Nutzers an dem Online-Zugriff auf

⁵⁹³ *Ginsburg*, RIDA 2001, 3, 15.

⁵⁹⁴ Vgl. *Senfleben*, in: *Hilty* (Hrsg), Interessenausgleich, S. 180.

⁵⁹⁵ *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200, 210.

⁵⁹⁶ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.226.

⁵⁹⁷ Siehe dazu noch im einzelnen unten, Teil 3 E.

das betroffene Werk nicht unangemessen ausnutzen. Eine nähere Konkretisierung sei in allgemeiner Form nicht möglich.⁵⁹⁸

Auch wenn die Subsidiaritätsklausel in ihrer konkreten Ausgestaltung und praktischen Anwendung problematisch erscheint,⁵⁹⁹ wird über ein solches Begriffsverständnis für die Auslegung des Drei-Stufen-Tests ein Gedanke eingeführt, der letztlich normativ schon auf ökonomischer Ebene das berechtigte Interesse an wirtschaftlicher Werkauswertung eingrenzt und Missbrauch und Preismissbrauch aus dem Kreis der berechtigten Interessen ausgrenzt. Ohne damit ein pauschales Urteil über die Preisgestaltung der Wissenschaftsverlage fällen zu wollen, erscheint eine solche Begriffsauslegung der berechtigten Interessen durch die Bundesregierung vor dem Hintergrund der Preisentwicklung im wissenschaftlichen Zeitschriftenmarkt brisant. Die Anhaltspunkte, die den Verdacht eines nicht vollständig funktionierenden Marktes nahelegen, sind bereits dargelegt worden. Versteht man den Begriff der berechtigten Interessen wie die Bundesregierung, ist es nicht Aufgabe des Drei-Stufen-Tests, Verwerter auch bei nur unvollständig funktionierendem Wettbewerb über die Sicherstellung eines angemessenen Return on Investment hinaus zu schützen, und selbst unangemessene Vertragsbedingungen und damit letztlich sogar „Monopolrenten“ abzusichern.⁶⁰⁰ Damit nimmt die Bundesregierung auf der dritten Teststufe einen Ansatz auf, der von einigen Stimmen in der Literatur auf der zweiten Stufe auch im Zusammenhang mit der normativen Bestimmung der normalen Werkauswertung befürwortet wird.⁶⁰¹

bb) Unzumutbare Verletzung der Interessen

Das Kriterium der unzumutbaren Interessenverletzung enthält den größten Spielraum aller Elemente des Drei-Stufen-Tests. Zunächst ist ihm klar zu entnehmen, dass sogar eine Verletzung berechtigter Urheber- bzw. Rechteinhaberinteressen zulässig ist, solange sie kein unzumutbares Ausmaß annimmt.⁶⁰² Damit wird jedoch entscheidend, was zumutbare von unzumutbaren Interessenverletzungen abgrenzt. Die Panel-Entscheidung orientiert sich recht einseitig an ökonomischen Aspekten, wenn sie darauf abstellt, ob durch die jeweilige Schrankenregelung tatsächlich oder potentiell ein „unzumutbar hoher

⁵⁹⁸ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Grünen, BT-Drs. 16/1356, S. 4 f.

⁵⁹⁹ Dazu noch unten, Teil 3 E. II. 10.

⁶⁰⁰ Ähnlich auch *Hilty*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 123.

⁶⁰¹ Siehe dazu schon oben Teil 2 A II 3. c).

⁶⁰² WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.229; *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.25; *Reinbothe/v.Lewinski*, Art. 10 Fn. 22; *Poepfel*, S. 119; *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200, 205.

Einnahmeverlust“ entsteht.⁶⁰³ Das erscheint jedoch problematisch. Denn bei einer solchen Begriffsdefinition ist noch immer nicht klar, was „unzumutbar“ hohe Einnahmeverluste sein sollen. Die Definition ist zirkulär. Um zumutbare von unzumutbaren bzw. ungebührliche von gebührlchen bzw. gerechtfertigte von ungerechtfertigten⁶⁰⁴ Interessenverletzungen zu trennen, bedarf es eines externen Bezugspunktes, anderer Werte, die Rechtfertigungsgrund bzw. Grund für die Zumutbarkeit der Verletzung sein können.⁶⁰⁵ Zwar erwähnt der urheberrechtliche Drei-Stufen-Test die Allgemeininteressen nicht ausdrücklich auch innerhalb des Tests wie bei vergleichbaren Bestimmungen zu Marken und Patenten in Art. 26 und Art. 30 TRIPS, sondern ihre Einbeziehung ergibt sich gerade bei TRIPS erst aus dem Gesamtzusammenhang des Abkommens.⁶⁰⁶ Dennoch ist auch hier eine Interessenabwägung einem rein ökonomisch orientierten Ansatz vorzuziehen,⁶⁰⁷ da erst sie es ermöglicht, die Grenze des für den Urheber bzw. Rechteinhaber Zumutbaren mittels eines Referenzpunktes zu bestimmen. Was im Einzelfall zumutbar bzw. gebührlch ist, kann demnach nicht allein quantitativ und ökonomisch bestimmt werden, sondern ist in ein wertendes Verhältnis zu setzen mit den Zielen, denen die jeweilige Schrankenregelung dient. Unter Berücksichtigung *dieser* Zwecke darf die Verletzung der berechtigten Interessen des Urhebers nicht unverhältnismäßig sein.⁶⁰⁸

An dieser Stelle sind deshalb die mit den Wissenschaftsschranken verfolgten grundlegenden Ziele wertend zu berücksichtigen. Privilegiert werden in den verschiedenen Ausprägungen wissenschaftlich Tätige in Bezug auf ihren Werkzugang, erleichterte Formen der Werknutzung, sowie einen möglichst ungehinderten Austausch von Gedanken und Ideen, um den Zugriff auf bestehendes Wissen zur Generierung neuen Wissens zu fördern. Dies erfolgt in erster Linie nicht im individuellen Interesse der einzelnen Privilegierten, sondern letztlich im Interesse der Allgemeinheit am wissenschaftlichen Fortschritt zum Wohl der Gesellschaft als Ganzem. Die Wissenschaftsschranken dienen damit wichtigen Interessen und Zielen, die denen ähneln, die auch der Urheberrechtsschutz anerkennt und selbst bezweckt, soweit man ein utilitaristisches Verständnis zu

⁶⁰³ WTO-Panelreport, a.a.O., Abschnitt 6.229 sowie 6.237-6.272, wo die Einnahmeverluste des konkreten Falles im Detail untersucht werden.

⁶⁰⁴ Die französische Fassung der RBÜ verwendet den Begriff „injustifié“.

⁶⁰⁵ *Hohagen*, S. 110; *Ginsburg*, RIDA 2001, 3, 57.

⁶⁰⁶ Siehe dazu bereits oben Teil 2 A. I.

⁶⁰⁷ So auch *Hohagen*, S. 111; *Ginsburg*, RIDA 2001, 3, 57, in diesem Sinne auch die „Declaration on a balanced interpretation of the Three-Step-Test in Copyright Law“.

⁶⁰⁸ *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200, 211.

Grunde legt. Derartige Schranken tragen demnach zur Schaffung optimaler Rahmenbedingungen für die Werkschöpfung als einer der Kernaufgaben des Urheberrechts ebenso bei wie die Gewährung urheberrechtlicher Exklusivrechte als Anreizsystem.⁶⁰⁹ Solche Zielinteressen von Schranken können nicht zur Legitimierung einer vollständigen Beschränkung der Verwertungsrechte im Wissenschaftsurheberrecht dienen. Sie sind im Rahmen der Abwägungsentscheidungen aber wichtige Faktoren und erlauben es unter normativen Gesichtspunkten, die Grenze des Zumutbaren weiter zu Gunsten der Schranke zu verschieben als in Fällen, in denen es an gewichtigen nicht-ökonomischen Rechtfertigungen für Schranken fehlt.

Ebenfalls auf der Ebene der unzumutbaren Interessenverletzung spielt zudem auch die Möglichkeit der Zahlung einer angemessenen Vergütung eine Rolle. Während sie vom BGH nicht unumstritten bereits als Ausgleich für eine Beeinträchtigung der normalen Werkauswertung herangezogen wird,⁶¹⁰ herrscht über die Berücksichtigungsfähigkeit auf der dritten Teststufe Einigkeit, insbesondere da dies bereits aus den historischen Dokumenten der Stockholmer Revisionskonferenz und dem mehrfach erwähnten Beispiel *Ulmer* hervorgeht.⁶¹¹ Hinsichtlich ihrer Höhe ist bedeutend, dass sie im Rahmen des Drei-Stufen-Tests nicht dazu dienen kann, den Urheber bzw. Rechtsinhaber vollständig zu entschädigen.⁶¹² Denn der Drei-Stufen-Test lässt die Verletzung der berechtigten Interessen zu, solange diese kein unzumutbares bzw. ungebührliches Maß erreicht. Die angemessene Vergütung dient lediglich dazu, eine Interessenverletzung wieder unter die Schwelle des Unzumutbaren zu drücken.⁶¹³ Damit handelt es sich um ein flexibles Konzept, das von vergütungsfreier Nutzung in Fällen, in denen ohnehin keine unzumutbare Interessenverletzung vorliegt, über das Erfordernis moderater Vergütung bei einer nur geringfügig unzumutbaren Verletzung bis hin zu Fällen reicht, in denen allein große Beträge eine angemessene Vergütung darstellen können, weil es eines entsprechend starken Ausgleichs bedarf, bevor die Interessenverletzung wieder als zumutbar betrachtet werden kann.⁶¹⁴ Darüber hinaus bleiben auch so schwerwiegende Interessenverletzungen denkbar, dass sie überhaupt nicht über eine Vergütung ausgeglichen werden können,

⁶⁰⁹ Vgl. *Senfleben*, in: *Hilty* (Hrsg), Interessenausgleich, S. 184.

⁶¹⁰ BGH, NJW 1999, 1953, 1957. – *Kopienversanddienst*; siehe dazu schon oben Teil 2 A II 3. c).

⁶¹¹ Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.25; *Poepfel*, S. 119; WTO-Panelreport, WT/DS160/R, Abschnitt 6.229; *Reimer/Ulmer*, GRUR Int 1967, 431, 444.

⁶¹² Vgl. dazu auch die „Declaration“, a.a.O; zustimmend auch *Nolte*, S. 307 f.

⁶¹³ *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200, 211.

⁶¹⁴ *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200, 211.

so dass eine Schrankenregelung auch auf der dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests noch scheitern kann.⁶¹⁵ Verstärkt wird die Flexibilität und das Prinzip fließender Übergänge dadurch, dass auch die Rechtfertigung, die der Schrankenbestimmung zugrunde liegt, bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung mit einbezogen werden muss und mit ihr in einem Wechselspiel steht. Desto wichtiger der mit der Schrankenregelung verfolgte Zweck, desto stärkere Verletzungen ihrer Interessen haben die Urheber als zumutbar hinzunehmen. Die Vergütung kann demnach dann auch bei rein ökonomisch betrachtet gleichen Auswirkungen geringer ausfallen, als wenn die Schranke lediglich auf einer schwachen rechtfertigenden Grundlage beruht. Daraus ergibt sich ein entsprechend großer Spielraum des nationalen Gesetzgebers gerade auf der dritten Teststufe.⁶¹⁶

cc) Interessen der Urheber oder der Rechteinhaber?

In engem Zusammenhang mit dem Aspekt einer angemessenen Vergütung steht die Frage, auf wessen Interessen die dritte Stufe abstellt. Während RBÜ und WCT sich auf die Interessen der Urheber beziehen, sind es bei TRIPS und der InfoSoc-Richtlinie die Interessen der Rechtsinhaber, die nicht unzumutbar verletzt werden dürfen. Zu erklären ist diese Abweichung in Bezug auf die Richtlinie damit, dass dort neben Urheberrechten auch verwandte Schutzrechte geregelt sind und schon deshalb eine neutralere Formulierung erforderlich war. Im Fall des TRIPS-Abkommens war entscheidend, dass dieses die RBÜ mit Ausnahme der Urheberpersönlichkeitsrechte aus Art. 6bis RBÜ inkorporiert; durch die Verwendung des Begriffs der Rechtsinhaber sollte sichergestellt werden, dass auch im Rahmen des Drei-Stufen-Tests urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte unberücksichtigt bleiben.⁶¹⁷ Zudem wird damit auch jenen Urheberrechtssystemen stärker Rechnung getragen, die das Prinzip des „work made for hire“ kennen.⁶¹⁸ Zu beachten ist ohnehin, dass auch die RBÜ zwar den Begriff des Urhebers verwendet, in den Schutz über Art. 2 Abs. 6 S. 2 RBÜ aber auch dessen Rechtsnachfolger einbezogen wird, so dass weniger eindeutig ist, ob mit der Änderung tatsächlich eine Bedeutungserweiterung bezweckt wurde.⁶¹⁹

Dennoch geben die unterschiedlichen Formulierungen Anlass, auch im Zusammenhang mit dem Drei-Stufen-Test auf die keinesfalls deckungsgleichen Interessen der Ur-

⁶¹⁵ Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, Rn. 13.27.

⁶¹⁶ Vgl. dazu *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200, 211, den Spielraum betont ebenfalls *Nolte*, S. 319.

⁶¹⁷ So *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200, 209.

⁶¹⁸ Vgl. *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), *Copyright Law*, S. 348.

⁶¹⁹ Kritisch *Hohagen*, S. 94 f.

heber und der Verwerter hinzuweisen, auf die bereits oben gerade in Bezug auf wissenschaftliche Urheber und Wissenschaftsverlage eingegangen wurde.⁶²⁰ Das Schweizerische Bundesgericht hat in einer jüngeren Entscheidung die Zulässigkeit elektronischer Pressespiegel unter anderem auch damit begründet, dass der Drei-Stufen-Test dem Schutz des Urhebers mindestens ebenso diene wie dem der Verwerter, weshalb es nicht angehe, ihn ausschließlich aus der Perspektive des letzteren zu beurteilen. Während den Verlagen mit einem Verbotsrecht wirtschaftlich besser gedient sei, habe der Journalist daran kein Interesse. Denn zum einen sei er daran interessiert, dass seine Werke möglichst vielen Lesern zur Verfügung stehen. Zum anderen gehe auch sein wirtschaftliches Interesse eher in Richtung eines vergütungspflichtigen Schrankengebrauchs als eines Verbotsrechts, da er nur von ersterem über eine angemessene Vergütung profitiere.⁶²¹ Ähnlich fällt die Argumentation des BGH im Pressespiegelurteil aus, wenn der BGH dort betont, im Einzelfall könne die Anwendung einer vergütungspflichtigen Schranke für den Urheber günstiger sein, da er über die gesetzliche Vergütung daran stärker teilhabe als im Fall von umfassend den Verwertern eingeräumten Ausschließlichkeitsrechten.⁶²²

Auch die Declaration verlangt, die Interessen der ursprünglichen Rechteinhaber und ihrer Rechtsnachfolger bei der Anwendung des Drei-Stufen-Tests gleichermaßen zu berücksichtigen. Neben den rein wirtschaftlichen Vorteilen, die vergütungspflichtige Schranken gegenüber Verbotsrechten für die Urheber selbst haben, profitieren wissenschaftliche Urheber als produktive Nutzer selbst am meisten von Wissenschaftsschranken bzw. haben schon bei der Schöpfung ihrer bereits geschaffenen Werke davon profitiert. Eine einseitige Betrachtung der Verwerterinteressen auf der dritten Teststufe wird dem komplexen Interessengefüge in der Wissenschaft nicht gerecht. Bezieht man die Urheber stärker mit ein, so tritt deutlicher der Solidargedanke zu Tage, der sich daraus ergibt, dass die Urheber bereits bestehender Werke im Sinne des dargestellten Wissenskreislaufs bei deren Schöpfung ihrerseits auf die Werke anderer Wissenschaftler zurückgegriffen haben und vor diesem Hintergrund auch ihre eigenen Verwertungsinteressen, sofern diese auf wirtschaftlicher Ebene überhaupt in nennenswertem Ausmaß bestehen, teilweise zurückzustellen haben. Werden sie erneut zum Schöpfer, genießen umgekehrt auch sie wieder die Freiräume der Schranken.⁶²³

⁶²⁰ Siehe oben Teil 1 F.

⁶²¹ Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 26.06.2007, GRUR Int 2007, 1046, 1050 - *Elektronische Pressespiegel*.

⁶²² BGH GRUR 2002, 963, 966 - *Pressespiegel*; ebenso *Nolte*, S. 140.

⁶²³ *Senfleben*, in: *Hilty/Peukert* (Hrsg), Interessenausgleich, S. 184 f.

3. Fazit zum Drei-Stufen-Test

Der Drei-Stufen-Test macht als eines der zentralen Elemente des internationalen Urheberrechts verbindliche Vorgaben, die insbesondere der nationale Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Wissenschaftsschranken beachten muss, für die jedoch die Auslegung der Bestimmungen entscheidend ist.

Während der Test mit Blick auf seine Entstehungsgeschichte im Zusammenhang mit der Einführung eines allgemeinen Vervielfältigungsrechtes in die Berner Übereinkunft vor allem als ein notwendiger Kompromiss zwischen den Rechten der Urheber und Verwerter und dem nötigen Freiraum für angemessene Schranken zu werten ist, droht der Test bei einer einseitigen Auslegung zu Gunsten der Rechtsinhaber diesen Freiraum derart zu verengen, dass Schranken zumindest im digitalen Bereich jegliche Bedeutung verlieren. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die zweite Teststufe, wenn diese rein ökonomisch und streng isoliert von den sonstigen Teststufen analysiert wird, da im Zweifel jede Form des Schrankengebrauchs eine potentielle digitale Werkauswertung beeinträchtigt.

Gleichzeitig wurde dargestellt, dass ein solches Verständnis keinesfalls zwingend ist, sondern ausgewogenere Interpretationsansätze bestehen und auch bereits innerhalb der Rechtsprechung angewendet werden, um neben den zu differenzierenden Interessen von Urhebern und Rechtsinhabern Interessen der Allgemeinheit sowie im engeren Sinne normative Aspekte berücksichtigen zu können.⁶²⁴ Die dadurch ermöglichten Wertentscheidungen können auch zu Gunsten von Wissenschaftsschranken ausfallen, ohne damit gegen verbindliche Vorgaben des internationalen Rechts zu verstoßen. Eine weniger isolierte Betrachtung der einzelnen Teststufen und die stärkere Einbeziehung der für den Schrankengebrauch anfallenden Vergütung erlauben eine differenziertere und umfassendere Berücksichtigung und Bewertung der involvierten Interessen. So verbleiben auch im digitalen Bereich gerade für Wissenschaftsschranken die nötigen Spielräume, ohne das Prinzip eines effektiven Rechtsschutzes als Zielvorgabe des internationalen Urheberrechts insgesamt in Frage zu stellen.

⁶²⁴ Insgesamt gegen ein allzu restriktives Verständnis des Drei-Stufen-Tests auch *Nielen*, Interessenausgleich, S. 64, der zu Recht die Gestaltungsspielräume der nationalen Gesetzgeber betont.

B. Vorgaben aus dem europäischen Urheberrecht

Auch das europäische Urheberrecht enthält Vorgaben für die nationalstaatliche Gesetzgebung im Bereich der Wissenschaftsschranken, mangels weitergehender Rechtsvereinheitlichung in Form von Richtlinien.⁶²⁵ Bereits vor Erlass der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft enthielten frühere Richtlinien vereinzelte Regelungen, so beispielsweise Art. 5 und 6 der Software-Richtlinie,⁶²⁶ die bestimmte Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen vorsieht, jedoch keine speziellen Schrankenregelungen für den Wissenschaftsbereich gestattet. Art. 10 Abs. 1 d) der Vermiet- und Verleih-Richtlinie⁶²⁷ erlaubt den Mitgliedsstaaten Beschränkungen für eine Benutzung, die ausschließlich Zwecken des Unterrichts oder der wissenschaftlichen Forschung dient.⁶²⁸ Art. 6 Abs. 2 b) und Art. 9 b) der Datenbankrichtlinie⁶²⁹ sehen ebenfalls Schrankenvorbehalte für die Veranschaulichung des Unterrichts und zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung vor, soweit dies zur Verfolgung nichtkommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.⁶³⁰

Entscheidende Bedeutung kommt dennoch der InfoSoc-Richtlinie zu, da eines ihrer zentralen Ziele neben der Umsetzung der WIPO-Urheberrechtsverträge der Versuch einer Harmonisierung der Schranken in den Mitgliedsstaaten war.⁶³¹ Sie sollte „harmonisierte und angemessene rechtliche Rahmenbedingungen für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“ und ein „günstiges Umfeld“

⁶²⁵ Zu Fragen der weiteren europäischen Rechtsvereinheitlichung im Urheberrecht vergleiche *Fischer*, Perspektiven für ein europäisches Urheberrecht, erscheint voraussichtlich 2010.

⁶²⁶ Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Abl. EG Nr. L 122 S.42 vom 17.05.1991.

⁶²⁷ Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006, Abl. L 376 vom 27.12.2006, S. 28 ff., die die frühere Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, Abl. L 346 vom 27.11.1992, S. 61 ff., aufgehoben und ersetzt hat.

⁶²⁸ Zum gegenüber den Schrankenregelungen der InfoSoc-Richtlinie nicht abschließenden Charakter und dem Verhältnis der beiden Richtlinien vgl. *Walter*, in: *Walter* (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Info-RL IV. Kapitel Rn. 90.

⁶²⁹ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Amtsblatt Nr. L 077 vom 27.03.1996.

⁶³⁰ Siehe zu der entsprechenden deutschen Umsetzung im Datenbankbereich noch unten Teil 3 B.

⁶³¹ Siehe dazu *Hoeren*, MMR 2000, 515 f., kritisch zur Erreichung des Ziels auf S. 519, zur Entstehungsgeschichte vgl. *Spindler*, GRUR 2002, 105, 106.

schaffen, „das Schutz und Ansporn für Kreativität und innovative Tätigkeiten innerhalb der Gemeinschaft bietet.“⁶³² Die folgenden Untersuchungen konzentrieren sich auf die Vorgaben, die die InfoSoc-Richtlinie für die Wissenschaftsschranken macht.⁶³³

I. Interessenausgleich auf hohem Schutzniveau

Einer der zentralen und in den Erwägungsgründen wiederkehrenden Gedanken der InfoSoc-Richtlinie ist es, dass eine Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte von einem „hohen Schutzniveau“ ausgehen müsse, da diese Rechte für das geistige Schaffen wesentlich seien und ihr Schutz dazu beitrage, die Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeit im Interesse aller sicherzustellen.⁶³⁴ Erwägungsgrund 4 betont die fördernde Wirkung eines „hohen Schutzniveaus“ für substantielle Investitionen in Kreativität und Innovation und damit für Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie. Eine „rigorose und wirksame Regelung“ zum Schutz der betreffenden Rechte sei „eines der wichtigsten Instrumente, um die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler zu wahren“; die Verwirklichung des Ziels, die Verbreitung der Kultur zu fördern, dürfe nicht durch den Verzicht auf einen „rigorosen Schutz der Urheberrechte“ erfolgen.⁶³⁵

Damit knüpft die InfoSoc-Richtlinie an den bereits in früheren Richtlinien enthaltenen Ausgangspunkt eines hohen Schutzniveaus an, auf den sich die Kommission 1991 in einer Mitteilung zu ihrem Grünbuch zum Arbeitsprogramm auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte festgelegt zu haben scheint.⁶³⁶ Auch die InfoSoc-Richtlinie folgt weiterhin dem Credo einer weitgehend uneingeschränkten Eigentumslogik, indem allein die positiven Aspekte des Schutzes geistigen Eigentums betont werden, woraus anschließend der normative Schluss gezogen wird, dass man von einer guten Sache nie genug haben könne und dementsprechend das Schutzniveau weiter verstärkt werden müsse, nach der Logik „viel Schutz ist gut, mehr Schutz ist besser“.⁶³⁷

⁶³² So die Beschreibung des Ziels durch den Rat im Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 48/2000 vom 28. September 2000, Abl. Nr. C 344/01, Punkt 6.

⁶³³ Der eigenständige Themenkomplex der technischen Schutzmaßnahmen und ihres Verhältnisses zu den Schrankenregelungen wird an dieser Stelle ausgeklammert und erst im weiteren Verlauf der Arbeit überblicksartig dargestellt, siehe unten, Teil 2 D. II.

⁶³⁴ So Erwägungsgrund 9.

⁶³⁵ So Erwägungsgrund 11 bzw. 22.

⁶³⁶ Vgl. die Darstellung und die Nachweise bei *Peukert*, Festschrift Hilty, S. 42 ff.

⁶³⁷ Siehe generell *Peukert*, Innovation, S. 302.

Diese grundlegende Prämisse ist nicht ohne Kritik geblieben.⁶³⁸ Zu Recht wird betont, es sei „vor dem Hintergrund einer liberalen Wirtschaftsordnung im Grunde undenkbar, einen generellen Entscheid für ein möglichst weit reichendes Schutzsystem zu fällen, da die Auswirkungen eines solchen Systems auf die Betroffenen – und das sind nicht nur die potentiellen Schutzrechtsinhaber – je nach Sachlage überaus unterschiedlich sein werden.“⁶³⁹ Auch Erwägungsgrund 8 hebt die Notwendigkeit hervor, angesichts der verschiedenen sozialen, gesellschaftlichen und kulturellen Auswirkungen der Informationsgesellschaft die Besonderheit des Inhalts von Produkten und Dienstleistungen zu berücksichtigen, was den Ansatz vom einheitlich hohen Schutzniveau konsequent zu Ende gedacht ebenfalls bereits relativiert. Auch *Dietz* verweist darauf, dass in den Richtlinien wegen der besonderen Betonung der Bedeutung und positiven Wirkung starker Rechte für das kreative Schaffen der Eindruck entstehen könne, die Interessen der Urheber bzw. Rechtsinhaber und der Gesellschaft als Ganzes verliefen stets parallel statt zumindest teilweise antagonistisch. Wenn alle vom Schutz profitierten, könne doch nichts gegen seine starke Ausgestaltung sprechen. Eine derartige Interpretation werde aber dadurch wieder relativiert, dass die Richtlinien trotz der Betonung des hohen Schutzniveaus sehr wohl Schrankenvorgaben enthielten und daran deutlich werde, dass eine moderne Urheberrechtsgesetzgebung auch im digitalen Zeitalter nicht ohne sie auskomme.⁶⁴⁰

Einen entsprechenden Ansatz wählt auch die InfoSoc-Richtlinie, wenn sie trotz der generellen Zielvorgabe eines hohen Schutzniveaus in Erwägungsgrund 31 vor den weiteren Erwägungen zu einzelnen Schrankenvorbehalten hervorhebt, es müsse ein „angemessener Rechts- und Interessenausgleich [...] zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen gesichert werden“, und in Art. 5 anschließend den Katalog von Schrankenvorbehalten bereitstellt. Auch Erwägungsgrund 14 ist ein solcher Ansatz zu entnehmen, wenn betont wird, gerade durch den *Schutz* von Werken als eines der Ziele der Richtlinie Lernen und kulturelle Aktivitäten zu fördern, dabei aber auch gleichzeitig Schranken im öffentlichen Interesse für

⁶³⁸ Vergleiche beispielsweise *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 65 ff., sowie *Peukert*, Festschrift Hilty, S. 45 ff. mit umfangreicher Kritik aus völker- und grundrechtlicher, ökonomischer und rechtsvergleichender Perspektive; siehe auch *Burrell/Coleman*, S. 197 ff., sowie bereits zuvor grundlegend *Laddie*, EIPR 1996, 253 ff.

⁶³⁹ *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, in: *Behrens* (Hrsg.), Stand und Perspektiven, S. 149.

⁶⁴⁰ So schon vor der InfoSoc-Richtlinie *Dietz*, in: ALAI, Boundaries of Copyright, S. 96.

den Bereich Ausbildung und Unterricht vorsehen zu müssen, das angestrebte Ziel also nur über eine Kombination aus Schutzrecht und Schranke erreichen zu können. Selbst der insgesamt schutzintensiv ausgerichteten Richtlinie ist somit nicht die Vorgabe eines absoluten Maximalschutzes zu entnehmen.

Mit Blick auf das neue elektronische Umfeld und die damit verbundene gesteigerte wirtschaftliche Bedeutung von Schranken, die angemessen berücksichtigt werden müsste, sei zwar, so Erwägungsgrund 44, der Umfang bestimmter Schrankenregelungen „bei bestimmten neuen Formen der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände möglicherweise noch enger zu begrenzen“, diese eher vagen Äußerungen⁶⁴¹ ändern nichts daran, dass Schranken auch nach dem Willen des Richtliniengebers ihre Bedeutung nicht völlig verlieren sollen. Erwägungsgrund 34 nennt im Zusammenhang mit Erwägungsgrund 31, der die Notwendigkeit eines angemessenen Rechts- und Interessenausgleichs zwischen verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern sowie zwischen diesen und den Nutzern betont, ausdrücklich einige Bereiche, in denen die Mitgliedsstaaten die Möglichkeit erhalten sollen, Schranken vorzusehen. Dazu gehören neben Unterrichtszwecken, Schranken zugunsten öffentlicher Einrichtungen wie Bibliotheken und der Zitatschranke ausdrücklich auch wissenschaftliche Zwecke. Daneben treten weitere Schrankenvorbehalte, auf die in Erwägungsgrund 34 nicht explizit Bezug genommen wird.

Aufschlussreich sind auch die Erwägungsgründe 35 und 36, die den bei einigen Schranken vorgeschriebenen, jedoch auch bei den übrigen Schranken möglichen gerechten Ausgleich zugunsten der Rechteinhaber näher spezifizieren. Dieser soll die Nutzung „angemessen vergüten“, wobei ein Kriterium der sich aus der betreffenden Handlung ergebende etwaige Schaden sein könne. Habe der Rechteinhaber bereits Zahlungen in anderer Form erhalten oder entstünde ihm nur ein geringfügiger Nachteil, könne sich gegebenenfalls auch keine Zahlungsverpflichtung ergeben. Zudem sind gerade einige wissenschaftsrelevante Schrankenvorbehalte zunächst ohne zwingenden Ausgleich ausgestaltet.⁶⁴² Daraus lässt sich entnehmen, dass der Richtliniengeber sogar vergütungsfreie Schranken im Grundsatz für zulässig hält. Im Wege des Umkehrschlusses wird zudem deutlich, dass auch Schranken gestattet werden sollen, die zunächst mehr als nur „geringfügige“ Nachteile bzw. Schäden für den Rechteinhaber bedeuten,

⁶⁴¹ Ähnlich wertet *Poepfel*, S. 129.

⁶⁴² Siehe im Folgenden Art. 5 Abs. 3 a), d) und n) sowie Abs. 2 c).

jedoch in diesen Fällen nur gegen Zahlung eines angemessenen Ausgleichs. Dies entspricht der Systematik auf der dritten Stufe des völkerrechtlichen Drei-Stufen-Tests, da auch dieser nicht jede, sondern nur „unzumutbare“ Verletzungen der berechtigten Interessen des Rechteinhabers ausschließt und die Zahlung einer angemessenen Vergütung als teilweise Kompensation als ein Kriterium in die Beurteilung mit einbezieht.⁶⁴³

Festzuhalten ist demnach, dass die Richtlinie zwar weiter an der Grundtendenz europäischer Urheberrechtspolitik im Sinne eines „hohen Schutzniveaus“ festhält, jedoch selbst genügend Anhaltspunkte für den Schluss enthält, die von ihr gestatteten Schranken nicht als Widerspruch oder Gegensatz zu einem solchen Grundansatz, sondern als damit zu vereinbarendes Element zur Erzielung eines notwendigen Interessenausgleichs zu werten, wenngleich auch eines Interessenausgleichs auf hohem Schutzniveau. Während die Rechtsprechung bei Auslegungsfragen in anderen Bereichen wie der Erschöpfung, der Reichweite des Rechts der öffentlichen Wiedergabe oder des Verbreitungsrechts mehrfach auf die generelle Tendenz in Richtung eines hohen Schutzniveaus verwiesen und einen Schutz bejaht hat,⁶⁴⁴ spricht vieles dafür, dies nicht gleichermaßen auch bei der Auslegung der Schrankenvorbehalte zu wiederholen. Sie stellen keine Fremdkörper in einer auf Maximalschutz ausgelegten Harmonisierungsrichtlinie dar, sondern versuchen, auf dem politisch gewollten hohen Schutzniveau den umso bedeutenderen und auch von der Richtlinie selbst als notwendig anerkannten Interessenausgleich zu gewährleisten.

II. Schrankensystematik der InfoSoc-Richtlinie

1. Erschöpfender Schrankenkatalog

Dem Harmonisierungsziel entsprechend enthält die InfoSoc-Richtlinie in Art. 5 laut Erwägungsgrund 32 einen erschöpfenden Katalog von Schrankenvorbehalten, die sich in Abs. 2 lediglich auf das Vervielfältigungsrecht aus Art. 2, in Abs. 3 sowohl auf das Vervielfältigungsrecht als auch auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung aus Art. 3 beziehen. Abs. 4 gestattet, die Schranken gegebenenfalls auch auf das Verbreitungsrecht auszudehnen. Art. 5 Abs. 3 o), der die Aufrechterhaltung bestehender Schranken von geringer Bedeutung im ana-

⁶⁴³ Siehe oben Teil 2 A. II 3. d) bb).

⁶⁴⁴ Siehe die Nachweise bei *Peukert*, Festschrift Hilty, S. 45 f.

logen Bereich ohne Beeinträchtigung des Binnenmarktes gestattet, relativiert zwar als sogenannte „grand-father“-Klausel⁶⁴⁵ das Konzept einer abschließenden Regelung wieder,⁶⁴⁶ ändert jedoch nichts daran, dass der nationalstaatliche Gestaltungsspielraum durch die Richtlinienvorgaben stark eingeschränkt wurde.

2. Fakultative Schrankenvorbehalte

Gleichzeitig sind mit Ausnahme der Schrankenregelung für vorübergehende technisch bedingte Vervielfältigungen ohne eigenständige wirtschaftliche Bedeutung in Art. 5 Abs. 1 alle Schrankenvorbehalte lediglich fakultativ ausgestaltet. Ihre Umsetzung in nationales Recht bleibt den einzelnen Mitgliedsstaaten freigestellt. Die Entscheidungsfreiheit betrifft dabei sowohl das „ob“, als auch die Frage, wie weitreichend die Mitgliedsstaaten im Einzelnen von dem verbliebenen Gestaltungsspielraum Gebrauch machen. Dies wird unter dem Gesichtspunkt des dadurch eingeschränkten Harmonisierungspotentials zutreffend kritisiert,⁶⁴⁷ ist jedoch als Kompromiss zu verstehen, da eine vollständige Harmonisierung der Schrankenregelungen als „sakrosankte Orte nationaler Heiligtümer“⁶⁴⁸ auf europäischer Ebene politisch nicht durchzusetzen war.⁶⁴⁹ Auch Erwägungsgrund 32 lässt diesen Kompromisscharakter erkennen.

Das nur teilweise erreichte Harmonisierungsziel⁶⁵⁰ und der innerhalb der Schrankenvorbehalte verbliebene Gestaltungsspielraum der nationalen Gesetzgeber ändern nichts daran, dass der abschließende Katalog des Art. 5 der Richtlinie absolute Grenzen setzt. Auch wenn zwischen den einzelnen Tatbeständen kein Rang- oder Ausschließlichkeitsverhältnis besteht und somit auf bestimmte Sachverhalte mehr als nur ein Schrankenvorbehalt Anwendung finden kann,⁶⁵¹ muss jede nationale Schrankenbestimmung in eine oder mehrere der unterschiedlich eng definierten „Schubladen“ des Art. 5 passen, um Bestand zu haben. Über die Vorgaben der einzelnen Schrankenvorbehalte hinaus sind weitergehende Schranken ausgeschlossen.

⁶⁴⁵ *Reinbothe*, ZUM 2002, 43, 46.

⁶⁴⁶ *Walter*, in: *Walter* (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Info-RL IV. Kapitel Rn. 99; insgesamt kritisch mit Blick auf die Harmonisierung auch *Hoeren*, MMR 2000, 515, 519; *Schippan*, ZUM 2001, 116, 127.

⁶⁴⁷ Vgl. *Hilty*, GRUR 2005, 819; kritisch auch das zusammenfassende Ergebnis bei *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholtz (u.a.)*, Implementation study, S. 166.

⁶⁴⁸ *Hoeren*, MMR 2000, 515, 516.

⁶⁴⁹ Vergleiche zum Kompromisscharakter *Reinbothe*, ZUM 2002, 43, 45.

⁶⁵⁰ Siehe beispielsweise die Kritik bei *Hilty*, in: *Behrens* (Hrsg.), S. 151, sowie die eingehende Untersuchung von *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholtz (u.a.)*, Implementation study, S. 18 ff.

⁶⁵¹ Vgl. *Hohagen*, S. 206; *Poepfel*, S. 124; siehe auch *Nielen*, Interessenausgleich, S. 116, m.w.N.

3. Übernahme des Drei-Stufen-Tests in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie

Zusätzlich zum abschließenden Schranken katalog übernimmt Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL den Drei-Stufen-Test der Urheberrechtsabkommen, an dem sich die Schranken somit schon allein aufgrund der europäischen Vorgaben messen lassen müssen, so dass der Drei-Stufen-Test erneut zum verbindlichen Maßstab für jegliche Beschränkung der entsprechenden Rechte wird.⁶⁵² Damit wird auf europäischer Ebene den Verpflichtungen aus der eigenständigen Unterzeichnung des TRIPS-Übereinkommens und der WIPO-Verträge nachgekommen.⁶⁵³

Umstritten ist, inwieweit der ersten Stufe („bestimmte Sonderfälle“) im Rahmen der Richtlinie überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt. Während teilweise vertreten wird, auch innerhalb der einzelnen Schrankenvorbehalte müsse wegen der lediglich „groben Skizzierung“ bei ihrer Implementierung eine weitere Spezifizierung erfolgen,⁶⁵⁴ ist das Merkmal für andere im Rahmen der Richtlinie bedeutungslos. Der Test sei lediglich als Zwei-Stufen-Test zu verstehen, weil bereits die einzelnen Schrankenvorbehalte bestimmte Sonderfälle beschrieben.⁶⁵⁵ Für letzteres spricht, dass auch Erwägungsgrund 44 der Richtlinie nur die Kriterien der zweiten und dritten Stufe erwähnt. Der Richtliniengeber ging offenbar selbst davon aus, dass die von ihm definierten Tatbestände in Art. 5 bereits bestimmte Sonderfälle darstellen, so dass die Mitgliedsstaaten den in den Schrankenvorhalten definierten Anwendungsbereich unter Einhaltung der beiden letzten Kriterien ausschöpfen können, ohne sich aufgrund der europäischen Vorgaben innerhalb der Schrankenvorbehalte weiter auf bestimmte bzw. „noch bestimmtere“ Sonderfälle beschränken zu müssen.⁶⁵⁶ Bei einem solchen Verständnis ist es bei weniger konkret gefassten Schrankenvorhalten zumindest vorstellbar, dass diese ihrerseits nicht mit der ersten Stufe des völkerrechtlichen Drei-Stufen-Test vereinbar sind.⁶⁵⁷ Entsprechend weite nationale Implementierungen wären dann zwar nicht aufgrund der Richtlinie, wohl aber mit Blick auf die völkerrechtlichen Vor-

⁶⁵² Vgl. *Hohagen*, S. 206; insgesamt kritisch zum dadurch entstehenden „hybriden“ System aus spezifischen Schrankenvorgaben und zusätzlicher, eher generalklauselartiger Beschränkung *Senftleben*, *ami* 2009, 1 ff.

⁶⁵³ Siehe *Bornkamm*, in: *Abrens* (Hrsg.) Festschrift Erdmann, S. 44, m.w.N.

⁶⁵⁴ *Walter*, in: *Walter* (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Info-RL IV. Kapitel Rn. 96.

⁶⁵⁵ So *Dreier*, ZUM 2002, 28, 35; zustimmend *Bornkamm*, in: *Abrens* (Hrsg.) Festschrift Erdmann, S. 43; *Senftleben*, GRUR Int 2004, 200, 206; *Poempel*, S. 129; ähnlich *Nielen*, Interessenausgleich, S. 99.

⁶⁵⁶ Ähnlich *Poempel*, S. 129.

⁶⁵⁷ Darauf verweist *Senftleben*, GRUR Int 2004, 200, 206.

gaben unzulässig, was zwar nicht in materiell-rechtlicher Hinsicht, wohl aber mit Blick auf die Geltendmachung des Verstoßes einen Unterschied macht. Betrachtet man die recht eng und differenziert ausgestalteten Schrankenvorbehalte mit Relevanz für die Wissenschaftsschranken, und legt man zudem das hier vertretene eher weite Verständnis der ersten Teststufe zugrunde,⁶⁵⁸ kann diese Detailfrage aber hier dahinstehen.

Wesentlicher ist als Zwischenfazit, dass die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber mit ihrem abschließenden Schrankenkatalog verbindliche Grenzen für die Ausgestaltung der Schranken setzt und lediglich innerhalb dieser Grenzen nationalstaatliche Flexibilität verbleibt.

III. Relevante Schrankenvorbehalte der InfoSoc-Richtlinie

Die Einzelheiten der Richtlinienvorgaben werden noch bei den durch sie bestimmten Wissenschaftsschranken und ihren Voraussetzungen untersucht. Hier werden die relevanten Schrankenvorbehalte vorab im Zusammenhang dargestellt.

1. Art. 5 Abs. 3 a): Wissenschaftliche Forschung

Für Wissenschaftsschranken zentraler Schrankenvorbehalt der Richtlinie ist Art. 5 Abs. 3 a). Danach können Mitgliedsstaaten Schranken des Vervielfältigungsrechts und des Rechts der öffentlichen Wiedergabe vorsehen

„für die Nutzung ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, sofern — außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist — die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, wann immer dies möglich ist, angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist“.

Neben der erst im Verlauf der Entstehungsgeschichte konkretisierten und gleichzeitig relativierten Pflicht zur Quellenangabe und der Verwendung des Begriffs „kommerziell“ statt des früheren „gewerblich“ ist interessant, dass der Schrankenvorbehalt in einem früheren Kommissionsvorschlag an die Bedingung eines gerechten Ausgleichs für die Rechtsinhaber geknüpft worden war.⁶⁵⁹ Dieses Erfordernis wurde jedoch im Gemeinsamen Standpunkt vom 28.9.2000 anders als in anderen Schrankenvorbehalten⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ Siehe oben Teil 2 A. II. 3. b).

⁶⁵⁹ Geänderter Richtlinienvorschlag vom 25.6. 1999, KOM (1999) 250 endg., Abl. Nr. C.

⁶⁶⁰ Vgl. z.B Art. 5 Abs. 2 a) und b) für die reprographische Vervielfältigung und die Privatkopie.

durch den Rat mit der Begründung wieder zurückgenommen, es sei nicht erforderlich, da die betreffenden Aktivitäten einen nichtgewerblichen Zweck verfolgten und den Mitgliedsstaaten mit Blick auf Erwägungsgrund 36 fakultativ die Möglichkeit der Vergütungspflicht verbleibe.⁶⁶¹ Selbst wenn sich das Erfordernis eines gerechten Ausgleichs auch im Wissenschaftsbereich nach der hier vertretenen Auffassung schon aus den Vorgaben des Drei-Stufen-Tests sowie der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG ergibt,⁶⁶² ist darin auf Richtlinienenebene eine gewisse Privilegierung der Wissenschaft zu erkennen.

2. Art. 5 Abs. 3 d): Zitate

Art. 5 Abs. 3 d) der Richtlinie gestattet, ebenfalls auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe bezogen, Schrankenregelungen

„für Zitate zu Zwecken wie Kritik oder Rezensionen, sofern sie ein Werk oder einen sonstigen Schutzgegenstand betreffen, das bzw. der der Öffentlichkeit bereits rechtmäßig zugänglich gemacht wurde, sofern – außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist – die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, angegeben wird und sofern die Nutzung den anständigen Gepflogenheiten entspricht und in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist“.

Die Vorgabe geht nicht explizit auf die Wissenschaft ein, hat aber dennoch gerade dort besondere Bedeutung und wird hier der Vollständigkeit halber erwähnt, selbst wenn die deutsche Umsetzung in § 51 UrhG der Arbeit nicht im Detail untersucht wird.

3. Art. 5 Abs. 3 n): On-The-Spot-Consultation

Art. 5 Abs. 3 n) ist Grundlage des im Zweiten Korb neu eingefügten § 52b UrhG für „on-the-spot-consultations“ und gestattet Schranken des Vervielfältigungsrecht und des Rechts der öffentlichen Wiedergabe

„für die Nutzung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen, für die keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten und die sich in den Sammlungen der Einrichtungen gemäß Absatz 2 Buchstabe c) befinden, durch ihre Wiedergabe oder Zugänglichmachung für einzelne Mitglieder der Öffentlichkeit zu Zwecken der Forschung und privater Studien auf eigens hierfür eingerichteten Terminals in den Räumlichkeiten der genannten Einrichtungen“.

⁶⁶¹ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 48/2000 vom 28. September 2000, Abl. Nr. C 344/01, Punkt 30.

⁶⁶² Vgl. dazu bereits oben, Teil 2 A. II. d) sowie unten, Teil 2 C. I.; siehe auch Walter, in: Walter (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Info-RL IV. Kapitel Rn. 97.

4. Art. 5 Abs. 2 a): Reprographie

Ausschließlich Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts gestattet der Vorbehalt für die Reprographie in Art. 5 Abs. 2 a)

„in Bezug auf Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung, mit Ausnahme von Notenblättern und unter der Bedingung, dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten“.

Einausdrücklicher Wissenschaftsbezug fehlt, der Schrankenvorbehalt wird jedoch für die Wissenschaft dort relevant, wo im Einzelfall die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 a) nicht erfüllt werden und deshalb zumindest noch ein Rückgriff auf die rein reprographische Vervielfältigung möglich ist.

5. Art. 5 Abs. 2 b): Vervielfältigung zum privaten Gebrauch

Ähnliches gilt für den Vorbehalt für Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch in Art. 5 Abs. 2 b). Die Vorschrift steht nicht im Fokus der Untersuchung, ist aber Grundlage für die Vervielfältigungsfreiheit zum privaten Gebrauch nach § 53 Abs. 1 UrhG, die sich teilweise mit der Kopierfreiheit zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch überlappen kann. Der Vorbehalt gestattet Schranken

„in Bezug auf Vervielfältigungen auf beliebigen Trägern durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch und weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke unter der Bedingung, dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten, wobei berücksichtigt wird, ob technische Maßnahmen gemäß Artikel 6 auf das betreffende Werk oder den betreffenden Schutzgegenstand angewendet wurden“.

6. Art. 5 Abs. 2 c): Vervielfältigungen durch Bibliotheken und Bildungseinrichtungen

Bedeutsam ist zudem noch Art. 5 Abs. 2 c). Er gestattet Schranken

„in Bezug auf bestimmte Vervielfältigungshandlungen von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen oder Museen oder von Archiven, die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen“.

Auch hier wird nicht auf die Wissenschaft Bezug genommen. Besonders Wissenschaftler profitieren jedoch mittelbar davon, wenn den Einrichtungen, die eine zentrale Funktion bei der wissenschaftlichen Informationsversorgung übernehmen, über

Schranken besondere Freiheiten eingeräumt werden. Erwägungsgrund 40 stellt klar, dass sich derartige Ausnahmen oder Beschränkungen nur auf das Vervielfältigungsrecht beziehen und eine Nutzung im Zusammenhang mit der Online-Lieferung von geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen nicht darunter fallen sollten. Gleichzeitig ist bemerkenswert, dass Vervielfältigungshandlungen ursprünglich nur zum Zweck der Archivierung oder Erhaltung vorgenommen werden können sollten, der Rat jedoch bewusst die endgültige flexiblere Formulierung vorgezogen hat, so dass Schranken auch zu anderen als diesen eng begrenzten Zwecken möglich sind, sofern die entsprechenden Handlungen keinen wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen.⁶⁶³

IV. Das Grünbuch Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft

Neben vielen anderen Aspekten, insbesondere wegen der Ausgestaltung des Rechtsschutzes für technische Schutzmaßnahmen und des großen Einflusses der Lobbyverbände,⁶⁶⁴ wurde die InfoSoc-Richtlinie auch wegen ihres abschließenden und damit unflexiblen, gleichzeitig aber nur fakultativen und damit unzureichend harmonisierenden Katalogs der Schrankenvorbehalte kritisiert und eine entsprechende Überarbeitung gefordert.⁶⁶⁵ Eine umfangreiche, von der EU-Kommission beauftragte Studie zur Umsetzung der Richtlinie kam bezüglich der Schranken zur abschließenden Empfehlung, zum einen die Anzahl der Schrankenvorbehalte zu reduzieren, gleichzeitig die verbliebenen Schrankenvorbehalte für die Mitgliedsstaaten verbindlich zu machen, und zusätzlich einen offeneren Schrankenvorbehalt zu integrieren, der den Mitgliedsstaaten größere Flexibilität belässt, soweit der gemeinsame Binnenmarkt dadurch nicht beeinträchtigt wird.⁶⁶⁶

Dass die maßgebliche Richtlinie mit ihren starren Vorgaben „kaum die letzte Antwort auf die laufende technologische Entwicklung sein dürfte“,⁶⁶⁷ bestätigt sich mit Blick auf das im Jahr 2008 erschienene Grünbuch der Kommission zu „Urheberrechten in

⁶⁶³ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 48/2000 vom 28. September 2000, Abl. Nr. C 344/01, Punkt 25.

⁶⁶⁴ Siehe *Hoeren*, MMR 2000, 515.

⁶⁶⁵ Vgl. statt vieler *Hilty*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 125; *Hilty*, in: *Ohly* (Hrsg.), Festschrift *Schricker*, S. 342.

⁶⁶⁶ *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholz (u.a.)*, Implementation study, S. 168; für in manchen Bereichen für die Mitgliedsstaaten verbindliche Schrankenregelung, gerade auch für den eigenen Wissenschaftsgebrauch, ist auch *Hohagen*, S. 642.

⁶⁶⁷ So *Hilty*, in: *Ohly* (Hrsg.), Festschrift *Schricker*, S. 342.

der wissensbestimmten Wirtschaft“⁶⁶⁸ insbesondere für den Wissenschaftsbereich. Die Kommission will damit eine Diskussion in Gang bringen, wie Informationen, die für Forschung, Wissenschaft und Unterricht von Belang sind, am besten online verbreitet werden können, um einen ungehinderten Fluss von Wissen und Innovationen als eine Art „Fünfte Freiheit“ des Binnenmarktes zu fördern.⁶⁶⁹ Der Zielvorgabe entsprechend stehen thematisch auch wissenschaftsrelevante Fragestellungen mit im Vordergrund des Grünbuchs, während rechtstechnisch die Schrankenvorgaben der InfoSoc-Richtlinie eine zentrale Rolle bei den bisherigen Überlegungen spielen.

Auch das Grünbuch nimmt erneut Bezug auf ein hohes Maß an Urheberrechtsschutz als Grundlage der europäischen Urheberrechtspolitik und auf den Anreizfaktor ausreichender Vergütung für Fortschritt und Innovation, verweist aber gleichzeitig darauf, dass neben der Gewährleistung einer Vergütung für kreatives Schaffen und getätigte Investitionen bislang stets der Versuch unternommen worden sei, auch durch Schranken die Verbreitung von Wissensinhalten zu ermöglichen, was in der InfoSoc-Richtlinie über eine erschöpfende Liste von Vorgaben erfolgt sei, die jedoch wegen ihres unverbindlichen Charakters von den Mitgliedsstaaten teilweise entweder gar nicht umgesetzt oder zumindest enger gefasst worden seien als in der Richtlinie.⁶⁷⁰ Das Grünbuch wirft die Frage auf, ob es angesichts der kontinuierlichen Weiterentwicklung der Internettechnologien und der weit verbreiteten Erwartungen von Wirtschaft und Gesellschaft noch angemessen sei, sich auf eine erschöpfende Liste nicht verbindlicher Vorgaben zu stützen, obwohl dazu keine internationale Verpflichtung bestanden habe.⁶⁷¹

Konkret wird zur Diskussion gestellt, ob mit der Kombination aus umfassenden ausschließlichen Rechten einerseits und bestimmt begrenzten Ausnahmen andererseits bei einer erschöpfenden Ausnahmeliste der in Erwägungsgrund 31 angestrebte Rechts- und Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern und Nutzern bei einer zukunftsorientierten Analyse tatsächlich erreicht wird.⁶⁷² Gleichzeitig soll erörtert werden, ob nicht die für die Wissensverbreitung relevantesten Schrankenregelungen im digitalen Zeitalter ausgeweitet⁶⁷³ und bestimmte Schrankenkategorien

⁶⁶⁸ Grünbuch Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft, KOM (2008), 466/3.

⁶⁶⁹ Grünbuch, S. 3 f.

⁶⁷⁰ Grünbuch, S. 4.

⁶⁷¹ Grünbuch, S. 5 f.

⁶⁷² Grünbuch, S. 21.

⁶⁷³ Grünbuch, S. 3.

verbindlich ausgestaltet werden sollten, unter anderem um Nutznießer dieser Schranken besser zu schützen.⁶⁷⁴

So stellt das Grünbuch etwa die Regelungen für Bibliotheken auf den Prüfstand und bittet um Stellungnahmen, ob die entsprechenden Schrankenvorgaben statt einer Weiterentwicklung deshalb unverändert bleiben sollen, weil Verlage selbst die notwendigen Entwicklungen durchführen werden, um einen Online-Zugang zu ihren Werkkatalogen zu gewährleisten.⁶⁷⁵ Auch bei den Schrankenvorgaben für wissenschaftliche Forschungszwecke wird in Bezug auf deren Reichweite eine Diskussion angeregt, möglicherweise aber nicht zwingend mit der Folge ihrer Ausweitung, da auch den Interessen der Rechteinhaber Rechnung getragen werden müsse. Konkrete Fragen beziehen sich auf die Notwendigkeit von Präzisierungen, beispielsweise hinsichtlich der Länge der von den Schranken erfassten Werkauszüge, einer weniger ortsgebundene Nutzung von Inhalten, sowie auf verbindliche Mindestanforderungen gerade bei den Wissenschaftsschranken.⁶⁷⁶

Die nach den Erfahrungen bei der InfoSoc-Richtlinie im Zweifel erneut langwierige weitere Entwicklung ist schwer vorhersehbar. Anhand des Kommissionsvorstoßes wird aber jedenfalls deutlich, dass die *de lege lata* für nationale Schrankenregeln maßgebliche Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft und die Vorgaben für nationale Wissenschaftsschranken nicht dauerhaft das Maß aller Dinge bleiben werden. Die konkrete weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.⁶⁷⁷

V. Fazit

Während sich mit dem Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbasierten Wirtschaft“ bereits weitere Entwicklungen auf europäischer Ebene andeuten, ist als wesentliches Fazit festzuhalten, dass die Richtlinie über das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft zumindest derzeit über den in ihr enthaltenen abschließenden Schrankenkatalog verbindliche Grenzen für den nationalen Gesetzgeber setzt, die er bei der Ausgestaltung der Wissenschaftsschranken zusätzlich zum in die Richtlinie aufgenommenen Drei-Stufen-Test zu beachten hat. Schranken, die sich nicht unter einen oder mehrere der schubladenähnlichen Vorbehalte der Richtlinie fassen lassen, sind mit den Vorgaben

⁶⁷⁴ Grünbuch, S. 6.

⁶⁷⁵ Grünbuch, S. 12.

⁶⁷⁶ Grünbuch, S. 19.

⁶⁷⁷ Für eine eingehendere Auseinandersetzung mit dem Grünbuch vgl. etwa die entsprechende Stellungnahme des MPI, *Hilty/Krujatz/Bajon/Früh/Kur/Drexler/Geiger/Klass*, IIC 2009, 309 ff.

des europäischen Rechts unvereinbar, was gerade angesichts weiterer technischer Entwicklungen und auch im Vergleich zu den Vorgaben des Drei-Stufen-Tests zu einer unflexiblen Konstellation führt. Dennoch behalten nach der Konzeption des europäischen Urheberrechts Schranken auch auf dem angestrebten „hohen Schutzniveau“ als Mittel des notwendigen Interessenausgleichs eine Daseinsberechtigung.

C. Vorgaben aus dem Verfassungsrecht

Auch das Verfassungsrecht macht dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen Vorgaben. Im Vordergrund steht in der rechtswissenschaftlichen Diskussion im Schrankenbereich zumeist die Frage des grundrechtlichen Eigentumsschutzes aus Art. 14 GG. Zusätzlich ist jedoch auch auf weitere Grundrechte einzugehen, insbesondere soweit deren Berücksichtigung ein Gegengewicht innerhalb der erforderlichen Abwägungsentscheidungen darstellen kann.

I. Eigentumsschutz aus Art. 14 GG

1. Urheberrecht als normgeprägtes Eigentum im Sinne des Art. 14 GG

Die vermögenswerten Befugnisse des Urhebers an seinem Werk sind nach allgemeiner Auffassung als verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen.⁶⁷⁸ Davon zu trennen ist die Frage, ob dabei der Begriff des „geistigen Eigentums“ sinnvoll gewählt ist.⁶⁷⁹ Die Einbeziehung des Urheberrechts unter den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz wurde in einer jüngeren Entscheidung des BVerfG nochmals festgehalten: „In der Rechtsprechung des BVerfG ist geklärt, dass das vom Urheber geschaffene Werk und die darin verkörperte Leistung Eigentum i.S. des Art. 14 I 1 GG sind, dass aus seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung dem Urheber die Befugnis erwächst, dieses „geistige“ Eigentum wirtschaftlich zu nutzen, und dass dem Gesetzgeber im Rahmen des Regelungsauftrags nach Art. 14 I 2 GG die Aufgabe obliegt, sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen.“⁶⁸⁰

⁶⁷⁸ BVerfGE 31, 229, 239 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; BVerfGE 49, 382, 392 – *Kirchenmusik*, E 79, 29, 40 – *Vollzugsanstalten*; ständige Rechtsprechung; *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rn. 9; statt vieler *Melichar*, in: *Schricker*, Vor §§ 44a, Rn. 7; *Badura*, in: *Lerche*, (Hrsg.), Festschrift Maunz, S. 9.

⁶⁷⁹ Weitere Nachweise zur intensiv geführten Diskussion bei *Grzeszick*, ZUM 2007, 344,345; zum Begriff auch *Götting*, GRUR 2006, 353 ff.; *Seifert*, in: *Erdmann* (Hrsg.), Festschrift Piper, S. 769 ff.

⁶⁸⁰ BVerfG NJW 2001, 1783, 1784 – Anwendung eines patentierten Arzneimittels zu Versuchszwecken – klinische Versuche, m.w.N.

Zugleich zeigt sich hier anschaulich der Charakter des Art. 14 GG als normgeprägtes Grundrecht.⁶⁸¹ Dieser geht schon aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG hervor, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden, es also zunächst seiner rechtlichen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedarf. Aufschlussreich dazu ist eine Erläuterung von *Carlo Schmid* im Ausschuss für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates. Die Formulierung solle den Gedanken zum Ausdruck bringen, es gebe keine aus der Natur fließende Definition des Inhalts des Eigentums, und das Eigentum, nämlich konkret das Ausmaß, in dem ein Individuum über Sachen verfügen könne, und was es bedeute, ein eigentümliches Recht an einer Sache zu haben, sei notwendig vom Gesetzgeber her zu bestimmen.⁶⁸² Damit besteht eine ausdrückliche „Rückkopplung der Eigentumsgarantie auf das positive Recht“,⁶⁸³ worin sich das Paradox der Eigentumsgarantie verdeutlicht. Einerseits gewährleistet Art. 14 GG das Eigentum gerade gegenüber dem Gesetzgeber, andererseits werden Inhalt und Schranken des Eigentums erst durch das Gesetz selbst bestimmt. Einen „vorgegebenen und absoluten Begriff des Eigentums“ gibt es nicht, sondern „Inhalt und Funktion des Eigentums sind der Anpassung an die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse fähig und bedürftig“. ⁶⁸⁴ Das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum muss der Gesetzgeber zunächst selbst schaffen.⁶⁸⁵ Ebenso wie das Sacheigentum bedarf also auch das Urheberrecht der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung,⁶⁸⁶ was gerade wegen seines Charakters als immaterielles Gut „besonders augenfällig“ ist.⁶⁸⁷

Eigentumsinteressen der Urheber sind dabei nicht als isolierte Einzelrechte zu verstehen, sondern als Teil der Verfassungsordnung zu sehen, die neben dem Eigentum gleichberechtigt auch andere Wertungen berücksichtigt, insbesondere neben den über die Sozialbindung verankerten Allgemeininteressen widerstreitende sonstige Grundrechtspositionen anderer.⁶⁸⁸ Urheberrechtsschranken sind innerhalb des dazu nötigen Ausgleichs Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne der Dogmatik des Art. 14 GG.⁶⁸⁹

⁶⁸¹ *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 348; BVerfGE 31, 229, 240 – *Schulbuchprivileg*.

⁶⁸² *Carlo Schmid*, Parlamentarischer Rat 5/I, 198, so zitiert bei *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 671.

⁶⁸³ *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 673.

⁶⁸⁴ So ausdrücklich BVerfGE 31, 229, 240 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

⁶⁸⁵ *Geiger*, GRUR Int 2008, 459, 465.

⁶⁸⁶ BVerfGE 31, 229, 240 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

⁶⁸⁷ *Poepfel*, S. 135; *Pahud*, Sozialbindung, S. 70.

⁶⁸⁸ Vgl. übersichtlich *Nolte*, S. 61ff., m.w.N.

⁶⁸⁹ Vgl. BVerfGE 31, 229, 242 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; BVerfGE 49, 382, 384f. – *Kirchenmusik*.

2. Gegenstand des Eigentumsschutzes und Vorgaben bei seiner Ausgestaltung

Aus der Normgeprägtheit des Eigentumsbegriffs des Art. 14 GG folgt auch für das Urheberrecht ein mit dem Regelungsauftrag verbundener Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.⁶⁹⁰ Es obliegt ihm, „im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen“.⁶⁹¹ Gleichzeitig besteht bei der Ausgestaltung des Inhalts und der Schranken des Eigentums trotz dieser Normgeprägtheit keine Beliebigkeit,⁶⁹² denn das Verfassungsrecht setzt der Dispositionsbefugnis des Gesetzgebers Grenzen, vor allem in Form der sogenannten Institutsgarantie, der Sozialpflichtigkeit des Eigentums aus Abs. 2, sowie dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die im Folgenden dargestellt werden.

a) Institutsgarantie

Während die Bestandsgarantie als zweite Komponente des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes den einzelnen Rechteinhaber gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt schützt, die in den Bestand der von der einfachgesetzlichen Rechtsordnung bereits geschaffenen Eigentumsrechte eingreifen, stellt die Institutsgarantie bei der Ausgestaltung des einfachgesetzlichen Eigentums eine äußerste Grenze für den Gesetzgeber dar, da sie die Existenz von Eigentum im Sinne einer privatrechtlichen vermögenswerten Herrschaftsform über bestimmte Güter als Institut der Rechtsordnung garantiert.⁶⁹³ Dementsprechend ist es dem Gesetzgeber nicht gestattet, solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung zu entziehen, die elementar zur grundrechtlich geschützten Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören und ohne die vom Eigentum im Rechtssinn nicht mehr gesprochen werden könnte.⁶⁹⁴ Denn Art. 14 I 1 GG gewährleistet das Privateigentum als Rechtsinstitut, das im Wesentlichen durch die Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsfähigkeit über das Eigentumsobjekt gekennzeichnet

⁶⁹⁰ *Poepfel*, S. 135.

⁶⁹¹ BVerfGE 31, 229, 241 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

⁶⁹² Melichar, in: Schrickler, vor §§ 44a Rn. 9.

⁶⁹³ *Poepfel*, S. 136; zur Bestandsgarantie vgl. zuletzt etwa *Nielen*, Interessenausgleich, S. 178 f.

⁶⁹⁴ BVerfGE 24, 367, 389; BVerfGE 20, 351, 355 – *Tollwut*; 58, 300, 338 ff – *Nassauskiesung*; *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 349.

ist.⁶⁹⁵ Folglich muss das Gesetz die wirtschaftlichen Ergebnisse privatwirtschaftlicher Leistung oder Rechtsausübung dem Grundsatz nach demjenigen zuordnen, der die Leistung erbracht oder das Recht ausgeübt hat, und es muss derart in vermögenswerten Rechten ausgeformt werden, dass dem Grundsatz nach eine privatautonome und wirtschaftlich sinnvolle Disposition und Nutzung möglich ist.⁶⁹⁶

Auf das Urheberrecht bezogen gehört zu dessen konstituierenden Merkmalen als verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum „die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber im Wege privatrechtlicher Normierung und seine Freiheit, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können“; dies mache den grundgesetzlich geschützten Kern des Urheberrechts aus.⁶⁹⁷ Zumindest in einem Kernbereich ist erforderlich, dass die eigenverantwortliche Verfügungsmöglichkeit auch durch entsprechende Ausschließlichkeitsrechte ausgestaltet wird, die es dem Urheber ermöglichen, die näheren Umstände der Nutzung seines Werkes und die Art seiner wirtschaftlichen Beteiligung selbst festzulegen.⁶⁹⁸ Kaum mit Art. 14 GG vereinbar wäre ein Urheberrecht, das vollkommen auf Ausschließlichkeitsrechte verzichtete und stattdessen flächendeckend gesetzliche Vergütungsansprüche einführt.⁶⁹⁹

Diese grundsätzliche Zuordnung der vermögenswerten Seite des Urheberrechts an den Urheber bedeutet aber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht, dass damit auch jede nur denkbare Verwertungsmöglichkeit verfassungsrechtlich gesichert wäre.⁷⁰⁰ Die Institutsgarantie gewährleistet vielmehr lediglich einen Grundbestand von Normen, der gegeben sein muss, um das Recht als „Privateigentum“ bezeichnen zu können. Im Einzelnen ist es jedoch Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG „sachgerechte Maßstäbe“ festzulegen.⁷⁰¹ Dem entspricht zwar die Zuweisung der Aus-

⁶⁹⁵ BVerfGE 31, 229, 240; BVerfGE 24, 367, 389f, E 26, 215, 222; BVerfG NJW 2001, 1783, 1784 – *Anwendung eines patentierten Arzneimittels zu Versuchszwecken – klinische Versuche*; Badura, in: Lerche, (Hrsg.), Festschrift Maunz, S. 9; Grzeszick, ZUM 2007, 344, 347; Jarass/Pieroth, Art. 14 Rn. 18.

⁶⁹⁶ Badura, in: Lerche, (Hrsg.), Festschrift Maunz, S. 9.

⁶⁹⁷ BVerfGE 31, 229, 241 – *Schul- und Kirchengebrauch*.

⁶⁹⁸ Poepfel, S. 137.

⁶⁹⁹ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 84.

⁷⁰⁰ Vgl. beispielsweise BVerfGE 31, 229, 241 – *Schul- und Kirchengebrauch*; BVerfGE 31, 248, 252 – *Bibliotheksgroschen*; BVerfGE 81, 208, 220 – *Verwandte Schutzrechte/ausübende Künstler*; BVerfG NJW 1999, 414 – *Freistellung amtlicher Werke*; zustimmend Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 710, mit umfangreichen weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

⁷⁰¹ Siehe bereits oben, BVerfGE 31, 229, 241 – *Schul- und Kirchengebrauch*.

schließlichkeitsrechte an den Urheber in § 15 UrhG. Nicht jede im Gesetz vorgenommene Beschränkung dieser Rechte ist aber schon als Eingriff in den grundrechtlich geschützten Bereich des Urheberrechts anzusehen. Bei der Beurteilung der Schranken ist vielmehr zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber „nicht nur die Individualbelange zu sichern hat, sondern ihm auch aufgetragen ist, den individuellen Berechtigungen und Befugnissen die im Interesse des Gemeinwohls erforderlichen Grenzen zu ziehen; er muss den Bereich des Einzelnen und die Belange der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich bringen“.⁷⁰² Die Verfassungsmäßigkeit der urheberrechtlichen Schranken hängt somit, abgesehen von der sonstigen Übereinstimmung mit dem Grundgesetz, maßgeblich davon ab, ob sie durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind.

b) Sozialbindung des Eigentums

Während die Institutsgarantie es erfordert, die vermögenswerten Ergebnisse des kreativen Schaffens grundsätzlich dem Urheber zuzuordnen, ist bei der Ausgestaltung des Urheberrechts gleichermaßen das Prinzip der Sozialbindung zu beachten, das die bereits angesprochenen Möglichkeiten einer Beschränkung der Ausschließlichkeit des Urheberrechts konkretisiert. In Art. 14 Abs. 2 GG heißt es: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“

Der darin enthaltene bindende Regelungsauftrag⁷⁰³ gilt auch im Urheberrecht, auch dieses ist nach übereinstimmender Ansicht „sozial gebunden“.⁷⁰⁴ Erst unter Einbeziehung der Sozialbindung kommt der vom Bundesverfassungsgericht konkretisierte verfassungsrechtliche Auftrag zur „sachgerechten Ausgestaltung“ des Urheberrechts zu voller Entfaltung. Denn an Stelle einer Sicherung jeder nur denkbaren Verwertungsmöglichkeit ist der Gesetzgeber wegen der sozialen Bedeutung des Urheberrechts und seiner Natur nur verpflichtet, eine „angemessene Verwertung“ sicherzustellen.⁷⁰⁵ Er hat nicht nur zu beachten, dass das Eigentum privatnützig auszugestalten ist, gleichzeitig ist „Richtschnur seiner Regelungskompetenz vielmehr auch das Wohl der Allgemeinheit“.⁷⁰⁶ Im

⁷⁰² So grundlegend BVerfGE 31, 229, 241 f. – *Schul- und Kirchengebrauch*.

⁷⁰³ *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rn. 35.

⁷⁰⁴ Vgl. *Melichar*, in: *Schricker*, §§ 44a Rn. 1; *Geiger*, IIC 2006, 371, 375; *Metzger*, ZUM 2000, 924, 931; *Krüger-Nieland*, in: *Brandt* (Hrsg.), Festschrift Simon, S. 697 f.; *Pabud*, Sozialbindung, S. 50; *Schweikart*, S. 19, jeweils m.w.N.

⁷⁰⁵ BVerfGE 81, 12, 17 – *Verwandte Schutzrechte/Tonträgerhersteller*.

⁷⁰⁶ BVerfGE 81, 208, 220 – *Verwandte Schutzrechte/ausübende Künstler*, unter Verweis auf BVerfGE 25, 112, 118; 72, 66, 78.

Ausgleich der Eigentümerinteressen mit dem Wohl der Allgemeinheit liegt laut Bundesverfassungsgericht „die Absage an eine Eigentumsordnung, in der das Individualinteresse den unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft hat“.⁷⁰⁷

aa) Gemeinwohl als Grund und Grenze der Sozialbindung

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt betont, das Gemeinwohl sei gleichermaßen „Grund und Grenze“ der Beschränkungen des Eigentums, erst aus Gemeinwohlbelangen ergebe sich die Möglichkeit entsprechender Einschränkungen, und dementsprechend dürften diese auch nicht weitergehen, als es dieses Gemeinwohl gebiete.⁷⁰⁸ Selbst wenn man den Begriff des Gemeinwohls weit definiert, kann daraus konkret für das Urheberrecht folgen, dass nur das Allgemeininteresse, nicht aber bloße Individual- oder Partikularinteressen eine Einschränkung des Urheberrechts rechtfertigen können.⁷⁰⁹ Bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen müssten zudem die präferierten Gemeinwohlbelange hinreichend präzise definiert werden, um einen klaren Ausgangspunkt für die Bestimmung der zulässigen Eigentumsbegrenzung zu haben. Werden nur begrenzte Personenkreise privilegiert, so müsse sich deren Privilegierung ebenfalls zumindest mittelbar im Sinne eines Reflexes auf Allgemeinwohlinteressen zurückführen lassen können.⁷¹⁰

Wie strikt derartige Grundsätze einzuhalten bzw. wie mittelbar eine Rückkoppelung auf das Allgemeinwohlinteresse im Einzelfall sein darf, kann für die Wissenschaftsschranken dahinstehen. Denn sie bezwecken, rechtstechnisch umgesetzt über die Privilegierung bestimmter Schrankenberechtigter oder bestimmter Handlungen, letztendlich die Privilegierung und Förderung wissenschaftlichen Arbeitens und damit wissenschaftlichen Fortschritts und der Wissenschaft schlechthin. Dabei wird der besondere Stellenwert der Wissenschaft für das Gemeinwohl bereits daran deutlich, dass die Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG ihrerseits verfassungsrechtlich geschützt und dabei

⁷⁰⁷ BVerfGE 21, 73, 83; ähnlich BVerfG NJW 1999, 414 – *Freistellung amtlicher Werke*; zustimmend *Hobagen*, Festschrift *Schricker* 70, S. 353, 357; vgl. *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 708 ff.; ähnlich *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 350; vgl. zum Ganzen auch *Nolte*, S. 66 ff.

⁷⁰⁸ BVerfGE 79, 29, 40 – *Vollzugsanstalten*; BVerfGE 31, 229, 241 f – *Kirchen- und Schulgebrauch*; BVerfG NJW 1999, 414 – *Freistellung amtlicher Werke*; zustimmend *Poepfel*, S. 138; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 708.

⁷⁰⁹ Für einen entsprechenden Grundsatz *Melichar*, in: *Adrian/Nordemann/Wandtke* (Hrsg.), Josef Kohler, S. 104.

⁷¹⁰ *Poepfel*, S. 139 m.w.N.

sowohl als Abwehrrecht des einzelnen gegenüber dem Staat, als auch als eine objektive und wertentscheidende Grundsatznorm mit entsprechender institutioneller Garantie der Wissenschaft ausgestaltet ist.⁷¹¹ Die Förderung eines auch im Hinblick auf seine Informationsversorgung funktionierenden Wissenschaftssystems und des damit verbundenen wissenschaftlichen Fortschritts gehört zu den zentralen Gemeinwohlbelangen einer Gesellschaft in einer zunehmend wissensbasierten Welt. Der geforderte Bezug zu Gemeinwohlbelangen liegt demnach im Bereich der Wissenschaftsschranken vor.

bb) Besondere Sozialbindung des Urheberrechts

Bei der Abwägung zwischen Eigentümerinteressen und dem Wohl der Allgemeinheit wird betont, das grundlegende Prinzip der Sozialbindung erfahre Abstufungen je nach Art und sozialer Bedeutung des Eigentumsobjekts. Je nachdem, ob und in welchem Maße das Objekt des geschützten Eigentums in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion stehe, öffne sich die verfassungsrechtliche Garantie der Aufgabe und den Befugnissen des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums sozialbindend zu bestimmen; so sei Eigentum personaler Qualität einer gesetzlichen Gestaltung in geringerem Maße zugänglich als Eigentum, das durch die Art des Eigentumsobjekts oder durch seinen Gebrauch und seine Nutzungsmöglichkeit auf die Interessen und Rechte Dritter stößt oder die Gemeinschaftsbelange wesentlich berührt.⁷¹²

Trotz der „augenfälligen sozialen Bezüge“ wird teilweise der Gedanke einer *stärkeren* Sozialgebundenheit gerade des Urheberrechts abgelehnt.⁷¹³ Dem ist insoweit zuzustimmen, als zum einen dass das Urheberrecht starke personale Bezüge aufweist und zum anderen eine besonders starke Sozialgebundenheit bestimmter Eigentumsrechte auch vor dem Hintergrund des Gleichheitsgrundsatzes generell problematisch erscheint.⁷¹⁴ Wenn jedoch auch das Bundesverfassungsgericht betont, das Ausmaß zulässiger Sozialbindung richte sich nach der Eigenart der davon betroffenen Kategorie von Eigentumsobjekten,⁷¹⁵ muss es zumindest zulässig sein, die Sozialbindung im Bereich des Urheberrechts zu definieren als die „der Eigenart des Urheberrechts, d.h. der spezifischen Interessenlage und dem Wesen des Urheberrechts entsprechende Sozialbindung.“⁷¹⁶

⁷¹¹ Vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 5 Rn. 118.

⁷¹² *Badura*, in: *Lerche*, (Hrsg.), Festschrift Maunz, S. 12.

⁷¹³ A.a.O., S. 15.

⁷¹⁴ Vgl. *Pahud*, Sozialbindung, S. 51, m.w.N.

⁷¹⁵ Vgl. BVerfGE 50, 290, 340 ff; 79, 29, 42 f.

⁷¹⁶ *Pahud*, UFITA 2000/I, 99, 117.

Eine Besonderheit des Urheberrechts findet sich dabei nach in unterschiedlicher Weise präzisierten Auffassungen in dessen unmittelbarer Einbeziehung in einen Kommunikationszusammenhang.⁷¹⁷ Denn „mit der Publikation steht ein Werk nicht mehr allein dem Autor zur Verfügung, sondern tritt in den sozialen Raum und kann damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden“, was zu einem entsprechenden Interesse der Allgemeinheit führt, sich auch hinreichend mit den Werken vertraut machen zu können.⁷¹⁸ Die geistige Schöpfung gewinne ihren Wert überhaupt erst in der Entgegennahme durch andere und könne sich bei hinreichender Aufmerksamkeit der Allgemeinheit sogar zu einem Gut im Gemeingebrauch verflüchtigen.⁷¹⁹ Der Schutz eines Geisteswerkes über das Urheberrecht diene demnach nicht grundsätzlich dazu, andere von der Teilhabe an dem Werk auszuschließen, sondern das schöpferische Werk sei als „Mitteilungsgut“⁷²⁰ gerade auf Mitteilung und Veröffentlichung, auf die Entgegennahme durch das Publikum angelegt.⁷²¹

Dem ist zuzustimmen. Damit bereitet das Verfügungsrecht über das Urheberrecht zwar auch hier die wirtschaftliche Verwertung des Werkes durch seinen Urheber vor und sichert zudem die Identität des ursprünglichen Werkes, ist aber von seiner Zweckrichtung weniger als ein Ausschließlichkeitsrecht im eigentlichen Sinne, also ein Recht zum Zweck der Ausschließung anderer zu sehen,⁷²² was die soziale Bindung der entsprechenden Rechte betont.⁷²³ Zusätzlich lässt sich ein Argument für gewisse Einschränkungen des Urheberrechts auch daraus entnehmen, dass der Urheber bei seiner schöpferischen Tätigkeit in den Prozess des wechselseitigen Gebens und Nehmens eingebunden ist und auf den vorbestehenden Fundamenten seines Kulturkreises aufbaut, so dass Interessen der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu den Kulturgütern angemessenen zu berücksichtigen sind.⁷²⁴

⁷¹⁷ Roellecke, UFITA 84 (1979), 79, 101.

⁷¹⁸ BVerfGE 31, 229, 242 – Schul- und Kirchengebrauch.

⁷¹⁹ Kirchhof, in: Fürst (Hrsg.), Festschrift Zeidler, S. 1651.

⁷²⁰ Pabud, UFITA 2000/I, 99, 120.

⁷²¹ Schweikart, S. 52.

⁷²² Ähnlich Kirchhof, in: Fürst (Hrsg.), Festschrift Zeidler, S. 1653.

⁷²³ Vgl. die Darstellung bei Pabud, UFITA 2000/I, 99, 120.

⁷²⁴ So auch ausdrücklich die Begründung zum Regierungsentwurf vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 9; ebenfalls in diese Richtung Schweikart, S. 52; das BVerfG hat eine solche Begründung nicht generell, sondern lediglich im Sinne einer Dankesschuld im Zusammenhang mit vergütungsfreien Schrankenregelungen zurückgewiesen, BVerfGE 31, 229, 246 – Schul- und Kirchengebrauch; siehe dazu noch unten, Teil 2 C. I. d).

Gerade für die Wissenschaft ist angesichts des produktiven Werkgebrauchs und des notwendigen Wissenskreislaufs dieser argumentative Ansatz besonders naheliegend, da statt einer rein vertikalen Sozialbindung des Urheberrechts zugunsten bloßer Nutzer eine eher horizontale Sozialbindung vorliegt. Berücksichtigt man bereits auf der Ebene der Werkrezeption den regelmäßig produktiven Gebrauch, so erfolgt die Beschränkung der Urheberrechte gleichsam zugunsten anderer (zumindest potentieller) wissenschaftlicher Urheber und basiert auf horizontalen, wechselseitigen Bindungen verschiedener Urheber bzw. schafft sie.⁷²⁵

Ob sich daraus eine auch quantitativ „verstärkte“ Sozialbindung gegenüber anderen Eigentumsrechten ergibt, kann an dieser Stelle dahinstehen. Ein ohnehin kaum quantitativ zu bestimmendes Maß der Sozialbindung ist für sich genommen wenig aussagekräftig, denn letztlich muss der Gesetzgeber Sozialbindung und Privatnützigkeit des Eigentums gegeneinander abwägen und zu einem angemessenen Ausgleich bringen. Da auch das Bundesverfassungsgericht auf die jeweiligen Eigenarten der betroffenen Eigentumsobjekte abstellt, ist jedoch festzuhalten, dass auf dem Gebiet des Urheberrechts die sozialen Elemente des Eigentums eine besondere Komponente auf kommunikativer Ebene enthalten, die trotz grundsätzlicher Verfügungsbefugnisse der Urheber auf eine ausreichende Teilhabe der Allgemeinheit an ihrem Werkschaffen abzielt.

c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Maßstab

Auch jenseits des über die Institutsgarantie geschützten Kerns des Eigentumsrechts ist der Gesetzgeber nicht frei, das Eigentum beliebig zu beschränken. Vielmehr hat er den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen, der das in Art. 14 Abs. 1 GG anerkannte Prinzip des Privateigentums mit der in Abs. 2 verankerten Sozialbindung in Einklang bringt, so dass der Gesetzgeber den Inhalt des Eigentums im Konflikt zwischen der Bedeutung der Eigentumsposition für den Eigentümer und der sozialen Funktion des Eigentums festlegen muss.⁷²⁶ In letzter Konsequenz ergeben sich deshalb auch Umfang und Sozialbindung des Urheberrechts aus einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der weder die Eigentumsfreiheit unverhältnismäßig beschränkt, noch die Gemeinwohlinteressen unverhältnismäßig vernachlässigt werden dürfen.⁷²⁷

⁷²⁵ Vgl. zur „vertikalen“ und „horizontalen“ Sozialbindung auch *Melichar*, in: *Adrian/Nordemann/Wandtke* (Hrsg.), *Josef Kohler*, S. 105 f.

⁷²⁶ *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 349.

⁷²⁷ Ähnlich *Pahud*, *Sozialbindung*, S. 82.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung setzt sich nach allgemeiner verfassungsrechtlicher Dogmatik aus den drei Stufen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zusammen.⁷²⁸ Eine Norm ist geeignet, wenn sie den mit ihr verfolgten Zweck tatsächlich fördert, und erforderlich, wenn der Zweck nicht durch eine gleich wirksame, mildere Alternative, also das Eigentum weniger belastende Regelung, erreicht werden kann. Auf der Ebene der Angemessenheit ist das Verhältnis zwischen den Auswirkungen der Beschränkung des Eigentumsrechts und der angestrebten Gemeinwohlsteigerung entscheidend. Dem Gesetzgeber steht bei der konkreten Umsetzung dieser Vorgaben ein erheblicher Beurteilungs- und Prognosespielraum zu.⁷²⁹

Ein absolutes Herrschafts- und Verfügungsrecht des Urhebers hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Schutz der vermögenswerten Befugnisse des Urhebers dementsprechend nicht abgeleitet.⁷³⁰ Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG sind die grundgesetzliche Gewährleistung des Eigentums und das Sozialgebot im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in ein „ausgewogenes, nicht einseitig bevorzugendes bzw. benachteiligendes Verhältnis zu bringen“.⁷³¹ Dabei ist der soziale Bezug der betreffenden Eigentumsposition bedeutsam, denn die Befugnis zur Inhalts- und Schrankenbestimmung ist „umso größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjektes ist; hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung“,⁷³² und entsprechend der Bedeutung des sozialen Bezugs kommt die Sozialbindung im Rahmen der Abwägung zum Tragen.⁷³³ Dass sich dieser soziale Bezug im Urheberrecht gerade in kommunikativer Hinsicht entfaltet, ist dementsprechend auch bei der Ausgestaltung der Verwertungsbefugnisse zu berücksichtigen. Auch das Bundesverfassungsgericht billigt Ausschlüsse des Verbotrechts insbesondere wegen des durch die Natur des Geisteswerkes veranlassten Interesses der Allgemeinheit am Zugang zum Werk und seiner Nutzung.⁷³⁴

⁷²⁸ Siehe dazu *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rn. 38 ff.

⁷²⁹ *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rn. 38.

⁷³⁰ Mit dieser Wertung auch *Nielen*, Interessenausgleich, S. 190.

⁷³¹ So zusammenfassend *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 709, m. umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen; siehe insbesondere BVerfGE 31, 229, 241 f.; BVerfGNJW 1999, 414 – *Freistellung amtlicher Werke*; BVerfGE 49, 382, 394 f. – *Kirchenmusik*; BVerfGE 79, 29, 40 f. – *Vollzugsanstalten*, m.w.N.; *Badura*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 57; *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 350.

⁷³² BVerfGE 102, 1, 17; BVerfGE 79, 292, 302.

⁷³³ *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rn. 42.

⁷³⁴ *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 351; vgl. BVerfGE 31, 229, 230, 242 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; BVerfGE 31, 270, 274 – *Schulfunksendungen*; BVerfGE 49, 382, 403 f. – *Kirchenmusik*.

d) Besondere Bedeutung einer Vergütung für den Schrankengebrauch

Eine besondere Rolle für das ausgewogene Verhältnis zwischen Eigentumsgewährleistung und Sozialbindung spielt in der Rechtsprechung zum Eigentumsschutz im Urheberrecht die angemessene Schrankenvergütung als Ausgleich für die Einschränkung der Ausschließlichkeitsrechte. Während der Gesetzgeber zugunsten von Gemeinwohlbelangen in urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte eingreifen kann, führt die Beschränkung des Verwertungsrechts zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Wertes der geschützten Leistung, wenn die Möglichkeiten einer freien Honorarvereinbarung nicht gleichzeitig durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch für die Schrankennutzung ersetzt werden.⁷³⁵

Deshalb verdrängt das durch Schranken berücksichtigte öffentliche Teilhabeinteresse in der Regel das Verfügungsrecht des Urhebers nicht vollständig, sondern der Urheber erhält einen Vergütungsanspruch.⁷³⁶ Soll darüber hinaus auch ein Ausschluss des Vergütungsrechts erfolgen, bedarf es dafür besonders wesentlicher, vorrangiger Gemeinwohlgründe für diesen Eingriff zu Lasten der Rechte der Urheber.⁷³⁷ Erforderlich ist ein „gesteigertes öffentliches Interesse“; das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Werkzugang reicht für vergütungsfreie Schranke nicht aus, denn dem wird bereits durch den Ausschluss des Verbotsrechts genügend nachgekommen, wodurch die soziale Bindung des Urheberrechts konkretisiert wird. Aus ihr kann nicht die Forderung abgeleitet werden, der Urheber müsse seine geistige Leistung der Allgemeinheit sogar unentgeltlich zur Verfügung stellen.⁷³⁸ Ausdrücklich zurückgewiesen hat das Bundesverfassungsgericht die Ansicht, eine Pflicht zu einer sogar unentgeltlichen Überlassung könne sich aus einer „Dankesschuld“ der Urheber gegenüber der Allgemeinheit ergeben, weil sie auf dem überkommenen Kulturgut und dem geistigen Gesamtbesitz des Volkes aufbauten, da eine solche unentgeltliche Pflicht auch in keinem anderen Lebensbereich bestehe.⁷³⁹

Konkret erklärte das Gericht die sogenannte Schulbuchschranke zwar für verfassungsgemäß, nicht jedoch ihre vergütungsfreie Ausgestaltung, da insoweit die Grenzen der

⁷³⁵ BVerfGE 31, 229, 243 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

⁷³⁶ *Kirchhof*, in: *Fürst* (Hrsg.), Festschrift Zeidler, S. 1655; *Kirchhof*, Gesetzgebungsauftrag, S. 27; zu den Vergütungsregelungen im Wissenschaftsbereich vgl. die jeweiligen Ausführungen in Teil 3.

⁷³⁷ *Badura*, in: *Lerche*, (Hrsg.), Festschrift Maunz, S. 12; *Badura*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 57.

⁷³⁸ Grundlegend BVerfGE 31, 229, 243 ff. – *Schul- und Kirchengebrauch*.

⁷³⁹ BVerfGE 31, 229, 246 – *Schul- und Kirchengebrauch*.

Sozialbindung aus Art. 14 Abs. 2 GG überschritten seien.⁷⁴⁰ Auch in *Kirchenmusik* hielt es eine vergütungsfreie Schranke mangels erkennbarer ausreichender Gründe des Gemeinwohls für verfassungswidrig.⁷⁴¹ Entsprechend bejahte der Bundesgerichtshof in seiner Kopienversandentscheidung die Anwendbarkeit bestehender Schranken auf gewisse Versandformen, statuierte aber gleichzeitig im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung mittels Analogieschlüssen eine zwingende Vergütungspflicht, was entscheidenden Anlass zur gesetzlichen Regelung des Kopienversands gab.⁷⁴² Obwohl auch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in gegensätzlicher Richtung existieren, in denen Schranken trotz fehlender Vergütung für verfassungsgemäß erklärt wurden,⁷⁴³ sind die genauen Anforderungen an die dafür erforderlichen gesteigerten sozialen Bezüge nicht eindeutig geklärt.⁷⁴⁴ Durch die Schulbuch- und Kirchenmusikentscheidungen ist allerdings hinreichend klargestellt, dass sich aus der Sozialbindung keine Pflicht der Berechtigten ergibt, im Interesse einer „finanziellen Entlastung der öffentlichen Hand“ einen entschädigungslosen Verlust ihrer Verbotsrechte hinzunehmen.⁷⁴⁵

Der Eigentumsgarantie widerspricht es demnach in der Regel, wenn der Urheber sein Werk vergütungsfrei zur Verfügung stellen muss.⁷⁴⁶ Die Zuordnung der dem Urheber gebührenden Vergütung kann jedoch für bestimmte Konstellationen bei hinreichenden Gründen gelockert und in andere Formen überführt werden, etwa durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch und die Einschaltung von Verwertungsgesellschaften.⁷⁴⁷

Im Ergebnis beurteilt sich die Verfassungsmäßigkeit der Zuordnung des wirtschaftlichen Ergebnisses von Urheberrechten nach dem Bundesverfassungsgericht danach, ob das, was dem Urheber „unter dem Strich“ verbleibe, noch als angemessenes Entgelt für seine Leistung anzusehen ist.⁷⁴⁸ Statt eines unbedingten Vorrangs der Individualinter-

⁷⁴⁰ BVerfGE 31, 229, 243 ff. – *Schul- und Kirchengebrauch*; vgl. auch *Melichar*, in: *Schricker*, vor §§ 44a ff, Rn. 7 ff.

⁷⁴¹ BVerfGE 49, 382, 403 ff. – *Kirchenmusik*.

⁷⁴² BGH NJW 1999, 1953 ff. – *Kopienversanddienst*; siehe dazu und zur Regelung des § 53a UrhG noch unten, Teil 3. E.

⁷⁴³ BVerfGE 31, 270, 273 ff. – *Schulfunksendungen*; BVerfGE 79, 29 ff. – *Vollzugsanstalten*; jeweils kritisch dazu beispielsweise *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 85.

⁷⁴⁴ *Krüger-Nieland*, in: *Brandt* (Hrsg.), Festschrift Simon, S. 705.

⁷⁴⁵ *Krüger-Nieland*, in: *Jagenburg* (Hrsg.), Festschrift Oppenhoff, S. 181; zustimmend *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 85.

⁷⁴⁶ *Melichar*, in: *Schricker*, Vor §§ 44a Rn. 7 ff.; *Badura*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 58.

⁷⁴⁷ *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 351.

⁷⁴⁸ BVerfGE 79, 29, 42 – *Vollzugsanstalt*.

sen der Urheber vor denen der Gemeinschaft besteht „lediglich hinsichtlich des Vergütungsanspruchs“ ein „stärkerer Schutz des Geistigen Eigentums, der nur in Ausnahmekonstellationen überwunden werden kann.“⁷⁴⁹ In dieser Absolutheit erscheint es zwar angreifbar, tendenziell jedoch richtig, aus der insoweit abgestuften Rechtsprechung⁷⁵⁰ eine „Wertigkeitsskala der Prioritäten“ herauszulesen, nach der die Vergütung den wichtigsten Aspekt des verfassungsrechtlichen Schutzes des Urheberrechts darstellt und das Ausschließlichkeitsprinzip erst dahinter folgt.⁷⁵¹ Der Gesetzgeber kann in Bezug auf Beschränkungen der Ausschließlichkeitsrechte aus Gemeinwohlgründen weitere Freiräume nutzen, während Spielräume für die Verwehrung einer Vergütung deutlich restriktiver ausfallen und vergütungspflichtigen Schranken in der Regel der Vorzug zu geben ist.

3. Fazit zu Art. 14 GG

Dem Gesetzgeber verbleibt innerhalb der Grenzen der Institutsgarantie und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlich ein erheblicher Ausgestaltungsspielraum mit entsprechenden politischen Gestaltungsmöglichkeiten, um Eigentumsgarantie und Sozialpflichtigkeit des Eigentums miteinander in Einklang zu bringen.⁷⁵² Art. 14 GG ermöglicht es, eine sozialadäquate Regulierung des Urheberrechts als Teil des „Geistigen Eigentums“ zu schaffen, bei der auch die Belange der Allgemeinheit als Richtschnur dienen.⁷⁵³ Urheberrechtliche Schranken sind dabei Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne der Dogmatik des Art. 14 GG.⁷⁵⁴

Soweit der Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative zum Ergebnis kommt, dem Gemeinwohlbelang der Wissenschaftsförderung durch eine funktionierende wissenschaftliche Informationsversorgung werde nicht allein über Ausschließlichkeitsrechte, sondern gerade über eine Kombination von Ausschließlichkeitsrechten und wissenschaftsbezogenen, in der Regel vergütungspflichtigen Schranken gedient, so kann er von seinem Gestaltungsspielraum in den dargestellten Grenzen Gebrauch

⁷⁴⁹ Grzeszick, ZUM 2007, 344, 353.

⁷⁵⁰ Ohly, in: Ohly/Knippel, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 9.

⁷⁵¹ So Geiger, GRUR Int 2008, 459, 465.

⁷⁵² Den Gestaltungsspielraum betonen in unterschiedlichen Abstufungen auch BVerfGE 21, 73, 83; Ohly, in: Ohly/Knippel, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 9, Grzeszick, ZUM 2007, 344, 353; Badura, in: Lerche, (Hrsg.), Festschrift Maunz, S. 13; Geiger, IIC 2006, 371, 405; Geiger, GRUR Int 2008, 459, 465; Harder, Digitale Universitätsbibliotheken, S. 99; Dreier, in: Schricker, (Hrsg.), Informationsgesellschaft, S. 139; auch Sattler, S. 32ff.

⁷⁵³ Grzeszick, ZUM 2007, 344, 353.

⁷⁵⁴ Vgl. BVerfGE 49, 382, 384f. – *Kirchenmusik*.

machen. Sofern die mit der Garantie festgelegte institutsbewahrende Leitlinie beachtet wird, steht die Eigentumsgarantie einer Ausgestaltung nicht entgegen, bei der Schranken als Durchbrechung der Verwertungsrechte den Interessen der Allgemeinheit dienen.⁷⁵⁵ Auch verfassungsrechtlich ergibt sich die Zuordnung des Ergebnisses der geistigen Leistung über das Urheberrecht also nicht in „allumfassender Hinsicht“.⁷⁵⁶ Nicht alles, was an Verwertung inzwischen technisch möglich ist, muss aus verfassungsrechtlicher Sicht auch wirtschaftlich den Urhebern zugeordnet werden. Auch die Verfassung verlangt lediglich die Gewährleistung einer „angemessenen Verwertung“, wie immer diese im Einzelnen auch zu bemessen sein mag.

II. Persönlichkeitsgrundrecht aus Art. 1 und 2 GG

Auch der urheberpersönlichkeitsrechtliche Schutz der §§ 12 ff., 23 UrhG lässt sich auf verfassungsrechtliche Grundlagen zurückführen. Sie werden vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfasst, das aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet wird.⁷⁵⁷ Der Schutz der ideellen Interessen des Urhebers an seinem Werk, also das Veröffentlichungsrecht, das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft, der Schutz vor Entstellungen des Werkes und das Recht zur Kontrolle von Bearbeitungen lassen sich als einfachgesetzliche Konkretisierungen dieser auch verfassungsrechtlich gewährleisteten Interessen verstehen.

Verfassungsdogmatisch zulässig sind Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht nur, soweit dies durch ein Gesetz erfolgt, das in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit einem öffentlichen Interesse oder einem kollidierenden Verfassungswert dient.⁷⁵⁸ Dem müssen auch urheberrechtliche Schranken genügen, soweit sie die ideellen Interessen des Urhebers beeinträchtigen. Größtenteils wird dem einfachgesetzlich allerdings Rechnung getragen, indem Schranken an die bereits erfolgte Veröffentlichung eines Werkes anknüpfen und zudem ausreichende Quellenangaben voraussetzen.⁷⁵⁹ Dadurch wird dem

⁷⁵⁵ *Badura*, in: *Lerche*, (Hrsg.), Festschrift Maunz, S. 7 f.

⁷⁵⁶ So ausdrücklich auch *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 348.

⁷⁵⁷ Vgl. statt vieler *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 81; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, Vor §§ 12 Rn. 5.

⁷⁵⁸ Vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn. 59 ff.

⁷⁵⁹ Siehe beispielsweise die bei verschiedenen Schrankenregelungen nach § 63 UrhG erforderlichen Quellenangaben; vgl. dazu noch die jeweiligen Ausführungen in Teil 3; siehe auch *Götting*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 30 Rn. 10.

eigenständigen verfassungsrechtlichen Gehalt der Urheberpersönlichkeitsrechte ausreichend Rechnung getragen.

Zusätzlich können zwar auch Verwertungsrechte nach §§ 15 ff. UrhG dazu beitragen, ideelle Interessen des Urhebers zu schützen, beispielsweise indem sie es ihm ermöglichen, den Verwerter sowie Einzelheiten der Verwertung vertraglich zu bestimmen, während solche Kontrollmöglichkeiten durch Einschränkungen der Verwertungsrechte beeinträchtigt werden können, wenn sie die weitere Verwendung durch Dritte gestatten.⁷⁶⁰ Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Schrankenbestimmungen der Verwertungsrechte in erster Linie an der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG gemessen, ohne auf die Frage der Persönlichkeitsrechte einzugehen.⁷⁶¹ Dem folgt die hier vorgenommene Schwerpunktsetzung. Die mit der Einschränkung der Kontrollmöglichkeiten verbundene Beeinträchtigung ideeller Urheberinteressen dürfte in der Tat nicht zu abweichenden Ergebnissen führen. Soweit ein Allgemeinwohlbelang die Beeinträchtigung der materiellen Partizipations- und Kontrollinteressen des Urhebers rechtfertigt, sind die gerade mit der Aufhebung der Ausschließlichkeitsrechte mittelbar verbundenen Eingriffe in eher ideelle Urheberinteressen in aller Regel ebenfalls gerechtfertigt.⁷⁶²

III. Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Das Grundrecht auf Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet als Unterfall der Kommunikationsgrundrechte das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Bei der Ausgestaltung der Wissenschaftsschranken wirkt sich die Informationsfreiheit also nicht schutzrechtsbegründend, sondern gegebenenfalls als Gegengewicht zum verfassungsrechtlichen Schutz der Urheber als verfassungsrechtliche Verstärkung von Argumenten *für* Beschränkungen urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte aus.

Dies gilt umso mehr, als unter die geschützte „Unterrichtung“ neben der reinen Informationserfassung, beispielsweise durch das Lesen der Information, gegebenenfalls auch das Anfertigen von Vervielfältigungen fällt, soweit dies gerade zum Zweck der eigenen

⁷⁶⁰ Vgl. dazu *Poepfel*, S. 143.

⁷⁶¹ Siehe beispielsweise die bereits zitierten Entscheidungen BVerfGE 31, 229, 238 ff. – *Kirchen- und Schulgebrauch*; 31, 270, 272 ff. – *Schulfunksendungen*; BVerfGE 49, 382, 392 ff. – *Kirchenmusik*; BVerfGE 79, 29, 40 – *Vollzugsanstalten*.

⁷⁶² Vgl. *Poepfel*, S. 145, m.w.N.

Unterrichtung erfolgt.⁷⁶³ Erst dadurch wird eine sinnvolle Informationsverarbeitung häufig erst möglich, während eine einmalige Rezeption kaum die erforderliche räumlich und zeitlich flexible Auseinandersetzung mit ihr zulässt.⁷⁶⁴ Somit besteht ein unmittelbarer Bezug zu entsprechenden urheberrechtlichen Schranken, die in dieser Richtung Freiräume schaffen.

Gleichzeitig gewährleistet die Informationsfreiheit keinen Anspruch auf kostenfreien Zugang zu Informationen und steht ebenso wenig der Schaffung von urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten generell entgegen.⁷⁶⁵ Denn die Informationsfreiheit unterliegt ihrerseits dem verfassungsrechtlichen Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG, der eine Beschränkung im Wege des allgemeinen Gesetzes zulässt. Beschränkungen müssen allerdings, insbesondere wegen der konstituierenden Bedeutung der Kommunikationsfreiheitsrechte für den freiheitlichen demokratischen Staat, ihrerseits verhältnismäßig sein.⁷⁶⁶ Es obliegt somit dem Gesetzgeber, eine Güterabwägung zwischen der Beeinträchtigung der Kommunikationsgrundrechte und den mit ihrer Beschränkung verbundenen Gemeinwohlbelangen sowie schutzwürdigen Rechten oder Interessen Dritter vorzunehmen. Dazu gehört insbesondere die mit Blick auf Art. 14 GG gebotene Anerkennung der Schöpfungsleistung der Urheber über die Zuordnung von Ausschließlichkeitsrechten.

Letztlich müssen daher der Schutz der Urheber durch Art. 1, 2 und 14 GG sowie der ebenfalls verfassungsrechtlich verankerte Schutz der Informationszugangsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG im Wege eines schonenden Ausgleichs in einen Zustand praktischer Konkordanz gebracht werden, bei dem jedes Schutzgut zu möglichst optimaler Entfaltung gebracht wird.⁷⁶⁷ Ohne hier aus der Informationsfreiheit weitergehend komplementäre subjektive Nutzerrechte ableiten zu wollen, ist jedenfalls festzuhalten, dass sie als Gegengewicht zu den Urheberinteressen bei der Ausgestaltung und verfas-

⁷⁶³ Starck, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum GG, Art. 5 Rn. 51; *Holznagel/Brüggemann*, MMR 2003, 767, 769 m.w.N.; *Kröger*, S. 192; *Schweikart*, S. 61.

⁷⁶⁴ *Poepfel*, S. 147 ff; *Hölscher*, S. 62 f.

⁷⁶⁵ Starck, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum GG, Art. 5 Rn. 58; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 87c f.; *Kröger*, S. 192; *Poepfel*, S. 147 m.w.N.

⁷⁶⁶ Dazu und zur sogenannten „Wechselwirkungslehre“ im Bereich der Kommunikationsgrundrechte vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 5 Rn. 57.

⁷⁶⁷ In diesem Sinn auch *Hoeren*, GRUR 1997, 866, 868, *Hölscher*, S. 63; *Schweikart*, S. 61; siehe auch *Nolte*, S. 86ff., zu den erheblichen Schwierigkeiten beim Versuch, das Ziel der praktischen Konkordanz tatsächlich im Einzelfall zu erreichen.

sungskonformen Auslegung der Schrankenregelungen zu berücksichtigen ist,⁷⁶⁸ und dies angesichts der abstrakten Gleichwertigkeit der Verfassungswerte als *gleichwertige* Position zum Eigentum und den Persönlichkeitsrechten der Urheber.⁷⁶⁹

In dieser Grundrechtskollision lässt sich damit zusätzlich zur Sozialbindung des Eigentums auf verfassungsrechtlicher Ebene ein weiterer Ansatzpunkt für Abwägungsentscheidungen und Einschränkungen ausschließlicher Urheberrechte begründen. Dabei ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in Konstellationen kollidierender Verfassungsrechte entsprechend groß, da er Eingriffe in den einen Verfassungswert jeweils bis zur Grenze der Verhältnismäßigkeit mit dem Schutz des gegenüberstehenden Wertes rechtfertigen kann und nur der Kernbereich beider Verfassungswerte zwingend vorgegeben und absolut zu wahren ist.⁷⁷⁰ Selbst wenn teilweise daraus der Schluss gezogen wird, die Bedeutung der Informationsfreiheit beschränke sich diesseits einer unverhältnismäßigen Zurückstellung gegenüber den verfassungsrechtlich geschützten Rechten der Urheber auf einen bloßen „rechtspolitischen Gehalt“,⁷⁷¹ ist selbst das in seiner Bedeutung nicht zu unterschätzen und verdient der Betonung angesichts einer Schrankendebatte, die ansonsten allzu häufig geradezu reflexartig auf den Eigentumsschutz aus Art. 14 GG verweist. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf das Grundrecht auf Informationsfreiheit gerade im Zusammenhang mit einem wissenschaftsfreundlichen Urheberrecht findet sich auch in der Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf des Zweiten Korbes.⁷⁷²

IV. Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG

Auf die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG wurde im Zusammenhang mit dem Wissenschaftsbegriff bereits eingegangen. Sie ist als verfassungsrechtliche Vorgabe im Kontext der Wissenschaftsschranken zu berücksichtigen und entfaltet in zweierlei Hinsicht Wirkung. Einerseits lässt sie sich als zusätzliche Begründung für den urheber-

⁷⁶⁸ *Schack*, Urheber- und Urhebertvertragsrecht, Rn. 87 d.

⁷⁶⁹ *Geiger*, GRUR Int 2007, 816, 817; in diese Richtung auch *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 277 ff.; zur grundsätzlichen Gleichwertig- bzw. Gleichrangigkeit der Grundrechte im Falle von Kollisionen siehe *Pahud*, Sozialbindung, S. 67 ff.; vgl. zudem die übersichtlichen Ausführungen bei *Nolte*, S. 70 ff, insb. 84 ff.

⁷⁷⁰ Siehe dazu und zum dann erforderlichen Grundsatz der praktischen Konkordanz *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1 Rn. 49.

⁷⁷¹ So *Poepfel*, S. 150.

⁷⁷² Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf des Zweiten Korbes, BT-Drs. 16/1828, S. 37

rechtlichen Schutz wissenschaftlicher Autoren heranziehen. Andererseits lässt sich ihr ein verfassungsrechtliches Argument für Wissenschaftsschranken entnehmen.

1. Wissenschaftsfreiheit als Grundrecht pro Urheberrechtsschutz

Auch die Weitergabe der gewonnenen Erkenntnisse ist vom Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit umfasst.⁷⁷³ Deshalb bestehen schon insoweit Berührungspunkte mit dem Urheberrecht als einem bedeutenden Faktor für die Bedingungen, unter denen wissenschaftliche Erkenntnisse weitergegeben werden. Die Publikation von Forschungsergebnissen wird generell von Art. 5 Abs. 3 GG erfasst.⁷⁷⁴ Auch der wissenschaftlich tätige Urheber ist somit als solcher in seiner Arbeit verfassungsrechtlich geschützt.⁷⁷⁵ Fraglich bleibt, welche Schlussfolgerungen daraus zu ziehen sind, nicht zuletzt auch für das Verhältnis zu ebenfalls einschlägigen sonstigen Grundrechten.

a) Die Dimension der Verwertungsrechte

Bezüglich der urheberrechtlichen Verwertungsrechte und der damit verbundenen materiellen Interessen des Urhebers wird Art. 14 GG gegenüber den Grundrechten aus Art. 5 Abs. 3 GG zu Recht als vorrangig angesehen.⁷⁷⁶ Die Wissenschaftsfreiheit schützt zwar über die Publikationsfreiheit auch das Recht, über den Zeitpunkt und die Modalitäten einer Veröffentlichung eigener Forschungsergebnisse selbst zu entscheiden.⁷⁷⁷ Die Freiheit der Wissenschaft von einer insoweit behindernden Einflussnahme des Staates oder Dritter verlangt jedoch nicht, dass der Wissenschaftler gerade aus dieser Wissenschaftsfreiheit heraus auch anderen die weitere Distribution seiner bereits publizierten Werke untersagen können oder ihm eine materielle Beteiligung daran garantiert werden muss.⁷⁷⁸ Derartige materielle Interessen werden in den dargestellten Grenzen vorrangig über den Eigentumschutz des Art. 14 GG gewährleistet.

Für die Kunstfreiheit hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich offengelassen, ob dann etwas anderes gelte und Art. 5 Abs. 3 GG anwendbar sei, wenn in Extremfällen die wirtschaftliche Auswertung eines Werkes durch ein Gesetz derart beschränkt würde, das

⁷⁷³ Siehe dazu schon oben, Einleitung C. II.

⁷⁷⁴ *Jarass/Pieroth*, Art. 5 Rn. 122a; *Classen*, S. 77.

⁷⁷⁵ *Poepfel*, S. 144.

⁷⁷⁶ Vgl. BVerfGE 31, 229, 238 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; E 49, 382, 392; *Zöbele*, in: *Mitarbeiterkommentar zum GG*, Art. 5 Rn. 227 m.w.N.; *Schweikart*, S. 56 f; *Kirchhof*, in: *Fürst* (Hrsg.), *Festschrift Zeidler*, S. 1654.

⁷⁷⁷ So *Denninger*, in: *Alternativkommentar zum GG*, Art. 5 Abs. 3 Rn. 47; *Jarass/Pieroth*, Art. 5 Rn. 122a.

⁷⁷⁸ Vgl. *Poepfel*, S. 146.

die freie künstlerische Betätigung dadurch praktisch nicht mehr möglich wäre.⁷⁷⁹ Überträgt man diesen Gedanken auf die Wissenschaft,⁷⁸⁰ so ist nicht ersichtlich, inwiefern über Schranken eine freie wissenschaftliche Betätigung auf der Ebene der Publikationsfreiheit in diesem Ausmaß unmöglich gemacht werden könnte. Vorstellbar wäre dies hypothetisch allenfalls dann, wenn derart weitgehende Schranken existierten, die das wissenschaftliche Verlagswesen insgesamt vollständig beseitigten, ohne gleichzeitig adäquate alternative Publikationsforen zu schaffen, die an dessen Stelle träten, um der Publikationsfreiheit gerecht zu werden.

Diesseits entsprechender Szenarien, die ohnehin schon im Hinblick auf Art. 14 GG kaum verfassungsgemäß wären, entfaltet Art. 5 Abs. 3 GG keine eigenständige Wirkung neben der Eigentumsgewährleistung zugunsten der Gewährung urheberrechtlichen Schutzes.

b) Die Dimension der Urheberpersönlichkeitsrechte

Indem die Wissenschaftsfreiheit über die Publikationsfreiheit auch das Recht schützt, über Zeitpunkt und Modalitäten einer Veröffentlichung eigener Forschungsergebnisse selbst zu entscheiden,⁷⁸¹ bestehen Überschneidungen mit dem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ableitbaren Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte, so dass auch hier das Verhältnis zwischen beiden Grundrechten und die eigenständige Bedeutung für die Ausgestaltung der Wissenschaftsschranken fraglich ist. Gegen ein Zurücktreten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber dem spezielleren Freiheitsrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG nach dem Prinzip der Spezialität spricht, dass die Wissenschaftsfreiheit mit dem Selbstbestimmungsrecht über die Modalitäten der Publikation zwar einige bestimmte urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte erfasst, jedoch nicht in der gleichen Form wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die sonstigen Beziehungen des Urhebers zu seinem Werk sichert. Deshalb erscheint es mit der Zielsetzung eines umfassenden Grundrechtsschutzes vorzugswürdig, statt einer Verdrängung davon auszugehen, dass der verfassungsrechtliche Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts auch im Wissenschaftsbereich auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht beruht, jedoch durch das spezielle Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG noch weiter verstärkt wird.⁷⁸²

⁷⁷⁹ BVerfGE 31, 229, 240 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; zustimmend *Kirchhof*, in: *Fürst* (Hrsg.), Festschrift Zeidler, S. 1654.

⁷⁸⁰ Für eine entsprechende Übertragbarkeit *Schweikart*, S. 56; ebenso *Nielen*, *Interessenausgleich*, S. 199.

⁷⁸¹ Siehe dazu bereits die Ausführungen zu Beginn des vorangegangenen Abschnitts.

⁷⁸² So auch *Poeppe*, S. 146.

c) Konsequenzen

Während sich auf der Ebene materieller Interessen aus der Wissenschaftsfreiheit neben Art. 14 GG keine zusätzlichen Anforderungen an die Schrankenausgestaltung ergeben, ist auf der Ebene der ideellen Urheberinteressen zu berücksichtigen, dass neben dem Schutz aus Art. 1, 2 Abs. 1 UrhG verstärkend noch der Schutz mancher dieser Interessen über die Wissenschaftsfreiheit tritt, nämlich insbesondere die Entscheidung über die Modalitäten der Publikation. Für Beeinträchtigungen der entsprechenden Urheberpersönlichkeitsrechte gelten daher entsprechend hohe Maßstäbe, da die Wissenschaftsfreiheit keinem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt, sondern vorbehaltlos gewährleistet wird und nur über kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt werden kann.⁷⁸³ Dem müssen die einfachgesetzlichen Schranken durch ausreichende Gewährleistung der Urheberpersönlichkeitsrechte Rechnung tragen, wenn sie sich in der Praxis insbesondere auf Werke wissenschaftlicher Urheber auswirken, die sich auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können.

2. Wissenschaftsfreiheit als Grundrecht pro Zugangsfreiheit

Während die Wissenschaftsfreiheit sich in Bezug auf die ideellen Interessen der Wissenschaftsurheber im Sinne verschärfter Rechtfertigungsanforderungen bei Beeinträchtigungen ihrer Urheberpersönlichkeitsrechte auswirken kann, entfaltet sie gleichzeitig eine gegensätzliche Wirkung, indem sie neben den schon unter dem Gesichtspunkt der Sozialbindung zu berücksichtigenden Gemeinwohlinteressen als eigenständiger verfassungsrechtlicher Wert für eine Beschränkung des Urheberrechts zu berücksichtigen sein kann.

Dies wird zwar teilweise in Frage gestellt.⁷⁸⁴ Wenn die Wissenschaftsfreiheit jedoch gerade die auf wissenschaftlichen Eigengesetzlichkeiten beruhenden Prozesse und Verhaltensweisen beim Auffinden von Erkenntnissen schützt,⁷⁸⁵ kann man den dafür wesentlichen, im Bereich der wissenschaftlichen Literaturversorgung verschriftlichten und damit „verurheberrechtlichten“ wissenschaftlichen Diskurs nicht aus dem Schutzbereich des Grundrechts ausschließen. Der Austausch von Fragen und Ergebnissen und die ständige wechselseitige Kommunikation und Publizität des Vorgehens kennzeichnen das System Wissenschaft. Entsprechend ist auch die Möglichkeit des wissenschaftlichen Dialogs, die Freiheit der Kommunikation der Wissenschaftler untereinander in Form

⁷⁸³ Jarass/Pieroth, Art. 5 Rn. 131.

⁷⁸⁴ Kritisch v. Bernuth, ZUM 2003, 438, 442.

⁷⁸⁵ Zur verfassungsrechtlichen Wissenschaftsdefinition siehe oben, Einleitung C. II.

der Mitteilung und wechselseitigen Prüfung von Ergebnissen und Theorien für die Wissenschaft elementar und über das Grundrecht geschützt.⁷⁸⁶ Auch die zwingend notwendige Verwendung von Materialien und die Bedingungen des Zugriffs auf wissenschaftliche Literatur müssen deshalb in diesen Schutzbereich einbezogen sein.⁷⁸⁷ Denn wer die für ihn relevanten Forschungsergebnisse anderer nicht zur Kenntnis nimmt, der gehört ebenso wenig zur „scientific community“ wie derjenige, der eigene Forschungsergebnisse nicht veröffentlicht und sich dem wissenschaftlichen Diskurs nicht stellt.⁷⁸⁸

Aus der im besonderen Schutz der Wissenschaftsfreiheit enthaltenen Wertentscheidung des Grundgesetzes lässt sich deshalb herleiten, dass der Gesetzgeber im Einklang mit kollidierenden Verfassungswerten auch die Erhaltung der wissenschaftlichen Diskussion anzustreben und sicherzustellen hat, indem er einen ausreichenden Zugang zu wissenschaftlichem Gedankengut gewährleistet.⁷⁸⁹ Dazu können Wissenschaftsschranken einen wichtigen Beitrag leisten, wenn ohne jede Einschränkung des urheberrechtlichen Verbotsrechts Gefahren für ein grundrechtlich geschütztes wissenschaftliches Arbeiten drohen.⁷⁹⁰

Eine konkrete Regelungspflicht zugunsten eines freien Zugangs lässt sich daraus ebenso wenig wie aus der allgemeineren Informationsfreiheit herleiten.⁷⁹¹ Auch aus der Wissenschaftsfreiheit ergibt sich kein unmittelbarer Anspruch auf einen möglichst billigen oder einen möglichst leichten Zugang zu Informationen.⁷⁹² Dennoch existiert mit ihr ein eigenständiger Verfassungswert, der bei der Ausgestaltung der Wissenschaftsschranken in Abwägung mit den Eigentumsinteressen der Urheber zu berücksichtigen und in einen Zustand der praktischen Konkordanz zu bringen ist. Das Recht des geistigen Eigentums erkennt das Interesse der Wissenschaft an einem offenen Informationsaustausch an.⁷⁹³ Die entsprechende Wirkung der Informationsfreiheit wird also bei wissenschaftlicher Tätigkeit noch durch die Wissenschaftsfreiheit ergänzt.⁷⁹⁴

Die erforderliche Berücksichtigung der verfassungsrechtlich geschützten Kommunikationsgrundrechte verdeutlichte das Bundesverfassungsgericht für den vergleichbaren

⁷⁸⁶ *Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft), Rn. 17, 20, 28.

⁷⁸⁷ Ähnlich *Poepfel*, S. 152; im Ergebnis auch *Nielen*, Interessenausgleich, S. 244 f.

⁷⁸⁸ *Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft), Rn. 28.

⁷⁸⁹ Vgl. *Pabud*, Sozialbindung, S. 94; ähnlich *Nielen*, Interessenausgleich, S. 245.

⁷⁹⁰ Die letzere Einschätzung teilt ausdrücklich auch *Nielen*, Interessenausgleich, S. 245.

⁷⁹¹ Siehe oben Teil 2 C. II.

⁷⁹² So zu Recht auch *Roellecke*, UFITA 84 (1979), 79, 114.

⁷⁹³ *Ruffert*, Kultur und Wissenschaft, S. 186.

⁷⁹⁴ *Hohagen*, in: *Ohly* (Hrsg.) Festschrift *Schricker*, S. 353, 358.

Fall der Kunstfreiheit in *Germania 3*. Danach muss bei der Auslegung des Zitatrechts aus § 51 UrhG in Abwägung mit der im konkreten Fall auf der Gegenseite betroffenen Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG hinreichend berücksichtigt werden, was zu einer großzügigeren Anwendung des Zitatrechts führen kann.⁷⁹⁵ Im Patentrecht wiederum erklärte das Bundesverfassungsgericht das Versuchsprivileg des § 11 Nr. PatG für verfassungsgemäß, wonach klinische Versuche mit einem patentgeschützten Wirkstoff als patentfreie Benutzungshandlung zu werten sind. Forschung und Fortentwicklung der Wissenschaft und Technik sind nur mittels Versuchen möglich, die jeweils auf den neuesten Forschungsergebnissen aufbauen, und deshalb ist es von Verfassung wegen nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber die über Art. 14 GG geschützten Interessen des Patentinhabers hinter diesen Belangen der Wissenschaft insoweit zurücktreten lässt.⁷⁹⁶ Auch hier zeigt sich die Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Wissenschaft bei einer Begrenzung immaterialgüterrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte.

Festzuhalten bleibt, dass die Wissenschaftsfreiheit außer der oben dargestellten Verstärkung des verfassungsrechtlichen Schutzes für immaterielle Interessen wissenschaftlich tätiger Urheber umgekehrt auch zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Ausschließlichkeitsrechte herangezogen werden kann.⁷⁹⁷

V. Fazit

Die dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben binden den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Urheberrechts. Auch die Wissenschaftsschranken müssen sich an ihnen messen lassen. Bei der Aufgabe, die teilweise in gegensätzliche Richtungen wirkenden Verfassungswerte miteinander in Einklang zu bringen, besteht jedoch ein nicht zu unterschätzender Einschätzungs- und Ausgestaltungsspielraum, innerhalb dessen Grenzen Entscheidungen damit am Ende zu großen Teilen auch rechtspolitischer Natur sind.⁷⁹⁸ In der rechtspolitischen Debatte ist dies vor allem in der Form zu berücksichtigen, diesseits von Gedanken zur völligen Abschaffung oder Aushöhlung des Urheber-

⁷⁹⁵ BVerfG ZUM 2000, 867, 869 – *Germania 3*; dazu ausführlich Metzger, ZUM 2000, 924 ff.

⁷⁹⁶ BVerfG NJW 2001, 1783, 1785; dazu Badura, in: Ohly/Knippel, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 59.

⁷⁹⁷ So ausdrücklich auch Poepfel, S. 152.

⁷⁹⁸ Den Spielraum betonen ausdrücklich u.a. Ohly, in: Ohly/Knippel, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 9. Geiger, IIC 2006, 371, 405; Grzeszick, ZUM 2007, 344, 350; Nolte, S. 99; Harder, Digitale Universitätsbibliotheken, S. 99; Hohagen, S. 607; Nielen, Interessenausgleich, S. 172.

berrechts nicht einseitig den auf Art. 14 GG gestützten Eigentumsschutz zu bemühen, sondern daneben außer der Sozialbindung des Eigentums auch die übrigen verfassungsrechtlich anerkannten Werte zu beachten und mit dem Eigentumsschutz in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Weder der einen, noch der anderen Seite, weder den berechtigten Individualinteressen der Urheber bzw. Rechteinhaber an einer angemessenen Verwertung, noch den auf das Gemeinwohl bezogenen Interessen der Allgemeinheit ist der unbedingte Vorrang einzuräumen. Ein uneingeschränktes ausschließliches Vervielfältigungsrecht im Vertrauen darauf, dass Rechteinhaber die berechtigten und grundrechtlich untermauerten Allgemeininteressen freiwillig berücksichtigen werden, würde dem Regelungsauftrag aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 Abs. 2 GG ebenso wenig gerecht wie eine zu weitgehende Beschränkung der Urheberrechte durch ausufernde Schranken. Angemessen vergütungspflichtige Schrankenbestimmungen erfüllen auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine wichtige Rolle für den herzustellenden Ausgleich, ohne wegen der damit verbundenen Auswirkungen auf die Werkauswertung notwendigerweise verfassungswidrig zu sein.

D. Wissenschaftsschranken und urheberrechtliche Schrankendogmatik

Vor der Untersuchung der einzelnen Wissenschaftsschranken in Teil 3 wird in den folgenden Abschnitten das der Arbeit zugrunde gelegte Schrankenverständnis näher dargelegt, das auf den bisherigen Erkenntnissen aufbaut und sie weiter entwickelt. Anschließend wird vorab für alle Schrankenregelungen gemeinsam der Themenkomplex der technischen Schutzmaßnahmen behandelt.

I. Das zugrundegelegte Schrankenverständnis

1. Schranken als Schutzrechtsbegrenzungen statt als „Ausnahmen“

Soweit bislang terminologisch statt von Ausnahmen zum Urheberrechtsschutz stets von urheberrechtlichen Schranken bzw. Schrankenregelungen und –bestimmungen die Rede war, beruht dies nicht auf geschmacklichen Gründen, sondern soll das der Arbeit zugrunde gelegte Schrankenverständnis zum Ausdruck bringen, das bereits durch entsprechende Begrifflichkeiten gekennzeichnet wird.

Während der Sechste Abschnitt des deutschen UrhG mit „Schranken des Urheberrechts“ betitelt ist, verwendet die InfoSoc-Richtlinie stets das Begriffspaar „Ausnahmen

und Beschränkungen“ bzw. „exceptions and limitations“, und auch der WCT und der Urheberrechtsabschnitt des TRIPS-Abkommens sind entsprechend formuliert.⁷⁹⁹ Dies verdeutlicht, wie wenig eine Einigung auf einen der Begriffe angesichts unterschiedlicher Rechtstraditionen möglich war.⁸⁰⁰ Tatsächlich werden über eine unreflektierte Begriffsverwendung bereits Vorentscheidungen getroffen.⁸⁰¹ Denn der Begriff der Ausnahme⁸⁰² impliziert eine klare Hierarchie, eine Unterordnung der Ausnahme unter die Regel des urheberrechtlichen Schutzes, nach einer Metapher von *Geiger* eine klar abgegrenzte – wohlmöglich eher kleine – Insel von Urheberrechtsfreiheit in einem großen Meer urheberrechtlicher Exklusivität.⁸⁰³ Demgegenüber enthält der Begriff der Schranke eine andere grundsätzliche Wertung, nach der der Inhalt des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts neben sonstigen Faktoren wie der Schutzdauer oder den Schutzvoraussetzungen auch durch die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen überhaupt erst definiert wird, um verschiedene gegenläufige Interessen miteinander in Einklang zu bringen. Das Ausschließlichkeitsrecht endet dort, wo die Schranke beginnt.

Stärker noch mit Blick auf die sonstigen Begrenzungen des Urheberrechts, wie beispielweise seine Schutzvoraussetzungen und die definierten geschützten Nutzungshandlungen, wird entsprechend vertreten, dass die (Informations-) Freiheit das grundsätzliche Prinzip und die über das Urheberrecht vermittelte Exklusivität die begründungspflichtige Ausnahme sei.⁸⁰⁴ Das Ausschließlichkeitsrecht wird so zu einer Insel von Exklusivität in einem Meer der Freiheit.⁸⁰⁵

Zwar ließe sich eine isolierte Übertragung dieses Gedankens auf die engere Frage nach dem Verhältnis gerade zwischen Schutzrecht und Schranke als nur einer Form seiner Begrenzung – die Schranke als Regel und das Recht als Ausnahme - nicht mit

⁷⁹⁹ Vgl. Art. 10 WCT, Art. 13 TRIPS.

⁸⁰⁰ Vgl. *Geiger*, GRUR Int 2004, 815, 818.

⁸⁰¹ *Geiger*, Rechtsnatur der Schranken, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse, S. 361.

⁸⁰² Ihn verwendet beispielsweise das französische Urheberrechtssystem, siehe *Geiger*, a.a.O., S. 150; in Bezug auf das UrhG vgl. beispielsweise *Melichar*, in: *Schricker*, Vor §§ 44a ff. Rn. 2 f.; auch die deutsche Rechtsprechung verwendet den Begriff der Ausnahme, vergleiche beispielhaft noch die Nachweise im Zusammenhang mit dem Dogma der engen Schrankenauslegung, siehe unten, Teil 2 D. I. 4.

⁸⁰³ Vgl. das mehrfach verwendete Bild, etwa bei *Geiger*, Rechtsnatur der Schranken, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse, S. 150.

⁸⁰⁴ So *Geiger*, in: Rechtsnatur der Schranken, *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse, S. 151; *Kröger*, MMR 2002, 18, 20; *Hoeren*, MMR 2000, 3: „Anfangs- und Endpunkt ist der Gedanke der Informationsfreiheit“; *Hoeren*, in: *Berger* (Hrsg.), Festschrift Sandrock, S. 370.

⁸⁰⁵ Vgl. *Geiger*, Rechtsnatur der Schranken, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse, S. 150.

den bereits dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbaren.⁸⁰⁶ Der zugrundeliegende Gedanke unterstützt jedoch ein Schrankenverständnis, bei dem Schranken nicht lediglich Ausnahmen zum Recht des Urhebers darstellen, sondern rechtstechnisch gemeinsam mit anderen Beschränkungen Inhalt und Grenzen des Rechts erst bestimmen.⁸⁰⁷

Auch das Bundesverfassungsgericht hat diesen Gedanken klar zum Ausdruck gebracht, wonach es sich letztlich nur um eine Frage der Gesetzestechnik handele, wenn die Verwertungsrechte in den §§ 15 UrhG zunächst umfassend formuliert, dann aber nachfolgend die Schranken dieses Rechts normiert werden.⁸⁰⁸ Schrankenregelungen sind dementsprechend nicht als Ausnahmen gegenüber einem ansonsten absolut gewährten Herrschaftsrecht, sondern wie gesetzliche Beschränkungen des Sacheigentums als „wesensmäßige Begrenzungen“⁸⁰⁹ des Eigentumsinhalts zu sehen.⁸¹⁰ Wo Schranken Ausfluss verfassungsrechtlich geschützter Positionen sind, lässt sich erst Recht nicht mit einem Regel-Ausnahmeverhältnis argumentieren. Gerade hier stellen Schrankenbestimmungen vielmehr materielle Einschränkungen des Urheberrechts dar.⁸¹¹ So werden einfachgesetzlich die dargestellten verfassungsrechtlich erforderlichen Abwägungsprozesse vorgenommen. Wenn Schutz gemäß § 1 UrhG ausdrücklich nur nach Maßgabe des Urheberrechtsgesetzes gewährleistet wird, dann sind die darin geregelten Verwertungsrechte bereits *a priori* mit den ebenfalls darin geregelten Schrankenregelungen belastet.⁸¹² Sie dienen letztlich zur Feinabstimmung der Grenzen und Konturen des Urheberrechts.⁸¹³

⁸⁰⁶ Siehe schon oben Teil 2 C. I. 2. a).

⁸⁰⁷ Geiger, Rechtsnatur der Schranken, in: Hilty/Geiger (Hrsg.), *Impulse*, S. 151 m.w.N.; Wielsch, Zugangsregeln, S. 279, m.w.N.; ähnlich auch Burrell/Coleman, S. 182; v.Becker, GRUR 2004, 104, 108; Vedder, Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung, S. 617; für Schranken als materielle Begrenzungen des Urheberrechts jedenfalls dort, wo sie Ausfluss verfassungsrechtlich geschützter Positionen sind, Schweikart, S. 110; ähnlich differenzierend Findeisen, S. 114f, für diejenigen Schranken, die im Interesse der Allgemeinheit an Kenntnisaufnahme und geistiger Auseinandersetzung normiert sind.

⁸⁰⁸ BVerfGE 49, 382, 393- *Kirchenmusik*.

⁸⁰⁹ So unter anderem Findeisen, S. 114 f., für diejenigen Schranken, die im Interesse der Allgemeinheit an Kenntnisaufnahme und geistiger Auseinandersetzung normiert sind.

⁸¹⁰ Zustimmung Nielsen, *Interessenausgleich*, S. 276ff.

⁸¹¹ Schweikart, S. 110; Sattler, S. 72.

⁸¹² Vgl. entsprechend Hohagen, in: Ohly (Hrsg.) *Festschrift Schricker*, S. 360; für eine gleichberechtigte Stellung urheberrechtlicher Schranken – unter der Voraussetzung verfassungsrechtlicher Abwägungsvorgänge – auch Sattler, S. 70.

⁸¹³ Fröhlich, S. 150; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 44a Rn. 1.

Versteht man Schranke und Recht derart im Sinne eines „Balancemodells“,⁸¹⁴ als miteinander verbundene und komplementäre aktive und passive Seite des Urheberrechtsschutzes,⁸¹⁵ als „zwei Seiten einer einzigen Münze“,⁸¹⁶ dann wird dadurch das konkrete, gewissermaßen quantitative Verhältnis zwischen Schranke und Recht nicht vorweggenommen, oder um erneut innerhalb der Metapher zu bleiben, nichts über die Größe von Inseln oder die Verteilung der Landmassen und Meere ausgesagt. Dieses komplementäre Modell bringt jedoch besonders deutlich die Auffassung zum Ausdruck, dass Schranken der Abwägung zwischen Individual- und Allgemeininteressen und somit dem Interessenausgleich dienen.⁸¹⁷ Wichtig erscheint gerade vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben, bei denen sich die berechtigten Interessen der Urheber und die berechtigten Interessen der Allgemeinheit zunächst auf gleicher Ebene gegenüberstehen, auch auf der einfachgesetzlichen Ebene die bestehende Gleichwertigkeit stärker zu betonen.⁸¹⁸ Den notwendigen Ausgleich zwischen verschiedenen verfassungsrechtlich geschützten Interessen hebt im Zusammenhang mit der Auslegung der urheberrechtlichen Zitierfreiheit im Licht der Kunstfreiheit inzwischen explizit auch das Bundesverfassungsgericht hervor.⁸¹⁹

Eine solche Notwendigkeit besteht umso mehr angesichts der festzustellenden Tendenz, dass die den Ausgleich der Interessen sichernden Schranken nicht in gleichem Maße wie das zunehmend expandierende Urheberrecht erweitert werden,⁸²⁰ was vor allem aufgrund der allein auf die Anreizfunktion von Ausschließlichkeitsrechten vertrauenden Perspektive beruhen dürfte, die „mehr Schutz“ beinahe automatisch mit mehr Kreativität und mehr schöpferischem Schaffen verbindet.⁸²¹ Eine korrelierende Weiterentwicklung der Schranken wäre jedoch nötig, um dem Ziel der vorzunehmenden Güterabwägung im Sinne praktischer Konkordanz zwischen den gegensätzlichen

⁸¹⁴ Hoeren, in: Hilty/Geiger (Hrsg.), *Impulse*, S. 168.

⁸¹⁵ Geiger, GRUR Int 2008, 459, 461.

⁸¹⁶ Geiger, Festschrift Hilty, S. 83.

⁸¹⁷ Vgl. dazu statt vieler Peifer, *Rahmenbedingungen*, S. 356, m.w.N.; für einen schrankengestützten Interessenausgleich auch Hohagen, S. 617; Hilty, in: Ohly/Knippel, (Hrsg.), *Gemeinfreiheit*, S. 130; Dreier, in: Dreier/Schulze, *Vor §§ 44a Rn. 1*; siehe auch schon die Amtl. Begr. des UrhG 1965, BT-Drs. IV/270, S. 30; Begr. Regierungsentwurf vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 9.

⁸¹⁸ So Geiger, GRUR Int 2004, 815, 817, 819, für eine Gleichrangigkeit von Ausschlussprinzip und Nutzungsfreiheit auch Wielsch, *Zugangsregeln*, S. 279.

⁸¹⁹ BVerfG GRUR 2001, 194 ff. – *Germania 3*.

⁸²⁰ Peifer, *Rahmenbedingungen*, S. 348; siehe auch Hugenholtz/Okediji, S. 7, 10.

⁸²¹ Kritisch dazu Hilty, in: Ohly/Knippel, (Hrsg.), *Gemeinfreiheit*, S. 137.

Interessen gerecht zu werden und die Balance nicht durch einen einseitig zunehmenden Rechteausbau zu verschieben.⁸²² Indem sie Handlungsspielräume bewahren, gerade auch für ihrerseits kreative Anschlusschöpfungen, die dafür zunächst den Zugang zu vorbestehenden Werken voraussetzen, bilden Schranken einen wichtigen Gegenpol zu dem, was sich kritisch als „ungezügelter einseitige Eigentumslogik“⁸²³ bezeichnen lässt.

2. Erforderliche Differenzierungen je nach Grundrechtsbezug

Gleichzeitig sind gerade wegen der Rückbeziehung der komplementären Begrenzungsfunktion von Schranken auf die verfassungsrechtlichen Fundamente Differenzierungen erforderlich. Schon die differenzierte Aufteilung in Einzelatbestände verdeutlicht, welche unterschiedlichen Zielen die einzelnen Schrankenbestimmungen jeweils dienen.⁸²⁴ Vor allem lassen sich nicht alle Schranken gleichermaßen überzeugend und unmittelbar auf verfassungsrechtlich geschützte Werte zurückführen wie etwa die Zitierfreiheit oder die Presseberichterstattung,⁸²⁵ sondern bei manchen überwiegt der Eindruck eines lediglich sehr erfolgreichen Lobbyings für die jeweils zugrunde liegenden Partikularinteressen.⁸²⁶

Umso mehr aber die Allgemeinheit auf die über Schutzgegenstände vermittelten Informationen angewiesen ist, und je stärker der Zugang zu wissenschaftsrelevanten Informationen eingeschränkt wird, umso wichtiger werden gleichzeitig ausreichende Beschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts, und umso größer wird der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zur Lösung des Konflikts.⁸²⁷ Gerade für Wissenschaftsschranken ist die Verknüpfung mit grundrechtlich geschützten Positionen und Allgemeininteressen und konkret mit der in Art. 5 Abs. 3 GG eigenständig geschützten Wissenschaftsfreiheit besonders unmittelbar ausgeprägt.⁸²⁸ Indem sie wissenschaftlich Tätigen bestimmte Freiräume gewähren, fördern die Wissenschaftsschranken den für die Wissenschaft so wesentlichen wechselseitigen Austausch und damit die verfassungsrechtlich geschützte Wissenschaft selbst. Gerade hier hat also ein komplementä-

⁸²² Ähnlich *Hoeren*, GRUR 1997, 866, 871

⁸²³ *Peukert*, Festschrift Hilty, S. 59.

⁸²⁴ Die Ausdifferenziertheit betont statt vieler beispielsweise *Götting*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 30 Rn. 5 f.

⁸²⁵ So die Beispiele bei *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 268.

⁸²⁶ Vgl. *Hohagen*, S. 23, mit dem anschaulichen Beispiel der vergütungsfreien Aufführung von Musik durch – italienische – Militärmusikkapellen.

⁸²⁷ Vgl. *Veddern*, *Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung*, S. 622.

⁸²⁸ Siehe dazu schon oben Teil 2 C. IV.2.

res Schrankenverständnis auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Fundamente seine Berechtigung.

3. Keine Reduzierung auf den bloßen Ausgleich von Marktversagen

Der Ausgleich von Marktversagen ist zumindest ein Element in der Ratio von Schrankenregelungen. Dort, wo die praktische Durchsetzung eines Ausschließlichkeitsrechtes wegen massenhaften Auftretens von Vervielfältigungen nicht möglich ist bzw. war, kann eine vergütungspflichtige Schrankenregelung der „Wiederherstellung der praktischen Durchsetzbarkeit des Urheberrechts auf niedrigerem Niveau“⁸²⁹ dienen und die massenhaften Nutzungen zumindest mittelbar erfassen. Auch bezogen auf die Vervielfältigungsfreiheit zum wissenschaftlichen Gebrauch wird teilweise vertreten, sie existiere allein deshalb, weil Wissenschaftler ohnehin „ungeniert“ und für den Urheber unkontrollierbar massenhaft kopierten, und die Vervielfältigungsfreiheit stelle lediglich eine Reaktion zur Sicherstellung einer gewissen Vergütung dar.⁸³⁰ Müsste sich die Begründung der Schranken allein auf ein solches Marktversagen stützen, wäre es folgerichtig, das System unter Ausschluss jeglicher Schranken und ohne jede Berücksichtigung von Allgemeininteressen überall dort in ein uneingeschränktes Ausschließlichkeitsrecht im Sinne eines „reinen Marktmodells“ umzugestalten, wo ein solches Marktversagen zu beheben ist, beispielsweise auf technischem Wege in Kombination mit unkompliziert erhältlichen individuellen Lizenzen.⁸³¹

Dies reduzierte allerdings Schrankenregelungen auf ein lange Zeit notwendiges, nun oder in absehbarer Zukunft aber endlich vermeidbares Übel, und die hinter ihnen stehende Ratio allein auf die Maxime „Schutz, wo dieser möglich ist, kassieren über vergütungspflichtige Schranken, wo Schutz ohnehin nicht funktioniert.“⁸³² Schrankenregelungen würden dadurch auch dort als ein Ergebnis der normativen Kraft des Faktischen und als bloßer Pragmatismus verstanden, wo sie wie dargestellt letztlich grundrechtlich untermauerte Positionen und Interessen der Allgemeinheit repräsentieren und konkretisieren.

⁸²⁹ Poepfel, S. 36

⁸³⁰ Gounalakis, NRW 2007, 36, 38.

⁸³¹ So als Gedankenspiel Hohagen, S. 2, der jedoch seinerseits gerade für Schranken als Mittel des Interessenausgleichs eintritt; ähnlich Wagner, ZUM 2004, 723, 725; für Ulmer-Eilfort, in: Zollner (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 285, 286, verbietet dann das Eigentumsrecht „die in den §§ 53f getroffenen Pauschalierungen“.

⁸³² So – allerdings für die Frage der Privatkopie – sinngemäß Hucko, in: Loewenheim (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 323.

Diese wichtige Funktion geht nach der auch hier vertretenen Auffassung mit dem Wegfall eines früheren Marktversagens nicht verloren. Schranken bleiben unverändert Mittel des Interessenausgleichs und Gegenpol zur dargestellten Extremposition der reinen Marktlösung im Sinne einer Urheberrechtsmaximierung, die alles schützt, was nicht mehr nur theoretisch, sondern nun auch praktisch bzw. technisch geschützt und verwertet werden kann, eine Extremposition, die wie gezeigt auch das Verfassungsrecht nicht fordert.⁸³³ Wo neben der Ratio des Marktversagens andere Begründungsansätze für bestimmte Schranken gegeben sind,⁸³⁴ würden diese übergangen, wenn jeweils mit dem Marktversagen auch die Schranken als überwundene Relikte der Vergangenheit angesehen würden.

Derartige Fragen stellen sich offensichtlich besonders in digitalen Zusammenhängen, in denen sich die Auseinandersetzung zwischen unterschiedlichen Interessen der Urheber, Verwerter und der Öffentlichkeit teilweise massiv verschärft hat, da digitale Technik und das Internet je nach Ausgestaltung sowohl den maximal freien Informationsfluss als auch die weitgehend totale Kontrolle der Information zur Folge haben können. Damit hat sich neben der Gefährdungslage für die wirtschaftliche Verwertungsposition der Rechteinhaber auch die mögliche Beeinträchtigung gegenläufiger Zugangsinteressen gewandelt. Denn während im analogen Bereich regelmäßig eine Vielzahl körperlicher Werkexemplare zirkuliert oder Exemplare in frei zugänglichen Bibliotheken vorgehalten werden, lassen sich Schutzgegenstände in digitaler Form bei entsprechender Zielsetzung des Rechtsinhabers auf eine singuläre Informationsquelle unter seiner Kontrolle reduzieren.⁸³⁵ Aufgrund der in beide Richtungen vorstellbaren Extrempositionen stellen Entscheidungen über die Reichweite von Schranken stärker als im analogen Bereich eine Zuteilung oder Neuverteilung konkreter Märkte und Marktchancen dar.⁸³⁶ Inwieweit sich dabei wegen des Verbots von Beeinträchtigungen der „normalen Werkauswertung“ Grenzen aus den Vorgaben des Drei-Stufen-Tests ergeben, wurde dargestellt und eine normative Auslegung befürwortet, die auch im digitalen Bereich nicht automatisch zum Ausschluss jeglicher Schrankenregelungen führt, um nicht den Drei-Stufen-Test in ein nie bezwecktes faktisches Verbot jeglicher

⁸³³ Siehe dazu schon oben Teil 2 C. I. 3.

⁸³⁴ Zu den häufig bestehenden Überlappungen vgl. *Poempel*, S. 36, *Hohagen*, S. 24.

⁸³⁵ Vgl. *Dreier*, in: *Schricker*, (Hrsg.), Geistiges Eigentum, S. 51, 78.

⁸³⁶ Vgl. *Poempel*, S. 26 m.w.N.; *Dreier*, in: *Schricker*, (Hrsg.), Geistiges Eigentum, S. 51, 60 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Vor §§44a Rn. 4.

Schranken im digitalen Bereich umzugestalten.⁸³⁷ Es erscheint, insofern erneut, die Frage mehr als berechtigt, warum der bislang mit Schranken verfolgte Ansatz des Ausgleichs gegenläufiger Interessen nicht auch unter veränderten technischen Umständen aufrechterhalten werden sollte, oder anders formuliert, ob allein daraus, dass faktisch die *Möglichkeiten* dazu bestehen, auch der normative Schluss zu ziehen ist, jede Art der Nutzung unter die wirtschaftliche Kontrolle des Rechteinhabers stellen zu *sollen*.⁸³⁸ Aus der technischen Machbarkeit auf ein rechtliches Gebot zu schließen, demnach von einem „Sein“ auf ein „Sollen“, wäre ein „naturalistischer Fehlschluss“.⁸³⁹ Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Positionen und der Spielräume, die auch die internationalen Abkommen belassen, ist ein solcher vollumfänglicher Maximalschutz im Ergebnis unter normativen Gesichtspunkten abzulehnen.

4. Das Dogma der engen Auslegung von Schranken

Von den durch den Gesetzgeber bei der Schaffung von Schranken zu beachtenden Vorgaben ist die Frage der Auslegung bestehender Schrankenregelungen zu unterscheiden.⁸⁴⁰ Gleichzeitig entwickeln die dargestellten Rahmenbedingungen auch unter dem Gesichtspunkt einer verfassungskonformen und europarechtskonformen Auslegung Wirkung. Während Gerichte etwa auch schon zuvor auf den Drei-Stufen-Test Bezug genommen haben,⁸⁴¹ gilt dies spätestens seit seiner Übernahme in Art. 5 Abs. 5 der InfoSoc-Richtlinie auch für dessen Vorgaben.

Teilweise auf derartige Vorgaben gestützt, teilweise auch unabhängig von ihnen und auf eher grundsätzlicher, methodologischer Grundlage galt in der Urheberrechtswissenschaft lange Zeit das „Dogma“,⁸⁴² Schranken müssten als Ausnahmevorschriften stets „eng“ bzw. restriktiv ausgelegt werden.⁸⁴³ Auch die Rechtsprechung hat diesen Grund-

⁸³⁷ Siehe oben Teil 2 A. II. 3.

⁸³⁸ Ähnlich kritisch *Cornish/Llewlyn*, Intellectual Property, Rn: 20-77: “Why should not the former balances of interest continue under the new technology? Can it really be that, because there are the means of requiring payment, every transaction, no matter what its justification, should lead to a payment if the right-owner so wishes?” Siehe auch *Kröger*, MMR 2002, 18, 19.

⁸³⁹ So statt vieler – in gänzlich anderem Zusammenhang – *Papier* in einer Rede auf einer Sicherheitskonferenz in Tutzing im Juni 2008 zum Thema Freiheit und Sicherheit, abrufbar unter http://www.welt.de/politik/article2055921/Wie_der_Staat_Freiheit_und_Sicherheit_vereint.html.

⁸⁴⁰ Vgl. dazu grundlegend *Findeisen*, Die Auslegung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen.

⁸⁴¹ Siehe beispielsweise BGH NJW 1999, 1953, 1958 – *Kopienversand*.

⁸⁴² So kritisch *Raue*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 327.

⁸⁴³ Vgl. beispielsweise *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, Vor §§ 44a ff. Rn. 3; *Götting*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 30 Rn. 4; *Nicolini*, in: *Möhring/Nicolini*, § 45 Rn. 2; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, Vor §§ 44a Rn. 1; weitere Nachweise bei *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 391 ff.

satz lange geradezu mantraartig wiederholt.⁸⁴⁴ Gegen einen derartigen Auslegungsgrundsatz, dem im Ergebnis auch hier entgegengetreten wird, hat sich gerade in der jüngeren Vergangenheit verbreiteter Widerstand entwickelt, der die frühere „Schule der Orthodoxie“⁸⁴⁵ in ihrer Absolutheit zu Recht und mit Blick auf neuere Rechtsprechung auch mit Erfolg in Frage stellt.⁸⁴⁶ Auch wenn manche deshalb inzwischen die Fragestellung als „Scheinproblematik“ und das Dogma von der engen Auslegung als „Ammenmärchen“⁸⁴⁷ bezeichnen, wird dennoch wegen der lange Zeit ungebrochenen Vorherrschaft der inzwischen wohl überkommenen Auffassung auf den Themenkomplex eingegangen.

a) **Rechtsprechung des BGH**

Der BGH hat das Dogma bis heute nicht begrifflich-formal verworfen, sondern es lediglich trotz seiner fortdauernden Betonung immer wieder selbst unterlaufen und damit erheblich aufgeweicht, indem er sehr wohl zu erweiternden Interpretationen von Schrankenbestimmungen gelangte.⁸⁴⁸ Schon in Sachen *Zoll- und Finanzschulen* hielt er fest, es sei im Einzelfall zu prüfen, ob eine „entsprechende Anwendung“ des dort betroffenen § 52 Abs. 1 Nr. 1 UrhG in Betracht komme, nämlich ob die konkrete Fallgestaltung noch dem Sinn und Zweck der „Ausnahmeregelung“ gerecht werde; es komme deshalb entscheidend darauf an, ob Gründe des Gemeinwohls vorlägen, denen bei Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Vorrang vor den urheberrechtlichen Interessen gebühre.⁸⁴⁹ In *Filmzitat* wandte das Gericht die Schranke des § 51

⁸⁴⁴ Vgl. RGZ 130, 196, 202 – *Codex aureus*; BGH GRUR 1954, 216 – *Lautsprecherübertragung*; GRUR 1955, 492, 497 – *Grundig-Reporter*; GRUR 1968, 607, 608 – *Kandinsky*; GRUR 1972, 614, 615 – *Landesversicherungsanstalt*; GRUR 1983, 28, 29 – *Presseberichterstattung und Kunstwerk-wiedergabe II*; GRUR 1985, 874, 875 – *Schulfunksendung*; GRUR 1997, 459, 463 – *CB-Infobank I*; hinsichtlich der begrifflichen Bezugnahme auf die „enge Auslegung“ wohl ständige Rechtsprechung.

⁸⁴⁵ So *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 265.

⁸⁴⁶ Vgl. *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 265; *Hoeren*, in: *Möhring/Nicolini*, § 69 d Rn. 2; *Hilty*, GRUR 2005, 819, 832; *Geiger*, IIC 2008, 178, 192; *Kröger*, MMR 2002, 18 ff; *Kröger*, S. 221 f; *v.Becker*, GRUR 2004, 104, 108; *Veddern*, *Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung*, S. 617; *Schricker/Wild*, § 97 Rn. 23; *Raue*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Festschrift Nordemann*, S. 87 ff.; *Pahud*, *Sozialbindung*, S. 109 ff; *Hansen*, *Warum Urheberrecht?*, S. 392 ff., jeweils m.w.N.; *Nolte*, S. 120, 287; ausgewogener als in der Voraufgabe inzwischen auch *Melichar*, in: *Schricker*, *Vor §§ 45 Rn. 15b*, wonach die Maxime der engen Auslegung *cum grano salis* zu nehmen sei.

⁸⁴⁷ So *Hilty*, GRUR 2005, 819, 823.

⁸⁴⁸ So *Raue*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Festschrift Nordemann*, S. 331; *v.Becker*, GRUR 2004, 104, 108; *Kröger*, S. 225; *Hoeren*, MMR 2000, 3, 5, spricht von „Lippenbekenntnissen“, während sich die Rechtsprechung gleichzeitig selbst nie an das Dogma gehalten habe.

⁸⁴⁹ BGH GRUR 1983, 562, 564 – *Zoll- und Finanzschulen*; siehe dazu auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, *Vor §§44a Rn. 7*; *Kröger*, S. 226.

Nr. 2 UrhG a.F. entsprechend auf Filmwerke an und betonte, der Grundsatz der engen Auslegung stehe einer entsprechenden Anwendung einer urheberrechtlichen Freistellungsnorm nicht generell entgegen.⁸⁵⁰ In *Verteileranlagen* wird ebenfalls die Möglichkeit einer „entsprechenden Anwendung“ von Schrankenregelungen deutlich.⁸⁵¹ Auch in *Museumskatalog* hat das Gericht § 58 UrhG unter Bezugnahme auf Sinn und Zweck der Regelung ergänzend ausgelegt.⁸⁵²

Aus jüngerer Zeit ist die *Kopienversanddienst*-Entscheidung zu nennen, die eine enge Auslegung des § 53 UrhG ablehnte und zudem noch – allerdings zur Begründung des erforderlichen Vergütungsanspruchs – ausdrücklich Analogien zog und so zu einer an den neuen technischen Möglichkeiten und der Zweckbestimmung der Vorschrift orientierten extensiven Auslegung von § 53 UrhG kam, der vor der Schaffung des § 53a UrhG auch den Kopienversand erfasste.⁸⁵³ Wesentlich war in der Folge zudem die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen der Zitierfreiheit in *Germania 3*.⁸⁵⁴ Die instanzgerichtliche Entscheidung hatte bei der Auslegung des § 51 Nr. 2 UrhG die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 UrhG unzureichend berücksichtigt, indem sie nicht wie bei kunstspezifischer Betrachtung geboten in Bezug auf die ansonsten zwingend erforderliche Belegfunktion des Zitats zu einem weiteren Anwendungsbereich der Vorschrift kam als bei anderen, nichtkünstlerischen Sprachwerken.⁸⁵⁵

Unter Bezugnahme auf *Germania 3* hielt der BGH anschließend in *Verhüllter Reichstag* zwar weiterhin vordergründig daran fest, dass Schrankenbestimmungen „grundsätzlich eng auszulegen“ seien.⁸⁵⁶ Dabei wies er jedoch darauf hin, dies habe seinen Grund weniger darin, dass Ausnahmenvorschriften generell eng auszulegen seien, sondern beruhe vielmehr darauf, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen zu beteiligen sei und daher die ihm zustehenden Ausschließlichkeitsrechte nicht übermäßig beschränkt werden dürften; zudem brachte der BGH dort ebenso deutlich zum Ausdruck, Schranken trügen teilweise besonderen verfassungsrechtlichen Positionen Rechnung, und ein gesteigertes öffentliches Interesse

⁸⁵⁰ BGH GRUR 1987, 362, 363 – *Filmzitat*.

⁸⁵¹ BGH GRUR 1994, 45, 47 – *Verteileranlagen*.

⁸⁵² BGH GRUR 1994, 800 – *Museumskatalog*.

⁸⁵³ BGH NJW 1999, 1953 – *Kopienversanddienst*; dazu noch im Detail unten in Teil 3 E. I. 2.a).

⁸⁵⁴ BVerfG GRUR 2001, 149ff. – *Germania III*; *Raue*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 335 f. bezeichnet die Entscheidung als „Paukenschlag für das Dogma der engen Auslegung“.

⁸⁵⁵ So im Ergebnis das BVerfG, a.a.O., 151.

⁸⁵⁶ BGH GRUR 2002, 605 – *Verhüllter Reichstag*, unter Verweis auf die „ständige Rechtsprechung“.

an der Wiedergabe eines Werkes im Einzelfall könne dazu führen, dass „die enge, am Wortlaut orientierte Auslegung einer großzügigeren, der verfassungsrechtlich geschützten Position des Verwerfers Rechnung tragenden Interpretation weichen muss“; jedenfalls seien neben den Interessen des Urhebers die durch die Schranken geschützten Interessen zu beachten und ihrem Gewicht entsprechend für die Auslegung der gesetzlichen Regelung heranzuziehen.⁸⁵⁷

Diese Erwägungen sowie das äußerliche Festhalten an der grundsätzlich engen Schrankenauslegung tauchen wenig später in der Entscheidung zum *Elektronischen Pressespiegel* wieder auf.⁸⁵⁸ Gleichzeitig kam das Gericht auch hier jedoch im Ergebnis zu einer erweiternden, den elektronischen Pressespiegel einschließenden Auslegung der Schranke des § 49 Abs. 1 UrhG. Es sei richtig, sich dabei nicht allein vom Wortlaut leiten zu lassen, vielmehr könne ein verwendeter Begriff infolge technischer Fortentwicklung veralten, und dem müsse durch eine extensive Auslegung Rechnung getragen werden, wenn der Zweck der Regelung im Einzelfall für eine solche extensive Auslegung spreche.⁸⁵⁹ Als ganz entscheidend zu berücksichtigenden Gesichtspunkt bei der Frage einer „ausnahmsweise extensiven Auslegung einer Schrankenbestimmung“ stellte der BGH hier zudem soweit ersichtlich erstmals darauf ab, wie sich die Schranke auf die Interessen des eigentlichen Urhebers auswirke. Wo das Ausschließlichkeitsrecht über eine vergütungspflichtige gesetzliche Lizenz in einen Vergütungsanspruch herabgestuft werde, könne – was dann gegen eine enge Auslegung spreche – die Anwendung der Schranke den Urheber sogar günstiger stellen als die Fortgeltung des Ausschließlichkeitsrechts, insbesondere nämlich dort, wo er wirtschaftlich bei umfassender Einräumung von Nutzungsrechten an einen Verwerter von einem fortgeltenden Ausschließlichkeitsrecht weniger bzw. überhaupt nicht profitiere, während die für den Schrankengebrauch zu zahlende Vergütung zumindest zu einem erheblichen Teil auch den Urhebern zufließe.⁸⁶⁰

In der *Gies-Adler*-Entscheidung schließlich knüpfte der BGH an die dargestellte Rechtsprechung an, betonte die Notwendigkeit, bei der Auslegung neben den Urheberinteressen die durch die Schranke geschützten Interessen ihrem Gewicht entsprechend

⁸⁵⁷ BGH, ebd., 606.

⁸⁵⁸ BGH GRUR 2002, 963, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*.

⁸⁵⁹ Ebd.

⁸⁶⁰ BGH GRUR 2002, 963, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*; vgl. dazu *Hoeren*, MMR 2002, 1022, 1025; siehe dazu auch schon oben, Teil 2 A. II. 3. d) cc) zu entsprechenden Fragestellungen beim Drei-Stufen-Test.

zu beachten, und stellte klar, dass gegebenenfalls im Einzelfall „eine enge, am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung einer großzügigeren, dem Informations- und Nutzungsinteresse der Allgemeinheit Rechnung tragenden Interpretation weichen muss.“⁸⁶¹

Auch in dieser letzten Entscheidung wird erneut deutlich, dass in der jüngeren Vergangenheit das schon zuvor nicht immer konsequent angewendete Dogma von der engen Auslegung der Schranken weiter aufgeweicht wurde. Dem formal aufrechterhaltenen „Ja“ zum Dogma folgte anschließend umgehend ein „Nein“ zu seiner tatsächlichen Anwendung.⁸⁶² Dies ist zu begrüßen, denn gegen die damit praktisch überwundene starre Auslegungsregel lassen sich sowohl aus methodischer als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht Einwände vorbringen.

b) Methodische und verfassungsrechtliche Erwägungen

Methodisch lässt sich gegen das Dogma der engen Auslegung anführen, dass auch die zivilrechtliche Methodenlehre einen allgemeinen Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen nicht kennt oder zumindest zunehmend in Frage stellt.⁸⁶³ Wie gezeigt ist auch der BGH inzwischen von einer entsprechenden Begründung abgerückt und stützt die trotz aller erweiternden Tendenzen vordergründig weiter betonte enge Auslegung der Schranken nun vor allem auf den Partizipationsanspruch des Urhebers.⁸⁶⁴

Es muss zwar methodisch vermieden werden, dass durch eine zu weite Auslegung einer echten Ausnahmebestimmung die Regelungsabsicht des Gesetzgebers im Ergebnis in ihr Gegenteil verkehrt wird.⁸⁶⁵ Zu vermeiden ist aber gleichzeitig, vorschnell aus der gewählten Regelungstechnik auf das Vorliegen einer Ausnahmevorschrift zu schließen, denn bereits die Frage, ob es sich um eine Ausnahmevorschrift im engeren Sinne handelt, enthält eine Vorentscheidung und muss demnach ihrerseits durch Auslegung ermittelt werden.⁸⁶⁶ Hier ergeben sich enge Bezugspunkte zum oben bereits dargestellten

⁸⁶¹ BGH GRUR 2003, 956, 957 – *Gies-Adler*.

⁸⁶² So zusammenfassend *Raue*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 330.

⁸⁶³ Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 175 f., 243; *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 279; *Poeppel*, S. 44; *Nielen*, Interessenausgleich, S. 275 m.w.N.

⁸⁶⁴ Siehe schon oben, BGH GRUR 2002, 605, 606 – *Verhüllter Reichstag*; BGH GRUR 2002, 963, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*; BGH GRUR 2003, 956, 957 – *Gies-Adler*.

⁸⁶⁵ *Larenz/Canaris*, S. 176; zustimmend *Poeppel*, S. 44; ebenso *Ohly*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 16, *Schweikart*, S. 107.

⁸⁶⁶ Vgl. dazu grundlegend *Larenz/Canaris*, S. 175 f., siehe auch *Rigamonti*, GRUR Int 2004, 278, 284; *Kröger*, MMR 2002, 18, 20.

Verständnis, wonach Schranken, die grundrechtlich anerkannten Interessen dienen, nicht als Ausnahmen, sondern als gleichberechtigte bzw. komplementäre Begrenzungen des Urheberrechts anzusehen sind.⁸⁶⁷

Denn aus der gesetzestechnischen Vorgehensweise, Verwertungsrechte zunächst umfassend zu gewähren, sie dann aber über Schranken wieder zu beschränken, lässt sich nicht auf einen restriktiv auszulegenden Ausnahmetatbestand schließen.⁸⁶⁸ Eine scheinbar als Ausnahme formulierte Norm stellt nicht selten lediglich die Einschränkung einer anderen, aus gesetzestechnischen Gründen zunächst zu weit gefassten Vorschrift dar.⁸⁶⁹ Das komplementäre Verständnis von Urheberschutz und Schranke als dessen „negativer Geltungsanordnung“⁸⁷⁰ verdeutlicht, dass erst über eine Auslegung von Schranken ohne starre, restriktive Auslegungsregel der insgesamt verfolgten Regelungsabsicht des Gesetzgebers genüge getan wird. Diese Regelungsabsicht wird durch eine angemessene Berücksichtigung der in der Schranke zum Ausdruck gebrachten Interessen der Allgemeinheit keinesfalls in ihr Gegenteil verkehrt, sondern gerade dadurch in das angestrebte ausgeglichene Verhältnis gebracht.⁸⁷¹ Schließlich zeigt der Gesetzgeber durch die geschaffene Schranke, dass er in ihrem Anwendungsbereich die mit ihr privilegierten Interessen und Werte als gleich wichtig bzw. je nach Ausgestaltung sogar als wichtiger als den „Grundsatz“ des Urheberrechtsschutzes ansieht und das Urheberrecht deshalb entsprechend begrenzt. Bei der Ermittlung der genauen Grenzen des Anwendungsbereichs einer Norm muss deshalb die gesetzgeberische Zielsetzung für den Erlass der begrenzenden Norm ausschlaggebend sein,⁸⁷² nicht jedoch eine starre Auslegungsregel, die formal an der Gesetzestechnik ansetzt.

Ebenfalls gegen eine starre Regel zugunsten der engen Auslegung spricht, dass dies kaum mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz vereinbar ist, nach dem verschiedene Verfassungswerte wie die Eigentumsgarantie und im Einzelfall entgegenstehende sonstige Grundrechte in einem Verhältnis abstrakter Gleichwertig- bzw. Gleichrangigkeit stehen.⁸⁷³ Soweit sich der Schrankenprivilegierte seinerseits auf grundrechtlich ge-

⁸⁶⁷ Siehe oben, Teil 2 D. I. 1.

⁸⁶⁸ Siehe schon oben zur fehlenden Aussagekraft der Gesetzestechnik BVerfGE 49, 382, 392 – *Kirchenmusik*; ebenso *Hohagen*, S. 21; *Pahud*, Sozialbindung, S. 110.

⁸⁶⁹ Larenz/Canaris, S. 175 f.

⁸⁷⁰ *Poeppel*, S. 44.

⁸⁷¹ *Kröger*, MMR 2002, 18, 20.

⁸⁷² Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 175f.

⁸⁷³ Siehe oben Teil 2 C.; siehe auch *Pahud*, Sozialbindung, S. 67 ff.

geschützte Interessen berufen kann, ist statt einer festen Regel eine umfassende Abwägung der Umstände des Einzelfalls erforderlich, um die Grundrechtskollision einer Lösung im Sinne praktischer Konkordanz zuzuführen und auch den entgegenstehenden Interessen wie der Kunst-, Meinungs-, Informations- oder eben der Wissenschaftsfreiheit gebührend Rechnung zu tragen.⁸⁷⁴ Insbesondere seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Auslegung der Zitierfreiheit im Lichte der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG, die eine kunstspezifische Betrachtung erfordert,⁸⁷⁵ hat auch der BGH wiederholt ausdrücklich betont, bei der Auslegung von Schranken, die besonderen verfassungsrechtlich geschützten Positionen Rechnung tragen, seien auch diese geschützten Interessen zu beachten und entsprechend ihrem Gewicht zu berücksichtigen.⁸⁷⁶

c) Zwischenfazit

Es ist zu begrüßen, wie sehr sich die Rechtsprechung auch ohne dessen formale und terminologische Aufgabe inzwischen bei entsprechendem Grundrechtsbezug vom ohnehin nie konsequent eingehaltenen Dogma der engen Auslegung von Schranken entfernt hat und damit den methodischen und verfassungsrechtlichen Einwänden aus einer neueren Strömung der Lehre entspricht. Statt einer starren – und damit befangenen⁸⁷⁷ – Auslegung gerade der Schranken *in dubio pro auctore* ist auch auf der Auslegungsebene der nötige Interessenausgleich zu berücksichtigen.⁸⁷⁸ Sie sind „weder eng noch weit, sondern richtig auszulegen“.⁸⁷⁹ Ihr Anwendungsbereich ist wie bei anderen Rechtsvorschriften auch unter Anwendung des allgemein üblichen Auslegungskanons sachgerecht zu bestimmen.⁸⁸⁰ Das absolute Postulat einer stets restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen ist demgegenüber als eine letztlich rein rechtspolitische Aussage zu werten⁸⁸¹ und in seiner vermeintlichen Absolutheit deshalb abzulehnen.

⁸⁷⁴ Vgl. Metzger, ZUM 2000, 924, 932; Dreier, in: Dreier/Schulze, Vor §§44a Rn.7; v.Becker, GRUR 2004, 104, 108; Schricker, in: Schricker, § 51 Rn. 8.

⁸⁷⁵ BVerfGE GRUR 2001, 149 ff. – *Germania III*.

⁸⁷⁶ BGH GRUR 2002, 605, 606 – *Verhüllter Reichstag*; BGH GRUR 2002, 963, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*; BGH GRUR 2003, 956, 957 – *Gies-Adler*; zustimmend Lüft, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 44a Rn. 1.

⁸⁷⁷ Darauf verweist Rigamonti, GRUR Int 2004, 278, 284.

⁸⁷⁸ Ähnlich Geiger, IIC 2008, 178, 193.

⁸⁷⁹ So prägnant Wielsch, Zugangsregeln, S. 279.

⁸⁸⁰ In diesem Sinne auch Ohly, in: Ohly/Knippel, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 235; Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 394 ff.; Rigamonti, GRUR Int 2004, 278, 284; Raue, in: Loewenheim (Hrsg.), Festschrift Nordemann, S. 339; Poepfel, S. 44, Schweikart, S. 110; Pahud, UFITA 2000/I, 99, 137; Holzappel/Werner, Festschrift Straus, S. 99 ff.; Sattler, S. 72 ff.

⁸⁸¹ So Geiger, Festschrift Hilty, S. 85.

5. Fazit zum zugrundegelegten Schrankenverständnis

Statt bloße Ausnahmen zum umfassend gewährten Urheberrechtsschutz zu sein, kommt nach dem hier vertretenen Verständnis Schranken eine komplementäre, die genauen Grenzen des Schutzrechts näher bestimmende Begrenzungsfunktion zu. Zumindest dort, wo sie sich wie die Wissenschaftsschranken auf grundrechtlich fundierte Positionen und Interessen der Allgemeinheit rückbeziehen lassen, stellen sie im Sinne eines Gegenpols zu einer einseitigen Eigentumslogik eines der Mittel für einen notwendigen Ausgleich der involvierten Interessen dar. Dieser Ausgleich darf auch dort als Zielsetzung nicht aufgegeben werden, wo ein Marktversagen als hier allenfalls zusätzliche Ratio für Schranken aufgrund technischer Veränderungen entfällt. Auch wenn sich daraus bei der mit Schranken verbundenen Zuteilung von Märkten und Marktchancen kein Regelungsmodell im Detail ableiten lässt, sondern dies dem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers überlassen bleibt, schließt das Prinzip des Interessenausgleichs nach der hier vertretenen Auffassung überall dort, wo wie in der Wissenschaft derartige schützenswerte Interessen bestehen, eine völlige Unterordnung der Schranken unter reine Marktmodelle aus.

Der angestrebte Interessenausgleich ist auch auf der Auslegungsebene zu berücksichtigen. Das gerade in der jüngeren Vergangenheit auch von der Rechtsprechung zunehmend aufgeweichte Dogma der engen Auslegung ist deshalb zugunsten einer Schrankenauslegung abzulehnen, die wie bei sonstigen Normen den Anwendungsbereich im Einzelfall sachgerecht anhand aller Auslegungsmethoden bestimmt.

II. Schranken und Rechtsschutz für technische Schutzmaßnahmen

Das Verhältnis zwischen Schranken und technischen Schutzmaßnahmen stellt sowohl hinsichtlich der bestehenden Rechtssituation als auch hinsichtlich möglicher Alternativen *de lege ferenda* ein komplexes und eigenständiges Forschungsgebiet dar.⁸⁸² Dennoch werden zumindest einige Grundzüge des Regulationssystems erläutert und einige kritische Anmerkungen mit Blick auf die Wissenschaftsschranken ausgeführt.

⁸⁸² Siehe beispielsweise allein die umfangreichen Literaturhinweise bei *Peukert*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 33; *Schricker/Götting*, Vor §§ 95a ff., sowie bei *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 95a, sowie insbesondere die Dissertation von *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht; siehe zuletzt auch übersichtlich *Nielen*, Interessenausgleich, S. 122 ff.

Einer Formulierung von *Charles Clark* entsprechend („The answer to the machine is the machine“)⁸⁸³ ergreifen Rechteinhaber als Reaktion auf die in der digitalen Welt bestehenden Vervielfältigungsmöglichkeiten ohne Qualitätsverlust und die damit einhergehenden Gefahren für die wirtschaftliche Werkverwertung zunehmend technische Maßnahmen, um die Nutzung ihrer Werke kontrollieren zu können.⁸⁸⁴ Wegen der bestehenden faktischen Umgehungsmöglichkeiten wurde begleitend auf unterschiedlichen rechtlichen Ebenen im Sinne einer zusätzlichen Schutzebene ein eigenständiger Rechtsschutz gegen die unerlaubte Umgehung derartiger technischer Maßnahmen statuiert.⁸⁸⁵ Somit ergänzt Technik den rein urheberrechtlichen Schutz, wird jedoch ihrerseits wieder rechtlich legitimiert und geschützt.

Auf internationaler Ebene verpflichtet seit 1996 Art. 11 WCT seine Unterzeichnerstaaten, im dort definierten Rahmen rechtlichen Umgehungsschutz zu gewährleisten. Auf europäischer Ebene erfolgte eine Reaktion auf diese Vorgaben in Art. 6 InfoSoc-RL. Dessen Bestimmungen gehen inhaltlich über die Vorgaben des WCT hinaus, insbesondere indem der Rechtsschutz sich dort auch auf solche technischen Schutzmaßnahmen erstreckt, die wegen der Anwendbarkeit von Schrankenbestimmungen erlaubte Handlungen betreffen.⁸⁸⁶ Art. 11 WCT schreibt den rechtlichen Schutz nur in Bezug auf solche technischen Maßnahmen vor, die Handlungen verhindern, die nicht entweder durch den Rechteinhaber oder per Gesetz erlaubt sind, also etwa gerade durch eine Schranken. Auf nationaler Ebene erfolgt die Richtlinienumsetzung in §§ 95a und b UrhG. § 95a UrhG bezieht sich generell auf den Rechtsschutz für technische Maßnahmen, während § 95b UrhG gesondert das in Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL verortete Problem der Durchsetzung von Schranken gegenüber technischen Schutzmaßnahmen zu regeln versucht. Wie schon der Richtliniengeber sah sich auch der deutsche Gesetzgeber dabei der mit der „Quadratur des Kreises“⁸⁸⁷ vergleichbaren Aufgabe konfrontiert, gleichzeitig effektiven Rechtsschutz für technische Schutzmaßnahmen zu gewährleisten und dabei dennoch Schranken nicht obsolet werden zu lassen.

⁸⁸³ *Clark*, in: *Hugenholz (Hrsg.)*, Future of Copyright, S. 139 ff.

⁸⁸⁴ Einführend *Schricker/Götting*, Vor §§ 95a ff. Rn. 1f.

⁸⁸⁵ Zur historischen Entwicklung vergleiche *Peukert*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 33, Rn. 12.

⁸⁸⁶ *Schricker/Götting*, Vor §§ 95a ff. Rn. 6; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 95b Rn. 1; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 732b; vgl. auch *Nielen*, Interessenausgleich, S. 135 ff.

⁸⁸⁷ *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 732h.

1. Regelungstechnik des Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL bzw. § 95b UrhG

Nach Erwägungsgrund 51 der InfoSoc-Richtlinie gilt der Rechtsschutz für technische Maßnahmen „unbeschadet des in Artikel 5 zum Ausdruck kommenden Gesichtspunkts des Allgemeininteresses“. Damit kommt zunächst offenbar ein gewisser Vorrang der Schranken zum Ausdruck. Um dafür Sorge zu tragen, dass die Ziele bestimmter, im Einzelnen aufgelisteter Schranken bei einer Umsetzung in nationales Recht trotz des Einsatzes technischer Schutzmaßnahmen erreicht werden können, setzt Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 InfoSoc-RL jedoch vorrangig auf freiwillige Maßnahmen der Rechteinhaber und auf entsprechende Vereinbarungen mit anderen interessierten Parteien, und verpflichtet die Mitgliedsstaaten lediglich, bei ausbleibenden freiwilligen Regelungen geeignete Maßnahmen zu ergreifen um zu gewährleisten, dass die Rechteinhaber den Schrankenbegünstigten im erforderlichen Maße Mittel zur Nutzung zur Verfügung stellen, soweit der Begünstigte rechtmäßigen Zugang zum geschützten Werk hat.

a) Regelungstechnik des § 95b

§ 95b UrhG setzt dies in Abs. 1 durch eine Verpflichtung der Rechteinhaber um, die bezüglich der Art der konkreten Mittel einen weiten Gestaltungsspielraum belässt.⁸⁸⁸ Kommt der Rechteinhaber seiner Pflicht nicht nach, gibt Abs. 2 statt eines nicht gewährten Selbsthilferechts einen individuellen zivilrechtlichen Anspruch gegen den Rechteinhaber, der auf Zurverfügungstellung geeigneter Mittel zur Umgehung des technischen Schutzes gerichtet ist. Zusätzlich kann die Verpflichtung auch im Wege der Verbandsklage durchgesetzt werden, §§ 2a, 3a UKlaG. Außerdem ist ein Verstoß gemäß § 111 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UrhG als Ordnungswidrigkeit pönalisiert, die mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 Euro geahndet werden kann und vor allem Abschreckungswirkung entfalten soll.⁸⁸⁹ Obwohl damit der wegen des erheblichen zeitlichen Aufwands einer individuellen gerichtlichen Geltendmachung kaum ausreichende Individualanspruch ergänzt wird, bestehen in der Literatur dennoch und zu Recht erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Effektivität der Regelung.⁸⁹⁰ Das wird besonders dort deutlich, wo es wie in der Wissenschaft auf eine schnelle Inanspruchnahme der Schrankenprivilegierung ankommt und jedenfalls die individuelle Geltendmachung regelmäßig viel zu spät käme, um noch von Nutzen zu sein.

⁸⁸⁸ Vgl. Begründung Regierungsentwurf vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 27; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 95b Rn. 10; *Peukert*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 36 Rn. 13 ff.

⁸⁸⁹ Vgl. Begründung Regierungsentwurf vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 27.

⁸⁹⁰ Vgl. beispielsweise *Schricker/Götting*, § 95b Rn. 21f.; *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 265, 270, 284; *Peukert*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 36 Rn. 2, 22 f.; *Bechtold*, S. 428, bezeichnet die Regelung als „zahnlosen Tiger“.

Dem von der Richtlinie vorgesehenen Vorrang freiwilliger Maßnahmen der Rechteinhaber wird insbesondere durch eine in § 95b Abs. 2 S. 2 UrhG enthaltene Beweislastumkehr zu seinen Gunsten genüge getan. Um entsprechende Vereinbarungen zu fördern, gilt ein bereitgestelltes Mittel, das auf einer Vereinbarung zwischen Vereinigungen der Rechtsinhaber und der Schrankenbegünstigten beruht, als ausreichend.⁸⁹¹

b) Vereinbarung zwischen Nationalbibliothek, Musikwirtschaft und Buchbranche

Eines der wenigen bislang bekannten Beispiele für eine solche Vereinbarung besteht mit Relevanz für die Wissenschaft zwischen der Deutschen Nationalbibliothek und dem Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft sowie dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels.⁸⁹² Danach darf die Deutsche Nationalbibliothek technische Schutzmaßnahmen umgehen, um Vervielfältigungsstücke nicht nur zu Archivierungszwecken sondern auch für den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch ihrer Nutzer sowie zum Zweck der öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung herzustellen.⁸⁹³

Praktische Relevanz entfaltet die Vereinbarung in erster Linie im Alltag des Deutschen Musikarchivs als Abteilung der Deutschen Nationalbibliothek, soweit es dort um die Vervielfältigung geschützter Ton-, Bildton- oder Datenträger geht, insbesondere zu Zwecken der Langzeitarchivierung. Daneben kommt die Vereinbarung dort auch bei Anfragen externer Nutzer zum Tragen, die auf das Angebot zurückgreifen, sich für die gesetzlich privilegierten Zwecke im vorhandenen Tonstudio trotz eventuell bestehenden Kopierschutzes Umschnitte der gewünschten Werke anfertigen zu lassen.⁸⁹⁴ Dies erfolgt gegen Unterzeichnung einer Verpflichtungserklärung, in denen der Besteller die Beschränkung auf seine privilegierten Nutzungszwecke erklärt.⁸⁹⁵ Zudem sollen die Vervielfältigungsstücke zukünftig mit einem akustisch nicht wahrnehmbaren Wasserzeichen versehen werden.⁸⁹⁶

⁸⁹¹ *Schricker/Götting*, § 95b Rn. 23 f.; *Peukert*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 36 Rn. 3.

⁸⁹² Abrufbar unter <http://www.d-nb.de/wir/recht/vereinbarung.htm>.

⁸⁹³ Siehe §§ 1, 2, 4 der Vereinbarung.

⁸⁹⁴ Nach mündlicher Auskunft durch Herrn Dr. Kolasa als Leiter des Deutschen Musikarchivs kommt es im Jahr insgesamt zu „einigen hundert“ Umschnittanfragen durch externe Nutzer, bei denen gegebenenfalls auch Kopierschutzmechanismen umgangen werden. Dazu werden mit teilweise großem technischen und organisatorischen Aufwand die notwendigen Mittel bereitgehalten.

⁸⁹⁵ Vgl. § 6 der Vereinbarung.

⁸⁹⁶ So Dr. Kolasa zu den Einzelheiten des entsprechenden § 7 der Vereinbarung.

In anderen Bereichen spielt derzeit die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen und damit die entsprechende Vereinbarung im Alltag der Deutschen Nationalbibliothek offenbar keine Rolle.⁸⁹⁷ Dies kann rein tatsächlich auf eine bisher geringere Verbreitung technischer Kopierschutzmaßnahmen etwa bei elektronischen Textwerken bzw. darauf zurückzuführen sein, dass selbst diese Werke teilweise selektive Vervielfältigungen auch ohne Umgehungsmaßnahmen gestatten. Gleichzeitig besteht dort im Vergleich mit der sehr stark vom Konsens mit der Musikindustrie geprägten Praxis des Deutschen Musikarchivs ein deutlich größeres Konfliktpotential. Denn das entsprechende Serviceangebot des Archivs ist von vornherein auf Medien beschränkt, die im Handel nicht mehr erhältlich sind.⁸⁹⁸ Ob sich entsprechende Vereinbarungen auch in anderen Konstellationen etablieren und „gelebt“ werden, kann deshalb bezweifelt werden.

c) **Zwischenfazit**

Im Ergebnis lässt sich die Regelungstechnik der Richtlinie und der deutschen Umsetzung als „relativer Vorrang technischer Maßnahmen vor den Schranken des Urheberrechts“⁸⁹⁹ bezeichnen, da es zunächst auch im Anwendungsbereich von Schranken bei einem umfassenden Rechtsschutz für technische Schutzmaßnahmen bleibt. Statt die über Schrankenbestimmungen getroffenen Wertentscheidungen etwa durch Ausnahmen zum Rechtsschutz technischer Maßnahmen zu berücksichtigen, lösen bestimmte Schranken lediglich die Verpflichtung aus § 95b UrhG aus, den Berechtigten eine Schrankennutzung zu ermöglichen. Der Verpflichtung soll über die im Ergebnis letztlich wohl unzureichend effektiven und hier nur überblicksartig dargestellten Maßnahmen Geltung verschafft werden. Eine alternative Regelungstechnik zur Umsetzung der Vorgaben des Art. 11 WCT, die ihrerseits großen Spielraum belassen, verwendet beispielsweise das nicht an die Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie gebundene Schweizer Recht, indem dort schon das Umgehungsverbot gegenüber Personen nicht geltend gemacht

⁸⁹⁷ So die ebenfalls mündliche Auskunft von Herrn Henze als Leiter für den Bereich Multimedia, dem keine entsprechenden Fälle bekannt sind.

⁸⁹⁸ Vgl. <http://www.d-nb.de/service/pdf/kostenordnung.pdf>, S. 8; vor der Bearbeitung einer Umschnittanfrage recherchieren die Mitarbeiter des Musikarchivs mögliche anderweitige Bezugsquellen und verweisen den Besteller gegebenenfalls darauf, so die Auskunft von Herrn Dr. Kolasa, der auch die wechselseitig engen Beziehungen mit der Musikindustrie betonte; zudem erfolge aufgrund des erforderlichen Aufwands eine Bearbeitung ohnehin gegen eine Kostenerstattung, die in der Regel noch über dem Marktpreis der Medien liege, so dass finanzielle Anreize für den Rückgriff auf das Deutsche Musikarchiv anstelle des käuflichen Erwerbs eines Werkes nicht bestehen.

⁸⁹⁹ Peukert, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 36 Rn. 2.

werden kann, die die Umgehung ausschließlich zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Verwendung vornehmen.⁹⁰⁰

2. Die erfassten Wissenschaftsschranken

Aufgrund der insoweit bindenden Vorgaben der Richtlinie ist die oben skizzierte Regelungstechnik nur auf die in § 95b Abs. 1 UrhG ausdrücklich genannten Schranken anwendbar. Denn Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 InfoSoc-RL schreibt den Mitgliedsstaaten nur in Bezug auf bestimmte Schranken Maßnahmen zugunsten ihrer Durchsetzbarkeit vor, soweit sie in das nationale Recht übernommen wurden. Unterabsatz 2 schafft für die Privatkopie eine fakultative Möglichkeit, von der der deutsche Gesetzgeber nach langen Diskussionen auch im Zweiten Korb keinen Gebrauch gemacht hat.⁹⁰¹ Für die übrigen, in der Richtlinie nicht genannten Schranken darf der nationale Gesetzgeber im Wege des Umkehrschlusses keine entsprechende Verpflichtung des Rechteinhabers vorsehen.⁹⁰²

Nebensontigen Schranken⁹⁰³ sind von den Wissenschaftsschranken lediglich die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG sowie die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung nach § 52a UrhG erfasst.⁹⁰⁴ Zusätzlich müssen nach der Richtlinie auch Schranken zugunsten der reprographischen Vervielfältigung privilegiert werden,⁹⁰⁵ weshalb §§ 95b Abs. 1 S. 1 Nr. 6 a) und d) UrhG die entsprechenden Unterfälle der Vervielfältigung zum privaten Gebrauch nach § 53 Abs. 1 UrhG sowie des sonstigen eigenen Gebrauchs nach § 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG einschließen, denen in der Wissenschaft eine gewisse Auffangfunktion zukommt.

Nicht zum Kreis der privilegierten Schrankenbestimmungen gehört mangels Berücksichtigung in Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL das Zitatrecht aus § 51 UrhG. Dies ist wegen der auch hier bestehenden besonders bedeutenden Gemeinwohlinteressen bedauerlich.⁹⁰⁶ Denn während man sich im Textbereich, Werkzugang vorausgesetzt, zumindest noch durch umständliches Abtippen des technisch dagegen geschützten Zitats behelfen

⁹⁰⁰ Vgl. Art. 39a Abs. 4 URG.

⁹⁰¹ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 20 f.

⁹⁰² Peukert, in: Loewenheim, Handbuch, § 36 Rn. 10; Schricker/Götting, § 95b Rn. 19.

⁹⁰³ §§ 45-47 UrhG mit den Schrankenregelungen für die Rechtspflege und öffentliche Sicherheit, für behinderte Menschen, für Sammlungen für Schul- oder Unterrichtsgebrauch und für Schulfunksendungen, § 55 als Schranke für Vervielfältigungen durch Sendeunternehmen, sowie verschiedene Unterfälle des sonstigen eigenen Gebrauchs in § 53 Abs. 2 und 3 UrhG.

⁹⁰⁴ § 95b Abs. 1 S. 1 Nr. 6b bzw. Nr. 5 UrhG.

⁹⁰⁵ Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 1 InfoSoc-RL bezieht auch Art. 5 Abs. 2 lit.a) InfoSoc-RL ein.

⁹⁰⁶ Kritisch statt vieler Dreier, ZUM 2002, 28, 37.

könnte, kann es im Bereich digitaler Bild- oder Filmwerke schnell zu einem faktischen Leerlaufen des Zitatrechts kommen, falls es durch technische Schutzmaßnahmen verhindert wird.⁹⁰⁷

Ebenfalls nicht privilegiert sind die neuen Schranken in § 52b UrhG sowie § 53a UrhG. Bei Ersterer steht dem klar die fehlende Einbeziehung der entsprechenden Richtliniengrundlage des Art. 5 Abs. 3 n) InfoSoc-RL entgegen.⁹⁰⁸ Beim Kopienversand ist demgegenüber fraglich, ob nicht eine entsprechende Ergänzung des § 95b UrhG aufgrund der Richtlinie sogar zwingend geboten ist. Denn Anknüpfungspunkt für die Zulässigkeit der Kopienversandschranke ist zumindest für den im Wissenschaftsbereich erlaubten elektronischen Kopienversand der Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL für Zwecke wissenschaftlicher Forschung.⁹⁰⁹ Dieser gehört jedoch gerade zu den Schrankenvorbehalten, bei denen die Mitgliedsstaaten im Sinne eines „wenn Umsetzung dann auch durchsetzungsstark“ zu einer durchsetzungsstarken Ausgestaltung verpflichtet sind, soweit sie überhaupt von der fakultativen Möglichkeit Gebrauch machen. Dementsprechend sollte durch eine Ergänzung des § 95b UrhG die Verpflichtung der Rechteinhaber zur Bereitstellung der nötigen Mittel auch auf den Gebrauch von Werken zu Zwecken des elektronischen Kopienversands erstreckt werden. Für die Praxis scheint das bisherige Versäumnis deshalb ohne Auswirkungen geblieben zu sein, weil sich die beteiligten Bibliotheken bislang ohnehin auf analoge Quellen ohne Vielfältigungsschutz beschränkt haben, so dass sich die Frage nicht stellte, ob auch für diesen Zweck technische Schutzmaßnahmen umgangen werden dürfen.

Festzuhalten ist, dass neben vielen sonstigen Schranken⁹¹⁰ auch Teile der Wissenschaftsschranken nicht durchsetzungsstark ausgestaltet sind und insoweit ein absoluter und uneingeschränkter Vorrang des Rechtsschutzes technischer Schutzmaßnahmen besteht.

⁹⁰⁷ Vgl. dazu ausführlich *Ricketson*, WIPO Study, S. 83 ff.

⁹⁰⁸ Vgl. auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, 52b § Rn. 39; die Frage erscheint angesichts der eindeutigen Regelung auch keineswegs „ungeklärt“, so *Schejal/Mantz*, CR 2008, 715, 719, die über eine ergänzende Auslegung reflektieren, diese jedoch als „zumindest problematisch“ bezeichnen; für sie ist in der Tat *de lege lata* kein Raum.

⁹⁰⁹ Siehe dazu noch im Detail unten Teil 3 E.

⁹¹⁰ Siehe für eine umfassende Auflistung *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 95b Rn. 12.

3. Bereichsausnahme für interaktive Online-Abrufdienste

Zusätzlich zur soeben dargestellten selektiven Vorgehensweise besteht mit Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 InfoSoc-RL bzw. § 95b Abs. 3 UrhG⁹¹¹ eine gerade für die Wissenschaft bedeutsame und im europäischen Gesetzgebungsverfahren lange umstrittene⁹¹² Bereichsausnahme für interaktive Online-Dienste. Sie schließt die Durchsetzbarkeit jeglicher Schranken aus, soweit es um Werke geht, die der Öffentlichkeit auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind. Dahinter steht laut Erwägungsgrund 53 der Richtlinie der Gedanke, über den Schutz technischer Maßnahmen ein sicheres Umfeld für derartige Online-Abrufdienste zu schaffen. Der deutsche Gesetzgeber stellt zwar klar, aus der Existenz eines entsprechenden Onlineangebots ergebe sich nicht, dass die Durchsetzungsmöglichkeiten nach § 95b Abs. 2 UrhG im Sinne einer generellen Sperrwirkung auch im Bereich alternativer Vertriebsformen eingeschränkt werden.⁹¹³ Auf parallel bestehenden anderen Wegen bezogene technisch geschützte Werkstücke unterliegen demnach auch weiterhin dem dargestellten Durchsetzungsmechanismus. Im Bereich der interaktiven Abrufdienste steht jedoch „die Zulassung der Schrankennutzung [...] im Belieben des jeweiligen Rechtsinhabers“.⁹¹⁴ Technische Schutzmaßnahmen haben dort im Ergebnis uneingeschränkten Vorrang vor Schranken.

4. Kritik und Fazit

An der Ausgestaltung des Rechtsschutzes für technische Schutzmaßnahmen hat sich mit Blick auf die Auswirkungen auf eine angemessene Balance der involvierten Interessen Kritik entzündet, die auch aus der speziellen Perspektive des Interessenausgleichs im Wissenschaftsurheberrecht berechtigt erscheint. Da spätestens über technische Schutzmaßnahmen die urheberrechtstheoretische Dichotomie von Inhalt und Form faktisch aufgehoben wird,⁹¹⁵ gerät die über Schranken mit zu gewährleistende Balance innerhalb des Urheberrechts damit aus dem Gleichgewicht.⁹¹⁶ Das zentrale Problem,

⁹¹¹ Ein Umsetzungsspielraum des deutschen Gesetzgebers bestand insoweit nicht, vgl. Begründung Regierungsentwurf vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 27.

⁹¹² Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Linnenborn*, in: *Hilty/Peukert* (Hrsg), Interessenausgleich, S. 103 ff.

⁹¹³ Begründung Regierungsentwurf vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 27.

⁹¹⁴ Ebd.

⁹¹⁵ Siehe dazu schon oben, Teil 1 D.

⁹¹⁶ So statt vieler *Geiger*, EIPR 2006, 366, 369; kritisch ebenfalls *Hohagen*, S. 630.

technische Maßnahmen rechtlich wirksam zu schützen ohne gleichzeitig Schranken obsolet werden zu lassen, hat der Gesetzgeber letztlich nicht lösen können⁹¹⁷ und sich im Ergebnis weitgehend einseitig zu Gunsten des Rechtsschutzes für technische Schutzmaßnahmen entschieden.⁹¹⁸

Schon im Anwendungsbereich des Durchsetzungsmechanismus wird die Seite der Rechteinhaber dadurch begünstigt, dass allein die Schrankenprivilegierten das Risiko tragen, die den Rechteinhabern auferlegte Rechtspflicht auch tatsächlich in die Realität umsetzen zu können. Das Risiko des Scheiterns einer Verbandsvereinbarung sowie die Folgeprobleme nur wenig praktikabler Lösungen trägt ebenso wie das Verzögerungs- und Prozessrisiko im Fall von Verbands- oder Individualklagen die Nutzerseite, im Wissenschaftsbereich also die besonders auf eine schnelle Informationsversorgung angewiesenen wissenschaftlichen Nutzer oder ihre Intermediäre in Form von Bibliotheken.⁹¹⁹

Das entstandene Ungleichgewicht wird dadurch weiter verschärft, dass nur eine Auswahl von Schranken durchsetzungsstark ausgestaltet wurde. Zwar ist insofern zu begrüßen, dass die Richtlinie durch die Einbeziehung von Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL und die deutsche Umsetzung – noch selektiver – zumindest in Bezug auf §§ 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 1, 52a UrhG die besondere Bedeutung von Wissenschaftsschranken für die Gemeinwohlbelange anerkennt. Gleichzeitig bleibt eine Vielzahl weiterer Schranken mit ebenfalls starkem Bezug zu Gemeinwohlbelangen unberücksichtigt.⁹²⁰ Auf die aus Wissenschaftssicht bedauerliche fehlende Einbeziehung der Zitatschranke sowie der neu eingefügten Regelung zum elektronischen Kopienversand in § 53a UrhG wurde verwiesen.⁹²¹

Die bedeutendste Verschärfung ist jedoch in der Bereichsausnahme für interaktive Online-Abrufdienste in Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 InfoSoc-RL bzw. § 95b Abs. 3 UrhG

⁹¹⁷ *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 732h; Zweifel auch bei *Ohly*, Innovation, S. 293, der es für erforderlich hält, bestimmte wichtige Schranken auch gegen technische Schutzmaßnahmen durchsetzen zu können.

⁹¹⁸ So das Fazit von *Spindler*, GRUR 2002, 105, 115; vgl. auch die zusammenfassende Kritik bei *Nielen*, Interessenausgleich, S. 151 f.

⁹¹⁹ *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse, S. 284; kritisch mangels Selbsthilferecht auch *Kreutzer*, in: *Hofmann* (Hrsg.), Wissen und Eigentum, S. 121.

⁹²⁰ Vgl. die Kritik bei *Dreier*, ZUM 2002, 28, 37; *Bechtold*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch MMR, Kap. 7.11 Rn. 83f.

⁹²¹ Siehe oben, Teil 2 D. II. 2.

zu sehen,⁹²² da es sich dabei keineswegs um eine begrenzte Ausnahme handelt, sondern derartige Angebote gerade für die Wissenschaft mehr und mehr zu einem zentralen Verbreitungsweg werden. Durch die Wahl dieses Geschäftsmodells und den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen kann sich ein Rechteinhaber somit gezielt sämtlicher urheberrechtlicher Schranken entledigen,⁹²³ einschließlich der durchsetzungsstarken Schranke zur Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch. Hält der Trend zu e-only im Segment der Wissenschaftszeitschriften an und setzen Rechteinhaber technische Schutzmaßnahmen ein, verringert sich damit zunehmend die Anzahl der Werke, bei denen Wissenschaftsschranken noch zur Anwendung kommen können.

Über den – angemessenen – Schutz technischer Maßnahmen ein sicheres Umfeld für interaktive Online-Abrufdienste zu gewährleisten, wie es Erwägungsgrund 52 anstrebt, mag ein legitimes Ziel sein. Die daraufhin gewählte generelle Radikallösung, die jegliche Schranken auch dort ins Belieben des Rechteinhabers stellt, wo wie mit der Wissenschaft bedeutende Allgemeininteressen und letztlich auch verfassungsrechtliche Positionen über die Schranken berücksichtigt werden,⁹²⁴ kann nicht die ausgewogene Regelung darstellen, der sich das Urheberrecht bislang traditionell verpflichtet sah. Wenn dadurch ein System des „pay per use“ forciert wird, bei dem der Endverbraucher für jeden Werkgenuss die vom Rechteinhaber verlangte Vergütung zahlen muss,⁹²⁵ lässt sich eine solche Regelung bereits in der anders strukturierten Entertainment-Bereich kritisch hinterfragen.⁹²⁶ Jedenfalls mit Blick auf den Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht ist jedoch zumindest eine sektorspezifische Herangehensweise zu befürworten,⁹²⁷ die den Besonderheiten dieses Bereichs und der Bedeutung der wissenschaftlichen Informationsversorgung hinreichend Rechnung trägt, indem Schranken hier auch für Werke anwendbar bleiben, die über interaktive Online-Abrufdienste

⁹²² Kritisch beispielsweise auch *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 732b; *Veddern*, Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung, S. 633; *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), Copyright Law, S. 343, bezeichnet ihn als „gewaltsamen Eingriff in den Interessenausgleich“.

⁹²³ Darauf verweisen kritisch *Hohagen*, S. 251; *Bechtold*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimedia-recht, Kap. 7.11 Rn. 85.

⁹²⁴ Dazu kritisch auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 95b Rn. 17.

⁹²⁵ Kritisch dazu *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 732i.

⁹²⁶ *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), Copyright Law, S. 351, allerdings besonders aus internationaler Perspektive mit Blick auf den Status der EU als Netto-Importeur in diesem Bereich, mit dem Fazit, dass die Regelung als „vorauselender Gehorsam“ gegenüber den Interessen der USA gewertet wird.

⁹²⁷ *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), Copyright Law, S. 351.

bezogen werden.⁹²⁸ Einem solchen Schritt stünde die Verpflichtung aus Art. 11 WCT nicht entgegen, da dieser keinen Umgehungsschutz verlangt, wo technische Maßnahmen schrankenprivilegierte Handlungen verhindern. Der deutsche Gesetzgeber ist jedoch in Bezug auf derart weitgehende Veränderungen durch die verbindliche Vorgabe der Richtlinie gehindert. Im Vergleich dazu stellt die im Rahmen der Richtlinie mögliche, wenn nicht sogar gebotene Einbeziehung des elektronischen Kopienversands zu wissenschaftlichen Zwecken eine allenfalls geringfügige Anpassung dar.

Als Fazit lässt sich neben dieser Kritik festhalten, dass durch das Verhältnis zu technischen Schutzmaßnahmen die Relevanz von Schranken ihrerseits in gewissem Maße beschränkt wird. Aus verständlichen Gründen ernüchterte Stimmen innerhalb der Lehre warnen davor, Schranken drohten zunehmend nutzlos und damit auch Diskussionen über sie weitgehend obsolet zu werden.⁹²⁹ Ihre praktische Bedeutung nimmt in dem Maße ab, in dem Rechteinhaber vermehrt auf den privilegierten Vertriebsweg der interaktiven Online-Abrufdienste setzen und technische Schutzmaßnahmen verwenden.

Dennoch verbleiben auch weiterhin Anwendungsbereiche für Wissenschaftsschranken, in denen sie mangels technischer Schutzmaßnahmen zur Geltung kommen können. Deshalb erscheint es umso mehr notwendig, gerade wegen der in vielen Bereichen abnehmenden praktischen Relevanz zumindest in den verbleibenden Anwendungsfeldern durch eine entsprechende Ausgestaltung und Anwendung ihrer Rolle als Mittel des Interessenausgleichs gerecht zu werden und somit ihren Bedeutungsverlust nicht zusätzlich bereits auf der Ebene des Urheberrechts selbst weiter zu verstärken.

E. Zusammenfassung der Zwischenergebnisse zu Teil 2

Die Ergebnisse des Teils 2 zu den Vorgaben für Wissenschaftsschranken aus dem internationalen und europäischen Urheberrecht, dem deutschen Verfassungsrecht sowie aus der Urheberrechtsdogmatik sind wie folgt festzuhalten:

Auf der Ebene der Urheberrechtsabkommen ist die angemessene Berücksichtigung öffentlicher Interessen in unterschiedlich deutlicher Ausformung ein grundlegendes Prinzip des internationalen Urheberrechtssystems. Insbesondere die Präambel des

⁹²⁸ *Hilty*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 128; vgl. auch *Hilty*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 58.

⁹²⁹ So beispielsweise *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger*, (Hrsg.), *Impulse*, S. 270; *Hilty*, in: *Ohly/Knippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit, S. 117; *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), *Copyright Law*, S. 330.

WCT als jüngstem Vertragswerk betont die Balance. Trotz ihrer auf einen effektiven Urheberrechtsschutz ausgelegten Zielsetzung verlangen die Abkommen keine totale und absolute Kontrolle durch die Rechteinhaber, sondern Schranken können auch im digitalen Zeitalter Freiräume zur Wahrung berechtigter Interessen gewähren.

Der Drei-Stufen-Test als das für Schranken zentrale Regelungselement droht bei einseitiger Auslegung zu Gunsten der Rechteinhaber und zu Lasten der Schranken den für den Interessenausgleich vorhandenen Freiraum so stark zu verengen, dass Schranken im digitalen Bereich ihre Bedeutung verlieren könnten. Damit verlöre auch der Drei-Stufen-Test seinen ursprünglichen Kompromisscharakter. Gleichzeitig ist eine solche Auslegung nicht zwingend, sondern es bestehen daneben ausgewogenere Interpretationsansätze und werden in der Rechtsprechung angewendet, um neben differenzierend abzuwägenden Interessen von Urhebern und Rechteinhabern auch sonstige Interessen und im engeren Sinne normative Aspekte berücksichtigen zu können. Die dadurch ermöglichten Wertentscheidungen können zu Gunsten von Wissenschaftsschranken ausfallen, ohne damit gegen die verbindlichen Vorgaben des internationalen Rechts zu verstoßen und ohne das Prinzip eines effektiven Rechtsschutzes als Zielvorgabe des internationalen Urheberrechts insgesamt in Frage zu stellen.

Bezüglich der europäischen Vorgaben nach der InfoSoc-Richtlinie behalten Schranken auch auf dem anvisierten „hohen Schutzniveau“ ihre Daseinsberechtigung. Gleichzeitig setzt die Richtlinie mit ihrem abschließenden Schrankenkatalog im Vergleich zu den flexibleren internationalen Vorgaben und dem Gestaltungsspielraum auf der verfassungsrechtlichen Ebene die starrsten Grenzen für nationale Wissenschaftsschranken. Während mit dem „Grünbuch Urheberrechte in der wissensbasierten Wirtschaft“ bereits weitere Entwicklungen auf europäischer Ebene absehbar sind und die Europäische Kommission Problembewusstsein beweist, müssen sich die Wissenschaftsschranken und ihre Auslegung *de lege lata* an den derzeitigen Schrankenvorbehalten der Richtlinie messen lassen.

Bezüglich der verfassungsrechtlichen Vorgaben verbleibt im Vergleich dazu ein erheblicher Ausgestaltungsspielraum bei der Aufgabe, über angemessene Schranken die teilweise in gegensätzliche Richtungen wirkenden Verfassungswerte in einen Zustand praktischer Konkordanz zu bringen. Innerhalb des Ausgestaltungsspielraums sind diese Entscheidungen zu großen Teilen rechtspolitischer Natur. Trotz des zu sichernden Eigentumsschutzes aus Art. 14 GG bleibt es für den Gesetzgeber möglich und seine Aufgabe, eine sozialadäquate Ausgestaltung des Urheberrechts zu gewährleisten, bei der auch die Belange der Allgemeinheit ausreichend berücksichtigt werden. Soweit der

Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative zu dem Ergebnis kommt, dem Gemeinwohlbelang der Wissenschaftsförderung durch eine funktionierende wissenschaftliche Informationsversorgung werde nicht allein über Ausschließlichkeitsrechte, sondern besser über deren Kombination mit Wissenschaftsschranken gedient, kann er von seinem Gestaltungspielraum in den dargestellten Grenzen Gebrauch machen. Angesichts der entgegenwirkenden Grundrechte einschließlich der Wissenschaftsfreiheit verlangt auch der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz keine allumfassende urheberrechtliche Zuordnung des Ergebnisses der geistigen Leistung nach dem Stand des jeweils technisch Möglichen, sondern einen angemessenen Ausgleich der Interessen und verfassungsrelevanten Positionen ohne einseitige Prioritätensetzung. Angemessen vergütungspflichtige Schranken erfüllen eine wichtige Rolle für den herzustellenden Ausgleich, ohne wegen der damit einhergehenden Beeinträchtigung der Ausschließlichkeitsrechte und der Auswirkungen auf die Werkauswertung notwendig verfassungswidrig zu sein.

Damit im Einklang befindet sich das zugrundegelegte Schrankenverständnis, nach dem Schranken nicht als bloße Ausnahmen zum umfassend gewährten Urheberrechtsschutz zu verstehen sind, sondern ihnen eine komplementäre, die genauen Grenzen des Schutzrechts erst näher bestimmende Begrenzungsfunktion zukommt. Wo sie sich wie die Wissenschaftsschranken auf grundrechtlich untermauerte Positionen und Interessen der Allgemeinheit rückbeziehen lassen, stellen sie als Gegenpol zu einer einseitigen Eigentumslogik eines der Mittel für einen notwendigen Ausgleich der involvierten Interessen dar. Dieser darf auch dort als Zielsetzung nicht aufgegeben werden, wo ein Marktversagen inzwischen aufgrund technischer Veränderungen entfällt und eine lücken- bzw. schrankenlose Werkauswertung möglich wird. Während die internationalen Abkommen eine derartige Maximalauswertung zumindest nicht verlangen, steht angesichts der entgegenwirkenden Verfassungswerte das deutsche Verfassungsrecht einem Schrankenverständnis entgegen, bei dem sich Schranken reinen Marktmodellen vollständig unterordnen. Entgegen dem überkommenen Dogma von der stets engen Auslegung der Schranken ist der mit ihnen angestrebte Interessenausgleich auch auf Auslegungsebene zu berücksichtigen und ihr Anwendungsbereich wie bei sonstigen Normen im Einzelfall sachgerecht anhand aller Auslegungsmethoden zu bestimmen.

Durch den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen und ihren eigenständigen Rechtsschutz gerät die auch über Schranken zu gewährleistende Balance innerhalb des Wis-

senschaftsurheberrechts in eine Schieflage. Der Gesetzgeber hat hier den komplexen Grundkonflikt zwischen effektivem Rechtsschutz für technische Schutzmaßnahmen und wirkungsvollen Schranken im Ergebnis weitgehend zu Lasten der Schranken entschieden. Während die Vorgaben des WCT Spielraum für vorzugswürdige sektorspezifische Regelungen zugunsten von Wissenschaftsschranken belassen, wird so auch im Wissenschaftsbereich reinen Marktmodellen der Weg geebnet, die das pay-per-use-Geschäftsmodell aus der Unterhaltungsbranche auf die wissenschaftliche Informationsversorgung übertragen, ohne dass die internationalen oder verfassungsrechtlichen Vorgaben diese Art von Maximalkontrolle verlangen würden, und obwohl zumindest Zweifel an einem funktionierenden Markt angesichts der in Teil 1 dargestellten Besonderheiten berechtigt sind. In dem Ausmaß, in dem Rechteinhaber die privilegierten Online-Geschäftsmodelle einsetzen und dabei technische Schutzmaßnahmen verwenden, verringern sich die Anwendungsbereiche der Schranken. Umso wichtiger erscheint es, durch eine entsprechende Ausgestaltung und Anwendung ihre Rolle als Mittel des Interessenausgleichs angemessen zu berücksichtigen, statt ihren Bedeutungsverlust noch zusätzlich bereits auf der Ebene des Urheberrechts zu verstärken.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass weder die internationalen Abkommen, noch die InfoSoc-Richtlinie, noch das deutsche Verfassungsrecht und erst Recht nicht die dargestellte Urheberrechtsdogmatik einen maximalen, absoluten und schrankenlosen Urheberrechtsschutz verlangen, auch nicht in einer zunehmend digitalen Welt mit auf technischen Wegen verringertem Marktversagen. Abgesehen von dem deshalb umso bedenklicheren Regelungsmechanismus beim eigenständigen Rechtsschutz für technische Schutzmaßnahmen in der InfoSoc-Richtlinie bzw. in der deutschen Umsetzung, durch den das Interessengleichgewicht empfindlich gestört wird, verbleiben auf allen Regelungsebenen Spielräume, um den Interessen der Allgemeinheit bzw. der Wissenschaft gerecht zu werden.

Teil 3

Die einzelnen Wissenschaftsschranken

Teil 3 untersucht als Schwerpunkt der Arbeit die einzelnen Wissenschaftsschranken und ihre Tatbestandsvoraussetzungen in ihrem jeweiligen systematischen Zusammenhang. Vor den abschließend in Teil 4 zu ziehenden Vergleichen liegt dabei bereits im Folgenden ein Fokus auf dem Verhältnis zwischen schrankengestützter Werknutzung und dem Schutz verlagseigener Angebote.

A. § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG, Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch

I. Systematische Einordnung

§ 53 UrhG, die „Magna Charta“ der gesetzlichen Lizenzen,⁹³⁰ fasst ein ganzes Bündel von Schranken des Vervielfältigungsrechts aus § 16 UrhG zusammen. In Abs. 2 Nr. 1 enthält er die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch als Unterfall der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch. Danach ist es zulässig,

„einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen [...] zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und sie keinen gewerblichen Zwecken dient.“

Zusätzlich zu dieser im Detail untersuchten für die Wissenschaft grundlegenden Schrankenregelung wird in Bezug auf Vergleiche und Überschneidungen auch auf die Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch in Nr. 4 und auf die Privatkopie nach Abs. 1 eingegangen.

Die Schranken des § 53 UrhG sind hinsichtlich einiger Tatbestandsvoraussetzungen einheitlich, hinsichtlich anderer Aspekte sehr differenziert ausgestaltet. Sie privilegieren unterschiedliche Interessen und Lebensbereiche. Die Schranke zugunsten des „sonstigen eigenen Gebrauchs“ der Nr. 4 ist insofern ein Sonderfall, als die Fälle der Nr. 1-3 jeweils ausschließlich die speziell genannten konkreten Gebrauchszwecke privilegie-

⁹³⁰ Hoeren, in: Lehmann (Hrsg.), Cyberlaw, S. 104.

ren.⁹³¹ Der „sonstige“ eigene Gebrauch ist demgegenüber hinsichtlich des engeren Gebrauchszwecks neutral und sieht stattdessen andere Einschränkungen vor, insbesondere hinsichtlich des zulässigen Umfangs der Vervielfältigung. Er wird deshalb teilweise als Auffangtatbestand angesehen.⁹³² Die in § 53 UrhG geregelten Schranken haben inzwischen einen Grad der Komplexität und Differenzierung erreicht, der die Norm für den Werknutzer kaum noch verständlich macht.⁹³³

§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG ist im Ersten Korb unverändert geblieben. Erst im Zweiten Korb sah der Gesetzgeber mit Blick auf die Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie Umsetzungsbedarf, nahm eine Beschränkung auf nicht gewerbliche Zwecke vor und dehnte auf die Schranke die Pflicht zur Quellenangabe aus § 63 UrhG aus.⁹³⁴

II. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Werk als Gegenstand der Schranke

§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG gestattet die Herstellung einzelner Vervielfältigungsstücke eines Werkes. Neben urheberrechtlich geschützten Werke im engeren Sinne ist er auch auf weitere Schutzgegenstände anwendbar.

a) Erfasste urheberrechtlich geschützte Werke

Die Schranke ist abgesehen von den im Folgenden dargestellten Ausnahmen auf sämtliche Werke und Werkarten anwendbar, die nach Abschnitt 2 des ersten Teils des Gesetzes Urheberrechtsschutz genießen.⁹³⁵ Eingeschlossen sind neben den in § 2 UrhG genannten Werkarten auch Übersetzungen und andere Bearbeitungen nach § 3 UrhG sowie Sammelwerke und Datenbankwerke nach § 4 UrhG, wobei sich durch den Zwei-

⁹³¹ Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, § 53 Rn. 18.

⁹³² Loewenheim, in: Loewenheim, Handbuch, § 31 Rn. 24.

⁹³³ Ähnlich kritisch Dreier, in: Dreier/Schulze, § 53 Rn. 4, dem zustimmend Sieber, MMR 2004, 715, 716; ebenso Kuhlen, Götterdämmerung, S. 19; Sandberger, ZUM 2006, 818, 826; kritisch auch Vedder, Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung, S. 626. Die nichtamtliche Überschrift des § 53 UrhG („Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch“) trägt sprachlich zur Unübersichtlichkeit der Norm bei und könnte ebenso gut, jedoch ebenfalls nicht ohne ein gewisses Verwirrungspotential, lauten: „Vervielfältigungen zum privaten und eigenen Gebrauch“. Der „sonstige eigene Gebrauch“ der Nr. 4 ist streng genommen nur ein Unterfall des in § 53 Abs. 2 UrhG geregelten eigenen Gebrauchs.

⁹³⁴ Siehe dazu noch unten, Teil 3 A. II. 7 bzw. 9.

⁹³⁵ Siehe dazu schon oben, Teil 1 A.

ten Korb frühere Besonderheiten in Bezug auf Datenbankwerke aus Abs. 5 der Norm weitgehend erledigt haben.⁹³⁶

Sonderregelungen gelten gemäß §§ 69a ff UrhG für den Schutz von Computerprogrammen, für die § 69d Nr. 1-3 UrhG *lex specialis* sind und für die § 53 UrhG nicht anwendbar ist.⁹³⁷ Eine vergleichbare Schranke zu Gunsten der Wissenschaft enthält § 69d UrhG für Computerprogramme nicht.⁹³⁸ Diese dürfen daher auch zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch nicht vervielfältigt werden, was Auswirkungen im Bereich elektronischer Datenbanken und Datenbankwerke hat. Denn nach § 4 Abs. 2 S. 2 UrhG ist ein Computerprogramm, das zur Ermöglichung des Zugangs zu den Elementen eines Datenbankwerkes verwendet wird, ausdrücklich nicht Bestandteil des Datenbankwerkes, sondern bleibt ein eigenständiger Schutzgegenstand.⁹³⁹ Der Sonderchutz für Computerprogramme führt deshalb auch bei elektronischen Datenbankwerken zu einem praktischen Vervielfältigungsverbot, wenn dies nur zusammen mit dem für den Zugang benutzten Computerprogramm möglich ist.⁹⁴⁰

b) Erfasste Leistungsschutzrechte

Über urheberrechtlich geschützte Werke hinaus ist § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG aufgrund der Verweisungstechnik des Gesetzes auf die meisten der im UrhG geregelten Leistungsschutzrechte entsprechend anwendbar. Dies gilt für das Leistungsschutzrecht für wissenschaftliche Ausgaben nach § 70 Abs. 1 UrhG und für den Leistungsschutz für nachgelassene Werke nach § 71 Abs. 1. S. 3 UrhG. Soweit auf Musik- und Filmwerke zurückgegriffen wird, kommen für die einschlägigen Leistungsschutzrechte ebenfalls Verweisungsnormen zur Anwendung.⁹⁴¹ Nicht zu unterschätzen ist zudem die wissenschaftliche Bedeutung der Film- und Fotoobjekte, denen die erforderliche Werkqualität fehlt, die jedoch als Laufbilder nach § 95 UrhG bzw. als Lichtbilder nach § 72 UrhG erfasst

⁹³⁶ Zu den durch den Zweiten Korb im Ergebnis aufgehobenen früheren Besonderheiten und zum Verhältnis zwischen urheberrechtlichem Datenbankwerkschutz und dem sui-generis-Datenbankschutz siehe noch die gesonderten Ausführungen im Zusammenhang mit § 87c UrhG, unten Teil 3 B.

⁹³⁷ Siehe dazu *Hoeren*, in: *Möhring/Nicolini*, § 69d Rn. 1; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 69d Rn. 3.

⁹³⁸ Dies ist schon auf die restriktiven Vorgaben der europäischen Software-Richtlinie zurückzuführen, deren Art. 5 keinen derartigen Schrankenvorbehalt enthält.

⁹³⁹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 4 Rn. 21.

⁹⁴⁰ *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 46.

⁹⁴¹ Für die Rechte der ausübenden Künstler ist dies § 83 UrhG, für die Rechte der Tonträgerhersteller § 85 Abs. 4 UrhG, für die Rechte der Filmhersteller § 94 Abs. 4 UrhG.

werden, und für die die Schranken ebenfalls gelten.⁹⁴² Für alle ist § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG demnach gleichermaßen anwendbar. Die Regelung in Bezug auf den sui-generis-Schutz für Datenbanken in § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG wird noch gesondert untersucht.⁹⁴³

c) Bereichsausnahme für Noten

§ 53 Abs. 4 UrhG enthält Ausnahmen von der Vervielfältigungsfreiheit. Während das Verbot der Vervielfältigung ganzer Bücher und Zeitschriften in Abs. 4 b) quantitative Grenzen setzt, enthält Abs. 4 a) eine werkbezogene Einschränkung für graphische Aufzeichnungen von Werken der Musik, also von Musiknoten, ohne Rückausnahme für wissenschaftliche Zwecke. Allgemeine Rückausnahmen gelten nur für Vervielfältigungen im Wege des Abschreibens, die Archivkopie nach Abs. 2 S. 1 Nr. 2, sowie für seit mindestens zwei Jahren vergriffene Werke.⁹⁴⁴

Die Bereichsausnahme beruht auf der vom Gesetzgeber angenommenen erhöhten Schutzbedürftigkeit der Musikurheber und Musikverleger, die in besonderem Maße von den Entwicklungen der Vervielfältigungstechnik betroffen waren. Die Gesetzesbegründung verweist auf die „weitgehende Praxis, dass Chöre, Gesangsvereine und andere Musizierende das Notenmaterial nicht in ausreichender Zahl [...] kaufen, sondern von einem gekauften oder sogar nur entliehenen Exemplar durch Fotokopien die benötigten Vervielfältigungen selbst herstellen“, was sich wegen der sehr teuren Herstellung von Notensätzen in diesem Bereich besonders nachteilig auswirke.⁹⁴⁵ Langfristig könnte dies die auch im öffentlichen Interesse liegende Bereitstellung von Noten gerade selten verlangter Werke durch die Musikverlage gefährden.⁹⁴⁶ Eine entsprechende Einschränkung für Notenblätter enthält auch Art. 5 Abs. 2 a) InfoSoc-RL für die ansonsten vergleichsweise weiten Vorgaben für reprographische Vervielfältigungsschranken, nicht allerdings die sonstigen im Rahmen der Arbeit einschlägigen Schrankenvorbehalte wie Art. 5 Abs. 3 a) und n) InfoSoc-RL.

Ohne das Argument der in diesem Bereich besonders hohen Herstellungskosten im Einzelnen zu hinterfragen, mag die kulturpolitisch begründete Sonderregelung ihre Berechtigung haben, soweit es um den primären Absatzmarkt der Musikverlage geht und

⁹⁴² § 72 Abs. 1 bzw. § 95 i.V.m. § 94 Abs. 4 UrhG.

⁹⁴³ Siehe unten, Teil 3 B.

⁹⁴⁴ Dazu noch unten, Teil 3 A. III. 2.) b).

⁹⁴⁵ Begründung des Regierungsentwurfs vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 17.

⁹⁴⁶ So *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 44.

die Vervielfältigungsfreiheit der Musizierenden eingeschränkt wird, indem diese statt dessen auf den Kauf der Noten verwiesen werden, um damit gerade über den Mehrfachbedarf in Chören oder Orchestern die Finanzierung der Notenbereitstellung zu sichern. Auch auf Grundlage des uneingeschränkten Verbotsrechts haben zudem die Beteiligten über Pauschalvereinbarungen offenbar praktikable Lösungen gefunden, auf deren Möglichkeit auch schon die Gesetzesbegründung verwiesen hat.⁹⁴⁷ Davon zu trennen ist jedoch die Frage, ob neben der Vervielfältigung durch Musizierende auch die Vervielfältigung zu rein wissenschaftlichen Zwecken ausgeschlossen sein muss. In Bezug auf Noten kommen dabei am ehesten die theoretischen Musikwissenschaften in Betracht, denn für die praktische Ausbildung an Musikhochschulen gilt das für die Sonderregelung tragende Argument gleichermaßen, dass Noten gekauft und nicht vervielfältigt werden sollen, soweit sie zu Musizierzwecken verwendet werden. Das Vervielfältigungsaufkommen von Noten zum eigentlich wissenschaftlichen Gebrauch dürfte im Vergleich dazu gering sein. Entsprechend geringfügig fiele die Beeinträchtigung der Interessen der Rechteinhaber aus, wenn auch in diesem Bereich die Vervielfältigung nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG ohne Bereichsausnahme gestattet wäre. Auch auf europäischer Ebene fehlt in Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL als Schrankenvorbehalt für Wissenschaftsschranken anders als für allgemeine reprographische Schranken eine Beschränkung für Notenblätter, so dass diese Vorgabe einer entsprechenden Änderung nicht entgegen stünde.

d) Keine vollständige Vervielfältigung von Büchern oder Zeitschriften, Abs. 4 b)

§ 53 Abs. 4 b) UrhG enthält eine generelle Ausnahme für die „im wesentlichen vollständige Vervielfältigung“ eines Buches oder einer Zeitschrift. Eine Rückausnahme für wissenschaftliche Zwecke besteht erneut nicht, ausgenommen sind auch hier nur die bereits bei der Bereichsausnahme für Noten genannten Fälle.⁹⁴⁸ Der Gesetzgeber hielt die Sonderregelung für Bücher und Zeitschriften für erforderlich, um unzumutbare Eingriffe in die Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte der Berechtigten zu verhindern. Dies hielt er bei Zeitschriften und insbesondere bei den „in der Herstellung aufwendigeren und teureren Fachbüchern“ angesichts der verbesserten technischen Vervielfältigungsmöglichkeiten für geboten, um eine „Schädigung der Primärliteratur“ zu

⁹⁴⁷ BT-Drs. 10/837, S. 39; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 45, vgl. auch die weitergehenden Informationen der zuständigen Verwertungsgesellschaft VG Musikedition, abrufbar unter *www.vg-musikedition.de*.

⁹⁴⁸ Vervielfältigungen im Wege des Abschreibens, die Archivkopie nach Abs. 2 S. 1 Nr. 2, sowie seit mindestens zwei Jahren vergriffene Werke.

verhindern.⁹⁴⁹ Während Bücher und Zeitschriften besonderen Schutz erfahren, werden Zeitungen nicht erfasst.⁹⁵⁰ Zum einen wurde eine Gefährdung des Zeitungsabsatzes durch das Kopieren ganzer Zeitungen für ausgeschlossen gehalten, zum anderen wurde ein privilegierungswürdiges Interesse gesehen, etwa zum wissenschaftlichen Gebrauch mikroverfilmte Zeitungen vollständig zu kopieren.⁹⁵¹

Was eine „im wesentlichen vollständige Vervielfältigung“ ausmacht, wird mit leicht unterschiedlicher Schwerpunktsetzung nach sowohl quantitativen als auch qualitativen Kriterien bestimmt. Quantitativ wird überwiegend von einer Grenze von 90% des Buches bzw. der Zeitschrift ausgegangen,⁹⁵² was eine gute erste Orientierung bietet. Qualitative Elemente fließen jedenfalls insoweit ein, als auch auf die inhaltliche Bedeutung der weggelassenen Teile abgestellt wird und das bloße Weglassen von Anzeigen, Inhalts- und Stichwortverzeichnissen und ähnlichem Beiwerk nicht ausreichend ist.⁹⁵³ Teilweise soll im Ergebnis vor allem eine wertende qualitative Betrachtung entscheidend sein, also die Frage, ob der Kern des Inhalts und die Kernstücke des Werks vollständig übernommen wurden. Die quantitative Perspektive sei demnach wegen der Beliebigkeit konkreter Grenzziehungen lediglich ein Indiz für die vorzunehmende Wertung.⁹⁵⁴ Zutreffend erscheint die Einschätzung, die Entscheidung unter Einbeziehung sowohl qualitativer als auch quantitativer Gesichtspunkte ohnehin nur im Einzelfall treffen zu können.⁹⁵⁵ Danach kann es vorkommen, dass bereits mit der Vervielfältigung eines einzelnen zentralen Beitrags eine unzulässige vollständige Kopie vorliegt, wenn allein dieser den wesentlichen Inhalt einer Zeitschrift ausmacht.⁹⁵⁶ Dies hängt jedoch von den näheren Umständen ab und wird nicht die Regel darstellen.

⁹⁴⁹ BT-Drs. 10/837, S. 17.

⁹⁵⁰ Zur nicht immer einfachen Abgrenzung noch unten, Teil 3 A. III. 2. a) bb).

⁹⁵¹ BT-Drs. 10/837, S. 17.

⁹⁵² Für eine solche „Faustregel“ *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 53 Rn. 46; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 42; der in der 9. Aufl. noch vorgeschlagenen Grenze von 75% bei *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 11, ist entgegenzuhalten, dass dies begrifflich noch keine „im wesentlichen vollständige“ Vervielfältigung ausmachen dürfte, so *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 49.

⁹⁵³ Siehe dazu schon die Begründung des Regierungsentwurfs vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 40; darauf gestützt *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 47; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 53 Rn. 46; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 42.

⁹⁵⁴ *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 47.

⁹⁵⁵ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 48.

⁹⁵⁶ In diese Richtung lässt sich ein Änderungsvorschlag des Bundesrates sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung verstehen, siehe, BT-Drs. 10/837, S. 31, 40; ähnlich *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 47; auch *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 49.

Gestattet bleibt neben der Archivkopie und den Fällen der vergriffenen Werke auch das Abschreiben ganzer Bücher und Zeitschriften. Dies muss nicht handschriftlich erfolgen, auch das Abschreiben mittels einer Schreibmaschine oder die manuelle Eingabe in ein Textverarbeitungsprogramm wird erfasst. Entscheidend ist allein, dass das Werk nicht unmittelbar maschinell übertragen, sondern zwischenzeitlich von einer Person gelesen und erneut niedergeschrieben wird.⁹⁵⁷ Nicht gestattet ist das Einscannen, das einer Ablichtung entspricht.⁹⁵⁸ Mit der Einbeziehung moderner Schreibhilfen geht diese Rückausnahme zwar über die prä-Gutenberg'sche Klosterwelt hinaus, wird jedoch kaum nennenswerte Relevanz in der Informationsgesellschaft entfalten.

Festzuhalten bleibt, dass auch zu wissenschaftlichen Zwecken abgesehen von den wenig relevanten Rückausnahmen keine im wesentlichen vollständige Vervielfältigung von Büchern und Zeitschriften gestattet ist, insbesondere also nicht das „Durchkopieren“ der entsprechenden Werke.⁹⁵⁹ Bei der Bestimmung der „im wesentlichen vollständigen Vervielfältigung“ bietet eine quantitative Grenze von 90% eine gewisse Orientierung, entscheidend ist jedoch eine Beurteilung im Einzelfall unter Berücksichtigung sowohl quantitativer als auch qualitativer Kriterien.

e) Keine Bereichsausnahme für wissenschaftliche Werke

Während die Schranke zur Veranschaulichung des Unterrichts in § 53 Abs. 3 S. 2 UrhG seit dem Zweiten Korb eine Bereichsausnahme für Werke vorsieht, die für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmt sind enthält § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG keine zumindest vorstellbare vergleichbare Regelung, die etwa wissenschaftliche Werke ausnähme. Gestützt werden entsprechende Forderungen auf das Argument, wissenschaftliche Werke würden fast ausschließlich von wissenschaftlich Tätigen genutzt. Eine Schranke, die zugunsten der Wissenschaft auch auf diese Werke anwendbar sei, entziehe den Verlegern ihren ausschließlichen Absatzmarkt, indem jeder potenzielle Nutzer zum Schrankenprivilegierten werde. Da eine derartige Bereichsausnahme auch in den übrigen Wissenschaftsschranken nicht enthalten ist und die Fragestellung in der Literatur insbesondere im Rahmen des § 52a UrhG intensiver diskutiert wird, wird hier dorthin verwiesen.⁹⁶⁰

⁹⁵⁷ So ausdrücklich BT-Drs. 10/837, S. 31; ganz h.M., siehe beispielsweise *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 53 Rn. 47.

⁹⁵⁸ *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 48.

⁹⁵⁹ *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 50.

⁹⁶⁰ Siehe unten, Teil 3 C. II. 1. b) bb).

f) Keine sonstige Qualifizierung des Werks

Ein eigenes Werkstück als Vorlage ist nicht erforderlich, wie sich aus dem Umkehrschluss zur Archivkopie in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ergibt.⁹⁶¹ Auch muss es sich nicht um ein bereits im Sinne des § 6 Abs. 1 UrhG veröffentlichtes, im Sinne des § 6 Abs. 2 UrhG erschienenes oder im Sinne des § 19a UrhG öffentlich zugänglich gemachtes Werk handeln. Dies ergibt sich ebenfalls aus Umkehrschlüssen aus den ausdrücklichen Anforderungen in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG (erschieden), § 53 Abs. 3 UrhG (erschiedene oder öffentlich zugänglich gemachte Beiträge), § 52a UrhG (veröffentlicht)⁹⁶² sowie § 53a Abs. 1 S. 1 UrhG (erschieden). Rechtfertigen lässt sich dies nicht zuletzt, weil durch die auf den eigenen Gebrauch beschränkte Verwendung keine darüber hinausgehende Verbreitung stattfindet, die eine Veröffentlichung oder öffentliche Zugänglichmachung durch den Urheber oder Rechteinhaber vorwegnahme. Eine entsprechende Vorgabe ist auch in der maßgeblichen Richtlinienvorgabe des Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL nicht enthalten, anders als beispielsweise in der entsprechenden Regelung der Datenbankrichtlinie.⁹⁶³ Für die Praxis bedeutet dies etwa eine Erleichterung, soweit sich Wissenschaftler wie in der wissenschaftlichen Community weit verbreitet noch unveröffentlichte Vorentwürfe eines Aufsatzes oder sonstiger Werke zukommen lassen. Auch hierauf ist § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG bereits anwendbar.

2. Wissenschaftlicher Gebrauch

Zentrales Tatbestandsmerkmal des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG ist der „wissenschaftliche Gebrauch“.

a) Wissenschaft als das methodisch-systematische Streben nach Erkenntnis

Für das grundlegende Kriterium der Wissenschaftlichkeit stellt das urheberrechtliche Schrifttum im Einklang mit dem bereits dargestellten verfassungsrechtlichen Wissenschaftsbegriff entscheidend auf zwei Komponenten ab, die sich dem Verständnis von Wissenschaft als „ernsthafter, planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit“⁹⁶⁴ entnehmen lassen: zum einen die Ausrichtung der Tätigkeit auf das Ziel der Erkenntnis

⁹⁶¹ BGHGRUR 1997, 459, 462 – *CB-infobank I*; BGHNJW 1999, 1953, 1954 – *Kopienversanddienst*; Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 46; Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 22.

⁹⁶² Vgl. Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 46; Hohagen, S. 341.

⁹⁶³ Vgl. Art. 9 Datenbank-RL; zu den sich daraus ergebenden Fragen für die Auslegung des § 87c UrhG vergleiche noch unten Teil 3 B. IV. 2. a).

⁹⁶⁴ BVerfGE 35, 79, 113.

bzw. das Streben danach, zum anderen das dabei angewendete methodische und systematische Vorgehen.⁹⁶⁵ Näher definiert werden die Komponenten über diese Anforderungen hinaus in der urheberrechtlichen Literatur oder Rechtsprechung jedoch nicht.

Tatsächlich erscheinen abstrakte Grenzziehungen gerade mit Blick auf die Vielfalt der Disziplinen und die grundrechtlich zu gewährleistende Freiheit der Wissenschaft schwierig. Auch im Einzelfall ist es jedenfalls nicht Aufgabe der Rechtsprechung, sondern der Wissenschaft selbst, inhaltlich über gute oder schlechte Wissenschaft zu urteilen.⁹⁶⁶ Die Rechtsprechung muss und kann in zweifelhaften Fällen nur anhand eher formaler Kriterien ermitteln, ob die jeweilige Methodik, Systematik und das Ziel des Erkenntnisgewinns den Anforderungen an wissenschaftliche Tätigkeit genügen. Auch bei diesen Erwägungen muss jedoch der Grundrechtsschutz und die Wandelbarkeit der Wissenschaften auf Erkenntnis- wie auf Methodenebene hinreichend berücksichtigt werden. Neben Mindermeinungen sowie Ansätzen und Forschungsergebnissen, die sich als fehlerhaft erweisen, fällt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch „unorthodoxes oder intuitives Vorgehen“ unter den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG. Der verfassungsrechtliche Schutz hängt demnach „weder von der Richtigkeit der Methoden und Ergebnisse ab, noch von der Stichhaltigkeit der Argumentation und Beweisführung oder der Vollständigkeit der Gesichtspunkte und Belege, die einem wissenschaftlichen Werk zugrunde liegen.“⁹⁶⁷

Wenngleich derartige Kriterien aus wissenschaftlicher Binnenperspektive maßgeblich für die Beurteilung wissenschaftlicher Qualität sind, sind bei verfassungskonformer Auslegung des wissenschaftlichen Gebrauchs im Einzelfall keine übermäßig hohen Anforderungen an die Wissenschaftlichkeit der Tätigkeit bzw. an das Ziel des Erkenntnisgewinns und an die angewandte Methodik und Systematik zu stellen, um den verfassungsrechtlichen Wertungen nicht auf der Auslegungsebene der Norm zu widersprechen. Dem entspricht es, wenn zu Recht auch Tätigkeiten im Bereich der Populärwissenschaft einbezogen werden, soweit nach wissenschaftlichen Methoden und Grundsätzen gearbeitet wird, beispielsweise bei der Arbeit an einem populärwissenschaftlichen Artikel über medizinische Fragen.⁹⁶⁸ Genau genommen unterscheiden

⁹⁶⁵ Vgl. zu den jeweils nur marginal unterschiedlichen Formulierungen *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 22; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 23; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 44; *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 22; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 26.

⁹⁶⁶ Vgl. BVerfGE 5, 85, 145.

⁹⁶⁷ Vgl. BVerfGE 90, 1, 12 = NJW 1994, 1781, 1782; siehe dazu schon ausführlich oben Einleitung C. II.

⁹⁶⁸ Wilhelm Nordemann, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 19; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 44.

sich populärwissenschaftliche Werke von denen der reinen Wissenschaft in erster Linie durch die Art der Darstellung der Ergebnisse und den Adressatenkreis, und nur weniger zwingend auch bezüglich der verwendeten Methodik, Gründlichkeit und Themenwahl.

b) Keine inhaltliche Begrenzung der wissenschaftlichen Tätigkeit

Die ganz überwiegende Auffassung geht zu Recht davon aus, dass Wissenschaft inhaltlich nicht auf das begrenzt ist, was an Universitäten und Hochschulen gelehrt wird.⁹⁶⁹ Eine Gegenauffassung, die vor allem auf andernfalls entstehende Schwierigkeiten der Grenzziehung verweist,⁹⁷⁰ verkennt die bereits erwähnte prinzipielle Unabgeschlossenheit des Erkenntnisprozesses und die ständige Weiterentwicklung der Wissenschaft, die dazu führt, dass auch der Kanon der an Universitäten und Hochschulen ausgeübten Wissenschaftsdisziplinen nicht statisch, sondern dynamisch geprägt ist und deshalb eine entsprechende Begrenzung auch mit Blick auf die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG problematisch erscheint. Denn auch der Wissenschaftsbegriff des Grundgesetzes ist insoweit ein offener Begriff.⁹⁷¹ Wissenschaftliche „Wahrheiten“ befinden sich im Wandel. Auch neue Denkschulen, Disziplinen, Themen und Methoden dürfen nicht allein unter Verweis auf den momentanen *status quo* der universitären Wissenschaft ausgeschlossen werden, damit nicht dauerhaft allein die bereits anerkannten Wissenschaften vertieft werden.⁹⁷² Erst ein entsprechend weites Verständnis auch auf urheberrechtlicher Ebene berücksichtigt die kontinuierliche Weiterentwicklung der Wissenschaft und ihrer Disziplinen, gerade in deren Wechselwirkung. Soweit dadurch in Randbereichen Grenzziehungsschwierigkeiten entstehen, sind diese einer vereinfachenden, starr am Fächerkanon der Hochschulen ausgerichteten Trennlinie vorzuziehen. Die erforderlichen Abgrenzungen sind im Einzelfall durch die Rechtsprechung zu leisten, wiewohl Themengebiete aus den klassischen Wissenschaften eine starke positive Indizwirkung entfalten. Da letztlich alles Gegenstand der Wissenschaft sein kann, lässt sich die Wissenschaftlichkeit aber nicht durch einen Negativschluss anhand des Hochschulkansons verneinen, solange die Auseinandersetzung mit dem vermeint-

⁹⁶⁹ Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 22; *Ulmer*, § 65 III Nr. 1; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 44, *Bruhns*, UFITA 52 (1969), 115, 121 f.; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 26; *Gettke*, S. 42 f.

⁹⁷⁰ *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 19: „Zur Wissenschaft rechnet dabei nur, was an Universitäten und Hochschulen gelehrt wird.“ *Nordemann* grenzt hier lediglich inhaltlich, nicht jedoch personell ab, insoweit leicht missverständlich die Wiedergabe bei *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 23.

⁹⁷¹ Siehe dazu schon oben Einleitung C. II.

⁹⁷² Vgl. dazu auch *Hölscher*, S. 187.

lich exotischen oder profanen Gegenstand mit hinreichend wissenschaftlicher Methodik und Systematik zum Zweck des Erkenntnisgewinns erfolgt.

c) **Keine personelle Begrenzung auf hauptberufliche Wissenschaftler**

Ebenso wenig wie inhaltlich ist wissenschaftliche Tätigkeit personell auf die klassischen, institutionell angebundenen Beteiligten beschränkt. Zwar wird sie vor allem von Wissenschaftlern und an Hochschulen, Forschungsinstituten oder sonstigen wissenschaftlichen Einrichtungen ausgeübt. Auch derjenige, der nicht professionell bzw. überwiegend wissenschaftlich tätig ist, kann aber nach einhelliger Auffassung im Einzelfall einer wissenschaftlichen Tätigkeit nachgehen, solange er die Voraussetzungen erfüllt, so dass auch Praktiker privilegiert sein können.⁹⁷³ Klassisches Beispiel ist der hauptsächlich praktisch tätige akademische Berufsträger, der als Arzt oder Anwalt einen Beitrag für eine Fachzeitschrift verfasst.⁹⁷⁴ Gleiches gilt für Angehörige anderer akademischer Berufsgruppen und ihre Wissenschaftsgebiete, etwa Ingenieure oder Wirtschaftswissenschaftler.⁹⁷⁵ Relativiert wird die Einbeziehung dieser Berufsgruppen jedoch seit dem Zweiten Korb durch den Ausschluss gewerblicher Zwecke, der einer Privilegierung meist entgegensteht.⁹⁷⁶ Studenten werden bei entsprechenden Tätigkeiten ebenfalls privilegiert.⁹⁷⁷ Auch Privatleute mit wissenschaftlichem Informationsbedürfnis werden personell von der Schrankenregelung erfasst.⁹⁷⁸ Geht es um rein private wissenschaftliche Betätigung im Sinne eines „Hobbywissenschaftlers“, ohne dass gleichzeitig auch ein Bezug zur Berufstätigkeit oder Berufsausbildung besteht, kommt es zudem zu Überschneidungen mit der Privatkopie nach § 53 Abs. 1 UrhG,⁹⁷⁹ und beide Normen mit ihren unterschiedlichen sonstigen Voraussetzungen können parallel anwendbar sein.⁹⁸⁰

⁹⁷³ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 22; *Raczinski/Rademacher*, GRUR 1989, 324, 327; *Lüft*, in: *Wandtkel/Bullinger*, § 53 Rn. 26; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 23; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 27; *Bruhns*, UFITA 52 (1969), 115, 121 f.; alle jedoch noch zur früheren Rechtslage ohne Ausschluss gewerblicher Zwecke. Zu den damit verbundenen Folgen siehe noch unten Teil 3 A. II. 7.

⁹⁷⁴ *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 19.

⁹⁷⁵ *Bruhns*, UFITA 52 (1969), 115, 121 f.

⁹⁷⁶ Siehe dazu noch ausführlich unten, Teil 3 A. II. 7.

⁹⁷⁷ Vgl. im Ergebnis auch *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 22; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 27; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 23; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 49.

⁹⁷⁸ *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 283; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 27; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 48.

⁹⁷⁹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 25; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 22; mit anschaulichem Beispiel auch *Bruhns*, UFITA 52 (1969), 115, 117.

⁹⁸⁰ Zu den Unterschieden im Einzelnen noch unten, Teil 3 A. III.

d) Der privilegierte Gebrauchszweck im engeren Sinn

Von diesen Überlegungen zu trennen ist die Frage, für welche Form von Gebrauch bzw. für welche Gebrauchszwecke und Tätigkeiten die privilegierte Vervielfältigung hergestellt werden darf, was also wissenschaftlicher „Gebrauch“ im Sinn der Norm ist. Dies ist jedenfalls bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG weit zu verstehen und umfasst als Tätigkeiten das wissenschaftliche Forschen im engeren Sinne ebenso wie die Darstellung der Ergebnisse und die wissenschaftliche Lehre.⁹⁸¹ Ob im Rahmen der §§ 52a, 52b und 53a UrhG durch die Verwendung des Begriffs der „(wissenschaftlichen) Forschung“ eine Einschränkung zu sehen ist und nur ein engerer Anwendungsbereich verbleibt, kann an dieser Stelle dahinstehen.⁹⁸² Jedenfalls in § 53 UrhG ist der wissenschaftliche Gebrauch umfassend zu verstehen und privilegiert die wissenschaftliche Betätigung umfassend.

Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass die Erleichterung der Lehre im Vergleich zur sonstigen wissenschaftlichen Tätigkeit durch die Beschränkung auf „einzelne Vervielfältigungen“ in der Praxis weniger weitgehend ausfällt bzw. letztere stärker profitiert.⁹⁸³ Selbst wenn man dieses Tatbestandsmerkmal eher flexibel und funktional-orientiert versteht,⁹⁸⁴ überschreitet die erforderliche Anzahl der Vervielfältigungen schon bei größeren Seminaren, jedenfalls aber bei Massenvorlesungen an Universitäten die Grenzen des Zulässigen und mindert damit die Bedeutung der Norm, soweit es etwa um die Möglichkeit geht, ergänzende vorlesungsbegleitende Unterlagen zu verteilen. Eine gewichtige Rolle verbleibt dennoch auch im Bereich der Lehre, indem die Schranke dem Lehrenden ermöglicht, die für seine Vorbereitung gebotenen Vervielfältigungen anzufertigen. Auch dieser Verwendungszweck wird vom wissenschaftlichen Gebrauch erfasst.⁹⁸⁵

Umstrittener ist, inwieweit bereits die bloße Information über den Erkenntnisstand der Wissenschaft von der Schranke privilegiert wird. Von der ganz überwiegenden Mehrheit

⁹⁸¹ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 23; Decker, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 22.

⁹⁸² Dies ist im Einzelnen umstritten, wird nach der hier vertretenen Auffassung aber abgelehnt, siehe dazu noch unten bei den jeweiligen Normen.

⁹⁸³ *Poepfel*, S. 293.

⁹⁸⁴ Siehe dazu noch unten Teil 3 A. II. 5.

⁹⁸⁵ *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 51.

in der Literatur wird dies ohne weitere Begründung bejaht.⁹⁸⁶ Eine Gegenauffassung verlangt zusätzlich zu einem Forschungs-, Lehr- oder Studienzweck die aktive Aufbereitung in wissenschaftlicher Weise, um dem Kriterium des wissenschaftlichen Gebrauchs „eine klare Kontur zu verleihen“: Da die Schranke an die – wissenschaftliche – Art des Gebrauchs anknüpfe statt werkbezogen an den Charakter des genutzten Werkes, könne eine Privilegierung nicht allein wegen dessen wissenschaftlichen Charakters auch bei bloßem Konsum ohne eine damit einhergehende „wissenschaftliche Tätigkeit“ erfolgen.⁹⁸⁷

Nur letzterer Teilaussage ist angesichts des klaren Wortlauts beizupflichten. Eine allgemeine werkbezogene Schranke gerade zur Vervielfältigung wissenschaftlicher Werke existiert nicht. Entscheidend ist der wissenschaftliche Gebrauch. Deshalb ist der Gegenauffassung darüber hinaus jedoch entgegenzuhalten - was zumindest von Teilen der herrschenden Meinung ausdrücklich betont wird -, dass auch die eigene Information über den Stand der Wissenschaft gerade zum Zweck wissenschaftlicher Erkenntnis bzw. mit wissenschaftlicher Methodik erfolgen muss, um privilegiert zu werden.⁹⁸⁸

Entscheidend ist deshalb nicht, was für ein Werk zur anschließenden Rezeption vervielfältigt wird, sondern ob die Rezeption in einem Kontext erfolgt, der sich als hinreichend wissenschaftlich klassifizieren lässt. Privilegiert wird bei einem derartigen Verständnis nicht der bloße Konsum von Wissenschaftsliteratur, nicht ein irgendwie geartetes Interesse an Wissenschaft oder an wissenschaftlichen Werken, sondern gerade das „wissenschaftliche Interesse“, das auf einen ohne sofortige weitere Aufarbeitung der Ergebnisse für Dritte zunächst nur rein persönlichen Erkenntnisgewinn gerichtet ist. Auch eine derart durch das Kriterium der Wissenschaftlichkeit qualifizierte „bloße“ Informationsgewinnung ist Wissenschaft. Es erscheint deshalb zutreffend, einen damit verbundenen hinreichend systematischen und methodischen Erkenntnisprozess auch urheberrechtlich als wissenschaftliche Tätigkeit und die dafür gebotene Verwendung von Vervielfältigungen als wissenschaftlichen Gebrauch anzusehen.

Dies gilt umso mehr, als das von der Gegenauffassung angeführte Argument der klareren Grenzziehung seinerseits problematisch erscheint. Wollte man etwa für die Form

⁹⁸⁶ *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 27, 64; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 22; *Loewenheim*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch MMR, Kap. 7.4 Rn. 44; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 48; *Dreyer*, in: *HK-UrbR*, § 53 Rn. 44; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 26; *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger (Hrsg.)*, Impulse, S. 283.

⁹⁸⁷ *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 22.

⁹⁸⁸ *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 27.

der aktiven Aufbereitung bereits an die Absicht einer eigenen wissenschaftlichen Publikation anknüpfen, so stellt sich die Frage, ob in dem Moment, in dem vielleicht sogar gerade aufgrund der inzwischen gewonnenen Erkenntnisse ein derartiges Vorhaben aufgegeben wird, die bis dahin schon angefertigten Vervielfältigungen rückwirkend rechtswidrig werden sollen, weil die Schranke nun nicht länger anwendbar wäre. Würde darüber hinaus sogar die tatsächliche Publikation eigener Erkenntnisse vorausgesetzt, stellt sich rechtstechnisch die Frage, ob die Publikation den vorangegangenen Erkenntnisprozess als wissenschaftlich im Sinne der Norm adeln und einen Zustand der „schwebenden Rechtswidrigkeit“ angefertigter Vervielfältigungen rückwirkend beenden können soll.⁹⁸⁹

Es trifft zwar zu, dass sich aus dem der Wissenschaft eigenen Kriterium der Überprüfbarkeit ihrer Ergebnisse gerade im institutionalisierten Kernbereich der Wissenschaften der Anspruch entsprechender Publizität in Form von Veröffentlichungen und der Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs ergibt. Der damit verbundene Wissenskreislauf innerhalb der Wissenschaft ist ein bedeutender Wertungsgesichtspunkt und sollte auch stärker als bislang bei der Ausgestaltung der Wissenschaftsschranken berücksichtigt werden. Darauf wurde bereits im Zusammenhang mit dem im hohen Ausmaß produktiven Werkgebrauch wissenschaftlicher Werkrezipienten verwiesen.⁹⁹⁰ Gleichzeitig sind jedoch schon die vorgelagerten Erkenntnisprozesse notwendige Vorstufen für späteres wissenschaftliches Werkschaffen. Diese Prozesse sind vielschichtig, zumeist langwierig und gerade unter Einbeziehung der erforderlichen grundlegenden Kenntnisse nicht stets linear auf ein konkretes Ergebnis angelegt, sondern teilweise nur mittelbar späterem Werkschaffen zuzuordnen. Auch wenn deshalb nicht auf jeden wissenschaftlichen Erkenntnisprozess auch tatsächlich eine eigene produktive Werkschöpfung folgt, ist umgekehrt eine wissenschaftlichen Ansprüchen genügende Werkschöpfung ohne vorangegangene Erkenntnisprozesse undenkbar. Machte man dennoch gerade die aktive Aufbereitung der Erkenntnisse zum zwingenden Erfordernis, dann würden der Schranke dadurch zwar klare, nämlich rigide, Konturen gegeben. Dies geschähe aber auf Kosten einer massiven Behinderung der für das Gesamtsystem wesentlichen vorgelagerten und deshalb ihrerseits privilegierungswürdigen Erkenntnisprozesse und grübe dem Wissenskreislauf insgesamt das Wasser ab.

⁹⁸⁹ Vgl. dazu in leicht anderem Kontext auch die Einwände von *Classen*, S. 89, der darauf hinweist, die Veröffentlichung eines Ergebnisses folge seiner Gewinnung zeitlich nach und könne daher jedenfalls logisch keine Auswirkung auf dessen Bewertung haben.

⁹⁹⁰ Siehe oben Teil 1 C.

Deshalb ist im Ergebnis der ganz überwiegenden Auffassung zuzustimmen, die bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG neben den unstreitig erfassten Tätigkeiten der Forschung im engeren Sinne, der Darstellung der Erkenntnisse und der Lehre auch die bloße Information zum Zweck des Erkenntnisgewinns einbezieht, jedenfalls soweit es sich mit Blick auf Systematik und Methodik um wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn handelt. Dabei dürfen keine übertrieben hohen Anforderungen an diese Kriterien gestellt werden. Dient eine Vervielfältigung derartigen Tätigkeiten, so erfolgt sie zum wissenschaftlichen Gebrauch im Sinne der Norm.

e) Einhaltung der Richtlinienvorgaben

Nach dem genauen Wortlaut weicht der „wissenschaftliche Gebrauch“ begrifflich von der „wissenschaftlichen Forschung“ der Richtlinienvorgaben des Art. 6 Abs. 2 b) Datenbank-RL und Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL ab. Dennoch wurde bei der Umsetzung beider Richtlinien keine entsprechende Anpassung vorgenommen. Vielmehr wurde umgekehrt auch die entsprechende Schrankenregelung des sui generis-Rechts in § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG wortgleich und unter Verweis auf die Parallelen zum älteren § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG formuliert.⁹⁹¹ Auch die Veränderungen an § 53 Abs. 5 UrhG nahm der Gesetzgeber im Ersten Korb nicht zum Anlass für eine Neufassung, sondern sah den wissenschaftlichen Gebrauch ausdrücklich als Entsprechung zur wissenschaftlichen Forschung der Richtlinienvorgabe.⁹⁹²

Das Festhalten an der Formulierung ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil die Mitgliedsstaaten nach Art. 6 Abs. 2 d) Datenbank-RL zwar ausdrücklich traditionelle Schranken beibehalten durften, allerdings nur „unbeschadet“ der Buchstaben a), b) und c). Gerade in diesem Bereich einschließlich der Wissenschaftsschranke sollte also eine Rechtsvereinheitlichung erfolgen.⁹⁹³ Daran wird der Ausgangspunkt des Gesetzgebers deutlich, dass auch eine Schranke, die begrifflich auf den „wissenschaftlichen Gebrauch“ abstellt, vom Schrankenvorbehalt für die „wissenschaftliche Forschung“ gedeckt wird und er beides weitgehend synonym versteht⁹⁹⁴ – nach hiesiger Ansicht zu Recht,⁹⁹⁵ und im Übrigen ohne dass die unterbliebene Anpassung an den Wortlaut der

⁹⁹¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG), BT-Drs. 13/7385, S. 44.

⁹⁹² Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34.

⁹⁹³ Vgl. *Hugenholtz*, in: *Dreier/Hugenholtz*, (Hrsg.), *Concise European Copyright, Database Directive*, Art. 6 Punkt 3.

⁹⁹⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7385, S. 44.

⁹⁹⁵ Siehe dazu auch noch die Ausführungen unten bei § 52a UrhG, Teil 3 C. II. 3. b.

Richtlinie bislang in Frage gestellt worden wäre. Dafür spricht, dass auch der Datenbankrichtlinie eine entgegenstehende engere Definition des Begriffs der wissenschaftlichen Forschung fehlt. Erwägungsgrund 36 legt lediglich fest, dass mit dem Begriff sowohl „die Naturwissenschaften als auch die Geisteswissenschaften“ erfasst sind, ohne hier erneut nur auf die Forschung Bezug zu nehmen. Die spätere InfoSoc-Richtlinie hält ihrerseits nicht einmal einheitlich an den Begrifflichkeiten fest, sondern der dortige Erwägungsgrund 34 UrhG bezieht sich seinerseits ganz generell auf privilegierungswürdige „wissenschaftliche Zwecke“.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass trotz leicht abweichender Begrifflichkeiten kein Bedeutungsunterschied intendiert ist bzw. § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG trotz der unterbliebenen Anpassung im Einklang mit der Richtlinie steht.⁹⁹⁶

3. Eigener Gebrauch

Eigener Gebrauch setzt als zentrales Kriterium des § 53 Abs. 2 UrhG voraus, dass das Werkstück zur eigenen Verwendung und nicht zur Weitergabe an Dritte vervielfältigt wird.⁹⁹⁷ Anders als bei der Privatkopie, auf die sich schon vor einer Klarstellung im Ersten Korb⁹⁹⁸ nur natürliche Personen berufen konnten, kommt die Vervielfältigungsfreiheit zum eigenen Gebrauch auch juristischen Personen und sonstigen Vereinigungen zugute.⁹⁹⁹ Eigener Gebrauch ist demnach insbesondere der betriebs- bzw. behördeninterne Gebrauch durch Unternehmen, Behörden, Hochschulen, Bibliotheken, Angehörige freier Berufe usw.,¹⁰⁰⁰ die durch ihre Mitarbeiter Vervielfältigungen zum internen Gebrauch herstellen lassen dürfen.¹⁰⁰¹ Er umfasst gerade auch berufliche oder erwerbswirtschaftliche Zwecke,¹⁰⁰² und tatsächlich wird der eigene Gebrauch besonders häufig

⁹⁹⁶ Im Ergebnis ebenso *Suttorp*, S. 130 f., auch wenn der dortige Verweis auf Punkt 17 der Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt der Datenbank-Richtlinie nicht überzeugt, da es dort um das sui-generis-Recht ging und Art. 6 Abs. 2 d) Datenbank-RL für bestehende traditionelle urheberrechtliche Schranken gerade eine besondere Regelung trifft.

⁹⁹⁷ Begründung Regierungsentwurf vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 9; *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 16.

⁹⁹⁸ Vgl. dazu *Hohagen*, S. 354.

⁹⁹⁹ Begründung Regierungsentwurf vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 9.

¹⁰⁰⁰ Vgl. auch *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 17; *Hohagen*, S. 444; jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁰¹ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 17.

¹⁰⁰² Begründung Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 245; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 25; zu den Auswirkungen der Beschränkung auf nichtgewerbliche Zwecke im Fall der Wissenschaftskopie siehe noch unten, Teil 3 A. II. 7.

für berufliche Zwecke innerhalb einer juristischen Person oder sonstigen Organisation vorgenommen.¹⁰⁰³ Eigener Gebrauch liegt jedoch dann nicht mehr vor, wenn die hergestellten Vervielfältigungsstücke nicht für den internen Gebrauch, sondern, zumindest auch, für außenstehende Wissenschaftler oder Institute angefertigt werden oder zur Herstellung weiterer für Dritte bestimmter Vervielfältigungsstücke dienen sollen, selbst wenn sie physisch im Unternehmen, der Behörde oder dem Institut verbleiben.¹⁰⁰⁴ Eine darüber hinausgehende Weitergabe an außenstehende Dritte scheidet erst recht aus.¹⁰⁰⁵

Wer Dritter im Sinne der Vorschrift ist und wie weit demnach der „interne“ Gebrauch im Einzelfall reicht, bestimmt das Gesetz nicht. Teilweise werden zur Eingrenzung des Nutzerkreises zusätzliche interne Grenzziehungen verlangt. Kopiertätigkeit und Zweckbindung müssten nicht nur in einer juristischen Person zusammenfallen, sondern bei einer starken Aufgliederung sogar auf eine „organisatorische Zelle“ beschränkt sein, besonders innerhalb von Körperschaften und Anstalten.¹⁰⁰⁶ Speziell der eigene wissenschaftliche Gebrauch finde im Regelfall nur am selben Lehrstuhl, allenfalls am selben Institut oder in derselben Forschungseinrichtung statt.¹⁰⁰⁷ Auch die amtliche Begründung zum UrhG nennt ausdrücklich wissenschaftliche Institute.¹⁰⁰⁸ Ob dies als Begrenzung des Nutzerkreises gemeint war oder eher als Beispiel dienen sollte, ist allerdings nicht ersichtlich, so dass sich hieraus kein entscheidendes Argument ableiten lässt.

Berücksichtigt man die Vielfältigkeit des wissenschaftlichen Arbeitens, das die Schranke privilegieren soll, spricht dies gegen ein starres Abstellen auf feste Grenzziehungen innerhalb organisatorischer Einheiten, sei es die Institutsgrenze, der Lehrstuhl, oder Abteilungen bzw. sogar Unterabteilungen in Forschungsinstituten. Wissenschaft und Forschung sind besonders stark durch Kooperation geprägt, die über derartige Grenzen hinausgeht. In unterschiedlichen Formen schließen sich Wissenschaftler inzwischen gerade fachübergreifend zusammen, sei es dauerhaft oder zeitlich begrenzt und projektbezogen. Weniger entscheidend als der formal-organisatorische Rahmen sollte deshalb

¹⁰⁰³ Vgl. *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 17.

¹⁰⁰⁴ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 17, 22.

¹⁰⁰⁵ Vgl. BGH GRUR 1997, 459, 461 – *CB-Infobank I*.

¹⁰⁰⁶ *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 18.

¹⁰⁰⁷ Derart eng, allerdings auf den „Regelfall“ bezogen *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 16; für ein Abstellen auf das jeweilige Institut *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 18; für die jeweilige „Wissenschaftseinrichtung“ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 23.

¹⁰⁰⁸ Begründung Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 245.

für die Abgrenzung zwischen Eigen- und Drittgebrauch sein, ob die jeweiligen Beteiligten so kooperieren, dass wertend eine hinreichend verfestigte Einheit vorliegt, um noch von eigenem Gebrauch sprechen zu können. Das kann etwa auch bei eher punktueller Zusammenarbeit zum Zwecke einzelner Veröffentlichungen oder anderer konkreter Projekte der Fall sein und ist abhängig von den Umständen des Einzelfalles.¹⁰⁰⁹

Ein derart funktionaler Ansatz, der auf die Erleichterung des konkreten wissenschaftlichen Arbeitens und damit auf den Zweck der Schranke abstellt, kann sich systematisch auf Parallelen mit der Schranke des § 52a UrhG zugunsten der öffentlichen Zugänglichmachung für die eigene Forschung stützen, bei der der Regierungsentwurf auf § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG als vergleichbare Regelung verweist.¹⁰¹⁰ § 52a UrhG stellt auf einen „bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen“ ab, ohne dabei zwingend an Institutsgrenzen halt zu machen.¹⁰¹¹ An den Gesetzgebungsmaterialien wird deutlich, dass dabei an „kleine Forschungsteams“¹⁰¹² gedacht wurde, die gemeinsam an einem Projekt arbeiten.¹⁰¹³ Dies kann dazu führen, dass bei großen formal-organisatorischen Einheiten wie Universitäten im Rahmen des § 52a UrhG nicht alle Wissenschaftler der Universität Zugriff auf die jeweiligen Werke erhalten dürfen, lässt sich jedoch umgekehrt als Privilegierung von Forschungsteams über formal-organisatorische Grenzen hinaus verstehen und stützt ein funktionales Verständnis, das auch beim eigenen wissenschaftlichen Gebrauch vorzugswürdig erscheint.

Angesichts der flexibel kooperierenden Wissenschaft sollte deshalb bei der Wissenschaftskopie die Grenze zwischen eigenem Gebrauch und Drittgebrauch ausreichend flexibel gehandhabt werden. Der eigene wissenschaftliche Gebrauch erstreckt sich einerseits nicht unabhängig vom funktionalen Zusammenhang automatisch auf alle Mitglieder eines Instituts oder einer Einrichtung, ermöglicht andererseits aber die Nutzung der von einem Mitglied eines Forschungsteams angefertigten Vervielfältigungen durch andere Mitglieder einer funktionalen Einheit unabhängig von ihrer formal-organisatorischen Institutszugehörigkeit.

¹⁰⁰⁹ Vgl. *Poepfel*, S. 291, der ebenfalls eine funktionalere Betrachtungsweise befürwortet.

¹⁰¹⁰ Begründung Regierungsentwurf vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 20.

¹⁰¹¹ Siehe noch unten Teil 3 C. II. 2.

¹⁰¹² Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34.

¹⁰¹³ So zutreffend *Suttorp*, S. 133.

4. Herstellen lassen

§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG setzt keine eigenhändige Anfertigung des Vervielfältigungsstücks voraus, sondern gestattet es, die Kopie durch einen anderen „herstellen zu lassen“. Der Dritte hat an der Privilegierung seines Auftraggebers teil.¹⁰¹⁴ Anders als bei der Privatkopie existiert auch keine Beschränkung auf eine unentgeltliche Tätigkeit des Dritten oder auf photomechanische oder ähnliche Verfahren.¹⁰¹⁵

Die Möglichkeit des Herstellen Lassens wurde ursprünglich insbesondere vor dem Hintergrund der zunächst teuren Vervielfältigungsgeräte eingeführt, um auch denjenigen ein Kopieren zu ermöglichen, die nicht über entsprechende eigene Möglichkeiten verfügten.¹⁰¹⁶ Wegen insoweit gewandelter Rahmenbedingungen wird die Privilegierung der Herstellung durch Dritte teilweise bei Überlegungen *de lege ferenda* kritisch beurteilt.¹⁰¹⁷ *De lege lata* sind jedoch die Grenzen inzwischen durch einschlägige Rechtsprechung hinreichend konkretisiert, um Ausuferungen zu verhindern. Eine Streichung erscheint deshalb angesichts der strengen Auslegung des Tatbestandsmerkmals nicht mehr erforderlich.¹⁰¹⁸ Zudem verbleiben auch bei weiter Verbreitung von Vervielfältigungsgeräten nicht zu unterschätzende Anwendungsfälle, etwa soweit der wissenschaftliche Nutzer mit der Herstellung der benötigten Kopien Hilfspersonen betraut, die zwar zur jeweiligen Einrichtung gehören, aber ihrerseits nicht wissenschaftlich arbeiten, so dass nicht bereits ein Fall des gemeinsamen eigenen Gebrauchs vorliegt.¹⁰¹⁹

In mehreren Urteilen hat der BGH die Freistellung insoweit begrenzt, als die Tätigkeit des Dritten auf den technisch-maschinellen Vorgang der Vervielfältigung beschränkt sein muss, indem dieser die Funktion des „notwendigen Werkzeugs“ des Nutzers übernimmt; das Verhalten des Dritten muss sich im Rahmen einer konkreten Anweisung zur Herstellung eines bestimmten Vervielfältigungsstücks für den eigentlich privilegierten Nutzer halten; nicht erfasst ist eine Vorgehensweise, bei denen die Vervielfältigungsvorgänge mit einer vorherigen Recherchetätigkeit des Beauftragten

¹⁰¹⁴ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 20; BGH GRUR 1997, 459, 462 - *CB-Infobank I*.

¹⁰¹⁵ Vgl. *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 47.

¹⁰¹⁶ Vgl. Begründung Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, S. 74, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240 ff.

¹⁰¹⁷ Vgl. kritisch etwa *Poeppe*, S. 340 ff.

¹⁰¹⁸ So auch *Fröhlich*, S. 162.

¹⁰¹⁹ In diese Richtung auch *Nippe*, ZUM 1998, 382, 386f.

verbunden ist.¹⁰²⁰ Für den Kopienversand hat der BGH an diesen Grenzziehungen vor Schaffung des § 53a UrhG auch dann festgehalten, wenn wie im streitgegenständlichen Fall die Bibliothek zunächst über ihren OPAC auch die Recherchemöglichkeit eröffnet, solange der Besteller selbst die Recherche vornimmt; unter weiteren Voraussetzungen und gegen angemessene Vergütung wurde auch diese Form der Vervielfältigung als privilegiert Fall des Herstellen Lassens angesehen.¹⁰²¹

Auf eine Kurzformel gebracht muss daher beim Herstellen Lassen der Werknutzer selbst festlegen, was kopiert werden soll, während die tatsächliche Anfertigung der Kopien delegiert werden darf.¹⁰²²

5. Einzelne Vervielfältigungsstücke

§ 53 UrhG erlaubt die Anfertigung „einzelner“ Vervielfältigungsstücke, ohne den Begriff näher zu definieren. Spätestens seit einer Entscheidung des BGH¹⁰²³ hat sich für die darunter verstandenen, für sich ebenfalls wenig aussagekräftigen „einigen wenigen Exemplare“ eine Obergrenze von sieben Vervielfältigungsstücken etabliert,¹⁰²⁴ wobei sich der BGH bereits zum Zeitpunkt seiner Entscheidung auf entsprechende Auffassungen in der Lehre und eine Einlassung des Bundesjustizministeriums stützen konnte.¹⁰²⁵ Im Schrifttum wird die Obergrenze teils befürwortet, teils aber auch als zu hoch angesehen.¹⁰²⁶

Jenseits von allzu dogmatisch verstandenen zahlenmäßigen Obergrenzen erscheint es überzeugend, auf den für den jeweiligen Gebrauch erforderlichen Bedarf abzustellen, so dass zum Teil bereits ein einzelnes Vervielfältigungsstück ausreichen kann und muss,

¹⁰²⁰ BGH NJW 1997, 1363, 1366 – *CB Infobank I*; BGH NJW 1997, 1368, 1370 – *CB-Infobank II*; zustimmend *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 19; vgl. auch *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 826; *Nolte*, S. 105ff.

¹⁰²¹ BGH GRUR 1999, 707, 709 ff. – *Kopienversanddienst*; zustimmend *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 19, dazu eingehender noch unten Teil 3 E. I. 2. a).

¹⁰²² So anschaulich *Nippe*, ZUM 1998, 382, 384.

¹⁰²³ BGH GRUR 1978, 474 ff – *Vervielfältigungsstücke*.

¹⁰²⁴ Siehe dazu *Nippe*, GRUR 1994, 888 ff. Selbst der iTunes-Store von Apple hat sich offenbar an dieser Praxis orientiert, indem das verwendete Digital Rights Management es seinen Kunden ermöglicht, die im iTunes Store heruntergeladenen Musikstücke auf bis zu sieben Endgeräten des Kunden zu speichern und abzuspielen.

¹⁰²⁵ Schriftliche Antwort des Bundesjustizministers *Heinemann* auf eine Abgeordnetenfrage im Deutschen Bundestag, BT-Drs. V/3229.

¹⁰²⁶ Übersichtlich *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 14, jeweils mit weiteren Nachweisen. Befürworter einer restriktiveren Auslegung halten häufig die Zahl drei für eine interessengerechte Grenze, siehe z.B. *Hohagen*, S. 355, 445.

in anderen Fällen, gerade aus technischen Gründen, aber auch mehrere Vervielfältigungen durch die Schranke gedeckt sind.¹⁰²⁷ Eine derartig flexible Regelung hat unter anderem den Vorteil, dass es nicht zu einem an einer starren Obergrenze orientierten Ausschöpfen dieser Grenze kommt. Außerdem wird eine flexible Regelung auch dem grundlegenden Gedanken am ehesten gerecht, dass Schranken ihrerseits einen Interessenausgleich bewerkstelligen wollen, dazu einen bestimmten Gebrauchszweck privilegieren, und dieser, aber letztlich auch nur dieser, durch die Anfertigung der erforderlichen Anzahl von Kopien erreicht werden können sollte.

Für die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch dürften deshalb im Fall des einzelnen Wissenschaftlers, der die Vervielfältigung lediglich zum eigenen Gebrauch anfertigt, in aller Regel eher die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen wie beispielsweise die Frage der Gebotenheit restriktiv wirken als die quantitative Begrenzung der Kopien, selbst wenn im Einzelfall aus technischen Gründen mehr als nur eine Vervielfältigung erforderlich ist. Beim eigenen Gebrauch innerhalb einer größeren Wissenschaftseinrichtung oder sonstigen von der Schranke noch erfassten Organisationseinheit verhindert die Begrenzung auf einzelne Vervielfältigungsstücke die zentrale massenhafte Vervielfältigung von Werken. Bei entsprechend großen Forschungseinheiten kann demnach das Kriterium der Funktionseinheit zwar dazu führen, dass eine Benutzung der Vervielfältigungsstücke durch alle Mitglieder noch unter den eigenen Gebrauch zu subsumieren ist, die Bereitstellung eines eigenen Vervielfältigungsstückes für jedes Mitglied aber den quantitativen Rahmen sprengen würde und deshalb nur so viele Vervielfältigungsstücke zulässig sind, wie im Einzelfall unter funktionalen Gesichtspunkten auch wirklich erforderlich sind, um die wissenschaftliche Arbeit mit dem jeweiligen Werk als privilegierten Gebrauchszweck zu ermöglichen.

6. Die Gebotenheit der Vervielfältigung

Die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch ist nur zulässig, „wenn und soweit“ sie „zu diesem Zweck geboten ist“. Dieses Tatbestandsmerkmal dient laut Gesetzgeber der „Verhütung von Missbräuchen“, ohne dass die Einzelheiten der Gebotenheit näher erläutert würden.¹⁰²⁸ Dennoch hat sich innerhalb der Literatur trotz gewis-

¹⁰²⁷ Lüft, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 13; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 20; Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 14. Auch der österreichische OGH interpretiert den Begriff der einzelnen Vervielfältigungsstücke derart flexibel, siehe OGH GRUR Int. 1994, 857 – *Null-Nummer*.

¹⁰²⁸ Begründung Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 289.

ser Unterschiede in den Nuancen ein weitgehend übereinstimmendes Verständnis etabliert, das im Folgenden dargestellt und kritisch untersucht wird. Dabei unterscheidet die Gebotenheit sprachlich mehrere Ebenen. Zum einen enthält sie ein qualitatives Element („wenn“), zum anderen ein quantitatives Element in Bezug auf den zulässigen Umfang („soweit“).

a) Das qualitative Element der Gebotenheit

Das erste, qualitative Element der Gebotenheit („wenn“) lässt sich erneut unterteilen in eine inhaltlich-wissenschaftliche Perspektive sowie in eine situationsbezogene Perspektive, in der es um Möglichkeiten alternativer Werkbeschaffung geht.

aa) Die Gebotenheit aus inhaltlich-wissenschaftlicher Perspektive

Zunächst ist erforderlich, dass die Vervielfältigung für die jeweilige wissenschaftliche Tätigkeit inhaltlich benötigt wird, das vervielfältigte Werk also thematisch zur Fragestellung des Wissenschaftlers passt und seine Rezeption dem Streben nach Erkenntnis potentiell förderlich ist. Hier wird zu Recht ein vergleichsweise großzügiger Maßstab angelegt, denn dies muss im Ergebnis weitgehend dem Urteil des Wissenschaftlers überlassen bleiben.¹⁰²⁹ Was er für sein Vorhaben inhaltlich benötigt und berücksichtigen will, kann nur derjenige zutreffend beurteilen, der Inhalt, Breite und notwendige Bezugs- und Vergleichspunkte des Projekts kennt und teilweise auch erst während der wissenschaftlichen Arbeit endgültig festlegen kann. Selbst wenn sich zwischenzeitliche Ansätze als Irrwege und somit auch manche Vervielfältigungen im Nachhinein als überflüssig herausstellen, ist dies Teil des die Wissenschaft kennzeichnenden Erkenntnisprozesses und ändert nichts an der ursprünglichen Gebotenheit der Vervielfältigung aus inhaltlicher Perspektive.¹⁰³⁰ Ob ein Werk für über die aus handwerklichen Gründen erforderliche möglichst vollständige Erfassung des vorbestehenden Wissenstands hinaus inhaltlich gewinnbringend ist, wird sich häufig ohnehin erst nach der Lektüre und damit in aller Regel auch erst nach der zu diesem Zweck angefertigten Kopie herausstellen.

Entscheidend muss deshalb sein, dass der Wissenschaftler eine Vervielfältigung zunächst subjektiv für erforderlich hielt, selbst wenn sie objektiv schon *ex ante* und auch

¹⁰²⁹ Loewenheim, in: Loewenheim, Handbuch, § 31 Rn. 27; Decker, in: Möhring/Nicolini, § 53 Rn. 23; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, § 53 Rn. 27.

¹⁰³⁰ Im Ergebnis ebenso Loewenheim, in: Schricker, § 53 Rn. 23.

subjektiv jedenfalls *ex post* überflüssig gewesen sein mag. Ein Korrektiv gegen einen Missbrauch dieses durch subjektive Maßstäbe eingeräumten inhaltlichen Beurteilungsspielraums des Wissenschaftlers¹⁰³¹ ist darin zu sehen, dass Vervielfältigungen stets mit zumindest geringfügigen Mühen und Kosten verbunden sind. Man darf annehmen, dass ein Wissenschaftler im Bereich seiner wissenschaftlichen Tätigkeit nur dort vervielfältigt, wo er dafür eine wissenschaftliche Veranlassung sieht, andere Motive dafür sind kaum erkennbar.¹⁰³² Eine zusätzliche Beschränkung der Gebotenheit aus inhaltlich-wissenschaftlicher Perspektive wird sich danach in aller Regel nicht ergeben. Wesentliches Kriterium bleibt damit die im Folgenden zu untersuchende situationsbezogene Perspektive.

bb) Die Gebotenheit aus situationsbezogener Perspektive

Aus situationsbezogener Perspektive ist nach weit verbreitetem Verständnis in unterschiedlichen Nuancierungen entscheidend, ob eine Werkvervielfältigung deshalb für die wissenschaftliche Werkrezeption geboten ist, weil andere Möglichkeiten nicht oder nur unzureichend bestehen oder im Sinne eines wertenden Elements nicht zumutbar sind.¹⁰³³ Alternativen bestehen dabei nach der Kommentarliteratur entweder im Kauf des gewünschten Werkes oder in dessen Ausleihe.¹⁰³⁴ Richtigerweise muss man inzwischen angesichts ihrer Bedeutung im Wissenschaftsbereich folgerichtig auch die Form der unkörperlichen Datenübertragung einbeziehen,¹⁰³⁵ soweit man sie nicht in diesem Zusammenhang ohnehin untechnisch mit dem Kauf des gewünschten Werkes gleichsetzt.

Bezüglich des zumutbaren Aufwands unterscheiden sich die Formulierungen im Detail, die Literatur geht jedoch im Wesentlichen davon aus, an der Gebotenheit fehle es, wenn eine anderweitige Beschaffung „unkompliziert“,¹⁰³⁶ „leicht“,¹⁰³⁷ „problem-

¹⁰³¹ Nicht sachgerecht insoweit die Darstellung der herrschenden Literaturauffassung bei *Hölscher*, S. 188, wenn sie den Beurteilungsspielraum und die maßgebliche subjektive Perspektive auf das Kriterium der Gebotenheit insgesamt ausdehnt. Nur dann verlöre wie von ihr kritisch angemerkt das Merkmal der Gebotenheit tatsächlich insgesamt seine Funktion als Missbrauchskontrolle und würde weitgehend überflüssig. Dass dem nicht so ist, sondern ihm gerade im digitalen Zeitalter potentiell große Bedeutung zukommt, wird noch ausführlich dargestellt.

¹⁰³² So zutreffend *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromml/Nordemann*, § 53 Rn 19, *Roelleke*, UFITA 80 (1979), 79, 93.

¹⁰³³ Vgl. im einzelnen die nachfolgenden Literaturnachweise.

¹⁰³⁴ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 23; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 27.

¹⁰³⁵ So zu Recht ausdrücklich *Poepfel*, S. 295; dazu noch später im Detail.

¹⁰³⁶ *Beger*, S. 35.

¹⁰³⁷ *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 23.

los“,¹⁰³⁸ „unschwer“,¹⁰³⁹ „ohne Schwierigkeiten“¹⁰⁴⁰ bzw. „ohne erheblichen Aufwand“¹⁰⁴¹ möglich sei¹⁰⁴². Die Gebotenheit sei demgegenüber dann zu bejahen, wenn ein „Ankauf nicht möglich“,¹⁰⁴³ oder ein Werk „nur mit Schwierigkeiten erhältlich“¹⁰⁴⁴ sei. Häufig wird dies ergänzt durch das jedoch ganz überwiegend nicht weiter erläuterte Kriterium der „Zumutbarkeit“.¹⁰⁴⁵

Der damit unternommene Versuch einer Grenzziehung bleibt offensichtlich und wohl auch notwendiger Weise vage angesichts der in nahezu allen Formulierungen enthaltenen Wertungsspielräume. Die Frage, was noch „unschwere“ anderweitige Beschaffung und was bereits „erheblicher“ Aufwand ist, lässt Raum für unterschiedliche Sichtweisen und lässt sich nur schwer ohne Bezug zum jeweiligen Einzelfall festlegen. Festhalten lässt sich jedoch allgemein, dass es an der Gebotenheit nach nahezu allgemeiner Ansicht umso eher fehlt, je geringer der Aufwand ausfällt, das jeweilige Werk anders als durch eine eigene Vervielfältigung zu beschaffen.¹⁰⁴⁶

Soweit nicht die in der Regel kostenlose Ausleihe, sondern ein eigener Kauf oder eine kostenpflichtige Online-Abrufmöglichkeit eine mögliche Alternative zur Vervielfältigung darstellt, enthält die Gebotenheit über das Kriterium der von vielen Stimmen betonten Zumutbarkeit auch eine preisbezogene Komponente.¹⁰⁴⁷ Im Vordergrund steht dabei weniger eine absolute „Preiskontrolle“ als die Frage, ob dort, wo lediglich ein Teil eines Werkes benötigt wird, der Preis für das gesamte Werk bzw. sein Erwerb im Vergleich zum Umfang der gewünschten Vervielfältigung unzumutbar erscheint.¹⁰⁴⁸ Dieser

¹⁰³⁸ Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 23, *Kröger*, S. 324.

¹⁰³⁹ *Ulmer*, § 65 III Nr. 1.

¹⁰⁴⁰ *Poepfel*, S. 349.

¹⁰⁴¹ *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 27.

¹⁰⁴² Am restriktivsten und dabei ohne jeden Wertungsspielraum wohl nur *Bercovitz*, in: *Bercovitz*, in: *Baulch/Green/Wyburn* (Hrsg.), *ALAI Study Days, Boundaries of Copyright*, S. 99, nach dem nur dort ein Anwendungsbereich für die Wissenschaftsschranke verbleibt, wo überhaupt kein Erwerb des Werks möglich ist und deshalb die eigene Vervielfältigung die einzige Möglichkeit darstellt.

¹⁰⁴³ *Ulmer*, § 65 III Nr. 1.

¹⁰⁴⁴ *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Koch*, S. 312; *Fröhlich*, S. 163.

¹⁰⁴⁵ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 23; *Beger*, S. 35; *Ulmer*, § 65 III Nr. 1; *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Koch*, S. 312; *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 23; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 45; für *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 19 bedeutet unzumutbar „zu teuer oder zu umständlich, d.h. mit erheblichem Zeitaufwand verbunden“.

¹⁰⁴⁶ So zutreffend zusammenfassend *Poepfel*, S. 295.

¹⁰⁴⁷ Ausdrücklich beziehen sich auf Preisaspekte etwa *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 19; *Poepfel*, S. 295f; *Katzenberger*, GRUR 1973, 629, 633; auch andere Stimmen lassen sich jedoch unter dem Aspekt der Zumutbarkeit so verstehen, siehe die folgenden Literaturnachweise.

¹⁰⁴⁸ Vgl. *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 45; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 23.

Gedanke wird vom Gesetzgeber noch deutlicher zum Ausdruck gebracht, wenn es um die Begründung der Schranke zugunsten der Vervielfältigung von kleinen Teilen und einzelnen Beiträgen aus Zeitungen oder Zeitschriften in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG geht und der Erwerb des ganzen Werkes oder der ganzen Zeitschrift im Vergleich mit einer Vervielfältigung als „wirtschaftlich untunlich“ bzw. als „unter den heute bestehenden technischen Möglichkeiten unwirtschaftlich“ bezeichnet wird.¹⁰⁴⁹ Über diese relative preisbezogene Unzumutbarkeit hinaus sind jedoch kaum Stimmen vernehmbar, die bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG auch davon unabhängig schon bei der absoluten Höhe des für ein bestimmtes Werk verlangten Preises ansetzen aus diesem Grund die Gebotenheit einer Vervielfältigung zum wissenschaftlichen Gebrauch trotz verfügbarer, aber eben zu teurer Alternativen bejahen.¹⁰⁵⁰

(1) Kritische Überlegungen angesichts des Normzwecks

Wichtig erscheint bei den im Einzelfall erforderlichen Abwägungsentscheidungen, stärker als dies in einem großen Teil der Literatur unmittelbar zum Ausdruck gelangt, den grundlegenden Zweck der Vervielfältigungsfreiheit zum wissenschaftlichen Gebrauch zu berücksichtigen, wie er schon aus der Gesetzesbegründung hervorgeht. Wissenschaftler sollen in ihrer Tätigkeit nicht dadurch „behindert sein“ [sic], vor der Herstellung von Abschriften aus geschützten Werken jedes Mal die Erlaubnis des Urhebers einholen zu müssen.¹⁰⁵¹ Eine mögliche Beeinträchtigung der wissenschaftlichen Arbeit durch eine zu rigide Verweisung auf alternative Beschaffungsmöglichkeiten widerspräche diesem grundlegenden Anliegen. Mit entsprechenden Stimmen in der Literatur ist deshalb das Kriterium der Gebotenheit in engem Zusammenhang mit der Frage der Beeinträchtigung wissenschaftlicher Tätigkeit zu sehen.¹⁰⁵² Begrifflich wiederfinden lässt sich dies in einem großen Teil der Literatur im Element der „Zumutbarkeit“ aus Sicht des wissenschaftlich Tätigen.

¹⁰⁴⁹ Begründung Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 290; zustimmend *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 33.

¹⁰⁵⁰ Am deutlichsten vielleicht noch *Poeppel*, S. 296, der allgemein von notwendigen „angemessenen Konditionen und von „finanziellen Hindernissen“ spricht, die zum Überschreiten der Schwelle zum erheblichen Aufwand führen können; auch *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn.45 bezieht sich auf „akzeptable Preise“.

¹⁰⁵¹ Begründung Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 289.

¹⁰⁵² Siehe beispielsweise *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn.27; in diese Richtung auch *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 23; *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 23; ebenfalls *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn.45, die auch insgesamt vor allzu strengen Anforderungen warnt.

Insbesondere die Verweisung auf Ausleihmöglichkeiten einer Bibliothek wird in ihren Auswirkungen relativiert, wenn die Beeinträchtigungen der wissenschaftlichen Tätigkeit ausreichend berücksichtigt werden, die je nach den Umständen mit zunächst erforderlichen Bestellvorgängen, möglichen Wartefristen, Verzögerungen durch Fernleihe oder einer Beschränkung auf eine Präsenznutzung verbunden sein können.¹⁰⁵³ Denn auch in gut ausgestatteten Bibliotheken ist weder eine bloße Präsenznutzung noch das Angebot einer befristeten Ausleihe ohne zusätzliche Vervielfältigungsmöglichkeiten in der Lage, die Informationsversorgung ohne zumindest zeitliche Beeinträchtigungen zu gewährleisten. Bei Werken, die vom Wissenschaftler nur punktuell herangezogen werden, kann eine einmalige Ausleihe und Rezeption ausreichend sein. Vielfach ist jedoch erforderlich, auf bestimmte Werke wiederholt oder dauerhaft zugreifen zu können.¹⁰⁵⁴ Gerade zur Gegenüberstellung einer Vielzahl von Werken ist häufig deren zumindest zeitweise Sammlung Voraussetzung wissenschaftlichen Arbeitens.¹⁰⁵⁵ Die Möglichkeit einer wiederholten und in der Regel befristeten Ausleihe scheitert in der Praxis unabhängig von dem damit verbundenen Aufwand, der seinerseits als eine gewisse Beeinträchtigung der wissenschaftlichen Tätigkeit zu werten ist, nicht selten daran, dass ein Werk zum benötigten Zeitpunkt nicht erhältlich, sondern anderweitig verliehen ist. Gegenüber der bloßen Nutzung eines entliehenen Exemplars bietet ein Vervielfältigungsstück über die dauerhafte Verfügbarkeit hinaus noch den von vielen geschätzten Vorteil, darin „aktiv lesen“ zu können,¹⁰⁵⁶ beispielsweise einschließlich eigener Hervorhebungen oder Randbemerkungen.

Ähnliche Ansatzpunkte finden sich wie dargestellt auch auf der verfassungsrechtlichen Ebene wieder, wenn dort die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG über die reine Informationserfassung hinausgeht und zum Zweck der umfassenden Unterrichtung das Anfertigen einer Vervielfältigung einschließt, wenn die umfassende Unterrichtung erst über eine intensive, wiederholte und räumlich und zeitlich flexible Auseinandersetzung mit dem Werk gewährleistet wird.¹⁰⁵⁷

Angesichts der Gesetzesbegründung ist zudem zu berücksichtigen, dass durch die Einführung der Schranke auch der Tatsache Rechnung getragen werden sollte, dass

¹⁰⁵³ Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 45; Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 23.

¹⁰⁵⁴ Siehe auch *Burrell/Coleman*, S. 117.

¹⁰⁵⁵ *Veddern*, *Immateriälgüterrechte in der Vertragsforschung*, S. 629.

¹⁰⁵⁶ Ausdrücklich betont dies auch LG Frankfurt a.M., Az. 2-06 O 172/09, verkündet am 13.05.2009, S. 12; siehe auch *Poepfel*, S. 295 f., der deshalb in derartigen Fällen die Gebotenheit für gegeben hält. Derartige Fälle jedoch als Sonderfall zu bezeichnen, erscheint im Wissenschaftsbereich weniger überzeugend.

¹⁰⁵⁷ Vgl. schon oben Teil 2 C. III.

die Wissenschaft schon damals mit dem Fortschreiten der Vervielfältigungstechnik in zunehmendem Maße dazu übergegangen war, außerhalb der privaten Sphäre Kopien vor allem von Schriftwerken anzufertigen. Diese Übung sollte zum Teil gesetzlich anerkannt werden, auch um „Hemmungen [...] im Austausch wissenschaftlicher Erkenntnisse zu vermeiden“ und „das Gesetz mit einer durch die Entwicklung entstandenen Verkehrsauffassung in Einklang“ zu bringen.¹⁰⁵⁸ Die Anknüpfung an die zum Entstehungszeitpunkt der Norm etablierte Praxis, Vervielfältigungen statt eines Erwerbs bzw. statt oder zusätzlich zu einer Ausleihe anzufertigen, um damit die bessere Verfügbarkeit und weitergehende Verwendungsmöglichkeit zu gewährleisten, relativiert ebenfalls die Argumente für eine rigide Lesart der Gebotenheit, gerade wenn ausdrücklich betont wird, es ginge um die Vermeidung von Hemmungen im Austausch wissenschaftlicher Erkenntnisse. Wo andernfalls derartige Hemmnisse bzw. die Beeinträchtigung der individuellen wissenschaftlichen Tätigkeit drohen, spricht dies auch im Licht der Wissenschaftsfreiheit gegen einen automatistischen Ausschluss der Gebotenheit, sobald alternative Beschaffungsmöglichkeiten existieren.

Dagegen lässt sich weiter anführen, dass sich abgesehen vom Kopienversand die Frage nach der Zulässigkeit einer Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch im Einzelfall überhaupt nur stellt, wenn der Berechtigte dazu rein faktisch deshalb in der Lage ist, weil er Zugriff auf die benötigte Vorlage hat, typischerweise in Form eines Werkexemplars innerhalb einer Bibliothek. Das Gesetz belässt es jedoch nicht bei dem Verweis auf die Nutzung dieses greifbaren Werkexemplars oder bei dem Erfordernis, für die gewünschte Vervielfältigung die Erlaubnis des Rechteinhabers einzuholen. Vielmehr wurde das darüber hinausgehende Bedürfnis der wissenschaftlich Tätigen an der etablierten Vervielfältigungspraxis erkannt und ihnen die zweckgebundene Vervielfältigung auch fremder Werkstücke gestattet, um sie nicht in ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit zu behindern.

Die Gesetzesbegründung spricht auch insofern gegen ein restriktives Verständnis der Gebotenheit, als das Kriterium in erster Linie der Verhütung von Missbräuchen dienen sollte.¹⁰⁵⁹ Als Zwischenfazit ist demnach festzuhalten, dass ein rigides Verständnis der Gebotenheit schon nicht dem grundlegenden Zweck der Norm entspricht, wissenschaftliche Betätigung vor Behinderungen und Beeinträchtigungen zu schützen.

¹⁰⁵⁸ Begründung Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 289.

¹⁰⁵⁹ So die ursprüngliche Zielsetzung, siehe die Begründung des Regierungsentwurfs vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 289.

(2) Kritische Überlegungen zu den Auswirkungen der Digitalisierung

Bislang wenig beachtet wurden in der Literatur im Zusammenhang mit der Gebotenheit die Auswirkungen der technischen Entwicklung.¹⁰⁶⁰ Vor dem Hintergrund der großen Bedeutung alternativer Beschaffungsmöglichkeiten für die Frage der Gebotenheit ist die zunehmende Verbreitung digitaler internetgestützter Abrufangebote in der Wissenschaft jedoch einzubeziehen. Sie hat potentielle Auswirkungen mit Blick auf den Aufwand, der für eine alternative Werkbeschaffung zu betreiben ist, und mit Blick auf die preisbezogenen Gebotenheit bezüglich der Relation zwischen dem Preis für ein gesamtes Werk und dem davon lediglich benötigten Teil. Denn digitale Abrufangebote erlauben zunehmend einen komfortablen und vom Umfang bedarfsgerecht abgestimmten Zugriff auf die benötigte Literatur.

(a) Entwicklung von Einzelabrufangeboten

Dies gilt zunächst für den Bereich einzelner Beiträge aus wissenschaftlichen Fachzeitschriften. Wissenschaftsverlage sind dazu übergegangen, insbesondere ihr eigenes Zeitschriftenportfolio, in Lizenz aber auch die Inhalte Dritter, über internetgestützte Datenbanken zum kostenpflichtigen Abruf bereitzuhalten. Nahezu alle großen Verlagshäuser bieten in unterschiedlichen Ausgestaltungen entsprechende Angebote an.¹⁰⁶¹ Einzelne Studien gingen bereits im Jahr 2005 von einer Online-Verbreitung von 90% aus.¹⁰⁶² Neben Abonnement-Angeboten, die in der Regel über Hochschulen oder Wissenschaftsorganisationen finanziert und freigeschaltet werden, ermöglichen die Verlage zunehmend den Abruf einzelner Journal-Artikel gegen Einzelbezahlung in den Bereichen, für die der interessierte Wissenschaftler keine generellen Zugriffsrechte genießt.¹⁰⁶³ Im Fall von SpringerLink fallen dabei nach Stichproben im Einzelabruf

¹⁰⁶⁰ Anders soweit ersichtlich ausdrücklich nur *Poepfel*, S. 296, wenn er auf die Auswirkungen der Möglichkeiten einer digitalen Datenübertragung einschließlich DRM-System verweist; angedeutet wird dieser Gedanke weniger ausdrücklich ebenfalls schon bei *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 45 („Möglichkeiten der heutigen Zeit, Werke binnen kürzester Zeit zu akzeptablen Preisen zu erhalten“).

¹⁰⁶¹ Vgl. beispielsweise die Angebote unter www.sciencedirect.com von Elsevier bzw. die Angebote der gleichnamigen Wissenschaftsverlage: www.springerlink.de; www.blackwellpublishing.com; www.wiley.com; für weitere Beispiele siehe *Kuhlen*, *Götterdämmerung*, S. 234.

¹⁰⁶² So schon 2005 eine Studie der Association of Learned and Professional Society Publishers, Zusammenfassung kostenfrei erhältlich unter: www.alpsp.org/ngen_public/article.asp?id=200&did=47&aid=269&st=&voaid=-1.

¹⁰⁶³ Für die rechtswissenschaftliche Literaturversorgung gilt dies jedoch bislang noch in deutlich geringerem Ausmaß als etwa in den Naturwissenschaften.

Kosten von um die 30 US \$ pro Zeitschriftenartikel an.¹⁰⁶⁴ Neben dem Segment der Zeitschriftenartikel beziehen inzwischen viele Wissenschaftsverlage auch andere Publikationsarten in ihre Einzelabrufangebote mit ein, insbesondere Buchreihen und Bücher.¹⁰⁶⁵ Dabei wird häufig neben dem Abruf des gesamten Buchs auch der Zugriff auf einzelne Buchkapitel ermöglicht.¹⁰⁶⁶

Ein Beispiel für einen verlagsunabhängigen Händler von Fachbuchinhalten per Download ist das Münchner Unternehmen ciando,¹⁰⁶⁷ nach eigenen Aussagen „größter eBook-Händler im deutschen Sprachraum“. Dort ist es möglich, ganze Werke oder, soweit für das jeweilige Werk angeboten, ausgewählte Kapitel herunterzuladen.¹⁰⁶⁸ Im letzteren Fall ist bei einer Beschränkung auf Einzelkapitel eine deutliche Kostenersparnis möglich, bei Stichproben wird jedoch deutlich, dass die Summe der Einzelpreise den Gesamtpreis in der Regel übersteigt.¹⁰⁶⁹ Ciando verwendet ein DRM-System auf Basis des AdobePDF, um die Anzahl der Computer zu begrenzen, auf denen das jeweilige eBook gelesen werden kann. Zeitliche Restriktionen im Sinne eines Verfallsdatums oder die Beschränkung der Printmöglichkeiten werden nicht eingesetzt. Technisch möglich und zwecks weiterer Preisdiskriminierung je nach individuellem Nutzungsbedarf vorstellbar sind solche oder ähnliche Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten und ihre vollautomatische Überwachung durchaus.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁴ Vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrats im Zweiten Korb, abgedruckt als Anhang 1 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 41.

¹⁰⁶⁵ Dies gilt etwa in unterschiedlichem Ausmaß für alle der oben angegebenen Wissenschaftsverlage. In sonstigen Bereichen wie der Konferenzliteratur, Forschungsberichten und sonstiger „grauer“ Literatur ist die Verbreitung von Abrufangeboten offenbar noch weniger weit verbreitet, siehe *Brammer/Rosemann/Sens*, ZfBB 2008, 251, 253.

¹⁰⁶⁶ Das auch in dieser Arbeit zitierte Buchkapitel „Die Schranken des Urheberrechts in Deutschland“ als Beitrag von *Hoeren* zu dem von *Hilty/Geiger* herausgegebenen und im Springer-Verlagerschienenen Sammelband „Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts“ ist beispielsweise über Springer-Link gegen Zahlung von 25 US \$ im PDF-Format abrufbar. Allerdings fehlt dort die Möglichkeit, das Werk insgesamt abzurufen, nach Stichproben wird vielmehr offenbar für jedes der insgesamt 23 Kapitel ein Preis von 25 US \$ verlangt, der Buchhandelspreis für die Printversion beträgt 99,95 €.

¹⁰⁶⁷ www.ciando.de.

¹⁰⁶⁸ Der oben genannte Sammelband von *Hilty/Geiger* ist nur als Ganzes für einen Preis von 88,95 € und damit für 11 € weniger als in der Printversion im Buchhandel erhältlich.

¹⁰⁶⁹ Ciando bietet im Fall des Kapitelabrufs gegen entsprechenden Nachweis einen günstigeren Preis für Studenten, der nach Stichproben auch bei einem Bezug aller Kapitel in der Summe unter dem regulären Abrufgesamtpreis bleibt.

¹⁰⁷⁰ Vgl. das skizzierte Szenario bei *Schippan*, in: *Delp*, Das Buch in der Informationsgesellschaft, S. 132; siehe dazu auch ausführlicher das vom Marketing und Verlagsservice des Buchhandels herausgegebene Dossier zum Thema „E-Commerce-Modelle für libreka!“, abrufbar unter http://info.libreka.delfiles/libreka_dossier_e-commerce_20080318.pdf; dazu sogleich noch im Detail.

Ein weiteres Beispiel für ein verlagsübergreifendes Onlineangebot und die damit verbundenen Möglichkeiten ist die vom Börsenverein des Deutschen Buchhandels initiierte Branchenplattform „libreka!“. ¹⁰⁷¹ libreka! ermöglicht die Volltextsuche in derzeit ca. 105.000 Büchern, deren Inhalte die teilnehmenden Verlage zu diesem Zweck dem Marketing- und Verlagsservice des Buchhandels als Betreiber entweder schon digital zur Verfügung stellen oder dafür alternativ einen angebotenen Scan-Service nutzen. ¹⁰⁷² Die Entscheidung, in welchem Ausmaß der Buchinhalt zu Ansichtszwecken einsehbar sein soll, verbleibt ebenso beim Verlag wie die Rechte an den Werken. Während die erste Phase des Projekts vor allem auf die mit der Volltextsuche verbundenen Marketingeffekte abzielte, wird in einem zweiten Schritt seit 2009 auch die Möglichkeit des digitalen Vertriebs der enthaltenen Titel über die Plattform angeboten. ¹⁰⁷³ Da bei libreka! alle Titel ohnehin digitalisiert vorliegen, wird der digitale Inhalt gegen Bezahlung auch über einen simplen Bestell-Button über die Plattform verfügbar gemacht, soweit dies – titelspezifisch möglich – von den Verlagen gewünscht wird, und zwar entweder über eine direkte Onlinenutzung oder das Herunterladen von Büchern. ¹⁰⁷⁴ Auch die Bestellung einzelner Kapitel soll je nach Verlagspräferenz ermöglicht werden. ¹⁰⁷⁵ Bei entsprechender Partizipation der beteiligten Verlage erhofft sich libreka! angesichts des umfangreichen Portfolios zur führenden Branchenlösung zur Auslieferung von eBooks im deutschsprachigen Raum zu werden. ¹⁰⁷⁶

(b) Folgen für das Tatbestandsmerkmal der Gebotenheit?

Mit Blick auf die bei der Gebotenheit bedeutsame alternative Werkbeschaffung sind die potentiellen Folgen derartiger Entwicklungen offensichtlich. Gelingt es in nicht allzu ferner Zukunft, auch die zum Auffinden des gewünschten Werkes oder Werkteiles er-

¹⁰⁷¹ www.libreka.de, vormals „Volltextsuche Online“.

¹⁰⁷² Für weitergehende Informationen einschließlich der abzuschließenden Nutzungsverträge siehe <http://info.libreka.de/>.

¹⁰⁷³ Siehe die Angebote unter www.libreka.de, die derzeit ca. 12.000 Bücher auch zum Erwerb als E-Book erfassen. Der Sammelband von *Hilty/Geiger* ist hier zum Preis der Printversion von 99,95 € erhältlich; siehe zu den Plänen bereits zuvor das Dossier zum Thema „E-Commerce-Modelle für libreka!“, abrufbar unter http://info.libreka.de/files/libreka_dossier_e-commerce_20080318.pdf, die dafür erforderliche Zusatzvereinbarung unter http://info.libreka.de/files/libreka_-_zusatzvereinbarung_e-commerce_20081013.pdf sowie die Pressemitteilung unter http://info.libreka.de/files/mvb-15-10-libreka_pk.pdf, die zutreffend von einer Markteinführung im ersten Quartal 2009 ausging.

¹⁰⁷⁴ Siehe so jedenfalls das Dossier, S. 5, 14.

¹⁰⁷⁵ Dossier, S. 18; zur Erwartung, bei Fachliteratur über einen kapitelweisen Bezug höhere Preise erzielen zu können, siehe S. 13.

¹⁰⁷⁶ Siehe S. 16 des Dossiers, dort auch mit Verweisen auf weitere eBook-Anbieter.

forderliche Recherche durch Meta-Suchmaschinen plattformübergreifend weiter zu erleichtern, dürfte für den Wissenschaftler nahezu jeder Aufsatz, jedes Buch und jedes Buchkapitel an jedem Arbeitsplatz mit Internetverbindung nur wenige Mausklicks entfernt und mit minimalem Aufwand erreichbar sein. Nicht nur Aufsätze werden unabhängig von Zeitschriften, sondern auch einzelne Kapitel werden zunehmend unabhängig von ganzen Werken, insbesondere von häufig nicht in ihrer Gesamtheit benötigten Sammelbänden erhältlich sein. Unabhängig davon, ob der absolut zu zahlende Betrag angemessen oder zumutbar ist,¹⁰⁷⁷ zahlt der Nutzer jedenfalls nur den Preis für den von ihm tatsächlich punktgenau benötigten Inhalt. Lässt man finanzielle Erwägungen außer Betracht, werden zu leistender Aufwand und Zeitverzögerung und die damit verbundene Beeinträchtigung wissenschaftlicher Tätigkeit bei der Verwendung kostenpflichtiger Abrufdienste für nahezu alle Publikationsformen in der Regel geringer ausfallen als die mit der Anfertigung einer Kopie verbundene Mühe: Der Wissenschaftler muss nicht einmal seinen Arbeitsplatz verlassen, um das jeweilige Werk umgehend zu erhalten.

Derartige Entwicklungen sind als große Erleichterung der wissenschaftlichen Tätigkeit zu begrüßen und stellen einen enormen Fortschritt der Informationsversorgung dar. Gleichzeitig haben sie jedoch auch potentielle Auswirkungen auf die Frage der Gebotenheit von Wissenschaftskopien. Selbst wenn man es wie oben befürwortet nicht bei einem reflexartigen Verweis auf bestehende alternative Bezugsquellen belässt, sondern eine mögliche Beeinträchtigung der wissenschaftlichen Tätigkeit mit einbezieht, wird es in zukünftigen Szenarien sowohl mit Blick auf den zu betreibenden Aufwand als auch in Bezug auf Selektionsmöglichkeiten nach der klassischen Lesart im Regelfall an der Gebotenheit einer Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch fehlen. Der Rechteinhaber hätte es vielmehr selbst in der Hand, über entsprechende Abrufangebote die praktische Bedeutung der Schrankenregelung nach Belieben zurückzudrängen.¹⁰⁷⁸

b) Das quantitative Element der Gebotenheit

Neben dem qualitativen Element der Gebotenheit mit der Frage nach dem „ob“ enthält die Norm schon sprachlich ein zusätzliches quantitatives Element, indem die Ver-

¹⁰⁷⁷ Aufschlussreich ist insoweit vielleicht die oben dargestellte Preisgestaltung für einzelne Kapitel des von *Hilty/Geiger* herausgegebenen Buches, das als Gesamtwerk im Buchhandel 99,95 € kostet, während für jedes der insgesamt 23 Kapitel ein Einzelpreis von immerhin 25 US\$ verlangt wird.

¹⁰⁷⁸ So im Ergebnis auch *Poepfel*, S. 296, allerdings mit der zu begrüßenden Einschränkung dafür notwendiger „angemessener Konditionen“, ohne dass dies jedoch weiter begründet wird. Eine derartige Einschränkung ist – ein Mangel der derzeitige teilweise präferierten Lesart im Gebotenheitskriterium – nicht ersichtlich.

vielfältigung auch quantitativ nur „soweit“ wie geboten zulässig ist. Dabei steht nicht die Anzahl der Vervielfältigungsstücke im Vordergrund. Insoweit ist die ausdrückliche Beschränkung auf „einzelne Vervielfältigungsstücke“ spezieller, wenngleich bei dem hier vertretenen funktionalen Ansatz bei der Auslegung dieses Merkmals auch dann keine Wertungswidersprüche entstünden, wenn sich die Anzahl der Vervielfältigungsstücke zusätzlich am Kriterium der Gebotenheit messen lassen müsste.¹⁰⁷⁹ Die quantitative Gebotenheit bezieht sich vielmehr auf das jeweils erlaubte Ausmaß der Vervielfältigung. Eine absolute Grenze setzt dabei jenseits von wertungsoffeneren Fragen wie dargestellt § 53 Abs. 4 UrhG, wenn er für Bücher und Zeitschriften eine im wesentlichen vollständige Vervielfältigung ausschließt.¹⁰⁸⁰ Nicht anwendbar sind jedoch die engeren Beschränkungen, die § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG durch die Kriterien der „kleinen Teile“ oder der „einzelnen Beiträge“ für die Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch vorgibt. Statt derartiger über ihre Konkretisierung in Rechtsprechung und Lehre vergleichsweise starren Obergrenzen ist für die Wissenschaftskopie auch quantitativ die Gebotenheit das entscheidende Kriterium und ermöglicht flexiblere Lösungen.

Dies bedeutet keinesfalls, im Sinne eines Automatismus stets über die Grenzen der Nr. 4a) hinausgehen zu dürfen. Auch zu wissenschaftlichen Zwecken dürfen nur kleine Werkteile vervielfältigt werden, soweit nur diese für die wissenschaftliche Tätigkeit benötigt werden. Werden jedoch größere Teile eines Werks benötigt, dann ermöglicht es das flexiblere Kriterium der Gebotenheit, diese Grenzen zu überschreiten. Die dabei anzustellenden, letztlich normativen Erwägungen sind nicht losgelöst vom Einzelfall zu treffen. Zu berücksichtigen sind dabei stets die besonderen Zugangsinteressen der Wissenschaft, die auf die Auseinandersetzung mit einer breiten Grundlage vorhandenen Wissens angewiesen ist.¹⁰⁸¹

c) Fazit zur Gebotenheit

Während die Gebotenheit aus inhaltlich-wissenschaftlicher Perspektive zu Recht sehr großzügig gehandhabt wird und quantitativ bei einer angemessenen Einzelfallbetrachtung Vervielfältigungen im jeweils erforderlichen Ausmaß ermöglicht werden, wird die Gebotenheit in Bezug auf die Verweisung auf alternative Beschaffungsmöglichkeiten benötigter Werke im Zeitalter digitaler Abrufdienste bei entsprechend engem Verständnis des Tatbestandsmerkmals schnell zu einem nahezu generellen Ausschlussgrund. Auf die damit ver-

¹⁰⁷⁹ Siehe oben Teil 3 A. II. 5. In diese Richtung und im Endergebnis ähnlich *Hölscher*, S. 151, 188.

¹⁰⁸⁰ Siehe dazu schon oben Teil 3 A. II. 1. d).

¹⁰⁸¹ Ähnlich im Zusammenhang des § 52a *Suttorp*, S. 98.

bundene grundlegende Fragestellung des Verhältnisses zwischen Schranken und Marktangeboten wird im Sinne einer vergleichenden Analyse im Zusammenhang mit den sonstigen, insbesondere jüngeren Wissenschaftsschranken in Teil 4 der Arbeit eingegangen.

7. Ausschluss gewerblicher Zwecke durch den Zweiten Korb

Nach der einzigen inhaltlichen Modifizierung des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG darf die Vervielfältigung nach dem Zweiten Korb nun ausdrücklich „keinen gewerblichen Zwecken dienen.“¹⁰⁸² Die Begründung zum Regierungsentwurf sieht die Ergänzung als „Klarstellung im Sinne von Artikel 5 Abs. 3 Buchstabe a der Richtlinie.“¹⁰⁸³ Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL lässt die Vervielfältigung zu wissenschaftlichen Zwecken nur zu, „soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.“

Die Vorgabe ist so eindeutig, dass es verwundert, warum die Einschränkung erst mit dem Zweiten Korb in deutsches Recht umgesetzt wurde und es in der Begründung zum Ersten Korb noch hieß, Vervielfältigungen zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch seien insgesamt durch Art. 5 Abs. 3 a) der Richtlinie gedeckt.¹⁰⁸⁴ Entsprechend wurde bereits vor dem Zweiten Korb in der Literatur teilweise darauf verwiesen, dass die fortdauernde Privilegierung auch kommerzieller Forschungseinrichtungen der Privatwirtschaft nicht richtlinienkonform sei.¹⁰⁸⁵ Gleichzeitig wurde die Frage in der Kommentarliteratur größtenteils nicht näher erörtert, was auch damit zu erklären sein dürfte, dass § 53 Abs. 2 UrhG laut Gesetzgeber in Abgrenzung zur Privatkopie ursprünglich gerade auch Vervielfältigungen zu beruflichen und erwerbswirtschaftlichen Zwecken erfassen sollte¹⁰⁸⁶ und dies noch immer das Verständnis beeinflusste.

Grundlegende Kritik am deutschen Gesetzgeber wegen der nun vollzogenen Anpassung richtet sich demnach mangels Spielraums gegen den falschen Adressaten.¹⁰⁸⁷ Dennoch forderte der Bundesrat aufgrund von Bedenken angesichts der Auswirkungen

¹⁰⁸² Darüber hinaus wurde lediglich ein Redaktionsversehen in Abs. 5 behoben, indem dort bei der Bezugnahme auf die Wissenschaftsvervielfältigung die fehlende Satzbezeichnung ergänzt wurde, siehe Begründung des Regierungsentwurfs vom 15.06.2006, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

¹⁰⁸³ Begründung des Regierungsentwurfs vom 15.06.2006, BT-Drs. 16/1828, S. 26.

¹⁰⁸⁴ Begründung des Regierungsentwurf vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 21; kritisch auch *Poeppel*, S. 295.

¹⁰⁸⁵ *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, 2. Aufl., § 53 Rn. 25.

¹⁰⁸⁶ Begründung Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 245; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 25.

¹⁰⁸⁷ Vgl. ebenso *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 58.

auf den Technologie- und Wissenstransfer und damit auf den Wissenschaftsstandort Deutschland die vollständige Streichung der „nicht bibliotheks- und wissenschaftsadäquaten“ Neuregelung, obwohl er die Notwendigkeit einer Richtlinienumsetzung zumindest für den digitalen Bereich anerkannt hatte.¹⁰⁸⁸ Die Bundesregierung lehnte in ihrer Gegenäußerung die vollständige Streichung der Beschränkung unter Verweis auf die Richtlinienvorgabe zu Recht ab und zog lediglich in Erwägung, verbleibende Spielräume für wissenschaftliche Vervielfältigung im analogen Bereich weitergehend zu nutzen,¹⁰⁸⁹ was letztlich nicht erfolgte.

a) Auslegung des Kriteriums der gewerblichen Zwecke

Das Tatbestandsmerkmal der gewerblichen Zwecke ist nicht neu, sondern wurde im Zweiten Korb lediglich von den datenbank- und datenbankwerkspezifischen Beschränkungen in §§ 53 Abs. 5, 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG auf die allgemeine Wissenschaftsschranke des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG ausgedehnt. Die dortigen Regelungen gehen ihrerseits zurück auf die Umsetzung der Schrankenvorgaben aus Art. 6 Abs. 2 b) bzw. Art. 9 b) Datenbank-RL, die ebenfalls kommerzielle Zwecke ausschließen.¹⁰⁹⁰ Auf die dazu entwickelten Auslegungsansätze kann wegen der bestehenden Parallelen zurückgegriffen werden.¹⁰⁹¹

aa) Begriff der gewerblichen Zwecke

Vor Ausweitung der Vergütungspflicht diente das Kriterium der gewerblichen Zwecke zur Abgrenzung zwischen vergütungspflichtigen und vergütungsfreien Vervielfältigungen.¹⁰⁹² Dabei ähnelte das damalige Begriffsverständnis dem in der Gewerbeordnung verwendeten. Danach ist ein Gewerbe jede erlaubte, selbständige, nach außen erkennbare Tätigkeit, die planmäßig, für eine gewisse Dauer und zum Zwecke der Gewinnerzielung ausgeübt wird und kein freier Beruf ist. Freie Berufe wie Ärzte und Anwälte, die keine gewerbliche Tätigkeit im engeren Sinne ausüben, sollten zunächst nicht un-

¹⁰⁸⁸ Stellungnahme des Bundesrats, abgedruckt als Anhang 1 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 41.

¹⁰⁸⁹ Gegenäußerung der Bundesregierung, abgedruckt als Anhang 2 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 48.

¹⁰⁹⁰ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, siehe dort auch den entsprechenden Erwägungsgrund 50.

¹⁰⁹¹ Auf die Parallelen verweisen ebenfalls *Vogel*, in: *Schricker*, § 87c Rn. 4, 13; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 8; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 18; *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 87c Rn. 4; *Leistner*, S. 314.

¹⁰⁹² Siehe § 54 Abs. 2 UrhG in der ersten Fassung des UrhG aus dem Jahr 1965.

ter die Vergütungspflicht fallen.¹⁰⁹³ Ein derartiges Begriffsverständnis der gewerblichen Zwecke ist jedoch spätestens nach der Umsetzung der Vorgaben aus Datenbank- und InfoSoc-Richtlinie bei richtlinienkonformer Auslegung nicht länger haltbar.

Schon bei Umsetzung der Datenbankrichtlinie in §§ 53 Abs. 5, 87c UrhG wurde unter Verweis auf die Richtlinie an Stelle des in ihr verwendeten Begriffs der kommerziellen Zwecke der gewerblichen Zwecke verwendet; gleiches gilt für Änderungen an § 53 Abs. 5 UrhG im Ersten Korb.¹⁰⁹⁴ Auch die Gesetzesbegründung zum Zweiten Korb benutzt den Begriff „kommerziell“ alternativ und synonym zum in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG gebrauchten „gewerblich“.¹⁰⁹⁵ Beim Kopienversand nach § 53a UrhG wurde ebenfalls letzterer Begriff gewählt, während zeitgleich in § 52b UrhG die „wirtschaftlichen oder kommerziellen Zwecke“ der Richtlinienvorgabe in Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc-RL als „wirtschaftliche oder Erwerbszwecke“ umgesetzt wurden.¹⁰⁹⁶ Zuvor war in § 52a UrhG der Begriff der kommerziellen Zwecke wörtlich aus der Richtlinienvorgabe übernommen worden, während gleichzeitig in der Gesetzesbegründung auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 1 UrhG als vergleichbare Schranken verwiesen wurde.¹⁰⁹⁷ Daran wird ein weitestgehend unterschiedsloses Begriffsverständnis des Gesetzgebers deutlich. Ein inhaltlicher Unterschied zwischen den kommerziellen Zwecken der Richtlinien und den gewerblichen Zwecken der deutschen Umsetzung besteht deshalb auf dem Gebiet des Urheberrechts jedenfalls bei richtlinienkonformer Auslegung nicht.¹⁰⁹⁸ Damit kann die Gewerblichkeit nicht im engen Sinn der deutschen Gewerbeordnung zu verstehen sein, sondern angesichts der Richtlinienvorgaben geht es generell um den Ausschluss kommerzieller Zwecke.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹³ Siehe Begründung Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 245, 291.

¹⁰⁹⁴ Siehe die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Bildung, Wissenschaft, Forschung, Technologie und Technikfolgenabschätzung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG), BT-Drs. 13/7934, S. 45, sowie die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34.

¹⁰⁹⁵ Siehe die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 16/1828, S. 41, sowie insbesondere die Gegenäußerung der Bundesregierung, ebd., S. 48.

¹⁰⁹⁶ Ähnliches gilt für die Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG, bei der „weder für direkte noch indirekte kommerzielle“ Zwecke mit „weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken“ umgesetzt wurde.

¹⁰⁹⁷ Begründung Regierungsentwurf vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 20.

¹⁰⁹⁸ Ähnlich *Schöwerling*, S. 242.

¹⁰⁹⁹ So auch *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 29; *Czychowski*, in: *Fromm/Nordemann*, § 87c Rn. 8.

Eine Legaldefinition der Begriffe gewerblich bzw. kommerziell enthalten jedoch weder die Richtlinien noch das Urheberrechtsgesetz. Sofern die Kommentarliteratur den Begriff nicht einfach ohne weitere Erklärungen verwendet, wird grundlegend die Gewinnerzielungsabsicht¹¹⁰⁰ bzw. die Absicht der Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils¹¹⁰¹ als maßgeblich angesehen. Auch Freiberufler, obwohl nicht gewerblich im Sinne der Gewerbeordnung tätig, werden daher nach der Neuregelung des § 53 Abs. 2 S. 1 UrhG von der Vorschrift nicht mehr privilegiert,¹¹⁰² soweit ihre konkrete Tätigkeit einen kommerziellen Hintergrund hat. Darüber hinaus sind insbesondere kommerzielle Forschungstätigkeiten in Forschungsabteilungen von Wirtschaftsunternehmen nicht länger begünstigt.¹¹⁰³

bb) Charakter der jeweiligen Tätigkeit als entscheidendes Kriterium

Zu Recht wird bei der genaueren Abgrenzung schon für den Datenbankbereich nicht starr auf die Art der Institution abgestellt, sondern entscheidend ist nach wohl allgemeiner Auffassung der Charakter der jeweiligen wissenschaftlichen Tätigkeit.¹¹⁰⁴ Zwar wird häufig ein kommerzieller Charakter einer Forschungseinrichtung auch den gewerblichen Zweck im Sinne der Norm indizieren, weil Forschungslabore der Privatwirtschaft in der Regel zu kommerziellen Zwecken forschen.¹¹⁰⁵ In beide Richtungen sind jedoch Ausnahmen möglich. Im Einzelfall kann auch in kommerziellen Betrieben wissenschaftliche Forschung zu nichtkommerziellen Zwecken unternommen werden, und auch an nichtkommerziellen Einrichtungen wie beispielsweise

¹¹⁰⁰ So *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 28; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 10; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 13; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 15.

¹¹⁰¹ *v. Lewinski*, in: *Walter* (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht, Datenbank-RL Art. 6 Rn. 31*; *Suttorp*, S. 152.

¹¹⁰² *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 23.

¹¹⁰³ Siehe auch *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, *Handbuch*, § 31 Rn. 66.

¹¹⁰⁴ Vgl. *v. Lewinski*, in: *Walter* (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht, Datenbank-RL Art. 6 Rn. 31*; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 50; *Vogel*, in: *Schricker*, § 87c Rn. 15; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 29; *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 87c Rn. 5.

¹¹⁰⁵ *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 50; *Suttorp*, S. 154f., *Bagh*, S. 168; schwer nachzuvollziehen demgegenüber *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 52a Rn. 6, der die kommerzielle Forschung auf den Bereich begrenzen will, in dem die konkreten Forschungsergebnisse unmittelbar selbst kommerziell verwertet werden, die Schranke aber für anwendbar hält, wenn die Forschung lediglich zur unternehmensinternen Entwicklung von Produkten betrieben wird, die später produziert und kommerziell vertrieben werden. Auch letzteres ist nach der hier vertretenen Ansicht aber gerade der typische Fall der – nicht mehr gedeckten – kommerziellen Forschung.

den Universitäten kann Forschung zu kommerziellen Zwecken erfolgen,¹¹⁰⁶ etwa bei anwendungsorientierter Auftragsforschung oder gutachterlicher Tätigkeit. Diese verbreitete Auffassung stützt sich auf Erwägungsgrund 42 InfoSoc-RL, wonach „die nicht kommerzielle Art der betreffenden Tätigkeit durch diese Tätigkeit als solche bestimmt sein“ soll, während die „organisatorische Struktur und die Finanzierung der betreffenden Einrichtung [...] keine maßgeblichen Faktoren“ sein sollen.¹¹⁰⁷ Nicht zum Ausschluss der Privilegierung führt deshalb, wenn eine Einrichtung aus privaten Mitteln finanziert wird, etwa eine private Universität, oder unabhängig von der konkret in Frage stehenden nicht kommerziellen Forschungstätigkeit, für die die Vervielfältigung angefertigt wird, zur Aufrechterhaltung des allgemeinen Lehr- oder Forschungsbetriebes sonstige gewerbliche Einnahmequellen unterhält; auch die Zahlung eines Gehalts an die beteiligten Wissenschaftler führt nicht zu einem gewerblichen Zweck.¹¹⁰⁸ Geht es jedoch im Einzelfall um die Anfertigung vergüteter Gutachten oder um anderweitige Auftragsforschung, führt auch die Zugehörigkeit zu einer nichtkommerziellen Einrichtung nicht zur Anwendbarkeit der Schrankenregelung.¹¹⁰⁹

cc) **Drittmittelforschung und Tendenz zur wirtschaftlichen Auswertung**

Über vergleichsweise eindeutige Fälle hinaus bestehen in anderen Konstellationen große Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall.¹¹¹⁰ Besonders deutlich wird dies bei Drittmittelforschung, soweit sie sich nicht auf einseitige Spenden oder Sponsoring bzw. die private Finanzierung unabhängiger Forschung beschränkt, ohne dass es zu einer gewinnbringenden Verwertung der Ergebnisse kommt,¹¹¹¹ sondern wechselseitig verpflichtende Verträge detaillierte Regelungen über die Verwendung der Forschungsergebnisse enthalten, insbesondere über die Zuordnung der daraus

¹¹⁰⁶ Vgl. *v Lewinski*, in: *Walter* (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Datenbank-RL Art. 6 Rn. 31; *Vogel*, in: *Schricker*, § 87c Rn. 15; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 29; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 50, § 52a Rn. 13.

¹¹⁰⁷ Auf die damit verbundene „große Reichweite“ der Norm verweist zu Recht auch *Spindler*, GRUR 2002, 105, 114.

¹¹⁰⁸ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 50.

¹¹⁰⁹ *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 87c Rn. 5; *v Lewinski*, in: *Walter* (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Datenbank-RL Art. 6 Rn. 31; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 29.

¹¹¹⁰ Siehe schon *Spindler*, GRUR 2002, 105, 114; *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 260; *Hohagen*, S. 239; *Schröder/Welp*, DFN-Infobrief 1/2008, S. 5.

¹¹¹¹ Dann liegt nicht kommerzielle Forschung vor, siehe auch *Bagh*, S. 168.

resultierenden gewerblichen Schutzrechte. Formen der Kooperation und des vertikalen Technologietransfers zwischen Wissenschaft und Wirtschaft nehmen in unterschiedlichen Ausprägungen zu und sind auch politisch erwünscht.¹¹¹² Je nach Ausgestaltung der Verträge wird dabei nicht nur der Auftraggeber, sondern auch die Forschungseinrichtung selbst aus zumindest teilweise kommerziellen Motiven tätig. Auftragsforschung im engeren Sinne ist daher nach der Neuregelung nicht länger als nicht kommerzielle Forschung privilegiert,¹¹¹³ obwohl sie vom Grundrechtsschutz der Wissenschaftsfreiheit erfasst wird.¹¹¹⁴

Auch unabhängig von verschiedenen Formen direkter Kooperation zwischen Wissenschaft und Wirtschaft geht die Wissenschaft selbst zunehmend dazu über, konkrete Ergebnisse ihrer Forschung soweit möglich über Patente schützen zu lassen. Im Fall der gemeinnützigen Max-Planck-Gesellschaft beispielsweise, die hauptsächlich auf den Gebieten der Grundlagenforschung aktiv ist, existiert zu diesem Zweck die Max-Planck-Innovation GmbH als Technologietransfereinrichtung, die einerseits Wissenschaftler der MPG bei der Evaluierung und Anmeldung von Patenten berät und unterstützt und andererseits die weitere Verwertung der Rechte koordiniert und in absoluten Zahlen beträchtliche Einnahmen für die MPG generiert.¹¹¹⁵ Zwar lässt sich zu Recht vertreten, dass auch bei einer partiellen wirtschaftlichen Verwertung der Ergebnisse im Einzelfall gerade langwierige Grundlagenforschung nicht insgesamt kommerziell wird.¹¹¹⁶ Dies gilt für den Beispielfall insbesondere, wenn man die seit der Gründung der GmbH im Jahr 1979 generierten Erlöse von ca. 200 Mio. Euro mit dem Etat der MPG in Relation setzt, der allein im Jahr 2008 insgesamt 1720 Mio. Euro betrug.¹¹¹⁷ Gleichzeitig wird deutlich, dass auch in Forschungsbereichen, die auf den ersten Blick kaum kommerziell erscheinen, eine spätere selektive wirtschaftliche Verwertung nicht immer ausgeschlossen werden kann.

¹¹¹² Siehe beispielsweise den Spitzenclusterwettbewerb des BMBF zur Förderung des „Brückenschlags zwischen Wissenschaft und Wirtschaft“, unter: <http://www.hightech-strategie.de/de/468.php>.

¹¹¹³ So auch *Hoeren*, MMR 2007, 615, 618; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 12; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 53a 28, jeweils speziell zur identischen Problematik bei § 53a UrhG; ebenso *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 16; *Bagh*, S. 168, im Rahmen des § 52a UrhG.

¹¹¹⁴ Vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 5 Rn. 122.

¹¹¹⁵ Siehe im Einzelnen die Angaben unter <http://www.max-planck-innovation.de>.

¹¹¹⁶ So zutreffend *Hilty*, Protokoll, S. 58.

¹¹¹⁷ Vgl. die Eigenangaben unter: <http://www.max-planck-innovation.de/de/erfolgsgeschichten/erfolgsbilanz/> sowie <http://www.mpg.de/ueberDieGesellschaft/profil/zahlenFakten/index.html>.

dd) Maßstäbe für die erforderlichen Abgrenzungen

Für die umso wichtiger werdenden Abgrenzungskriterien ergeben sich systematische Argumente aus dem Vergleich mit entsprechenden Regelungen bei der Privatkopie und der digitalen Archivkopie. Beide dürfen schon seit dem Ersten Korb „weder unmittelbar noch mittelbar“ Erwerbszwecken dienen bzw. zu wirtschaftlichen oder Erwerbszwecken erfolgen, siehe §§ 53 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UrhG, da auch die Richtlinie in den entsprechenden Richtlinienvorgaben „weder direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke“ zulässt bzw. „unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche oder kommerzielle Zwecke“ ausschließt.¹¹¹⁸ Gleiches gilt für die Schranke des § 52b UrhG und die entsprechende Richtlinienvorgabe.¹¹¹⁹ Durch die ausdrückliche Ausdehnung auf indirekte bzw. mittelbare Zwecke sind die Kriterien in Bezug auf die Abgrenzung zwischen erlaubten und nicht mehr erlaubten Vervielfältigungen damit strikter als für die wissenschaftliche Vervielfältigung.¹¹²⁰ Gleichzeitig wird schon bei der Privatkopie zu Recht vertreten, dass auch unter den mittelbaren Erwerbszweck nicht jeder noch so entfernte Zweck gefasst werden könne, wenn die Schrankenregelung nicht völlig leerlaufen soll.¹¹²¹ Für den Wissenschaftsbereich, in dem auch auf Richtlinienenebene mittelbare und indirekte kommerzielle Zwecke nicht erörtert werden,¹¹²² kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass bei Abgrenzungsfragen lediglich mittelbare wirtschaftliche Zwecke und Interessen unberücksichtigt bleiben müssen und stattdessen eine hinreichend große Nähe zu einem mit der wissenschaftlichen Tätigkeit angestrebten kommerziellen Zweck bestehen bzw. dieser eine entsprechend große Bedeutung für die jeweilige wissenschaftliche Tätigkeit haben muss, damit dies zum Ausschluss der Privilegierung führt.¹¹²³

Konsequenz ist auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit eine Beschränkung auf den gegenwärtigen Charakter der Tätigkeit, in deren Zusammen-

¹¹¹⁸ Siehe Art. 5 Abs. 2 b) und c) InfoSoc-RL.

¹¹¹⁹ Siehe Art. 5 Abs. 2 c) i.V.m. Abs. 3 n) InfoSoc-RL.

¹¹²⁰ Die zwischenzeitlich im Gesetzgebungsverfahren wohl auch hier erwogene ausdrückliche Einbeziehung mittelbarer Zwecke, siehe dazu kritisch *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 284, ist im Ergebnis deshalb zu Recht unterblieben.

¹¹²¹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 10; zustimmend *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 12a, der einen „konkreten Zusammenhang“ zwischen der Herstellung der Vervielfältigungen und dem Erwerbszweck fordert.

¹¹²² Unzutreffend insoweit deshalb die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 41, die auf eine tatsächlich nicht bestehende derartige Beschränkung der privilegierten Wissenschaft verweist.

¹¹²³ Im Ergebnis auch *Vedder*, *Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung*, S. 621.

hang eine konkrete Vervielfältigung vorgenommen wird, statt auch die im Einzelfall nicht vorhersehbare mögliche zukünftige Anmeldung von Patenten und einen damit verbundenen späteren kommerziellen Ertrag mit einzubeziehen, jedenfalls soweit dies eine wie im Beispiel der MPG allenfalls untergeordnete Bedeutung hat.¹¹²⁴ Keinesfalls zum Ausschluss führen weiter indirekte kommerzielle Zwecke der Art, dass sich der beteiligte Wissenschaftler in Folge der wissenschaftlichen Tätigkeit im Anschluss daran über das mit ihr verbundene wissenschaftliche Ansehen kommerzielle Vortragsmöglichkeiten erschließen möchte.¹¹²⁵ Dass wissenschaftliche Tätigkeit zu Fachkenntnissen und Forschungsergebnissen führt, auf die als solche zu einem späteren Zeitpunkt von den Beteiligten oder von anderen Wissenschaftlern im Rahmen kommerzieller Forschung zurückgegriffen werden kann, ist typisch für den iterativen Prozess der Erkenntnisgewinnung, ändert aber nichts daran, dass die im Zusammenhang mit der nicht kommerziellen Forschung angefertigten Vervielfältigungen durch die Schrankenregelung privilegiert werden. Auch die gerade bei „reiner“ Wissenschaft als wesentliches Ziel angestrebte Publikation der Ergebnisse kann die Tätigkeit nicht zu gewerblicher Wissenschaft werden lassen, selbst wenn sie in einer kommerziellen Wissenschaftszeitschrift erscheint, so lange wie richtiger Weise auf die Absichten des Wissenschaftlers abgestellt wird, nicht aber auf kommerzielle Interessen des jeweiligen Verlegers.¹¹²⁶

Davon zu trennen ist die Frage, ob konkrete, zunächst für die nicht kommerzielle Wissenschaft angefertigte Vervielfältigungsstücke anschließend zusätzlich für die kommerzielle Forschung der Beteiligten verwendet werden dürfen. Dies scheidet aus, wenn für die spätere Verwendung aus technischen Gründen weitere Vervielfältigungshandlungen erforderlich sind, da hierfür nun eine gesetzliche Privilegierung fehlt. Geht es jedoch im analogen Bereich um die reine, urheberrechtlich neutrale Werkrezeption, beispielsweise um die erneute Lektüre eines ursprünglich für die nichtkommerzielle Forschung vervielfältigten Buchkapitels, so lässt sich vertreten, dass dies mangels urheberrechtlicher Relevanz nichts an der urheberrechtlichen Zulässigkeit der ursprünglichen Vervielfältigungshandlung im nichtkommerziellen

¹¹²⁴ Für eine Beschränkung auf den gegenwärtigen Charakter ebenfalls *Spindler*, GRUR 2002, 105, 114; zustimmend schon *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 260.

¹¹²⁵ So im Ergebnis auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 50.

¹¹²⁶ So auch *Burrell/Coleman*, S. 293.

Kontext ändert.¹¹²⁷ Um Missbrauch zu verhindern, ist dafür allerdings Voraussetzung, dass eine spätere Verwendung nicht von vornherein im Sinne einer „Mischverwendung“ bezweckt wurde.¹¹²⁸ Dabei ist unbestreitbar, dass derartige innere Tatsachen wie die einzelfallbezogene Zwecksetzung des Wissenschaftlers zu Schwierigkeiten bei der Kontrolle und Überprüfbarkeit führen. Dies ist jedoch keine Besonderheit der Wissenschaftsvervielfältigung, sondern ist jeder subjektiv-zweckgebundenen Schrankenprivilegierung immanent.

ee) **Zwischenfazit zur Auslegung**

Bei der Berücksichtigung nur entfernter kommerzieller Nebenaspekte ist Vorsicht geboten, sobald die im Einzelfall schwierigen Grenzziehungen erforderlich werden.¹¹²⁹ Einen strikteren Maßstab wie bei der Privat- oder bei der Archivkopie sowie wie bei § 52b UrhG gebieten weder die Richtlinienvorgaben noch die deutsche Umsetzung.

Selbst bei einer solchen Auslegung scheiden jedoch seit dem Zweiten Korb jedenfalls die Fälle tatsächlich kommerzieller Wissenschaft einschließlich der Auftragsforschung in Zukunft aus dem Kreis der Schrankenprivilegierung aus. Dies gilt auch für wissenschaftliche Tätigkeiten im Rahmen der freien Berufe, soweit sie mit einem kommerziellen Hintergrund erfolgen. In diesen Bereichen ist nur noch der Rückgriff auf die Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch nach Abs. 2 S. 1 Nr. 4a UrhG mit ihren engeren Voraussetzungen anwendbar.

b) **Stellungnahme zur Neuregelung und Formulierungsvorschlag**

Grundsätzliche Kritik an der dargestellten Neuregelung muss sich wegen der zwingenden Richtlinienvorgaben nur in geringem Ausmaß gegen den deutschen Gesetzgeber und in erster Linie gegen die Richtlinienvorgaben und den dortigen Ausschluss kommerzieller Wissenschaft selbst richten. Zuzugestehen ist der dort getroffenen Differenzierung, dass einige der für das Wissenschaftsprivileg anzuführenden Argumente im Bereich kommerzieller Wissenschaft weniger überzeugend sind. Das beginnt mit

¹¹²⁷ Ähnlich auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 10, im Kontext von ursprünglich zu privaten Zwecken angefertigten, später jedoch auch zu beruflichen Zwecken verwendeten Vervielfältigungsstücken.

¹¹²⁸ Werden sowohl kommerzielle wie nichtkommerzielle Zwecke angestrebt, greift die Schrankenregelung nicht ein, so zutreffend für § 87c UrhG *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 87c Rn. 5; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 29; siehe auch BGH GRUR 1993, 899, 890 – *Dia-Dublikate*, für den Fall der unzulässigen Vermischung privater und beruflicher Zwecke.

¹¹²⁹ Die Einzelfallbezogenheit betont zu Recht *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 50.

ihrer grundlegenden Zielsetzung, die nicht primär auf die Erweiterung des Wissensstandes, sondern vor allem auf eine in der Regel anwendungsorientierte Forschung zur wirtschaftlichen Verwertung der Erkenntnisse und zur Entwicklung konkreter Produkte ausgerichtet ist. Das Argument des innerhalb der Wissenschaft in hohem Maße produktiven Werk- und Wissensgebrauchs greift deshalb dort weniger stark, wo statt einer Mehrung des Wissens die Mehrung privater Gewinne im Vordergrund steht. Zudem fehlt es auch an der Konstellation, dass wegen der Finanzierung über öffentliche Mittel deren effiziente Verwendung in besonderem Maße im öffentlichen Interesse liegt, da es bei der nicht kommerziellen Wissenschaft darum geht, mit möglichst geringem Aufwand ein Maximum an Erkenntnisgewinn zum Wohl der Allgemeinheit zu erzielen, und darauf auch die Bedingungen der Informationsbeschaffung entscheidende Auswirkungen haben. Kommerzielle Wissenschaft kann demgegenüber Kosten für die Informationsbeschaffung wie bei anderen „Rohstoffen“ in ihre Kostenkalkulation einbeziehen, bei der Verwertung der Forschungsergebnisse in Form konkreter Produkte entsprechend einpreisen und an ihre Kunden weitergeben.

Gleichzeitig ist es jedoch vorstellbar, auch im Bereich der kommerziellen Wissenschaft mit dem Ziel einer möglichst ungehinderten Verbreitung und Vermehrung des Wissens entsprechende Schranken vorzusehen, um einen Freiheitsraum zugunsten wissenschaftlicher Tätigkeit zu gewährleisten.¹¹³⁰ Aufschlussreich ist dabei eine Entscheidung des höchsten kanadischen Gerichts, das in einem entsprechenden Fall eine weite und liberale Auslegung des Begriffs der Forschung für nötig hielt und ausdrücklich die Forschung zu kommerziellen Zwecken in den Anwendungsbereich der kanadischen Schrankenregelung einbezog.¹¹³¹ Auch innerhalb des US-amerikanischen Fair-Use-Prinzips ist ein kommerzieller Charakter der Nutzung nur ein Abwägungsmerkmal, aber kein absolutes Ausschlusskriterium.¹¹³² Eine Berücksichtigung der kommerziellen Zwecksetzung könnte insbesondere über eine erhöhte Vergütung im Vergleich zu Vielfältigungen durch die nichtkommerzielle Forschung erfolgen.¹¹³³

Wegen der *de lege lata* bestehenden Richtlinienvorgaben sollen an dieser Stelle derartige Erwägungen jedoch nicht weiter vertieft werden. Interessanter Weise scheinen sich die entsprechenden Lobbygruppen nur wenig entschlossen gegen ihre Schlechterstel-

¹¹³⁰ Dafür *Veddern*, Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung, S. 621.

¹¹³¹ CCH v Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13 (Can).

¹¹³² Darauf verweist zu Recht *Veddern*, a.a.O.

¹¹³³ So auch Hilty/Krujatz/Bajon/Früh/Kur/Drexler/Geiger/Klass, IIC 2009, 309, 318.

lung im Rahmen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens gewendet zu haben, was insbesondere im Fall von stark IP-basierten Branchen wie der Pharmaindustrie kaum überrascht. In einer Gesamtabwägung ist das Eigeninteresse an „starkem Schutz für geistiges Eigentum“ so groß, dass jede Lobbyarbeit in Richtung erleichterter Möglichkeiten der Informationsversorgung vor dem Hintergrund eines stimmigen Gesamtbilds nur untergeordnete Bedeutung erlangt.

Trotz der Richtlinienvorgabe hätte jedoch der deutsche Gesetzgeber zumindest einen verbleibenden Spielraum stärker zugunsten der kommerziellen Wissenschaft nutzen können. Dieser ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 a) InfoSoc-RL in Bezug auf reprographische Vervielfältigungstechniken. Während Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL eine vollwertige Einbeziehung der kommerziellen Wissenschaft ausschließt, wäre eine zusätzliche spezielle Reprographieschranke richtlinienkonform möglich. Denn bei der Umsetzung der technologiebezogenen Schrankenvorgabe des Art. 5 Abs. 2 a) InfoSoc-RL zusätzlich zweckbezogen zu differenzieren, stellt keinen Widerspruch zum spezielleren Schrankenvorbehalt für die Wissenschaft in Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL dar. Dessen Qualifizierung durch den Ausschluss kommerzieller Zwecke bezieht sich auf einen deutlich weitergehenden Schrankenvorbehalt, der sowohl von den betroffenen Verwertungsrechten (Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung) als auch von den Vervielfältigungstechniken (analog ebenso wie digital) über die Reichweite des Art. 2 a) hinausgeht. Der demgegenüber begrenztere Reprografieschrankenvorbehalt ohne Zweckbindung kommt potentiell jedermann zugute. Bei der Umsetzung in nationales Recht den Rahmen dieses Schrankenvorbehalts differenziert auszunutzen und die (kommerzielle) Wissenschaft besonders zu akzentuieren spricht nicht gegen die Richtliniensystematik.¹¹³⁴

Gesetzestechisch umzusetzen wäre dies entweder durch eine Aufspaltung der Wissenschaftskopie in eine Nummer 1. a) für die nicht gewerbliche und eine Nummer 1. b) für die gewerbliche Wissenschaft. Letztere müsste dann jedoch in den Verweis des Abs. 2 S. 3 auf die technologiebezogenen Beschränkungen des Abs. 2 S. 2 Nr. 1 oder 2 einbezogen werden. Verständlicher würde der schon jetzt heillos komplizierte § 53 Abs. 2 UrhG durch eine zusätzliche Verweisung kaum. Alternativ ebenfalls denkbar, etwas klarer und deshalb vorzugswürdig erscheint eine entsprechende Ergänzung des § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG um die sonstige, gewerbliche Wissenschaft unter gleichzeitiger Beschränkung auf reprographische Vervielfältigungen, so dass danach Vervielfältigungsstücke zulässig wären

¹¹³⁴ Siehe im Ergebnis ähnlich auch *Burrell/Coleman*, S. 291.

„zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und sie entweder keinen gewerblichen Zwecken dient, oder die Vervielfältigung auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung vorgenommen wird, oder eine ausschließlich analoge Nutzung stattfindet.“

Aufgrund der entsprechenden Richtlinienvorgabe wäre eine Vergütung nicht nur fakultativ möglich, sondern sogar zwingend erforderlich.¹¹³⁵

Der Gesetzgeber ging davon aus, dass für die nicht länger privilegierte gewerbliche Wissenschaft die Rückfallposition des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG ausreichend sei, da dieser die analoge Vervielfältigung kleiner Teile eines erschienenen Werkes oder einzelner Beiträge, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind, zum nicht näher zweckbestimmten sonstigen eigenen Gebrauch gestattet.¹¹³⁶ Angesichts der damit verbundenen Beschränkungen mit Blick auf das Ausmaß und die einbezogenen Werke handelt es sich jedoch um eine engere Schranke als die insoweit offener gestaltete Wissenschaftsvervielfältigung.¹¹³⁷ Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit ungenutzt gelassen, mit einer zusätzlichen richtlinienkonformen „analogen Wissenschaftsschranke“ für die kommerzielle Wissenschaft wenn schon keine technisch, so doch zumindest eine vom Umfang gleichwertige, analoge Vervielfältigung weiterhin zu gestatten.¹¹³⁸

c) Fazit

Der im Zweiten Korb neu eingeführte Ausschluss gewerblicher wissenschaftlicher Zwecke ist wegen seiner Auswirkungen auf die gewerbliche bzw. kommerzielle Wissenschaft als wesentliche Änderung zu werten und lässt sich deshalb kaum als bloße „Klarstellung“ bezeichnen. Die Änderung war für den Gesetzgeber aufgrund der zwingenden Richtlinienvorgabe für den digitalen Bereich verbindlich, im analogen Bereich sind verbleibende Spielräume zugunsten kommerzieller Wissenschaft ungenutzt geblieben.

Bei der Auslegung des Kriteriums müssen aus systematischen Gründen allzu mittelbare kommerzielle Zwecke bei der Beurteilung des gewerblichen bzw. kommerziel-

¹¹³⁵ Siehe zur Frage der Vergütungspflicht auch jenseits der verpflichtenden Vorgaben der Richtlinie auch noch Teil 3 A. IV.

¹¹³⁶ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 48.

¹¹³⁷ Zu den Beschränkungen beim sonstigen eigenen Gebrauch siehe noch ausführlich unten Teil 3 A. III. 2.

¹¹³⁸ Dafür außer der bereits dargestellten, aber wegen der geforderten völligen Streichung der Neureglung zu weitgehenden Forderung des Bundesrats auch schon *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 261.

len Charakters der Tätigkeit im Rahmen der nötigen Einzelfallabwägung weitgehend unberücksichtigt bleiben, um die Schranke nicht insgesamt leerlaufen zu lassen. Insbesondere ist der gegenwärtige Charakter gegenüber einer sich möglicherweise später entwickelnden kommerziellen Verwertungsperspektive in den Vordergrund zu stellen.

8. Keine Verbreitung oder Benutzung zur öffentlichen Wiedergabe

§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG privilegiert wie die sonstigen Schranken des § 53 UrhG nur die Vervielfältigung zum jeweiligen Gebrauchszweck. Deshalb kommt § 53 Abs. 6 S. 1 UrhG, der die Verbreitung der Vervielfältigungsstücke und ihre Nutzung zur öffentlichen Wiedergabe ausschließt, eher deklaratorische Bedeutung zu, da sich die vom Vervielfältigungsrecht zu unterscheidenden und von der Schranke nicht erfassten Rechte zur Verbreitung und öffentlichen Wiedergabe schon unmittelbar aus § 17 UrhG bzw. § 15 Abs. 2 UrhG ergeben.¹¹³⁹ Die Verleihausnahme in Abs. 6 S. 2 als eigentlicher Regelungsgehalt dient in erster Linie den Bedürfnissen der Bibliotheken. Abs. 6 S. 1 unterstreicht die Unzulässigkeit entsprechender nachträglicher Zweckänderungen, also den Fall einer zunächst zulässig hergestellte Kopie, die später verbreitet oder öffentlich wiedergegeben wird.¹¹⁴⁰ Soweit bereits die Herstellung des Vervielfältigungsstücks zum Zweck der Weitergabe an Dritte erfolgte, lag bereits ursprünglich keine Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch vor.¹¹⁴¹

Nicht jede nachträgliche Weitergabe oder Verwendung eines Vervielfältigungsstücks ist jedoch eine urheberrechtsrelevante Handlung bzw. vom Begriff der Verbreitung oder der öffentlichen Wiedergabe erfasst. Insbesondere setzt die Verbreitung gemäß § 17 UrhG ein Verbreiten an die Öffentlichkeit voraus.¹¹⁴² Maßgeblich ist, dass der Verbreitende aus der „internen Sphäre in die Öffentlichkeit hinaustritt“.¹¹⁴³ Nach der Legaldefinition des Öffentlichkeitsbegriffs in § 15 Abs. 3 UrhG ist eines der entscheidenden Kriterien die fehlende Verbundenheit durch persönliche Beziehungen, die nicht auf Beziehungen rein privater Art begrenzt ist.¹¹⁴⁴ Auch persönliche Beziehungen im wissen-

¹¹³⁹ So auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 53.

¹¹⁴⁰ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 15 Rn. 43.

¹¹⁴¹ *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 44; siehe dazu und zur Frage, wer dabei als „Dritter“ anzusehen ist, schon oben unter Teil 3, A. II. 3.

¹¹⁴² Vgl. dazu im einzelnen *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 17 Rn. 7 ff; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 17 Rn. 4.

¹¹⁴³ So etwa *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 17 Rn. 7.

¹¹⁴⁴ Vgl. zu den Anforderungen im Detail beispielsweise v. *Ungern-Sternberg*, in: *Schricker*, § 15 Rn. 73; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 15 Rn. 43.

schaftlichen Bereich können ausreichend sein. Gibt ein Wissenschaftler ein ursprünglich für seinen eigenen wissenschaftlichen Gebrauch angefertigtes Vervielfältigungsstück lediglich an einen oder mehrere Kollegen weiter, mit denen er durch persönliche Beziehungen verbunden ist, insbesondere also bei engem gegenseitigen Kontakt,¹¹⁴⁵ so fehlt es an einer Verbreitung an die Öffentlichkeit und Abs. 6 S. 1 greift nicht ein. Abs. 6 S. 1 steht zudem nachfolgenden weiteren Nutzungen nicht entgegen, die von den Schranken der §§ 44a ff. gedeckt sind,¹¹⁴⁶ so dass sich Empfänger bei einer Weitergabe gegebenenfalls ihrerseits auf einschlägige Schranken berufen können, etwa auf § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG, wenn sie Vervielfältigungsstücke zu ihrem eigenen Gebrauch anfertigen.

Für die öffentliche Wiedergabe verdeutlicht Abs. 6 S. 1, dass die Freiheit zur Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch zwar zur Vorbereitung eines öffentlichen Vortrags genutzt werden kann, die Kopien anschließend aber nicht auch auf § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG gestützt bei diesem Vortrag verlesen werden dürfen; dies ist vielmehr lediglich dann möglich, wenn andere Vorschriften dies gestatten, insbesondere das Zitatrecht aus § 51 UrhG, das auch auf die öffentliche Wiedergabe Anwendung findet.¹¹⁴⁷ Unzulässig ist ebenfalls die öffentliche Zugänglichmachung nach § 19a UrhG. Die Freiheit zur Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch gestattet es nicht, zulässig erstellte Vervielfältigungsstücke in File-Sharing-Systemen anzubieten.¹¹⁴⁸ Weder Verbreitung noch öffentliche Zugänglichmachung und damit nicht nach Abs. 6 S. 1 unzulässig ist aber die nichtöffentliche unkörperliche Weitergabe per E-Mail an lediglich einzelne Empfänger, solange sie auch zusammen keine Öffentlichkeit i. S. v. § 15 Abs. 3 UrhG bilden.¹¹⁴⁹

Abs. 6 S. 1 schließt demnach klarstellend nachträgliche Zweckänderungen insoweit aus, als die angefertigten Vervielfältigungsstücke anschließend nicht für die urheberrechtlich eigenständigen Verwertungshandlungen der Verbreitung oder der öffentlichen Wiedergabe verwendet werden dürfen. Gleichzeitig ist insbesondere angesichts des Kriteriums der Öffentlichkeit nicht jede Verwendung des Vervielfältigungsstücks eine unter diese Begriffe zu subsumierende Verwertungshandlung. Soweit es nicht be-

¹¹⁴⁵ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 15 Rn. 43.

¹¹⁴⁶ Dreier, a.a.O.

¹¹⁴⁷ Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 55.

¹¹⁴⁸ Lüft, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 44; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 53.

¹¹⁴⁹ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 53; ähnlich auch schon Decker, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 54, die dies beide als Schutzlücke werten.

reits von Anfang an geplant war und damit bereits der Zweck des eigenen wissenschaftlichen Gebrauchs entfällt, spricht Abs. 6 S. 1 nicht gegen die spätere anderweitige Weitergabe von zunächst zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch angefertigten Kopien unterhalb der Schwelle einer urheberrechtlich relevanten Verbreitung.

9. Pflicht zur Quellenangabe nach § 63 UrhG

Die in § 63 UrhG geregelte Pflicht zur Quellenangabe steht in engem Zusammenhang mit dem Recht auf Anerkennung der Urheberschaft aus § 13 UrhG. Sie gewährleistet dessen Berücksichtigung als eines der zentralen Urheberpersönlichkeitsrechte auch im Rahmen der Schranken.¹¹⁵⁰

Die Einbeziehung der Vervielfältigungsfreiheit zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch sowie zum Unterrichtsgebrauch in die inhaltlich unveränderte Regelung des § 63 UrhG ist eine Neuerung des Zweiten Korbes.¹¹⁵¹ Eine solche Pflicht bestand im Wissenschaftsbereich zuvor aufgrund des folgerichtig gestrichenen Abs. 1 S. 2 lediglich für Vervielfältigung von Datenbankwerken sowie für Datenbanken in Bezug auf deren sui-generis-Schutz, für den die Regelung in § 87c Abs. 1 S. 2 UrhG weiter fortbesteht. Beides beruhte auf entsprechenden Vorgaben der Datenbankrichtlinie.¹¹⁵² Die jetzige Ausdehnung bezeichnet der Gesetzgeber als „Folgeänderung“¹¹⁵³ der Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie. Diese gestattet in Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL Schranken für die genannten Zwecke, „sofern, außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist – die Quelle einschließlich des Namens des Urhebers, wann immer dies möglich ist, angegeben wird.“ Unklar bleibt angesichts der klaren Vorgabe, warum ein entsprechender Änderungsbedarf nicht schon im Ersten Korb zusammen mit weiteren auf der Richtlinie beruhenden Anpassungen angenommen wurde.¹¹⁵⁴ Gleichzeitig ist die Richtlinienvorgabe an sich bemerkenswert, da sie letztlich urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte regelt, die Richtlinie jedoch gemäß Erwägungsgrund 19 urheberpersönlichkeitsrechtliche Fragen nicht einbeziehen will.¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁰ Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 1; *Dietz*, in: *Schricker*, § 63 Rn. 1.

¹¹⁵¹ Siehe *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 5a; bislang noch unberücksichtigt bei *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 Rn. 5ff.

¹¹⁵² Vgl. Art. 6 Abs. 2 b) bzw. Art. 9 b) Datenbank-RL.

¹¹⁵³ So die Begründung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 31.

¹¹⁵⁴ Im Ersten Korb wurde insbesondere Abs. 2 S. 2 eingefügt, um unter anderem beim Zitatrecht aus § 51 UrhG und der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 52a UrhG den Richtlinienvorgaben zu entsprechen.

¹¹⁵⁵ Siehe auch *Dietz*, in: *Schricker*, § 63 Rn. 4a), der zudem darauf verweist, dass § 63 UrhG eine Quellenangabe auch in vielen Fällen vorschreibt, in denen dies von der Richtlinie nicht gefordert wird.

a) Quellenangaben im Wissenschaftsbereich

Quellenangaben spielen bei wissenschaftlichem Arbeiten eine entscheidende Rolle, sind weit verbreitete und selbstverständliche Praxis und nicht zuletzt deshalb auch elementarer Bestandteil wissenschaftsethischer Richtlinien, in denen Forschungsorganisationen ihren Mitgliedern zur Sicherung der guten, wissenschaftlichen Praxis verbindlich die Einhaltung entsprechender Standards vorschreiben. Gerade wegen der selbstverständlichen Verbreitung von Quellenangaben im Wissenschaftsbereich erscheint es im Zusammenhang mit § 63 UrhG erforderlich, die verschiedenen involvierten Ebenen auseinanderzuhalten.

aa) Quellenangaben aus wissenschaftsethischen Gründen

§ 63 UrhG bezieht sich als urheberrechtliche Regelung nicht auf die wissenschaftsethische Pflicht, in eigenen Werken fremdes Gedankengut und fremde Erkenntnisse entsprechend zu kennzeichnen. Denn auf der rein inhaltlichen Ebene greift der Grundsatz von der Freiheit der wissenschaftlichen Lehre als solches, und die Wiedergabe fremder Forschungsergebnisse mit eigenen Worten bleibt zulässig und urheberrechtlich ohne Relevanz.¹¹⁵⁶ Vor inhaltlichen Plagiaten und der Einverleibung fremder Theorien schützen deshalb in erster Linie wissenschaftsethische Prinzipien, die konkretisiert durch normierte oder ungeschriebene Regeln guter wissenschaftlicher Praxis die heimliche Übernahme fremden Gedankenguts verhindern helfen sollen, und die auf den mit Plagiatsfällen verbundenen, eher wissenschaftsinternen Sanktionen aufbauen.¹¹⁵⁷ Wer innerhalb eines eigenen Werks Erkenntnisse oder juristische Meinungen mit eigenen Worten wiedergibt und dabei einen Fundstellennachweis in Form von Fußnoten aufnimmt, die auf den geistigen „Urheber“ einer Ansicht oder Theorie verweisen, tut dies schon bislang aus wissenschaftsethischen Gründen, nicht jedoch aufgrund einer – insoweit nicht bestehenden – urheberrechtlichen Pflicht.

bb) Quellenangaben beim Zitat gemäß § 51 UrhG

Ebenfalls zu trennen von der im Zweiten Korb erfolgten Einbeziehung der Wissenschaftskopie ist die Pflicht zur Quellenangabe bei Zitaten. Soweit es um die teilweise oder vollständige Aufnahme eines fremden Werks in ein eigenes, selbständiges Werk

¹¹⁵⁶ Siehe dazu schon Teil 1, B. I.

¹¹⁵⁷ Siehe dazu schon oben, Teil 1 F. III. m.w.N. zur Unterscheidung zwischen urheberrechtlicher und wissenschaftsethischer Referenzierungspflicht.

des Zitierenden geht, bestimmt sich deren Zulässigkeit und die der damit verbundenen Vervielfältigungs-, Verbreitungs- und Wiedergabehandlungen als urheberrechtlich relevante Handlungen im Einzelnen nach § 51 UrhG. Eine Quellenangabe wäre hier ebenfalls schon aus wissenschaftsethischen Gründen erforderlich, gleichzeitig ist das Zitatrecht aus § 51 UrhG aber auch eine der Schrankenregelungen, die bereits seit der ursprünglichen Normierung des § 63 UrhG ausdrücklich genannt werden.¹¹⁵⁸ Insofern ergibt sich durch die Neuerung keine Veränderung. Hier tritt die urheberrechtliche Pflicht aus § 63 UrhG neben die wissenschaftsethische Pflicht zur Quellenangabe, ohne allerdings im Detail stets völlig deckungsgleich zu sein.

b) Besonderheiten der Neuerung durch den Zweiten Korb und Bewertung

Im Vergleich mit den sonstigen Schranken, auf die die Pflicht zur Quellenangabe Anwendung findet, ist die Einbeziehung der Wissenschaftskopie bemerkenswert angesichts der Tatsache, dass es sich hierbei um eine Vervielfältigung zum *eigenen* Gebrauch handeln muss.

Damit unterscheidet sich der eigene wissenschaftliche Gebrauch von den sonstigen in § 63 UrhG erfassten Schranken. Sie sind entweder geradezu darauf ausgelegt oder gestatten es zumindest, die Vervielfältigungen weiteren Werkrezipienten auf unterschiedliche Art zur Verfügung zu stellen. Zur Verwendung im gerichtlichen Verfahren angefertigte Vervielfältigungen (§ 45 Abs. 1 UrhG) werden bei Gericht eingereicht, Sammlungen für den Kirchen- Schul oder Unterrichtsgebrauch (§ 46 UrhG) werden von den jeweiligen Adressaten und Zitate nach § 51 UrhG als Teil des selbständigen Werks rezipiert, in das sie aufgenommen werden. Auch bei der ebenfalls neu einbezogenen Schranke für den Unterrichtsgebrauch (§ 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG) werden die vervielfältigten Werke oder Werkteile samt Quellenangabe von den Unterrichteten wahrgenommen.

Gerade diese Adressatenkreise sollen dem Zweck der Vorschrift entsprechend erfahren, wer Urheber des Werks ist und wo im Fall der Vervielfältigung von Werkteilen das ganze Werk zu finden ist, auch um überprüfen zu können, ob überhaupt korrekt zitiert oder vervielfältigt wurde; neben der Kontrollfunktion kommt der Quellenangabe damit auch eine gewisse Werbefunktion für das verwendete Werk zu.¹¹⁵⁹ Bei der Schranke

¹¹⁵⁸ Inzwischen bestünde aufgrund der Vorgabe in Art. 5 Abs. 3 d) InfoSoc-RL ohnehin eine entsprechende Verpflichtung.

¹¹⁵⁹ Schulze, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 1; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 Rn. 1 f.

zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch ist jedoch in der Regel schon wegen der engen Zweckbestimmung der Wissenschaftler selbst der einzige, der die hergestellten Vervielfältigungsstücke rezipiert.¹¹⁶⁰ Nimmt er im Rahmen einer späteren Veröffentlichung darauf Bezug, gilt selbstverständlich im Fall eines Zitats die urheberrechtliche Pflicht zur Quellenangabe.¹¹⁶¹ Wird von ihm aber verlangt – anders lässt sich die Pflicht zur Quellenangabe in Bezug auf die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch nicht verstehen – schon die für seinen eigenen Gebrauch hergestellten Vervielfältigungsstücke mit einer Quellenangabe gemäß § 63 UrhG zu versehen, tut er dies in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle im Sinne eines Formalismus allein für sich selbst.¹¹⁶²

Zwar liegt eine entsprechende Kennzeichnung schon im ureigensten Interesse des Wissenschaftlers. Vervielfältigungsstücke, bei denen sich Urheber und Quelle nicht länger ermitteln lassen, sind für den Wissenschaftler wertlos, da er die jeweiligen Werke weder in eigenen Werken zitieren, noch über den reinen Text hinaus über den Verfasser und gegebenenfalls über das Publikationsorgan auf die wissenschaftliche Qualität des Werkes rückschließen kann. Durch die nun normierte Pflicht zur Quellenangabe wird jedoch die Art und Weise, auf die der Wissenschaftler die weitere Verwendbarkeit gewährleistet, seiner eigenen Entscheidungsfreiheit entzogen, standardisiert und objektiviert. Statt sich beispielsweise die Quelle eines vervielfältigten Festschriftbeitrags lediglich zu merken oder über ein zumindest ihm verständliches Kürzel für die spätere Verwendung kenntlich zu machen, ist er gezwungen, die erforderlichen Angaben entsprechend den Vorgaben des § 63 UrhG festzuhalten. Sind diese auf dem Vervielfältigungsstück – wie in der Praxis sicherlich regelmäßig – nur unvollständig vorhanden, muss man die Pflicht des § 63 UrhG wohl so verstehen, dass innerhalb eines angemessenen Zeitraums die fehlenden gesetzlich vorgeschriebenen Angaben auch für den Eigengebrauch entweder per Hand oder im Bereich digitaler Techniken unter Einsatz sonstiger Möglichkeiten zu ergänzen sind.¹¹⁶³ Darin ist ein großes Maß an Formalismus zu sehen, der nicht Zweck der gesetzlichen Regelung gewesen sein kann.

¹¹⁶⁰ So im Kontext des britischen Rechts, aber vergleichbar und zutreffend *Burrell/Coleman*, S. 118.

¹¹⁶¹ Parallel greift auch unabhängig von einem wörtlichen Zitat jedenfalls die wissenschaftsethische Pflicht zum Fundstellennachweis.

¹¹⁶² Anders nur dort, wo im Rahmen dessen, was der eigene Gebrauch gestattet, Vervielfältigung für den Gebrauch einer kleinen Forschergruppe oder anderer Personen angefertigt werden.

¹¹⁶³ Ähnlich versteht dies *Burrell/Coleman*, S. 118, der eine Quellenangabe in diesem Zusammenhang als „anomalous“ bezeichnet.

Schelte gegen den Gesetzgeber scheint an dieser Stelle nur bedingt angebracht. Auf Ebene der Richtlinie ist die Regelung in sich schlüssig, da Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL nicht wie die deutsche Umsetzung auf den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch und die bloße Vervielfältigung beschränkt ist, sondern auch Schranken in Bezug auf die öffentliche Zugänglichmachung sowie über Art. 5 Abs. 4 auch in Bezug auf das Verbreitungsrecht gestattet. In diesen Fällen ist die Pflicht zur Quellenangabe wegen der damit verbundenen Rezeption durch Dritte sinnvoll und geboten.

Allenfalls der deutsche Gesetzgeber hätte trotz der zunächst scheinbar klaren Vorgabe mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck der Quellenangabe und die im deutschen UrhG ohnehin auf den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch beschränkte nationale Regelung weiter von einer Übernahme der Pflicht zur Quellenangabe absehen können, ohne damit seine Umsetzungspflicht zu verletzen.

c) Die Anforderungen des § 63 UrhG im Einzelnen

Inwieweit der mit der Neuerung verbundene Formalismus größtenteils folgenlos bleiben wird, weil sich die tatsächliche Praxis der Kontrolle weitestgehend entzieht, bleibt abzuwarten. Da zumindest dem Gesetz nach die Pflicht zur Quellenangabe ausgeweitet ist, werden die gesetzlichen Vorgaben in ihren Grundzügen dargestellt.

Nach S. 1 UrhG ist nun auch bei der Vervielfältigung eines Werks oder eines Werkteils zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch die Quelle stets deutlich anzugeben. Satz 2 enthält weitergehende Anforderungen für die Vervielfältigung ganzer Sprachwerke oder ganzer Werke der Musik. Die Verpflichtung entfällt gemäß Satz 3, wenn die Quelle weder auf dem benutzten Werkstück oder bei der benutzten Werkwiedergabe genannt noch dem zur Vervielfältigung Befugten anderweitig bekannt ist.

aa) Deutliche Angabe der Quelle

Die deutliche Angabe der Quelle umfasst jedenfalls den Urheber, was sich schon im Hinblick auf die ergänzenden Bestimmungen in Abs. 1 S. 2 ergibt.¹¹⁶⁴ Ob wirklich in jedem Fall der Vorname erforderlich ist,¹¹⁶⁵ erscheint jedenfalls dann zweifelhaft, wenn eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben ist. Hilfsweise kann auch die Bezeichnung des

¹¹⁶⁴ Dietz, in: *Schricker*, § 63 Rn. 13; Gass, in: *Möhring/Nicolini*, § 63 Rn. 12.

¹¹⁶⁵ So wohl die h.M., siehe Dietz, in: *Schricker*, § 63 Rn. 13; Schulze, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 11; Bullinger, in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 Rn. 12; Dustmann, in: *Fromm/Nordemann*, § 63 Rn. 7; a.A. aber Gass, in: *Möhring/Nicolini*, § 63 Rn. 14.

Herausgebers oder Verlegers geboten sein, wenn das Werk andernfalls nicht ohne weiteres auffindbar ist.¹¹⁶⁶ Darüber hinaus sind auch die sonstigen zur Auffindung des Werks erforderlichen Informationen anzugeben.¹¹⁶⁷ Dazu gehört der Werktitel, bei Büchern das Erscheinungsjahr sowie bei mehreren Auflagen die korrekte Auflage, bei Sammelwerken der Name der Zeitschrift, Festschrift oder des sonstigen Publikationsorgans, sowie die konkrete Fundstelle, also z.B. eine Seiten – oder Abschnittsbezeichnung.¹¹⁶⁸ Die geforderte Deutlichkeit der Quellenangabe hängt eng mit ihrer Platzierung zusammen. Geht es innerhalb eigenständiger Werke um den Quellennachweis aus wissenschaftsethischen Gründen oder bei Zitaten, so haben sich entsprechende Anforderungen etabliert, die einen Rückgriff auf den benutzten Werkteil gewährleisten sollen.¹¹⁶⁹ Die wissenschaftliche Praxis behilft sich in der Regel mit Fußnoten- oder Kürzelverweisen auf ein eigenständiges umfassendes Literaturverzeichnis.¹¹⁷⁰

Die Ausgangslage bei der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch ist eine andere. Hier erfordert die Neuerung, auch auf bzw. an einem nur zum eigenen Gebrauch angefertigten Vervielfältigungsstück einen den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Quellennachweis vorzunehmen. Bei der Vervielfältigung wissenschaftlicher Literatur wird ein Teil der erforderlichen Angaben bereits aus der Vorlage selbst hervorgehen, insbesondere bei Zeitschriftenaufsätzen der Name des Urhebers, der Titel, die jeweiligen Seitenzahlen, häufig auch der Name des Publikationsorgans sowie das Erscheinungsjahr. Soweit diese Angaben jedoch unvollständig sind, beispielsweise bei der Vervielfältigung eines einzelnen Kapitels oder Abschnitts aus einer Monographie, sind sie durch den Wissenschaftler nun nach der mit Blick auf diese Konsequenz fragwürdigen gesetzlichen Regelung zu ergänzen. Während dies bei einfachen Papierkopien handschriftlich erfolgen dürfte, sind auch im Bereich digitaler Vervielfältigungstechniken die erforderlichen Quellenangaben vorzunehmen. Wie dies genau zu erfolgen hat, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. „Ideal“ angesichts des Deutlichkeitsgebots erschiene eine Vorgehensweise, die die geforderten Informationen *im* Vervielfältigungsstück

¹¹⁶⁶ Dietz, in: *Schricker*, § 63 Rn. 13; Schulze, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 11 f.; Bullinger, in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 Rn. 13.

¹¹⁶⁷ Gass, in: *Möhring/Nicolini*, § 63 Rn. 11.

¹¹⁶⁸ Vgl. zu den Einzelheiten die Kommentierungen bei Dietz, in: *Schricker*, § 63 Rn. 13f; Schulze, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 12; Bullinger, in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 Rn. 14.

¹¹⁶⁹ Zum Ort der Quellenangabe Schulze, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 14; auch Bullinger, in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 Rn. 15f.

¹¹⁷⁰ Siehe Gass, in: *Möhring/Nicolini*, § Rn. 14.

selbst implementiert. Handelt es sich beispielsweise um einen im Word-Format abgespeicherten Aufsatz, so wäre dies dem Wissenschaftler noch vergleichsweise leicht möglich. Geht es um Werke im PDF-Format oder gar um Film- oder Musikdateien, ist dies mit den derzeitigen technischen Möglichkeiten schwieriger. Weil die Ausweitung der Pflicht zur Quellenangabe auf die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch systematisch fragwürdiger scheint, sollten keinesfalls hohe Anforderungen gestellt werden. Ausreichend muss es sein, wenn die entsprechenden Angaben beispielsweise aus dem Dateinamen hervorgehen, unter dem das Vervielfältigungsstück abgespeichert ist, und so bei bzw. vor der Rezeption durch den Wissenschaftler zur Kenntnis genommen werden können.

Dennoch wird deutlich, dass mit der Neuregelung bei konsequenter Anwendung ein Mehraufwand auf Seiten des Wissenschaftlers verbunden ist. Lag es auch schon zuvor in seinem Interesse, Quellen für seine weitere Arbeit verwendbar und zitierbar, in einer für ihn selbst verständlichen Form zu kennzeichnen, muss es nun nach den Spezifika des § 63 UrhG erfolgen. Dabei ist häufig auszuschließen, dass Dritte die anzubringenden ordnungsgemäßen Vermerke jemals zu Gesicht bekommen. Vor diesem Hintergrund lässt sich der Sinn der Regelung erneut bezweifeln.

bb) Zusätzliche Angaben bei ganzen Sprachwerken oder ganzen Werken der Musik

Nach Abs. 1 S. 2 sind im Fall der Vervielfältigung ganzer Sprachwerke oder ganzer Werke der Musik zusätzliche Angaben erforderlich. Der erste Fall ist für die Vervielfältigung vollständiger einzelner Beiträge aus Wissenschaftszeitschriften oder sonstigen Sammelpublikationen relevant. Neben dem Urheber ist auch der Verlag anzugeben, bei dem das Werk erschienen ist. Damit ist ein gewisser Werbeeffect zugunsten des Verlages verbunden.¹¹⁷¹ Das entsprechende Nennungsinteresse von Verlagen geht über den Urheberrechtsschutz im engeren Sinne hinaus und ist zudem weder durch die Richtlinie noch durch die internationalen Konventionen vorgegeben.¹¹⁷² Im Kontext wissenschaftlicher Literaturverzeichnisse gehört die Angabe des Verlags in vielen Wissenschaftsdisziplinen wie beispielsweise den Rechtswissenschaften nicht zu den üblichen Gepflogenheiten und ist in diesem Zusammenhang in aller Regel auch nicht durch § 63 UrhG vorgeschrieben, da auf die verwendete Literatur in der eigenen Arbeit nur inhaltlich verwiesen bzw. kleine Teile wörtlich zitiert werden, so dass Abs. 1 S. 2

¹¹⁷¹ Gass, in: *Möhring/Nicolini*, § Rn. 18; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 1.

¹¹⁷² *Dietz*, in: *Schricker*, § 63 Rn. 3.

keine Anwendung findet. Geht es jedoch um die davon zu trennende Vervielfältigung vollständiger einzelner Beiträge zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, ist seit der Neuregelung die auf dem angefertigten Vervielfältigungsstück eventuell fehlende Angabe des Verlags zu ergänzen.¹¹⁷³ Desweiteren verlangt Abs. 1 S. 2 zusätzlich kenntlich zu machen, ob Kürzungen oder andere Änderungen vorgenommen worden sind. Aufgrund der Verwendung des Wortes „ob“ statt „wenn“ geht die Literatur wohl einheitlich davon aus, dass nicht nur eine Kürzung, sondern auch eine ungekürzte Vervielfältigung ausdrücklich als solche zu kennzeichnen ist.¹¹⁷⁴

Spätestens hier wird deutlich, dass die unhinterfragte und unterschiedslose Übertragung der Pflicht zur Quellenangabe auf die Wissenschaftskopie zum Großteil auf einen Formalismus hinausläuft, wenn der Wissenschaftler auf der Kopie eines ganzen Aufsatzes nun den Vermerk „ungekürzt“ anbringen muss., Er hat die Vervielfältigung entweder selbst vorgenommen oder auftragsweise durch Dritte vornehmen lassen und weiß sehr genau, ob es sich um eine unveränderte und ungekürzte Vervielfältigung handelt.¹¹⁷⁵ Sofern wie regelmäßig das äußere Erscheinungsbild nicht verändert wird, ist das Fehlen oder Vorliegen von Kürzungen und Änderungen bei den für den eigenen weiteren Gebrauch angefertigten Vervielfältigungen zudem offensichtlich. Ein Kennzeichnungsbedürfnis scheint daher im Vergleich mit Fällen der Übernahme ganzer fremder Werke in eigene Werke deutlich weniger ausgeprägt und eine Kennzeichnung entbehrlich zu sein. Deshalb erscheint jedenfalls in Bezug auf die Kenntlichmachung von Kürzungen und Änderungen eine teleologische Reduktion der Norm dann geboten, wenn es daran bei für den Eigengebrauch angefertigten Vervielfältigungen offensichtlich fehlt.

cc) Wegfall der Pflicht zur Quellenangabe

Da auch das Recht nicht das Unmögliche verlangen kann, entfällt die Pflicht zur Quellenangabe gemäß S. 3, wenn diese weder auf dem benutzten Werkstück noch bei der benutzten Werkwiedergabe genannt, noch dem zur Vervielfältigung Befugten anderweitig bekannt ist. Auf letzteres kann sich der Betroffene dann berufen, wenn er

¹¹⁷³ Praktisch möglich ist dies etwa, indem Einband oder Anfangsseiten ebenfalls vervielfältigt werden, die in der Regel den Verlag nennen.

¹¹⁷⁴ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 63 Rn. 11; *Gass*, in: *Möhring/Nicolini*, § Rn. 19; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 Rn. 21; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 16.

¹¹⁷⁵ Im Fall von Beiträgen in Zeitschriften bzw. Sammelwerken dürfte die ungekürzte Vervielfältigung der absolute Regelfall sein.

die fehlenden Quellenangaben nicht durch einfache Nachforschungen ermitteln konnte.¹¹⁷⁶ Im Bereich der in der Regel gut dokumentierten wissenschaftlichen Sekundärliteratur dürfte diese Regelung deutlich seltener zur Anwendung kommen und eher in Bezug auf Primärquellen außerhalb der Wissenschaftsliteratur Relevanz entfalten.

d) Fazit zur Einbeziehung der Wissenschaftskopie in § 63 UrhG

Die zur Richtlinienumsetzung erfolgte Einbeziehung der Wissenschaftskopie weitet die Pflicht zur Quellenangabe auf einen Bereich aus, in dem sie weitaus weniger einleuchtet als bei den übrigen von § 63 UrhG erfassten Schranken. In der Regel wird die Pflicht zur Quellenangabe auf dem zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch angefertigten Vervielfältigungsstück auf einen bloßen Formalismus hinauslaufen, da wegen des eingeschränkten privilegierten Zwecks der Wissenschaftler selbst der Einzige bleibt, der die Quellenvermerke zur Kenntnis nimmt. Speziell mit Blick auf die Kenntlichmachung einer ungekürzten und unveränderten Version bei der Vervielfältigung ganzer Aufsätze und vergleichbarer Werke spricht dies für eine teleologische Reduktion der Norm zumindest in offensichtlichen Fällen. Ob sich der mit der Neuerung verbundene Formalismus allerdings überhaupt negativ auswirken wird oder größtenteils dadurch folgenlos bleibt, dass sich die tatsächliche Praxis in Bezug auf die nur für den Eigengebrauch angefertigten Vervielfältigungen weitestgehend der Kontrolle entzieht, bleibt abzuwarten. *De lege ferenda* scheint gegebenenfalls eine Rückkehr zur früheren Rechtslage erwägenswert.

III. Vergleich mit §§ 53 Abs. 1, 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UrhG

Im Folgenden werden zu Vergleichszwecken die Schranken zum privaten Gebrauch nach § 53 Abs. 1 UrhG und zum sonstigen eigenen Gebrauch in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UrhG untersucht. Neben dem Vergleichsaspekt sind beide Vorschriften auch aufgrund von Überschneidungen mit dem Anwendungsbereich der Wissenschaftskopie zu berücksichtigen. Nicht zuletzt gilt dies seit der dortigen Beschränkung auf Zwecke der nichtgewerblichen Forschung für die Vervielfältigungsfreiheit zum sonstigen eigenen Gebrauch, die auch seitens des Gesetzgebers ausdrücklich als Auffangtatbestand angesehen wurde.¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁶ Zu den nicht allzu hohen Anforderungen an die Nachforschungspflichten sowie zu weiteren Einzelheiten siehe *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 Rn. 23; *Dietz*, in: *Schricker*, § 63 Rn. 17, jeweils m.w.N.

¹¹⁷⁷ Ausdrücklich verweist die Bundesregierung auf diese Rückfallposition in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, S. 48.

1. Privatkopie, § 53 Abs. 1 UrhG

Einzelheiten der Regelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG waren vor dem Zweiten Korb erneut höchst umstritten, etwa ihr Verhältnis zu technischen Schutzmaßnahmen und Fragen angemessener Vergütung für den Schrankengebrauch.¹¹⁷⁸ Hier müssen sich die Ausführungen auf einige wesentliche Vergleichspunkte mit der Wissenschaftskopie beschränken.

a) Strikte Begrenzung auf den rein privaten Gebrauch

Die Privatkopie beschränkt den Vervielfältigungszweck auf den privaten Gebrauch einer natürlichen Person. Darunter wird nach wohl allgemeiner Auffassung der Gebrauch in der Privatsphäre zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse durch die eigene Person oder die mit ihr durch ein persönliches Band verbundenen Personen verstanden.¹¹⁷⁹ Wie erörtert ist die Begrenzung auf den rein privaten Gebrauch dabei durch die Einbeziehung „mittelbarer“ Erwerbszwecke enger ausgestaltet als bei der Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch.¹¹⁸⁰ Welchen näheren Zwecken der private Gebrauch letztlich dient, wird nicht weiter qualifiziert. Deshalb kann auch eine rein private wissenschaftliche Tätigkeit als privater Gebrauch anzusehen sein, etwa bei „Hobbywissenschaftlern“, so dass es zu Überschneidungen mit dem Anwendungsbereich der Wissenschaftskopie kommen kann.¹¹⁸¹

b) Keine Beschränkung durch das Kriterium der „Gebotenheit“

Ein wesentlicher Unterschied zur Wissenschaftskopie ist das bei der Privatkopie fehlende Kriterium der Gebotenheit. Anders als bei der Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch stellt sich dort nicht die Frage, wie sich zunehmende Einzelabrufangebote der Verlage auf die Anwendbarkeit der Schranke auswirken, falls es bei restriktiver Lesart dann im Regelfall schon an der Gebotenheit fehlen sollte und § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG dadurch weitgehend obsolet zu werden droht.¹¹⁸² Auf

¹¹⁷⁸ Siehe schon die Einleitung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 16/1828, S. 1, sowie zu den teilweise komplexen Fragestellungen die entsprechenden Literaturverweise vor der Kommentierung der Norm bei Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53.

¹¹⁷⁹ BGH GRUR 1978, 474, 475 – *Vervielfältigungsstücke*; Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 12, m.w.N.

¹¹⁸⁰ Siehe schon oben, Teil 3 A. II. 7. a) cc).

¹¹⁸¹ Siehe schon oben, Teil 3 A. III. 1; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 25; Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 22.

¹¹⁸² Siehe oben Teil 3 A. II. 6. a) bb).

die Zulässigkeit der Privatkopie haben derartige Verlagsangebote keine Auswirkungen, sie bleibt gestattet, wenn der Nutzer ebenso gut auf ein kostenpflichtiges Angebot des Rechteinhabers zurückgreifen könnte. Ein bei entsprechendem Verständnis der Gebotenheit entstehender Vorrang verlagsseitiger Angebote existiert hier nicht.

Zudem fehlt es bei der Privatkopie auch an quantitativen Beschränkungen in Bezug auf den zulässigen Umfang der Vervielfältigung, wie sie sich im Wissenschaftsbereich ebenfalls aus der Gebotenheit ergibt.¹¹⁸³ Stattdessen bezieht sich die Schranke auch auf Vervielfältigungen ganzer Werke und nimmt lediglich wie alle Schranken des 53 UrhG über Abs. 4 b) die im Wesentlichen vollständige Vervielfältigung eines Buches oder einer Zeitschrift aus. Die quantitative Begrenzung belässt zwar auch der Wissenschaftskopie bei einer flexiblen Handhabung der Gebotenheit größere Spielräume als die engeren Vorgaben der Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch nach Abs. 2 Nr. 4 a), die Privatkopie geht darüber mangels zusätzlicher Begrenzung aber nochmals hinaus.

c) Ausschluss offensichtlich rechtswidriger Vorlagen

Die Privatkopieschranke enthält bereits seit dem Ersten Korb die im Zweiten Korb weiter konkretisierte Vorgabe einer „legalen Quelle“, da für die Vervielfältigung keine „offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte“ Vorlage verwendet werden darf.¹¹⁸⁴ Diese Einschränkung besteht jedoch nur für § 53 Abs. 1 UrhG, nicht auch für die Absätze 2 und 3.¹¹⁸⁵ Mangels entsprechender Einschränkungen ist die Regelung zugunsten des eigenen wissenschaftlichen Gebrauchs insoweit großzügiger, so dass die Rechtswidrigkeit der verwendeten Vorlage eine Vervielfältigung dort nicht automatisch ebenfalls rechtswidrig macht.

d) Eingeschränkte Möglichkeiten der Herstellung durch einen anderen

Abs. 1 S. 2 schränkt für die Privatkopie die Möglichkeiten ein, Vervielfältigungen durch einen anderen herstellen zu lassen.¹¹⁸⁶ Dies ist nur zulässig, wenn dies entweder

¹¹⁸³ Siehe oben Teil 3 A. II 6. b).

¹¹⁸⁴ Siehe dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 18.

¹¹⁸⁵ So *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 14c; siehe dort auch zu den sonstigen Einzelheiten der umstrittenen Regelung, allerdings noch auf dem Stand vor der Einbeziehung auch rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachter Vorlagen durch den Zweiten Korb.

¹¹⁸⁶ Zum Herstellen lassen durch andere bereits oben, Teil 3 A. II. 4.

unentgeltlich erfolgt¹¹⁸⁷ oder es sich um „Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung“, zusammenfassend also um reprographische Vervielfältigungen handelt. In dieser Hinsicht reicht die Wissenschaftskopie mangels Einschränkung weiter, dort sind auch sonstige, insbesondere digitale Vervielfältigungen gestattet, die andere entgeltlich für den Privilegierten anfertigen.¹¹⁸⁸

e) **Eingeschränkt durchsetzungsstark gegenüber technischen Schutzmaßnahmen**

Während die Wissenschaftskopie gemäß § 95b Abs. 1 Nr. 6 b) UrhG von der Regelung erfasst wird, mit der der deutsche Gesetzgeber die Richtlinienvorgaben zur Durchsetzbarkeit bestimmter Schrankenbestimmungen gegenüber technischen Schutzmaßnahmen umgesetzt hat,¹¹⁸⁹ wurde für die Privatkopie eine differenzierte Regelung getroffen. Sie ist gemäß § 95b Abs. 1 Nr. 6 a) UrhG durchsetzungsstark ausgestaltet, soweit es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt. Dies beruht auf der insoweit zwingenden Vorgabe des Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 1 InfoSoc-RL. Von der weitergehenden Möglichkeit, die Unterabsatz 2 auch hinsichtlich der digitalen Privatkopie bietet, hat der Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht.¹¹⁹⁰ Sieht man von den praktischen Problemen ab, die sich aus der konkreten Ausgestaltung des Schrankenvorrangs ergeben, geht die Privilegierung der Wissenschaftskopie in Bezug auf ihre Durchsetzbarkeit somit über die Regelung zur Privatkopie hinaus, im Einklang mit der entsprechenden Richtlinienvorgabe.¹¹⁹¹

f) **Bewertung und Fazit**

Beim Vergleich mit der Privatkopie wird deutlich, dass diese in verschiedener Hinsicht weniger weitgehend privilegiert wird, gleichzeitig jedoch wegen des fehlenden Kri-

¹¹⁸⁷ Zu den Einzelheiten der Unentgeltlichkeit, nach hier vertretener Ansicht nicht gleichbedeutend mit Kostenfreiheit, insbesondere zu der noch zulässigen Erstattung von Materialkosten, siehe bspw. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 16 m.w.N.

¹¹⁸⁸ Siehe dazu auch *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 19.

¹¹⁸⁹ Siehe oben, Teil 2 D.II.

¹¹⁹⁰ Siehe zu dieser im Gesetzgebungsverfahren besonders umstrittenen Frage den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 18, 20 f.

¹¹⁹¹ Gemäß Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 1 InfoSoc-RL ist die durchsetzungsstarke Ausgestaltung einer im nationalen Recht bestehenden Schranke zugunsten der Wissenschaftskopie zwingend.

teriums der Gebotenheit auch eine bedeutende Besserstellung des privaten Gebrauchs gegenüber dem wissenschaftlichen Gebrauch zu verzeichnen ist. Ohne an dieser Stelle Position gegen die Legitimation des Instituts der Privatkopie beziehen zu wollen, relativiert dies unter Wertungsgesichtspunkten das Ausmaß, in dem die Wissenschaftskopie privilegiert wird, insbesondere mit Blick auf den bei entsprechendem Verständnis der Gebotenheit in Zukunft zu befürchtenden zunehmenden Vorrang kommerzieller Verlagsangebote. Dann sind Szenarien vorstellbar und wahrscheinlich, in denen eine rechtmäßige Vorlage ohne DRM zwar noch digital zum privaten Gebrauch vervielfältigt werden darf, sich gleichzeitig jedoch derjenige, der eine Vervielfältigung zum wissenschaftlichen Gebrauch beabsichtigt, auf ein verlagsseitiges kostenpflichtiges Abfrageangebot verweisen lassen muss und wegen fehlender Gebotenheit bei entsprechendem Verständnis dieses Kriteriums nicht einmal eine reprographische Vervielfältigung vornehmen dürfte. Dies spricht im Ergebnis weniger gegen die Stimmigkeit der verglichenen Schranken insgesamt als gegen ein allzu restriktives Verständnis der Gebotenheit bei der Wissenschaftskopie.

2. Sonstiger eigener Gebrauch, § 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG

Die Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch in § 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG enthält zwei Varianten. Variante a) bezieht sich auf Vervielfältigungen kleiner Teile eines erschienenen Werkes oder einzelner Beiträge, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind, Variante b) auf ein seit mindestens zwei Jahren vergriffenes Werk. Abgesehen von der Begrenzung auf Zwecke des eigenen Gebrauchs besteht keine weiter qualifizierte Zweckbestimmung, sondern entscheidend ist der Umfang der Vervielfältigung bzw. die Art der vervielfältigten Werke.

Im Rahmen ihrer begrenzten Reichweite kommt insbesondere Variante a) in der Praxis eine wichtige Rolle zu.¹¹⁹² Neben ihrer eigenständigen Bedeutung ist sie auch dort Auffangtatbestand, wo die Voraussetzungen der vom Umfang weiter reichenden, aber tatbestandlich enger gefassten sonstigen Schranken nicht erfüllt werden. In der Wissenschaft gilt dies spätestens seit dem Ausschluss der gewerblichen Wissenschaft, die sich nicht länger auf die Wissenschaftskopie berufen kann.¹¹⁹³ Mangels Ausschließ-

¹¹⁹² So auch die Einschätzung bei *Hohagen*, S. 455.

¹¹⁹³ Ausdrücklich verweist die Bundesregierung auf diese Rückfallposition in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, S. 48.

keitsverhältnis zwischen den Schranken kann es auch zu Überschneidungen mit dem Anwendungsbereich der Wissenschaftskopie kommen.¹¹⁹⁴

Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass die Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch nur in Bezug auf ein eingeschränktes Ausmaß bzw. qualifizierte Arten von Werken und zusätzlich lediglich im Bereich reprographischer Verfahren bzw. analoger Nutzungen gestattet wird. Diese Beschränkungen werden dargestellt, um die eingeschränkte Reichweite der Rückfallposition für die kommerzielle Wissenschaft zu verdeutlichen.

a) Nr. 4 a): Kleine Teile und einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften

Die erste Variante ist begrenzt auf kleine Teile eines erschienenen Werkes oder einzelne Beiträge, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind. Grundlegender Gedanke war die damit verbundene Arbeitserleichterung angesichts der praktischen und wirtschaftlichen Schwierigkeiten beim Erwerb der benötigten Werkteile bzw. Werke.¹¹⁹⁵ Ein Benutzer sollte nicht gezwungen werden, das ganze Werk bzw. eine ganze Zeitschrift zu erwerben, wenn er nur einen kleinen Teil davon benötigt. Dies sei insbesondere bei der Anfertigung wissenschaftlicher und technischer Arbeiten zu beruflichen Zwecken wirtschaftlich untunlich. Gleichzeitig entstünden durch die vorgenommenen Beschränkungen für die Urheber auch keine nennenswerten Nachteile. Letztlich sollte durch die Normierung eine schon damals weit verbreitete Übung zum Teil gesetzlich anerkannt werden, um Hemmungen im Wirtschaftsleben und im Austausch wissenschaftlicher Erkenntnisse zu vermeiden. Die für die nötigen Grenzziehungen bedeutsamen Begriffe werden in identischer oder abgewandelter Form auch noch in weiteren wissenschaftsrelevanten Schranken verwendet.¹¹⁹⁶

aa) Kleine Teile

Die Gesetzesbegründung enthält keine näheren Anhaltspunkte, was unter einem „kleinen Teil“ im Sinne der Norm zu verstehen ist.¹¹⁹⁷ In Betracht kommen Kapitel

¹¹⁹⁴ Vgl. nur *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 30; *Hölscher*, S. 203, beide jedoch noch auf Grundlage des alten Rechts und gerade in Bezug auf berufliche Recherchearbeiten.

¹¹⁹⁵ Vgl. zum Folgenden die Begründung des Regierungsentwurfs vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 289.

¹¹⁹⁶ Siehe §§ 52a Abs. 1 Nr. 2, 53a UrhG.

¹¹⁹⁷ Die Gesetzesbegründung selbst verweist beim Zitatrecht interessanter Weise auf die Unbestimmtheit des deshalb entfallenen Begriffs der „kleineren Teile“, Begründung des Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 283; siehe auch die Kritik bei *Hölscher*, S. 203.

oder auch sonstige Abschnitte eines Schriftwerkes, solange sie nicht ein eigenständiges Werk darstellen, von dem dann wiederum nur kleine Teile vervielfältigt werden dürften. Die Begründung des Regierungsentwurfs verweist darauf, dass ein Bedürfnis zur Vervielfältigung von kleinen Teilen eines Werkes „in der Regel nur bei Schriftwerken“ gegeben sein dürfte.¹¹⁹⁸ Das erscheint allenfalls tendenziell richtig und insofern bemerkenswert, als andere Werke wie Audio- oder Filmwerke kaum in Zeitungen und Zeitschriften erscheinen und damit im Ergebnis von keiner der Varianten der Nr. 4 lit a) erfasst wären.

Entscheidend für die Bestimmung eines kleinen Teils ist nach wohl allgemeiner Auffassung zunächst das Verhältnis sämtlicher vervielfältigter Teile eines Werkes zum gesamten Werk.¹¹⁹⁹ Eine Umgehung durch sukzessive Vervielfältigungen scheidet demnach aus. Schwieriger ist der Versuch einer konkreteren Begrenzung des zulässigen Umfangs. In der Literatur wurde verschiedentlich eine Obergrenze von 20% des Gesamtwerks befürwortet,¹²⁰⁰ von anderen Stimmen jedoch als „reichlich“ hoch¹²⁰¹ bzw. zu hoch eingeschätzt.¹²⁰² Das OLG Karlsruhe hat einen Umfang von 10% des Gesamtwerks noch als zulässig erachtet¹²⁰³ und damit zwar keine absolute Obergrenze festgelegt,¹²⁰⁴ wohl aber einen für die Praxis relevanten „positiven“ Präzedenzfall geschaffen. Wenngleich mathematisch anmutende Versuche eines Kompromisses im Sinne einer „goldenen Formel“ von 15 % als Obergrenze¹²⁰⁵ verführerisch und für die Praxis mit Blick auf die Rechtssicherheit aus Nutzersicht sicherlich im Ergebnis wünschenswert erscheinen, bleibt die Ziehung einer derartigen abstrakten quantitativen Obergrenze durch Literatur und Rechtsprechung schwierig¹²⁰⁶ und erscheint ohne Vorgaben des Gesetzgebers auch stets recht willkürlich.

¹¹⁹⁸ Vgl. den Regierungsentwurf, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 290.

¹¹⁹⁹ So *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 34; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, 53 § Rn. 33.

¹²⁰⁰ *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 28, allerdings nur in „Ausnahmefällen denkbar“, etwa bei der Vervielfältigung einer von fünf Gedichtstrophen; *Hölscher*, S. 204 unter Berufung auf den allgemeinen Sprachgebrauch („ein Fünftel“).

¹²⁰¹ *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 34.

¹²⁰² *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, 53 § Rn. 33; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 30; *Hohagen*, S. 456.

¹²⁰³ OLG Karlsruhe, GRUR 1987, 818, 820 – *Referendarkurs*; zustimmend wohl *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 30.

¹²⁰⁴ So zutreffend *Hölscher*, S. 204.

¹²⁰⁵ So *Beger*, S. 41, „nach der Würdigung aller Kommentare und der Rechtsprechung.“

¹²⁰⁶ *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 33; *Hohagen*, S. 456.

Von Teilen der Literatur werden dementsprechend einzelfallbezogene Abwägungen zwischen den Interessen des Nutzers und der Beeinträchtigung des Primärmarktes bevorzugt, bei denen im Ergebnis der vervielfältigte Teil im Vergleich mit dem konkreten Werk noch ein „unbedeutender Teil“ sein muss.¹²⁰⁷ Soweit dabei jedoch zentral darauf abgestellt werden soll, ob der jeweilige Werkteil das Werk insgesamt ersetzen kann,¹²⁰⁸ bleibt wiederum unklar, welche Maßstäbe bzw. wessen Perspektive dafür maßgeblich sein soll. Denn für den Vervielfältigenden und sein konkretes Bedürfnis dürfte in aller Regel und der Ratio der Norm entsprechend mit der Vornahme der Vervielfältigung der unwirtschaftliche Erwerb des gesamten Werkes entbehrlich werden, während er von einer Vervielfältigung im Zweifel absehen dürfte, falls sie den Erwerb des gesamten Werkes für seine konkreten Zwecke ohnehin nicht ersetzen kann.

Angesichts der aus Nutzersicht bedeutenden Rechtssicherheit wäre es deshalb wünschenswert, bei der Festlegung des Umfangs der „kleinen Teile“ zu größerer Klarheit zu gelangen. Soweit dies nicht im Wege einer gesetzlichen Klarstellung erfolgt, erscheint eine auf möglichst breiter Basis von den Verbänden der betroffenen Interessengruppen mitgetragene informelle Richtlinie für den Rechtsanwender hilfreich. In diesem Zusammenhang ist auf den zu § 52a UrhG geschlossenen Gesamtvertrag „Hochschule“ vom 28.9.2007 zu verweisen, wonach für den dortigen Anwendungsbereich kleine Teile von Werken maximal 15 % des Werkes, bei Filmen jedoch nicht mehr als 5 Minuten Länge aufweisen dürfen.¹²⁰⁹

bb) Einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften

Daneben gestattet die Schranke auch die Vervielfältigung einzelner Beiträge, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind.

(1) Einzelne Beiträge

Durch das Urheberrechtsänderungsgesetz 1985 wurde die Schranke auf den umfassenderen Begriff des „Beitrags“ erweitert und erfasst damit nun insbesondere auch Gedich-

¹²⁰⁷ Decker, in: Möhring/Nicolini, § 53 Rn. 28, zustimmend Dreier, in: Dreier/Schulze, § 53 Rn. 33; Loewenheim, in: Loewenheim, Handbuch, § 31 Rn. 34; die Bedeutung der Umstände des Einzelfalls betont auch Dreier, in: HK-UrhR, § 53 Rn. 77, sowie Grassmann, Kopienversand, S. 101.

¹²⁰⁸ So insbesondere Lüft, in: Wandtke/Bullinger, § 53 Rn. 33; Hohagen, S. 456, unter Bezugnahme auf Decker, in: Möhring/Nicolini, § 53 Rn. 28; Kröber, in: Mestmäcker/Schulze, Band 1.1, § 53 Rn. 24.

¹²⁰⁹ Siehe § 2 Abs. 1 a) des Gesamtvertrages, abgedruckt bei Beger, S. 158 ff.

te, Lichtbildwerke oder Lichtbilder,¹²¹⁰ sowie Graphiken, Tabellen, Übersichten und Ähnliches,¹²¹¹ während sie zuvor mit dem ursprünglichen Begriff des „Aufsatzes“ stärker auf die Sphäre des wissenschaftlichen und technischen Arbeitens im beruflichen Umfeld und die dort entstandene Praxis fixiert war, gerade Aufsätze aus Zeitungen und Zeitschriften zu vervielfältigen.¹²¹² Anders als bei kleinen Teilen dürfen hier auch ganze Werke vervielfältigt werden, und zwar nach dem klaren Wortlaut nicht nur ein einzelner Beitrag, sondern auch mehrere einzelne Beiträge aus einer Zeitung oder Zeitschrift.¹²¹³

Dies führt zur Anschlussfrage nach der Obergrenze. Erneut fallen klare Trennlinien schwer angesichts der Vielfalt der Zeitungen und Zeitschriften, beispielsweise schon mit Blick auf die jeweilige Anzahl der Beiträge und ihr Verhältnis zur Zeitschrift insgesamt. Fest steht, dass mit Blick auf Abs. 4 b) eine im Wesentlichen vollständige, zunächst in einzelne Beiträge zerlegte sukzessive Vervielfältigung ausscheiden muss.¹²¹⁴ Beschränkt man die Anzahl zutreffend auf „einige wenige“,¹²¹⁵ ist in der Sache noch nicht viel gewonnen. Teilweise wird vertreten, die vervielfältigten Beiträge dürften jedenfalls in der Summe das Ausmaß eines kleinen Teils der Zeitschrift nicht übersteigen.¹²¹⁶ Dabei wird zum Teil angenommen, die Grenze könne deutlich höher angesetzt werden als beim kleinen Werkteil, beispielsweise bei 40% des Gesamtwerks, nicht zuletzt weil bei mehreren Beiträgen in der Regel verschiedene Urheber betroffen seien und deshalb eine geringere Interessenbeeinträchtigung gegeben sei; zudem sei es auch in diesem Fall noch immer unwirtschaftlich, die ganze Zeitschrift zu kaufen.¹²¹⁷ Der letzte Aspekt scheint für die Entscheidung zentral angesichts der Normratio, für die genaue Grenzziehung gilt jedoch Ähnliches wie bereits oben. Auch hier wären eine klarstellende Regelung des Gesetzgebers oder sonstige stärkere Konkretisierungen für die Rechtssicherheit des Nutzers wünschenswert.

¹²¹⁰ Soweit ausdrücklich die Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses vom 17.05.1985, BT-Drs. 10/3360, S. 19.

¹²¹¹ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, 53 § Rn. 33; Dreier, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 78; Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 32.

¹²¹² Begründung des Regierungsentwurfs vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 290.

¹²¹³ Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 32, *Grassmann*, Kopienversand, S. 102.

¹²¹⁴ Im Ergebnis auch Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 33; Kröber, in: *Mestmäcker/Schulze*, Band 1.1, § 53 Rn. 25.

¹²¹⁵ Lüft, in: *Wandtkel/Bullinger*, § 53 Rn. 34; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, 53 § Rn. 33.

¹²¹⁶ Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 32.

¹²¹⁷ Dreier, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 78; gegen diese Höhe und die Argumentation Loewenheim, in: *Schricker*, § 53 Rn. 32.

Wichtig erscheint unabhängig von der Quantifizierung die Feststellung, dass der Gesetzgeber zwar zum einen davon ausgegangen zu sein scheint, dass „einzelne Beiträge“ in der Regel nur einen kleinen Teil einer Zeitschrift ausmachen werden,¹²¹⁸ gleichzeitig aber innerhalb der Schrankenregelung zwei unterschiedliche Tatbestände vorgesehen hat, ohne das Kriterium des „kleinen Teils“ kumulativ auch auf die „einzelnen Beiträge“ anzuwenden. Es mag sinnvoll sein, sich für den Fall der Vervielfältigung gleich mehrerer Beiträge an diesem seinerseits recht schwammigen Kriterium zu orientieren. Dies darf jedoch aus systematischen Gründen nicht dazu führen, im Einzelfall auch die Vervielfältigung eines einzigen längeren Beitrags aus einer Zeitung oder Zeitschrift als unzulässig anzusehen, wenn sein Umfang über die Grenzen dessen hinausgeht, was als kleiner Werkteil im Sinne der Norm angesehen wird. Dies würde letztlich die eigenständige Variante speziell für einzelne Beiträge in Zeitungen und Zeitschriften entwerten.¹²¹⁹

(2) Beschränkung auf Zeitungen oder Zeitschriften

Die Vervielfältigung ganzer Werke ist beim sonstigen eigenen Gebrauch auf Beiträge beschränkt, die in Zeitungen oder in Zeitschriften erschienen sind. Bezüglich Audio- oder Filmwerken bleibt es damit bei einer für die Praxis häufig unzureichenden Vervielfältigung kleiner Teile des Werks.

Sowohl bei Zeitungen als auch bei Zeitschriften handelt es sich um periodische Sammlungen. Der Unterschied liegt laut den Erläuterungen des Gesetzgebers darin, dass Zeitungen Tagesinteressen dienen, während Zeitschriften in ihren Beiträgen vorwiegend Fragen von bleibendem Interesse behandeln.¹²²⁰ Die genaue Abgrenzung ist in der Praxis häufig schwieriger,¹²²¹ kann hier jedoch dahinstehen, da beide Bereiche erfasst werden. Bedeutend sind für den Bereich der kommerziellen Wissenschaft, für die die Schranke eine Rückfallposition bildet, die wissenschaftlichen Fachzeitschriften, die unproblematisch unter den Zeitschriftenbegriff fallen.¹²²² Dies gilt umso mehr, als die Schranke ursprünglich gerade mit Blick auf die Vervielfältigung von Aufsätzen aus der-

¹²¹⁸ Begründung des Regierungsentwurfs vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 289.

¹²¹⁹ So auch *Grassmann*, Kopienversand, S. 103; im Ergebnis in Bezug auf einzelne längere Beiträge im Einzelfall *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 78.

¹²²⁰ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. IV/3401, S. 5, abgedruckt in UFITA 46 (1966), 182.

¹²²¹ Siehe dazu sowie zu den Einzelheiten der Begriffe beispielsweise *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 38 Rn. 4; *Dreyer*, in: *Dreyer/Schulze*, § 38 Rn. 21; *Schricker*, in: *Schricker*, § 38 Rn. 11 ff.

¹²²² Siehe beispielsweise *Melichar*, in: *Schricker*, § 49 Rn. 5.

artigen Fachzeitschriften bei der Anfertigung wissenschaftlicher und technischer Arbeiten zu beruflichen Zwecken geschaffen wurde.¹²²³ Dabei sind Zeitungen und Zeitschriften nicht auf bloße Printexemplare begrenzt, sondern mangels einer Fixierung auf das Medium sind auch ausschließlich online veröffentlichte Zeitungs- und Zeitschrifteninhalte erfasst.¹²²⁴ Davon zu trennen ist die gesonderte Frage, in welcher Form angesichts der Beschränkung des § 53 Abs. 2 S. 3 UrhG auf reprographische und analoge Techniken Vervielfältigungen von derartigen digitalen Vorlagen angefertigt werden können.¹²²⁵

cc) Nicht von der Schranke erfasste wissenschaftsrelevante Fälle

Während die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch nicht hinsichtlich der Art des zu vervielfältigenden Werkes differenziert, sieht § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG wie gezeigt erhebliche Einschränkungen der Vervielfältigungsmöglichkeiten vor, indem die Vervielfältigung vollständiger Werke auf den Bereich der Beiträge zu Zeitungen und Zeitschriften begrenzt wird. Auch bei der gestatteten Vervielfältigung eines kleinen Teils eines anderweitig erschienenen Schriftwerks ist jedoch die Wahrscheinlichkeit groß, dabei gleichzeitig auch ein darin enthaltenes eigenständiges Werk vollständig zu vervielfältigen, etwa eine schutzfähige Abbildung, Bildbände, Sammlungen von Kurzgeschichten und Anthologien sind weitere Beispiele, bei denen die darin enthaltenen eigenständigen Werke nicht vollständig vervielfältigt werden dürfen, sofern sie nicht gerade in Zeitschriftenform erscheinen.¹²²⁶ Weiter bleiben Festschriftenbeiträge und Beiträge zu sonstigen nicht periodisch erscheinenden Sammelbänden außen vor, soweit sie selbst als eigenständige Werke anzusehen sind. Das Gleiche gilt für Beiträge in Tagungsberichten, die in manchen Disziplinen von großer Bedeutung sind, für schutzfähige Graphiken und technische Zeichnungen mit Werkcharakter, insbesondere aber auch für speziell in den Naturwissenschaften und der Medizin höchst relevante einzelne Lichtbildwerke oder Lichtbilder, die anders als in Zeitungen oder Zeitschriften veröffentlicht werden.

¹²²³ Begründung des Regierungsentwurfs vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 290.

¹²²⁴ Decker, in: Möhring/Nicolini, § 53 Rn. 31; Vgl. auch Loewenheim, in: Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, Kap. 7.4 Rn. 35, der Artikel aus dem Internet und aus Datenbanken ausdrücklich einbezieht.

¹²²⁵ Loewenheim, in: Loewenheim, Handbuch, § 31 Rn. 35; dazu noch unten Teil 3 A. III. 2. c). Zumindest ein einfacher Papierausdruck erscheint jedoch zulässig, so auch Dreier, in: Dreier/Schulze, § 53 Rn. 35.

¹²²⁶ Decker, in: Möhring/Nicolini, § 53 Rn. 31.

Mit guten Argumenten wird deshalb vertreten, die Schranke auch auf sonstige Beitragssammlungen auszudehnen und darüber hinaus wie bei § 53 Abs. 3 UrhG sowie in § 52a UrhG Werke geringen Umfangs einzubeziehen, da letztlich die Interessenlagen mit denen im Zeitschriftenbereich vergleichbar seien.¹²²⁷ Dies kann an dieser Stelle dahinstehen, da es hier nicht um eine Reform des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG gehen soll.

Als Bestandsaufnahme ist jedoch festzustellen, dass der Anwendungsbereich dieser Schranke im Vergleich mit der Wissenschaftskopie auch in wissenschaftsrelevanten Fällen enger ausfällt. Darin lässt sich eine gewisse Privilegierung des wissenschaftlichen Gebrauchs sehen. Gleichzeitig stellt es die Einschätzung der Bundesregierung in Frage, wenn sie eine richtlinienkonform mögliche eigenständige „analoge Wissenschaftsschranke“ für die kommerzielle Wissenschaft für entbehrlich hält, weil derartige Fälle „in den meisten Fällen bereits nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG zulässig sein werden“.¹²²⁸ Sollte sich dies in der Praxis als unzureichend erweisen, wäre neben einer speziellen „analogen Wissenschaftsschranke“ auch eine Ausweitung des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG ein gangbarer Weg.

dd) Beschränkung auf erschienene Werke und Beiträge

Die Schranke setzt ihrem Wortlaut nach voraus, dass es sich um kleine Teile eines „erschienenen“ Werkes handelt oder die einzelnen Beiträge in Zeitungen oder Zeitschriften „erschienen“ sind. Dies richtet sich nach der Legaldefinition in § 6 Abs. 2 UrhG und verlangt als qualifizierte Form der in Abs. 1 geregelten Veröffentlichung,¹²²⁹ dass mit Zustimmung des Berechtigten Vervielfältigungsstücke des Werkes in genügender Anzahl der Öffentlichkeit angeboten oder in Verkehr gebracht worden sind. Dies ist im Vergleich zur Wissenschaftskopie eine zusätzliche Qualifizierung.¹²³⁰

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der Online-Bereitstellung von Werken ohne Herstellung physischer Vervielfältigungsstücke stellt sich die Frage, ob die Schranke auch hier anwendbar ist. Teilweise wird befürwortet, die Regelung ausdrücklich auch

¹²²⁷ Vgl. dazu *Poepfel*, S. 332; wohl dagegen mit Blick auf die Besonderheiten der Kurzlebigkeit der Primärverwertung gerade bei Zeitungen und Zeitschriften aber *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 31.

¹²²⁸ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 48.

¹²²⁹ Vergleiche zu diesem Verhältnis der beiden Begriffe *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 6 Rn. 12 unter Verweis auf die amtliche Begründung.

¹²³⁰ Siehe schon oben Teil 3 A. III. 1. f). Die Anforderung geht im Übrigen auch über die Qualifizierung in § 52a UrhG hinaus, wo das Ausgangswerk lediglich veröffentlicht sein muss.

auf lediglich veröffentlichte Werke auszuweiten.¹²³¹ Für die Schranke zugunsten der öffentlichen Wiedergabe in § 52 UrhG hat der Gesetzgeber dies im Ersten Korb durch eine entsprechende Anpassung getan, um damit der geänderten Veröffentlichungspraxis Rechnung zu tragen.¹²³² Für die Schranke zum Unterrichtsgebrauch in § 53 Abs. 3 UrhG wurde mit gleicher Zielsetzung und zusammen mit der Streichung des Begriffs des „Druckwerks“ eine Ergänzung in Bezug auf „öffentlich zugänglich gemachte“ Werke vorgenommen.¹²³³ Im Ergebnis wird dies, vorzugsweise durch erstere Regelung, nach der hier vertretenen Ansicht auch für die Schranke des sonstigen eigenen Gebrauchs befürwortet. Zwar spricht mit gewichtigen Stimmen in der Literatur vieles dafür, ein Erscheinen auch bei solchen elektronischen Werken zu bejahen, die der Öffentlichkeit im Wege des Online-Zugriffs zugänglich gemacht werden,¹²³⁴ so dass eine erneute Gesetzesänderung nicht zwingend erforderlich ist. Angesichts der im Ersten Korb erfolgten Änderungen und aus Gründen der Klarheit und Einheitlichkeit erscheint aber eine Anpassung auch für die Schranke in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG von Vorteil.

b) Nr. 4 b): Vergriffene Werke

In Variante b) gestattet § 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG die Vervielfältigung selbst vollständiger Werke, soweit das jeweilige Werk seit mindestens zwei Jahren vergriffen ist. Das Verbot der Vervielfältigung ganzer Bücher oder Zeitschriften gilt ausdrücklich nicht, § 53 Abs. 4 UrhG letzter Halbsatz. Damit sollte insbesondere dem Bedürfnis von Bibliotheken und wissenschaftlichen Instituten zur Vervollständigung ihrer Bestände an wissenschaftlichen Werken und zur Herstellung von weiteren Leseexemplaren Rechnung getragen werden.¹²³⁵ Sie ist jedoch gleichermaßen auch auf Privatpersonen anwendbar,¹²³⁶ und auch wissenschaftlich Tätige können sich mangels Einschränkung auf sie berufen.

¹²³¹ *Poeppe*, S. 332.

¹²³² Begründung des Regierungsentwurfs vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 20.

¹²³³ A.a.O., S. 21, wobei der Hinweis berechtigt erscheint, dass „veröffentlicht“ und „öffentlich zugänglich gemacht“ kaum deckungsgleich sind; zu den Einzelheiten dieser Neuregelung siehe *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 37.

¹²³⁴ Vgl. beispielsweise die Darstellung des Meinungsstandes bei *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 6 Rn. 16; speziell in Bezug auf die Schrankenregelung des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 29, nach der ein Erscheinen gegeben sein und die Schranke auch dann eingreifen kann, wenn ein Werk unter Verwendung eines fixierten Ausgangsstücks über Computernetzwerke zugänglich gemacht worden ist und von einer Vielzahl von Nutzern abgerufen werden kann.

¹²³⁵ Begründung des Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 290.

¹²³⁶ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 34.

Vergriffen ist ein Werk entsprechend der Auslegung des § 29 VerlG, wenn es vom Verlag nicht mehr geliefert werden kann, d.h. wenn dem Verleger zum Absatz bestimmte Exemplare nicht mehr zur Verfügung stehen.¹²³⁷ Darüber hinausgehende Anforderungen, etwa dass das Werk auch antiquarisch nicht mehr bezogen werden kann,¹²³⁸ bestehen nicht.¹²³⁹ Dagegen spricht unter anderem, dass die in der ursprünglichen Fassung enthaltene Voraussetzung, nach der die Vervielfältigung zulässig war, wenn der Berechtigte nicht auffindbar ist, durch die Novelle 1985 mit dem Ziel gestrichen wurde, die damit verbundene schwierige und zeitaufwändige Suche entbehrlich zu machen.¹²⁴⁰

In ihrem speziellen Anwendungsbereich kommt der Schranke eigenständige Bedeutung zu. Gerade wissenschaftliche Informationssuchende profitieren indirekt davon, wenn Bibliotheken von ihr Gebrauch machen, um ihre Bestände zu vervollständigen. Gleichzeitig dürfte die Relevanz für die Informationsversorgung in vielen schnelllebigem Wissenschaftsdisziplinen eher gering bleiben angesichts der zweijährigen Karenzzeit, die den jeweiligen Verlagen für eine Neuauflage zeitweise vergriffener Werke eingeräumt wird. Unter Einhaltung dieser Sperrfrist kann jedoch auch der einzelne, selbst gewerblich tätige Wissenschaftler ohne wesentliche weitere Beschränkungen zum eigenen Gebrauch einzelne Vervielfältigungen von vergriffenen Werken anfertigen.

c) **Beschränkung auf reprographische Verfahren oder ausschließlich analoge Nutzungen**

Anders als für die Wissenschafts- und Privatkopie besteht für die Unterfälle der Schranke zugunsten des sonstigen eigenen Gebrauchs kein gesonderter Schrankenvorbehalt der InfoSoc-Richtlinie, der uneingeschränkt alle Formen digitaler Vervielfältigung gestattet. Sie kann sich lediglich auf Art. 5 Abs. 2 a) InfoSoc-RL stützen, der Schranken nur in Bezug auf Vervielfältigungen „auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung“ erlaubt,¹²⁴¹ sowie auf Art. 5 Abs. 3 o), der für bereits vorhandene nationale Schranken einen Spiel-

¹²³⁷ Siehe ausführlicher zum Begriff der vergriffenen Werke auch *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 34; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 87, jeweils m.w.N.

¹²³⁸ Diese noch in der Voraufgabe vertretene Auffassung aufgegeben hat nunmehr auch *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53 Rn. 30.

¹²³⁹ Nun absolut h.M., siehe beispielsweise *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 34; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 35; *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, § 53 Rn. 33, *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 87.

¹²⁴⁰ Begründung des Regierungsentwurfs vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 16; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 36.

¹²⁴¹ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 37 der Richtlinie.

raum für „rein analoge Nutzungen“ vorsieht. Über die komplexe Verweisungsstruktur des § 53 Abs. 2 UrhG gelten deshalb seit dem Ersten Korb auch für die Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch die Einschränkungen in Satz 2 Nr. 1 und 2.¹²⁴²

aa) Reichweite der reprographischen Vervielfältigung, Nr. 1

Von der zusammenfassend als reprographische Vervielfältigung bezeichneten Variante der Nr. 1 ist unzweifelhaft die klassische Fotokopie auf Papier erfasst. Was unter anderen Verfahren mit ähnlicher Wirkung zu verstehen ist, bedarf näherer Betrachtung. Teilweise wird vertreten, digitale Vervielfältigungen fielen generell nicht unter die Privilegierung der Norm, sondern die Werke und Beiträge dürften nur mittels rein analoger Verfahren kopiert werden.¹²⁴³ Zu beachten ist jedoch, dass die Richtlinie in Erwägungsgrund 37 allgemein von Schrankenregelungen über die „Reprographie“ spricht und dies ein Sammelbegriff für alle Verfahren der dauerhaften lichttechnischen Reproduktion von Vorlagen ist, der begrifflich auch Vorgänge wie Scannen, Kopieren ohne Einschränkung auf analoge Kopierverfahren und das Ausdrucken digitaler Dokumente umfasst.¹²⁴⁴

Noch aussagekräftiger ist die Begründung des Richtlinienvorschlags. Danach ist die Bestimmung „auf die Reprographie begrenzt, d.h. auf Techniken, die ein Faksimile oder mit anderen Worten einen Papierdruck erlauben. Im Vordergrund steht nicht die angewandte Technik, sondern vielmehr das Ergebnis, das in Papierform sein muss.“¹²⁴⁵ Wenn derart deutlich auf das Ergebnis statt auf den Vervielfältigungsvorgang abgestellt wird, spricht dies dagegen, jeden Einsatz digitaler Technologie beim Vervielfältigungsvorgang zum generellen Ausschlusskriterium zu machen. Der Einsatz digitaler Technik schadet deshalb nach der auch hier vertretenen Ansicht nicht, soweit beispielsweise digitale Kopierer zum Zweck der Effizienz- oder Qualitätssteigerung verwendet werden,¹²⁴⁶ oder Werke auf sonstige Weise zwischenzeitlich digitalisiert werden, jedenfalls so lange das durch den Vorgang im Ergebnis hergestellte Vervielfältigungsstück auf

¹²⁴² Siehe zum Umsetzungsbedürfnis die Begründung des Regierungsentwurfs vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 21.

¹²⁴³ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 32a; als Beispiele werden genannt: „Reprographie, Ausdrucken als Hardcopy, Überspielen auf Tonband oder Kassette, nicht aber auf CD oder DVD, ebenso wenig durch Einscannen, Überspielen auf Datenträger wie die Festplatte eines Computers oder Ähnliches“.

¹²⁴⁴ Siehe beispielsweise die Begriffsdefinition unter: <http://de.wikipedia.org/wiki/Reprografie>.

¹²⁴⁵ Begründung des Richtlinienvorschlags v. 10.12.1997, KOM (97) 628 endg., abgedruckt bei *Mestmäcker/Schulze*, Band 4, Anhang C7a, S. 27.

¹²⁴⁶ So beispielhaft *Hohagen*, S. 224.

Papier oder einem ähnlichen Träger fixiert wird.¹²⁴⁷ Zulässig ist deshalb auch bei der Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch trotz der Einschränkung durch S. 2 der Papierausdruck digitaler Medien.¹²⁴⁸

Problematischer ist die weitergehende Frage, ob sich auch Vorgänge unter den Begriff der Reprographie fassen lassen, bei denen statt eines Papierausdrucks eine „grafische Datei“ das zumindest zwischenzeitliche Endprodukt der Vervielfältigung darstellt. Der BGH hat, vor Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie, in seiner Pressespiegel-Entscheidung auch elektronische Pressespiegel dann für nach § 49 UrhG zulässig gehalten, wenn sie sich technisch auf eine Darstellung in Form einer Grafikdatei oder ein Format beschränken, das die fremden Presseartikel nur als Faksimile enthält, jedoch keine Volltextsuche ermöglicht.¹²⁴⁹ Der Begriff der grafischen Datei hat seitdem auch beim elektronischen Kopienversand in § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG Eingang ins Gesetz gefunden.¹²⁵⁰

Auch im Zusammenhang mit § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG wird diskutiert, ob trotz der verwendeten digitalen Technik nicht auch die Erstellung grafischer Dateien als eine Vervielfältigung auf einem „ähnlichen Träger“ mittels eines Verfahrens anzusehen ist, das eine ähnliche Wirkung hat wie fotomechanische Verfahren, und deshalb noch von der Norm sowie dem Schrankenvorbehalt in Art. 5 Abs. 2 a) InfoSoc-RL gedeckt ist. Denn grafische Dateien, etwa PDF-Files, seien aus Nutzerperspektive mit Papierkopien vergleichbar, solange der Nutzer den Text beispielsweise nicht nachträglich umgestalten kann.¹²⁵¹ Die komplexe Frage, inwieweit ein derartiges, angesichts fortlaufender technischer Weiterentwicklung wünschenswertes wertendes und technikneutrales Verständnis den Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie entspricht, wird hier mangels unmittelbarem Bezug zum Wissenschaftsurheberrecht jedoch nicht weiter vertieft.¹²⁵²

Keinesfalls von der Schranke gedeckt ist die Speicherung einer vollwertigen digitalen Vervielfältigung. Auswirkungen hat dies nicht zuletzt in Bezug auf den Umgang mit

¹²⁴⁷ Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 61; zur Richtlinie so auch Bechtold, in: *Dreier/Hugenholz*, (Hrsg.), *Concise European Copyright, InfoSoc Directive*, Art. 5 Bemerkung 3. (d).

¹²⁴⁸ Im Ergebnis auch Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 35; Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 91f.; in diesem Sinne kann man auch Loewenheim, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 35, verstehen.

¹²⁴⁹ BGH GRUR 2002, 963, 967 – Elektronischer Pressespiegel.

¹²⁵⁰ Dazu und zum Folgenden noch ausführlicher im Zusammenhang mit § 53a UrhG, siehe Teil 3 E. II. 7.

¹²⁵¹ Grassmann, *Kopienversand*, S. 166, 170, der eine entsprechende gesetzliche Klarstellung befürwortet; Wandtke/Grassmann, *ZUM* 2006, 889, 893f.; siehe auch dazu auch Hoeren, in: *Schweizer/Burkert/Gasser* (Hrsg.), *Festschrift Druey*, S. 786.

¹²⁵² Vgl. dazu ausführlich und im Ergebnis ablehnend etwa Vogtmeier, *Elektronischer Pressespiegel*, S. 238.

Werken, die im Wege des Online-Abrufs bereitgestellt werden. Für die kommerzielle Wissenschaft fehlt mangels Anwendbarkeit der digital zulässigen Wissenschaftskopie oder der Privatkopie die schrankengestützte Möglichkeit, ein im Internet abrufbares Werk für einen späteren erleichterten Zugriff auf dem eigenen Rechner zu speichern.¹²⁵³ Ist eine Speicherung nicht aus anderen Gründen gestattet, etwa aufgrund einer Einwilligung der Urheberberechtigten,¹²⁵⁴ bleibt der Wissenschaftler insoweit auf einen sofortigen Papierausdruck des Werkes verwiesen.

Zu ergänzen bleibt, dass § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UrhG in Bezug auf die reprographische Vervielfältigung gemäß § 95b Abs. 1 Nr. 6 d) UrhG aufgrund der insoweit verbindlichen Richtlinienvorgabe durchsetzungsstark ausgestaltet ist.¹²⁵⁵

bb) Bedeutung der ausschließlich analogen Nutzung, Nr. 2

Für die zweite Variante des § 53 Abs. 2 S. 2 UrhG wird ebenfalls diskutiert, ob sich darunter auch grafische Dateien fassen lassen.¹²⁵⁶ Deutlicher als einer wünschenswerten technikneutralen Auslegung der Reprografievariante steht dem hier jedoch der Wortlaut sowohl der deutschen Norm als auch der Richtlinienvorgabe entgegen. Zwar entfällt bei einer grafischen Datei ohne weitere technische Maßnahmen eine Vielzahl von vollelektronischen Nutzungsmöglichkeiten, etwa die direkte Einbindung des elektronischen Textes in einen anderen Text einschließlich nötiger Umformatierungen.¹²⁵⁷ Gleichzeitig bietet das digitale Format jedoch selbst als grafische Datei neben der Option des bloßen Papierausdrucks auch die Möglichkeit der Speicherung, der Vervielfältigung ohne Qualitätsverlust und des Einfügens in eine andere Textdatei (zumindest als Grafikdatei), und damit Nutzungsmöglichkeiten, die rein digitaler Natur sind.¹²⁵⁸ Dass darüber hinaus weitergehende digitale Nutzungsmöglichkeiten verwehrt bleiben, macht eine eingeschränkte digitale Nutzung noch nicht zur „ausschließlich“ bzw. „rein“ analogen Nutzung, wie sie der Wortlaut der Norm und der Richtlinienvorgabe voraussetzt.

¹²⁵³ Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 80.

¹²⁵⁴ Vgl. dazu BGH GRUR 2008, 245, 247 – *Drucker und Plotter*.

¹²⁵⁵ Siehe oben, Teil 2 D. II. 2.

¹²⁵⁶ Siehe LG München I, Urteil vom 15.12. 2005, Az. 0 11479/04, abrufbar unter <http://www.subitodoc.de/cms/filedatabase/files/Teilurteil15Dez05-komprimiert.pdf>, S. 32; zustimmend *Gausling*, MMR 2007, 529; ähnlich auch die Stellungnahme des Bundesrates im Zusammenhang mit § 53a UrhG, BT-Drs. 16/1828, S. 41.

¹²⁵⁷ So etwa das LG München I, a.a.O., S. 33.

¹²⁵⁸ So als Berufungsinstanz zu Recht das OLG München, MMR 2007, 525, 528 – *Subito*, vgl. dazu auch die Kritik bei *Nolte*, S. 133.

Daher stellt es eine Überdehnung zulässiger Auslegungsspielräume dar, den klaren Gegensatz zwischen analoger und digitaler Nutzung¹²⁵⁹ zu umgehen, wenn grafische, aber dennoch digitale Dateien der ausschließlich analogen Nutzung zugeordnet werden.

Bei den für die Wissenschaft besonders bedeutenden Werkarten wie wissenschaftlichen Texten, Tabellen, Abbildungen und Lichtbildwerken sowie Lichtbildern kommt der zweiten Alternative deshalb im Ergebnis keine nennenswerte eigenständige Bedeutung zu.¹²⁶⁰ Anders ist es dort, wo eine reprographische Vervielfältigung aus technischen Gründen ausgeschlossen ist, insbesondere bei Film- und Tonaufnahmen oder der dreidimensionalen Vervielfältigung bestehender Werke. Hier sorgt erst die Nr. 2 für einen verbleibenden Spielraum. Er ist jedoch mit der Beschränkung auf ausschließlich analoge Nutzungen eng gefasst. Für den kommerziellen Wissenschaftler gestattet § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UrhG als verbleibende Schranke in derartigen Fällen deshalb lediglich den Rückgriff auf Techniken wie analoge Ton- und Videobänder, nicht jedoch den Einsatz zeitgemäßer digitaler Möglichkeiten. Auch diese eingeschränkte Möglichkeit bezieht sich jeweils nur auf kleine Teile der jeweiligen Werke.

d) Bewertung und Fazit

Zunächst ist vergleichend festzuhalten, dass die Unterfälle der Vervielfältigungsfreiheit zum sonstigen eigenen Gebrauch mit Blick auf die technischen Verfahren, das gestattete Ausmaß sowie die erfassten Werkvorlagen engere und deutlich unflexiblere Vorgaben machen als bei der technikneutralen und offener ausgestalteten Wissenschaftskopie. Darin kommt zum einen eine gewisse Privilegierung der nichtgewerblichen Wissenschaft zum Ausdruck. Gleichzeitig stellt dies jedoch auch die Ansicht in Frage, mit der Schranke zugunsten des sonstigen eigenen Gebrauchs sei für die nicht länger privilegierte kommerzielle Wissenschaft ein ausreichender Auffangtatbestand vorhanden. Hier wird die Praxis zeigen müssen, ob Anpassungen erforderlich sind, um möglicherweise entstehende Missstände zu beheben.

Daneben existiert wie schon bei der Privatkopie auch bei der Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch in Bezug auf Variante a) kein Kriterium, das dem der situationsbezogenen Gebotenheit bei der Wissenschaftskopie entspricht, wonach bei entsprechend restriktiver Lesart der Rückgriff auf die Schranke verwehrt bleiben soll,

¹²⁵⁹ So, im Ergebnis zustimmend, auch *Grassmann*, ZUM 2007, 641, 642.

¹²⁶⁰ Vgl. *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 62; *Poepfel*, S. 330.

wenn zumutbare sonstige Möglichkeiten des Werkzugriffs bestehen. Dies ist umso erstaunlicher, als die Gesetzesbegründung zur Norm ganz zentral auf entsprechende Überlegungen abstellt. Werde nur ein kleiner Teil eines Werkes benötigt, sei es wirtschaftlich untunlich, den Betroffenen zum Kauf des ganzen Werkes zu zwingen. Bezüglich einzelner Beiträge zu Zeitungen und Zeitschriften sei eine Einzelbeschaffung nicht möglich, der Erwerb der ganzen Ausgabe aber ebenfalls unwirtschaftlich und bei älteren Zeitschriften häufig überhaupt nicht mehr oder jedenfalls nicht in kurzer Zeit möglich.¹²⁶¹ Diese Prämissen treffen mit Blick auf die veränderten Rahmenbedingungen angesichts der bereits dargestellten technischen Entwicklungen und der weiter zunehmenden digitalen Einzelabrufangebote zumindest nicht in der gleichen Absolutheit zu. Unter Verweis auf die veränderten Verwertungstechnologien ließe sich die Legitimität der Schranke somit zumindest stark relativieren, ohne sie deshalb zwingend insgesamt in Frage stellen zu müssen.¹²⁶² Anders stellt sich die Situation bei der Vervielfältigung vergriffener Werke nach Variante b) dar, denn hier ist die fehlende Bezugsmöglichkeit nicht nur zentraler Gedanke der Regelung, sondern durch das Merkmal des vergriffenen Werks auf Tatbestandsebene berücksichtigt. Veränderte Verwertungstechnologien wie Print-on-Demand-Lösungen dürften sich hier in Zukunft dahingehend auswirken, dass die Schranke schon tatbestandlich nicht anwendbar ist.¹²⁶³

Ein wertender Vergleich zwischen der technisch und vom Anwendungsbereich weniger weit reichenden Schranke zum sonstigen eigenen Gebrauch und der zumindest theoretisch weitergehenden Wissenschaftskopie wird durch die beschriebenen Reichweiteunterschiede erschwert. Diese lassen sich jedoch darauf zurückführen, dass es bei der Schranke des sonstigen eigenen Gebrauchs an einer engeren Zweckbindung fehlt, die eine besonders weitgehende Privilegierung im Rahmen einer Interessenabwägung legitimieren könnte. Deshalb erscheint trotz eingeschränkter Vergleichbarkeit die Feststellung zulässig, dass die Schranke zum sonstigen eigenen Gebrauch in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UrhG dann in Zukunft häufiger anwendbar sein wird als die in der Theorie

¹²⁶¹ Begründung des Regierungsentwurf vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 290. Auch in der Literatur spielt die fehlende separate Erhältlichkeit dementsprechend eine bedeutende Rolle, siehe beispielsweise *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 53 Rn. 78; *Hölscher*, S. 205.

¹²⁶² Siehe entsprechend *Poepfel*, S. 329; auch *Grassmann*, Kopienversand, S. 103, beide jedoch im Ergebnis zu Recht, ohne die Streichung der Schranke zu verlangen.

¹²⁶³ Eine gesonderte Frage bleibt, ob bei der Auslegung des Vergriffenseins eines Werkes auch Online-Bezugsmöglichkeiten einbezogen werden müssen. Dafür wohl *Kröber*, in: *Mestmäcker/Schulze*, Band 1.1, § 53 Rn. 27. Derzeit entspricht dies jedoch nicht der h.M., siehe oben.

weitergehende Wissenschaftskopie, wenn in der Praxis überzogene Anforderungen an die Gebotenheit gestellt werden, die die Wissenschaftskopie weitgehend obsolet machen könnten. Dies erscheint unter Wertungsgesichtspunkten fragwürdig, da nur letztere einen speziellen Zweck voraussetzt, den der Gesetzgeber nicht zuletzt aufgrund des verfassungsrechtlichen Schutzes der Wissenschaftsfreiheit zu Recht für besonders privilegierungsbedürftig hält.

IV. Vergütungspflichtigkeit der Vervielfältigung

1. Allgemeines zur Vergütungspflicht

a) Bedeutung der Vergütung als Ausgleich

Bereits in Teil 2 der Arbeit wurde auf die Bedeutung der Vergütungspflicht als Ausgleich für den schrankengestützten Eingriff in urheberrechtliche Verwertungsrechte eingegangen, auf die an dieser Stelle lediglich nochmals verwiesen wird. So ist die teilkompensatorische Wirkung der Zahlung einer angemessenen Vergütung im Rahmen des Drei-Stufen-Tests jedenfalls im Rahmen der dritten Stufe bei der Frage nach einer unzumutbaren Verletzung der Interessen der Urheber und Rechteinhaber, nach Auffassung des BGH darüber hinaus auch schon im Rahmen der zweiten Stufe bei der Frage nach einer Beeinträchtigung der normalen Werkauswertung zu berücksichtigen.¹²⁶⁴ Die InfoSoc-Richtlinie überlässt zwar in einigen Bereichen die Einführung einer Vergütungspflicht den Mitgliedsstaaten, so gerade auch bei Vervielfältigungen zu Zwecken der Bildung und Wissenschaft, sieht aber auch hier die Möglichkeit einer angemessenen Vergütung als Ausgleich ausdrücklich vor.¹²⁶⁵ Die Rechtsprechung des BVerfG setzt sich vor dem Hintergrund des Art. 14 GG ausführlich mit der Bedeutung der Vergütung für den schrankengestützten Werkgebrauch auseinander. Das durch Schranken berücksichtigte öffentliche Teilhabeinteresse beseitigt in der Regel das Verfügungsrecht des Urhebers nicht vollständig, sondern führt zu einer Ersetzung durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch, um so übermäßige Einschränkungen der Eigentumsgewährleistung zu verhindern.¹²⁶⁶ Während der Urheber in bestimmten Bereichen Schranken seiner Ausschließlichkeitsrechte hinzunehmen hat, kann er dafür als Ausgleich eine Vergütung beanspruchen. Dadurch wird einem der grundlegenden

¹²⁶⁴ Siehe oben Teil 2 A. II.

¹²⁶⁵ Siehe oben Teil 2 B.

¹²⁶⁶ Siehe oben Teil 2. C. I. 2. d).

Leitgedanken des Urheberrechts entsprochen, den Urheber angemessen am wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes zu beteiligen.¹²⁶⁷

b) Verwertungsgesellschaftspflicht

Die gesetzlichen Vergütungsansprüche aus den untersuchten Schranken können nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.¹²⁶⁸ Dies setzt den Abschluss entsprechender Wahrnehmungsverträge zwischen den Rechteinhabern und denjenigen Verwertungsgesellschaften voraus, in deren Tätigkeitsbereich die Wahrnehmung der jeweiligen Vergütungsansprüche fällt.¹²⁶⁹ Zur Wahrnehmung der Ansprüche stellen die Verwertungsgesellschaften Tarife über die von ihnen geforderte Vergütung auf, § 13 UrhWG. Gemäß § 12 UrhWG sind sie zudem verpflichtet, zu angemessenen Bedingungen Gesamtverträge mit Vereinigungen abzuschließen, deren Mitgliedergeschützte Werke nutzen und zur Zahlung von Vergütungen nach dem Urheberrechtsgesetz verpflichtet sind.¹²⁷⁰

c) Exkurs: Vergütungsaufteilung zwischen Urhebern und Verlegern

Für alle Schranken gleichermaßen relevant ist die Frage der Verteilung der eingezogenen Vergütungen. Dies richtet sich nach den Verteilungsplänen der Verwertungsgesellschaften, die jeweils nach den verschiedenen Tantieme-Arten und auch nach dem Grad der Pauschalierung im Gegensatz zu einer werkspezifischeren Ausschüttung differenzieren. Die Darstellung der Einzelheiten geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus.¹²⁷¹ Grundlegend ist jedoch die Feststellung, dass insbesondere bei dem in der Wissenschaft besonders wichtigen Repertoire der VG Wort eine Verteilung der Vergütung zwischen Urhebern und Verlagen stattfindet. Dies gilt bei Sprachwerken und Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art einschließlich entsprechender Lichtbildwerke oder Lichtbilder.¹²⁷² Die VG Wort vertritt dort gleichermaßen die Interessen der Autoren und der Verlage.¹²⁷³ Bereits die Satzung der VG Wort hält fest, dass den Verlagen ein

¹²⁶⁷ Vgl. statt vieler *Suttorp*, S. 185f, m.w.N. zur ständigen Rechtsprechung des BGH.

¹²⁶⁸ Siehe §§ 54h Abs. 1, 52a Abs. 4 S. 2, 52b S. 4, 53a Abs. 2 S. 2 UrhG.

¹²⁶⁹ Vgl. § 6 UrhWG.

¹²⁷⁰ Zu den Einzelheiten vgl. beispielsweise *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 12 UrhWG.

¹²⁷¹ Vgl. zur Verteilung der Einnahmen grundlegend etwa *Melichar*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 47 Rn. 31 ff., sowie die einzelnen, in der Regel auf den Internetseiten der Verwertungsgesellschaften veröffentlichten Verteilungspläne.

¹²⁷² Vgl. § 2 des Wahrnehmungsvertrages der VG Wort, abrufbar unter, www.vgwort.de.

¹²⁷³ Vgl. die Präambel der VG Wort-Satzung, die gleichwertige Aufzählung der Berufsgruppen ihrer Wahrnehmungsberechtigten und Mitglieder in § 2 sowie die gleichwertigen Stimmrechte von Wortautoren und Verlegern bzw. ihrer Berufsgruppen nach § 7 der Satzung; abrufbar ebd.

ihrer verlegerischen Leistung entsprechender Anteil am Ertrag zusteht.¹²⁷⁴ Im Verteilungsplan für den nicht-wissenschaftlichen Bereich liegt der Verlegeranteil bei verlagsgebundenen Werken im Grundsatz bei 30 % .¹²⁷⁵ Im gesonderten Verteilungsplan Wissenschaft ist demgegenüber eine hälftige Aufteilung in einen Urheber- und einen Verlagsanteil vorgesehen, die den Berechtigten gegenüber jeweils gesondert abgerechnet und verteilt werden.¹²⁷⁶ Dies ist insofern verwunderlich, als den Verlegern mangels Leistungsschutzrechten für ihre Verlagsprodukte keine originären eigenen Rechte zustehen. Es beruht jedoch auf, der vertraglichen Praxis, sich von Wortautoren die Verwertungsrechte sowie häufig zusätzlich auch gesetzliche Vergütungsansprüche abtreten zu lassen, und liegt im Ergebnis auf einer Linie mit der paritätischen Vertretung von Urhebern und Verlagen innerhalb der VG Wort.

Abweichend von der hälftigen Verteilung sinken nach § 3 Nr. 2 und 3 die Verlagsanteile bei wissenschaftlichen Fachzeitschriften und Fachbüchern zunächst von 2003 bis 2005 stufenweise auf 38% ab, erhöhen sich jedoch anschließend bis 2009 bzw. 2011 wieder auf die hälftige Zuweisung. Die zwischenzeitliche Reduzierung des Verlagsanteils ist auf den durch das „Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern“ eingefügten § 63a UrhG zurückzuführen, der die Abtretbarkeit gesetzlicher Vergütungsansprüche des Urhebers einschränkte.¹²⁷⁷ Da sich die Vergütungsbeteiligung der Verlage mangels eigener originärer Rechte auf abgetretene gesetzliche Vergütungsansprüche stützt, löste die Einführung des § 63a UrhG eine Diskussion über notwendige Anpassungen der Verteilungsquoten zugunsten der Wortautoren aus, die auch innerhalb der VG Wort intensiv geführt wurde und in die sich schließlich auch der Präsident des Patent- und Markenamtes als deren Aufsichtsbehörde einschaltete, indem er eine entsprechende Modifikation der Verteilung anordnete.¹²⁷⁸ Die Auseinandersetzung zwischen Wortautoren und Verlegern kulminierte nach einer Absenkung der Verlegeranteile in einer erfolgreichen Musterklage einzelner Verleger gegen die VG Wort auf Auszahlung der einbehaltenen Differenzbeträge.¹²⁷⁹

¹²⁷⁴ § 9 Abs. 1 Nr. 3 der Satzung.

¹²⁷⁵ § 2 Nr. 1 Verteilungsplan.

¹²⁷⁶ § 3 Nr. 1 Verteilungsplan.

¹²⁷⁷ Vgl. dazu umfassend noch die Erläuterungen bei *Flechsigt*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 85 Rn. 7 ff.

¹²⁷⁸ Vgl. zum ganzen etwa die Zusammenfassung und die Überlegungen bei *Schricker/Katzenberger*, § 63a Rn. 12; *Flechsigt*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 85 Rn. 24ff.; *Hohagen*, S. 586.

¹²⁷⁹ Siehe zu den Einzelheiten die Darstellung in der Februarausgabe 2008 von VG Wort aktuell, abrufbar unter www.vgwort.de.

Im Zweiten Korb ergriff der Gesetzgeber Partei für die Seite der Verleger und modifizierte § 63a UrhG derart, dass gesetzliche Vergütungsansprüche nun außer an eine Verwertungsgesellschaft auch wieder zusammen mit der Einräumung des Verlagsrechts an den Verleger abgetreten werden können, wenn dieser sie durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lässt, die ihrerseits Rechte von Verlegern und Urhebern gemeinsam wahrnimmt. Dies zielt unmittelbar auf die Konstellation der VG Wort ab. Eine Veränderung der dortigen Verteilungsquoten entspreche laut Gesetzesbegründung nicht der mit § 63a UrhG verfolgten Intention.¹²⁸⁰ Ein Ausschluss der Verleger von der pauschalen Vergütung sei angesichts der von ihnen erbrachten erheblichen Leistung auch sachlich nicht hinzunehmen, zumal ihnen im Gegensatz zu anderen Verwertern bisher keine eigenen Leistungsschutzrechte zugesprochen wurden. Die Neufassung solle gewährleisten, die Verleger auch in Zukunft an den Erträgen der VG Wort angemessen zu beteiligen. Die angemessene Vergütung der Urheber werde durch die gemeinsame Wahrnehmung innerhalb der Verwertungsgesellschaft hinreichend gewahrt. Letzteres lässt sich kritisch in Frage stellen, da nunmehr auch einer vollständigen Abtretung aller Vergütungsansprüche aus Schranken an den Verleger im Ergebnis nichts entgegensteht und die Verlegerseite auf einer weiter erhöhten Ausschüttungsbeteiligung innerhalb der VG Wort bestehen könnte, die über die hälftige Beteiligung noch hinausgeht.¹²⁸¹ In Folge der gesetzlichen Neuregelung ist die VG Wort bislang jedoch im Sinne einer stufenweisen Zurückführung wie dargestellt lediglich zur hälftigen Verteilung vor Einführung des § 63a UrhG zurückgekehrt, die Anfang 2008 von einer Mitgliederversammlung zur Beilegung der jahrelangen Auseinandersetzung angenommen wurden.¹²⁸²

Im Ergebnis kommt die im Fall des Schrankengebrauchs anfallende Vergütung mit derzeit leicht abweichender, in Zukunft jedoch wieder paritätischer Verteilung sowohl den Wortautoren als auch den Verlagen zugute. Damit erhalten auch letztere einen finanziellen Ausgleich für die schrankengestützte Nutzung ihrer Werke.

2. Vergütung bei § 53 UrhG

Vergütungsansprüche für reprographische Vervielfältigungen wurden erst mit der Novelle 1985 eingeführt, nachdem der Gesetzgeber zuvor noch angenommen hatte,

¹²⁸⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 32.

¹²⁸¹ Siehe die kritischen Anmerkungen dazu bei *Hoeren*, MMR 2007, 615, 618; in der Sache ähnlich *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 63a Rn. 3.

¹²⁸² Siehe im Einzelnen die Februarausgabe 2008 von VG Wort aktuell, abrufbar unter www.vgwort.de.

das Fotokopieren gerade zu nichtgewerblichen Zwecken wegen seiner geringen wirtschaftlichen Bedeutung unentgeltlich zulassen zu können.¹²⁸³ Auch im damaligen Gesetzgebungsverfahren war die Vergütungspflicht nicht unumstritten. Beispielsweise sah der Bundesrat im ungehinderten Zugang zu wissenschaftlichen Werken und der Möglichkeit, einzelne Kopien herzustellen eine „bedeutsame Voraussetzung für wissenschaftlichen Austausch und wissenschaftliche Entwicklung“¹²⁸⁴ und leitete daraus seine am Ende unberücksichtigt gebliebene Forderung ab, an der Vergütungsfreiheit für auszugswise Vervielfältigungen zum privaten oder sonstigen Gebrauch festzuhalten.¹²⁸⁵

Die Vergütungspflicht für die Vervielfältigung nach § 53 UrhG ergibt sich aus den im Zweiten Korb umfassend neu gestalteten §§ 54-54h UrhG. Die Vergütung setzt sich dabei aus der Geräte- und Speichermedienabgabe des § 54 Abs. 1 UrhG und der Betreiberabgabe aus § 54c UrhG zusammen. Eine wesentliche Neuerung besteht darin, die Vergütungssätze nicht länger durch den Gesetzgeber festzulegen, sondern sie durch die Beteiligten, also insbesondere die Verwertungsgesellschaften sowie die Hersteller und Betreiber von Geräten, innerhalb gesetzlich definierter Rahmenbedingungen im Wege der Verhandlung unter Einbeziehung der Schiedsstelle ermitteln zu lassen.¹²⁸⁶ Die VG Wort nimmt nach einer Anpassung des Wahrnehmungsvertrages weiter die entsprechenden Vergütungsansprüche ihrer Mitglieder wahr.¹²⁸⁷ Zur Abgeltung der Betreibervergütungspflicht für die Vervielfältigung im Bereich der Universitäten, Hochschulen und öffentlichen Bibliotheken wurde noch auf Grundlage des früheren Rechts zwischen den Verwertungsgesellschaften VG Wort und VG BILD-KUNST und den Ländern für deren eigene Kopiermaschinen ein Rahmenvertrag abgeschlossen.¹²⁸⁸ Dieser sieht jährliche Zahlungen der Länder in Höhe von insgesamt ca. 1 Mio. € vor, die sich aus einem Betrag von 0,0103 € pro vergütungspflichtiger Kopie abzüglich eines

¹²⁸³ Siehe dazu gegebenenfalls Paschke, GRUR 1985, 949, 950.

¹²⁸⁴ Stellungnahme des Bundesrates, abgedruckt als Anlage 2 zur Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 10/837, S. 29.

¹²⁸⁵ Siehe dazu Paschke, GRUR 1985, 949, 951; zusammenfassend zur damaligen Diskussion und mit weiteren Fundstellen Hoepffner, GRUR 1980, 533, 535.

¹²⁸⁶ Die Einzelheiten der Neuregelung würden den Rahmen dieser Arbeit sprengen, vgl. dazu Lüft, in: Wandtke/Bullinger, § 54 Rn. 3, sowie zusammenfassend Hoeren, MMR 2007, 615, 619.

¹²⁸⁷ Siehe § 1 Nr. 5a) Wahrnehmungsvertrag, abrufbar unter www.vgwort.de.

¹²⁸⁸ Rahmenvertrag zur Kopiervergütung zwischen den Bundesländern und der Verwertungsgesellschaft Wort vom 8. März 2007, abgedruckt als Anhang C. in Beger, S. 138ff, dieser Rahmenvertrag ersetzt einen 1988 mit den alten Bundesländern geschlossenen Rahmenvertrag u. sieht für die neuen Bundesländer eine Übergangsregelung durch Zahlung einer einmaligen Summe von insgesamt ca. 1,8 Mio. € vor.

Gesamtvertragsnachlasses von 20% errechnen.¹²⁸⁹ Ohne Kündigung verlängert sich die zunächst für das Jahr 2007 geltende Laufzeit des Gesamtvertrages jeweils um ein weiteres Jahr. Angesichts der gesetzlichen Neuregelung bleiben die weiteren Entwicklungen in diesem Bereich abzuwarten.

Neben die Betreibervergütung, die auf Grundlage dieses Gesamtvertrags sowie von sonstigen Betreibern von Kopiergeräten an die Verwertungsgesellschaften gezahlt werden, tritt die vom Umfang noch bedeutendere Kopiergeräteabgabe, die von den Herstellern entsprechender Geräte abzuführen ist. Aus dem Geschäftsbericht 2008 der VG Wort ergibt sich, dass sich ihre Einnahmen in diesem Bereich insgesamt auf mehr als 60 Mio. Euro gegenüber 3,4 Mio. Euro aus der Betreiberabgabe beliefen.¹²⁹⁰ Erstere ist damit mit Abstand der wirtschaftlich bedeutsamste Wahrnehmungsbereich der VG Wort. Entsprechend hoch fallen auch die in ihrer Gesamtheit alles andere als unerheblichen Ausschüttungen an die Wahrnehmungsberechtigten aus. Daran wird deutlich, dass auch im Bereich der schrankengestützten Werknutzung der Leitgedanke der wirtschaftlichen Partizipation der Urheber und Rechteinhaber berücksichtigt wird.

V. Zusammenfassung und Fazit

Die Vervielfältigungsfreiheit zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG als grundlegende Wissenschaftsschranke ist vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Schutzes der Wissenschaftsfreiheit inhaltlich und personell weit zu verstehen. Auch bei der Qualifizierung des eigenen Gebrauchs ist dies in der kooperativ geprägten Wissenschaft über einen funktionalen Ansatz an Stelle formalistischer Grenzziehungen zu berücksichtigen. Das Merkmal des Herstellen Lassens ist durch Literatur und Rechtsprechung hinreichend begrenzt, um eine Delegation der gewünschten Kopien zu gestatten, ohne den Anwendungsbereich der Schranke ausufern zu lassen. Gleiches gilt für die funktional zu handhabende Begrenzung der zulässigen Anzahl von Kopien, die sich nach dem jeweiligen Verwendungszweck richten muss.

Die durchsetzungsstarke Ausgestaltung der Schranke steht in Einklang mit den zwingenden Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie. Der Ausschluss gewerblicher Zwecke stellt

¹²⁸⁹ Vgl. § 4 und 5 des Gesamtvertrags. Als Berechnungsgrundlage dient die durch eine Erhebung ermittelte Gesamtzahl der Kopien der Länder. Der Betrag pro Kopie beruht auf der gesetzlichen Regelung der Vergütungssätze der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG a.F.

¹²⁹⁰ Siehe S. 2 des Geschäftsberichts 2008, abrufbar unter www.vgwort.de.

ebenfalls eine zwingend umzusetzende Richtlinienvorgabe dar. Um die Schranke nicht leerlaufen zu lassen, müssen bei der Anwendung des Kriteriums lediglich mittelbare kommerzielle Zwecke unberücksichtigt bleiben. Darüber hinaus hätte der Gesetzgeber im Einklang mit den Richtlinienvorgaben zugunsten der kommerziellen Wissenschaft eine zusätzliche „analoge Wissenschaftskopierschranke“ schaffen können, hat jedoch davon abgesehen.

Die Bereichsausnahme für Noten ist anders als für reprografische Kopien für die Wissenschaft keine zwingende Richtlinienvorgabe und scheint im Wissenschaftsbereich auch wertungsmäßig nicht geboten. Die neu in § 63 Abs. 1 S. 1 UrhG eingeführte Pflicht zur Quellenangabe entspricht beim eigenen wissenschaftlichen Gebrauch nicht dem Zweck der Norm und könnte unter Berücksichtigung der auf den eigenen Gebrauch beschränkten Nutzung und bei teleologischer Auslegung der Richtlinie *de lege ferenda* wieder entfallen.

In Bezug auf den Umfang der erlaubten Vervielfältigung führt das auch quantitativ zu verstehende Kriterium der Gebotenheit zu größerer, mit Blick auf die Bedürfnisse der Wissenschaft zu begrüßender Flexibilität als bei anderen Schranken. Gleichzeitig besteht mit dem Verbot der Kopie im Wesentlichen vollständiger Bücher eine erhebliche Einschränkung, um die Interessen der Rechteinhaber ausreichend zu berücksichtigen. Zudem führen die bestehenden Regelungen zu einer Vergütung mit erheblichem Gesamtvolumen, das neben den Urhebern hälftig den Wissenschaftsverlagen zugutekommt und so deren wirtschaftliche Interessen zusätzlich berücksichtigt, um nicht zuletzt den Vorgaben internationaler Urheberrechtsabkommen und des deutschen Verfassungsrechts gerecht zu werden.

Entscheidende Bedeutung kommt dem Kriterium der Gebotenheit zu. Während es auf Ebene der inhaltlich-wissenschaftlichen Perspektive die verfassungsrechtlich nötigen Spielräume belässt und auch quantitativ die erforderliche Flexibilität bietet, kommt eine restriktive Auslegung seiner situationsbezogenen Perspektive schnell in Konflikt mit dem grundlegenden Anliegen der Schrankenregelung, das wissenschaftliche Arbeiten zu erleichtern. Die Entwicklung und der Einfluss digitaler Einzelabrufangebote sind im Zusammenhang mit § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG bislang weitgehend unberücksichtigt geblieben, soweit es an der Gebotenheit bereits dann fehlen soll, wenn statt einer eigenen Vervielfältigung der Rückgriff auf alternative Beschaffungsquellen möglich ist. Ein solches Verständnis droht zum faktischen Leerlaufen der Schranke zu führen. Gegen ein derart restriktives Verständnis sprechen auch systematische Ar-

gumente im Vergleich mit anderen Schranken des § 53 UrhG. Der Vergleich mit der Privatkopie ergibt zwar in einigen Aspekten eine weitergehende Privilegierung der Wissenschaftskopie. Als wesentlicher Unterschied fehlt dort jedoch das Kriterium der Gebotenheit und es käme deshalb bei einem restriktiven Verständnis insgesamt zu einer Schlechterstellung der Wissenschaftskopie, was unter Wertungsgesichtspunkten widersprüchlich erscheint. Der Vergleich mit der Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch ergibt, dass diese zum einen keine vollwertige Rückfallposition für die kommerzielle Wissenschaft darstellt, weil eine Reihe praktisch relevanter Fälle nicht von ihr abgedeckt werden und die quantitativen Beschränkungen restriktiv ausfallen. Zum anderen wird auch hier deutlich, dass diese Schranke ohne besondere Zweckbindung in der Praxis mangels Gebotenheitskriterium zumindest in ihrem engen Anwendungsbereich weiterhin zur Anwendung kommen wird, während die Wissenschaftskopie bei restriktivem Verständnis der Gebotenheit zunehmend eingeschränkt zu werden droht.

Somit hängt die Zukunft der Wissenschaftskopie entscheidend von der Frage der situationsbezogenen Gebotenheit und damit davon ab, wie man das von großen Teilen der Literatur dort verortete Verhältnis zwischen Schranke und eigenen Marktangeboten der Verleger vor dem Hintergrund der internationalen und verfassungsrechtlichen Vorgaben im Wissenschaftsbereich interessengerecht löst. Dieser Fragestellung geht nach der Untersuchung der übrigen Wissenschaftsschranken und der dortigen Erkenntnisse im Sinne eines Gesamtfazits Teil 4 der Arbeit noch gesondert nach.

B. Exkurs: § 87c UrhG als Schrankenregelung für den sui generis-Datenbankschutz

Gegenstand des folgenden Abschnitts sind mögliche Besonderheiten der Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch bei Datenbankwerken und bei Datenbanken, die dem sui-generis-Schutz des Datenbankherstellers gemäß § 87a ff. UrhG unterliegen. Für erstere ist § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG gleichermaßen anwendbar, mögliche Besonderheiten ergeben sich mit Blick auf Abs. 5. Für letztere sind die Schranken des ersten Teils des UrhG nicht anwendbar, ein Verweis auf die §§ 44a ff. UrhG wie bei den übrigen Leistungsschutzrechten fehlt.¹²⁹¹ Stattdessen wurde im Rahmen der Umsetzung der europäischen Datenbankrichtlinie durch das Informations- und

¹²⁹¹ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 1; Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 4.

Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG)¹²⁹² mit § 87c UrhG eine eigenständige Schrankennorm geschaffen, deren Wissenschaftsschranke in Abs. 1 Nr. 2 in weiten Teilen der Regelung in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG entspricht, gleichzeitig aber auch Unterschiede aufweist.

Erforderlich ist zunächst die Abgrenzung zwischen Datenbankwerken und Datenbanken. Zudem ist der begrenzte Rechtschutz für Datenbankwerke und Datenbanken und das Verhältnis zum darin enthaltenen, möglicherweise seinerseits urheberrechtsfähigen Inhalt relevant. Beides wirkt sich auf den Anwendungsbereich der unterschiedlichen Schranken aus.

I. Abgrenzung zwischen Datenbankwerken und Datenbanken

Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz des Datenbankwerks ist eine persönliche geistige Schöpfung, die sich in der Auswahl oder Anordnung seiner Elemente manifestiert.¹²⁹³ Der sui generis-Schutz wird davon unabhängig als Investitionsschutz Datenbanken gewährt, bei denen die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung der in ihnen enthaltenen Werke, Daten oder anderen unabhängigen Elemente eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert.¹²⁹⁴ Beide Schutzrechte können im Einzelfall nebeneinander bestehen.¹²⁹⁵ Auf die genauen, gerade für den Datenbankherstellerschutz nach § 87a ff. UrhG nicht unumstrittenen Schutzvoraussetzungen kann hier nicht eingegangen werden.¹²⁹⁶ Festzuhalten ist aber, dass Datenbankwerke und insbesondere elektronische Datenbanken im wissenschaftlichen Alltag je nach Wissenschaftsdisziplin eine große und im Zweifel weiter wachsende Bedeutung haben. Das gilt gleichermaßen für Online-Literaturdatenbanken, in denen Wissenschaftsverlage zunehmend ihre Erzeugnisse vermarkten, wie für Datenbanken im engeren technischen Sinne, die ihrerseits nicht urheberrechtsfähige Rohdaten enthalten. Für die Wissenschaftskopie sind aus praktischer Sicht wegen ihrer einfachen Vervielfältigung etwa auch Datenbanken auf CD-ROMs von Relevanz. Vor diesem Hintergrund sind zwar nicht die Einzelheiten der jeweiligen Schutzvoraussetzungen, wohl aber die relevanten

¹²⁹² Informations- und Kommunikationsdienstegesetz (IuKDG; BGBl. 1997, S. 1870).

¹²⁹³ Vgl. zu den Anforderungen im Einzelnen *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 4 Rn. 11f.

¹²⁹⁴ Zur Abgrenzung sehr übersichtlich *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 4 Rn. 3.

¹²⁹⁵ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 4 Rn. 28; *Vogel*, in: *Schricker*, § Vor §§ 87a ff Rn. 32.

¹²⁹⁶ Vgl. dazu grundlegend die Monographie von *Leistner* sowie die einschlägigen Kommentierungen, beispielsweise bei *Vogel*, in: *Schricker*, Vor §§ 87a ff.

Aspekte der einschlägigen Schranken des Datenbankwerk- und Datenbankschutzes in die Untersuchung mit einzubeziehen.

II. Reichweite des Datenbankwerkschutzes und des sui-generis-Schutzes für Datenbanken

Für ein systematisches Schrankenverständnis ist eine überblicksartige Darstellung dessen erforderlich, was vom Urheberrecht am Datenbankwerk und vom Datenbankherstellerrecht erfasst wird. Soweit das jeweilige Ausschließlichkeitsrecht durch eine Vervielfältigung nicht betroffen ist, ist dazu auf dieser Ebene auch keine Schranke erforderlich.

1. Urheberrechtlicher Schutz des Datenbankwerks

Der Urheberrechtsschutz des Datenbankwerkes nach § 4 Abs. 2 UrhG erstreckt sich nicht auf die seinen Inhalt bildenden Werke, Daten und anderen Elemente, sondern allein auf seine Struktur.¹²⁹⁷ Nur wenn diese Struktur und damit die schutzbegründende persönliche geistige Schöpfung in Bezug auf die Auswahl oder Anordnung der einzelnen Elemente durch die Vervielfältigungshandlung übernommen wird, ist das Recht am Datenbankwerk als solchem betroffen¹²⁹⁸ und es stellt sich die Frage nach dem Vorliegen einer Schranke. Dies ist bei der Übernahme des gesamten Sammel- bzw. Datenbankwerks und im Zweifel auch bei der Übernahme eines erheblichen Teils des Werks der Fall, letztlich kommt es entscheidend darauf an, ob die übernommenen Bestandteile ihrerseits die geschützte Auswahl oder die Anordnung widerspiegeln.¹²⁹⁹ Werden demgegenüber einem Datenbankwerk nur einzelne Elemente entnommen, so ist dies auf der Ebene der möglicherweise ihrerseits urheberrechtlich oder leistungsschutzrechtlich geschützten Elemente von Bedeutung, nicht jedoch bezüglich des Urheberrechts am Datenbankwerk selbst.¹³⁰⁰

2. Sui Generis-Schutz bei Datenbanken

Ebenfalls begrenzt ist der sui-generis-Schutz des Datenbankherstellers nach §§ 87a ff. UrhG. Dessen Investition wird gemäß § 87b Abs. 1 UrhG durch das Recht ge-

¹²⁹⁷ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 4 Rn. 39.

¹²⁹⁸ Vgl. OLG Hamm, AfP 2008, 515, 517 – *Zum Schutz einer Zeitschrift als Sammelwerk*, m.w. N. aus der Rechtsprechung.

¹²⁹⁹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 4 Rn. 15.

¹³⁰⁰ Vgl. zu dieser Trennung zwischen Sammelwerk und Inhalt des Sammelwerkes *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 4 Rn. 4.

schützt, die „Datenbank insgesamt oder einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil der Datenbank zu vervielfältigen“ bzw. zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Ergänzt wird dies in § 87a Abs. 1 S. 2 UrhG dadurch, dass die an sich rechtsfreie Nutzung unwesentlicher Teile dann ebenfalls dem Rechteinhaber vorbehalten ist, wenn sie wiederholt und systematisch erfolgt und dadurch entweder einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderläuft oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigt.¹³⁰¹ Dadurch soll verhindert werden, durch sukzessive Benutzung einen wesentlichen Teil der Datenbank zu entnehmen und so das Verbot der Nutzung wesentlicher Teile der Datenbank zu unterlaufen.¹³⁰² Auch das sui generis-Recht des Datenbankherstellers erstreckt sich jedoch nicht auf die einzelnen Elemente und damit den Inhalt der Datenbank als solches, um der Informationsmonopolisierung entgegenzuwirken.¹³⁰³ Die Recherche sowie Entnahmen einzelner in Datenbanken enthaltener Informationen bzw. Elemente bleiben also auf der Ebene des sui generis-Schutzes schutzrechtsfrei. Dadurch sollen das mit dem sui generis-Recht verfolgte Ziel des Investitionsschutzes und die Freiheit des Zugangs zu Informationen in ein Gleichgewicht gebracht werden.¹³⁰⁴

3. Zwischenergebnis

Die nur cursorisch dargestellten Grundzüge des begrenzten Schutzzumfangs für Datenbankwerke und Datenbanken verdeutlichen, dass nicht in jedem Fall, in dem Elemente eines Datenbankwerkes oder einer Datenbank entnommen werden, beispielsweise ein wissenschaftlicher Aufsatz aus einer Online-Literaturdatenbank, reflexartig auch eine zustimmungspflichtige Vervielfältigung des Datenbankwerks oder der Datenbank gegeben ist, sondern sich die Frage nach der Reichweite der Schranke zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch nur dann überhaupt stellt, wenn in die jeweiligen Ausschließlichkeitsrechte eingegriffen wird. Dies ist der Fall, wenn Datenbankwerke hinsichtlich ihrer Struktur, und Datenbanken in Bezug auf ihre Gesamtheit oder in Bezug auf einen wesentlichen Teil vervielfältigt werden, oder unwesentliche Teile wiederholt und systematisch genutzt werden und weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

¹³⁰¹ Vgl. hierzu *Vogel*, in: *Schricker*, § 87b Rn. 30ff.

¹³⁰² *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 43 Rn. 19.

¹³⁰³ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 87b Rn. 5, 9.

¹³⁰⁴ Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 87b Rn. 5; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 43 Rn. 18; *Vogel*, in: *Schricker*, § 87b Rn. 9, jeweils auch zur Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Teilen und mit weiteren Nachweisen zur komplexen und im Detail umstrittenen Rechtslage.

III. Wegfall der Besonderheiten bei Datenbankwerken im Zweiten Korb

Ebenso wie § 87c UrhG für das sui-generis-Recht beruht auch die Sonderregelung für Datenbankwerke in § 53 Abs. 5 UrhG auf der Umsetzung der Datenbankrichtlinie durch das IuKDG. Sie setzt Art. 6 Abs. 2 Datenbank-RL um, indem sie in Abs. 5 S. 1 die Vervielfältigung elektronischer Datenbankwerke weitgehend ausschließt und die Privatkopie sowie die Schranken des § 53 Abs. 2 Nr. 2-4 UrhG auf nicht elektronische Datenbankwerke begrenzt. Hinsichtlich der Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch in Nr. 1 sowie der Vervielfältigung zu Zwecken der Veranschaulichung des Unterrichts in Abs. 3 wurde jedoch in § 53 Abs. 5 S. 2 UrhG der Spielraum genutzt, den Art. 6 Abs. 2 b) Datenbank-RL gewährt. Die Mitgliedsstaaten können Beschränkungen vorsehen „für die Benutzung ausschließlich zur Veranschaulichung des Unterrichts oder zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung – stets mit Quellenangabe –, sofern dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist“. Indem die Schrankenvorgabe zugunsten der wissenschaftlichen Forschung mit dem aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG geläufigen Begriff des wissenschaftlichen Gebrauchs umgesetzt wurde, verdeutlicht der deutsche Gesetzgeber sein Verständnis, nach dem die Begriffe weitgehend deckungsgleich sind.¹³⁰⁵ Danach dürfen zum wissenschaftlichen Gebrauch gemäß § 53 Abs. 5 S. 2 UrhG auch elektronische Datenbankwerke vervielfältigt werden, wenn dies „nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt.“ Darin ist trotz dieser Einschränkung noch immer eine gewisse Privilegierung der Wissenschaft gegenüber den sonstigen Vervielfältigungsschranken zu sehen.

In Abs. 5 wurde im Zweiten Korb durch eine geringfügige Ergänzung lediglich ein Redaktionsversehen behoben, indem nun zutreffend jeweils auf Abs. 2 *Satz 1* Nr. 2-4 bzw. Nr. 1 verwiesen wird.¹³⁰⁶ Die bedeutsamere Veränderung des § 53 UrhG erfolgte dadurch, dass die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch nun ganz generell nur noch für nicht gewerbliche Zwecke zulässig ist.¹³⁰⁷ Damit ist § 53 Abs. 5 S. 2 UrhG in Bezug auf die Wissenschaftskopie redundant geworden. Denn die Beschränkung auf nicht gewerbliche Zwecke ist kein Spezifikum elektronischer Daten-

¹³⁰⁵ Siehe dazu schon oben Teil 3. A. II. 2. e).

¹³⁰⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 27; vgl. auch *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 53 Rn. 51.

¹³⁰⁷ Siehe dazu bereits oben, Teil 3 A. II. 7.

bankwerke mehr, sondern gilt für die Wissenschaftskopie insgesamt. Der Gesetzgeber hätte deshalb die Sonderregelung für die Wissenschaftskopie in Abs. 5 S. 2 ohne Bedeutungsverlust entfernen können, da sich die Beschränkung nun unmittelbar aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG ergibt. Ob angesichts der verschachtelten Struktur des § 53 UrhG zumindest klarstellende Wirkung von der beibehaltenen Regelung ausgeht, ist zu bezweifeln.

Ein weiterer früherer Unterschied zwischen – elektronischen wie nicht elektronischen – Datenbankwerken und sonstigen Werken hat sich mit dem Zweiten Korb ebenfalls erledigt. Bei wissenschaftlichen Vervielfältigungen von Datenbankwerken war bereits zuvor gemäß § 63 Abs. 1 S. 2 UrhG ausdrücklich eine Quellenangabe erforderlich, um die entsprechende Vorgabe des Art. 6 Abs. 2 b) Datenbank-RL umzusetzen.¹³⁰⁸ Der Zweite Korb hat als „Folgeänderung“¹³⁰⁹ der Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie die datenbankwerkspezifische Sonderregelung in S. 2 gestrichen und das Erfordernis der Quellenangabe mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL ähnlich wie beim Ausschluss gewerblicher Zwecke generell auf die Wissenschaftskopie ausgeweitet.¹³¹⁰

Festzuhalten bleibt somit, dass bei der Schranke zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch für Datenbankwerke nach dem Zweiten Korb keine Besonderheiten im Vergleich zu sonstigen Werken verblieben sind. Vielmehr wurde die Schranke des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG insgesamt den schon zuvor strengeren Vorschriften bei Datenbankwerken angepasst. Auf das Problem des uneingeschränkten Vervielfältigungsverbots für die mit elektronischen Datenbankwerken verbundenen Computerprogramme wegen des insoweit geltenden Sonderschutzes ist bereits verwiesen worden.¹³¹¹

IV. Die Besonderheiten des § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG

Für das sui generis-Recht nach §§ 87a ff. UrhG sind mangels Verweises die Schranken der §§ 44a ff. nicht anwendbar.¹³¹² Stattdessen existiert mit § 87c UrhG eine eigenständige Schrankennorm, deren Abs. 1 Nr. 2 zwar in weiten Teilen der Regelung in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG entspricht, gleichzeitig aber Unterschiede aufweist. Den Terminus des wissenschaftlichen Gebrauchs hat die neu geschaffene Schranke unter Verweis

¹³⁰⁸ Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 8.

¹³⁰⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 31.

¹³¹⁰ Siehe dazu schon oben, Teil 3 A. II. 9.; vgl. zum alten Recht noch *Schricker/Dietz*, § 63 Rn. 10.

¹³¹¹ Siehe oben Teil 1 A. II. 1. a).

¹³¹² *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 1; *Vogel*, in: *Schricker*, § 87c Rn. 4.

auf die Parallele wortgleich übernommen.¹³¹³ Grundlage stellt für die Schranke des sui generis-Rechts Art. 9 b) Datenbank-RL dar, der Schranken gestattet, nach denen

„der rechtmäßige Benutzer einer der Öffentlichkeit - in welcher Weise auch immer – zur Verfügung gestellten Datenbank ohne Genehmigung des Herstellers der Datenbank in folgenden Fällen einen wesentlichen Teil des Inhalts der Datenbank entnehmen und/oder weiterverwenden kann: [...] b) für eine Entnahme [...] zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung, sofern er die Quelle angibt und soweit dies durch den nichtkommerziellen Zweck gerechtfertigt ist“.

Die deutsche Umsetzung in § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG gestattet die

„Vervielfältigung eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank [...] zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und der wissenschaftliche Gebrauch nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt.“

Die Norm macht im Wissenschaftsbereich auch beim sui generis-Recht keinen Unterschied zwischen elektronischen und nicht elektronischen Datenbanken und privilegiert den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch damit im Vergleich zur strengeren Regelung beim Privatgebrauch. Während die Richtlinienvorgabe sich generell auf „Entnahme“ und „Weiterverwendung“ bezieht und somit auch Schranken für andere Formen der Verwendung gestatten würde, ist die deutsche Umsetzung auf die Vervielfältigung begrenzt.

1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede nach dem Gesetzeswortlaut

Bezogen auf die wissenschaftsspezifischen Voraussetzungen gleicht der Wortlaut der deutschen Umsetzung nach dem Zweiten Korb weitgehend denen des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG, insbesondere mit Blick auf den nun allgemeinen Ausschluss gewerblicher Zwecke, selbst wenn insoweit hinsichtlich der Formulierung ein Unterschied im Detail besteht („zu gewerblichen Zwecken erfolgt“ anstelle von „gewerblichen Zwecken dient“). Insoweit wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen.¹³¹⁴ Im Folgenden werden demgegenüber einige Unterschiede beleuchtet.

¹³¹³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG), BT-Drs. 13/7385, S. 44, siehe dazu schon oben Teil 3 A. II. 2.e).

¹³¹⁴ Siehe oben Teil 3 A. II. 7. Auf die Parallelen verweisen ebenfalls Vogel, in: Schricker, § 87c Rn. 4, 13; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 87c Rn. 8; Thum, in: Wandtke/Bullinger, § 87c Rn. 29; Decker, in: Möhring/Nicolini, § 87c Rn. 4; Leistner, S. 314.

a) Keine ausdrückliche Begrenzung auf einzelne Vervielfältigungsstücke

Ein Unterschied besteht insoweit, als in § 87c UrhG die ausdrückliche quantitative Beschränkung auf „einzelne“ Vervielfältigungsstücke fehlt.¹³¹⁵ Ergeben kann sich eine quantitative Beschränkung auch bei § 87c UrhG jedoch daraus, dass eine Vervielfältigung nur zulässig ist, „soweit“ sie zum Zweck des eigenen wissenschaftlichen Gebrauchs geboten ist.¹³¹⁶ Während sich das Merkmal in erster Linie auf das jeweilige Ausmaß der Vervielfältigung bezieht,¹³¹⁷ wird darüber ebenfalls, eine der Anzahl nach nicht erforderliche Vervielfältigungsintensität verhindert. Parallelen bestehen umso mehr, wenn man auch bei § 53 UrhG das Merkmal der einzelnen Vervielfältigungsstücke funktional versteht und in Bezug setzt zum privilegierten eigenen Gebrauch, über dessen Ermöglichung die Schranke auch quantitativ nicht hinausgehen darf.¹³¹⁸

b) Beschränkung auf wesentliche Teile

In Bezug auf den Gegenstand der Vervielfältigung besteht ein Unterschied zu § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG, da sich die Vervielfältigungsfreiheit hier nicht auf das gesamte Werk bzw. die gesamte Datenbank bezieht, sondern nur auf einen „nach Art und Umfang wesentlichen Teil“. Zwar wird vertreten, dass dem Gebrauch wesentlicher Teile der Gebrauch der Datenbank in ihrer Gesamtheit gleichzusetzen und die Schranke deshalb auch für eine Vervielfältigung ganzer Datenbanken heranzuziehen sei.¹³¹⁹ Der entgegenstehenden Meinung¹³²⁰ ist jedoch zuzustimmen. Dafür spricht insbesondere systematisch, dass sowohl Datenbankrichtlinie als auch deutsche Umsetzung bei der Beschreibung des Schutzgegenstandes¹³²¹ bzw. der Rechte des Datenbankherstellers¹³²² die „Gesamtheit“ der Datenbank bzw. die „Datenbank insgesamt“ einem „in qualitativer oder quantitativer Hinsicht“ bzw. „nach Art oder Umfang wesentlichen Teil“ begrifflich gegenüberstellen.¹³²³ Wenn in den Folgenormen nur jener wesentliche Teil

¹³¹⁵ Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 4.

¹³¹⁶ So auch Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 13.

¹³¹⁷ Siehe dazu bereits oben Teil 3 A. II. 6. b.

¹³¹⁸ Siehe dazu schon oben Teil 3 A. II. 5.

¹³¹⁹ Decker, in: *Möhring/Nicolini*, § 87c Rn. 1; *Raue/Bensinger*, MMR 1998, 507, 512, die auf die Möglichkeit widersprüchlicher Ergebnisse und die Entstehungsgeschichte verweisen.

¹³²⁰ Thum, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 11; Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 8; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 3; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 43 Rn. 24; *Leistner*, S. 313.

¹³²¹ Siehe Art. 7 Abs. 1 Datenbank-RL.

Siehe § 87b Abs. 1 UrhG.

¹³²² Ähnlich auch *Leistner*, S. 201.

als Schrankengegenstand aufgegriffen wird, spricht das gegen eine extensive Auslegung entgegen dem insoweit klaren Wortlaut.

Die Vervielfältigung einer gesamten Datenbank wird demnach nicht mehr durch die Schranke des sui generis-Rechts gedeckt, sondern sie gestattet lediglich die Vervielfältigung wesentlicher Teile. Die Vervielfältigung unwesentlicher Teile ist mangels entsprechenden Rechtsschutzes ohnehin erlaubnisfrei möglich und bedarf keiner Schranke,¹³²⁴ solange es sich nicht um Fälle wiederholter und systematischer Nutzungen im Sinne von § 87b Abs. 1 S. 2 handelt, die einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen. Für diese Fälle greift im Bereich des sui generis-Rechtsschutzes die Schranke ebenfalls nicht ein.¹³²⁵ Durch die Bereichsausnahme für die Vervielfältigung vollständiger Bücher und Zeitschriften in § 53 Abs. 4 UrhG wird die datenbankspezifische Besonderheit des Verbots einer vollständiger Vervielfältigung nur teilweise relativiert.

c) **Fehlende Vergütungspflicht bei § 87c UrhG**

Eine nicht zu unterschätzende Abweichung ist insoweit gegeben, als die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch bei § 53 Abs. 2 S. 1 UrhG vergütungspflichtig ist, während es bei § 87c an einer Vergütungspflicht zu Gunsten des Datenbankherstellers fehlt.¹³²⁶ Auch eine entsprechende Anwendung der Vergütungsregeln zu § 53 UrhG kommt nicht in Betracht.¹³²⁷ Dies gilt jedoch nur für eine zusätzliche Vergütung für das sui generis-Recht. Die Vergütungspflicht für die Vervielfältigung des gegebenenfalls urheberrechtlich geschützten Inhalts einer Datenbank besteht davon unabhängig fort.¹³²⁸

d) **Quellenangabe**

Die Pflicht zur Quellenangabe folgt beim sui generis-Recht anders als bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG in Verbindung mit § 63 Abs. 1 UrhG unmittelbar aus § 87c Abs. 1 S. 2 UrhG, ohne dass sich daraus im Ergebnis grundlegend unterschiedliche Anforderungen ergäben. Neben der Bezeichnung der Datenbank, unter der sie vom Rechteinhaber zugänglich gemacht wird, schließt dies jedoch noch den Namen des Datenbankherstel-

¹³²⁴ Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 9.

¹³²⁵ Leistner, S. 314.

¹³²⁶ Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 10; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 1.

¹³²⁷ Vgl. Thum, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 42.

¹³²⁸ Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 10.

lers ein.¹³²⁹ Durch die entsprechenden Angleichungen des Zweiten Korbes ist die zuvor gegebene Besonderheit weitgehend aufgehoben worden.

2. Fragen richtlinienkonformer Auslegung

Über den Wortlaut hinaus werden zwei weitere Fragestellungen mit Blick auf eine gegebenenfalls nötige richtlinienkonforme Auslegung des § 87c UrhG diskutiert, die im Vergleich zur Wissenschaftsvervielfältigung anderer Schutzgegenstände zu abweichenden Ergebnissen führen können.

a) Veröffentlichungserfordernis

In der deutschen Umsetzung fehlt das Erfordernis aus Art. 9 Datenbank-RL, das eine „der Öffentlichkeit – in welcher Weise auch immer – zur Verfügung gestellte“ Datenbank voraussetzt. Nach wohl allgemeiner Ansicht ist jedoch auch bei § 87c UrhG bei richtlinienkonformer Auslegung die Veröffentlichung der Datenbank ungeschriebene Voraussetzung und die Schranke nicht auf unveröffentlichte Datenbanken anzuwenden.¹³³⁰ Was genau in diesem Zusammenhang eine Veröffentlichung konstituiert, soll an dieser Stelle nicht im Detail untersucht werden. Anknüpfungspunkt dürfte in erster Linie erneut der seinerseits nicht unumstrittene Öffentlichkeitsbegriff in § 6 Abs. 1 UrhG sein.¹³³¹ Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass die Richtlinie selbst keine allzu hohen Anforderungen stellt, wenn sie die Art und Weise der Zurverfügungstellung für die Öffentlichkeit ausdrücklich für unerheblich erklärt.¹³³²

Praktisch dürfte das Problem keine große Rolle spielen, denn zu bislang nicht der Öffentlichkeit angebotenen Datenbanken fehlt regelmäßig der Zugang als Voraussetzung für die Vervielfältigung.¹³³³ Der interkollegiale Austausch ganzer Datenbanken in Wissenschaftskreisen ist nicht gleichermaßen üblich wie das Austauschen von Vorabdrucken einzelner Veröffentlichungen, und in der Regel richtet sich das wissenschaftliche Interesse gerade auf diejenigen Datenbanken, die bereits der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt worden sind. Wo dies im Einzelfall doch anders ist – und es

¹³²⁹ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 87c Rn.11; Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 16.

¹³³⁰ Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 6; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 4; Thum, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 7ff; Loewenheim, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 43 Rn. 24; Leistner, S. 313.

¹³³¹ Vgl. Thum, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 8; zum Öffentlichkeitsbegriff siehe etwa Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 6 Rn. 6 ff.

¹³³² Letztendlich obliegt eine verbindliche Festlegung der entsprechenden Grenzen des § 87c UrhG dem EuGH, so auch Thum, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 8.

¹³³³ Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 6.

gleichzeitig alternativ an der Zustimmung des Rechteinhabers für eine Vervielfältigung fehlt – ergibt sich jedoch insoweit ein Unterschied zwischen § 87c Nr. 2 UrhG und § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG, da letzterer seinerseits nicht an die Veröffentlichung des Werkes anknüpft.¹³³⁴

b) Keine Beschränkung auf den rechtmäßigen Benutzer

Ebenfalls diskutiert wird eine richtlinienkonforme Auslegung in Bezug auf die in der Richtlinie enthaltene Begrenzung der Schrankenberechtigten auf den „rechtmäßigen Benutzer“, die § 87c UrhG nicht umsetzt. Diese nach dem Wortlaut unvollständige Umsetzung hat jedoch in der Literatur zu Recht weitgehend Zustimmung erhalten.¹³³⁵ Denn bei Schranken wie § 87c UrhG entspricht es dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Lizenz, dass sich die Berechtigung des Nutzers aus den Tatbestandsvoraussetzungen der Schranke selbst ergibt, nicht aber an eine sonstige Rechtmäßigkeit der Nutzung aufgrund vertraglicher Rechteinräumung angeknüpft wird.¹³³⁶ Ansonsten würde § 87c UrhG auf eine Absicherung vertraglicher Mindestbefugnisse des rechtmäßigen, weil vertraglich berechtigten Nutzers reduziert.¹³³⁷ Eine derartige zwingende nutzerschützende Regelung enthält jedoch der gesonderte § 87e UrhG für die Verwendung unwesentlicher Teile.¹³³⁸ Aus der Systematik der Regelungen zum sui generis-Recht und vor allem angesichts der systematischen Übereinstimmung mit den urheberrechtlichen Schranken¹³³⁹ lässt sich begründen, dass § 87c UrhG insoweit kein Umsetzungsdefizit aufweist, sondern auch der Richtlinie selbst ein ähnliches materielles Verständnis zu Grunde liegt.¹³⁴⁰ Ein Unterschied zur Schranke des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG besteht also in diesem Punkt nicht.

V. Zusammenfassung und Fazit

Die Besonderheiten der Schranken für Datenbankwerke und für das sui-generis-Recht des Datenbankherstellers wurden durch die Veränderungen des Zweiten Korbes aufgehoben bzw. stark relativiert, da die Voraussetzungen des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG

¹³³⁴ Siehe oben Teil 1 A. II. 1. f).

¹³³⁵ Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 7 m.w.N.; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 4; Thum, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 13ff.; *Rauel/Bensinger*, MMR 1998, 507, 512.

¹³³⁶ Vogel, in: *Schricker*, § 87c Rn. 7.

¹³³⁷ Thum, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 16.

¹³³⁸ Vgl. dazu Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 87e Rn. 1 ff.

¹³³⁹ So auch ausdrücklich Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 4.

¹³⁴⁰ Ausführlich Leistner, S. 198 ff., 312; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 87c Rn. 4 m.w.N..

in Bezug auf den Ausschluss gewerblicher Zwecke und das Erfordernis der Quellenangabe ihrerseits weitgehend den bereits zuvor engeren Grenzen im Geltungsbereich der Datenbankrichtlinie angepasst wurden. Sofern bei einer Vervielfältigungshandlung überhaupt Rechte am Datenbankwerk oder das sui-generis-Recht des Datenbankherstellers betroffen sind, bestehen weitgehende Parallelen. Gleichzeitig existieren jedoch bei § 87c UrhG auch noch immer gewisse Unterschiede, insbesondere angesichts der fehlenden gesonderten Vergütung für schrankengestützte Eingriffe in das sui-generis-Recht, dem allerdings eher moderaten Veröffentlichungserfordernis und der generellen Beschränkung der Vervielfältigung auf wesentliche Teile einer Datenbank.

C. § 52a UrhG, Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

§ 52a Abs. 1 UrhG gestattet es gegen Zahlung einer in Abs. 4 geregelten Vergütung, im einzelnen näher bestimmte Werke oder Werkteile entweder zum Zweck der Veranschaulichung im Unterricht an den genannten Einrichtungen oder zur eigenen wissenschaftlichen Forschung jeweils für abgegrenzte Personenkreise öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Abs. 2 enthält Bereichsausnahmen für Filmwerke sowie für Werke, die für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmt sind. Abs. 3 erklärt zusätzlich die zur öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen für zulässig.

I. Systematische Einordnung und Entstehungsgeschichte

§ 52a UrhG wurde bereits im Ersten Korb durch das Gesetz zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft¹³⁴¹ eingefügt und stellt anders als §§ 52b, 53a UrhG keine Neuerung dar.¹³⁴² Trotz entsprechender Forderungen¹³⁴³ wurde die Schranke im Zweiten Korb inhaltlich nicht verändert, sondern lediglich in engem zeitlichen Zusammenhang dazu ihre durch § 137k UrhG befristete Geltungsdauer verlängert. Sie

¹³⁴¹ BGBl. I S. 1774.

¹³⁴² Siehe als umfassende Monographien zu § 52a UrhG beispielsweise bereits *Suttorp*, Die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG), sowie jeweils rechtsvergleichend die Dissertationen von *Bagh* und *Schöwerling*.

¹³⁴³ Siehe etwa die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 39 f., dazu noch näher unten.

wird wegen ihrer Relevanz für den Wissenschaftsbereich und wegen der inhaltlichen Vergleichs- und Berührungspunkte zu den sonstigen Wissenschaftsschranken einbezogen. Entsprechend steht Variante Nr. 2 zugunsten der wissenschaftlichen Forschung im Vordergrund. Variante Nr. 1 wird nur insoweit einbezogen, als sie im Rahmen des „Unterrichts“ an Hochschulen für die wissenschaftliche Lehre relevant ist. Auf die wenigen Spezifika wie die zusätzliche Beschränkung auf „kleine“ Werkteile oder die abweichende Abgrenzung des privilegierten Kreises wird an gegebener Stelle eingegangen.

1. Systematische Einordnung

§ 52a UrhG stützt sich wie § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG auf die fakultative Schrankenvorgabe des Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL.¹³⁴⁴ Er nimmt durch gegenständliche und personelle Beschränkungen im Vergleich mit der weiter gefassten Schrankenvorgabe zugunsten von Unterrichts- und Wissenschaftszwecken Konkretisierungen vor.

Mit der Norm wollte der Gesetzgeber „berechtigten Interessen aus den Bereichen Unterricht und Wissenschaft Rechnung tragen“.¹³⁴⁵ Diesen könne eine „schrangengestützte Nutzung moderner Kommunikationsformen nicht grundsätzlich und umfassend in allen Fällen verwehrt sein, in denen das neugeregeltete Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als eine Form der öffentlichen Wiedergabe berührt ist.“ Dabei werden die Parallelen zwischen der Vervielfältigungsfreiheit in § 53 UrhG und der entsprechend auch für das Recht der öffentlichen Zugänglichkeit nach § 19a UrhG zu schaffenden Schrankenregelung betont.¹³⁴⁶

In erster Linie dogmatisch interessant ist inzwischen die Frage, wie es sich auswirkt, dass § 52a UrhG zwar ausweislich der Gesetzesbegründung eine Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichkeit darstellt, typische Anwendungsfälle der Norm wie etwa die Zugänglichmachung im Unterricht in Klassenstärke nach klassischem Verständnis des § 15 Abs. 3 UrhG jedoch gar nicht unter dessen Öffentlichkeitsbegriff fallen.¹³⁴⁷ Um ihm nicht einen großen Teil seines ausdrücklich intendierten Anwendungsbereichs zu entziehen spricht viel dafür, im Rahmen des § 52a UrhG die Frage der „öffentlichen“ Zugänglichmachung nicht allein durch einen Rückgriff auf die Le-

¹³⁴⁴ Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 20.

¹³⁴⁵ Ebd.

¹³⁴⁶ A.a.O., S. 20; 35 f; 40; Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34; dazu auch *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 52a Rn. 1; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 55.

¹³⁴⁷ Dazu eingehend *Suttorp*, S. 67ff.; *Bagh*, S. 126 ff., jeweils m.w.N.

galdefinition des § 15 Abs. 3 UrhG zu entscheiden, sondern vielmehr in erster Linie unter Berücksichtigung der Fallkonstellationen, die die Schranke sowie die Gesetzesbegründung umschreiben.¹³⁴⁸ Diese Konstellationen sind auch dann erfasst, wenn es an einer Öffentlichkeit im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG fehlt. Zugänglichmachung und dafür erforderliche Vervielfältigungen sind auch in diesen Fällen im Rahmen des § 52a UrhG gestattet.

2. Entstehungsgeschichte

§ 52a UrhG liegt eine inzwischen ausführlich dokumentierte Entstehungsgeschichte zugrunde, die durch bemerkenswert unversöhnliche Kontroversen geprägt ist.¹³⁴⁹ Angesichts der bisher eher geringen praktischen Bedeutung der Norm erscheint es verwunderlich, dass sie eine der umstrittensten Regelungen des Ersten Korbes war.¹³⁵⁰ Insbesondere Wissenschaftsverlage sahen sich vor allem durch den ursprünglich weiter gefassten ersten Entwurf „enteignet“ oder in ihrer Existenz gefährdet.¹³⁵¹ Die Diskussion blieb dabei nicht auf Politik und Rechtswissenschaft beschränkt.¹³⁵² Spätestens mit der verlagsseitig initiierten Printkampagne „Verlage und Wissenschaftler für ein faires Urheberrecht“ wurde die Debatte auf den öffentlichen Bereich ausgedehnt.¹³⁵³ Insbesondere stand der Vorwurf im Raum, der Gesetzgeber schaffe gerade dort Beschränkungen des Urheberrechts, wo es wie bei Bildung und Wissenschaft finanziell unmittelbar der öffentlichen Hand zugutekomme.¹³⁵⁴ Auch die Wissenschaftsseite hatte unter

¹³⁴⁸ So im Ergebnis mit überzeugenden Argumenten *Suttorp*, S. 79f; *Bagh*, S. 137; siehe auch *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 4.

¹³⁴⁹ So *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 824; für eine detaillierte Darstellung siehe anschaulich und ausführlich etwa *Bagh*, On-Demand-Anwendungen, S. 111 ff.; *Suttorp*, S. 38 ff.; *Schöwerling*, S. 210 ff.; *v. Bernuth*, ZUM 2003, 438; *Haupt*, ZUM 2004, 104, 106 ff.; *Sattler*, S. 200f.

¹³⁵⁰ Vgl. etwa *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 2; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 2; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 1; für Beispiele aus der „Schlamm Schlacht“ siehe insb. *Kuhlen*, *Götterdämmerung*, S. 211 f.

¹³⁵¹ Siehe etwa die Stellungnahme des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels vom 24. 1. 2003, S. 4, abrufbar unter www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/; als weitere kritische Stellungnahme aus Verlagssicht vgl. *Bahlmann*, KUR 2003, 63 f.

¹³⁵² Zu den verschiedenen politischen Lagern im Bundestag vgl. ausführlich *Jani*, UFITA 2006, 511, 516 ff.

¹³⁵³ Siehe zur Printkampagne *Schippan*, ZUM 2003, 378, 381, sowie die Darstellung bei *Bagh*, S. 120; kritisch wiederum zu den Enteignungsvorwürfen und den Öffentlichkeitsaktionen des Börsenvereins statt vieler *Hoeren*, KUR 2003, 58, 59 f.; sowie *Beger*, in: *Hammwöhner/Rittberger/Semar* (Hrsg.), Festschrift *Kuhlen*, S. 131.

¹³⁵⁴ *Haupt*, KUR 2003, 61, 62.

anderem mit dem Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ eine Plattform gegründet, um ihre Interessen zu vertreten, und neben weiteren Forderungen eine möglichst weite Fassung des § 52a UrhG propagiert, um nicht über Einschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten den Bildungs- und Wissenschaftsstandort Deutschland zu schwächen.¹³⁵⁵ Vergleiche mit illegalem „Lizenz-Sharing“ im Pay-TV-Bereich und dem Slogan von der „freien Fahrt für Wissenschaftspiraten“¹³⁵⁶ heizten die Debatte auch nach dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens weiter an. Als Ergebnis der letztlich erfolgreicheren Lobbyarbeit der Verlagsseite enthält die Gesetz gewordene Fassung des § 52a UrhG im Vergleich zum ursprünglichen Entwurf eine Vielzahl zusätzlicher tatbestandlicher Beschränkungen, von denen einige erst in letzter Sekunde in der abschließenden Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages in den Gesetzestext aufgenommen wurden.¹³⁵⁷

3. Befristung der Norm

Teil des unternommenen Kompromissversuches war neben tatbestandsmäßigen Beschränkungen als Zugeständnis an die Bedenken der Verlagsseite die im deutschen Urheberrecht erstmals vorgenommene Befristung der Norm in § 137k UrhG. Danach sollte sie „angesichts der Befürchtungen der wissenschaftlichen Verleger vor unzumutbaren Beeinträchtigungen“ zunächst nur verbunden mit einer Evaluation bis zum 31.12.2006 befristet angewendet werden.¹³⁵⁸ Die sogenannte „Sunset Provision“¹³⁵⁹ wurde nicht zuletzt wegen ihrer Hemmwirkung für die Schrankenprivilegierten kritisiert, da sich notwendige Investitionen in den Aufbau eines mit § 52a UrhG konformen Systems und der erforderlichen technischen Infrastruktur sowie längerfristig angelegte Projekte

¹³⁵⁵ Vgl. im einzelnen die Positionspapiere auf www.urheberrechtsbuendnis.de; siehe für weitere Stellungnahmen beider „Lager“ auch die umfassende Zusammenstellung von Stellungnahmen zum Ersten Korb unter www.urheberrecht.org/topic/Info-Rili/.

¹³⁵⁶ Gounalakis, NRW 2007, 36, 37, der dies allerdings selbst als „zugespitzte Parole“ bezeichnet.

¹³⁵⁷ Siehe Schippan, ZUM 2003, 378, 381; zu den nachträglichen Beschränkungen vgl. übersichtlich Dreier, in: Dreier/Schulze, § 52a Rn. 2; deutlich ausführlicher Bagh, S. 111 ff. Auf die Einzelheiten wird noch eingegangen.

¹³⁵⁸ Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 36; vgl. Dustmann, in: Fromm/Nordemann, § 52a Rn. 3.

¹³⁵⁹ Gounalakis, NRW 2007, 36; Schmid/Wirth, in: Schmid/Wirth/Seifert, § 52a Rn. 2 sprechen von einem „Erprobungsvorbehalt“; Braun/Jani, in: Wandtke/Bullinger, § 137k Rn. 1 von einem „Verfallsdatum“; von Ohlenhusen, ZRP 2003, 232, 233, von einer „Halbwertszeit“ der Norm; letzterer zudem kritisch mit dem Vorwurf eines unzureichend durchdachten Gesetzes als „Versuchsballon für eine ganze Branche“.

nicht rentieren, solange der kurz- oder mittelfristige Wegfall der Schranke droht.¹³⁶⁰ Leitgedanke des Gesetzgebers war angesichts der Kontroversen jedoch die Möglichkeit, in Verbindung mit der durchzuführenden Evaluierung gegebenenfalls korrigierend eingreifen zu können, „sollte es wider Erwarten zu wesentlichen Missbräuchen und Beeinträchtigungen der Verwertungsrechte der Verlage kommen“.¹³⁶¹

a) Erste Fristverlängerung

Als Ergebnis einer ersten Evaluierung durch das Bundesministerium der Justiz wurde dem Rechtsausschuss mit Schreiben vom 22.5.2006 ein Evaluierungsbericht auf Basis eines Fragebogens vorgelegt¹³⁶² und darin für eine Verlängerung der Regelung bis zum 31.12. 2009 plädiert.¹³⁶³ Die erste Evaluierung kam zu dem Ergebnis, das dem BMJ vorgelegte Zahlenmaterial sei noch nicht ausreichend aussagekräftig für eine abschließende Bewertung der Norm.¹³⁶⁴ Statt der zunächst vom Bundesrat angeregten entsprechenden Fristverlängerung im Rahmen des Zweiten Korbes¹³⁶⁵ verwies die Bundesregierung darauf, es sei nicht sichergestellt, dass der Zweite Korb vor Ablauf der ursprünglichen Frist am 31.12.2006 bereits in Kraft getreten sein werde,¹³⁶⁶ was sich in der Folge bewahrheitete. Die Fristverlängerung erfolgte deshalb im Rahmen des Fünften Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 10.11.2006, mit dem in erster Linie die Europäische Folgerechtsrichtlinie umgesetzt wurde.¹³⁶⁷ Der Rechtsausschuss verwies in Übereinstimmung mit dem Evaluierungsbericht auf die noch nicht mögliche abschließende Bewertung des § 52a UrhG, insbesondere da die angestrebten Gesamtverträge mit den Verwertungsgesellschaften noch nicht geschlossen worden seien; erst mit dem bevorstehenden Vertragsschluss werde die bislang bestehende Rechtsunsicherheit weitgehend behoben; die notwendigen Investitionen für eine schrankengestützte Nutzung würden erst nach dem Abschluss

¹³⁶⁰ In diese Richtung *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 52a Rn. 2; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 1; *Kreutzer*, in: *Hofmann* (Hrsg.), *Wissen und Eigentum*, S. 120; kritisch auch *Hoeren*, *ZUM* 2004, 885, 886.

¹³⁶¹ Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 26.

¹³⁶² Ausschussdrucksache 16(6)33, soweit ersichtlich nicht öffentlich zugänglich.

¹³⁶³ So der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 50.

¹³⁶⁴ Siehe dazu *Schöwerling*, S. 216.

¹³⁶⁵ Siehe die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, S. 44.

¹³⁶⁶ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 50.

¹³⁶⁷ BGBl I 2006, 2588; kritisch zum Verfahren *Gounalakis*, *NRW* 2007, 36: „Nacht- und Nebelaktion“.

der Gesamtverträge getätigt.¹³⁶⁸ Die vom Bundesrat vorgeschlagene Verlängerung bis Ende 2009 wurde um ein Jahr bis zum 31.12.2008 verkürzt. Der Bundestag folgte der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses. Der verkürzte Zeitraum wurde als ausreichend angesehen, um auf Grundlage einer weiteren vom BMJ durchzuführenden Evaluierung des § 52a UrhG zu einer verlässlichen und endgültigen Beurteilung der Norm kommen zu können.¹³⁶⁹

b) Zweite Fristverlängerung

Im Zweiten Korb wurde die Vorschrift trotz entsprechender Forderungen nicht verändert. Änderungsvorschläge des Bundesrates wies die Bundesregierung unter Verweis auf den Evaluierungsbericht und mit dem Argument zurück, den inzwischen teilweise abgeschlossenen Gesamtvertragsvereinbarungen nicht durch Modifizierungen den Boden entziehen zu wollen.¹³⁷⁰ Bei Verabschiedung des Zweiten Korbes wurde das BMJ in einem Entschließungsantrag jedoch ausdrücklich aufgefordert, die Regelung des § 52a UrhG erneut daraufhin zu überprüfen, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe.¹³⁷¹

Einen aus den bereits im Jahr 2007 begonnenen Untersuchungen¹³⁷² hervorgegangenen zweiten Evaluierungsbericht¹³⁷³ legte das BMJ dem Rechtsausschuss mit Schreiben vom 2. Mai 2008 vor.¹³⁷⁴ Darin wurde empfohlen, die Befristung des § 52a UrhG

¹³⁶⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 16/2019, S. 4.

¹³⁶⁹ Ebd.

¹³⁷⁰ Siehe etwa die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, S. 39f. sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung, a.a.O., S. 47. Inhaltlich ging es um sinnvolle Modifizierungen, um bestehende Unklarheiten des § 52a UrhG zu beseitigen, siehe dazu im Einzelnen noch unten.

¹³⁷¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 4.7.2007 zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drs. 16/5939, S. 3.

¹³⁷² Vgl. dazu *Beger*, S. 58, sowie ausführlicher *Kuhlen*, *Götterdämmerung*, S. 225.

¹³⁷³ Ausschussdrucksache 16(6)217, soweit ersichtlich ebenfalls nicht öffentlich zugänglich; siehe kritisch dazu *Hogrefe*, *SZ* vom 7.7.2008, S. 14: „weder veröffentlicht, noch den Verlagen oder Verwertungsgesellschaften zur Verfügung gestellt, aber schon Thema einer eigens einberufenen Koalitionssitzung der Rechts- und Bildungspolitikern“; kritisch zum Evaluierungsbericht auch die FDP-Bundestagsfraktion, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 16/10894, S. 5: „methodische und inhaltliche Unstimmigkeiten“; „wirft deshalb weitere Fragen auf, die bis heute nicht befriedigend beantwortet sind.“

¹³⁷⁴ Siehe den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 16/10569, S. 1.

aufzuheben und § 137k UrhG ersatzlos zu streichen.¹³⁷⁵ Zugleich wurden Forderungen nach einer inhaltlichen Erweiterung der Schranke zurückgewiesen.¹³⁷⁶ Daraufhin reichte die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Oktober 2008 einen Gesetzentwurf ein, der unter Bezugnahme auf den zweiten Evaluierungsbericht eine Aufhebung der Befristung des § 52a UrhG vorsah, um den „positiven Auswirkungen der Wissenschafts- und Ausbildungsschranke des § 52a UrhG in der Praxis Rechnung zu tragen“.¹³⁷⁷ Nach Auffassung der Mehrheitsfraktionen war jedoch auch nach Abschluss der zweiten Evaluierung eine abschließende Bewertung der Auswirkungen des § 52a UrhG noch immer nicht möglich.¹³⁷⁸ Zwar seien inzwischen bereits zwei Gesamtverträge zwischen den Ländern und den Verwertungsgesellschaften geschlossen worden, nämlich der Gesamtvertrag „Schulen“ vom 26.7.2007 (unter Einbeziehung der VG Wort) sowie der Gesamtvertrag „Hochschulen“ vom 25./28. September 2007 (unter Ausschluss der VG Wort).¹³⁷⁹ Es fehle aber gerade für die Nutzung für Zwecke des Unterrichts und der Forschung an Hochschulen noch an einer Einigung mit der VG Wort. Zudem sei auch noch keine Verteilung der Vergütung an die Rechteinhaber erfolgt. Da beides bald zu erwarten sei, sei statt einer Entfristung eine erneute Befristung der Norm bis Ende 2012 angezeigt. Vor Ablauf dieser erneuten Befristung werde dann eine endgültige Entscheidung über den Fortbestand der Regelung und eventuelle Modifizierungen auf Grundlage eines Dritten BMJ-Berichts möglich sein.¹³⁸⁰

Aus dem Protokoll der Beratungen im Rechtsausschuss geht hervor, dass die Mehrheitsparteien die erneute Fristverlängerung „bis maximal Ende 2012“ als Kompromisslösung ansehen, als „letzte Chance für die Bundesländer“, mit Blick auf die Vergütungsverhandlungen eine Lösung mit angemessenen Nutzungsentgelten für Urheber und Verlage herbeizuführen; die bisherigen Angebote der Hochschulen pauschaler Nutzungsentgelte an die VG Wort seien indiskutabel.¹³⁸¹ Während die FDP-Fraktion

¹³⁷⁵ So übereinstimmend *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 3; *Braun/Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 137k Rn. 1; *Hogrefe*, SZ vom 7.7.2008, S. 14.

¹³⁷⁶ *Braun/Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 137k Rn. 1.

¹³⁷⁷ Gesetzentwurf einiger Grüner Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 16/10566, S. 3.

¹³⁷⁸ Gesetzentwurf der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 16/10569, S. 1.

¹³⁷⁹ Letzterer ist als Gesamtvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52a UrhG vom 28. September 2007 als Anhang G abgedruckt in *Beger*, S. 157, sowie abrufbar unter www.bibliotheksverband.de/vereinbarungen/Gesamtvertrag_Ansprueche_52a.pdf.

¹³⁸⁰ A.a.O., S. 4.

¹³⁸¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/10894, S. 5f.

allenfalls eine Verlängerung um weitere zwei Jahre für akzeptabel hielt,¹³⁸² wurde die mit vier Jahren bewusst länger gewählte Frist zu Recht damit begründet, dass sowohl eine ausreichende Evaluierung als auch die Schaffung von funktionierenden Erfassungssystemen in der Vergangenheit nicht zuletzt an den zu kurzen Fristsetzungen gescheitert seien.¹³⁸³ Insbesondere wenn wie im Gesamtvertrag vereinbart ab 2009 eine nutzungs- und werkbezogene Abrechnung erfolgen solle, was im Interesse der Rechteinhaber liege, sei eine Verlängerung um vier Jahre erforderlich, um die Umsetzung dieser Vereinbarung in die Praxis sowie die Vereinbarung einer entsprechenden Abrechnungsmethode nicht zu gefährden.¹³⁸⁴ Dem ist jedenfalls mit Blick auf die Hemmwirkung kurzer Fristen auf die tatsächliche Anwendung des § 52a UrhG im Ergebnis zuzustimmen. Am 13.11.2008 wurde mit den Stimmen der Großen Koalition das Sechste Urheberrechtsänderungsgesetz beschlossen.¹³⁸⁵ § 137k UrhG lautet demnach derzeit: „§ 52a ist mit Ablauf des 31. Dezember 2012 nicht mehr anzuwenden.“

c) **Ausblick**

§ 52a UrhG bleibt in seiner Geltungsdauer begrenzt und damit insoweit ein Unicum im deutschen Urheberrecht. Ob sich Ende 2012 tatsächlich über die normative Kraft des Faktischen und nach dann neun Jahren der Gewöhnung eine Abschaffung des § 52a UrhG als unrealistisch erweisen wird,¹³⁸⁶ bleibt abzuwarten und wird von den weiteren Entwicklungen der Verhandlungen und der Nutzungspraxis, den Ergebnissen eines dritten Evaluationsberichts des BMJ und nicht zuletzt auch von den dann bestehenden politischen Mehrheitsverhältnissen abhängen. Insbesondere die Äußerungen der FDP-Fraktion im Rahmen der zweiten Fristverlängerung sind insoweit aufschlussreich. Denn ihrer Ansicht nach dürfe die derzeitige Regelung des § 52a UrhG nicht dauerhaft Bestand haben und sei auch ursprünglich lediglich als Übergangslösung gedacht gewesen, während die Interessen der Wissenschaftsverlage künftig stärker berücksichtigt werden müssten.¹³⁸⁷ Die Diskussionen um § 52a UrhG werden demnach nicht zuletzt wegen der aufgrund der Beschlussempfehlung anstehenden Überprüfung durch das BMJ auch in Zukunft anhalten.

¹³⁸² A.a.O., S. 6.

¹³⁸³ A.a.O., S. 5.

¹³⁸⁴ Gesetzentwurf der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 16/10569, S. 4f.

¹³⁸⁵ Vgl. *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn.1.

¹³⁸⁶ So die Einschätzung schon vor der nun erfolgten zweiten Verlängerung bei *Braun/Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 137k Rn. 1, der deshalb mit einer Entfristung gerechnet hatte.

¹³⁸⁷ Siehe das Protokoll der Beratung im Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/10894, S. 6.

II. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Erfasste Nutzungsgegenstände

§ 52a UrhG bezieht sich auf „veröffentlichte (kleine) Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften“. Dabei muss es sich um bereits veröffentlichte Werke handeln.¹³⁸⁸ Maßgeblich ist für die Frage der Veröffentlichung § 6 Abs. 1 UrhG, wonach ein Werk veröffentlicht ist, wenn es mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist.¹³⁸⁹ Ausreichend ist dafür insbesondere auch eine Internet-Veröffentlichung.¹³⁹⁰

a) Erfasste Werkarten

Zu den erfassten Werkarten gelten mit Ausnahme der speziellen Bereichsausnahmen in Abs. 2 die Ausführungen zu § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG entsprechend.¹³⁹¹ Erfasst werden alle Werkarten des § 2 Abs. 1 UrhG sowie über die Verweisungsnormen die bereits oben genannten Leistungsschutzrechte.

b) Bereichsausnahmen des Abs. 2

Abs. 2 UrhG enthält zwei erst spät im Gesetzgebungsverfahren auf Betreiben der interessierten Kreise eingefügte Bereichsausnahmen. Der verkürzend als „Schulbuchverlagsprivileg“ bezeichnete Satz 1 sieht einen besonderen Schutz der „für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmten“ Werke vor. Nach Satz 2 ist § 52a UrhG auf Filmwerke erst nach dem Ablauf von zwei Jahren nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern anwendbar.

aa) Schulbuchverlagsprivileg in Abs. 2 S. 1

Abs. 2 S. 1 schließt die für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmten Werke vom Anwendungsbereich des § 52a UrhG aus. Vergleichbare Bereichsausnahmen wurden im Zweiten Korb nach seinem Vorbild auch in §§ 46 Abs. 1 S. 2 und 53 Abs. 3 S. 2 UrhG eingefügt, wobei auf die gleichlaufenden Intentionen verwiesen wurde.¹³⁹² Der Gesetzgeber hatte dabei die Absicht, Eingriffe in den Primärmarkt der Schulbuchverla-

¹³⁸⁸ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 6.

¹³⁸⁹ Vgl. zu den Einzelheiten etwa *Schricker/Katzenberger*, § 6 Rn. 6 ff.

¹³⁹⁰ *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 8.

¹³⁹¹ Siehe oben Teil 3 A. II. 1.

¹³⁹² Siehe dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 25; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

ge zu vermeiden, und verwies darauf, diese hätten anders als sonstige Verlage keine anderweitigen Absatzmöglichkeiten als „diesen eng umgrenzten und stark fragmentierten Markt“. ¹³⁹³ Daraus wurde auf eine besondere Schutzwürdigkeit geschlossen, vergleichbar mit den Überlegungen zum Privileg für Musiknoten in § 53 Abs. 4 a) UrhG. ¹³⁹⁴

Angesichts dieser klaren Bezugnahmen auf die zu schützenden Schulbuchverlage in den Materialien sind im Einklang mit dem Wortlaut der Norm nicht schon solche Werke ausgenommen, die nur teilweise oder gelegentlich im Unterricht verwendet werden bzw. dort verwendet werden können, da dies für nahezu jedes Werk gilt und deshalb der Anwendungsbereich des § 52a UrhG über die Interessen der Schulbuchverlage hinaus zu stark reduziert würde. ¹³⁹⁵ Ob man eine ganz überwiegende Zweckbestimmung ausreichen lässt, ¹³⁹⁶ oder eine ausschließliche Zweckbestimmung fordert, ¹³⁹⁷ erscheint solange im Ergebnis vergleichsweise unerheblich, wie man nicht schon jede nie auszuschließende atypische Verwendung eines nach dem Maßstab eines objektiven Dritten klar für den Unterricht bestimmten Werkes ausreichen lässt, um an dessen Unterrichtsbestimmung zu zweifeln.

Typischerweise handelt es sich bei den besonders geschützten Werken im Ergebnis zwar um Schulbücher oder andere Schriftwerke. In Frage kommen jedoch Werke jeder Werkart, also etwa auch spezielle Audio-CDs oder wissenschaftliche und technische Darstellungen gerade für den Unterricht, oder auch Filmwerke, die speziell für den Unterricht bestimmt sind. ¹³⁹⁸ Im Ergebnis führt dies dazu, dass § 52a UrhG sowie nun auch §§ 46 und 53 Abs. 3 UrhG zum Schutz der Schulbuchverlage darauf beschränkt sind, den Unterrichtenden eine schrankengestützte Anreicherung ihres Unterrichts mit zusätzlichen Materialien zu ermöglichen, während für das spezifische Unterrichtsmaterial die Verwertungsrechte der Schulbuchverlage weitestgehend uneingeschränkt fortbestehen. ¹³⁹⁹

¹³⁹³ A.a.O., S. 45; siehe auch schon die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses im Ersten Korb, BT-Drs. 15/837, S. 34; vgl. auch statt vieler *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 70.

¹³⁹⁴ Siehe dazu schon oben Teil 3 A. II. 1. c.).

¹³⁹⁵ *Schöwerling*, S. 249.

¹³⁹⁶ So mit weiteren Erläuterungen *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 6.

¹³⁹⁷ So *Schöwerling*, S. 249; auch *Sattler*, S. 189.

¹³⁹⁸ Vgl. zu Beispielen etwa *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 6; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 17.

¹³⁹⁹ *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 7.

Die Bereichsausnahme bezieht sich nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte lediglich auf Werke, die für den Unterricht an Schulen, nicht aber an den sonstigen in § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG genannten Einrichtungen bestimmt sind, also etwa an Hochschulen oder Aus- und Weiterbildungseinrichtungen.¹⁴⁰⁰ Ob hier *de lege ferenda* wegen einer vergleichbaren Interessenlage gerade bei Lehrbüchern oder Ausbildungsliteratur wie teilweise gefordert eine entsprechende Ausdehnung sinnvoll oder gar geboten wäre,¹⁴⁰¹ soll wegen der Konzentration auf die Wissenschaft dahinstehen.

Anders als im Rahmen der Vervielfältigungsschranken des § 53 UrhG gilt das Schulbuchverlagsprivileg in § 52a UrhG gleichermaßen für die Unterrichts-, als auch für die Forschungsvariante.¹⁴⁰² Für die Forschungsvariante erlangt die Bereichsausnahme deutlich weniger praktische Relevanz. Ein seltenes Anwendungsbeispiel besteht etwa darin, dass Schulbücher zum Objekt der wissenschaftlichen Forschung werden können, also etwa im Rahmen einer fachdidaktischen Analyse.¹⁴⁰³ Berücksichtigt man den Zweck der Bereichsausnahme, den als besonders schutzbedürftig angesehenen Schulbuchverlagen ihr Geschäftsfeld zu erhalten, ist sie hier kaum mit drohenden gravierenden Einbrüchen auf dem Primärmarkt der Schulbuchverlage zu begründen. In derartigen Fällen handelt es sich um eine vom Primärmarkt zu trennende Nutzung im Rahmen wissenschaftlicher Tätigkeit zum Forschungsgegenstand Schulbücher. Ein besonderer Schutz erscheint hier ähnlich den Gedanken zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den nach § 53 Abs. 4 a) UrhG privilegierten Musiknoten nicht geboten.¹⁴⁰⁴ Aus systematischen Gründen erscheint eine Korrektur sinnvoll, die die Bereichsausnahme in § 52a Abs. 2 S. 1 UrhG auf die Unterrichtsvariante begrenzt, so wie sich auch die im Zweiten Korb neu in § 53 Abs. 3 S. 2 UrhG eingeführte Bereichsausnahme nur auf die Vervielfältigung nach Abs. 3, nicht aber auf die Wissenschaftskopie bezieht.¹⁴⁰⁵

¹⁴⁰⁰ Loewenheim, in: Loewenheim, Handbuch, § 31 Rn. 70; für die Situation *de lege lata* auch Harder, Digitale Universitätsbibliotheken, S. 249.

¹⁴⁰¹ So Poeppel, S. 197; Gounalakis, JZ 2003, 1099, 1100; Harder, Digitale Universitätsbibliotheken, S. 220; Schöwerling, S. 250.

¹⁴⁰² Dustmann, in: Fromm/Nordemann, § 52a Rn. 17; Loewenheim, in: Schrickler, § 52a Rn. 16.

¹⁴⁰³ Siehe schon das ähnliche Beispiel bei Harder, UFITA 2004/III, 643, 649.

¹⁴⁰⁴ Siehe dazu schon oben Teil 3 A. II. 1. c.).

¹⁴⁰⁵ Harder, ebd., befürwortet eine einschränkende teleologische Auslegung, der jedoch der klare Wortlaut der Norm eher entgegensteht.

bb) Keine Bereichsausnahme für Wissenschaftswerke

§ 52a UrhG enthält wie § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG keine entsprechende Bereichsausnahme für wissenschaftliche Werke, sondern gestattet unterschiedslos auch deren Zugänglichmachung. Teilweise wird jedoch deren Einführung gefordert, insbesondere von Seiten der Verleger.¹⁴⁰⁶ Die Interessenlage sei vergleichbar. Auch bei wissenschaftlichen Werken sei die Existenz eines Marktes jenseits der wissenschaftlichen Nutzer zumindest fraglich, der Adressatenkreis der Schranke somit weitgehend identisch mit den an solchen Werken überhaupt Interessierten, so dass auch für Wissenschaftswerke entsprechende Absatzeinbrüche drohten, da Wissenschaftler und Forschungseinrichtungen letztlich die Hauptabsatzmärkte darstellten.¹⁴⁰⁷ Selbst wenn dabei zwischen verschiedenen wissenschaftlichen Werken große Unterschiede bestehen, etwa mit Blick auf wissenschaftliche Standardwerke, die auch außerhalb kleiner Wissenschaftskreise und in der jeweiligen Anwendungspraxis der Wirtschaft benötigt werden, so dass insoweit weitere Absatzmärkte existieren,¹⁴⁰⁸ sind diese Erwägungen nicht von der Hand zu weisen. Gerade in stark segmentierten Wissenschaftssparten tritt daneben das Problem überschaubarer Wissenschafts-Communities mit entsprechend geringen Auflagen für die jeweils benötigte Fachliteratur.

Gleichzeitig handelt es sich bei der geforderten „Bereichsausnahme“ um einen Euphemismus. Denn so richtig es ist, dass Wissenschaftsliteratur primär von Wissenschaftlern gelesen wird, so richtig ist es gleichzeitig, dass Wissenschaftler primär Wissenschaftsliteratur lesen. Wissenschaftliche Forschung bestimmt sich in erster Linie über wissenschaftliche Publikationen.¹⁴⁰⁹ Abgesehen von Literatur-, Musik- und Kunstwissenschaften oder ähnlichen Disziplinen, bei denen bereits die originären Objekte der Forschung urheberrechtlich geschützt sind, befassen sich Wissenschaftler im Rahmen ihrer Binnenkommunikation ganz überwiegend mit wissenschaftlichen Werken. Auch im Unterrichtsbereich mögen zwar die dennoch auf Druck der Verlage ausgenommen speziellen Unterrichtsmaterialien eine herausgehobene Rolle spielen. Mit der verbleibenden Möglichkeit, den Unterrichtsgegenstand durch die Verwendung von zu-

¹⁴⁰⁶ Vgl. etwa *Hogrefe*, SZ vom 7.7.2008, S. 14; *v.Bernuth*, ZUM 2003, 438, 444.

¹⁴⁰⁷ Siehe *Lauber/Schwipps*, GRUR 2004, 293, 297; *Ensthaler*, K&R 2003, 209; *v.Bernuth*, ZUM 2003, 438, 444; *Schippan*, ZUM 2003, 378, 382; *Gounalakis*, JZ 2003, 1099, 1100.

¹⁴⁰⁸ Darauf verweist auch *v.Bernuth*, ZUM 2003, 438, 444.

¹⁴⁰⁹ So auch *Harder*, Digitale Universitätsbibliotheken, S. 220, 253, der deshalb gegen eine Bereichsausnahme ist.

sätzlichen Materialien zu veranschaulichen, verbleibt § 52a UrhG hier jedoch noch eine nicht zu unterschätzende Rolle. Im Wissenschaftsbereich käme eine „Bereichsausnahme“ gerade für wissenschaftliche Werke der Abschaffung der Schranke gleich, da kein ernst zu nehmender Anwendungsbereich mehr verbliebe.

In der vorgenommenen Interessenabwägung hat der Gesetzgeber bislang die berechtigten Interessen der Wissenschaft an einer auch auf Schranken gestützten ungehinder-ten und Informationsbeschaffung berücksichtigt. Dies gilt insoweit auch für den Ersten und Zweiten Korb, als er eine faktische Abschaffung der Wissenschaftsschranken durch entsprechende „Bereichsausnahmen“ unterlassen und lediglich für Unterrichtszwecke massive, aber dennoch nicht totale Einschränkungen vorgenommen hat. Die berechtigten Interessen der Wissenschaftsverlage sind in Abwägung mit den Interessen an einer möglichst freien wissenschaftlichen Nutzung durch die sonstige Ausgestaltung der Wissenschaftsschranken zu wahren, was angesichts der teilweise engen Voraussetzungen im Wesentlichen auch erfolgt ist. Eine euphemistische „Bereichsausnahme“ für wissenschaftliche Werke gerade bei Wissenschaftsschranken scheidet jedoch als nur vermeintlicher Lösungsweg aus.

cc) **Karenzzeit für Filmwerke in Abs. 2 S. 2**

Gemäß Abs. 2 S. 2 ist die öffentliche Zugänglichmachung eines Filmwerks vor Ablauf von zwei Jahren nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern im Geltungsbereich des Urheberrechtsgesetzes nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig. Die Bedeutung dieser Norm ist in der Literatur umstritten, und in Bezug auf Einzelfragen lässt sich der Zustand als offene Rechtsunsicherheit bezeichnen. Die Vorschrift dient insofern als Beispiel für die Auswirkungen, die die vehemente Vertretung von vergleichsweise partikularen Interessen während des Gesetzgebungsverfahrens auf dessen Resultat zu haben vermag.¹⁴¹⁰

Der Rechtsausschuss sah bei Filmwerken die Ausnahme wegen der „für den Film typischen Staffelung der Auswertung („Verwertungskaskade“) mit einer Befristung auf die Zeit vor Ablauf von zwei Jahren nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in deutschen Filmtheatern [als] notwendig, aber auch ausreichend“ an.¹⁴¹¹ Angesichts

¹⁴¹⁰ Kritisch zum Drängen der Lobbyverbände gerade im Zusammenhang mit der Bereichsausnahme auch *Kreutzer*, in: *Hofmann* (Hrsg.), *Wissen und Eigentum*, S.119 f.

¹⁴¹¹ Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs.15/837, S. 34.

der daraus ersichtlichen gedanklichen Fokussierung auf Kinofilme blieb die Frage unbeantwortet, was für das in Unterricht und Forschung bedeutendere Segment an Filmwerken gelten soll, die überhaupt nicht zur Vorführung in Filmtheatern bestimmt sind. Dazu zählt nicht zuletzt die praxisrelevante Kategorie derjenigen Dokumentarfilme, die von vornherein nur für eine TV-Ausstrahlung oder eine DVD-Verwertung produziert werden, beispielsweise Naturfilme, Kulturbeiträge oder andere Dokumentationen. Hier fehlt die Möglichkeit, für den Fristbeginn an die Auswertung in deutschen Filmtheatern anzuknüpfen.

Die Frage ist in der Literatur umstritten.¹⁴¹² Fehle es an einer Kinoauswertung, so eine Auffassung, dann sei die Anwendung von § 52a UrhG mangels Fristbeginns dauerhaft ausgeschlossen.¹⁴¹³ Da der Gesetzgeber die Besonderheiten des Dokumentarfilmmarktes gekannt habe, könne es sich dabei um eine bewusste Entscheidung zugunsten des Dokumentarfilms handeln.¹⁴¹⁴ Eine andere Auffassung will die als Regelungslücke verstandene Konstellation dadurch auflösen, dass mangels Kinoauswertung bei sonstigen Filmwerken die 2-Jahres-Frist entsprechend angewandt werden soll, indem auf den Auswertungsbeginn im Fernsehen oder Videovertrieb abgestellt wird.¹⁴¹⁵ Angesichts des Wortlauts werden jedoch Zweifel an der Analogiefähigkeit der Norm geltend gemacht.¹⁴¹⁶ Eine dritte Auffassung versteht demgegenüber bereits den Umfang der Bereichsausnahme enger. Die Schutzfrist beziehe sich erst gar nicht auf Filmwerke im Allgemeinen, sondern nur auf diejenigen Filmwerke, bei denen das Kriterium für den Anlauf der Frist relevant werden könne, denn nur bei Kinofilmen sei eine Auswertung in Filmtheatern üblich.¹⁴¹⁷

Diese dritte Auffassung orientiert sich daran, dass angesichts der Gesetzesbegründung zumindest der Rechtsausschuss mit der „üblichen Auswertung in Filmtheatern“ und der „für den Film typischen Staffelung der Auswertung“ („Verwertungskaskade“)

¹⁴¹² Vgl. *Bagh*, S. 173f., der übersichtlich den an dieser Stelle nur umrissenen Meinungsstand darstellt.

¹⁴¹³ Explizit *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 19.

¹⁴¹⁴ So als Überlegung in die gleiche Richtung, aber weniger absolut in der Aussage *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 279; *ders.*, *Internetrecht*, S. 152.

¹⁴¹⁵ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 18; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 17; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 42.

¹⁴¹⁶ Vgl. *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 279; *Sieber*, *MMR* 2004, 715, 717.

¹⁴¹⁷ So im Ergebnis *Suttorp*, S. 169 ff; *Flehsig*, in: *Loewenheim*, *Handbuch*, § Rn. 56; *Bagh*, S. 175; *Schöwerling*, S. 252.

klar auf den Spielfilmbereich ausgerichtet war. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, weder mit der ersten Auffassung alle sonstigen Filmwerke im Ergebnis noch weitergehend zu privilegieren, indem § 52a UrhG bei ihnen dauerhaft ausgeschlossen bliebe, noch mit der zweiten Auffassung einen nivellierenden Analogieschluss vorzunehmen, bei dem zudem die genauen Kriterien für den Fristbeginn je nach Verwertungsform erst noch gefunden werden müssten.¹⁴¹⁸ Deshalb erscheint *de lege lata* die dritte Auffassung am sachgerechtesten. Für andere Filmwerke als Kinofilme ist nicht von einer Karenzfrist auszugehen. Damit wird die Auswirkung der Bereichsausnahme auf einen vergleichsweise engen Anwendungsbereich reduziert. Das ist auch deshalb sinnvoll, weil angesichts der sonstigen, gerade quantitativen Beschränkungen des § 52a UrhG eine Gefährdung der Interessen der Rechteinhaber insgesamt fraglich¹⁴¹⁹ bzw. jedenfalls nicht wesentlich schwerwiegender¹⁴²⁰ erscheint als in Bezug auf andere Werkarten ohne Karenzzeitregelung.

Dennoch wäre angesichts der derzeitigen Rechtsunsicherheit eine gesetzgeberische Klarstellung wünschenswert. Einen Vorstoß des Bundesrates, der im Sinne der zweiten Auffassung allgemein an den Beginn der kommerziellen Verwertung anknüpfen wollte,¹⁴²¹ hat die Bundesregierung im Zweiten Korb unter Verweis auf die gerade abgeschlossenen Gesamtverträge zurückgewiesen.¹⁴²² Auch insoweit müssen deshalb die Ergebnisse weiterer Evaluierung und ein möglicher Dritter Korb abgewartet werden.

dd) Keine Bereichsausnahme für Noten

§ 52a UrhG enthält anders als § 53 UrhG keine Bereichsausnahme für Noten, die nach dessen Abs. 4 a) mit Ausnahme vergriffener Werke nur im Wege des Abschreibens vervielfältigt werden dürfen. Die Berechtigung dieser Bereichsausnahme auch für die Wissenschaft wurde bereits oben in Frage gestellt, da die Sonderregelung auf dem primären Absatzmarkt für Musiknoten, dem der musizierenden Nachfrager, aus Wertungsgesichtspunkten weitaus überzeugender erscheint als in Bezug auf die mu-

¹⁴¹⁸ Siehe dazu ausführlich *Bagh*, S. 175; zum Problem des Fristbeginns bei einer Analogie auch *Sieber*, MMR 2004, 715, 717.

¹⁴¹⁹ So auch *Kreutzer*, in: *Hofmann* (Hrsg.), *Wissen und Eigentum*, S. 119.

¹⁴²⁰ *Poeppe*, S. 199.

¹⁴²¹ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, Anlage 2, S. 40; für eine ähnliche, jedenfalls aber explizite Regelung auch *Sieber*, in: *Sieber/Hoeren*, *Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft*, S. 65.

¹⁴²² Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, Anlage 3, S. 47.

sikwissenschaftliche Auseinandersetzung mit derartigen Werken.¹⁴²³ Vor diesem Hintergrund ist das Fehlen einer entsprechenden Sonderregelung insbesondere für den Wissenschaftsbereich zu begrüßen, zumal auch die einschlägige Schrankenvorgabe des Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL diesen Spielraum lässt.

Eine für die Praxis relevante Sonderregelung für Noten trifft dennoch der Gesamtvertrag Hochschulen, der bei Musikeditionen Werke geringen Umfangs auf einen maximalen Umfang von sechs Seiten begrenzt, während er ansonsten 25 Seiten umfassen soll.¹⁴²⁴ Während dies im Ergebnis zu einem weiterreichenden Schutz führt, lässt sich dies nicht notwendig auf ein generell höheres Schutzbedürfnis stützen, sondern es berücksichtigt vor allem, dass Musikeditionen häufig ihrerseits von geringerem Umfang sind als die große Bandbreite der Druckwerke, so dass auch die Grenzen für ein Werk geringen Umfangs im Vergleich enger gesetzt werden können.

c) **Quantitative Beschränkungen**

§ 52a UrhG beschränkt das zulässige Ausmaß der öffentlichen Zugänglichmachung auf (kleine) Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften. Diese quantitativen Beschränkungen erfolgten erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens, während der Regierungsentwurf zunächst noch Werke als Ganzes erfasste.¹⁴²⁵ Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass die Beschränkung auf den Parallelen und der deshalb gebotenen Abstimmung mit § 53 Abs. 3 UrhG beruhte.¹⁴²⁶ Gleichzeitig wurde damit die insbesondere von den Schulbuch- und Wissenschaftsverlagen massiv kritisierte Vorschrift aus ihrer Sicht erheblich entschärft.¹⁴²⁷

Aufgrund der auch vom Gesetzgeber betonten Parallelen zu § 53 Abs. 3 UrhG wird zur Auslegung der Begriffe zum großen Teil auf die bereits dort von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zurückgegriffen.¹⁴²⁸ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass § 52a UrhG sowohl eine Unterrichts- als auch eine Forschungsvariante enthält. In der Unterrichtsvariante, und streng genommen auch nur in dieser, bestehen

¹⁴²³ Siehe dazu oben Teil 3 A. II. 1. c).

¹⁴²⁴ Siehe dort § 2 Abs. 1 c).

¹⁴²⁵ Begründung des Regierungsentwurfs vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 7.

¹⁴²⁶ Siehe die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 25, 34; zuvor bereits der Bundesrat in seiner Stellungnahme, ebd. als Anlage 2, S. 35f.

¹⁴²⁷ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 2.

¹⁴²⁸ Siehe *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 7; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 5.

Parallelen mit § 53 Abs. 3 UrhG. Betrachtet man jedoch den allein über die Gebotenheit beschränkten größeren quantitativen Freiraum der Wissenschaftskopie nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG als zweiter Parallelvorschrift,¹⁴²⁹ so werden bei einem wertenden Vergleich wissenschaftliche Zwecke in § 52a UrhG nur noch deutlich weniger weitgehend privilegiert. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass bei § 52a für Forschungszwecke die Beschränkung auf lediglich „kleine“ Werkteile entfällt. Mit Ausnahme dieser geringfügigen Differenzierung wird bei § 52a UrhG der zulässige Umfang vereinheitlichend auf die engeren Vorgaben zurückgestuft, die bei § 53 UrhG für die Vervielfältigung zum Unterrichtsgebrauch bzw. für die Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch des Abs. 2 Nr. 4 a) UrhG gelten.¹⁴³⁰ Die dortige besondere Privilegierung zugunsten wissenschaftlicher Zwecke wird damit durch quantitativen Vorgaben in erheblichem Maße relativiert.

aa) (Kleine) Teile eines Werkes

(1) Kleine Teile eines Werkes für den Unterricht

Für die Unterrichtsalternative der Nr. 1, die im Rahmen dieser Arbeit nur in Bezug auf den Unterricht an Hochschulen von Interesse ist, sind zunächst „kleine Teile eines Werkes“ erfasst, ein Kriterium, das sich so auch schon in § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG und in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG befindet.¹⁴³¹ Auf die dortige Auslegung des Begriffs wird im Schrifttum wegen der funktionalen Parallelität der Vorschriften verwiesen.¹⁴³² Wie dort variieren auch bei § 52a UrhG die Auffassungen. Ausgedrückt in Prozentzahlen des Gesamtwerks ergibt sich erneut ein Korridor, der von 10 %¹⁴³³ bis 20 %¹⁴³⁴ reicht. Teilweise wird unter Verweis auf die ansonsten bei umfangreichen Werken ent-

¹⁴²⁹ Siehe dazu schon oben Teil 3 A. II. 6. b).

¹⁴³⁰ Bei letzterer werden allerdings Werke geringen Umfangs nicht mit einbezogen.

¹⁴³¹ Siehe dazu die Stellungnahme des Bundesrats zur Begründung des Regierungsentwurfs vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 29, sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung, ebd., S. 37 f.

¹⁴³² *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 7; siehe zu den kleinen Teilen bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG bereits oben, Teil 3 A. III. 2. a) aa).

¹⁴³³ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 7: 20% zu hoch, während weniger als 10% jedenfalls einen kleinen Teil darstellen, so auch OLG Karlsruhe GRUR 1987, 818 – *Referendarausbildung*, im Rahmen des § 53; *v. Bernuth*, ZUM 2003, 438, 440; *Harder*, UFITA 2004/III, 643, 645.

¹⁴³⁴ *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 9; *Beger*, in: *Hammwöhner/Rittberger/Semar* (Hrsg.), Festschrift Kuhlen, S. 132; *Haupt*, ZUM 2004, 104, 110; *Bagh*, S. 142; *Schöwerling*, S. 218. *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 5; für die Begrenzung von Textwerken unter Verweis auf *Melichar*, in: *Schricker*, § 46 Rn. 15, dort aber sogar für nicht zwingend „kleine“ Werkteile.

stehenden Folgen statt einer prozentualen Begrenzung für die Einhaltung absoluter Obergrenzen je nach Werkgattung plädiert, die für Sprachwerke bei zehn DIN-A-5-Seiten, bei Theateraufführungen bei einzelnen Szenen statt eines ganzen Aktes und bei Musikwerken bei der Wiedergabe einzelner, mehrere Takte umfassender Themen statt eines ganzen Sonatensatzes liegen sollen.¹⁴³⁵

Die überwiegende Auffassung im Schrifttum verweist jedoch zu Recht auch in Bezug auf die selbst aufgestellten Prozentangaben kritisch darauf, dass statt von statischen Grenzwerten lediglich von Richtwerten ausgegangen werden kann, die für einzelfallbezogene und normative Erwägungen offen bleiben müssen.¹⁴³⁶ Wie bereits bei der Vervielfältigung zum sonstigen Gebrauch führt dies zu entsprechend schwierigen Abgrenzungsfragen. Soll etwa im Rahmen der vorzunehmenden Wertung zentral darauf abgestellt werden, ob der jeweilige Werkteil das Werk insgesamt ersetzen kann, stellt sich erneut die Frage nach der einzunehmenden Perspektive. Denn für den jeweiligen Unterrichtsteilnehmer oder Wissenschaftler dürfte eine schrankengestützte Zugänglichmachung im Einzelfall gerade deshalb sinnvoll sein, weil sie mit Blick auf den konkreten Nutzungszweck den Erwerb des gesamten Werkes entbehrlich macht. Insofern droht ein Zirkelschluss, solange man nicht die Ersetzungsfähigkeit aus näher zu bestimmenden objektiven Kriterien beurteilt, die die schon über kleine Teile des Werkes zu befriedigenden Bedürfnisse des Schrankennutzers ausblenden.

Mit derartigen Abgrenzungsfragen ist der einzelne Anwender in der Praxis regelmäßig überfordert. Deshalb überrascht es nicht, dass der Gesamtvertrag „Hochschulen“ vom 25./28.9. 2007 in den Begriffsbestimmungen kleine Teile eines Werkes mit „maximal 15% eines Werkes, bei Filmen jedoch nicht mehr als 5 Minuten Länge“ definiert.¹⁴³⁷ In der Abwägung zwischen eigentlich vorzugswürdigen Einzelfallwürdigungen und der mit klaren Angaben verbundenen Rechtssicherheit für den Nutzer wurde hier die Entscheidung zugunsten der Praktikabilität getroffen. Angesichts des derartigen Verträgen immanenten Kompromisscharakters und des in der Literatur vertretenen Spektrums erscheint auch die auf 15 % festgelegte Obergrenze für kleine Teile im Sinne einer „gol-

¹⁴³⁵ Lüft, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 5; für die Begrenzung von Textwerken unter Verweis auf *Melichar*, in: *Schricker*, § 46 Rn. 15, dort aber sogar für nicht zwingend „kleine“ Werkteile.

¹⁴³⁶ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 7; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 9; *Bagb*, S. 142; *Haupt*, ZUM 2004, 104, 110; *Harder*, UFITA 2004/III, 643, 645.

¹⁴³⁷ § 2 Abs. 1 a) des Gesamtvertrages „Hochschulen“.

denen Formel“ sachgerecht.¹⁴³⁸ Gleichzeitig bleibt jedoch eine Klarstellung zu erwägen, dass die vereinbarte Grenze „im Regelfall“ anzuwenden ist, jedoch im begründeten Einzelfall auch Abweichungen möglich sind, selbst wenn eine solche Öffnungsklausel die zumindest im Anwendungsbereich des Gesamtvertrages gewonnene Rechtssicherheit wieder verringert.

Unabhängig von der genauen Grenzziehung bleibt zu beachten, dass zwar keine Begrenzung auf einzelne Werkteile wie bei Zeitungsbeiträgen stattfindet und deshalb auch beliebig viele Werkteile desselben Urhebers verwertet werden dürfen.¹⁴³⁹ Gleichzeitig darf die zulässige Obergrenze jedoch nicht durch eine sukzessive Zugänglichmachung mehrerer Teile insgesamt überschritten werden, beispielsweise indem in einer Unterrichtsgruppe die Zugänglichmachung auf verschiedene Mitglieder der Gruppe „verteilt“ und insgesamt allen Mitgliedern der Zugriff auf einen größeren Werkanteil ermöglicht wird.¹⁴⁴⁰

(2) Teile eines Werkes für die wissenschaftliche Forschung

In der Alternative zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung in Nr. 2 fehlt die Begrenzung auf „kleine“ Werkteile. Die Differenzierung wurde vom Gesetzgeber bewusst vorgenommen,¹⁴⁴¹ nachdem zwischenzeitlich auf Intervention des Bundesrates eine bei beiden Alternativen gleich weitgehende Beschränkung auf kleine Teile beabsichtigt war.¹⁴⁴² Damit ist nach allgemeiner Auffassung im Bereich der Wissenschaft ein großzügigerer Maßstab anzulegen als für den Unterricht.¹⁴⁴³ Weniger klar ist jedoch, wie groß der vom Gesetzgeber vorgesehene Abstand zwischen einem kleinen Werkteil und einem „sonstigen“ Werkteil sein soll.

Nicht übertragbar erscheint vor diesem Hintergrund das vergleichsweise restriktive Verständnis, das für den auch im Rahmen des § 46 UrhG verwendeten Begriff im

¹⁴³⁸ Für eine Grenze von 15% entsprechend auch *Beger*, S. 57. Ein Vorschlag der Schiedsstelle beim DPMA befürwortet demgegenüber eine etwas niedrigere Grenze von 12% einschließlich einer absoluten Obergrenze von 100 Seiten, siehe das Gesamtvertragsverfahren zwischen den Ländern und der VG Wort, Az. Sch-Urh 22/08 vom 9. 12. 2008, S. 16.

¹⁴³⁹ So zutreffend *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 9.

¹⁴⁴⁰ So zu Recht *Bagh*, S. 142; siehe auch *Schöwerling*, S. 218.

¹⁴⁴¹ Siehe die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34.

¹⁴⁴² Siehe die Gegenauffassung der Bundesregierung, abgedruckt als Anlage 3, BT-Drs. 15/38, S. 40.

¹⁴⁴³ Allgemeine Auffassung, vgl. *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 12; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 13.

Zusammenhang mit Sammlungen für Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch zum Ausdruck gebracht wird, wenn dort auf eine Obergrenze von 10 DIN-A-5-Seiten abgestellt wird.¹⁴⁴⁴ *Suttorp* weist anschaulich nach, dass dies selbst dann schnell zu Wertungswidersprüchen im Vergleich mit den zulässigen kleinen Teilen für den Unterrichtsgebrauch führen würde, wenn man die dafür nach allgemein akzeptierter Auffassung jedenfalls zulässigen 10 % des Gesamtwerkes zugrunde legt. Wenn bei einem recht typischen Werk von 200 Seiten ein „kleiner“ Teil bereits 20 Seiten umfasst, kann der notwendig größere „sonstige“ Teil in der Wissenschaftsschranke kaum absolut bei 10 DIN-A-5-Seiten limitiert sein.¹⁴⁴⁵ Gleiches gilt angesichts häufig umfangreicherer Gesamtwerke auch für die vereinzelt vertretene absolute Grenze von 20 DIN-A-5-Seiten.¹⁴⁴⁶

Statt der Orientierung an § 46 UrhG drängt sich in wertender Hinsicht der Vergleich mit der für wissenschaftliche Zwecke großzügigeren Regelung in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG auf, bei dem die Vervielfältigung in quantitativer Hinsicht nur durch das Merkmal der Gebotenheit sowie durch das Verbot der Vervielfältigung im wesentlichen vollständiger Bücher und Zeitschriften nach Abs. 4 b) begrenzt wird. Die vom Gesetzgeber selbst betonte funktionelle Vergleichbarkeit sollte insoweit berücksichtigt werden, als die Binnendifferenzierung der weitergehenden Privilegierung wissenschaftlicher Zwecke in § 53 UrhG auch im Rahmen des § 52a UrhG erhalten bleibt, soweit dies nach dem Wortlaut noch möglich ist. Die Anforderungen wissenschaftlicher Forschungsarbeit unterscheiden sich von denen, die der Lehrende im Unterricht zu beachten hat, wenn er ein meist sehr konkretes Lernziel verfolgt und zu diesem Zweck die Auswahl der speziell dafür benötigten Materialien auch in Bezug auf ihren Umfang deutlich selektiver gestalten kann.¹⁴⁴⁷ Die Begriffsauslegung des Teiles eines Werkes ist ein möglicher verbleibender Ansatzpunkt, den vom Gesetzgeber bewusst gewählten großzügigeren Maßstab auch praktisch zur Geltung zu bringen.

Teilweise wird in der Literatur von Richtwerten von 50 %, ¹⁴⁴⁸ 40 %¹⁴⁴⁹ oder „deutlich unterhalb von 50%“¹⁴⁵⁰ ausgegangen. Da schließlich nicht von „großen“ Teilen die

¹⁴⁴⁴ So Melichar, in: Schrickler, § 46 Rn. 15.

¹⁴⁴⁵ *Suttorp*, S. 98f.

¹⁴⁴⁶ *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 12; dagegen auch ausdrücklich *Schöwerling*, S. 228.

¹⁴⁴⁷ Ähnlich *Bagh*, S. 155; *Suttorp*, S. 98.

¹⁴⁴⁸ *Bagh*, S. 155; *Thum*, K&R 2005, 490, 496; *Gounalakis*, Gutachten, S. 34.

¹⁴⁴⁹ *Suttorp*, S. 100.

¹⁴⁵⁰ *Schöwerling*, S. 228; der Vorschlag der Schiedsstelle beim DPMA befürwortet eine Grenze von nur 25% einschließlich einer absoluten Obergrenze von 100 Seiten, siehe Gesamtvertragsverfahren zwischen den Ländern und der VG Wort, Az. Sch-Urh 22/08 vom 9. 12. 2008, S. 16.

Rede sei, könne eine überwiegende Nutzung von mehr als der Hälfte des Werkes (bzw. eines hälftigen Anteils) nicht mehr umfasst sein.¹⁴⁵¹ Gewichtige Gegenstimmen halten jedoch zu Recht jedenfalls eine Grenzziehung deutlich unter 50 % für zu niedrig,¹⁴⁵² und auch eine 50 % -Grenze findet keine Stütze im Wortlaut des Gesetzes.¹⁴⁵³ Denn vom bloßen Wortsinn lässt sich keineswegs auf die Größe eines „Teiles“ schließen. Ohne die zusätzliche Qualifizierung durch „kleine“ Werkteile lässt sich vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Norm die Beschränkung in erster Linie als nachträglich eingefügtes Verbot der Nutzung vollständiger Werke verstehen. Abgesehen vom Sonderfall der Werke von geringem Umfang dürfen lediglich Werkteile genutzt werden. Funktional vergleichbar ist dies mit der Schranken-Schranke des § 53 Abs. 4 b) UrhG, der auch für wissenschaftliche Zwecke die im Wesentlichen vollständige Vervielfältigung von Büchern und Zeitschriften ausschließt. Soweit man wie der Gesetzgeber den Gleichlauf zwischen § 53 UrhG und § 52a UrhG herstellen will, dabei aber gleichzeitig die gewünschte Binnendifferenzierung der Normen zwischen Unterrichts- und Wissenschaftszwecken aufrechterhält, hat dies ein entsprechend weites Verständnis des Begriffs eines „Teiles eines Werkes“ zum Ergebnis.

Ähnliche Überlegungen stellt *Beger* unter Bezugnahme auf die gängigen Schwellenwerte in der Literatur an, wenn sie ebenfalls zunächst vom Begriff des im Wesentlichen vollständigen Werks (ca. 90% des Gesamtwerks) ausgeht. Nehme man für einen „kleinen Teil“ bis zu 20% an, dann stehe zunächst fest, dass ein „Teil“ größer als 20 % , aber kleiner als das im wesentlichen vollständige Werk sein müsse. Ziehe man von letzterem einen kleinen Teil ab, dann sei der Rest offensichtlich ebenfalls nur noch Teil des Werks; deshalb seien bis zu 70% eines Werkes von der Regelung des § 52a Abs. 1 Nr. 2 UrhG erfasst.¹⁴⁵⁴ Kritisch einwenden lässt sich gegen derartige „Zahlenspiele“, dass ihren Ergebnissen eine gewisse Willkür inhärent ist. Denn zieht man von der ihrerseits schon normativ geprägten Ausgangsbasis von 90 % einen winzig kleinen Teil von nur 1% ab, so lässt sich ebenso gut „errechnen“, dass selbst 89% einen noch erfassten Werkteil bilden.

Im Ergebnis liegt *Beger* jedoch auf einer Linie mit gewichtigen Literaturstimmen, die für die Wissenschaftsalternative ebenfalls von recht weitgehenden Nutzungsmög-

¹⁴⁵¹ *Suttorp*, S. 100; *Bagh*, S. 155.

¹⁴⁵² Loewenheim, in: *Schricker*, § 52a Rn. 13; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 8.

¹⁴⁵³ So zutreffend *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn.28.

¹⁴⁵⁴ *Beger*, in: *Hammwöhner/Rittberger/Semar* (Hrsg.), Festschrift Kuhlen, S. 133.

lichkeiten ausgehen. Ein Werkteil liege zwar ähnlich wie bei den Abgrenzungen einer im Wesentlichen vollständigen Vervielfältigung bei § 53 Abs. 4 b) UrhG¹⁴⁵⁵ dann nicht mehr vor, wenn das gesamte Werk mit Ausnahme der ihm nur dienenden Teile wie Inhaltsverzeichnis und Gliederung übernommen werde; dies könne jedoch leicht durch die Aussparung von ein oder zwei Kapiteln oder bei Sammelwerken von einigen Bänden berücksichtigt werden, so dass im Ergebnis eine sehr umfassende Verwertung möglich werde.¹⁴⁵⁶ Auch *Dreier* und *Loewenheim* sind gegen eine hälftige Begrenzung und für die Einbeziehung auch mehrerer Buchkapitel¹⁴⁵⁷ oder „größerer“ Werkteile,¹⁴⁵⁸ solange nicht das Werk als Ganzes ersetzt wird. Dass letzteres nicht aus der Perspektive des jeweiligen Nutzungszwecks, sondern nur nach schwer bestimmbareren objektiveren Kriterien beurteilt werden kann, wurde bereits erörtert.

Ohne dass dieses Argument von den zitierten Auffassungen ausdrücklich angeführt wird, ist ihnen im Ergebnis vor allem deshalb zuzustimmen, weil allein so die bereits mehrfach genannte Binnendifferenzierung des § 53 UrhG auf § 52a UrhG übertragen wird. Die vom Gesetzgeber ausdrücklich beabsichtigte quantitative Besserstellung des Wissenschaftsbereichs sollte nicht über ein allzu restriktives Verständnis des Werkteilbegriffs im Vergleich zum lediglich kleinen Teil marginalisiert werden. Vor diesem Hintergrund ist auch die Begriffsdefinition in § 2 Abs. 1 b) des Gesamtvertrags „Hochschulen“ kritisch zu sehen, wonach Teile eines Werkes lediglich 33 % eines Druckwerkes umfassen sollen. Zwar mag dieses Ergebnis dem Kompromisscharakter eines Gesamtvertrages geschuldet sein. Anders als beim kleinen Teil, dessen Umfang mit 15 % angemessen den Diskussionsstand in der Literatur widerspiegelt, erscheint die Grenze von einem Drittel jedoch zu niedrig bemessen, um die gesetzlich beabsichtigte Privilegierung der Wissenschaft hinreichend zu gewährleisten. Gleiches gilt für die dem werkartenneutral gestalteten Gesetz nicht zu entnehmende Beschränkung auf Druckwerke. Hier erscheinen Nachbesserungen erforderlich. Selbst die im Schrifttum ebenfalls kritisierte Grenze von 50 % wäre insoweit als Verbesserung anzusehen.

bb) Werke geringen Umfangs

Bei der Einbeziehung von Werken geringen Umfangs, die vollständig zugänglich gemacht werden dürfen, hat sich der Gesetzgeber ebenfalls an § 53 Abs. 3 UrhG

¹⁴⁵⁵ Siehe dazu oben Teil 3 A. II. 1. d).

¹⁴⁵⁶ *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 28; zustimmend *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 12.

¹⁴⁵⁷ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 8.

¹⁴⁵⁸ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 13.

orientiert,¹⁴⁵⁹ während sich dessen in dieser Form erst im Ersten Korb geschaffener Wortlaut seinerseits wiederum an § 46 UrhG anlehnt.¹⁴⁶⁰ Damit wurden erneut Parallelen gezogen, die im Ergebnis lediglich für den Unterrichtsgebrauch existieren, während die Wissenschaftskopie keine derartige Beschränkung kennt. Dies ist zu berücksichtigen, soweit mit Blick auf die Auslegung eine identische Interpretation des Begriffs befürwortet wird.¹⁴⁶¹

(1) Keine Übernahme des Begriffsverständnisses des § 46 UrhG

Nach der zu § 46 UrhG ergangenen Rechtsprechung kommen als Werke geringen Umfangs insbesondere Gedichte, Aufsätze, Lieder, kleine Novellen oder kurze Erzählungen in Betracht.¹⁴⁶² In abstrakterer, aber letztlich auch weniger greifbarer Weise versucht der überwiegende Teil der Literatur Werke geringen Umfangs zu definieren, indem auf das erforderliche komparative Element abgestellt wird, das sich allein aus der Gegenüberstellung mit anderen Werken ergeben könne, die einen größeren Umfang aufweisen: Werke geringen Umfangs sind danach Werke, die auf einer nach Größenverhältnissen gegliederten Skala aller denkbaren Werke eher im unteren Bereich rangieren,¹⁴⁶³ wobei Vergleichsobjekt teilweise ausdrücklich Werke der jeweils gleichen Werkart sein sollen.¹⁴⁶⁴ Während auf diese Weise Raum für wertende Beurteilungen verbleibt, erscheint die Übertragung der bei § 46 UrhG teilweise gezogenen starren und recht engen Grenzen nach Seitenzahlen (maximal zehn¹⁴⁶⁵ bzw. nur drei oder ausnahmsweise sechs¹⁴⁶⁶ DIN-A-5-Seiten) kaum praktikabel.¹⁴⁶⁷

Dagegen spricht auch die Äußerung des Gesetzgebers, als Werke geringen Umfangs seien bei § 52a UrhG, ausdrücklich bezogen auf die wissenschaftliche Forschung, auch

¹⁴⁵⁹ Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs.15/837, S. 34.

¹⁴⁶⁰ So ausdrücklich die Begründung des Regierungsentwurfs vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 21; vgl. zu den bis ins Literatururheberrechtsgesetz zurückreichenden Wurzeln *Oechsler*, GRUR 2006, 205, 207.

¹⁴⁶¹ So etwa *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 7.

¹⁴⁶² Vgl. im Einzelnen die Nachweise bei *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 6; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 8; *v.Bernuth*, ZUM 2003, 438, 440.

¹⁴⁶³ *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 11; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 8: „zu den Kleinsten gehören“.

¹⁴⁶⁴ *Nicolini*, in: *Möhring/Nicolini*, § 46 Rn. 5; *Suttorp*, S. 100; *Bagh*, S. 145; für eine werkartsspezifische Betrachtung auch *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 6.

¹⁴⁶⁵ *Melichar*, in: *Schricker*, § 46 Rn. 15.

¹⁴⁶⁶ *Wilhelm Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 46 Rn. 4.

¹⁴⁶⁷ Wohl generell gegen konkrete Seitenzahlengrenzen *Schöwerling*, S. 219.

Monographien erfasst.¹⁴⁶⁸ Dies wird zwar im Sinne einer absoluten Aussage angesichts des heutigen Umfangs mancher wissenschaftlicher Monographien zumindest in Zweifel gezogen.¹⁴⁶⁹ Zutreffend erscheint deshalb trotz der Schwierigkeiten klarer Grenzziehungen ein Verständnis, dass auch bei wissenschaftlichen Monographien differenziert und zumindest die weniger umfangreichen Werke noch als von der Schranke erfasst ansieht.¹⁴⁷⁰ Deutlich wird jedoch das gesetzgeberische Bewusstsein für weitergehende Zugangsinteresses von Wissenschaftlern.¹⁴⁷¹ Wenn für wissenschaftliche Zwecke sogar Monographien erfasst sein sollen, spricht das gegen eine für den Schulbuchbereich wohlmöglich angemessene absolute Grenze von gerade einmal drei bis sechs bzw. zehn Seiten. Die unreflektierte Übertragung der zu § 46 UrhG entwickelten Kriterien auf § 52a UrhG ist daher abzulehnen. Die Abgrenzung hat vielmehr im Sinne der dargestellten recht abstrakten Definitionsversuche im Einzelfall in komparativer Weise und unter Einbeziehung wertender Kriterien zu erfolgen.

(2) Nicht textbasierte Werke geringen Umfangs

Ein weiteres Problem stellt sich bei gerade in der Wissenschaft sehr häufig verwendeten nicht textbasierten Werken wie Abbildungen, Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, sowie Bildwerken, Lichtbildwerken oder unter den Leistungsschutz des § 72 UrhG fallenden Lichtbildern. Während hier einerseits die Verwendung nur eines Teils eines Werkes selten sinnvoll erscheint, ist andererseits auch eine Differenzierung nach dem äußeren Umfang einer Fotografie, eines Gemäldes oder eines ähnlichen Werkes recht willkürlich.

Teilweise soll deshalb der „innere Umfang“ des Werkes, also letztlich dessen schöpferischer Gehalt, maßgeblich sein.¹⁴⁷² Neben den damit einhergehenden kaum zu beantwortenden qualitativen Abgrenzungsfragen spricht dagegen systematisch, dass auch die sonstigen Begrenzungen des zu verwendenden Werkstücks allein quantitativer Art sind.¹⁴⁷³ Zu berücksichtigen sein sollte vielmehr, dass sich in der „Vorbildnorm“ des

¹⁴⁶⁸ Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34.

¹⁴⁶⁹ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 7; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 7; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 11; *Oechsler*, GRUR 2006, 205, 207.

¹⁴⁷⁰ *Suttorp*, S. 101: 40% des „durchschnittlichen Werkumfangs“ der jeweiligen Art von Monographie; zustimmend *Bagh*, S. 144.

¹⁴⁷¹ Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 8.

¹⁴⁷² *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 12; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 8; *Oechsler*, GRUR 2006, 205, 206.

¹⁴⁷³ Darauf verweist zutreffend *Suttorp*, S. 103.

§ 46 UrhG Werke geringen Umfangs lediglich auf Schrift- und Musikwerke beziehen und damit auf Werkarten, bei denen der nötige Vergleich anhand des Umfangs bzw. der Länge noch relativ leicht möglich ist. Einzelne Lichtbildwerke sowie einzelne Werke der bildenden Künste werden dort jedoch noch gesondert erfasst. Die demgegenüber werkartneutrale Übernahme von Werken geringen Umfangs ohne gesonderte Erwähnung sonstiger Werkarten erscheint vor diesem Hintergrund schon bei § 53 Abs. 3 UrhG fragwürdig, gerade weil die Aussagekraft quantitativer Vergleiche innerhalb dieser Werkarten deutlich eingeschränkter ist. Umso mehr gilt dies schließlich angesichts der Zielsetzung der Norm für § 52a UrhG. Dieser widerspräche es, wenn gerade Abbildungen, technische Zeichnungen, Lichtbilder und Lichtbildwerke nicht erfasst würden, die nicht nur im Unterricht, sondern auch in der Wissenschaft in vielen Disziplinen von herausgehobener Bedeutung sind, beispielsweise mit Blick auf anatomische Darstellungen oder Lichtbildaufnahmen in der Medizin. Unterricht und Forschung könnten dann kaum erfolversprechend betrieben werden, zumindest nicht gestützt auf § 52a UrhG, und der Norm würde ein Großteil ihres angedachten Anwendungsbereichs entzogen. Zu Recht wird daher vertreten, dass zumindest im Rahmen des § 52a UrhG auch Lichtbilder, Lichtbildwerke, Tabellen und Graphiken aus teleologischen Gründen als Werke von geringem Ausmaß erfasst werden müssen.¹⁴⁷⁴

Dies entspricht im Ergebnis auch dem Verständnis, das ausdrücklich in der Gemeinsamen Charta der Bibliotheksverbände, der Arbeitsgemeinschaft wissenschaftlicher Verleger sowie des Börsenvereins zu § 52a UrhG zum Ausdruck kommt.¹⁴⁷⁵ Es liegt auch dem Gesamtvertrag „Hochschulen“ zugrunde, wenn dort als Werke geringen Umfangs mit Zustimmung der beteiligten VG Bild-Kunst auch „alle vollständigen Bilder, Fotos und sonstigen Abbildungen“ aufgezählt werden.¹⁴⁷⁶ Bezüglich der sonstigen dortigen Definitionsansätze ist erneut ihr Kompromisscharakter zu berücksichtigen. Während eine Obergrenze von fünf Minuten für Filme und Musikwerke sachgerecht erscheint, geht die Obergrenze von maximal 25 Seiten zwar zu Recht über die deutlich niedrigeren Grenzwerte hinaus, die teilweise im Rahmen des § 46 UrhG vertreten werden,

¹⁴⁷⁴ *Suttorp*, S. 102ff; zustimmend *Bagh*, S. 142; streng genommen nur für Lichtbildwerke und Lichtbilder auch *Thum*, K&R 2005, 490, 496, anders wohl *Peifer*, Rahmenbedingungen, S. 344, der Bilder für ausgeschlossen hält.

¹⁴⁷⁵ Bibliotheksverbände, Arbeitsgemeinschaft Wissenschaftlicher Verleger und Börsenverein: Gemeinsame Charta zum Verständnis von § 52a UrhG, vgl. dort Nr. 7; abrufb. unter <http://www.bibliotheksverband.de/dbv/rechtsgrundlagen/Charta-UrhG.pdf>.

¹⁴⁷⁶ Siehe dort § 2 Abs. 1 c). So auch *Beger*, S. 57; *dies.*, § 52a, S. 132.

kann jedoch im Wissenschaftsbereich auch in Bezug auf noch vergleichsweise wenig umfangreiche Monographien den weitergehenden gesetzgeberischen Willen unterlaufen. Eine Öffnungsklausel zumindest für diesen Bereich ist deshalb wünschenswert.

cc) Einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften

Als dritte Variante erfasst § 52a UrhG einzelne Beiträge aus Zeitungen und Zeitschriften und entspricht damit den Begriffen, die bereits in § 53 Abs. 3 sowie in Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG verwendet werden.¹⁴⁷⁷ Da derartige Beiträge häufig gleichzeitig auch die Kriterien eines Werkes geringen Umfangs erfüllen, kommt der zusätzlichen Alternative in erster Linie die Klarstellungsfunktion zu, im Umkehrschluss jedenfalls ganze Zeitschriften nicht öffentlich zugänglich machen zu dürfen.¹⁴⁷⁸ Insoweit besteht eine Parallele zur Regelung des § 53 Abs. 4 b) UrhG, der eine im Wesentlichen vollständige Vervielfältigung ebenfalls ausschließt. Betont man demgegenüber die weitergehenden Begrenzungen auf „einzelne“ Beiträge, so reduziert sich die Parallelität erneut auf die Zugänglichmachung zu Unterrichtszwecken. Denn in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG ist über die auch quantitativ erforderliche Gebotenheit hinaus keine weitere Beschränkung vorgegeben, während § 53 Abs. 3 UrhG sie enthält.

dd) Zwischenfazit zu den quantitativen Beschränkungen

Die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügten quantitativen Beschränkungen reduzieren ihren Anwendungsbereich deutlich und „entschärfen“ vor dem Hintergrund der gerade aus Verlegersicht geäußerten Bedenken die Schranke des § 52a UrhG. Angesichts der vom Gesetzgeber selbst mehrfach betonten Parallelität zwischen den Schrankenregelungen des Vervielfältigungsrechts und den Möglichkeiten zur öffentlichen Zugänglichmachung erscheint unter Wertungsgesichtspunkten die bei § 52a UrhG nur noch gering ausgeprägte Binnendifferenzierung bedeutsam. Indem § 52a UrhG insgesamt in großen Teilen § 53 Abs. 3 UrhG nachempfunden wurde, haben die quantitativen Beschränkungen eine Struktur erhalten, bei der im Ergebnis lediglich für

¹⁴⁷⁷ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 7. Auf die dazu bereits oben gemachten Ausführungen wird verwiesen, Teil 3. A. III. 2. a) bb).

¹⁴⁷⁸ So *v. Bernuth*, ZUM 2003, 438, 440, unter Verweis auf die entsprechende mündliche Äußerung eines Referenten des BMJ; zustimmend *Suttorp*, S. 105; *Schöwerling*, S. 220; wenig verständlich erscheint demgegenüber die Auffassung von *Sattler*, S. 155, die entgegen dem klaren Wortlaut und ohne weitere Begründung das Kriterium des geringen Umfangs kumulativ auch auf einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften anwenden will.

den Unterricht Parallelen bestehen. Im Vergleich mit den quantitativen Möglichkeiten des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG enthält § 52a UrhG für die Wissenschaft engere Grenzen.

Dieser Wertungswiderspruch ist im Rahmen des Wortlauts durch eine entsprechend differenzierte Auslegung zu berücksichtigen, indem nicht die teilweise bei § 46 UrhG angenommenen engen Beschränkungen unreflektiert auch auf die Wissenschaftsschranke angewendet werden. Während der Gesamtvertrag „Hochschulen“ teilweise zu sachgerechten Ergebnissen kommt, erscheint vor diesem Hintergrund insbesondere die mit 33% deutlich zu niedrig angesetzte Obergrenze eines Werkteils für die Wissenschaftsschranke zu niedrig.

Mit Blick auf die Einbeziehung nicht textbasierter Werke wie Lichtbilder, Lichtbildwerke, Abbildungen und ähnliche gerade für die Wissenschaft bedeutende Werkarten sollte zudem der Gesetzgeber eine entsprechende Klarstellung erwägen, soweit sich nicht das Verständnis durch die Einbeziehung in den Gesamtvertrag ohnehin in diese Richtung entwickelt.

2. Bestimmt abgegrenzter Nutzerkreis

§ 52a UrhG ist Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG. Unter ausdrücklichem Hinweis auf die Vorgaben des Drei-Stufen-Tests und unter Bezugnahme auf ebenfalls qualifizierende Begrenzungen in § 52 UrhG¹⁴⁷⁹ wurde ihre Reichweite jedoch in beiden Varianten der Norm von einer allgemeinen Öffentlichkeit auf einen „bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern“ bzw. einen „bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen“ beschränkt. Das Kriterium konkretisiert damit die Vorgabe, die sich mittelbar bereits aus der Bindung an Unterrichtszwecke und Zwecke der wissenschaftlichen Forschung ergibt, indem dem zugänglich Machenden auferlegt wird, den Kreis der Nutzer zu limitieren. Die uneingeschränkte Zugänglichmachung zum Abruf über das Internet für jedermann scheidet damit von vornherein aus, etwa im universitären Bereich die Bereitstellung fremder Werke über die allgemeine Homepage einer Universität oder eines Forschungsinstituts oder über Plattformen, wie sie iTunes im Rahmen der iTunes University zur Verfügung stellt. Der Nutzerkreis muss in beiden Fällen nicht nur abstrakt abgrenzbar, sondern bereits im Zeitpunkt der öffentlichen Zugänglichmachung konkret abgegrenzt sein; vereinzelte

¹⁴⁷⁹ Begründung des Regierungsentwurfs vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 20.

Mitgliederwechsel sind zwar unschädlich, ein ständiger Wechsel sprengt jedoch die Grenzen des Zulässigen, wenn er im Vergleich zur Größe des Nutzerkreises und der Dauer seines Bestands die Abgegrenztheit in Frage stellt, weil sich die Gruppe ständig „im Fluss“ befindet.¹⁴⁸⁰

Um dies zu gewährleisten, sind technische Maßnahmen im Sinne von Zugangskontrollen erforderlich. Die Gesetzesbegründung stellt in unmittelbarem Zusammenhang mit der Forschungsvariante auf „konkrete und nach dem jeweiligen Stand der Technik wirksame Vorkehrungen“ ab,¹⁴⁸¹ wobei die Literatur entsprechende Maßnahmen zum Ausschluss unberechtigter Zugriffe zu Recht auch für die Unterrichtsvariante fordert.¹⁴⁸² Der Gesamtvertrag „Hochschulen“ sieht dies ebenfalls unterschiedslos vor.¹⁴⁸³ In Betracht kommen insbesondere Zugangskontrollen wie persönliche Kennung oder Matrikelnummer und Passwortschutz. Dabei lässt sich auch mit solchen Mitteln keine absolute Sicherheit erreichen, sie kann entsprechend auch nicht verlangt werden. Missbräuchen ist allerdings im Rahmen des technisch und wirtschaftlich Möglichen vorzubeugen. Dazu gehört auch, das System gegebenenfalls bei Missbrauchsfällen anzupassen und Umgehungen soweit wie möglich zu reduzieren.¹⁴⁸⁴ Das Erfordernis für geeignete technische Maßnahmen gilt im Ergebnis gleichermaßen, ob die Zugänglichmachung über ein Intranet oder über das allgemeine Internet erfolgt. Beides wird mangels Beschränkung gestattet, die technische Umsetzung der Vernetzung ist insoweit unerheblich.¹⁴⁸⁵ Während jedoch bei Intranetzen in entsprechenden Konstellationen bereits die auf einen gewissen Personenkreis beschränkten physischen Betretungsmöglichkeiten der Labor- oder Büroräume oder die Nutzungsmöglichkeiten der Hardware vor Ort eine hinreichende Beschränkung darstellen können, kommt technischen Maßnahmen bei internetgestützter Werkvermittlung eine umso wichtigere Rolle zu, um der allgemeinen Öffentlichkeit den Zugriff zu verwehren.

¹⁴⁸⁰ So *Suttorp*, S. 136 ff, dort auch ausführlich und mit weiteren Nachweisen zum Tatbestandsmerkmal insgesamt.

¹⁴⁸¹ Begründung des Regierungsentwurfs vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 20.

¹⁴⁸² So auch *Suttorp*, S. 137; ebenfalls ohne Unterscheidung *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 10, 12; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 8, 11; stärker differenzierend insoweit offenbar *Bagh*, S. 161.

¹⁴⁸³ Siehe dort § 2 Abs. 2 S. 2.

¹⁴⁸⁴ Vgl. insoweit übereinstimmend *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 10; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 10; *Suttorp*, S. 138.

¹⁴⁸⁵ Vgl. zu Recht *Schöwerling*, S. 226 m.w.N.

a) Nutzerkreis im Unterricht an Hochschulen

Die Unterrichtsvariante privilegiert neben sonstigen Einrichtungen auch Nutzungen für den Unterricht an Hochschulen. Hier sind die Teilnehmerkreise in vielen Fällen durch weniger klare und weniger starre Strukturen gekennzeichnet als im klassischen Schulunterricht, wo Unterrichtsteilnehmer vergleichsweise leicht abzugrenzen sind.¹⁴⁸⁶ Sieht man von Seminaren und Tutorien ab, ist in klassischen Vorlesungen häufig zudem von einer großen Teilnehmerzahl auszugehen. Eine absolute zahlenmäßige Obergrenze für den zulässigen Nutzerkreis existiert nicht.¹⁴⁸⁷ Widergespiegelt wird das zutreffend in den nach Teilnehmerzahl gestaffelten Vergütungssätzen, die der Gesamtvertrag „Hochschulen“ in § 4 Abs. 1 a) vorsieht. Über die Kategorie von 101 bis 250 Teilnehmern hinaus sieht die Regelung eine Erhöhung der Vergütung „je weitere 250 Teilnehmer“ vor und berücksichtigt die teils großen Teilnehmerzahlen universitärer Vorlesungen.

Auch ein derart großer Nutzerkreis kann hinreichend bestimmt abgegrenzt sein. Denn die Begrenzung erfolgt nicht über die Zahl, sondern vielmehr bereits über die Bindung an einen konkreten Unterricht, so dass eine hochschulweite Zugänglichmachung nicht gedeckt ist.¹⁴⁸⁸ Wenig überzeugend erscheint deshalb, gerade bei Vorlesungen in Massenstudiengängen zusätzlich zu einer Anmeldepflicht auch eine Limitierung der Teilnehmerzahlen zu fordern.¹⁴⁸⁹ Bereits die Teilnahme an einer speziellen Lehrveranstaltung ist ein hinreichend konkretes Merkmal, um den Nutzerkreis ausreichend bestimmt abzugrenzen.¹⁴⁹⁰ Zutreffend dürfte aber sein, dass mit den Teilnehmerzahlen häufig auch die praktischen und organisatorischen Schwierigkeiten zunehmen, über Anmeldepflichten und technische Maßnahmen zu gewährleisten, dass Inhalte ausschließlich registrierten Vorlesungsteilnehmern zugänglich gemacht werden.¹⁴⁹¹ Dafür sind entsprechende Verfahren erforderlich, um die Zugangsberechtigung auf die jeweiligen Teilnehmerlisten der Lehrveranstaltung zu begrenzen.

Während dies besonders für dezentrale Abrufmöglichkeiten gilt, wird umgekehrt teilweise gerade in Bezug auf Präsenznutzungen innerhalb einer Vorlesung problema-

¹⁴⁸⁶ Vgl. dazu etwa *Suttorp*, S. 139f.

¹⁴⁸⁷ *Schöwerling*, S. 227.

¹⁴⁸⁸ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 10.

¹⁴⁸⁹ So *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 17; ähnlich *Thum*, K&R 2005, 490, 496.

¹⁴⁹⁰ So lässt sich auch *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 9, verstehen; ebenso *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 11; *Harder*, UFITA 2004/III, 643, 646.

¹⁴⁹¹ Allenfalls insoweit ist zuzustimmen, wenn *Thum*, K&R 2005, 490, 496, die Faustformel aufstellt, je kleiner die Zahl, desto wahrscheinlicher sei auch die Privilegierung.

tisiert, ob nicht ein bestimmt abgegrenzter Nutzerkreis an den praktisch bestehenden Schwierigkeiten scheitert, die Zugehörigkeit der anwesenden Hörer zum angemeldeten Personenkreis zu überprüfen.¹⁴⁹² Zwar bestehen Zweifel daran, ob derartige Lehrmethoden gerade in größeren Vorlesungseinheiten tatsächlich als Präsenznutzungen eingesetzt werden. Vorstellbar erscheint dies mangels der dafür ansonsten erforderlichen aufwändigen IT-Infrastruktur in erster Linie in der Form, die Inhalte anwesenden Vorlesungsteilnehmern etwa über ein WLAN auf eigenen Laptops zugänglich zu machen. Unabhängig von der konkreten technischen Umsetzung ließe sich ein Zugriff durch nicht registrierte Anwesende jedoch auch hier dadurch verhindern, dass auf technischem Weg der Zugriff über Nutzerkennungen und Passwörter auf registrierte Teilnehmer beschränkt bleibt. Diese und nicht die bei großen Vorlesungen tatsächlich schwer zu kontrollierenden physisch Anwesenden stellen den dann hinreichend bestimmt abgegrenzten Personenkreis dar.

b) Nutzerkreis bei der wissenschaftlichen Forschung

Die Grenzziehung fällt im Bereich der wissenschaftlichen Forschung schwerer als dort, wo sich der Nutzerkreis unmittelbar durch die Anknüpfung an den Unterricht ergibt. Dennoch muss auch der durch den Zweck der eigenen wissenschaftlichen Forschung verbundene Personenkreis inhaltlich konkretisiert werden. Die eigene wissenschaftliche Forschung als privilegierter Zweck ist somit notwendige, aber noch nicht hinreichende Bedingung für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen. Die vorzunehmende Abgrenzung richtet sich allerdings maßgeblich nach der jeweils betriebenen wissenschaftlichen Forschung und ist damit in hohem Maße einzelfallabhängig, so dass es im Folgenden nur um Leitlinien gehen kann.

Hinsichtlich der Größe des Nutzerkreises gelten wie schon für den Unterricht keine absoluten Obergrenzen.¹⁴⁹³ Der Gesetzesbegründung lässt sich zumindest entnehmen, dass „an kleine Forschungsteams gedacht“ wurde, gerade in Abgrenzung zur beispielsweise unzulässigen Zugänglichmachung im Intranet einer Universität für sämtliche dort tätigen Wissenschaftler.¹⁴⁹⁴ Verschiedentlich wird daher nicht ohne Berechtigung und notgedrungen vage eine Begrenzung auf eine „noch überschaubare“ Anzahl von

¹⁴⁹² Vgl. im einzelnen *Suttorp*, S. 140; zustimmend *Bagh*, S. 153.

¹⁴⁹³ So auch *Gounalakis*, JZ 2003, 1099, 1100, wenngleich aus kritischer Perspektive.

¹⁴⁹⁴ Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34.

Personen gefordert.¹⁴⁹⁵ Ebenfalls zu Recht wird darauf verwiesen, dass die Größe der Forschungsgruppe ganz erheblich vom jeweiligen Forschungsgegenstand und dem damit verbundenen personellen Aufwand abhängt; in vielen Feldern ist gerade Spitzenforschung derart komplex, dass sie sich nur noch kooperativ und in vergleichsweise großen Zusammenschlüssen bewältigen lässt; bei Großprojekten kann die Größe von Forschungsteams deshalb mehrere hundert Teilnehmern übersteigen.¹⁴⁹⁶

Indirekt aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang erneut der Gesamtvertrag „Hochschulen“. Er sieht anders als bei der gestaffelten Vergütung für die Unterrichtsnutzung für die Wissenschaftsvariante eine einheitliche Vergütung in Höhe von 4,00 Euro vor.¹⁴⁹⁷ Im Unterrichtsbereich entspricht dies der Vergütung für eine Teilnehmerzahl von 51 bis 100 Teilnehmern. Geht man davon aus, dass der Gesamtvertrag kaum willkürlich zwischen beiden Anwendungsbereichen differenzieren dürfte, ergibt sich hieraus ein ungefährender Anhaltspunkt, welche Personenzahlen die beteiligten Kreise im Rahmen ihrer Verhandlungen für den Forschungsbereich in etwa zugrunde gelegt haben. Geht man zudem davon aus, dass die Festlegung der Einheitsvergütung auf einer Mischkalkulation beruht, die Abweichungen sowohl nach unten als auch nach oben berücksichtigen muss, wird deutlich, dass zumindest nach dem Verständnis der Vertragspartner bei der Größe der Nutzerkreise auch im Forschungsbereich ein entsprechend großes Spektrum für zulässig gehalten wird. Dem ist nach den Ausführungen oben im Ergebnis zuzustimmen. Eine nähere quantitative Eingrenzung erscheint ohne Beeinträchtigung des mit der Schranke angestrebten Zwecks kaum möglich.

Da der Kreis jedoch unabhängig von der Größe bestimmt abgegrenzt sein muss, werden jedenfalls völlig offene Forschergruppen nicht erfasst, bei denen sich wegen häufig wechselnder Mitglieder und ohne jede Form der personellen oder organisatorischen Verfestigung keinerlei Zuordnung der Mitglieder zu einem abgegrenzten Personenkreis ermitteln lässt.¹⁴⁹⁸ Auch das Maß der Institutionalisierung ist im ausdifferenzierten Wissenschaftsbereich kaum einheitlich festzulegen. Angesichts häufig projektbasierter Wissenschaft dürfen insbesondere an die Dauerhaftigkeit der Zusammenschlüsse keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Auch kurzfristige Forschungsprojekte

¹⁴⁹⁵ Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 30; Suttorp, S. 141.

¹⁴⁹⁶ Vgl. dazu Loewenheim, in: *Schricker*, § 52a Rn. 12; Dustmann, in: *Fromml/Nordemann*, § 52a Rn. 14; Bagh, S. 160.

¹⁴⁹⁷ Siehe § 4 Abs. 1 lit.b).

¹⁴⁹⁸ Ähnlich Hoeren, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 279.

können erfasst sein, wenn sich ihnen ihre Mitglieder eindeutig zuordnen lassen. Als Beispiel können Professoren und die jeweils mit ihnen verbundenen Studierenden dienen, denen für gemeinsame Forschungsprojekte Werke zugänglich gemacht werden.¹⁴⁹⁹

In wieweit es sich dabei tatsächlich um „gemeinsame“ Forschung im engeren Sinne handeln muss, geht aus dem Gesetz nicht hervor. Eine derartige Einschränkung ist nicht enthalten, selbst wenn dies in der Praxis häufig so sein wird.¹⁵⁰⁰ Die Norm stellt vielmehr lediglich auf die eigene wissenschaftliche Forschung der Beteiligten ab. Dennoch soll es nach der Gemeinsamen Charta zu § 52a UrhG allein um Personen gehen, die „gemeinsam an einem eng umgrenzbaren Forschungsgebiet arbeiten.“¹⁵⁰¹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass Wissenschaft zwar in vielen Bereichen in großem Maße kooperativ stattfindet. Kooperatives Arbeiten kann jedoch auch bedeuten, dass im Rahmen übergeordneter Fragestellungen Einzelprojekte verfolgt werden, die sich anschließend sinnvoll ergänzen und dadurch zu einem Gesamtprojekt zusammenfügen lassen. An die Gemeinsamkeit des wissenschaftlichen Arbeitens sind deshalb keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Auch die Erstellung einzelner Diplom- oder Doktorarbeiten unter einem gemeinsamen Forschungsoberthema innerhalb von entsprechenden Arbeitsgruppen, beispielsweise in Graduiertenkollegs, werden deshalb erfasst.¹⁵⁰² Wie im Unterrichtsbereich muss auch hier auf technischem Weg der Zugriff auf diejenigen beschränkt sein, die über ihre Zugehörigkeit zur Gruppe dem hinreichend bestimmt abgegrenzten Personenkreis angehören.

Die Verfolgung derartig „gemeinsamer“ Projekte kann dabei auch über Institutionsgrenzen hinweg hinreichend enge Verbindungen schaffen, so dass § 52a UrhG gerade dezentrale und vernetzte Wissenschaft unter Einbeziehung moderner Informationstechnologie privilegiert.¹⁵⁰³ Gleichzeitig kann aber auch die Zugehörigkeit zu einem Forschungsinstitut oder zu einem Lehrstuhl eine ausreichend starke Verbindung darstellen und Kriterium für eine hinreichend bestimmte Abgrenzung sein.¹⁵⁰⁴ Auch wenn

¹⁴⁹⁹ Hoeren, Stellungnahme §52a UrhG, S. 4; Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 31.

¹⁵⁰⁰ Vgl. Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 30.

¹⁵⁰¹ Gemeinsame Charta, abrufbar unter <http://www.bibliotheksverband.de/dbv/rechtsgrundlagen/Charta-UrhG.pdf>, S. 1; ähnlich auch Thum, *K&R* 2005, 490, 496.

¹⁵⁰² Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 31; Schöwerling, S. 233.

¹⁵⁰³ Im Ergebnis ebenso Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 11; Hoeren, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 279; Schöwerling, S. 233.

¹⁵⁰⁴ Vgl. Gounalakis, *JZ* 2003, 1099, 1100; Hoeren, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 279; generell für die Zulässigkeit der Zugänglichmachung innerhalb eines Lehrstuhls etwa Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 33; Suttorp, S. 141; Bagh, S. 161.

darunter die Rechtssicherheit leidet, sind generelle Aussagen problematisch, weniger mit Blick auf die absolute Größe mancher Institute oder Lehrstühle, sondern eher mit Blick auf die teilweise große thematische Binnendiversifizierung. In entsprechenden Konstellationen kann es nötig sein, auch innerhalb von Instituten oder Lehrstühlen den Zugriff jeweils nur denjenigen Mitgliedern zu gestatten, die thematisch den einzelnen Projekten oder Fragestellungen zuzuordnen sind.¹⁵⁰⁵ Bestehen wie häufig thematische Schnittmengen, dürfen Werke von allgemeiner Bedeutung aber wiederum weiteren Kreisen oder sogar allen Wissenschaftlern eines Instituts oder Lehrstuhls zugänglich gemacht werden, selbst wenn diese inhaltlich stark ausdifferenziert arbeiten. Dabei sind auch an die inhaltliche Relevanz der Werke keine überhöhten Anforderungen zu stellen, um nicht die in der Wissenschaft erforderliche Breite der Wissensgrundlage unzumutbar zu beschneiden.¹⁵⁰⁶

Im Ergebnis ist notgedrungen abstrakt festzuhalten, dass sich der Kreis der Zugriffsberechtigten in hohem Maße einzelfallabhängig nach der jeweiligen wissenschaftlichen Forschung richtet, der die privilegierte Zugänglichmachung dienen soll. Dieser Kreis kann dabei sowohl intra- als auch interinstitutionell organisiert sein und richtet sich in einem ersten Schritt nach organisatorischen und inhaltlich-wissenschaftlichen Kriterien der Zugehörigkeit. § 52a UrhG setzt bei der konkreten Umsetzung über technische Maßnahmen in einem zweiten Schritt voraus, nur den Angehörigen dieses vordefinierten Kreises Zugriff zu gestatten.

3. Unterricht und wissenschaftliche Forschung

§ 52a UrhG gestattet die öffentliche Zugänglichmachung zweckgebunden zur Veranschaulichung im Unterricht sowie zur eigenen wissenschaftlichen Forschung.

a) Unterrichtszwecke an Hochschulen

Die in § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG privilegierten Unterrichtszwecke stehen weniger im Fokus der Arbeit als die Privilegierung der wissenschaftlichen Forschung. Für den Unterricht an Hochschulen bzw. die wissenschaftliche Lehre sind sie jedoch auch in

¹⁵⁰⁵ Lüft, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 13.

¹⁵⁰⁶ Der zulässige Rahmen dürfte am Beispiel des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht jedoch etwa dann überschritten sein, wenn beispielsweise auch Doktoranden im Bereich des Urheberrechts Beiträge zu Spezialthemen aus steuerrechtlichen Fachzeitschriften zugänglich gemacht würden, die Mitarbeitern der steuerrechtlichen Abteilung für ein entsprechendes Forschungsprojekt zur Verfügung gestellt werden.

der Wissenschaft von Bedeutung. Die ausdrückliche Einbeziehung der Hochschulen erfolgte erst im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens, nachdem sich die Norm ursprünglich weniger eindeutig generell auf den „Unterricht“ bezog.¹⁵⁰⁷ Die Einbeziehung der Hochschulen wurde mit den dort bestehenden praktischen Bedürfnissen begründet, gleichzeitig wurde auf die Gewährleistung der Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Vergleich verwiesen.¹⁵⁰⁸ Insoweit ist seit der Einführung des § 53 Abs. 3 UrhG eine teilweise Wandlung zu beobachten, da zum damaligen Zeitpunkt Hochschulen nicht mit einbezogen wurden, weil der Gesetzgeber angesichts der teilweise großen Zahl teilnehmender Studenten eine Ausuferung der Schranke befürchtet hatte und die Beschaffung des Unterrichtsmaterials für die erwachsenen Unterrichtsteilnehmer für zumutbar hielt.¹⁵⁰⁹ Die letztlich auch auf verfassungsrechtlicher Grundlage zu treffende Abwägungsentscheidung fiel nun im Rahmen des § 52a UrhG ebenso bewusst zugunsten der freieren Nutzungsmöglichkeiten und zur Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Vergleich aus.¹⁵¹⁰ Zudem enthält § 52a UrhG mit dem Kriterium des bestimmt abgegrenzten Personenkreises ein Korrektiv, dass eine hochschulweite Zugänglichmachung ausschließt.¹⁵¹¹

Hochschulen sind dabei in erster Linie Universitäten und Fachhochschulen.¹⁵¹² In Anlehnung an § 1 S. 1 HRG sind aber auch pädagogische Hochschulen, Kunsthochschulen sowie sonstige Einrichtungen des Bildungswesens erfasst, die nach Landesrecht als Hochschulen anzusehen sind.¹⁵¹³

Die Nutzung ist zweckgebunden zur Veranschaulichung im Unterricht zulässig. Zwecke interner Verwaltung, der Fortbildung der Lehrenden oder bloße Unterhaltung reicht demgegenüber nicht aus.¹⁵¹⁴ Sie dient dann zur Veranschaulichung, wenn dadurch der Lehrstoff verständlicher dargestellt oder leichter erfassbar wird.¹⁵¹⁵ Dabei

¹⁵⁰⁷ Vgl. zur entsprechenden Forderung *Hoeren*, Stellungnahme §52a UrhG, S. 3f.

¹⁵⁰⁸ Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34.

¹⁵⁰⁹ Begründung des Regierungsentwurfs vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 16; zustimmend mit ebenfalls verfassungsrechtlichen Bedenken auch der Rechtsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 10/3360, S. 19; vgl. dazu auch *v. Bernuth*, ZUM 2003, 438, 441; *Poeppe*, S. 201.

¹⁵¹⁰ Zustimmend *Schöwerling*, S. 221.

¹⁵¹¹ Ähnlich *Suttorp*, S. 114.

¹⁵¹² Loewenheim, in: *Schricker*, § 52a Rn. 8.

¹⁵¹³ Siehe zu Einzelheiten *Bagh*, S. 149f., sowie *Suttorp*, S. 114 f.

¹⁵¹⁴ *Dustmann*, in: *Fromml/Nordemann*, § 52a Rn. 9; ähnlich *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 15; Loewenheim, in: *Schricker*, § 52a Rn. 9; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 9.

¹⁵¹⁵ *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 9; *Suttorp*, S. 125; *Schöwerling*, S. 224, letztere jeweils m.w.N.

wird eine unterstützende Wahrnehmbarmachung als ausreichend angesehen, wobei es den Lehrkörpern im Bereich des Hochschulunterrichts angesichts der Freiheit der Lehre weitgehend selbst überlassen bleiben muss, ob und wie sie die Lehre durch ergänzende Materialien unterstützen, soweit die Materialien dazu nicht offensichtlich ungeeignet sind.¹⁵¹⁶

Aus der Formulierung „im Unterricht“ wird teilweise geschlossen, die zugänglich gemachten Werke müssten in der Unterrichtseinheit selbst zur Verwendung kommen, und die Vermittlung nur vorbereitender oder weiterführender Anschauungsmaterialien falle nicht unter § 52a UrhG.¹⁵¹⁷ Die inzwischen klar überwiegende Auffassung geht jedoch mit guten teleologischen und systematischen Argumenten davon aus, dass die Präposition nicht in derart begrenzender Weise auszulegen ist und die Norm auch die Zugänglichmachung von Materialien gestattet, die örtlich und zeitlich ungebunden der Vor- oder Nachbereitung des Unterrichts dienen.¹⁵¹⁸ Zu Recht wird darauf verwiesen, dass eine räumliche und zeitliche Bindung an den Unterricht gerade innovative Formen des „Blended Learnings“ sowie des Fernunterrichts einschränken würde. Letzterer soll jedoch laut Erwägungsgrund 42 der Richtlinie ausdrücklich vom Unterrichtsbegriff erfasst sein. Es ist nicht nur beim Fernunterricht weitgehende Praxis, sondern darüber hinaus schon besonderes Merkmal der öffentlichen Zugänglichmachung, dass Adressaten dezentral erreicht werden und ihnen die Wahl des Ortes und der Zeit des Abrufs der Werke bzw. Unterrichtsmaterialien überlassen bleibt. Eine zeitliche und örtliche Beschränkung auf reinen Präsenzunterricht liefe daher den Zielen der Richtlinienvorgabe entgegen, zumal eine klare räumliche Begrenzung wie im Fall der On-the-Spot-Consultation fehlt.¹⁵¹⁹

Zwar entspricht der vereinzelt als Einschränkung verstandene Wortlaut „im Unterricht“ insoweit dem der deutschen Fassung des Art. 5 Abs. 3 a) UrhG. In der Literatur wurde jedoch bereits mehrfach zu Recht darauf verwiesen, dass eine Vielzahl der übrigen Fassungen weitergehend die Zugänglichmachung „für“ den Unterricht gestat-

¹⁵¹⁶ Vgl. Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 15; Suttorp, S. 126.

¹⁵¹⁷ Loewenheim, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 60; ebenso Sattler, S. 196.

¹⁵¹⁸ Siehe Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 6; sowie ausführlich Suttorp, S. 119 ff, Schöwerling, S. 222; Bagh, S. 138f; auch Kuhlen, *Götterdämmerung*, S. 343, der der Gegenauffassung „Präpositionsscholastik“ vorwirft; auch Loewenheim selbst liest sich bei Loewenheim, in: *Schricker*, § 52a Rn. 9 weniger restriktiv; siehe auch Sattler, S. 124, im Kontext des § 46 UrhG.

¹⁵¹⁹ Siehe im Einzelnen die angegebenen Fundstellen in der vorangegangenen Fußnote.

tet.¹⁵²⁰ Gleiches gilt auch für die vergleichbaren Normen des Art. 6 Abs. 2 b) sowie 9 b) Datenbank-RL, die auch in der deutschen Fassung die Veranschaulichung „des“ Unterrichts privilegieren, was in § 87c Abs. 1 Nr. 3 UrhG entsprechend umgesetzt wurde. Dem entspricht ferner auch der amtliche deutsche Text der RBÜ in Art. 10 Abs. 2; sogar die amtliche Überschrift des § 52a UrhG spricht von der öffentlichen Zugänglichmachung „für Unterricht und Forschung“; somit deutet einiges darauf hin, dass es sich bei der singulär verwendeten Formulierung „im Unterricht“ um eine unerhebliche Übersetzungsvarianz handelt, die durch die wortwörtliche Übernahme bei der Umsetzung auch den Weg in § 52a UrhG gefunden hat, ohne damit im Vergleich zu den übrigen Normen einen engeren Anwendungsbereich zu bezwecken.

Für ein solches Ergebnis spricht weiter, dass sich neben § 52a UrhG auch die Neuregelung des elektronischen Kopienversands in § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG auf den Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL stützt. Wäre die Präposition entscheidend, wäre nicht zu erklären, wieso der Gesetzgeber dort entgegen dem Richtlinienwortlaut die Veranschaulichung „des“ Unterrichts privilegiert und dabei ausdrücklich und streng genommen ungenau darauf verweist, dies entspreche dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL.¹⁵²¹ Gleiches gilt für § 53 Abs. 3 UrhG, der im Zweiten Korb derart verändert wurde, dass dort nun ebenfalls das Possessivpronomen verwendet wird. Interessanter Weise geschah dies laut Gesetzgeber ausdrücklich, um den dortigen „Sprachgebrauch den anderen Schranken für Unterrichtszwecke (§§ 52a sowie 87c)“ anzupassen.¹⁵²² Parallelen bestehen derzeit jedoch insoweit nur mit § 87c Abs. 1 Nr. 3 UrhG sowie mit § 52a UrhG in Bezug auf eine andere unternommene sprachliche Anpassung.¹⁵²³ Bezüglich der Präposition wurde demgegenüber die vorherige Parallelität der Normen mit identischem Richtlinienvorbehalt gerade aufgehoben und eine neue Diskrepanz geschaffen.

Dies relativiert auf Auslegungsebene die Bedeutung der Präposition und unterstützt bereits *de lege lata* ein am Zweck der Norm orientiertes Verständnis. Spätestens nach dem Zweiten Korb sprechen nun aber *de lege ferenda* weitere systematische Erwägun-

¹⁵²⁰ Vgl. dazu und zum folgenden umfassend die Darstellungen bei *Suttorp*, S.120, sowie *Sieber*, in: *Sieber/Hoeren*, Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 59.

¹⁵²¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 4.7.2007, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

¹⁵²² Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

¹⁵²³ Auch § 53 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 UrhG verwendet nun statt des Begriffs der Schulklasse den der Unterrichtsteilnehmer.

gen dafür, im Wege einer klarstellenden Änderung auch innerhalb des § 52a UrhG die Veranschaulichung „des“ Unterrichts zu privilegieren.¹⁵²⁴ Die berechtigte Forderung des Bundesrates („eine unterschiedliche Behandlung der vergleichbaren Tatbestände ist nicht nachvollziehbar“)¹⁵²⁵ blieb im Zweiten Korb unberücksichtigt. Abgesehen wurde davon wie von anderen Modifizierungen in erster Linie deshalb, weil die Regelung in ihrer geltenden Fassung Grundlage von Gesamtvertragsvereinbarungen ist, denen nicht mit einer Änderung des § 52a UrhG der Boden entzogen werden sollte.¹⁵²⁶ Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber zu einem späteren Zeitpunkt für einen Gleichlauf der vergleichbaren Normen sorgt und auch in § 52a UrhG klarstellend den Zweck der Veranschaulichung „des“ Unterrichts privilegiert.

b) Wissenschaftliche Forschung

§ 52a Abs. 1 Nr. 2 UrhG privilegiert den Zweck der eigenen „wissenschaftlichen Forschung“. Damit wurde im Ersten Korb ein Begriff in das UrhG eingeführt, der vom Wortlaut des wissenschaftlichen Gebrauchs in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG abweicht und im Zweiten Korb auch beim Kopienversand in § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG verwendet wurde. § 52b UrhG privilegiert wiederum neben privaten Studien ohne nähere Qualifizierung und im Gleichlauf mit der Richtlinienvorgabe in Art. 5 Abs. 3 n) InfoSoc-RL schlicht die „Forschung“. Angesichts der unterschiedlichen Formulierungen stellt sich die Frage, ob damit Bedeutungsunterschiede im Sinne eines engeren Verständnisses der jüngeren Schranken verbunden sind.

aa) Engeres Begriffsverständnis

Über den Begriff der wissenschaftlichen Forschung werden nach einem engeren Verständnis nur diejenigen privilegiert, die mit dem Ziel tätig werden, selbst die Wissenschaft voranzubringen, also mit dem Anspruch „forschen“, Wissenschaft „in erster Linie zu produzieren und nicht zu konsumieren.“¹⁵²⁷ Forschung sei ausschließlich eine Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen.¹⁵²⁸ Anders als beim wissenschaftlichen Gebrauch sollen da-

¹⁵²⁴ So schon früh neben anderen *Sieber*, in: *Sieber/Hoeren*, Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 61 f.; ebenso *Bagh*, S. 212.

¹⁵²⁵ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, Anlage 2, S. 40.

¹⁵²⁶ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, Anlage 3, S. 47.

¹⁵²⁷ *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 29.

¹⁵²⁸ *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 64, unter Verweis auf eine Definition des BVerfGE 35, 79, 113; ebenso *v. Bernuth*, ZUM 2003, 438, 442.

nach diejenigen Personen nicht erfasst werden, die sich, ohne selbst neues Wissen zu produzieren, dennoch im Rahmen eines hinreichend systematischen und methodischen Erkenntnisprozesses über den Stand der Wissenschaft informieren und die deshalb – ohne im engsten Sinne zu „forschen“ – durchaus wissenschaftlich im Sinne eines „ernsthaften und planmäßigen Versuchs zur Ermittlung der Wahrheit“¹⁵²⁹ tätig sind.¹⁵³⁰

Dafür spricht als systematisches Argument vor allem der abweichende Wortlaut. Den schon vor Erlass der Datenbank- und InfoSoc-Richtlinie eingeführten Begriff des wissenschaftlichen Gebrauchs hat der Gesetzgeber im Anschluss daran nicht angepasst, sondern vielmehr bei Umsetzung der Datenbankrichtlinie auch im neuen § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG die bekannte Formulierung verwendet.¹⁵³¹ Statt auch bei den jüngeren Schranken entsprechend zu verfahren, folgt er dort stärker dem Wortlaut der Richtlinienvorgaben in Art. 5 Abs. 3 a) (bzw. lit n)) InfoSoc-RL, die sich auf die wissenschaftliche Forschung beziehen. Dies lasse sich unter systematischen Gesichtspunkten nur so verstehen, dass auch ein entsprechender Bedeutungsunterschied beabsichtigt sein müsse.¹⁵³² Auch in der amtlichen Überschrift des § 52a UrhG, die auf „Unterricht und Forschung“ Bezug nimmt, sowie in manchen Formulierungen in den Gesetzgebungsmaterialien wird deutlich, dass der Gesetzgeber in der Tat vor allem an „Forscher“ im engeren Sinne gedacht haben mag, selbst wenn die beispielhafte Benennung von „kleinen Forschungsteams“ in erster Linie im Zusammenhang mit Fragen quantitativer Begrenzungen erfolgt.¹⁵³³

bb) Weiteres Begriffsverständnis

Gleichzeitig führen die dargestellten Argumente nicht zwingend zu einem im Vergleich zum wissenschaftlichen Gebrauch engeren Verständnis der wissenschaftlichen Forschung. Die Gegenauffassung geht vielmehr von einem weitgehenden Gleichlauf aus.¹⁵³⁴

¹⁵²⁹ Siehe auch dazu als Definition der Wissenschaft insgesamt BVerfGE 35, 79, 113.

¹⁵³⁰ Siehe dazu schon oben, Teil 3 A. II. 2. d). Aus dem Anwendungsbereich der wissenschaftlichen Forschung ausschließen wollen dies im Ergebnis *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 29; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 11; *Schöwerling*, S. 230, *Suttorp*, S. 131; *Bagh*, S. 158f; *Sattler*, S. 199.

¹⁵³¹ Siehe dazu schon oben, Teil 3 A. II. 2. e).

¹⁵³² Darauf verweisen insbesondere ausdrücklich *Bagh*, S. 158f, sowie *Suttorp*, S. 131.

¹⁵³³ Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34. Dies relativiert das entsprechende Argument für ein enges Verständnis etwa bei *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 11; *Bagh*, S. 159.

¹⁵³⁴ So *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 10; *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 15; *Lauber/Schwipps*, GRUR 2004, 293, 297; *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 52a Rn. 5, teilweise ohne nähere Begründung.

Denn auch in den Gesetzgebungsmaterialien selbst wird die Terminologie keineswegs durchgängig eingehalten. Mit § 52a UrhG werde, so die Begründung des Regierungsentwurfs grundlegend, berechtigten Interessen aus den Bereichen Unterricht und Wissenschaft Rechnung getragen.¹⁵³⁵ Die „vergleichbare Beschränkung“ des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG wird als „entsprechende Schranke“ zugunsten der Wissenschaft im Bereich des Vervielfältigungsrechts bezeichnet.¹⁵³⁶ Der zugelassene Kreis solle zudem auf Personen eingegrenzt werden, die das Angebot „für jeweils eigene wissenschaftliche Zwecke abrufen.“ Auch im Zusammenhang mit zulässigen Annexvervielfältigungen ist nicht von wissenschaftlicher Forschung, sondern allgemein von „wissenschaftlichen Zwecken“ die Rede.¹⁵³⁷ Dies ähnelt der Konstellation in der InfoSoc-Richtlinie, die in Art. 5 Abs. 3 a) den Begriff der wissenschaftlichen Forschung verwendet, im dazugehörigen Erwägungsgrund 34 aber ebenfalls von wissenschaftlichen Zwecken spricht.

Die Materialien enthalten zudem keinerlei ausdrücklichen Hinweis, dass mit der neu eingeführten Formulierung eine begriffliche Unterscheidung verbunden sein sollte.¹⁵³⁸ An der Umsetzungshistorie bzw. den bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG und § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG gerade unterbliebenen Anpassungen wird vielmehr deutlich, dass nach dem bisherigen Verständnis des Gesetzgebers kein wesentlicher Unterschied zwischen den Wendungen „wissenschaftliche Forschung“ und „wissenschaftlicher Gebrauch“ besteht.¹⁵³⁹ Soweit mit der nun wortgleichen Übernahme der Richtlinienformulierung ein Bedeutungswandel herbeigeführt hätte werden sollen, wäre ein klareres Bekenntnis zu dieser Zielsetzung und dem darin zu sehenden Sinneswandel zu erwarten gewesen.

Zweifel an einer abweichenden, im Ergebnis engeren Bedeutung der wissenschaftlichen Forschung ergeben sich zusätzlich auf eher tatsächlicher Ebene, da eine klare Grenzziehung hier ohnehin schwerfällt.¹⁵⁴⁰ Der nach der engen Auffassung auszugrenzende „bloße Konsum“ von Wissen zur Unterrichtung über den aktuellen Erkenntnis-

¹⁵³⁵ Siehe dazu und zum Folgenden BT-Drs. 15/38, S. 20.

¹⁵³⁶ Darauf verweist auch *Suttorp*, S. 130, allerdings zu Recht mit der Einschränkung, dass eine Vergleichbarkeit keine vollständige Übereinstimmung voraussetzt.

¹⁵³⁷ Neben der Begründung des Regierungsentwurfs spricht auch die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34, generell vom Bereich der Wissenschaft, ohne ihn auf die wohlmöglich engere Forschung zu begrenzen.

¹⁵³⁸ *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 15 („nichts Präzises“).

¹⁵³⁹ Siehe oben Teil 3 A. II. 2. e).

¹⁵⁴⁰ So zutreffend auch *Hoeren*, Stellungnahme §52a UrhG, S. 4f; *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 15; auf die Abgrenzungsschwierigkeiten verweist auch *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 13.

stand ist notwendiger Zwischenschritt für die spätere produktive Forschungstätigkeit im engeren Sinne. Daraus ergeben sich häufig erst die Fragestellungen für weitere Forschung. Bei weitem nicht auf jeden solchen vorgelagerten wissenschaftlichen Erkenntnisprozess folgt zwar eine originär neue Erkenntnis, die Forschung im engsten Sinne des Begriffsverständnisses ausmacht.¹⁵⁴¹ Der im Ergebnis fragwürdige Unterschied zwischen „sonstiger wissenschaftlicher Tätigkeit“ und einer Forschung im engeren Sinne reduziert sich aber dennoch weitgehend auf einen zeitlichen Aspekt mit häufig fließenden Übergängen, ergänzt durch Überlegungen, wie wahrscheinlich es ist, dass der begonnene systematische Erkenntnisprozess tatsächlich am Ende zur Erzeugung absolut neuen Wissens führt – oder zumindest zu einem entsprechend ernsthaften Versuch, da die Charakterisierung nicht erfolgsabhängig ausfallen kann. Würde differenzierend auf das Ziel der Schaffung absolut neuer Erkenntnisse abgestellt, bliebe fraglich, ob urheberrechtlich relevante Handlungen rechtstechnisch in dem Moment rückwirkend rechtswidrig werden sollen, in dem dieses Ziel etwa aufgrund von Teilerkenntnissen aufgegeben werden muss, ob sie umgekehrt rückwirkend rechtmäßig werden sollen, wenn sich dieses Ziel erst im Verlauf des wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses ergibt, oder ob etwa erst die Publikation der Erkenntnisse einen Zustand „schwebender Rechtswidrigkeit“ beseitigt, weil erst diese, so zumindest eine vorstellbare Argumentation, aus einem bloßen wissenschaftlichen Erkenntnisprozess Forschung im engeren Sinne macht.¹⁵⁴²

Gegen ein enges Verständnis des Begriffs der wissenschaftlichen Forschung in § 52a UrhG spricht nicht zuletzt auch die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 5 Abs. 3 GG. Es definiert zwar Forschung als „geistige Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen.“¹⁵⁴³ Wissenschaft als Oberbegriff der komplementären und eng miteinander verbundenen Bereiche von Forschung und Lehre erfasst jedoch jede wissenschaftliche Tätigkeit, d.h. all das, was nach Inhalt und Form als ernsthafter, planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“.¹⁵⁴⁴ Erfasst werden die „auf wissenschaftlichen Eigengesetzlichkei-

¹⁵⁴¹ Dazu schon oben Teil 1 C., sowie Teil 3 A. II. 2. d).

¹⁵⁴² Siehe ähnlich schon oben Teil 3 A. II. 2. d); auf ähnliche Probleme verweist *Schöwerling*, S. 230, allerdings mit abweichendem Ergebnis.

¹⁵⁴³ BVerfGE 35, 79, 113 = NJW 1973, 1176; E 47, 327, 367 = NJW 1978, 1621; E 90, 1, 12; siehe schon oben Teil 1. C. II.

¹⁵⁴⁴ BVerfGE 35, 79, 113 = NJW 1973, 1176.

ten beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe“.¹⁵⁴⁵ Zu diesen besonders betonten wissenschaftlichen Eigengesetzlichkeiten gehört gerade auch die enge Verzahnung von vorbereitender, schon wissenschaftlicher Tätigkeit, und späterer Forschung im engeren Sinne. Dem wegen notwendiger inhaltlicher und methodischer Offenheit weiten Wissenschaftsbereich als Oberbegriff für Forschung und Lehre einen eng zu verstehenden einfachgesetzlichen Forschungsbegriff entgegenzusetzen, der dies nicht ausreichend berücksichtigt, erscheint widersprüchlich und würde dem umfassenden Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG nicht gerecht.

Entsprechend weit lässt sich auch der einfachgesetzliche Begriff der wissenschaftlichen Forschung verstehen, den §§ 52a, 53a UrhG eingeführt bzw. übernommen haben. Die auch nach der Gegenauffassung unbestritten beabsichtigte Privilegierung einer Forschung im engeren Sinne würde ansonsten praktisch erschwert, wenn nicht auch ihr vorangehende vorbereitende wissenschaftliche Erkenntnisprozesse einbezogen würden, die die breite Basis für spätere Forschung bilden. Auch Forschung zu Studienzwecken wird erfasst,¹⁵⁴⁶ insbesondere etwa die selbständige Anfertigung von wissenschaftlichen Arbeiten im Rahmen des Studiums.¹⁵⁴⁷ Wie schon der eigene wissenschaftliche Gebrauch ist angesichts der notwendigen inhaltlichen und personellen Offenheit der Wissenschaft auch die wissenschaftliche Forschung nicht an die Institution Universität oder eine sonstige vergleichbar institutionalisierte Einrichtung gebunden.¹⁵⁴⁸

Auch bei einem solchen, an den tatsächlichen wissenschaftlichen Gegebenheiten orientierten Verständnis werden die Grenzen des § 52a UrhG nicht konturenlos, da weiterhin an den Anforderungen an die Wissenschaftlichkeit und damit an ein hinreichend systematisches und methodisches Vorgehen festgehalten wird. Allenfalls in Bezug auf die wissenschaftliche Lehre kann man auch aus systematischen Gründen zum Ergebnis kommen, dass diese anders als beim umfassenden wissenschaftlichen Gebrauch nicht von der Variante der eigenen wissenschaftlichen Forschung der Nr. 2,

¹⁵⁴⁵ Ständige Rechtsprechung; BVerfGE 35, 79, 112; E 43, 242, 267; E 47, 327, 367; E 90, 1, 12.

¹⁵⁴⁶ Dafür *Hoeren*, Stellungnahme §52a UrhG, S. 4, der bereits im Gesetzgebungsverfahren eine restriktive Auslegung befürchtete.

¹⁵⁴⁷ *Thum*, K&R 2005, 490, 497; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 14; auch *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 15, der ganz generell auf „eigene wissenschaftliche Zwecke“ abstellen will.

¹⁵⁴⁸ Vgl. dazu schon oben Teil 3 A. II. 2. b) und c).

dafür aber ausdrücklich von der Variante für die Veranschaulichung im Unterricht an Hochschulen der Nr. 1 privilegiert wird, was abgesehen von geringfügigen quantitativen Unterschieden zum gleichen Ergebnis führt.¹⁵⁴⁹

Davon abgesehen ist jedoch im Vergleich mit § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG mit der abweichenden Formulierung des § 52a UrhG keine Verengung des Anwendungsbereichs verbunden.¹⁵⁵⁰ Vielmehr ist der Begriff der wissenschaftlichen Forschung weit auszulegen. Sollte sich eine andere Auslegung etablieren, bleibt zu wünschen, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Klarstellung vornimmt.¹⁵⁵¹

4. Zum jeweiligen Zweck geboten

§ 52a UrhG setzt voraus, dass die öffentliche Zugänglichmachung zum jeweiligen Zweck geboten ist und nimmt damit die Formulierung aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 3 S. 1 UrhG auf. Auf die dortigen „vergleichbaren“ Beschränkungen verweist auch die Gesetzesbegründung.¹⁵⁵²

Ob die Zugänglichmachung eines bestimmten Werkes inhaltlich-thematisch für den jeweiligen wissenschaftlichen Zweck geboten ist, muss wie schon bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG in erster Linie dem Urteil der beteiligten Wissenschaftler überlassen bleiben.¹⁵⁵³ Entscheidendes Element ist somit erneut die situationsbezogene Gebotenheit, also die Frage, ob anderweitige Möglichkeiten der Werkbeschaffung und Zugänglichmachung dem Schrankengebrauch entgegenstehen. Diese Frage wird hier anders als bei der Wissenschaftskopie in zwei Ebenen unterteilt. Denn zunächst könnte es an der Gebotenheit fehlen, wenn alternativ andere Formen der Werkvermittlung zur Verfügung stehen und deshalb der besondere Vermittlungsweg der öffentlichen Zugänglichmachung nicht erforderlich ist. Ebenso könnte es an ihr fehlen, wenn zwar eine öffentliche Zugänglichmachung erforderlich ist, jedoch nicht in schrankengestützter Form über § 52a UrhG, weil für eine netzwerkbasierte Werknutzung entsprechende Lizenzen seitens des Rechteinhabers angeboten werden.

¹⁵⁴⁹ Die Schranke bezieht sich lediglich auf kleine Teile statt auf Teile.

¹⁵⁵⁰ So im Ergebnis auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 10; *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 15; *Lauber/Schwipps*, GRUR 2004, 293, 297; *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 52a Rn. 5.

¹⁵⁵¹ Ähnlich schon *Hoeren*, Stellungnahme §52a UrhG, S. 5.

¹⁵⁵² Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 15/38, S. 20.

¹⁵⁵³ Siehe dazu schon oben Teil 3 A. II. 6. a) aa); speziell zu § 52a UrhG ähnlich auch *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 67; *Schöwerling*, S. 233.

a) Alternative Formen der Werkbeschaffung und Werkvermittlung

Nach einer Literaturlauffassung soll es an der Gebotenheit schon dann fehlen, wenn das Werk ohne erheblichen Aufwand analog oder digital offline zur Verfügung gestellt werden kann.¹⁵⁵⁴ Diese Position verkennt jedoch das grundlegende Ziel der Schranke, gerade die digitale Informationsvermittlung über Netzwerke zu erleichtern.¹⁵⁵⁵ Eine schrankengestützte Nutzung moderner Kommunikationsformen sollte, so die Gesetzesbegründung ausdrücklich, Wissenschaft und Bildung nicht vollständig verwehrt werden.¹⁵⁵⁶ Selbstverständlich bleiben daneben hergebrachte Formen des Unterrichts und der Forschung möglich. Würde diese Tatsache aber generell oder im Einzelfall zum Ausschluss der Gebotenheit führen, würde die Zielsetzung des Gesetzgebers konterkariert. Die Schranke soll die Einbeziehung neuer Formen des Unterrichts und der Forschung erleichtern und darf deshalb nicht schon dann unanwendbar werden, wenn sie dies im Vergleich mit weiterhin bestehenden Alternativen tatsächlich tut. Deshalb geht die überwiegende Auffassung in der Literatur zu Recht davon aus, dass es sich bei der Gebotenheit insoweit nicht um eine strikte Notwendigkeit im Sinne eines *sine qua non* handeln kann.¹⁵⁵⁷ Die Nutzung von offline erhältlichen Werken ist etwa nur dann eine echte Alternative, die unter Abwägung aller Umstände zum Ausschluss der Gebotenheit führen kann, wenn mit der eigentlich bevorzugten öffentlichen Zugänglichmachung im Netzwerk keinerlei Vorteile verbunden sind.¹⁵⁵⁸ Angesichts der schon in organisatorischer und zeitlicher Hinsicht bestehenden Erleichterungen, gerade etwa bei institutsübergreifender Zusammenarbeit, wird man in der Regel von entsprechenden Vorteilen ausgehen können.¹⁵⁵⁹

Solange sich die Entscheidung für eine netzwerkgestützte Zugänglichmachung über die mit ihr verbundenen Vorteile rechtfertigen lässt, muss sich der Wissenschaftler deshalb nicht auf die Möglichkeit anderweitiger Beschaffung verweisen lassen. Das gilt etwa für die laut Gesetzgeber funktional vergleichbaren¹⁵⁶⁰ schrankengestützten

¹⁵⁵⁴ Lüft, in: Wandtke/Bullinger, § 52a Rn. 9, 14; ähnlich wohl auch Thum, K&R 2005, 490, 495.

¹⁵⁵⁵ Auf dieses Ziel verweisen auch Loewenheim, in: Schricker, § 52a Rn. 14; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 52a Rn. 12; Bagh, S. 164.

¹⁵⁵⁶ Siehe Begründung des Regierungsentwurfs vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 20.

¹⁵⁵⁷ Loewenheim, in: Schricker, § 52a Rn. 14; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 52a Rn. 12; Dreyer, in: HK-UrhR, § 52a Rn. 21, 36; Dustmann, in: Fromm/Nordemann, § 52a Rn. 15; Bagh, S. 164; Schöwerling, S. 233; Suttorp, S. 145.

¹⁵⁵⁸ So Dustmann, in: Fromm/Nordemann, § 52a Rn. 15.

¹⁵⁵⁹ Vgl. zu weiteren Vorteilen insbesondere im Unterrichtsbereich etwa Suttorp, S. 145.

¹⁵⁶⁰ Siehe BT-Drs. 15/38, S. 40, sowie BT-Drs. 15/837, S. 34.

Möglichkeiten im offline-Bereich, etwa die Schranken der Vervielfältigung zum Unterrichtsgebrauch oder die Wissenschaftsvervielfältigung. Soweit, wie im Regelfall, mit der öffentlichen Zugänglichmachung ein Mehrwert im Sinne einer zeitlichen und/oder organisatorischen Erleichterung verbunden ist, besteht insoweit ein Wahlrecht und der Schrankenprivilegierte kann zu Unterrichts- und Forschungswecken auch dann von der Schranke des § 52a UrhG Gebrauch machen, wenn darüber hinaus alternative Formen der Werkbeschaffung für die einbezogenen Nutzer bestehen.¹⁵⁶¹

b) Zumutbarkeit des Lizenzerwerbs für netzwerkbasierte Zugänglichmachung

Eine separate Frage ist, ob die Zugänglichmachung auch dann schrankengestützt geboten ist, wenn die Möglichkeit eines entsprechenden Lizenzerwerbs besteht. Dabei wird ähnlich wie teilweise bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG, dort in Bezug auf alternative Formen der Werkbeschaffung, auf die „Zumutbarkeit“ der Lizenzeinholung als wertungsoffenes Element abgestellt.¹⁵⁶² So sieht etwa die Gemeinsame Charta des Börsenvereins und des Bibliotheksverbands vor, dass es an der Gebotenheit fehle, wenn das jeweilige Werk bzw. der Werkteil in zumutbarer Weise vom Rechteinhaber in digitaler Form zur Nutzung in Netzwerken angeboten wird.¹⁵⁶³ Auch der Gesamtvertrag zu § 52a UrhG vom 28.9.2007 enthält in § 2 Abs. 3 eine entsprechende Regelung.

Die einzelnen Kriterien für die Zumutbarkeit bleiben dabei jedoch größtenteils vage. Vergleichsweise klar ist noch, dass Lizenzen bedarfsspezifisch gerade für den jeweils benötigten Werkteil angeboten werden müssen, um, auch unter Kostenaspekten, zumutbar zu sein.¹⁵⁶⁴ Ein weiterer Aspekt ist der zur Lizenzerlangung erforderliche zeitliche Aufwand, insbesondere in Bezug auf Recherchen, so dass es bei „enormem“ Zeitaufwand vielfach zu einem Vorrang der Interessen der Wissenschaftler kommen könne, die die Schranke über die Erleichterung ihrer Tätigkeit berücksichtigen will.¹⁵⁶⁵

Die Anforderungen variieren im Einzelnen. Was genau einen „besonderen“¹⁵⁶⁶ Zeitaufwand bzw. was einen „hinreichend leichten, schnellen und unkomplizierten“ Lizen-

¹⁵⁶¹ *Lauber/Schwipps*, GRUR 2004, 293, 297; *Bagh*, S. 164; ähnlich im Ergebnis auch *Suttorp*, S. 149, solange damit Vorteile gegenüber der offline-Nutzung erreicht werden.

¹⁵⁶² So etwa *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 67; *HK-UrhR*, § 52a Rn. 21; *Suttorp*, S. 146; *Bagh*, S. 164; *Sattler*, S. 192, laut der die Zumutbarkeit einer Lizenzeinholung vor allem aus Aktualitätsgründen und entsprechendem Zeitmangel fehlen kann.

¹⁵⁶³ Siehe Nr. 2 der Gemeinsamen Charta, abrufbar unter <http://www.bibliotheksverband.de/dbv/rechtsgrundlagen/Charta-UrhG.pdf>; kritisch dazu bereits *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 224.

¹⁵⁶⁴ Etwa *Schöwerling*, S. 234; *Suttorp*, S. 146.

¹⁵⁶⁵ *Bagh*, S. 163.

¹⁵⁶⁶ Darauf stellt *Suttorp*, S. 146, ab.

zerwerb¹⁵⁶⁷ ausmacht, bleibt notwendigerweise unklar, insbesondere soweit eine umfassende Abwägung der wechselseitigen Interessen befürwortet wird.¹⁵⁶⁸ Abgesehen von begrifflich bedingten Unschärfen wird am ehesten der bereits erwähnte Gesamtvertrag zu § 52a UrhG konkret, der nach entsprechenden Verhandlungen zumindest in einer Protokollnotiz feststellt, eine Lizenz sei in zumutbarer Weise angeboten, wenn sie sich auf den Teil des Werkes beziehe, der zur öffentlichen Wiedergabe bestimmt ist, und nicht auf das ganze Werk. Darüber hinaus müsse die Verfügbarkeit schnell und unproblematisch gewährleistet werden und die Lizenzierung müsse zu angemessenen Bedingungen erfolgen, wobei diese sich auch von den üblichen Bedingungen unterscheiden könnten, solange nicht von Missbrauch ausgegangen werden könne.¹⁵⁶⁹

Insbesondere die Verlegerseite tritt für einen entsprechenden Vorrang verlagsseitiger Lizenzangebote ein. So verwies der Börsenverein auf die große Verbreitung von verlagsseitigen Online-Abrufangeboten im Wissenschaftsbereich und stellte die Notwendigkeit der Schranke vor diesem Hintergrund generell in Frage.¹⁵⁷⁰ Als vom Gesetzgeber nicht aufgegriffenen konkreten Lösungsansatz schlug er vor, zumindest dort, wo nicht ohnehin ein Online-Angebot des jeweiligen Verlags existiert, für den wissenschaftlichen Bereich den Kopienversanddienst subito e.V. zum zentralen Lieferanten „für die Bestückung der Netzwerke von Bildungs- und Forschungseinrichtungen“ zu machen; im Sinne eines one-stop-shop-Modells war vorgesehen, dass subito e.V. ähnlich wie inzwischen beim lizenzbasierten elektronischen Kopienversand¹⁵⁷¹ die für die Nutzung fällige Gebühr einzieht und abzüglich gewisser Administrationskosten mit dem lizenzierenden Verlag abrechnet. Der – wohl durch den Verlag festzusetzende – Preis für die Lizenz hätte sich nach dem Umfang des Dokuments, der Zahl der berechtigten Netzwerknutzer, der Nutzungsdauer sowie – ganz entscheidend – dem Preis pro Seite und Zeiteinheit richten sollen. Sieht man in einer solchen Zentrallösung mit dem Börsenverein eine hinreichend zumutbare Lizenzierung, so hätte sich damit die Schranke des § 52a UrhG erledigt. Die dahinterstehende grundlegende Frage des Verhältnisses

¹⁵⁶⁷ Diese Terminologie wählt *Schöwerling*, S. 234, 237.

¹⁵⁶⁸ So *Bagh*, S. 163, ähnlich auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 12; *HK-UrhR*, § 52a Rn. 21.

¹⁵⁶⁹ So die Protokollnotiz Nr. 4 des Gesamtvertrags vom 28. September 2007, abgedruckt als Anhang G in *Beger*, S. 157, sowie abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/vereinbarungen/Gesamtvertrag_Ansprueche_52a.pdf; ähnlich schon *HK-UrhR*, § 52a Rn. 21, sowie *Beger*, in: *Hammwöhner/Rittberger/Semar* (Hrsg.), Festschrift Kuhlen, S. 138.

¹⁵⁷⁰ Börsenverein, Stellungnahme im Rahmen der zweiten Evaluierung des § 52a UrhG, 21. Dezember 2007, abrufbar auf den Seiten des Börsenvereins, S. 2.

¹⁵⁷¹ Siehe dazu noch unten Teil 3 E. IV.

zwischen Schranke und Marktangeboten wird gemeinsam mit den anderen Wissenschaftsschranken nochmals in Teil 4 der Arbeit untersucht.

5. Zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt

Die Zugänglichmachung ist nur gestattet, soweit sie zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Bezüglich des Begriffs der kommerziellen Zwecke der Endnutzer wird mangels Bedeutungsunterschiedes auf die Ausführungen im Rahmen des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG verwiesen.¹⁵⁷² Auch bei § 52a UrhG ist erneut auf den gegenwärtigen Charakter der jeweiligen wissenschaftlichen Tätigkeit und nicht auf die Finanzierungs- oder Organisationsform der jeweiligen Einrichtung abzustellen, so dass auch hier im Ergebnis Auftragsforschung zu kommerziellen Zwecken nicht privilegiert wird. Lediglich entferntere mittelbare wirtschaftliche Gesichtspunkte müssen wie bei der Wissenschaftskopie aufgrund eines Gegenschlusses aus den insoweit strengeren Formulierungen in anderen Schranken unberücksichtigt bleiben, um den Anwendungsbereich nicht übermäßig zu beschränken. Im Folgenden wird lediglich auf zwei Besonderheiten im Rahmen des § 52a UrhG eingegangen.

a) Ausschluss der kommerziellen Zugänglichmachung

Im Vergleich zur Konstellation bei der Wissenschaftskopie zum eigenen Gebrauch tritt bei § 52a UrhG neben die dortige Frage, ob der wissenschaftliche Endnutzer die Vervielfältigungen zu kommerziellen Zwecken verwendet, eine zusätzliche zweite Ebene. Nach ganz überwiegender und zutreffender Ansicht darf außer den Endnutzern, für deren nicht kommerzielle Forschung die Werke öffentlich zugänglich gemacht werden, auch derjenige, der zugänglich macht, seinerseits keine kommerziellen Zwecke verfolgen, etwa indem für die Zugänglichmachung selbst ein Entgelt verlangt wird, um darüber einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen.¹⁵⁷³ Unschädlich sind bloße Aufwandschädigungen oder Unkostenbeiträge, die nur der Kostenerstattung dienen.¹⁵⁷⁴

¹⁵⁷² Siehe dazu im einzelnen oben Teil 3 A. II. 7.

¹⁵⁷³ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 16; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 13; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 15; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 22, 36; *Suttorp*, S. 152f.; *Bagh*, S. 165.

¹⁵⁷⁴ So ebenfalls die ganz h.M., siehe zu den Einzelheiten übereinstimmend die vorangegangenen Fundstellen; gestützt wird dies mittelbar auch durch den Gedanken in Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2006/115/EG zum Vermiet- und Verleihrecht. Danach liegt keine unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche oder kommerzielle Nutzung (dann Vermietung) vor, wenn beim Verleihen durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung ein Entgelt gezahlt wird, dessen Betrag das für die Deckung der Verwaltungskosten der Einrichtung erforderliche Maß nicht überschreitet.

b) Keine eigenständige Bedeutung des Merkmals „gerechtfertigt“

Der Gesetzgeber hat in § 52a UrhG die Vorgabe des Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL („zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt“) wörtlich übernommen, während sie in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG abweichend umgesetzt wurde, da die Vervielfältigung dort keinen gewerblichen Zwecken „dienen“ darf. Auch für Datenbankwerke und Datenbanken stellt der Wortlaut der Datenbankrichtlinie darauf ab, ob die Vervielfältigung durch nicht kommerzielle Zwecke bzw. zu ihrer Verfolgung gerechtfertigt ist,¹⁵⁷⁵ während §§ 53 Abs. 5 S. 2, 87 c Abs. 1 Nr. 2 UrhG verlangen, dass der Gebrauch nicht zu gewerblichen Zwecken „erfolgt“.

Vereinzelt wird vertreten, dass dem Merkmal insoweit eigenständige Bedeutung zukomme, als über die Gebotenheit hinaus über eine Rechtfertigungsprüfung eine – erneute - Abwägung der Interessen des Urhebers sowie des Nutzers vorzunehmen sei.¹⁵⁷⁶ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass in den deutschen Normen bereits im Kriterium der Gebotenheit derartige Interessenabwägungen verankert sind. Der Gesetzgeber sieht zudem das Kriterium „geboten“ im Vergleich mit „gerechtfertigt“ als enger an, so dass durch eine zusätzliche Interessenabwägung keine weitere Beschränkung des Anwendungsbereichs zu erwarten wäre.¹⁵⁷⁷ In den Normen des UrhG kommt deshalb dem Kriterium keine eigenständige Bedeutung neben der Gebotenheit zu, sondern die Formulierung bringt lediglich sprachlich näher am Richtlinienwortlaut die Begrenzung auf den privilegierten Zweck zum Ausdruck.¹⁵⁷⁸ Der Gesetzgeber hätte ohne Bedeutungsunterschied auch die Wendungen bei Umsetzung der Datenbank-Richtlinie („nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt“) bzw. im Zweiten Korb („keinen gewerblichen Zwecken dient“) verwenden können,¹⁵⁷⁹ da darin angesichts des eigenständigen Merkmals der Gebotenheit kein Umsetzungsdefizit zu sehen ist.

¹⁵⁷⁵ Siehe Art. 6 Abs. 2 b) bzw. 9 b) Datenbank-RL.

¹⁵⁷⁶ Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn 22; die ähnlichen Erwägungen bei *v.Lewinsky*, in: *Walter* (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht, Datenbank-RL Art. 6 Rn. 33* beziehen sich nicht auf die deutsche Umsetzung, sondern auf den Richtlinienwortlaut, dem das zusätzliche Merkmal der Gebotenheit fehlt; dazu sogleich.

¹⁵⁷⁷ So *Suttorp*, S. 158, unter zutreffendem Verweis auf die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 13/7385, S. 66 f., sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung, ebd., S. 74.

¹⁵⁷⁸ *Hohagen*, S. 183; *Gounalakis*, Gutachten, S. 38, Fn. 92; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch, § 31 Rn. 68.

¹⁵⁷⁹ Dafür *Suttorp*, S. 158.

6. Quellenangabe nach § 63 UrhG

Auch bei § 52a UrhG ist gemäß § 63 Abs. 2 S. 2 UrhG die Quelle anzugeben, es sei denn, dies ist nicht möglich. Die Regelung wurde im Ersten Korb angesichts der Vorgaben in Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL eingefügt. Hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen kann im Wesentlichen auf die Ausführungen bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG verwiesen werden.¹⁵⁸⁰ Allerdings fehlen im Fall des § 52a UrhG die Pflichten zur Angabe des Verlags sowie von Kürzungen oder Änderungen. Während ersteres eine gewisse Erleichterung darstellt, dürfte mit Blick auf letzteres eine entsprechende Kennzeichnung zumindest bei vorgenommenen Änderungen oder Kürzungen ohnehin der Praxis entsprechen, soweit Werke für andere Personen wahrnehmbar gemacht werden. Anders als bei der Vervielfältigung zum bloßen eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, bei dem sich die Einbeziehung in die Pflicht zur Quellenangabe kritisch hinterfragen lässt,¹⁵⁸¹ ist sie im Rahmen des § 52a UrhG kein bloßer Formalismus, sondern schützt effektiv das Recht des Urhebers auf Anerkennung seiner Urheberschaft nach § 13 UrhG. Derjenige, der das Werk zugänglich macht, und diejenigen, die es nutzen, sind nicht deckungsgleich und eine ausreichende Quellenangabe deshalb erforderlich.

Die Pflicht zur Quellenangabe entfällt nur, wenn sie nicht möglich ist. Während es bei anderen Formen der öffentlichen Wiedergabe praktische Schwierigkeiten geben mag und nicht zuletzt deshalb dort auch auf die Verkehrssitte abgestellt wird, ist es im Fall der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG leicht möglich, die Quellenangabe hinreichend deutlich vorzunehmen. Zumindest im Zusammenhang mit dem für den Abruf zu nutzenden Link lassen sich Quellenangaben bereithalten, und zumindest bei Schriftwerken wird es häufig möglich sein, sie sogar innerhalb der abzurufenden Datei zu ergänzen, soweit die Informationen nicht ohnehin bereits darin vorhanden sind.¹⁵⁸² Davon zu trennen sind Fälle, in denen die Quelle dem Nutzer unbekannt ist. In diesem Fall treffen ihn entsprechende Recherchepflichten.¹⁵⁸³ Ob angesichts der unterschiedlichen Formulierung in Abs. 1 und Abs. 2 UrhG hier ein deutlich höherer Rechercheaufwand zu fordern ist, erscheint zweifelhaft. Letztlich sind für die

¹⁵⁸⁰ Siehe oben Teil 3 A. II. 9. c).

¹⁵⁸¹ Siehe oben Teil 3 A. II. 9. b).

¹⁵⁸² Vgl. *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 63 Rn. 19; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 25.

¹⁵⁸³ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 63 Rn. 25 f; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 Rn. 27; *Schrickerl Dietz*, § 63 Rn. 18a.

anzustellenden Zumutbarkeitserwägungen im Ergebnis ähnliche Kriterien heranzuziehen wie auch bei der Regelung in Abs. 1.¹⁵⁸⁴

7. Annexvervielfältigung nach Abs. 3

Abs. 3 erklärt für die Fälle des Abs. 1 auch die zur öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen für zulässig, die sogenannten Annexvervielfältigungen. Damit wird berücksichtigt, dass für die Zugänglichmachung insbesondere vorgelegte Vervielfältigungshandlungen nötig sind, nicht zuletzt um etwa ein bislang analog vorhandenes Werkstück zum Abruf bereitzuhalten. Dazu gehören nach inzwischen weitgehend einhelliger Auffassung bereits das Einscannen eines solchen Werkes und die Datenspeicherung auf dem Server des Anbieters zum Zweck des Abrufs sowie die für die Wahrnehmung erforderlichen Vervielfältigungen auf Seiten des Abrufenden.¹⁵⁸⁵

a) Abgrenzung von § 53 UrhG und Schrankenketten

Im Gesetzgebungsverfahren wurde durch geringfügige Veränderungen klargestellt, dass über § 52a Abs. 3 UrhG nur die für die Zugänglichmachung als solche erforderlichen Vervielfältigungen abgedeckt sind, nicht aber mögliche Vervielfältigungen für Folgenutzungen, wie vom Nutzer vorgenommene Ausdrücke, dauerhafte Speicherungen oder ähnliches. Deren Zulässigkeit richtet sich nach möglichen sonstigen Schranken, insbesondere nach § 53 Abs. 2 und 3 UrhG.¹⁵⁸⁶ Die zunächst weitere Fassung des Regierungsentwurfs ließ sich insbesondere angesichts der Erläuterungen noch so verstehen, als seien die dort ausdrücklich genannten „lokalen Speicherungen oder Ausdrücke“, für die auch auf Seiten des Abrufenden ein berechtigter Bedarf bestehen könne, gerade über § 52a Abs. 3 UrhG gerechtfertigt.¹⁵⁸⁷ Der Rechtsausschuss hat die

¹⁵⁸⁴ Im Ergebnis ebenso *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 63 Rn. 16; *Schricker/Dietz*, § 63 Rn. 18f; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 63 Rn. 15; siehe dazu oben Teil 3 A. II. 9. c). cc).

¹⁵⁸⁵ Vgl. etwa *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 52a Rn. 18; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 19; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 16; *Bagh*, S. 176 f.; ausführlich auch zum Verhältnis zu § 44a UrhG *Suttorp*, S. 175 ff.; siehe zur Zulässigkeit der Digitalisierung analoger Werke auch die gemeinsame Charta zum Verständnis von § 52a UrhG, abrufbar unter www.urheberrecht.org; gegen letzteres allerdings *Sattler*, S. 194.

¹⁵⁸⁶ Vgl. Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34; im Ergebnis ganz h.M.; siehe statt vieler *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 16; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52a Rn. 19; ausführlicher *Suttorp*, S. 181, sowie *Bagh*, S. 178 f.

¹⁵⁸⁷ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurf vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 7, 20; entsprechend auch das Verständnis des Bundesrates, abgedruckt ebd. als Anlage 2, S. 35.

Annexvervielfältigungen dann jedoch auf die „zur öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen“ Vervielfältigungen beschränkt, um „Überschneidungen“ mit den Regelungen des § 53 UrhG zu beseitigen: „Der Rahmen für die Zugänglichmachung nicht erforderlicher, *aber nach anderen Vorschriften zulässiger Vervielfältigungshandlungen* wird für den hier angesprochenen Bereich des Unterrichts und der Wissenschaft insbesondere von § 53 Abs. 2 und 3 bestimmt.“¹⁵⁸⁸ Dass Wissenschaftler von den für sie zunächst über § 52a UrhG zugänglich gemachten Werken Vervielfältigungen anfertigen dürfen und sich dabei auf § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG stützen können, dürfte zumindest vor dem Hintergrund der dargestellten Gesetzesgenese außer Zweifel stehen und entspricht der Praxis.¹⁵⁸⁹ In diesen Fällen kommt es somit zur hintereinander geschalteten Anwendung mehrerer Schranken, sogenannten „Schrankenketten“.¹⁵⁹⁰

b) Vorratsvervielfältigungen

Unklarheiten bestehen in Bezug auf sogenannte Vorratsvervielfältigungen, also Kopien von Werken, die statt in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang dazu bereits im Vorfeld des Unterrichts oder der wissenschaftlichen Forschung angefertigt werden. Praxisnahes Beispiel ist ein Aufsatz, den der Hochschullehrer für seine Lehre für relevant hält, ohne es bereits einer konkreten Vorlesung mit dem sich erst daraus ergebenden bestimmt abgegrenzten Personenkreis zuordnen zu können.¹⁵⁹¹ Die bestehende Rechtslage wird allgemein so ausgelegt, dass derartige Vervielfältigungen auf Vorrat ohne Bezug zu einem bereits konkretisierten Unterrichts- oder Wissenschaftszweck die Grenzen des § 52a Abs. 3 UrhG überschreiten, da sie (noch) nicht zum Zweck der eventuellen späteren öffentlichen Zugänglichmachung erforderlich sind und zum Zeitpunkt der Vervielfältigung noch nicht alle Voraussetzungen des § 52a UrhG vorliegen; das Recht der Annexvervielfältigung sei insoweit angesichts der Gesetzesbegründung gerade nicht als eigene Schranke neben § 53 Abs. 2 oder 3 anzusehen.¹⁵⁹²

Abhilfe schaffen können hier jedoch teilweise die Tatbestände des § 53 UrhG. Zwar stellt § 53 Abs. 6 UrhG klar, dass eine zum eigenen Gebrauch angefertigte Kopie we-

¹⁵⁸⁸ Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34.

¹⁵⁸⁹ Im Rahmen des § 52a UrhG wird die Problematik soweit ersichtlich nicht diskutiert.

¹⁵⁹⁰ Den Begriff verwenden im Zusammenhang mit § 52b UrhG etwa *Berger*, GRUR 2007, 754, 756; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 13.

¹⁵⁹¹ Vgl. für ein anschauliches Beispiel aus dem Schulbereich *Sieber*, in: *Sieber/Hoeren*, Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 54 f.

¹⁵⁹² *v. Bernuth*, ZUM 2003, 438, 443; *Sieber*, in: *Sieber/Hoeren*, Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 55; *Suttorp*, S. 182; *Schöwerling*, S. 252 f., *Sattler*, S. 194 f.

der verbreitet noch zur öffentlichen Wiedergabe verwendet werden darf. Dies schränkt jedoch lediglich die unmittelbare Reichweite der Vervielfältigungsschranke ein und bedeutet nicht, dass auch jede nachfolgende Nutzung ausgeschlossen ist, soweit sie ihrerseits von weiteren Schranken der §§ 44a ff. gedeckt ist.¹⁵⁹³ Ein Rückgriff auf die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch ist dann möglich, wenn ein Hochschullehrer ein später auch in der Lehre einzusetzendes Werk zunächst auch für seinen eigenen wissenschaftlichen Gebrauch benötigt, zumal zum wissenschaftlichen Gebrauch gerade die Vorbereitung der Lehrtätigkeit gehört.¹⁵⁹⁴ Ähnliche Konstellationen sind mit Blick auf die Alternative der wissenschaftlichen Forschung denkbar, soweit, wie im Regelfall, Berührungspunkte zwischen der eigenen und der innerhalb des abgegrenzten Personenkreises betriebenen Forschung bestehen. Von dem dann bereits vorhandenen, auch digital zulässigen Werkexemplar dürfen bei konkretem Bedarf für eine Zugänglichmachung nun erforderliche Vervielfältigungen zum Upload vorgenommen werden.

Für den schulischen Unterricht wurde vor dem Zweiten Korb auf die zuvor nach einer Ansicht weniger privilegierte Situation der sonstigen Lehrenden ohne Wissenschaftsbezug verwiesen, denen statt der auch digital zulässigen Wissenschaftskopie lediglich die nur analog zulässige Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) in Verbindung mit S. 3 und 2 UrhG verbleibe, so dass ein Lehrer aufgrund der Regelung - kaum mediengerecht - gezwungen wäre, ein erst später benötigtes Werk zunächst auszudrucken, während das erneute Einscannen vor dem konkreten Gebrauch als dann zulässige Annexvervielfältigung über § 52a Abs. 3 UrhG gestattet sei.¹⁵⁹⁵ Nicht in Erwägung gezogen wurde bei dieser Argumentation offenbar die ebenfalls digital zulässige Vervielfältigung nach § 53 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 UrhG zu Unterrichtszwecken. Diese ist seit der Veränderung des Zweiten Korbes zum Zweck der „Veranschaulichung *des* Unterrichts“ zulässig und nun auch nach dem Wortlaut nicht länger auf Nutzungen „im“ Unterricht beschränkt.¹⁵⁹⁶ Der Unterrichtsgebrauch bei § 53 Abs. 3 UrhG umfasst damit jedenfalls nach der Reform auch dessen Vor- und

¹⁵⁹³ So auch Dreier, in: Dreier/Schulze, § 53 Rn. 53; siehe schon oben Teil 3 A. II. 8.

¹⁵⁹⁴ Siehe schon oben Teil 3 A. II. 2. d); Dreier, in: HK-UrhR, § 53 Rn. 51.

¹⁵⁹⁵ So Sieber, in: Sieber/Hoeren, Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 55 f.; Sieber, MMR 2004, 715, 716; Schöwerling, S. 253.

¹⁵⁹⁶ Siehe dazu schon oben Teil 3 C. II. 3.

Nachbereitung,¹⁵⁹⁷ also insbesondere auch die Verwendung zu Lehrzwecken einschließlich der Vervielfältigungen, die sich ein Lehrer zur Vor- oder Nachbereitung des Unterrichts anfertigt.¹⁵⁹⁸ Sofern man nicht schon vor der sinnvollen Wortlautanpassung aus teleologischen Erwägungen zum gleichen Ergebnis kam, existiert spätestens nach dem Zweiten Korb auch für den Schulunterricht eine Norm, die eine vorbereitende digitale Vervielfältigung gestattet, wenn sie der Veranschaulichung des Unterrichts dient. Auf die darüber legitimierten kopierten Dateien kann die Lehrperson zurückgreifen, wenn sie die über § 52a UrhG erlaubten Annexvervielfältigungen zur Zugänglichmachung vornimmt.

Gerade nach der Neufassung des § 53 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 UrhG erscheint dennoch eine gesetzliche Klarstellung auch bei § 52a Abs. 3 UrhG nicht zuletzt aus systematischen Gründen sinnvoll. Dies gilt zunächst für die hier gleichermaßen vorzugswürdige Wendung „Veranschaulichung *des* Unterrichts“. ¹⁵⁹⁹ Zudem sollte auch in § 52a Abs. 3 UrhG eine im Gesamtergebnis klarstellende Änderung zu Annexvervielfältigungen vorgenommen werden. Sie sollten ausdrücklich auch dann gestattet sein, wenn zum Zeitpunkt der Vervielfältigung ihre Verwendung zur privilegierten Zugänglichmachung bereits beabsichtigt ist, die konkreten Umstände der Zugänglichmachung aber noch nicht hinreichend bekannt sind, um insbesondere den Anforderungen an den bestimmt abgegrenzten Personenkreis zu genügen; dabei sollte die zusätzliche einschränkende Voraussetzung keinerlei weiterer Verwendung der Vorratsvervielfältigung gelten.¹⁶⁰⁰ Zu § 53 Abs. 3 S. 1 UrhG entstünde eine sinnvolle Parallele, da in beiden Fällen Unterrichtsvorbereitungen ausdrücklich erfasst würden. Für die Zugänglichmachung zu Forschungszwecken würden Fälle vermieden, in denen eine vorbereitende Annexvervielfältigung daran scheitern kann, dass bei arbeitsteiligem Vorgehen derjenige, der die Zugänglichmachung vorbereitet, sich seinerseits nicht auf eigene wissenschaftliche Forschung berufen kann. Vor allem aber würde durch die Ergänzung die Frage nach der Zulässigkeit auch digitaler vorbereitender Annexvervielfältigungen nicht über den umständlichen Rückgriff auf Vervielfältigungsschranken beantwortet, sondern inner-

¹⁵⁹⁷ So ausdrücklich Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 4.7.2007, BT-Drs. 16/5939, S. 44f.

¹⁵⁹⁸ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 39; Lüft, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53 Rn. 39.

¹⁵⁹⁹ Siehe dazu schon oben, Teil 3 C. II. 3.c).

¹⁶⁰⁰ Im Ergebnis auch Sieber, in: *Sieber/Hoeren*, Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 56; Sieber, MMR 2004, 715, 716. Für die Zulässigkeit der Vorratsvervielfältigung auch Vedder, Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung, S. 631.

halb des § 52a Abs. 3 UrhG selbst. Eine mögliche Formulierung¹⁶⁰¹ könnte danach lauten:

Zulässig sind in den Fällen des Absatzes 1 auch die zur öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen, einschließlich vorbereitender Vervielfältigungen, die für eine später beabsichtigte öffentliche Zugänglichmachung in diesen Fällen erforderlich sind und die für keine anderweitige Nutzung verwendet werden.

III. Vergütungspflicht nach § 52a Abs. 4 UrhG

Für die öffentliche Zugänglichmachung nach § 52a UrhG ist nach Abs. 4 eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Die VG Wort lässt sich die entsprechenden Vergütungsansprüche seit 2004 einräumen.¹⁶⁰²

Nach dem Regierungsentwurf sollte zunächst nur die Forschungsvariante vergütungspflichtig sein, da die Unterrichtsvariante auf einen engeren Kreis der jeweiligen Unterrichtsteilnehmer begrenzt und eine Vergütungspflicht aus Gründen der Praktikabilität nicht erforderlich sei und zudem vergütungspflichtige Geräte verwendet würden.¹⁶⁰³ Nachdem der Bundesrat auf die darin liegende Ungleichbehandlung von analogen und digitalen Nutzungen im Schulbereich und auf mögliche Vergütungsrückgänge bei Verlagerungen in den digitalen Bereich verwiesen hatte, wurden schließlich beide Varianten vergütungspflichtig ausgestaltet.¹⁶⁰⁴ Dabei werden die technisch für die Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen von der Vergütung mit erfasst.¹⁶⁰⁵

Die nähere Ausgestaltung der Vergütung im Bereich der Wissenschaft ist bis heute von schwierigen Verhandlungen gekennzeichnet, die nicht zuletzt durch die Unklarheiten über eine Verlängerung der befristeten Schrankenregelung erschwert wurden, während umgekehrt die fehlende Einigung über die Vergütung die Auseinandersetzungen über die Verlängerung des § 52a UrhG beeinflusst hat.¹⁶⁰⁶ Zur Abgeltung der

¹⁶⁰¹ Siehe dazu auch schon *Köcher/Bajon/Beger/Höfinger*, Stellungnahme Aktionsbündnis, S. 120.

¹⁶⁰² § 1 Nr. 22 ihres Wahrnehmungsvertrages, abrufbar auf den Seiten der VG Wort, www.vgwort.de.

¹⁶⁰³ Begründung des Regierungsentwurfs vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 20.

¹⁶⁰⁴ Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 18; gegen eine Ungleichbehandlung und für eine allgemeine Vergütungspflicht auch *Hoeren*, Stellungnahme §52a UrhG, S. 6.

¹⁶⁰⁵ Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 9.4.2003, BT-Drs. 15/837, S. 34; vgl. auch *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52a Rn. 47; siehe auch *Suttorp*, S. 185.

¹⁶⁰⁶ Siehe dazu bereits oben, Teil 3 C. I. 3.

Nutzung in Schulen existiert seit dem 26.6.2007 ein Gesamtvertrag zwischen Ländern und Verwertungsgesellschaften unter Einbeziehung der VG Wort.¹⁶⁰⁷ Danach zahlen die Länder für den Zeitraum von 2003 bis Ende des Schuljahres 2008/2009 an sämtliche Verwertungsgesellschaften eine Pauschale von € 1,9 Mio. Für die Folgezeit sind aufgrund einer Erhebung an 10% aller Gymnasien über die tatsächliche Intranetnutzung urheberrechtlich geschützter Werke neue Verhandlungen über die Vergütungshöhe vorgesehen.¹⁶⁰⁸ Der zeitgleich verhandelte Gesamtvertrag für die Intranetnutzung an Hochschulen vom 28. 9. 2007 kam demgegenüber nur unter Ausschluss der VG Wort zustande, nachdem die in ihr vertretenen Verleger die ausgehandelte Vergütung als zu niedrig angesehen und die VG Wort nicht zum Abschluss des Vertrages bevollmächtigt hatten. In der Folge nimmt der Vertrag Sprachwerke ausdrücklich vom Vertragsgegenstand aus.¹⁶⁰⁹ Dadurch wird seine Bedeutung erheblich gemindert, da im Hochschul- und Forschungsbereich der Anteil des Repertoires der VG Wort an den über § 52a UrhG zugänglich gemachten Werken von den Ländern auf 60% geschätzt wird.¹⁶¹⁰ Dennoch werden die Grundzüge des Gesamtvertrags Hochschulen im Folgenden dargestellt.

§ 4 sieht eine werkbezogene Vergütung vor, die für die Zugänglichmachung im Rahmen der Forschung 4 Euro beträgt. Im Rahmen des Unterrichts ist die Vergütungshöhe nach der Anzahl der Teilnehmer gestaffelt. Sie beträgt etwa bei bis zu 20 Teilnehmern 1,80 Euro und zwischen 101 und 250 Teilnehmern 5,00 Euro, mit einer weiteren Erhöhung um 1 Euro je weitere 250 Teilnehmer. Für die Nutzung von Audio- und audiovisuellen Werken verdoppelt sich die Vergütung. Zwecks werkspezifischer Abrechnung verlangt § 5 die Übermittlung der dafür erforderlichen Informationen entsprechend einer von den Verwertungsgesellschaften bereitgestellten Eingabemaske. Für eine Übergangszeit bis Ende 2008¹⁶¹¹ sieht § 8 als Übergangsregelung statt einer werkspezifischen Abrechnung die Zahlung von jährlichen Pauschalen in Höhe von insgesamt € 2,25 Mio. vor. Der Vertrag enthält zudem in § 11 die Vereinbarung, Neuverhandlungen

¹⁶⁰⁷ Vgl. die Pressemitteilung der Kultusministerkonferenz, abrufbar unter <http://www.kmk.org/presse-und-aktuelles/pm2007/rechtssicherheit-fuer-schulen.html>.

¹⁶⁰⁸ Vgl. den Bericht des Vorstands der VG Wort über das Geschäftsjahr 2007, S. 6, abrufbar unter www.vgwort.de.

¹⁶⁰⁹ Siehe § 1 des Gesamtvertrags zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52a UrhG vom 28. September 2007, abgedruckt als Anhang G in *Beger*, S. 157, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/vereinbarungen/Gesamtvertrag_Ansprueche_52a.pdf.

¹⁶¹⁰ Vgl. den Bericht des Vorstands der VG Wort über das Geschäftsjahr 2007, S. 6.

¹⁶¹¹ Dies entspricht dem zwischenzeitlichen Ende des Anwendungszeitraums des § 52a UrhG vor seiner späteren erneuten Verlängerung.

aufzunehmen, sobald sich aufgrund der Zahlen über das tatsächliche Aufkommen ergibt, dass die zugrundegelegten Annahmen in erheblichem Maße unzutreffend sind. In einem Folgevertrag soll unter anderem über eine weitere Differenzierung je nach Aktualität verhandelt sowie eventuell die Unterscheidung der Vergütung nach Teilnehmerzahlen weniger differenziert ausgestaltet oder sogar zu einer pauschalierten Abgeltung übergegangen werden.

Statt einer Einbeziehung in den Gesamtvertrag Hochschulen existiert für das im Wissenschaftsbereich bedeutende Repertoire der VG Wort lediglich ein bereits im Juni 2005 festgesetzter Tarif für Hochschulen, nicht gewerbliche Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie Einrichtungen der Berufsbildung, der eine Vergütung von 12,5 Cent pro Seite und Unterrichtsteilnehmer bzw. Mitarbeiter an einem Forschungsprojekt vorsieht.¹⁶¹² Geht man für ein einfaches Rechenbeispiel von einem Seminar mit 20 Teilnehmern und einem 20-seitigen Artikel aus, ergibt sich daraus eine Vergütung von 50 Euro, bei einer Vorlesung mit 200 Teilnehmern eine Vergütung von 500 Euro für die Zugänglichmachung dieses Artikels. Dies entspricht dem Hundertfachen des ohne Beteiligung der VG Wort abgeschlossenen Gesamtvertrags, was veranschaulicht, wie weit die Auffassungen über die Höhe einer angemessenen Vergütung auseinanderliegen. Der Tarif der VG Wort wurde seinerseits von der Kommission Bibliothekstantieme der Kulturministerkonferenz als zu hoch abgelehnt. Die entstandene Konstellation einer seit Einführung des § 52a UrhG erfolgenden Nutzung ohne die gesetzlich vorgeschriebene Vergütung wurde zu Recht heftig kritisiert.¹⁶¹³

Erst Ende 2008 kam es zu einem Schiedsstellenverfahren, in dem die Länder beantragten, den mit den übrigen Verwertungsgesellschaften geschlossenen Gesamtvertrag auch für einen parallelen Vertragsabschluss mit der VG Wort als Einigungsvorschlag zu unterbreiten.¹⁶¹⁴ Der Einigungsvorschlag der Schiedsstelle setzte sich in der Begründung ausführlich mit der Musterkalkulation der VG Wort auseinander, nach der der Tarif so zu bemessen sei, dass die Schrankenvergütung jenen geschätzten Umsatzverlust ausgleiche, der durch die Schrankennutzung verursacht werde, weil etwa Unterrichts-

¹⁶¹² Bekanntgemacht im Bundesanzeiger Nr. 110 vom 16. Juni 2005, S. 9095.

¹⁶¹³ Vgl. etwa *v. Lucius*, ZfBB 2008, 269, 270; siehe auch *Hogrefe*, SZ vom 7.7.2008, S. 14: „bis heute kein einziger Cent für Textwerke im Hochschulbereich geflossen“, obwohl dies den Hauptanteil der genutzten Werke betreffe.

¹⁶¹⁴ Gesamtvertragsverfahren der Schiedsstelle nach dem Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten beim DPMA, Az: Sch-Urh 22/08, vom 9. 12. 2008.

teilnehmer aufgrund der öffentlichen Zugänglichmachung auf den Erwerb eines Lehrbuchs verzichteten.¹⁶¹⁵ Die Schiedsstelle schloss sich dieser Musterkalkulation sowie dem Kompensationsgedanken dem Grunde nach an. Es sei nachvollziehbar, dass etwa die öffentliche Zugänglichmachung von Teilen eines Buches dazu führen könne, dass Nutzer auf dessen käuflichen Erwerb verzichten. Dies gelte gerade bei Textwerken im Bereich des Unterrichts und der Forschung, wo der potentielle Käufer häufig nur an bestimmten Textstellen interessiert sei. Deshalb sei entgegen der Auffassung der Länder eine Hochrechnung dessen, was für andere Werkbereiche nach dem abgeschlossenen Gesamtvertrag möglicherweise noch angemessen sei, im Bereich wissenschaftlicher Textwerke nicht angemessen. Zudem sei, soweit technisch möglich, eine Ausrichtung der Vergütung am tatsächlichen Nutzungsumfang einer Pauschalierung vorzuziehen.¹⁶¹⁶

In der Höhe korrigiert die Schiedsstelle die Vergütung aus zwei Gründen nach unten. Zum einen sei einzubeziehen, dass die öffentliche Zugänglichmachung nicht nur teilweise den Kauf substituieren, sondern in einigen Fällen wegen des „Werbeeffekts“ der Leseprobe umgekehrt auch zum Kauf anreize. Zum anderen sei die Vergütung von der VG Wort zu hoch angesetzt, weil sie auf den für eine nach ihren Schätzungen zur Kompensation erforderlichen Betrag eine 20%-tige Erhöhung im Sinne eines nicht anwendbaren Gesamtvertragsrabatts aufgeschlagen habe, um ihren Tarif zu berechnen. Es sei jedoch rechtsfehlerhaft, die als angemessen errechnete Vergütung im Tarif um 20% zu erhöhen. Stattdessen sei vielmehr der angemessene Vergütungssatz im Gesamtvertrag im Sinne eines Rabatts auf den Tarif um die üblichen 20% zu verringern.

Im Ergebnis kommt die Schiedsstelle unter Beibehaltung der sonstigen Annahmen der VG Wort zu einem Vergütungssatz von 6,4 Cent pro Seite und Unterrichtsteilnehmer, also in etwa der Hälfte des Tarifs der VG Wort.¹⁶¹⁷ Im oben gewählten Beispiel einer Vorlesung mit 200 Teilnehmern und 20 Seiten läge die Gebühr somit bei 256 Euro und damit beim Einundfünzigfachen der Vergütung des Gesamtvertrages mit den übrigen Verwertungsgesellschaften.

Kritisch anzumerken ist dabei, dass den Musterkalkulationen abgesehen von den erhaltenen Schätzungselementen („von 150 Teilnehmern kaufen ohne 52a-Nutzung 50 ein Lehrbuch, mit 52a-Nutzung jedoch nur noch 20 bzw. 27 Teilnehmer“) ein hohes

¹⁶¹⁵ Siehe zu den Einzelheiten der Musterkalkulation der VG Wort S. 10 der Schiedsstellenbegründung.

¹⁶¹⁶ Siehe Schiedsstellenbegründung, S. 13 ff.

¹⁶¹⁷ Siehe im Detail die Schiedsstellenbegründung, S. 14 ff.

Maß an Zufälligkeit innewohnt. Geht man statt des angesetzten Lehrbuchpreises von 78 € etwa von einem deutlich geringeren Werkpreis aus, verringert sich mit den Einnahmeverlusten auch die zur Kompensation erforderliche Vergütung pro Seite ganz erheblich. Veranschlagt man statt 80 Seiten wie in der Musterkalkulation eine geringere Seitenzahl, muss sich rechnerisch der Vergütungssatz pro Seite für eine Gesamtkompensation erhöhen. Das verdeutlicht, dass sich rein mathematisch je nach Grundannahme nahezu jeder Vergütungssatz errechnen lässt und stellt gleichzeitig das Ziel der Gesamtkompensation im Einzelfall in Frage, weil jeder wohl notwendiger Weise feste Vergütungssatz im Ergebnis in der Mehrzahl der Fälle entweder zu Unter- oder zu Überkompensation führt.

Der Einigungsvorschlag der Schiedsstelle wurde von den Ländern wegen der noch immer als zu hoch empfundenen Vergütung nicht angenommen. Die VG Wort hat daraufhin Klage erhoben. Auf Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz wurde verzichtet, nachdem eine Einigung über eine einstweilige Nutzungserfassung getroffen werden konnte, um für den Zeitraum bis zum Abschluss des Verfahrens gegebenenfalls eine einzelfallbezogene rückwirkende Vergütung bewerkstelligen zu können. Der Ausgang des gerichtlichen Verfahrens bleibt abzuwarten.

Die Festlegung des konkreten angemessenen Vergütungssatzes für die öffentliche Zugänglichmachung nach § 52a UrhG im Hochschulbereich ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. Die überblicksartige Darstellung der bisherigen kontroversen Auseinandersetzungen zwischen den Beteiligten verdeutlicht jedoch die Problematik, konkrete konsensfähige Maßstäbe für eine angemessene Höhe zu finden, die der wichtigen Bedeutung der Vergütung als Ausgleich für die Schrankennutzung gerecht werden, die dabei aber gleichzeitig auch die mit der Schranke verfolgten Zielsetzungen nicht über überhöhte Vergütungsforderungen konterkarrieren. In jedem Fall ist zu hoffen, dass in absehbarer Zeit eine Vergütungsvereinbarung auch für den Hochschulbereich gefunden wird, gegebenenfalls auch im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens.

IV. Zusammenfassung und Fazit

§ 52a UrhG bleibt wegen seiner erneuten Befristung und der durchzuführenden dritten Evaluierung auf der rechtspolitischen Agenda. Angesichts der großen Aufmerksamkeit, die der Schranke in den bisherigen Diskussionen zukam, muss erneut darauf hingewiesen werden, dass es sich bei § 52a UrhG nicht um eine allgemeine Zugriffs-

schranke zugunsten der Informationsfreiheit handelt,¹⁶¹⁸ sondern sie nur in ihrem eng begrenzten Anwendungsbereich den Informationsaustausch und den gemeinsamen Informationszugriff innerhalb von Forscherteams erleichtern soll. Die weitere Praxis wird zeigen müssen, welche Bedeutung der Norm rechtstatsächlich zukommt, deren Praktikabilität wegen ihrer engen Voraussetzungen und der technischen und organisatorischen Anforderungen teilweise zu Recht in Frage gestellt wird.¹⁶¹⁹ Im Einklang mit den Richtlinienvorgaben ist die Schranke zumindest durchsetzungsstark ausgestaltet, allerdings gilt auch hier die entsprechende Ausnahme für Online bereitgestellte Werke.¹⁶²⁰ Befürwortet wird, im Zusammenhang mit einer Entfristung der Norm einige Anpassungen vorzunehmen, nachdem im Zweiten Korb keine inhaltlichen Änderungen erfolgten, um die dortige Diskussion um die Verlängerung der Befristung nicht weiter zu belasten.

Für den Zweck der Veranschaulichung im Unterricht ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber klarstellend wie in anderen Vorschriften die Veranschaulichung *des* Unterrichts privilegiert. Dies würde der bereits jetzt aus teleologischen und systematischen Gründen zu Recht überwiegenden Auffassung entsprechen, nach der § 52a UrhG weder örtlich noch zeitlich an den Präsenzunterricht gebunden ist. Die Bereichsausnahme für Schulmaterialien sollte allein auf die Unterrichtsschranke begrenzt werden und nicht auch für die Forschungsschranke gelten. Dafür spricht als systematisches Argument der so herbeizuführende Gleichlauf mit den Regelungen in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 S. 1 Nr. 1 UrhG. Die Karenzzeit für Filmwerke in § 52a Abs. 2 S. 2 UrhG ist zwar bereits derzeit im Wege der Auslegung nur auf Kinofilme anwendbar, hier erscheint jedoch eine klarstellende Regelung ebenfalls wünschenswert. Eine Bereichsausnahme für wissenschaftliche Werke besteht zu Recht nicht. Der Begriff der Bereichsausnahme erscheint insoweit als Euphemismus und käme für wissenschaftliche Nutzer einer weitgehenden Abschaffung der Schranke gleich.

Die sogenannten Annexervielfältigungen nach § 52a Abs. 3 UrhG sind von Verervielfältigungshandlungen im Zusammenhang mit Folgenutzungen abzugrenzen, deren Zulässigkeit sich nach der einschlägigen Schranke richtet, also insbesondere nach § 53

¹⁶¹⁸ So auch *Ohly*, Innovation, S. 297; *Spindler*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, 296.

¹⁶¹⁹ Siehe etwa die Kritik bei *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 824; *Kreutzer*, in: *Hofmann* (Hrsg.), Wissen und Eigentum, S. 119; *Kuhlen*, in: *Peifer/Gersmann* (Hrsg.), Kopernikanische Wende, S. 162.

¹⁶²⁰ Siehe dazu schon oben Teil 2 D. II.

Abs. 2 und 3 UrhG. Eine im Endergebnis nach hier vertretener Ansicht weitgehend klarstellende Anpassung sollte der Gesetzgeber vornehmen, indem er auch vorbereitende Vervielfältigungen in § 52a Abs. 3 UrhG gestattet, soweit sie für eine bereits beabsichtigte öffentliche Zugänglichmachung erforderlich sind und für keine anderweitige Nutzung verwendet werden.

Der Begriff der Forschung ist aufgrund systematischer und teleologischer Argumente weit auszulegen und im Vergleich zum wissenschaftlichen Gebrauch nicht als tatbestandliche Verengung des Anwendungsbereichs anzusehen. Sollte sich mit einer Gegenauffassung ein anderes Verständnis etablieren, erschiene eine Klarstellung des Gesetzgebers wünschenswert.

Ansonsten enthält § 52a UrhG eine Vielzahl von Beschränkungen, um den Interessen der Rechteinhaber gerecht zu werden. Dies gilt insbesondere für die quantitativen Begrenzungen. Sie weisen Parallelen zur Unterrichtsalternative des § 53 Abs. 3 UrhG auf, an denen sich der Gesetzgeber orientiert hat. Für die Forschungsalternative stellen sie eine vergleichsweise weitreichende Beschränkung dar. Während die diskutierten Grenzwerte im Unterrichtsbereich als Richtwerte sachgerecht erscheinen, greift eine unterschiedslose Übertragung auf den Forschungsbereich zu kurz. Die auch im Gesetzeswortlaut erkennbare Privilegierung dieser Variante sollte stärker zum Ausdruck kommen. Die Binnendifferenzierung bei § 53 UrhG mit weitergehender Privilegierung wissenschaftlicher Zwecke sollte auch im Rahmen des § 52a UrhG erhalten bleiben, soweit das nach dem Wortlaut möglich ist. Während der Gesamtvertrag „Hochschulen“ ansonsten teilweise zu sachgerechten Ergebnissen kommt, erscheint vor diesem Hintergrund die mit 33% zu niedrig angesetzte Obergrenze eines Werkteils überarbeitungsbedürftig. Gleiches gilt für die teilweise in der Literatur vorgenommene Übertragung des Begriffsverständnisses bei Werken von geringem Umfang aus dem Kontext des § 46 UrhG. Mit Blick auf nicht textbasierte Werke wie Lichtbilder, Lichtbildwerke, Abbildungen und ähnliche in der Wissenschaft bedeutsame Werkarten sollte der Gesetzgeber zudem eine entsprechende Klarstellung erwägen, soweit sich nicht durch die zu begrüßende Einbeziehung in den Gesamtvertrag eine entsprechende Praxis entwickelt oder sich das auch hier vertretene Verständnis anderweitig durchsetzt, nach dem diese von § 52a UrhG als Werke geringen Umfangs erfasst sind.

Eine erhebliche Begrenzung erfolgt über das Kriterium des bestimmt abgegrenzten Kreises von Zugriffsberechtigten im Vergleich zur allgemeinen Öffentlichkeit. Gleichzeitig enthält es keine absoluten zahlenmäßigen Obergrenzen. Angesichts der Vielschichtig-

keit wissenschaftlicher Forschung fällt die genaue Abgrenzung hier schwerer als bei der klareren Vorgabe der jeweiligen Unterrichtsteilnehmer. Sie kann nur einzelfallbezogen erfolgen und muss dabei die besonderen Bedürfnisse kooperativen wissenschaftlichen Arbeitens berücksichtigen, das intra- und interinstitutionell organisiert sein kann. § 52a UrhG verlangt, dass der nach inhaltlich-wissenschaftlichen oder organisatorischen Kriterien zu definierende Kreis der Zugehörigen über technische Maßnahmen abgebildet wird.

Die Beschränkung auf nicht kommerzielle Zwecke entspricht weitgehend derjenigen in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG. Auch die Zwecke desjenigen, der zugänglich macht, dürfen ihrerseits nicht kommerziell sein. Die abweichende Formulierung bleibt ohne Bedeutung, eine zusätzliche Interessenabwägung anhand des Kriteriums gerechtfertigt findet nicht statt.

Die Pflicht zur Quellenangabe aus § 63 UrhG ist sinnvoll, da Werke anders als bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG Dritten zugänglich gemacht werden und diesen zur Wahrung des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft die nötigen Quellenangaben bereitgestellt werden müssen. Soweit sie nicht im Werk selbst vorhanden sind oder ergänzt werden können, lässt sich dies im Zusammenhang mit dem zum Abruf zu nutzenden Link bewerkstelligen.

Entscheidende Bedeutung kommt erneut dem Verständnis der Gebotenheit zu. Diese scheitert nicht bereits daran, dass andere, insbesondere analoge Formen der Werkvermittlung möglich sind, denn dies würde den Sinn der Schranke konterkarrieren, gerade die netzwerkgestützte Zugänglichmachung zu erleichtern. In Bezug auf den Vorrang verlagsseitiger Lizenzangebote stellen sich ähnliche Fragen wie bereits bei der Gebotenheit im Rahmen des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG. Bei restriktivem Verständnis des Tatbestandsmerkmals droht die Schranke weitestgehend leerzulaufen. Vom Verständnis der Gebotenheit und vom darüber letztlich vermittelten Verhältnis zwischen zulässigen Schranken einerseits und schützenswerten Marktangeboten der Verleger andererseits hängt es ab, ob man die insoweit umstrittene Regelung des § 52a UrhG insgesamt mit den Vorgaben des internationalen Urheberrechts und des deutschen Verfassungsrechts für vereinbar hält. Ein großer Teil der Lehre geht angesichts der engen Beschränkungen davon aus.¹⁶²¹ Eine Gegenauffassung sieht dies kri-

¹⁶²¹ Siehe etwa *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52a Rn. 2; *Beger*, in: *Hammwöhner/Rittberger/Semar* (Hrsg.), Festschrift Kühlen, S. 135 ff.; *Ohly*, *Innovation*, S. 297; *Bagh*, S. 190; *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 824, 826; *Hoeren/Kalberg*, ZUM 2006, 600 ff.

tischer.¹⁶²² Der Versuch einer abschließenden Bewertung erfolgt erst im Kontext mit den übrigen Schranken in Teil 4 der Arbeit. Schon hier ist aber erneut auf die bedeutende Rolle zu verweisen, die bei den erforderlichen Abwägungsentscheidungen der gesetzlich festgeschriebenen Vergütung für den Schrankengebrauch zukommt. Die bisherigen Verhandlungen verdeutlichen mit Blick auf die weit auseinander liegenden Vorstellungen die Schwierigkeiten, den Begriff der Angemessenheit zu fassen. Es bleibt zu wünschen, hierfür möglichst bald eine konsensfähige Lösung zu erzielen.

D. § 52b UrhG, Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven

Nach § 52b UrhG ist es unter weiteren Voraussetzungen zulässig, veröffentlichte Werke aus dem Bestand bestimmter Einrichtungen in deren Räumen an elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen.

I. Systematische Einordnung

Die im Zweiten Korb neu geschaffene Schranke setzt Art. 5 Abs. 3 n) InfoSoc-RL¹⁶²³ um, nachdem vom Schrankenvorbehalt für die sogenannte „On-the-spot-consultation“ im Ersten Korb kein Gebrauch gemacht worden war. Die Regelung war sowohl auf europäischer Ebene als auch mit Blick auf die deutsche Umsetzung Gegenstand kontroverser Auseinandersetzungen, nicht zuletzt wegen ihrer teilweise unkonkreten Terminologie.¹⁶²⁴ Der endgültigen Fassung gingen auf Aufforderung des BMJ eine „Gemeinsame Stellungnahme des Deutschen Bibliotheksverbandes und des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels“¹⁶²⁵ sowie die sogenannte „Leipziger Verständigung“ vom 22.03.2007 voraus, auf die sich die Beteiligten am Rande der Leipziger Buchmesse

¹⁶²² Vgl. in unterschiedlichen Ausprägungen *Gounalakis*, JZ 2003, 1099, 1100; *Czychowski*, NJW 2003, 2409, 2410; *Haupt*, ZUM 2004, 104, 112; *Schippan*, ZUM 2003, 378, 382; *ders.*, in: *Delp*, Das Buch in der Informationsgesellschaft, S. 148; *Ensthaler*, K&R 2003, 210; *Hogrefe*, SZ vom 7.7.2008, S. 14; *Sprang/Ackermann*, Kommunikation & Recht 2008, 7, 8.

¹⁶²³ Zu dessen Wortlaut siehe oben, Teil 2 B. III. 3.

¹⁶²⁴ So für die europäische Ebene *Hoeren*, MMR 2000, 515, 519; vgl. auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 2.

¹⁶²⁵ Gemeinsame Stellungnahme zu den §§ 52b und 53a UrhG-Regierungsentwurf von DBV und Börsenverein, abgedruckt in *Bibliotheksdienst* 2007, 257, 258, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumente/Schrankenpapier_070110.pdf.

einigen konnten.¹⁶²⁶ Die am Ende gewählte Fassung enthält, auch bedingt durch den Versuch, die gegenläufigen Interesse auszugleichen, angesichts mancher Formulierung eine Reihe von offenen Fragen für die Rechtsanwendung, die letztlich erst durch die Rechtsprechung geklärt werden dürften und im Folgenden näher untersucht werden.

1. Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung bzw. Wiedergabe

§ 52b UrhG wird überwiegend recht lapidar als Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG bezeichnet.¹⁶²⁷ Zu Recht wird teilweise darauf verwiesen, dass eine generalisierende Betrachtung nicht möglich ist.¹⁶²⁸ Denn das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG ist das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten *ihrer Wahl* zugänglich ist. Diese vor allem bei Internet-gestützter Nutzung bestehenden Wahlmöglichkeiten der Nutzer sind im Fall der an die näher benannten Einrichtungen gebundenen elektronischen Leseplätze eingeschränkt oder im Einzelfall sogar ausgeschlossen. Während auf zeitlicher Ebene die öffentliche Zugänglichmachung nach § 19a UrhG noch nicht daran scheitert, dass die Leseplätze dem Nutzer nur zu den begrenzten Öffnungszeiten der jeweiligen Einrichtungen zur Verfügung stehen, sondern ein Zeitfenster über mehrere Stunden insoweit ausreichend ist,¹⁶²⁹ kann es im Einzelfall an der örtlichen Wahlmöglichkeit fehlen. Denn § 52b UrhG beschränkt die Privilegierung auf elektronische Leseplätze, die sich in den Räumen der jeweiligen Einrichtung befinden. Zwar sind auch die Anforderungen an die räumlichen Wahlmöglichkeiten nicht zu hoch anzusetzen. Sie werden auch dann noch erfüllt, wenn sie nur in einem begrenztem räumlichen Bereich wie etwa dem Gebäude eines Unternehmens bestehen, insbesondere bei intranetgestützten Zugriffsmöglichkeiten; beschränkt sich die Abrufmöglichkeit

¹⁶²⁶ „Leipziger Verständigung“ des Deutschen Bibliotheksverbands und des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels zu §§ 52b und § 53a UrhG vom 22.3.2007, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumentel/LeipzigerVerstaendigung_070323.pdf; Erläuterungen der DBV-Vorsitzenden Beger sind abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumentel/Erlaeuterungen-zu-52b-und-53a_22_03_07.pdf.

¹⁶²⁷ Vgl. Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 1; Berger, GRUR 2007, 754, 755; Steinhauer, Kurzbesprechung des Berger-Gutachtens zu § 52 b.

¹⁶²⁸ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 16.

¹⁶²⁹ Vgl. Bullinger, in: *Wandtke/Bullinger*, § 19a Rn. 9; v. Ungern-Sternberg, in: Schrick, § 19a Rn. 52 m.w.N.

jedoch auf einen einzigen Ort bzw. Arbeitsplatz, der von demjenigen festgelegt wird, der das Werk zugänglich macht, fehlt es an jeder Wahlmöglichkeit des Nutzers und § 19a UrhG ist nicht einschlägig.¹⁶³⁰ Dies ist der Fall, wenn etwa eine Bibliothek nur einen einzelnen elektronischen Leseplatz einrichtet und dem Nutzer nicht einmal die Wahl zwischen mehreren Leseplätzen als „Mindestmaß an Wahlfreiheit“¹⁶³¹ verbleibt. In derartigen Konstellationen stellt § 52b UrhG keine Schranke des § 19a UrhG dar, sondern beschränkt ein der öffentlichen Zugänglichmachung ähnliches unbenanntes unkörperliches Verwertungsrecht gemäß § 15 Abs. 2 UrhG.¹⁶³² § 15 Abs. 2 S. 2 UrhG zählt einschließlich des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG nur beispielhaft die Formen der öffentlichen Wiedergabe in unkörperlicher Form auf und bietet einen insgesamt lückenlosen Schutz.¹⁶³³

Einem solchen Verständnis steht die Richtlinie nicht entgegen. Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL gestattet Schranken in Bezug auf die Rechte in Art. 2 und 3 der Richtlinie und bezieht sich in Art. 3 gerade auf die öffentliche Wiedergabe *einschließlich* der öffentlichen Zugänglichmachung, und auch Abs. 3 n) selbst spricht von „Wiedergabe oder Zugänglichmachung“. Gestützt wird ein solches Verständnis weiter durch die Formulierung in § 52b UrhG, die den technischen Begriff der „öffentlichen Zugänglichmachung“ nur in der Begründung und auch dort im Wechsel mit der bloßen „Zugänglichmachung“ verwendet, im Wortlaut selbst jedoch nur davon spricht, Werke „zugänglich zu machen“, statt den technischen Begriff des § 19a UrhG wortgleich zu übernehmen.¹⁶³⁴ Die amtliche Überschrift spricht sogar ausschließlich von der „Wiedergabe“ an elektronischen Leseplätzen.

¹⁶³⁰ v. Ungern-Sternberg, in: *Schricker*, § 19a Rn. 52; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 19a Rn. 8; *Talke*, Bibliotheksdienst 2007, 650, 653; vgl. auch *Heckmann/Weber*, AfP 2008, 269, 273.

¹⁶³¹ So *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 16; auch diese Art der „Wahlfreiheit“ kann jedoch im Einzelfall recht formalistisch erscheinen, beispielsweise bei zwei Leseplätzen, die sich unmittelbar nebeneinander im gleichen Raum einer Einrichtung befinden.

¹⁶³² *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 16; *Talke*, Bibliotheksdienst 2007, 650, 653.

¹⁶³³ Vgl. im Einzelnen *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 15 Rn. 30; *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 15 Rn. 12.

¹⁶³⁴ Vgl. dazu *Heckmann*, K&R 2008, 284, 285; auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn.1 verweist auf die abweichende Formulierung, geht darauf jedoch nur im Zusammenhang mit der Frage ein, dass eine Zugänglichmachung in einer „öffentlich zugänglichen“ Einrichtung im Sinne des § 52b UrhG automatisch öffentlich ist. Davon zu trennen ist jedoch die Frage, ob deshalb tatsächlich auch ein Eingriff gerade in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG vorliegt. Das Kriterium der Öffentlichkeit ist dafür notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung.

Ob bewusst sei dahingestellt, im Ergebnis hat der Gesetzgeber jedoch in § 52b UrhG im Ergebnis weniger trennscharf als in anderen Schranken¹⁶³⁵ das beschränkte Recht benannt, sondern mit der „Zugänglichmachung“ eher den Vorgang beschrieben, über den je nach Konstellation entweder in das Recht aus § 19a UrhG oder in ein unbenanntes Recht aus § 15 Abs. 2 UrhG eingegriffen werden darf. Die Frage, ob ein auf § 52b UrhG gestützter elektronischer Leseplatz das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG oder ein unbenanntes Recht der öffentlichen Wiedergabe nach § 15 Abs. 2 UrhG betrifft, hängt im Einzelfall davon ab, ob in der jeweiligen Einrichtung lediglich ein einzelner oder wie im anzunehmenden Regelfall mehrere Leseplätze existieren, zwischen denen dem Benutzer eine Wahlmöglichkeit verbleibt. § 52b UrhG kann für beides als Grundlage dienen.

2. Zweck der Norm

§ 52b UrhG ist keine reine Wissenschaftsschranke, da er als Zweck neben der Forschung gleichberechtigt private Studien privilegiert und auch die Gesetzesbegründung allgemein auf die beabsichtigte Förderung der Medienkompetenz der Bevölkerung verweist.¹⁶³⁶ Gerade Wissenschaftler können jedoch als häufige Nutzer der erfassten Einrichtungen besonders von ihr profitieren. § 52b UrhG wird vom Gesetzgeber ausdrücklich als eine der wissenschaftsfreundlichen Neuerungen des Zweiten Korbes und als Beitrag zu den Rahmenbedingungen für ein wissenschaftsfreundliches Urheberrecht für den Wissenschafts- und Forschungsstandort Deutschland angeführt.¹⁶³⁷

Aus der Entstehungsgeschichte der InfoSoc-Richtlinie ergeben sich nur geringe Erkenntnisse zu den Hintergründen des erst spät aufgenommenen Schrankenvorbehalts in Art. 5 Abs. 3 n), der im Vergleich mit lit. a) zugunsten des Unterrichts und der wissenschaftlichen Forschung eng definiert ausfällt. Eine inhaltliche Begründung für die Schranke zugunsten der On-the-spot-consultation lässt sich in den Erläuterungen zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates, in dem der Vorbehalt erstmals auftaucht, nicht finden, sondern lediglich der Hinweis, er sei gemeinsam mit anderen zusätzlichen Ausnahmen aufgenommen worden, um „entsprechenden Anträgen von Mitgliedsstaaten entgegenzukommen.“¹⁶³⁸

¹⁶³⁵ Auf diese allgemeine Praxis verweist im Zusammenhang mit Überlegungen zu § 52b *Heckmann*, K&R 2008, 284, 285.

¹⁶³⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26.

¹⁶³⁷ Siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 46.

¹⁶³⁸ Siehe den Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 48/2000 vom 28.9. 2000, Abl. EG Nr. C 344/1 v. 1.12.2000, S. 18, Nr. 35.

Der Begründung des § 52b UrhG lässt sich zumindest entnehmen, dass dieser für die einbezogenen Einrichtungen die „Nutzung der bestehenden Sammlungen an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen „in gleicher Weise wie in analoger Form“ gewährleisten soll; mit der Regelung werde „dem Bildungsauftrag der genannten Einrichtungen Rechnung getragen und zugleich ein Schritt zur Förderung der Medienkompetenz der Bevölkerung unternommen.“¹⁶³⁹

II. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Veröffentlichte Werke als Gegenstand der Schranke

§ 52b UrhG gestattet die Zugänglichmachung veröffentlichter Werke.

a) Ganze Werke

§ 52b UrhG gestattet ohne Beschränkung die Zugänglichmachung ganzer Werke. Dies entspricht der Zielsetzung der Norm, Werke elektronisch in gleicher Weise wie in analoger Form nutzbar machen zu können. Anders als bei § 52a UrhG geht es nicht nur um eine auszugsweise Zugänglichmachung. Statt der je nach Bedarf vollständigen oder selektiven Lektüre eines gedruckten Buches oder des sonstigen Werkgenusses soll eine entsprechende vollwertige elektronische Werkrezeption ermöglicht werden. Dies kann nur ohne eine Umfangsbeschränkung gelingen. Dementsprechend ist zu erwarten, dass Werke in der Regel vollständig zugänglich gemacht werden.

b) Veröffentlichte Werke

§ 52b UrhG setzt ein bereits veröffentlichtes Werk voraus. Dies richtet sich nach § 6 Abs. 1 UrhG.¹⁶⁴⁰ Im Fall von Bibliotheksbeständen dürfte dieses Merkmal in der Regel unproblematisch sein, kann aber bei Archiven und Museen mit Blick auf Werke aus Nachlässen relevant werden, soweit es sich etwa bei Briefen, Manuskripten und Entwürfen um unveröffentlichtes Material handelt.¹⁶⁴¹

c) Erfasste Werkarten und Leistungsschutzrechte

§ 52b UrhG enthält dem Wortlaut nach keine weitere Eingrenzung der erfassten Werke. Entsprechend der Zielsetzung, die Nutzung bestehender Sammlungen an elek-

¹⁶³⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 26; kritisch in Bezug auf die Weite und Abstraktheit der letztgenannten Zielsetzungen *Berger*, GRUR 2007, 754, 757; vgl. dazu auch *Steinhauer*, Kurzbesprechung des Berger-Gutachtens zu § 52 b.

¹⁶⁴⁰ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 6; siehe dazu schon oben Teil 3 C. II. 1.

¹⁶⁴¹ Vgl. *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 6.

tronischen Leseplätzen gerade in Bibliotheken zu gewährleisten, zielt die Schranke besonders auf die zusätzliche digitale Zugänglichmachung vorhandener Bücher und Zeitschriften ab, also von Schriftwerken im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG.¹⁶⁴² Selbst wenn dies in Bibliotheken den Hauptanwendungsfall darstellen wird, werden mangels Eingrenzung unterschiedslos alle Werke i.S.v. § 2 UrhG einbezogen, sofern sie sich unter technischen Gesichtspunkten überhaupt zur Nutzung an elektronischen Leseplätzen eignen, insbesondere also auch Film- und Musikwerke sowie Multimediawerke.¹⁶⁴³

Die Wahl des Begriffs der „Leseplätze“ anstelle des auch in der deutschen Richtlinienfassung verwendeten Begriffs des „Terminals“ steht dem nicht entgegen, sondern ist bedingt durch das Bemühen, aus Rechtsförmlichkeitsgrundsätzen einen deutschen Begriff zu verwenden, sowie durch die terminologische Nähe zur Bibliothek; dennoch kann ein Terminal ebenso gut auch ein „Sehplatz“ oder ein „Hörplatz“ sein.¹⁶⁴⁴ In Betracht kommt für Museen etwa die Zugänglichmachung von zeitweise nur in den Magazinen aufbewahrten, nicht aber in der aktuellen Ausstellung präsentierten Bildern und anderen Kunstwerken.¹⁶⁴⁵ § 52b UrhG enthält desweiteren keine spezielleren Bereichsausnahmen wie etwa § 52a Abs. 2 UrhG.¹⁶⁴⁶

§ 52b UrhG ist nicht auf die retrodigitale Zugänglichmachung von in verkörperter Form vorhandenen Medien begrenzt. Für die Einbeziehung auch primär digitaler Medien spricht eine Anmerkung des Bundesrates, es gehöre zum Bildungsauftrag der Schulen und Hochschulen, die Medienkompetenz zu fördern, und gerade denjenigen, die nicht selbst über die erforderlichen Geräte verfügen, die Nutzung „digitaler Medien“ näher zu bringen.¹⁶⁴⁷ Dies machte kaum Sinn, wenn es allein um die – bei kaum einem Nutzer vorhandenen – Geräte zur Wiedergabe in Druckform vorhandener, retrodigitalisierter Schriftwerke ginge, sondern lässt sich eher in Bezug auf die weit, aber

¹⁶⁴² *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 4; in diese Richtung auch *Sieber*, in: *Sieber/Hoeren*, Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 31 („Buchbestände“); *Berger*, GRUR 2007, 754, 755 („Printprodukte“); auch *Hoeren*, MMR 2007, 615, 617 konzentriert sich sprachlich auf Bücher bzw. Druckwerke.

¹⁶⁴³ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 4.

¹⁶⁴⁴ So zutreffend *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 12.

¹⁶⁴⁵ Vgl. die zu Recht umfassendere Auflistung der privilegierten Einrichtungen und Gegenstände bei *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 1.

¹⁶⁴⁶ Eine entsprechende Sperrfrist für vertretbar und sachgerecht hält etwa *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 7.

¹⁶⁴⁷ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, S. 40, im Zusammenhang mit dem nicht aufgegriffenen Vorschlag einer Ausdehnung auf Bildungseinrichtungen.

nicht flächendeckend verbreiteten digitalen Wiedergabegeräte insbesondere auch im audiovisuellen Bereich verstehen.¹⁶⁴⁸

Neben dem urheberrechtlichen Werkschutz ist § 52b UrhG über die bereits oben beschriebene Verweisungstechnik gleichermaßen auf möglicherweise bestehende Leistungsschutzrechte anwendbar.¹⁶⁴⁹ Nicht in die Verweisung einbezogen ist erneut das sui-generis-Schutzrecht für Datenbanken. Wie bei der Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch gelten in Bezug auf Computerprogramme die §§ 69a ff UrhG als *lex specialis*, so dass auch § 52b UrhG im Ergebnis nicht auf Computerprogramme anwendbar ist.¹⁶⁵⁰

Abgesehen von diesen Besonderheiten bezieht sich § 52b UrhG unterschiedslos auf jegliche Werkarten und mögliche Leistungsschutzrechte.

2. Privilegierte Zwecke der Forschung und der privaten Studien

a) Auseinanderfallen von privilegierter Einrichtung und privilegiertem Nutzungszweck

§ 52b UrhG gestattet die Zugänglichmachung „zur Forschung und für private Studien“. Dabei sind nicht die Zwecke der Einrichtungen entscheidend, die als unmittelbar Privilegierte die Werke zugänglich machen, sondern die Zwecke, die die Nutzer an den Leseplätzen verfolgen. Privilegierte Einrichtungen und privilegierte Nutzungszwecke fallen auseinander.¹⁶⁵¹ Zutreffend ist, dass dies bei vielen Schranken anders ist und der den Eingriff legitimierende Zweck vom unmittelbar privilegierten Nutzer selbst gesetzt wird.¹⁶⁵² Eine Alleinstellung kommt § 52b UrhG dennoch nicht zu. Die Situation ist mit der des § 52a UrhG vergleichbar, wo ebenfalls der unmittelbar Privilegierte ein Werk für einen Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich macht. Auch § 53a UrhG gestattet dem Versender den Kopienversand, soweit der Besteller über § 53 UrhG privilegiert wird; auch hier ist somit die Zwecksetzung eines anderen maßgeblich.¹⁶⁵³ Zumindest ähnlich ist die Konstellation,

¹⁶⁴⁸ Im Ergebnis ebenso *Knaff/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 149.

¹⁶⁴⁹ Siehe oben, Teil 3 A. II. 1.b).

¹⁶⁵⁰ Vgl. *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 4, 20; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 2.

¹⁶⁵¹ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 25.

¹⁶⁵² So *Berger*, GRUR 2007, 754, 756, unter Verweis auf §§ 46, 49 und § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG. § 52b UrhG sei insoweit „völlig anders“ bzw. ein „signifikanter Bruch“.

¹⁶⁵³ So auch *Steinhauer*, Kurzbesprechung des Berger-Gutachtens zu § 52 b. Dies gilt nicht nur für die besonderen Zwecksetzungen des privaten oder des wissenschaftlichen Gebrauchs, sondern ebenfalls für den sonstigen, aber eben gerade *eigenen* Gebrauch im Fall der Nr. 4 a).

soweit die Vervielfältigung bei § 53 UrhG zulässiger Weise durch einen Dritten angefertigt wird.

Die Überprüfung der subjektiven Motivation der Nutzer als reines Internum mag in der Praxis Probleme bereiten,¹⁶⁵⁴ dies ist jedoch bei den meisten anderen zweckgebundenen Schranken nicht grundlegend anders. Das Problem ist dem Prinzip der Berücksichtigung subjektiver Motivationen immanent. Es ist nicht auf die Wissenschaftsschranken beschränkt und tritt ebenso bei der Privatkopie auf.¹⁶⁵⁵ § 52b UrhG würde leerlaufen, wenn bereits der Missbrauch individueller Nutzer dazu führte, nicht nur diesen Nutzer soweit möglich von der weiteren Nutzung ausschließen zu müssen, sondern die Zugänglichmachung darüber hinaus ganz einzustellen. Da eine Überprüfung im Einzelfall mit verhältnismäßigem Aufwand kaum möglich erscheint, könnte es einen gangbaren Weg darstellen, in den Nutzungsbedingungen und auch im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit den Leseplätzen auf die zulässigen Nutzungszwecke hinzuweisen¹⁶⁵⁶ oder sich die Einhaltung der Zwecke vor der Nutzung durch Anklicken eines entsprechenden Buttons durch den Nutzer bestätigen zu lassen.¹⁶⁵⁷

b Die Begriffe der Forschung und der privaten Studien

§ 52b UrhG führt mit den Begriffen der Forschung und der privaten Studien zumindest geringfügig von früheren Begrifflichkeiten abweichende, in dieser Form im deutschen Urheberrecht neue Termini ein, die beide Art. 5 Abs. 3 n) InfoSoc-RL entnommen sind.

aa) Forschung

Anders als in § 52a UrhG (bzw. Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL) privilegiert die Schranke wie ihre Richtlinienvorgabe nicht die wissenschaftliche Forschung, sondern schlechthin die „Forschung“ ohne weitere Qualifizierung. Interessant ist mit Blick auf die englisch-

¹⁶⁵⁴ Darauf verweisen zu Recht *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 11; *Berger*, GRUR 2007, 754, 756; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 25; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 8; zuletzt auch LG Frankfurt a.M. in einer ersten Entscheidung zu § 52b UrhG im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutz, Az. 2-06 O 172/09, verkündet am 13.05.2009.

¹⁶⁵⁵ Siehe *Spindler*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 304.

¹⁶⁵⁶ Ähnlich *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 25; vgl. als Beispiel die Sachverhaltsdarstellung zur Praxis der Uni-Bibliothek Darmstadt, LG Frankfurt a.M. Az. 2-06 O 172/09, verkündet am 13.05.2009, S. 4.

¹⁶⁵⁷ Ähnlich *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 11, die beispielhaft die Herausgabe eines erforderlichen Passworts mit einer solchen Verpflichtung verknüpfen will. Siehe zu Einzelheiten auch noch unten Teil 3 D. II. 9.c).

sprachige Richtlinienfassung, dass der dort verwendete Begriff „research“ ohne Beschränkung auf „scientific research“ nach allgemeinem Sprachgebrauch eine deutlich weiter gefasste Bedeutung hat als der deutsche Terminus der „Forschung“. Unter „research“ lassen sich begrifflich auch „Recherchen“ oder „Untersuchungen“ ohne Bezug zur Wissenschaft fassen.¹⁶⁵⁸ Auch in der deutschen Fassung ist zwar eine ausdrückliche Beschränkung nicht enthalten.¹⁶⁵⁹ Hier besteht jedoch schon nach allgemeinem Sprachgebrauch eine enge Verbindung zwischen dem Begriff der Forschung und der Wissenschaft. Informationssuche ohne wissenschaftlichen Hintergrund würde man in Deutschland weniger als Forschung, sondern eher als „Recherche“ bezeichnen. Verstärkt wird der Wissenschaftsbezug auch durch die Materialien, soweit die Bundesregierung dort im Zusammenhang mit § 52b UrhG auf dessen Beitrag für angemessene Rahmenbedingungen für den Wissenschafts- und Forschungsstandort Deutschland verweist.¹⁶⁶⁰ Die Frage, ob unter Berufung auf weitergehende Richtlinienpielräume in der englischen Fassung trotz des Wortlauts der deutschen Fassung eine großzügigere Umsetzung möglich gewesen wäre, soll hier angesichts der Konzentration auf die Wissenschaft dahinstehen. Für die erfasste Forschung mit wissenschaftlichem Hintergrund gelten die Ausführungen entsprechend, mit denen schon bei § 52a UrhG angesichts der schwierigen Grenzziehungen und der engen Verzahnung zwischen Forschung im engeren Sinn und sonstiger wissenschaftlicher Betätigung ein weites Verständnis des Begriffs befürwortet wurde.¹⁶⁶¹

Anders als die Wissenschaftskopie und § 52a UrhG ist die Forschung in § 52b UrhG nicht auf den nichtkommerziellen Bereich beschränkt.¹⁶⁶² Der Ausschluss unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlicher Zwecke bzw. Erwerbszwecke bezieht sich nach dem klaren Wortlaut nicht auf die Forschung, sondern auf die privilegierten Einrichtungen.¹⁶⁶³ Die Einschränkung beruht auf der Vorgabe in Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc-RL, auf den Art. 5 Abs. 3 n) InfoSoc-RL verweist, nicht jedoch auf der für § 52b UrhG nicht einschlägigen Begrenzung des Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL. Auch zu kommerziellen Forschungszwecken dürfen die entsprechenden Leseplätze deshalb genutzt bzw. auch bei derartiger Nutzung Werke zugänglich gemacht werden, ohne dass dies die Reichweite des § 52b UrhG überschreitet.

¹⁶⁵⁸ Vgl. etwa den entsprechenden Eintrag unter <http://dict.leo.org>.

¹⁶⁵⁹ Das betont auch *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 9.

¹⁶⁶⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 46, 48.

¹⁶⁶¹ Siehe oben Teil 3 C. II. 3.b).

¹⁶⁶² So auch *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 9.

¹⁶⁶³ Siehe unten Teil 3 D. II. 3. c).

bb) Private Studien

Der Begriff der privaten Studien stammt ebenfalls aus der Richtlinienvorgabe und wurde bislang im deutschen Urheberrecht nicht verwendet, sondern geht zurück auf den Begriff der „private studies“ in Sec. 29 (1) des englischen „Copyright, Design and Patents Act 1988“.¹⁶⁶⁴ Dieser Alternative kommt gegenüber der Forschung eine Aufnahmefunktion zu, soweit es um sonstige Tätigkeiten geht, die dem Studienbegriff entsprechend dem Erkenntnisgewinn dienen.

Ausgeschlossen sind deshalb Nutzungen zu reinen Unterhaltungszwecken. Hier erscheinen Abgrenzungen zwar schwierig, aber dennoch nötig und im Einzelfall auch möglich. Ebenfalls nicht erfasst werden Studien, die über den privaten Bereich hinausgehen. Studientätigkeiten im beruflichen Umfeld scheiden demnach aus, nicht jedoch eigene Studientätigkeiten im Rahmen der persönlichen Aus- und Fortbildung oder im Zusammenhang mit einem Hochschulstudium, solange es sich um eine eigenständige Studientätigkeit handelt. Ob es sich noch um private Studien handelt, wenn sie in engem Zusammenhang mit einer offiziellen Lehrveranstaltung erfolgen, mag zweifelhaft erscheinen, weil diese nicht privat im Sinne von selbstgewählt veranlasst sind.¹⁶⁶⁵ Ein striktes Ausschließlichkeitsverhältnis zwischen dem im Unterrichtsbereich ebenfalls einschlägigen § 52a UrhG und dem Leseplatzprivileg mit jeweils unterschiedlichen Reichweiten und Beschränkungen erscheint jedoch aus systematischen Gründen nicht zwingend geboten. Deshalb spricht wenig dagegen, auch diejenigen Studientätigkeiten zu gestatten, die zwar im Zusammenhang mit einer Lehrveranstaltung erfolgen, jedoch auf eigenständige Art und Weise und zumindest insoweit privat durchgeführt werden. Will ein Student etwa ein in einem Seminar empfohlenes Werk konsultieren, so hat auch er entsprechend der grundlegenden Zielrichtung der Schranke die Wahl, ob er dazu ein physisch vorhandenes Buch oder einen elektronischen Leseplatz in den Räumen der Bibliothek nutzt, soweit das Werk dort bereit gehalten wird. Die in anderer Hinsicht begrenzteren, räumlich aber flexibleren Möglichkeiten der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 52a UrhG bleiben davon unberührt.

¹⁶⁶⁴ Siehe dazu *Burrell/Coleman*, S. 115 ff.

¹⁶⁶⁵ Dagegen deshalb *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 24: Unterricht sei kein privates Studium i.S.v. § 52b UrhG, vielmehr sei dort der Anwendungsbereich des § 52a UrhG eröffnet.

3. Privilegierte Einrichtungen: Bibliotheken, Museen und Archive

§ 52b UrhG bezieht sich nur auf Werke aus dem Bestand „öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen“. Dies geht zurück auf die Vorgabe des Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc-RL, auf den seinerseits der Vorbehalt des Abs. 3 n) verweist. Dieser gestattet bestimmte Vervielfältigungshandlungen „von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen oder Museen oder von Archiven, die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen“.

a) Bezugspunkt der qualifizierenden Kriterien

Teilweise wird uneinheitlich beurteilt, ob sich die qualifizierenden Kriterien der öffentlichen Zugänglichkeit und des fehlenden wirtschaftlichen Zwecks auf alle drei Arten privilegierter Einrichtungen oder jeweils nur auf die unmittelbar folgend oder vorangehend genannten Einrichtungen beziehen. So lässt sich zumindest auf der Wortlautebene des § 52b UrhG vertreten, allein Bibliotheken müssten öffentlich zugänglich sein¹⁶⁶⁶ und allein bei Archiven seien wirtschaftliche Zwecke ausgeschlossen.¹⁶⁶⁷

aa) Das Kriterium der öffentlichen Zugänglichkeit

Für eine begrenzte Geltung des Kriteriums der öffentlichen Zugänglichkeit spricht weniger die sprachlich nicht eindeutige deutsche Umsetzung, sondern eher die Formulierung des Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc sowie des Erwägungsgrunds 40 in den unterschiedlichen sprachlichen Fassungen. In der spanischen und französischen Version lässt sich das sprachlich den Bibliotheken nachgestellte Zugänglichkeitserfordernis grammatisch nicht ohne Weiteres auf die jeweils erst noch später genannten Einrichtungen und insbesondere nicht auf die Archive beziehen.¹⁶⁶⁸ In der englischen und deutschen

¹⁶⁶⁶ So *Spindler*, NJW 2008, 9, 13; *Bechtold*, in: *Dreier/Hugenholz*, (Hrsg.), Concise European Copyright, InfoSoc Directive, Art. 5, S. 376; a.A. *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 9.

¹⁶⁶⁷ Zu der insoweit bestehenden Unklarheit *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 4; für diese Lesart *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 6.

¹⁶⁶⁸ Daraufverweist zu Recht *Spindler*, NJW 2008, 9, 13. Die französische Fassung des Schrankenvorbehalt lautet: „par des *bibliothèques accessibles au public*, des établissements d’enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect.“ In Erwägungsgrund 40 heißt es: “Les États membres peuvent prévoir une exception ou une limitation au bénéfice de certains établissements sans but lucratif, tels que *les bibliothèques accessibles au public* et autres institutions analogues, *ainsi que les archives*.” Die spanische Fassung lautet: „en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto.“ Erwägungsgrund 40: Los Estados miembros pueden establecer una excepción o limitación en beneficio de determinados establecimientos sin fines lucrativos, como *bibliotecas accesibles al público* y entidades similares, *así como archivos*.

Richtlinienfassung werden die Archive durch ein zusätzliches „oder“ bzw. durch ein Komma in Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc-RL zumindest besonders akzentuiert.¹⁶⁶⁹ Auch darauf ließe sich ein Verständnis stützen, nach dem das Zugänglichkeitskriterium nur für die sonstigen privilegierten Einrichtungen gilt, nicht jedoch auch für Archive.¹⁶⁷⁰ Es scheint demnach zutreffend, dass die Richtlinie einen Spielraum belässt, auch nicht öffentlich zugängliche Archive zu privilegieren.

Auf der Ebene des § 52b UrhG erscheint es dennoch spitzfindig, aus der Formulierung „öffentlich zugängliche Bibliotheken, Museen oder Archive“ zu schließen, dass allein die Bibliotheken derart qualifiziert sein müssen. Für Museen wird dies trotz des nach dem Wortlaut des § 52b UrhG gleichermaßen gegebenen Auslegungsspielraums soweit ersichtlich auch nicht vertreten, zu Recht angesichts etwa der spanischen Richtlinienfassung. Ein bei allen Einrichtungen vergleichbarer Privilegierungszweck ist vielmehr insbesondere dann gegeben, wenn die mittelbar durch die Schranke privilegierter Benutzer in allen Fällen nicht auf einen kleinen Kreis begrenzt sind, sondern die Einrichtungen jeweils öffentlich zugänglich sind.¹⁶⁷¹ Dafür spricht auch, dass mit der Regelung „dem Bildungsauftrag der genannten Einrichtungen Rechnung getragen und zugleich ein Schritt zur Förderung der Medienkompetenz der Bevölkerung unternommen“ werden soll.¹⁶⁷² Dies ist letztlich erst bei einer öffentlichen Zugänglichkeit der Einrichtungen gewährleistet. Davon unabhängig stellt sich die Frage, wie relevant die Fälle nicht öffentlich zugänglicher Archive in der Praxis tatsächlich sein werden, da ohne Öffentlichkeitsbezug in der Regel schon keine öffentliche Wiedergabe oder Zugänglichmachung gemäß § 15 Abs. 2 UrhG vorliegen dürfte, die einer Privilegierung über § 52b UrhG überhaupt bedürfte.

bb) Ausschluss wirtschaftlicher Zwecke

Nicht mit der Richtlinie vereinbar ist eine Auslegung des § 52b UrhG, die den Ausschluss wirtschaftlicher Zwecke, weil er sprachlich erst auf die Archive folgt, auf

¹⁶⁶⁹ In Erwägungsgrund 40 erfolgt dies über die Bindewörter „sowie“ und „as well as“ anstelle eines einfachen „und“.

¹⁶⁷⁰ So *Spindler*, NJW 2008, 9, 13; *ders.*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 291; *Bechtold*, in: *Dreier/Hugenholz*, (Hrsg.), *Concise European Copyright, InfoSoc Directive*, Art. 5, S. 376; für eine einheitliche Anwendung auch auf Archive jedoch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 9.

¹⁶⁷¹ So im Ergebnis auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 3; § 58 Rn. 11.

¹⁶⁷² Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26.

diese Einrichtungen begrenzen will.¹⁶⁷³ Zwar ist in der Gesetzesbegründung missverständlicher Weise tatsächlich einmalig von „öffentlichen Bibliotheken, Museen oder nichtkommerziellen Archiven“ die Rede.¹⁶⁷⁴ Auf Richtlinienenebene stellt jedoch Erwägungsgrund 40 durch eine sprachliche Voranstellung eindeutig klar, dass es generell um nicht kommerzielle Einrichtungen geht, selbst wenn dieses Kriterium dann in der Formulierung des Schrankenvorbehalts erst abschließend auf die Archive folgt. Der in diesem Punkt nicht eindeutig formulierte § 52b UrhG ist deshalb zumindest in richtlinienkonformer Auslegung so zu verstehen, dass auch die sonstigen privilegierten Einrichtungen keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen dürfen.¹⁶⁷⁵

cc) Zwischenergebnis

Die Richtlinienvorgabe hätte Spielraum gelassen, die Schranke auch auf nicht öffentlich zugängliche Archive auszudehnen. Der Wortlaut des § 52b UrhG lässt aber eine entsprechende Intention nicht ausreichend deutlich erkennen und der nur dann einheitliche Privilegierungszweck spricht dafür, dass auch bei Archiven deren öffentliche Zugänglichkeit erforderlich ist. Da sich der Ausschluss kommerzieller Zwecke für alle privilegierten Einrichtungen bereits aus der Richtlinie ergibt und deshalb auch insoweit eine einheitliche Anwendung erforderlich ist, kommen bei allen privilegierten Einrichtungen im Ergebnis beide qualifizierenden Kriterien kumulativ zum Einsatz.¹⁶⁷⁶ Bibliotheken, Museen und Archive müssen öffentlich zugänglich sein und dürfen keinen kommerziellen Zweck verfolgen.

b) Öffentlich zugänglich

Das Kriterium der öffentlichen Zugänglichkeit in § 52b UrhG ist trotz der dort geringfügig abweichenden Formulierung wie bei der in § 27 Abs. 2 UrhG geregelten Bibliothekstantieme („der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen“) zu verstehen.¹⁶⁷⁷

¹⁶⁷³ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 4, hält dies wohl für zulässig, allerdings ebenfalls nur „sofern nicht die Richtlinie in diesem Punkt enger auszulegen ist.“ Wie im Folgenden dargestellt ist dies jedoch der Fall.

¹⁶⁷⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26; darauf verweist Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 4.

¹⁶⁷⁵ Im Ergebnis ebenso Bechtold, in: *Dreier/Hugenholz*, (Hrsg.), *Concise European Copyright, InfoSoc Directive*, Art. 5, S. 376; anders jedoch Dreyer, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 6, die allerdings nicht auf den insoweit aufschlussreichen Erwägungsgrund 40 eingeht.

¹⁶⁷⁶ Im Ergebnis ebenso Dustmann, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 4f.

¹⁶⁷⁷ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 9; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 3.

Unerheblich ist, ob es sich im Fall von Bibliotheken um reine Präsenz- oder Ausleihbibliotheken handelt.¹⁶⁷⁸ Unerheblich ist weiter die Trägerschaft oder Rechtsform der Einrichtung. Neben öffentlich-rechtlichen Bibliotheken oder sonstigen Einrichtungen werden auch kirchliche oder privatrechtlich betriebene Einrichtungen erfasst.¹⁶⁷⁹ Diese scheiden jedoch im Ergebnis dann aus, wenn sie unmittelbar wirtschaftliche oder Erwerbszwecke verfolgen.¹⁶⁸⁰

Der auf die Zugangsmöglichkeiten bezogene Begriff der Öffentlichkeit richtet sich nach § 15 Abs. 3 UrhG. Danach gehört im Kontext des § 52b UrhG zur Öffentlichkeit jeder, der nicht mit der Einrichtung oder mit anderen Benutzern durch persönliche Beziehungen verbunden ist.¹⁶⁸¹ Negativ formuliert ist eine Einrichtung dann nicht öffentlich, wenn sie nur einem begrenzten Kreis von Personen zugänglich ist, die entweder untereinander oder aber mit dem Betreiber der Einrichtung durch persönliche Beziehungen verbunden sind.¹⁶⁸²

Unproblematisch privilegiert sind demnach von der Allgemeinheit genutzte Einrichtungen wie die meisten Museen, Staatsbibliotheken, Gemeinde- oder Volksbüchereien, sowie der Allgemeinheit offen stehende Archive. Nicht erforderlich ist, dass die Sammlungen ohne jegliche Beschränkung der Allgemeinheit zugänglich sind.¹⁶⁸³ Auch Einrichtungen, die nur einer begrenzteren Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, werden noch erfasst, so etwa Behördenbibliotheken, die von Teilen der Öffentlichkeit mitbenutzt werden können, wie die in der Regel auch Rechtsanwälten und Referendaren zugänglichen Gerichtsbibliotheken.¹⁶⁸⁴ Neben solchen persönlichen Zulassungsbeschränkungen stehen auch Zugangsbeschränkungen wie eine Ausweispflicht oder das Erfordernis einer leicht erhältlichen Mitgliedschaft nicht entgegen,¹⁶⁸⁵ ebenso wenig

¹⁶⁷⁸ Vogel, in: *Schricker*, § 58 Rn. 23.

¹⁶⁷⁹ Vgl. statt vieler Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 27 Rn. 19; Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 9; Loewenheim, in: *Schricker*, § 27 Rn. 17.

¹⁶⁸⁰ Dazu sogleich unten.

¹⁶⁸¹ Vgl. Loewenheim, in: *Schricker*, § 27 Rn. 17; ausführlich zum Begriff der Öffentlichkeit bei § 15 Abs. 3 siehe beispielsweise *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, § 15 Rn. 57 ff; Heerma, in: *Wandtke/Bullinger*, § 15 Rn. 18; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 15 Rn. 37, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁶⁸² Vgl. Heerma, in: *Wandtke/Bullinger*, § 27 Rn. 14.

¹⁶⁸³ BGH NJW 1997, 3440, 3443 – *Betreiberabgabe*; Loewenheim, in: *Schricker*, § 54a Rn 15, m.w.N.

¹⁶⁸⁴ Loewenheim, in: *Schricker*, § 27 Rn. 17.

¹⁶⁸⁵ Vgl. Vogel, in: *Schricker*, § 58 Rn. 23; anderes mag bei „erschwerter Bedingungen“ des Zugangs gelten, so Spindler, NJW 2008, 9, 13.

wie eingeschränkte Entleihmöglichkeiten für externe Nutzer.¹⁶⁸⁶ Nicht öffentlich sind zwar manche Bibliotheken öffentlicher Einrichtungen, die *allein* der internen Nutzung vorbehalten sind.¹⁶⁸⁷ Die erforderliche persönliche Verbundenheit der Nutzer kann jedoch auch bereits durch die Größe der Einrichtung wieder entfallen, so dass auch hier der Anwendungsbereich des § 52b UrhG eröffnet sein kann.¹⁶⁸⁸

Im wissenschaftlichen Bereich ist die öffentliche Zugänglichkeit jedenfalls bei allgemeinen Universitätsbibliotheken mangels persönlicher Verbundenheit der großen Zahl wissenschaftlicher und studentischer Nutzer gegeben.¹⁶⁸⁹ Darüber hinaus sind auch die meisten Instituts- und Seminarbibliotheken der Öffentlichkeit zugänglich.¹⁶⁹⁰ Dafür spricht im Wege eines wertenden Vergleichs nicht zuletzt, dass im Gesetzgebungsverfahren im Zusammenhang mit Schulbibliotheken und den dazu vom Bundesrat geäußerten Bedenken seitens der Bundesregierung zum Ausdruck gebracht wurde, auch bzw. sogar bei Schulbibliotheken handele es sich um öffentlich zugängliche Bibliotheken im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG, jedenfalls soweit sie der Gesamtheit der Lehrer und Schüler einer Schule offen stehen.¹⁶⁹¹ Insbesondere bei Bibliotheken kleinerer universitärer oder sonstiger Forschungsinstitute kann es jedoch an der öffentlichen Zugänglichkeit fehlen, wenn angesichts ihrer Größe und der sonstigen Umstände innerhalb des begrenzten Nutzerkreises eine ausreichende persönliche Verbundenheit der Wissenschaftler besteht und eine Nutzung durch Externe generell ausgeschlossen ist. Derartige Abgrenzungen können schwierig sein und sind kaum abstrakt, sondern nur nach den Umständen des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der jeweiligen Benutzungsordnung zu treffen.

¹⁶⁸⁶ Siehe *Beger*, Urheberrecht für Bibliothekare, S. 91.

¹⁶⁸⁷ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 9; *Spindler*, NJW 2008, 9, 13.

¹⁶⁸⁸ Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 27 Rn. 19.

¹⁶⁸⁹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 19; siehe auch *Talke*, Bibliotheksdienst 2007, 650, 652, nach dem auch dann, wenn nur Hochschulangehörige Zugang haben, die Bibliotheksnutzer Mitglieder der Öffentlichkeit im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG sind, und der auf ein entsprechendes Urteil zur Hochschulvorlesung mit großem Teilnehmerkreis verweist, siehe OLG Koblenz NJW-RR 1987, 699, 700.

¹⁶⁹⁰ Siehe *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 27 Rn. 17; so für „kleinere Fachbibliotheken“ an Universitäten auch *Schröder/Welp*, DFN-Infobrief 1/2008, S. 6.

¹⁶⁹¹ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 40, 48; vgl. dazu *Spindler*, NJW 2008, 9, 13, sowie kritisch *Berger*, GRUR 2007, 754, 755; einen ähnlichen „erst-recht“-Schluss nehmen auch *Schröder/Welp*, DFN-Infobrief 1/2008, S. 6 vor.

c) Kein unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlicher oder Erwerbszweck

Einrichtungen werden nur privilegiert, wenn sie keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen. Hier kommt es nicht auf die Zwecksetzung der einzelnen Nutzer, sondern auf die Zwecke der privilegierten Einrichtungen an, so dass auch für kommerziell tätige Wissenschaftler innerhalb privilegierter Einrichtungen Werke an Terminals zugänglich gemacht werden dürfen.¹⁶⁹²

Die Richtlinienformulierung mit ihrem „wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck“ ähnelt mit dieser Dopplung dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 der Vermiet- und Verleih-Richtlinie, wo ebenfalls beide Begriffe in die Definitionen aufgenommen wurden, obwohl die meisten Mitgliedstaaten keinen wesentlichen Unterschied zwischen ihnen erkennen konnten.¹⁶⁹³ Inhaltliche Unterschiede zum Ausschluss gewerblicher oder kommerzieller Zwecke wie in den bereits untersuchten Schranken bestehen weniger aufgrund der abweichenden Begrifflichkeiten, sondern eher durch die ausdrückliche Einbeziehung mittelbarer wirtschaftlicher Zwecke bzw. Erwerbszwecke. Dies legt einen im Vergleich strengeren Maßstab nahe.

Abzustellen ist nach dem klaren Wortlaut auf die Einrichtung als solche.¹⁶⁹⁴ Ob sie sich in öffentlicher oder privater Trägerschaft befindet, ist nicht entscheidend, auch die Erhebung von Gebühren für die Benutzung der Einrichtung steht nicht entgegen, solange dies lediglich im Rahmen der Kostendeckung erfolgt.¹⁶⁹⁵ Hier lässt sich erneut der Gedanke fruchtbar machen, der schon in Erwägungsgrund 11 der Vermiet- und Verleih-Richtlinie zum Ausdruck kommt.¹⁶⁹⁶ Selbst eine moderate individuelle Nutzungsgebühr für den Leseplatzzugriff ist nicht ausgeschlossen, wenn sie ihrerseits der Kostendeckung dient, sich dies in der Gebührenhöhe widerspiegelt und deshalb unter Wertungsgesichtspunkten die Schwelle zu wirtschaftlichen Zwecken nicht überschritten wird.¹⁶⁹⁷ Dass eine derartige Nutzungsgebühr tatsächlich zum Einsatz kommt, erscheint derzeit jedoch eher unwahrscheinlich.

¹⁶⁹² Siehe dazu schon oben, Teil 3 D. II. 2. b) aa).

¹⁶⁹³ So *v. Lewinski*, in: *Walter* (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht, Vermiet- und Verleih-RL*, Art. 1 Rn. 12 ff.

¹⁶⁹⁴ So auch *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 5.

¹⁶⁹⁵ *Dustmann*, ebd.; *Beger*, S. 91; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 11.

¹⁶⁹⁶ Siehe dazu bereits oben Teil 3 C. II. 5.a).

¹⁶⁹⁷ Auch *Dustmann*, ebd., schließt Gebühren für die Leseplatznutzung nicht aus; anderer Ansicht jedoch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 11, der zumindest Formen des pay-per-view bei § 52b UrhG generell für ausgeschlossen hält.

Die Frage eines unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen Zwecks oder eines Erwerbszwecks der Einrichtung bleibt im Ergebnis einzelfallabhängig. Gerade bei typischen wissenschaftlichen Bibliotheken in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft wird in der Regel jedoch keine solche Zwecksetzung gegeben sein, so dass § 52b UrhG hier regelmäßig anwendbar ist.

d) Bildungseinrichtungen nicht als solche erfasst

Der Gesetzgeber hat den Spielraum der Schrankenvorgabe nicht umfassend ausgeschöpft, denn er hätte § 52b UrhG auch auf die in Art. 5 Abs. 3 n) InfoSoc-RL ebenfalls privilegierten „Bildungseinrichtungen“ erstrecken können, nachdem dies während des Gesetzgebungsverfahrens nicht zuletzt vom Bundesrat gefordert worden war.¹⁶⁹⁸ Auch die „Leipziger Verständigung“ sah eine Einbeziehung der Hochschulen vor.¹⁶⁹⁹ Die Bundesregierung hat dies unter Verweis auf die „auch verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Verlage“ abgelehnt.¹⁷⁰⁰ Da es bei § 52b UrhG anders als bei § 52a UrhG an einer Bereichsausnahme für Bildungsmedien fehlt, ist die Befürchtung eines im Vergleich stärkeren Eingriffs in den Primärmarkt der Schulbuchverlage nicht völlig von der Hand zu weisen.¹⁷⁰¹ Zum einen ist jedoch nach der Einführung der strengen Bestandsakzessorietät und angesichts der sonstigen Beschränkungen der Norm fraglich geworden, inwieweit durch § 52b UrhG tatsächlich noch ernsthafte Primärmarktbeeinträchtigungen zu befürchten sind. Zum anderen hätte dem auch durch eine entsprechende Bereichsausnahme Rechnung getragen werden können.¹⁷⁰² Eine indirekte Privilegierung zumindest mancher Bildungseinrichtungen erfolgt über § 52b UrhG dort, wo diese über eine eigene Bibliothek verfügen, denn Schulbibliotheken sind laut ausdrücklicher, wenngleich kritizierter Auffassung der Bundesregierung öffentlich zugänglich im Sinne der Norm, sofern sie allen Lehrern und Schülern der Schule zur Verfügung stehen.¹⁷⁰³

¹⁶⁹⁸ Siehe die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 16/1828, S. 40; siehe auch die weiteren entsprechenden Forderungen, etwa bei *Sieber*, in: *Sieber/Hoeren* (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 47, 71; *Köcher/Bajon/Beger/Höfner*, Stellungnahme Aktionsbündnis, S. 126; ähnlich auch *Hilty/Klass*, Stellungnahme Dritter Korb, S. 31 f; kritisch auch *Kuhlen*, *Götterdämmerung*, S. 376.

¹⁶⁹⁹ „Leipziger Verständigung“, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumentel/LeipzigerVerstaendigung_070323.pdf

¹⁷⁰⁰ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 48. *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 10

¹⁷⁰¹ Zu diesen Bedenken vgl. beispielsweise *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 10.

¹⁷⁰² Vgl. die entsprechende Forderung von *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 5f.

¹⁷⁰³ Siehe schon oben, Teil 3 D. II. 3. d).

4. Beschränkung auf die Räume der Einrichtungen

§ 52b UrhG gestattet die Zugänglichmachung ausschließlich in den Räumen der Einrichtungen. Dies ist während des Gesetzgebungsverfahrens kritisiert worden, da es den Bedürfnissen und Möglichkeiten von Wissenschaft und Forschung im Internetzeitalter kaum gerecht werde.¹⁷⁰⁴ Tatsächlich sind Hochschulen und wissenschaftliche Einrichtungen inzwischen weitgehend flächendeckend mit leistungsfähigen Netzwerksystemen ausgestattet, und auch die Bibliotheks- und Informationswissenschaft wenden sich zunehmend von einem an die räumliche Institution gebundenen Bibliotheksbegriff ab, da Bibliotheken vermehrt virtuell organisiert werden und über Netzwerkstrukturen den dezentralen Zugriff auf digitale Inhalte am eigenen Arbeitsplatz ermöglichen.¹⁷⁰⁵ § 52b UrhG fordert über seine räumliche Beschränkung vom Nutzer, sich physisch in die Räumlichkeiten der jeweiligen Einrichtung zu begeben.¹⁷⁰⁶ Der Nutzer muss – geradezu anachronistisch – zur Information, während ansonsten zunehmend die Information zum Nutzer gelangt.¹⁷⁰⁷

Die Beschränkung beruht jedoch auf der Richtlinienvorgabe, die ihrerseits auf die Räumlichkeiten der Einrichtungen begrenzt ist. Auch daher rührt die verbreitete Bezeichnung als „on-the-spot-consultation“.¹⁷⁰⁸ Eine online-Nutzung von außen ist ausgeschlossen.¹⁷⁰⁹ Auch eine universitätsweite Nutzung über entsprechende Netzwerke (sog. „VPN-Netze“) auf Basis des § 52b UrhG scheidet aus.¹⁷¹⁰ Eine gewisse räumliche Ausdehnung auf ganze Universitäten wäre allerdings auch im Rahmen der Richtlinienvorgabe möglich gewesen, wenn in § 52b UrhG auch Bildungseinrichtungen als solche privilegiert worden wären. Denn selbst wenn universitätseigene Bibliotheken in sich selbständige Einrichtungen sind, sind sie dennoch gleichzeitig auch Teile der Bildungseinrichtung Universität. Bei entsprechender Erweiterung des § 52b UrhG dürften sie

¹⁷⁰⁴ Vgl. *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 15.

¹⁷⁰⁵ Vgl. dazu *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 377ff. m.w.N. zu kritischen Stimmen zu § 52b UrhG aus der Wissenschaft.

¹⁷⁰⁶ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 15.

¹⁷⁰⁷ Kritisch zum dadurch entstehenden Aufwand für den Nutzer beispielsweise *Schröder/Welp*, DFN-Infobrief 1/2008, S. 6.

¹⁷⁰⁸ Siehe beispielsweise *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 16.

¹⁷⁰⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26; siehe auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 15; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 5.

¹⁷¹⁰ *Spindler*, NJW 2008, 9, 13; *Hoeren*, MMR 2007, 615, 617; *Hoeren*, MMR 2007, 615, 617; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 15; unbenommen bleibt natürlich die Möglichkeit entsprechender Vereinbarungen mit den Rechteinhabern auf Lizenzbasis.

ihre Bestände deshalb in den gesamten Räumlichkeiten der jeweiligen Universität an entsprechenden Leseplätzen zugänglich machen.

Derzeit ist die Norm jedoch auf die Räume der Bibliotheken, Museen und Archive beschränkt. Bei der Abgrenzung, ob Räumlichkeiten zur jeweiligen Einrichtung gehören, ist ausschlaggebend, ob sie dem Hausrecht der Einrichtung unterliegen und ausschließlich von ihr genutzt werden.¹⁷¹¹ Damit hängt die Reichweite der Schranke stark von der Gebäudesituation und der Organisation der Einrichtung ab. Die Zentralbibliothek einer Campus-Universität kann an den in ihren Räumlichkeiten bereitgestellten Terminals Werke aus ihrem gesamten, fächerübergreifenden Bestand zugänglich machen. Wird die Informationsversorgung demgegenüber räumlich und insbesondere organisatorisch auf einzelne Fakultätsbibliotheken verteilt, muss man diese als eigenständige Einrichtungen ansehen, was ihre Möglichkeiten auf den jeweils eigenen Bestand begrenzt.¹⁷¹² Räumlich getrennte Standorte und Außenstellen einer Bibliothek sind dieser zwar ebenfalls noch zuzuordnen, auch hier darf deshalb nicht nur der Bestand des jeweiligen Standorts, sondern der gesamte Bestand der Bibliothek zugänglich gemacht werden.¹⁷¹³ Dies darf jedoch nicht zu einer Umgehung der räumlichen Begrenzung führen, wenn die Bibliothek Außenstellen ausschließlich zur Bereitstellung elektronischer Leseplätze einrichtet, indem in anderen Gebäudebereichen der Universität oder Forschungseinrichtung Räume formal entsprechend umgewidmet werden.¹⁷¹⁴ Die Kriterien, die an eine vollwertige Außenstelle bzw. einen Standort der Bibliothek zu stellen sind, sind im Rahmen einer wertenden Betrachtung Frage des konkreten Einzelfalls. Maßgeblich dürfte sein, dass im Vergleich zur sonstigen Informationsversorgung die Bereitstellung der Leseplätze jedenfalls nicht im Vordergrund stehen darf. Eine Umwidmung von in anderen Gebäudeteilen vorhandenen Computerpools zu Räumen der Bibliothek reicht dafür nicht aus. Ausgeschlossen sind wegen der Bindung an die Räume der *jeweiligen* Einrichtung auch Bestrebungen von Bibliotheksverbänden, Werke

¹⁷¹¹ Vgl. *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 15.

¹⁷¹² Mit dem Beispiel der Universitäten Bochum und Münster *Hoeren*, MMR 2007, 615, 617; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 7 verweist zu Recht darauf, dass die Frage, ob Zentral- und Fakultätsbibliotheken einer Universität zu derselben Einrichtung gehören, letztlich Frage des Einzelfalls ist. Die oft organisatorische und haushaltsrechtliche Trennung führt dazu, dass im Zweifel von unterschiedlichen Einrichtungen im Sinne des § 52b UrhG auszugehen ist.

¹⁷¹³ So für Zweigstellen und Nebengebäude auch *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 7; ebenfalls für die Einbeziehung mehrerer Standorte *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 3.

¹⁷¹⁴ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 15.

wechselseitig in den Räumlichkeiten der jeweils anderen Bibliotheken zugänglich zu machen.¹⁷¹⁵

Festzuhalten ist neben den angedeuteten zu erwartenden Abgrenzungsschwierigkeiten, dass mit der Richtlinienvorgabe eine sehr weitgehende Schrankenschranke des § 52b UrhG besteht, die der deutsche Gesetzgeber nur mittelbar durch eine Einbeziehung der Bildungseinrichtungen nutzerfreundlicher hätte gestalten können.

5. Beschränkung auf den Bestand der Einrichtung

§ 52b UrhG beschränkt die Zugänglichmachung nach der sogenannten „doppelten Bestandsakzessorietät“¹⁷¹⁶ in zweifacher Weise. Nach Satz 1 muss es sich bei den zugänglich gemachten Werken um solche aus dem Bestand der jeweiligen Einrichtung handeln. Satz 2 verknüpft die Anzahl der gleichzeitig zugänglich zu machenden Werke mit dem Einrichtungsbestand.

a) Bestandakzessorietät nach Satz 1

Die generelle Akzessorietät zum Bestand der Einrichtung ist durch die Richtlinie vorgegeben, da diese sich ebenfalls nur auf Werke bezieht, die sich in den Sammlungen der jeweiligen Einrichtungen befinden. Insoweit bestand kein Umsetzungsspielraum. Erstaunlich ist deshalb, dass das Kriterium anders als im ursprünglichen Referentenentwurf im Regierungsentwurf fehlte und lediglich in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht wurde, § 52b UrhG beziehe sich nur auf Werke aus dem Bestand der jeweiligen Institution.¹⁷¹⁷ Erst auf Anregung des Bundesrates¹⁷¹⁸ wurde dies wieder im Normwortlaut klargestellt.¹⁷¹⁹

Zum Bestand gehören laut Gesetzesbegründung alle Werke, die von den Einrichtungen erworben wurden oder die sie als Pflichtexemplare erhalten haben.¹⁷²⁰ Beide Begriffe lassen sich in diesem Zusammenhang weit verstehen, so dass sowohl gesetzliche als auch sonstige Ablieferungspflichten erfasst werden, etwa aus Promotionsordnungen, jenseits des Kaufs aber auch andere Formen des Erwerbs, so insbesondere bei Muse-

¹⁷¹⁵ Dreier, in: Dreier/Schulze, § 52b Rn. 5; Spindler, GRUR 2002, 105, 114; Bechtold, in: Dreier/Hugenholz, (Hrsg.), Concise European Copyright, InfoSoc Directive, Art. 5, S. 381.

¹⁷¹⁶ Langhoff/Oberndörfer/Jani, ZUM 2007, 593, 597; Jani, in: Wandtke/Bullinger, § 52b Rn. 29.

¹⁷¹⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 6, 26, 48.

¹⁷¹⁸ A.a.O., S. 40.

¹⁷¹⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 7, 44.

¹⁷²⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26.

en Dauerleihgaben oder Schenkungen.¹⁷²¹ Hier lässt sich die Bestandszugehörigkeit jeweils bejahen. Stärker als auf die Eigentumsfrage kommt es darauf an, dass ein Werk zur dauerhaften Nutzung überlassen worden ist und die Einrichtung unmittelbaren Besitz daran hat. Deshalb reicht es nicht aus, wenn Werke nur im Wege des innerbibliothekarischen Leihverkehrs vorübergehend in einer Einrichtung vorhanden sind.¹⁷²² Nicht länger zugänglich gemacht werden dürfen ebenso wenig Werke, die zwar in der Vergangenheit vorhanden waren, aber nicht mehr zum aktuellen Bestand gehören, weil sie inzwischen deinventarisiert und entfernt wurden.¹⁷²³

Unerheblich für die Frage der Bestandszugehörigkeit ist demgegenüber ein kurzfristiges Entleihen, insbesondere im Fall von Leihbibliotheken. Auch entlehene Werke gehören weiterhin zum Bestand einer Bibliothek.¹⁷²⁴ Hier schafft § 52b UrhG in Bezug auf die andernfalls zeitweise nicht verfügbaren entlehene Werke durch die Zugriffsmöglichkeit am Leseplatz einen echten Mehrwert.

Eine Begrenzung des Bestandsbegriffs auf physisch vorhandene Werkstücke ist nicht ersichtlich.¹⁷²⁵ Auch soweit etwa eine Netzpublikation mit Zustimmung des Rechteinhabers auf einem Bibliotheksserver gespeichert wurde, gehören diese Werke zum eigenen Bestand.¹⁷²⁶

b) „Strenge“ quantitative Bestandsakzessorietät nach Satz 2

Nach S. 2 dürfen „grundsätzlich nicht mehr Exemplare eines Werkes [...] gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Einrichtung umfasst“, sogenannte „strenge“ Bestandsakzessorietät.¹⁷²⁷ Dies lässt sich auch als „Analog-plus-eins“-Modell

¹⁷²¹ Bei kurzfristigeren Leihgaben, beispielsweise im Fall von Leihgaben für temporäre Ausstellungen, dürfen diese auch nur für die Dauer der Leihgabe über § 52b UrhG zugänglich gemacht werden, so auch *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 6.

¹⁷²² So zum Ganzen auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 29.

¹⁷²³ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 8.

¹⁷²⁴ So auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 8.

¹⁷²⁵ In diese Richtung anscheinend *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 6, „körperliches Werkexemplar“.

¹⁷²⁶ So *Beger*, S. 92. Sofern die Netzpublikation jedoch auch weiterhin im Internet erhältlich ist, dürfte dem aufgrund der unmittelbaren Zugriffsmöglichkeit für den Nutzer kaum praktische Bedeutung zukommen. Ist demgegenüber der Zugriff beschränkt, dürften häufig im digitalen Bereich beschränkte Rechteeinräumungen als vorrangige vertragliche Regelung auch der Anwendung des § 52b UrhG entgegenstehen, siehe dazu noch im Detail unten Teil 3 D. II. 6.

¹⁷²⁷ Zum Begriff *Berger*, GRUR 2007, 754; *Hoeren*, MMR 2007, 615, 617; *Spindler*, NJW 2008, 9, 13.

bezeichnen.¹⁷²⁸ Die quantitative Beschränkung ist in der Richtlinie nicht enthalten und war auch deshalb im Gesetzgebungsverfahren umstritten.¹⁷²⁹ In der Begründung zum Regierungsentwurf war die Bundesregierung noch der Auffassung, dass eine quantitative Beschränkung nicht erforderlich sei, da sich das Anschaffungsverhalten der Bibliotheken aufgrund der Schranke nicht ändern werde und diese entsprechende Selbstverpflichtungserklärungen abgeben würden.¹⁷³⁰ Den Vorschlag des Bundesrats, mit Blick auf die Interessen der Verlagswirtschaft und zur Vermeidung derartiger Erklärungen eine strenge quantitative Akzessorietät aufzunehmen,¹⁷³¹ machte sich die Bundesregierung zunächst nicht zu eigen, sondern hielt den Verzicht auf die Einschränkung für geboten, um die Medienkompetenz der Bevölkerung zu fördern und angemessene Bedingungen für den Forschungs- und Wissenschaftsstandort Deutschland sicherzustellen; die Interessen der Verlagswirtschaft seien durch die generelle Bestandsakzessorietät hinreichend gewahrt.¹⁷³² Im Rechtsausschuss kam es zur endgültigen Fassung, die einen Ausgleich zwischen den Interessen der Verlagswirtschaft und der „Berücksichtigung wissenschaftlicher und hochschulischer Belange“ bezweckt, beispielsweise etwa bei „Belastungsspitzen“ in der Nutzung eines bestimmten Werks.¹⁷³³ Sie sieht eine „grundsätzliche“ quantitative Akzessorietät zu Bestandswerken vor, erlaubt aber in derartigen Situationen auch eine häufigere gleichzeitige Zugänglichmachung.¹⁷³⁴

Der Begründung des Rechtsausschusses lässt sich entnehmen, dass „Ausnahmefälle“ zeitlich und quantitativ begrenzt bleiben sollen, „soweit dies möglich ist“; sie dürfen die gleichzeitige Nutzung eines Exemplars aus dem Bestand der Einrichtung an vier elektronischen Leseplätzen nicht überschreiten. Somit sei nicht zu erwarten, dass § 52b UrhG zu einer Änderung des Anschaffungsverhaltens führen werde.¹⁷³⁵ Die Zahl vier wird dabei teilweise als willkürlich und zu hoch bewertet, so dass sie in der Praxis nur

¹⁷²⁸ *Peifer*, GRUR 2009, 22, 25.

¹⁷²⁹ Siehe zur Entwicklung beispielsweise *Spindler*, NJW 2008, 9, 13.

¹⁷³⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26; kritisch dazu *Berger*, GRUR 2007, 754 f.. Auf die fehlende rechtliche Bindungswirkung einer derartigen gesetzgeberischen Bezugnahme auf Selbstverpflichtungserklärungen verweist zu Recht *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 8.

¹⁷³¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 40.

¹⁷³² Siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 48.

¹⁷³³ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 44.

¹⁷³⁴ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 9 spricht wohl vor diesem Hintergrund von einer „erweiterten“ Bestandsakzessorietät.

¹⁷³⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 44.

selten ausgeschöpft werden könne.¹⁷³⁶ Der Vorwurf der Willkür wäre jedoch gegenüber jeder zahlenmäßigen Konkretisierung gleichermaßen zutreffend. Richtig ist, dass auch ohne Ausnahmeregelung etwa für Belastungsspitzen die Zugriffsmöglichkeiten auf den Bestand der Bibliothek jedenfalls bereits verdoppelt werden.¹⁷³⁷ Klar ist weiter, dass es sich um den „Faktor vier“ handelt, was relevant wird, sofern mehr als nur ein Exemplar im Bestand vorhanden ist.¹⁷³⁸ Die zunächst strenge Bestandsakzessorietät wird durch die Regelung mit dem Faktor vier im Ergebnis nicht unerheblich gelockert.¹⁷³⁹

aa) Die Handhabung der „Ausnahme“ von der Regel

Zu untersuchen bleiben die Bedingungen, unter denen vom Grundsatz der zahlenmäßigen Bindung abgewichen werden darf. Die Begründung des Rechtsausschusses nennt beispielhaft „Belastungsspitzen bei der Nutzung eines bestimmten Werkes“ und spricht von „Ausnahmefällen“.¹⁷⁴⁰ Ob man eine mehrfache Zugänglichmachung jedoch als bloßen Ausnahmefall oder über eine bloße Flexibilisierung in Belastungsspitzen hinaus – ebenfalls im Einklang mit der Begründung - im Sinne eines echten Kompromisses verstehen sollte, erscheint zumindest offen. Denn schon in der Begründung des Rechtsausschusses werden Zweifel deutlich, Begrenzungen dieser „Ausnahmefälle“ überhaupt vornehmen zu können („soweit möglich“).

Zutreffend ist sicherlich, dass es nicht im Rahmen des vom Gesetzgeber Gewollten liegen kann, wenn Bibliotheken ein Werk trotz generell und gleichbleibend hohen Bedarfs nur noch einfach anschaffen, um sich anschließend auf dauerhafte „Belastungsspitzen“ zu berufen. Änderungen des Anschaffungsverhaltens sollten ausdrücklich vermieden werden. Der Begriff der Belastungsspitzen zielt vielmehr auf Fälle ab, in denen Werke im Regelfall nur wenig intensiv genutzt werden und deshalb eine Anschaffung in geringer Stückzahl ausreichend erscheint, Werke aber beispielsweise durch die Einbeziehung in eine Vorlesung, Hausarbeit oder ähnliches punktuell deutlich intensiver nachgefragt werden.¹⁷⁴¹

¹⁷³⁶ So *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 34.

¹⁷³⁷ So *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 32; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 9; *Sprang/Ackermann*, *Kommunikation & Recht* 2008, 7, 8; *Langhoff/Oberndörfer/Jani*, *ZUM* 2007, 593, 596.

¹⁷³⁸ So auch *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 9; ebenso *Hoeren*, *MMR* 2007, 615, 618 („Maximalverhältnis“); auch *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 9, der zudem von einem „Richtwert“ ausgeht.

¹⁷³⁹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 9.

¹⁷⁴⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 44; für ein Regel-Ausnahme-Verhältnis auch *Scheja/Mantz*, *CR* 2008, 715, 719; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 9.

¹⁷⁴¹ Siehe das dem entsprechende anschauliche Beispiel bei *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 52b Rn. 3; ähnlich *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 4.

Was jedoch eine Belastungsspitze ausmachen soll und wo im Einzelfall die Grenzen gezogen werden, lässt sich dem Begriff nicht entnehmen.¹⁷⁴² Ist beispielsweise nur ein Werkexemplar vorhanden, dann lässt sich als ein erster Lösungsansatz gut vertreten, dass bereits die Nachfrage eines zweiten Nutzers eine zweite und die eines dritten Nutzers eine dritte Zugänglichmachung rechtfertigt, also jeder über die „grundsätzlich“ erlaubte Anzahl hinausgehende Bedarf bereits eine Belastungsspitze darstellt. Ebenso ließe sich die Schwelle weniger nutzerfreundlich auch höher anlegen. Im Sinne eines gestaffelten Systems müsste etwa dem zweiten, vielleicht auch dem dritten und vierten Nutzungswilligen der Zugriff zunächst verwehrt bleiben, falls erst der fünfte zeitgleiche Lesewunsch als Beleg für eine Belastungsspitze ausreichen sollte.¹⁷⁴³ Bereits die Frage, ob in diesem Fall das nun zulässige zweite Exemplar dem zweiten oder dem fünften Nutzungswilligen zugänglich gemacht wird, verdeutlicht die mit diesem Verständnis verbundene Willkür.

Ein dritter Lösungsansatz könnte theoretisch darin bestehen, statt eines automatisierten Verfahrens, das allein auf die Anzahl der Nutzungsanfragen reagiert, das Personal der jeweiligen Einrichtung über das Vorliegen einer Belastungsspitze oder ähnlicher Umstände entscheiden zu lassen. Sind näher zu bestimmende und den Wertungen des Personals zugängliche Umstände gegeben, dürfte ein Werk für eine Mehrfachnutzung freigeschaltet werden.¹⁷⁴⁴ Auch eine Kombination beider Verfahren wäre theoretisch denkbar. Praktisch dürfte aber jede nicht völlig automatisierte Lösung schnell die Grenzen des mit zumutbarem Personalaufwand noch zu Leistenden sprengen. Offen bleibt gleichzeitig, ob es informationstechnisch möglich sein wird, eine gesetzeskonforme Umsetzung zu gewährleisten, bei der das Regel-Ausnahmeverhältnis neben rein quantitativen Kriterien auch „wertende“ Aspekte berücksichtigen kann.¹⁷⁴⁵

Es bleibt abzuwarten, ob Vereinbarungen der beteiligten Interessenvertretungen oder die Rechtsprechung die Einzelheiten der Regelung näher konkretisieren. Bis dahin

¹⁷⁴² Siehe auch die entsprechende Kritik in dem Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 35.

¹⁷⁴³ Entsprechend würde etwa der zehnte Abrufwunsch die Zugänglichmachung eines dritten, der fünfzehnte die Zugänglichmachung des vierten und letzten Exemplars rechtfertigen.

¹⁷⁴⁴ Im Sinne eines vorübergehenden „Status Belastungsspitze“.

¹⁷⁴⁵ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 9 wirft ganz generell die Frage nach der informationstechnischen Realisierbarkeit auf.

erscheint der zuerst dargestellte Weg als der praktikabelste,¹⁷⁴⁶ selbst wenn auf diese Weise bis zur Grenze des Faktors vier jede Mehrfachanfrage auch eine Mehrfachnutzung legitimiert. Durch ein solches Verständnis wird der Kompromisscharakter der Norm stärker in den Vordergrund gestellt als bei einem klaren Regel-Ausnahme-Verhältnis. Mit einer solchen partiellen Lockerung der quantitativen Akzessorietät räumt der Kompromissversuch zwar nicht die grundlegende Kritik an der Regelung aus, dass eine Verknüpfung des elektronischen Lesezugriffs kaum mediengerecht erscheint, kontraproduktiv ist und den Sinn und Zweck der Regelung leicht konterkariert.¹⁷⁴⁷ Es wird jedoch ein gewisses Maß an Flexibilität geschaffen und dabei gleichzeitig den Bedenken der Verlagsseite ausreichend Rechnung getragen, dass ohne jede Begrenzung auch vielgenutzte Werke nur noch in sehr geringer Stückzahl erworben werden könnten, um sie anschließend an beliebig vielen Leseplätzen zur Verfügung zu stellen.¹⁷⁴⁸

bb) Sonderregelung für vergriffene Werke?

§ 52b UrhG sieht nach seinem Wortlaut anders als § 53 UrhG keine Sonderregelung für vergriffene Werke vor. Mit Blick auf die Ratio der strengen Bestandsakzessorietät lässt sich erwägen, dass für sie dort kein Bedarf besteht, wo das Anschaffungsverhalten der Bibliotheken in Bezug auf gedruckte Werke durch eine weitergehende Nutzung gar nicht negativ beeinflusst werden kann, da ohnehin keine zusätzlichen Werkexemplare in den Bestand aufgenommen werden können.¹⁷⁴⁹ Auch in der „Leipziger Verständigung“ war für vergriffene Werke eine vollständige Ausnahme von der quantitativen Bestandsakzessorietät zwischen Bibliotheksverband und Börsenverein konsensfähig.¹⁷⁵⁰ Umgesetzt wurde dies durch den Gesetzgeber im Gesetzeswortlaut jedoch nicht.

¹⁷⁴⁶ So lässt sich auch *Beger*, S. 92, verstehen.

¹⁷⁴⁷ So *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 9 bzw. *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 280; siehe zur grundlegenden Kritik auch *Hilty*, *Stellungnahme Rechtsausschuss*, S. 7ff. („anachronistisch“); *Kuhlen*, *Götterdämmerung*, S. 381 ff., kritisiert den „Schutz obsoleter Geschäftsmodelle“.

¹⁷⁴⁸ Mit entsprechender Wertung auch das OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2010, 1, 3 – *Elektronische Leseplätze*; *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 9; kaum realistisch erscheinen die bei *Berger*, GRUR 2007, 754, 755 gezeichneten Horrorszenarien aus Sicht der Verlage, nach denen bei nur zehn physischen Werkexemplaren ohne Bestandsakzessorietät hundert Leseplatzexemplare genutzt werden würden; auch elektronische Leseplätze kosten Geld, ganz abgesehen von der für § 52b UrhG anfallenden Vergütung.

¹⁷⁴⁹ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 35.

¹⁷⁵⁰ „Leipziger Verständigung“ abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumentel/LeipzigerVerstaendigung_070323.pdf.

Dennoch erscheint es vor diesem Hintergrund zutreffend, mit *Hoeren* in nicht mehr liefer- oder verfügbaren Werken neben Belastungsspitzen bei sonstigen Werken einen eigenständigen Anwendungsfall der Regelung zu sehen,¹⁷⁵¹ in dem zumindest die als Kompromissformel konzipierte vierfache Zugänglichmachung generell zur Anwendung kommen kann.¹⁷⁵² Insoweit handelt es sich bei ihr nicht allein um eine Ausnahme in zeitlicher Hinsicht, sondern die Lockerung der strengen Bestandsakzessorietät kommt im Sinn eines interessengerechten Kompromisses auch in derartigen werkbezogenen Sonderkonstellationen zur Anwendung. Hier wäre eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung ähnlich dem ausdrücklich genannten Beispielsfall der Bestands-spitzen sinnvoll gewesen. Dies würde eine Auslegung zusätzlich stützen, nach der unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Verlegerinteressen in diesem Sonderbereich die Möglichkeiten der elektronischen Leseplätze sinnvoll eingesetzt werden können, um andernfalls nur schwer zugängliche, nicht mehr erhältliche Werke bereitzustellen und so dem Auftrag der jeweiligen Einrichtungen gerecht zu werden.

6. Fehlen entgegenstehender vertraglicher Regelungen

§ 52b UrhG gestattet die Zugänglichmachung, „soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen.“ Die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals ist umstritten. Einer Ansicht nach ist eine Terminalnutzung erst dann ausgeschlossen, wenn dem im Einzelfall die Bestimmungen eines zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Vertrages entgegenstehen, im Sinne einer Sperrwirkung *inter partes*.¹⁷⁵³ Die Gegenauffassung versteht § 52b UrhG oder doch zumindest die Richtlinienvorgabe in Art. 5 Abs. 3 n) InfoSoc-RL so, dass im Sinne eines echten Verlagsprivilegs bzw. eines „Vorrangs von Verlagsangeboten“¹⁷⁵⁴ schon dann kein Raum mehr für die Schranke bleibt, wenn das jeweilige Werk auf Lizenzvertragsbasis zur digitalen Nutzung *angeboten* wird, also bereits das bloße Lizenzangebot bzw. die Möglichkeit des Vertragsschlusses zu einer

¹⁷⁵¹ *Hoeren*, MMR 2007, 615, 617; zustimmend *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 4.

¹⁷⁵² So mit ähnlichen Erwägungen auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 35.

¹⁷⁵³ So *Hoeren*, MMR 2007, 615, 617; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 10f; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 27; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 12; zwischenzeitlich *Spindler*, NJW 2008, 9, 13; *Kreutzer*, in: Hofmann, Wissen und Eigentum, S. 123; *Scheja/Mantz*, CR 2008, 715, 719; vgl. mit entsprechender Auffassung auch die Stellungnahme und Pressemitteilung des Deutschen Bibliotheksverbands zum ersten Gerichtsverfahren zu § 52b UrhG, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/presse/2009/Boersenverein_plant_Musterprozess_PM.pdf.

¹⁷⁵⁴ So *Langhoff/Oberndörfer/Jani*, ZUM 2007, 593, 597.

Sperrwirkung *inter omnes* führen soll.¹⁷⁵⁵ Dies rückt das Kriterium in die Nähe der Subsidiaritätsklausel des § 53a UrhG oder eines so verstandenen Gebotenheitserfordernis, die jedoch bei § 52b UrhG wie in der Richtlinienvorgabe fehlen.¹⁷⁵⁶

a) Klare Rechtslage auf Ebene des § 52b UrhG

Der zweiten Ansicht lässt sich zu § 52b UrhG entgegenhalten, dass dessen Wortlaut nicht so unklar ist wie teilweise behauptet.¹⁷⁵⁷ Die verwendete Formulierung der „entgegenstehenden vertraglichen Regelungen“ setzt schon sprachlich die tatsächliche Geltung vertraglicher Regelungen voraus, nicht lediglich wie bei der zeitgleich geschaffenen Norm des § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG die bloße Möglichkeit eines Werkabrufs auf Lizenzbasis. Zweifelsfrei wird dies an der Gesetzesbegründung deutlich. Danach gilt § 52b „nicht für solche Werke, für die vertragliche Vereinbarungen über eine Nutzung in digitaler Form *getroffen wurden*. Die zulässige Nutzung richtet sich hier ausschließlich *nach dem Vertrag*.“¹⁷⁵⁸ Wie bloße Vertragsangebote auch für jeden nicht vertraglich gebundenen Beteiligten die zulässige Nutzung regeln können sollen, ist nicht erkennbar. Dies ist lediglich *inter partes* und nach tatsächlichem Abschluss eines Lizenzvertrages vorstellbar. Ein bloßes Angebot, so auch das LG Frankfurt in einer ersten Entscheidung zu § 52b UrhG, bleibt einseitig und kann deswegen eine „Regelung“ im Sinne einer beidseitig bindenden Vereinbarung nicht begründen.¹⁷⁵⁹ Dies hat auch die Berufungsinstanz im Ergebnis ebenso beurteilt.¹⁷⁶⁰

Verdeutlicht wird die auf Ebene des Urhebergesetzes klare Rechtslage auch dadurch, dass anderweitige Ansätze aus der „Gemeinsamen Stellungnahme zu §§ 52b und 53a UrhG von Börsenverein und Deutschem Bibliotheksverband“ sowie der „Leipziger

¹⁷⁵⁵ So auch für § 52b *v. Lucius*, ZfBB 2008, 269, 270; *Sprang/Ackermann*, Kommunikation & Recht 2008, 7, 8; *Beger*, Bibliotheksdienst 2007, 261; auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 12 unter Heranziehung des Richtlinienwortlauts; so auch *Spindler*, GRUR 2002, 105, 114; *Spindler*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 289 f.; leicht unklar *Langhoff/Oberndörfer/Jani*, ZUM 2007, 593, 597, die einerseits vom Vorrang von Verlagsangeboten sprechen, siehe oben, andererseits aber das Bestehen vertraglicher Vereinbarungen voraussetzen; eher in Bezug auf die Richtlinie *Berger*, GRUR 2007, 754, 760; ebenfalls zur Richtlinie *Bechtold*, in: *Dreier/Hugenholtz*, (Hrsg.), Concise European Copyright, InfoSoc Directive, Art. 5, Bemerkung 4 (o); *Walter*, in: *Walter* (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Info-RL, Rn. 135.

¹⁷⁵⁶ Darauf verweist auch *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 1.

¹⁷⁵⁷ Vgl. *v. Lucius*, ZfBB 2008, 269, 270; *Sprang/Ackermann*, Kommunikation & Recht 2008, 7, 8.

¹⁷⁵⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26.

¹⁷⁵⁹ LG Frankfurt a.M. Az. 2-06 O 172/09, verkündet am 13.05.2009, S. 9.

¹⁷⁶⁰ OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2010, 1, 2 f.

Verständigung“ im Rahmen des § 52b UrhG während des Gesetzgebungsverfahrens nicht aufgegriffen wurden. Um beim Kopienversand zumindest einen Teilerfolg zu erzielen, war der Bibliotheksverband den Forderungen des Börsenvereins entgegengekommen¹⁷⁶¹ und hatte sich auf ein gemeinsames Verständnis zu § 52b UrhG geeinigt, welches auch in diesem Bereich eher einem echten Verlagsprivileg entsprochen hätte. Danach sollte eine Bereitstellung von Werken über § 52b UrhG nur zulässig sein, soweit das Werk nicht bereits vom Verlag in digitaler Form zu angemessenen Bedingungen zur Lizenzierung angeboten wird, rechtstechnisch eingebettet in eine Zwangslizenzregelung und unterstützt durch eine Erfassung entsprechender Lizenzangebote in einer zentralen Datenbank.¹⁷⁶² Elemente dieses Ansatzes wurden bei § 53a UrhG berücksichtigt, einschließlich der vorgeschlagenen Qualifizierung der verlagsseitigen Angebote als offensichtlich und angemessen, nicht jedoch bei § 52b UrhG.

§ 52b UrhG ist demnach angesichts des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte derart klar auf entgegenstehende Regelungen in tatsächlich abgeschlossenen Vereinbarungen ausgerichtet, dass auch eine richtlinienkonforme Auslegung kaum möglich und allenfalls ein Umsetzungsdefizit mit Blick auf die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 n) InfoSoc-RL denkbar erscheint.¹⁷⁶³

b) Rechtslage auf Richtlinienebene

Für ein Umsetzungsdefizit müsste die Richtlinienvorgabe ihrerseits an bloßen Lizenzangeboten anknüpfen und so einen echten Vorrang für Verlagsangebote vorsehen. Trotz der im Vergleich mit § 52b UrhG abweichenden Formulierung bestehen daran jedoch erhebliche Zweifel. Die Richtlinie gestattet die „Nutzung von Werken [...], für die keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten und die sich in den Sammlungen der Einrichtungen“ befinden. Gerade die deutsche Formulierung erscheint kryptisch, insbesondere angesichts der Wendung „Regelungen über Verkauf“. Die englische Version lautet demgegenüber „works [...] not subject to purchase or licensing terms which are contained in their collections“. Dies ließe sich wohl weniger sperrig auch mit „Wer-

¹⁷⁶¹ So wohl zu Recht *Beger*, Bibliotheksdienst 2007, 261, 263.

¹⁷⁶² Gemeinsame Stellungnahme zu den §§ 52b und 53a UrhG-Regierungsentwurf, abgedruckt in Bibliotheksdienst 2007, 257, 258, „Leipziger Verständigung“, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumente/LeipzigerVerstaendigung_070323.pdf.

¹⁷⁶³ Von einem Umsetzungsdefizit geht *Berger*, GRUR 2007, 754, 756, 760 aus, der –insoweit ist ihm zuzustimmen – die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung bezweifelt; für eine richtlinienkonforme Auslegung nun jedoch *Spindler*, in: *Hilty/Drexler/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 290.

ke, die keinen Kauf- oder Lizenzbestimmungen unterliegen [...]“ übersetzen. Auch das OLG Frankfurt hält einer Übersetzung mit „unterworfen“ bzw. „unterliegend“ für naheliegender, als „subject to“ im Sinne von „vorbehaltlich“ zu verstehen. Auch aus der französischen Sprachfassung („qui ne sont pas soumis“) zieht das Gericht den gleichen Schluss.¹⁷⁶⁴

Zwar trifft zu, dass die Richtlinie nicht ausdrücklich vom tatsächlichen Zustandekommen entsprechender Verträge spricht.¹⁷⁶⁵ Genauso wenig bezieht sie sich aber im Sinne der Gegenansicht ausdrücklich auf das bloße Angebot entsprechender Verträge, sondern muss insoweit sprachlich als offen und ambivalent bezeichnet werden.¹⁷⁶⁶ Unzutreffend und zu weitgehend erscheint jedenfalls die Einschätzung, die Schranken-anwendung sei bereits ausgeschlossen, sobald ein Werk als solches überhaupt käuflich zu erwerben sei, völlig unabhängig von möglichen (kauf)vertraglichen Bestimmungen im Zusammenhang mit einer Terminalnutzung.¹⁷⁶⁷ Denn nahezu jedes Werk ist käuflich zu erwerben, sogar einschließlich vergriffener Werke, sofern man Antiquariate als mögliche Quellen mit einbezieht. Die Schranke würde damit vollständig oder zumindest nahezu vollständig bedeutungslos. Da eine Schranke ohne Anwendungsbereich keinen Sinn macht, sind die „Regelungen über Verkauf und Lizenzen“ so zu verstehen, dass sie jedenfalls nur dann zum Ausschluss der Schranken-anwendung führen, wenn sie entsprechende Aussagen zur Terminalnutzung, also letztlich entgegenstehende vertragliche Regelungen im Sinne der deutschen Umsetzung enthalten.

Hinsichtlich der Ausgangsfrage, ob es auf Richtlinien-ebene auf einen tatsächlich geschlossenen Vertrag oder auf ein bloßes Vertragsangebot ankommt, spricht der enge Bezug zur Bestandsakzessorietät dafür, auch die vertraglichen Einschränkungen jeweils werkstückbezogen in dem Sinn zu verstehen, dass die „Regelungen über Verkauf und Lizenzen“ *inter partes* gerade für diejenigen Werkstücke in ihren Beständen „gelten“ müssen, die die Einrichtung über Terminals zugänglich machen will, weil bei deren Erwerb entsprechende Vertragsklauseln im Kauf- oder Lizenzvertrag enthalten waren. Auch bei einem solchen Verständnis wird Erwägungsgrund 45 der InfoSoc-Richtlinie,

¹⁷⁶⁴ OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2010, 1, 2 – *Elektronische Leseplätze*.

¹⁷⁶⁵ Darauf verweist *Berger*, GRUR 2007, 754, 760.

¹⁷⁶⁶ Kritisch schon *Sprang/Ackermann*, Kommunikation & Recht 2008, 7, 8, wenn auch mit anderem Ergebnis.

¹⁷⁶⁷ So aber *Bechtold*, in: *Dreier/Hugenholtz*, (Hrsg.), Concise European Copyright, InfoSoc Directive, Art. 5, Bemerkung 4 (o).

auf den sich die Gegenansicht beruft, nicht bedeutungslos, wonach Schranken vertraglichen Beziehungen nicht entgegen stehen sollen.¹⁷⁶⁸ Wo restriktive vertragliche Vereinbarungen tatsächlich geschlossen wurden, bleibt ihr Vorrang im Ergebnis bestehen.¹⁷⁶⁹ Art. 5 Abs. 3 n) InfoSoc-RL bzw. § 52b UrhG sowie die übrigen Schranken sind demnach zwar ausdrücklich nicht vertragsfest ausgestaltet. Ließe man Erwägungsgrund 45 aber eine weitergehende Bedeutung zukommen und auf ihn gestützt schon bloße Lizenzangebote ausreichen, dann könnte man das entsprechende Argument auf alle Schrankenvorbehalte der Richtlinie übertragen. Ein derart weit verstandener „Vorrang von Vertragsangeboten“ aus Erwägungsgrund 45 hätte zur Folge, dass beispielsweise auch nationale Privatkopierschranken dann unanwendbar sein müssten, wenn der Rechteinhaber ein generelles Lizenzangebot an jeden Privatnutzer machte, gegen die von ihm verlangte Lizenzgebühr eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch anzufertigen, etwa im Wege eines einseitigen Angebots auf der Internetseite des Rechteinhabers. Derart weitgehend drängt jedoch auch Erwägungsgrund 45 InfoSoc-RL Schrankenbestimmungen nicht zurück.

Im Ergebnis liegt daher nach der hier vertretenen Auffassung bei § 52b UrhG kein Umsetzungsdefizit vor, sondern auch auf Richtlinienenebene ist eine tatsächlich entgegenstehende vertragliche Vereinbarung und nicht lediglich ein einseitiges Lizenzangebot erforderlich.¹⁷⁷⁰

c) **Einzelheiten und Bewertungen auf Ebene des § 52b UrhG**

Nach der klaren nationalen Regelung durch § 52b UrhG wird der Schrankengebrauch nur durch eine entgegenstehende vertragliche Vereinbarung zwischen den beteiligten Parteien ausgeschlossen, also etwa zwischen Verlag und der jeweiligen Bibliothek. Neben Kauf- und Lizenzbestimmungen sind auch andere Vertragsarten vorstellbar, etwa restriktive Klauseln in Schenkungsverträgen. Die Gegenansicht liest mit dem Vorrang von Verlagsangeboten in § 52b UrhG ähnlich wie teilweise bei § 52a UrhG eine Regelung hinein, die der Gesetzgeber im Zweiten Korb nur in § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG beim elektronischen Kopienversand getroffen hat.

¹⁷⁶⁸ Auf diesen verweist *Berger*, GRUR 2007, 754, 760; siehe auch *Spindler*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 290.

¹⁷⁶⁹ Im Ergebnis auch OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2010, 1, 2 – *Elektronische Leseplätze*. Vgl. auch *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 12, zu Erwägungsgrund 45.

¹⁷⁷⁰ Im Ergebnis ebenso OLG Frankfurt a.M., a.a.O. 3; LG Frankfurt a.M., Az. 2-06 O 172/09, verkündet am 13.05.2009, S. 10, das die Zugänglichmachung selbst für zulässig hielt.

Die teilweise vorgebrachte Kritik an der abweichenden Regelung in § 52b UrhG scheint auch in der Sache nicht angebracht, soweit bemängelt wird, es fehle an einem nötigen Kontrahierungszwang.¹⁷⁷¹ Es mangle an einer Regelung, wenn eine Bibliothek den Abschluss eines angemessenen Lizenzvertrages verweigere, so dass diese es im Ergebnis in der Hand habe, den Vorbehalt privater Nutzungsvereinbarungen leerlaufen zu lassen.¹⁷⁷² Richtig ist daran, dass sich eine Einrichtung tatsächlich keine Lizenzen zur Terminalnutzung aufdrängen lassen muss. Dies dürfte kaum Zweck einer Urheberrechtsgesetzgebung sein. Für vorhandene Altbestände, bei denen der Terminalnutzung keine vertraglichen Bestimmungen entgegenstehen, kann ein Verlag die Schrankenutzung nicht nachträglich und einseitig ausschließen und auf seine Lizenzangebote verweisen.¹⁷⁷³

Anders ist es wegen restriktiver Lizenzbestimmungen bei Werken in elektronischer Form oder gar bei lizenzierten Online-Datenbanken, bei denen in der Regel die erlaubten Nutzungsformen bereits genauer festgelegt sind. Auf diese Werke darf eine Bibliothek nicht lizenzwidrig zu Zwecken der Terminalnutzung zurückgreifen.¹⁷⁷⁴ Auch bei sonstigen Neuerwerbungen ist die Position der Verlagsseite keinesfalls so hoffnungslos, wie teilweise der Anschein erweckt wird. Nicht nur wie bislang schon regelmäßig in Lizenzverträgen, sondern selbst beim bloßen Verkauf von Printprodukten ist es zumindest vorstellbar, dass Verlage eine spätere Terminalnutzung des jeweiligen Werkes ausdrücklich ausschließen. Dies muss nicht zwingend im Wege der Individualvereinbarung erfolgen, sondern ist auch über Regelungen in Form allgemeiner Geschäftsbedingungen möglich.¹⁷⁷⁵ Da § 52b UrhG selbst die Möglichkeit entgegenstehender vertraglicher Vereinbarungen vorsieht, kann in einem solchen Ausschluss kaum eine überraschende Klausel im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB zu sehen sein. Privilegierte Einrichtungen können und sollten zwar beim Erwerb ihrer Werke auf entsprechende Bereitstellungsverbote achten,¹⁷⁷⁶ dürften jedoch im Zweifel ein benötigtes Werk gegebenenfalls eher trotz entsprechender Klauseln erwerben, als ganz von dessen Erwerb

¹⁷⁷¹ Kritisch sieht dies insbesondere *Berger*, GRUR 2007, 754, 760; lediglich feststellend etwa *Hoeren*, MMR 2007, 615, 617, sowie *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 11.

¹⁷⁷² *Schröder/Welp*, DFN-Infobrief 1/2008, S. 7.

¹⁷⁷³ So auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 28; ähnlich *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 11.

¹⁷⁷⁴ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 11.

¹⁷⁷⁵ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 27.

¹⁷⁷⁶ Darauf verweist zu Recht *Hoeren*, MMR 2007, 615, 617.

abzusehen. Somit liegt es weitgehend in der Hand der Verwerter, die Anwendbarkeit der Schranke zu unterbinden.¹⁷⁷⁷

Neben diesen Überlegungen bleibt zu erwägen, ob sich im Sinne eines pragmatischen Miteinanders der von Verlagsseite gewünschte Vorrang von Verlagsangeboten trotz Existenz des § 52b UrhG nicht zumindest überall dort einstellen wird, wo tatsächlich angemessene Verlagsangebote entwickelt werden. Solange keine konkreten vertraglichen Bestimmungen entgegenstehen, also insbesondere derzeit noch im Printbereich, bleibt es den privilegierten Einrichtungen zwar unbenommen, verlagsseitige Lizenzierungsangebote auszuschlagen und stattdessen die Terminalnutzung unter den engen Voraussetzungen des § 52b UrhG eigenständig zu bewerkstelligen.¹⁷⁷⁸ Nicht zuletzt mit Blick auf den Aufwand der dafür zunächst erforderlichen Digitalisierung und angesichts der auch bei § 52b UrhG zu zahlenden gesetzlichen Vergütung liegt aber nahe, dass vielfach der Rückgriff auf ein angemessenes Lizenzangebot insgesamt vorteilhafter ist.¹⁷⁷⁹ Der Schranke des § 52b UrhG kommt dabei insofern eine wichtige Funktion zu, als ihre Existenz als Rückfallposition den Druck auf die Verlagsseite erhöht, auch preislich angemessene Lizenzangebote zu entwickeln, die ihren im Vergleich zur Schrankennutzung eventuell höheren Preis angesichts der qualitativen Vorteile auch wert sind, etwa in Sachen Aufwandsersparnis auf Seiten der Bibliothek, Nutzerkomfort, Verlinkungs- oder Recherchemöglichkeiten. Derartig über § 52b UrhG „kontrollierte“ Lizenzangebote dürften häufig im Ergebnis auch aus Sicht der Bibliothek die bevorzugte Alternative darstellen.¹⁷⁸⁰

7. Zulässigkeit der Annex-Vervielfältigung

a) Zulässigkeit trotz Fehlens einer gesonderten Regelung

Soll ein Werk an einem Leseplatz zugänglich gemacht werden, ist dafür zunächst erforderlich, dass es in elektronischer Form abgespeichert wird, entweder auf einem Server, der mehrere Leseplätze versorgt, oder bei einer dezentralen Lösung auf dem Leseplatz selbst. Handelt es sich um ein nur analog vorhandenes Bestandswerk, ist zuvor

¹⁷⁷⁷ Darauf verweist in Bezug auf Werke in digitaler Form auch *Kreutzer*, in: *Hofmann* (Hrsg.), *Wissen und Eigentum*, S. 123.

¹⁷⁷⁸ So auch *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 11.

¹⁷⁷⁹ An ein entsprechendes Miteinander und ein „rationales Handeln“ der Bibliotheken appelliert, wenn auch von einem anderen Standpunkt aus, auch *v. Lucius*, *ZfBB* 2008, 269, 270.

¹⁷⁸⁰ Ähnlich auch *Hilty/Bajon*, *ZfBB* 2008, 257, 259.

seine Digitalisierung nötig. Beides stellt Eingriffe in das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG dar. In § 52b UrhG fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung für diese vorgelegerten Vervielfältigungshandlungen, die „Annex-Vervielfältigung“,¹⁷⁸¹ wie sie in der Konstellation des § 52a UrhG dessen Absatz 3 vorsieht.¹⁷⁸²

Sonstige Schranken, beispielsweise die Archivschanke des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG, der sonstige eigene Gebrauch nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG oder die Wissenschaftskopie nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG können wegen ihrer verschiedenen tatbestandlichen Beschränkungen nicht herangezogen werden, um die fehlende ausdrückliche Regelung in § 52b UrhG vollständig auszugleichen.¹⁷⁸³ Diskutiert wird deshalb, ob die der zustimmungsfreien Zugänglichmachung vorgelagerte Vervielfältigung ihrerseits weiterhin zustimmungspflichtig sein soll, oder ob nicht angesichts der Zielsetzung der Norm auch letztere im Wege der Auslegung oder über einen Analogieschluss von § 52b UrhG gedeckt ist.

Vor allem *Berger* kommt in einem Auftragsgutachten¹⁷⁸⁴ für den Deutschen Börsenverein zu dem Ergebnis, das Scannen und Abspeichern auf dem Server der Einrichtung zum Zweck der Nutzung an elektronischen Leseplätzen sei mangels Regelung nicht zustimmungsfrei möglich. Er wirft deshalb die Frage auf, ob dies nicht angesichts des Wortlauts und eines Umkehrschlusses zu § 52a Abs. 3 UrhG bedeute, dass lediglich digitale Werke unter § 52b UrhG fielen, trotz der entgegenstehenden gesetzgeberischen Zielsetzung.¹⁷⁸⁵ Dazu ist zunächst anzumerken, dass bei digitalen Werken zwar die Digitalisierung, in aller Regel aber nicht die auch dort erforderliche Vervielfältigung auf dem Server oder dem einzelnen Terminal entfällt.¹⁷⁸⁶ Vor allem aber die klar entgegenstehende gesetzgeberische Zielsetzung spricht wie von *Berger* selbst angedeutet für ein

¹⁷⁸¹ Den Begriff verwendet bereits die Begründung des Regierungsentwurf vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 20; siehe zum Begriff auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52a Rn. 16.

¹⁷⁸² Siehe dazu oben, Teil 3 C. II. 7.

¹⁷⁸³ Siehe dazu im Einzelnen übersichtlich *Heckmann*, K&R 2008, 284, 286.

¹⁷⁸⁴ Vgl. *Sprangl/Ackermann*, Kommunikation & Recht 2008, 7, kritisch *Graf*, Kurzanmerkung zum *Berger*-Gutachten zu § 52b: „Auftragsmachwerk“.

¹⁷⁸⁵ *Berger*, GRUR 2007, 754, 756; in Bezug auf die Annex-Vervielfältigung zustimmend *Euler*, CR 2008, 64, 67, sowie *Scheja/Mantz*, CR 2008, 715, 719, die dies jedoch jeweils für ein Manko bzw. problematisch halten; insgesamt kritisch zum Auftragsgutachten, in dieser Frage aber eher offen *Steinhauer*, Kurzbesprechung des *Berger*-Gutachtens zu § 52 b; gegen eine Annexvervielfältigungsfreiheit ohne weitere Begründung *Heeg/Pflüger*, ZUM 2008, 649, 652.

¹⁷⁸⁶ Auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 14 hält „auf jeden Fall“ eine Abspeicherung auf dem Server für erforderlich, zu kurz greift insoweit wohl *Heckmann*, K&R 2008, 284, 287.

anderes Ergebnis. Denn aus den Gesetzesbegründungen geht klar hervor, dass die digitale Zugänglichmachung analoger Bestände und dabei insbesondere gedruckter Werke von Bibliotheken der Hauptanwendungsfall der Schranke sein soll.¹⁷⁸⁷ Benutzer der privilegierten Einrichtungen sollen „deren Sammlungen an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen *in gleicher Weise wie in analoger Form* nutzen können“.¹⁷⁸⁸ Bei den an gleicher Stelle ausdrücklich einbezogenen „Pflichtexemplaren“ im Bestand der Einrichtungen handelt es sich derzeit noch ganz überwiegend um gedruckte (Schrift-) Werke.¹⁷⁸⁹ Die Regelung impliziert daher, dass die vorhandenen analogen Bestände digitalisiert werden müssen, bevor sie an elektronischen Leseplätzen zugänglich gemacht werden können.¹⁷⁹⁰ Insbesondere bei den Erläuterungen zum Kompromiss bei der Bestandsakzessorietät wird deutlich, dass auch der Gesetzgeber ganz selbstverständlich von der Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise ausgegangen ist. Durch die quantitative Begrenzung solle verhindert werden, dass „z.B. eine Bibliothek, die ein Standardwerk nur in einem Exemplar angeschafft hat, dieses Werk *digitalisiert* und gleichzeitig an beliebig vielen Leseplätzen zugänglich macht“.¹⁷⁹¹ Die dazu erforderliche Annex-Vervielfältigung mangels ausdrücklicher Regelung für zustimmungspflichtig zu erklären, ließe § 52b UrhG im deutlichen Widerspruch zur Zielsetzung leerlaufen.¹⁷⁹² § 52 b UrhG wäre ein „*ius nudum*“.¹⁷⁹³

¹⁷⁸⁷ Diese Einschätzung teilen im Ergebnis auch *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 10; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 19; *Heckmann*, K&R 2008, 284, 287, der auch darauf verweist, dass die grundsätzliche Anwendbarkeit auf Bücher zwischen DBV und Börsenverein nie umstritten war.

¹⁷⁸⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26.

¹⁷⁸⁹ Vgl. aber § 14 des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek vom 22.6.2006 sowie die Verordnung über die Pflichtablieferung von Medienwerken an die Deutsche Nationalbibliothek (PflAV) vom 17.10.2008, die nun auch Medienwerke in unkörperlicher Form mit einbeziehen; dazu *Heckmann/Weber*, AfP 2008, 269 ff.

¹⁷⁹⁰ Dieses Verständnis liegt ganz eindeutig etwa auch der „Leipziger Verständigung“ zugrunde, siehe speziell die Erläuterungen der DBV-Vorsitzenden *Beger*, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumente/Erlaeuterungen-zu-52b-und-53a_22_03_07.pdf

¹⁷⁹¹ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 44; darauf verweisen zu Recht auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 14; sowie *Beger*, S. 92; der gleiche, grundlegende und offensichtliche Gedanken kommt auch schon in der Gesetzesbegründung zu § 52a Abs. 3 UrhG zum Ausdruck. Dort sei es „notwendig, diejenigen Vervielfältigungen zuzulassen, die zur Zugänglichmachung erforderlich sind“, siehe Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 15/837, S. 34.

¹⁷⁹² *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 14; *Knaf/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 149.

¹⁷⁹³ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 19.

Überwiegend wird deshalb von einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers ausgegangen¹⁷⁹⁴ bzw. zumindest im Ergebnis die Zulässigkeit der erforderlichen Annex-Vervielfältigung bejaht.¹⁷⁹⁵ Unterschiedlich beurteilt wird der rechtstechnische Weg dorthin. Während Teile der Literatur dies über eine entsprechende teleologische Auslegung der Norm erreichen wollen,¹⁷⁹⁶ hält eine abweichende Ansicht die Grenzen der möglichen Auslegung für überschritten und will stattdessen eine Analogie zu § 52 Abs. 3 UrhG ziehen.¹⁷⁹⁷ Die dafür erforderliche Regelungslücke sei darin zu sehen, dass der Regelung ohne Annexvervielfältigungsfreiheit wie bereits dargestellt kein Anwendungsbereich verbliebe.¹⁷⁹⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht erscheint es jedoch möglich, den ansonsten weitestgehend vereitelten Regelungszweck auch noch im Wege der Auslegung des § 52b UrhG selbst zu berücksichtigen. Dagegen wird zwar vorgebracht, es falle schon laienhaft schwer, unter dem Begriff der Zugänglichmachung auch eine vorgelagerte Vervielfältigungshandlung einzubeziehen, darüber hinaus sei der Begriff der Zugänglichmachung aber vor allem an den rechtstechnischen Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung angelehnt; da dies ein gegenüber der Vervielfältigung eigenständiges Verwertungsrecht sei, komme eine erweiternde Auslegung nicht mehr in Betracht.¹⁷⁹⁹

Allerdings benennt § 52b UrhG wie dargestellt mit der „Zugänglichmachung“ weniger trennscharf als andere Schrankenregelungen eines der in § 15 UrhG aufgelisteten Verwertungsrechte, sondern bezieht sich je nach Konstellation entweder auf eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG oder auf einen sonstigen Fall

¹⁷⁹⁴ So ausdrücklich *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 19; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 13; *Schröder/Welp*, DFN-Infobrief 1/2008, S. 6 sprechen ebenfalls von einem Übersehen seitens des Gesetzgebers; ähnlich *Heckmann*, K&R 2008, 284, 287.

¹⁷⁹⁵ LG Frankfurt a.M. Az. 2-06 O 172/09, verkündet am 13.05.2009, S. 11; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 10; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 14; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 19; *Schröder/Welp*, DFN-Infobrief 1/2008, S. 6; auch *Hoeren*, MMR 2007, 615, 617 setzt die Zulässigkeit voraus; *Graf*, Kurzanmerkung zum Berger-Gutachten zu § 52b, bezeichnet es als „ziemlich widersinnig“, die Nutzung von Digitalisaten zu erlauben, das Herstellen der Digitalisate aber zustimmungspflichtig zu machen; für *Kublen*, *Götterdämmerung*, S. 233 ist die Diskussion aufgrund der schlecht formulierten Norm insgesamt „spitzfindig absurd“.

¹⁷⁹⁶ So ausdrücklich *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 19; andere Kommentatoren gehen ohne weitere rechtstechnische Einordnung von der Zulässigkeit der Vervielfältigung aus, etwa *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 10; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 14.

¹⁷⁹⁷ So ausdrücklich *Heckmann*, K&R 2008, 284, 287; für die Analogie auch *Schröder/Welp*, DFN-Infobrief 1/2008, S. 6.

¹⁷⁹⁸ So *Heckmann*, K&R 2008, 284, 287.

¹⁷⁹⁹ *Heckmann*, K&R 2008, 284, 287.

der öffentlichen Wiedergabe nach § 15 Abs. 2 UrhG und bestimmt funktionaler als andere Schranken eher den gestatteten Vorgang als die betroffenen Verwertungsrechte.¹⁸⁰⁰ Die zu dieser „Zugänglichmachung“ erforderliche Annex-Vervielfältigung lässt sich daher noch im Wege der Auslegung über § 52b UrhG rechtfertigen.

Im Ergebnis hat inzwischen auch das OLG Frankfurt a.M. unter Verweis auf die ganz überwiegende Literaturauffassung und das andernfalls drohende Leerlaufen des § 52b UrhG die Zulässigkeit der Annex-Berechtigung zur Digitalisierung des Werkes bejaht.¹⁸⁰¹ Dennoch sollte § 52b UrhG im anvisierten Dritten Korb um einen zusätzlichen Absatz ergänzt werden, der wie in § 52a Abs. 3 UrhG die Annexvervielfältigungsfreiheit klarstellt.¹⁸⁰²

b) Herstellung durch einen anderen

Eine weitergehende, bislang wenig diskutierte Frage ist, ob die Herstellung des Digitalisats zwingend durch die Einrichtung selbst erfolgen muss oder auch die Vervielfältigung durch einen anderen zulässig ist. Dies wird für Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch in § 53 Abs. 1 und 2 UrhG in unterschiedlicher Ausprägung durch die Variante des Herstellenlassens ausdrücklich gestattet. Mit *Dreier* lässt sich vertreten, dass dies nach dem Zweck der Norm auch bei § 52b UrhG zulässig ist.¹⁸⁰³ Denn zumindest bislang liefe die Schranke in der Praxis andernfalls noch weitgehend leer angesichts des großen Aufwands, den eine Digitalisierung ohne die Anschaffung eines leistungsfähigen, aber in der Anschaffung teuren Buchscanners erfordert, und insofern ist die gegenwärtige Lage vergleichbar mit der Situation bei Einführung des § 53 UrhG, als die Herstellung durch Dritte ebenfalls wegen der damals geringen Verbreitung eigener teurer Vervielfältigungsgeräte in die Privilegierung einbezogen wurde.¹⁸⁰⁴

Abgesehen von den absoluten Kosten für jede einzelne Einrichtung erscheint es aus übergeordneter Perspektive gerade in Bezug auf Bibliotheken unwirtschaftlich und unsinnig, wenn jede Bibliothek ihren Bestand selbständig digitalisieren müsste, insbesondere angesichts der insgesamt stark eingeschränkten Nutzungsmöglichkeiten, die § 52b UrhG bietet. Soweit ein Werk wie häufig in mehreren Bibliotheken vorhanden ist und

¹⁸⁰⁰ Siehe schon oben Teil 3 D. I. 1.

¹⁸⁰¹ OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2010, 1, 3 – *Elektronische Leseplätze*.

¹⁸⁰² Dafür *Heckmann*, K&R 2008, 284, 287; ebenso *Euler*, CR 2008, 64, 67; für einen Formulierungsvorschlag siehe sogleich unten Teil 3 D. II. 7. c.

¹⁸⁰³ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 14.

¹⁸⁰⁴ Ebd. Vergleiche dazu auch schon oben Teil 3 A. II.4.

eine von ihnen bereits ein Digitalisat hergestellt hat, muss es deshalb sinnvoller Weise noch von der Regelung erfasst sein, wenn sie in der Folge auch weiteren Bibliotheken auf Anfrage ein Digitalisat zur Verfügung stellt, sich die anfragende Bibliothek also zur Vervielfältigung ihrer eigenen Bestandswerke eines Anderen bedient, ohne dadurch die Bestandsakzessorietät aufzuheben.¹⁸⁰⁵ Hier lassen sich Parallelen zur Kopienversandentscheidung des BGH ziehen, wo ebenfalls die Zulässigkeit der zum eigenen Gebrauch angefertigten Vervielfältigung nicht daran scheitert, dass diese durch einen anderen hergestellt wird und dieser nicht auf ein Werkstück des Bestellers zurückgreift, sondern auf eine von ihm selbst zur Verfügung gestellte Kopiervorlage.¹⁸⁰⁶ Ein solches Verständnis liegt dem Vernehmen nach auch den derzeitigen Verhandlungen zwischen den Ländern und den Verwertungsgesellschaften über einen Gesamtvertrag zur Abgeltung der Vergütung des § 52b UrhG zugrunde.

Im Fall derartiger Kooperationsmodellen zwischen Bibliotheken ist bei entsprechender Ausgestaltung auch die Unentgeltlichkeit des Herstellenlassens gegeben, die nicht an einer lediglich kostendeckenden Gebühr für die erbrachte Leistung scheitert und keine absolute Kostenfreiheit voraussetzt.¹⁸⁰⁷ Eine Begrenzung auf unentgeltliche Dienstleister ist jedoch bei einem wertenden Vergleich mit der differenzierten Regelung in § 53 UrhG ebenfalls keinesfalls zwingend, da dort allein bei der Privatkopie die entgeltliche digitale Herstellung durch einen anderen ausgeschlossen wird, während in den Fällen des Abs. 2 und 3 nicht differenziert wird.¹⁸⁰⁸ Angesichts der mit der Schranke verfolgten übergeordneten Interessen der Allgemeinheit, dem Bildungsauftrag der Einrichtungen Rechnung zu tragen und die Medienkompetenz der Bevölkerung zu fördern,¹⁸⁰⁹ kann auch bei § 52b UrhG dieser großzügigere Maßstab als angemessen bezeichnet werden. Als Folge ist es auch entgeltlich tätigen Dienstleistern erlaubt, Bibliotheksbestände im Auftrag der jeweiligen Einrichtung zum – alleinigen – Zweck der Nutzung im Rahmen des § 52b UrhG zu digitalisieren. Hier stellt sich allerdings grundlegend die Frage, ob insoweit nicht die Verlage selbst in der besseren Position sind, die häufig inzwischen ohnehin

¹⁸⁰⁵ Ein Problem mit der Bestandsakzessorietät besteht gerade nicht, wenn sich das Werk auch im Bestand der anfragenden Bibliothek befindet. Dies übersehen *Knaf/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 149; auch für diesen Fall ohne weitere Begründung gegen eine Kooperationsmöglichkeit *Hilpert/Schwarz*, Bibliotheksforum Bayern 2008, 43, 45.

¹⁸⁰⁶ BGH NJW 1999, 1953, 1954 – *Kopienversand*.

¹⁸⁰⁷ Vgl. dazu im Einzelnen etwa *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 16 m.w.N.

¹⁸⁰⁸ Ähnlich *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 15.

¹⁸⁰⁹ Siehe dazu schon oben Teil 3 D. I. 2.

vorhandenen Digitalisate ihrer Werke nicht nur auf Lizenzbasis für weitergehende Nutzungen zur Verfügung zu stellen, sondern auch Angebote für die Nutzung der Werke im engen Rahmen des § 52b UrhG zu unterbreiten, die dann einschließlich einer durch den Wettbewerb mit Dienstleistern kontrollierten Gewinnmarge häufig dennoch kostengünstiger ausfallen dürften als aufwendige eigene Digitalisierungsvorhaben der Bibliotheken.

Im Dritten Korb sollte eine entsprechende klarstellende Ergänzung in die Regelung aufgenommen werden. Daraus ergibt sich angesichts der nicht ohne weiteres vergleichbaren Situationen auch kein Widerspruch zur bereits derzeit bestehenden ausdrücklichen Annexvervielfältigungsfreiheit in § 52a UrhG, wo ein derartiger ausdrücklicher Zusatz fehlt. § 52a UrhG bezieht sich in beiden Varianten auf eine selektivere Vorgehensweise, da die Werke oder Werkteile einen inhaltlichen Bezug zum jeweiligen Unterricht bzw. der eigenen wissenschaftlichen Forschung aufweisen müssen. In dieser Konstellation ist es den Schrankenprivilegierten leichter möglich, die auch vom Umfang kleineren Schrankenobjekte selbst einzuscannen, um sie öffentlich zugänglich zu machen. Bei § 52b UrhG ergibt sich die Selektion demgegenüber allenfalls aus den begrenzten personellen und finanziellen Ressourcen der Einrichtung sowie Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten angesichts der beschränkten Nutzungsmöglichkeiten aufgrund der Norm. Zielsetzung des Gesetzgebers war es jedoch zu gewährleisten, dass Benutzer der privilegierten Einrichtungen „deren Sammlungen an [...] elektronischen Leseplätzen in gleicher Weise wie in analoger Form nutzen können“,¹⁸¹⁰ also idealer Weise umfassenden Zugriff auf die gesamten Sammlungen haben sollen, was einen deutlich höheren, von der jeweiligen Einrichtung allein kaum zu bewältigen Aufwand voraussetzt und es rechtfertigt, auch das Herstellenlassen durch andere zu gestatten.

c) Formulierungsvorschlag

Eine klarstellende Formulierung, die die nach der hier vertretenen Auffassung bereits *de lege lata* zulässigen Annex-Vervielfältigungen ausdrücklich gestattet und dabei auch die Vervielfältigung durch einen anderen einbezieht, sollte im Dritten Korb als neuer § 52b Abs. 2 UrhG wie folgt ergänzt werden:

Zulässig sind in den Fällen des Absatzes 1 auch die zur Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen. Die zur Vervielfältigung befugte Einrichtung darf die Vervielfältigungsstücke auch durch einen anderen herstellen lassen.

¹⁸¹⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26.

8. Erlaubte Anschlussnutzungen

Die Zugänglichmachung an elektronischen Leseplätzen wirft die Frage auf, ob im Anschluss daran weitere Vervielfältigungen oder andere urheberrechtsrelevante Handlungen der Nutzer erlaubnisfrei möglich sind, etwa weil andere Schranken im Sinne einer „Schrankenkette“ anwendbar sind.¹⁸¹¹ Ausdrücklich ist dies nicht geregelt. Nach Teilen der Literatur müssen die räumlichen Beschränkungen der Schranke auch dadurch gewährleistet werden, dass es sich bei den Terminals technisch um „Stand-alone-Geräte ohne Internetanschluss und ohne Kopiermöglichkeit für die Nutzer“ handeln müsse.¹⁸¹² Die „Leipziger Verständigung“ hatte eine differenziertere Qualifizierung der Leseplätze vorgeschlagen, nach denen dort eine „Vervielfältigung der Werke gemäß § 53 nur auf analoge Weise gestattet“ sein sollte.¹⁸¹³ In einer ersten Gerichtsentscheidung im einstweiligen Rechtsschutz hielt das LG Frankfurt a.M. im Ergebnis Papiausdrücke an bereitgestellten Leseplätzen für zulässig, digitale Kopien jedoch für unzulässig.¹⁸¹⁴ Die Beklagte Universitätsbibliothek Würzburg hatte bereits vor dem Beginn des Verfahrens die vom Börsenverein geforderte Unterlassungserklärung insoweit abgegeben, als es um die Möglichkeit des vollständigen Herunterladens eingestellter Werke ging.¹⁸¹⁵ Das OLG Frankfurt als Berufungsinstanz sieht demgegenüber unter Berufung auf die gebotene enge Auslegung auch die Möglichkeit des Papiausdrucks nicht mehr von der Schrankenregelung gedeckt. Sie erlaube lediglich die Einrichtung elektronischer Leseplätze, generell jedoch keine Eröffnung von Vervielfältigungsmöglichkeiten, selbst wenn die Schrankenregelung des § 53 UrhG neben der des § 52b UrhG Anwendung finde und von den Nutzern der Leseplätze angefertigte Privatkopien aus den Werken gemäß § 53 UrhG unter den dort genannten Voraussetzungen zulässig sein dürften.¹⁸¹⁶

¹⁸¹¹ Den Begriff verwenden etwa *Berger*, GRUR 2007, 754, 756; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 13; vgl. dazu bereits oben bei § 52a UrhG Teil 3 C. II. 7. a).

¹⁸¹² *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn. 10. Als „problematisch“ bezeichnen Kopiervorrichtungen auch *Scheja/Mantz*, CR 2008, 715, 719; für reine Lesegeräte ohne nähere Begründung auch *Nielen*, *Interessenausgleich*, S. 106; nur gegen Multifunktionsgeräte, nicht aber auch gegen jede Form der Kopiermöglichkeit spricht sich zunächst der von *Dreier* zitierte *Schricker* aus, siehe *Spindler*, GRUR 2002, 105, 114; offener aber später *ders.* in NJW 2008, 9, 13.

¹⁸¹³ „Leipziger Verständigung“, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumente/LeipzigerVerstaendigung_070323.pdf.

¹⁸¹⁴ LG Frankfurt a.M. Az. 2-06 O 172/09, verkündet am 13.05.2009.

¹⁸¹⁵ Diese Möglichkeit beruhte offenbar auf einem „unvorhersehbaren, technischen Fehler“, der wenige Tage nach seiner Entdeckung ausgebessert wurde, vgl. die entsprechende Pressemitteilung des Bibliotheksverbands, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/presse/2009/Boersenverein_plant_Musterprozess_PM.pdf.

¹⁸¹⁶ OLG Frankfurt a.M., GRUR 2010, 1, 3 f. – *Elektronische Leseplätze*.

Maßgeblich erscheint demgegenüber, dass bei § 52b UrhG zumindest für den wissenschaftlichen Bereich einen großen Teil seines praktischen Nutzens verlöre, wenn jede Form der Anschlussvervielfältigung einschließlich einer bloßen Ausdruckmöglichkeit ausgeschlossen wäre. Ein Wissenschaftler dürfte zwar den Werkbestand der Einrichtung zunächst elektronisch konsultieren. Erfordert eine typischer Weise intensivere Auseinandersetzung mit dem Werk jedoch eine Vervielfältigung, um den relevanten Werkteil dauerhaft zur Verfügung zu haben,¹⁸¹⁷ so müsste er anschließend für diese Vervielfältigung doch auf das physische Werkstück zugreifen und der Nutzen des § 52b UrhG ginge gegen null, was kaum gewollt sein kann.¹⁸¹⁸ Vielmehr soll der Benutzer die Sammlung privilegierter Einrichtungen in gleicher Weise wie in analoger Form nutzen können. Letzteres schließt die Möglichkeit schrankengestützter Vervielfältigungen ein.¹⁸¹⁹

Das deshalb erneut zu beachtende Prinzip der Schrankenketten, also die weitere privilegierte Nutzung eines bereits aufgrund einer Schranke zugänglich gemachten Werkes, ist nichts Ungewöhnliches und nicht auf § 52b UrhG beschränkt. Die vergleichbare Konstellation bei § 52a UrhG wurde bereits dargestellt.¹⁸²⁰ Auch in der „Leipziger Verständigung“ lag das Prinzip dem Konsens zugrunde, wenn dort differenzierende Regelungen getroffen werden, auf welche Weise nachfolgende Vervielfältigungen „gemäß § 53“ gestattet werden sollen. Angesichts der ausdrücklichen Auseinandersetzung mit derartigen Fragen schon im Rahmen des Ersten Korbes ist auch die Auffassung mehr als zweifelhaft, der Gesetzgeber habe das „Problem der Schrankenketten“ nicht gesehen.¹⁸²¹ Stattdessen ist der sukzessive Schrankengebrauch für den Gesetzgeber kein außergewöhnliches Phänomen, das der gesonderten Regelung bedürfte. Mit der Konstellation des § 53 Abs. 6 UrhG, dessen Entsprechung *Berger* in § 52b UrhG zur Verhinderung von Anschlussnutzungen vermisst, ist die Situation nicht vergleichbar. § 53 Abs. 6 UrhG verstärkt zum großen Teil klarstellend die Zweckbindung der ursprünglich nur zum eigenen Gebrauch angefertigten Kopien und schließt für § 53 UrhG weitergehende Nutzungen aus, die dieser Zweckbindung widersprechen.¹⁸²² In der Konstellation des § 52b UrhG geht es demgegenüber um die anders gelagerte und

¹⁸¹⁷ Siehe dazu schon oben im Rahmen der Gebotenheit der Wissenschaftskopie, Teil 3 A. II. 6. a) bb) (1).

¹⁸¹⁸ Dies betont zu Recht auch das LG Frankfurt a.M. Az. 2-06 O 172/09, verkündet am 13.5.2009, S. 11.

¹⁸¹⁹ Anders das OLG Frankfurt a.M., GRUR 2010, 1, 4.- *Elektronische Leseplätze*.

¹⁸²⁰ Siehe oben Teil 3 C. II. 7. a).

¹⁸²¹ So *Berger*, GRUR 2007, 754, 756.

¹⁸²² Siehe im Detail oben Teil 3 A. II. 8.

letztlich zu verneinende Frage, ob die sonstigen Schranken allein deshalb nicht zur Anwendung kommen sollen, weil bereits der Zugang zum Werk zuvor schrankengestützt nach § 52b UrhG ermöglicht wurde.

Auch bei § 52b UrhG scheitern Schrankenketten im Ergebnis deshalb entgegen dem OLG Frankfurt a.M. nicht mangels einer – in § 52a UrhG ja ebenfalls fehlenden – ausdrücklichen Regelung. Andere Schranken, insbesondere solche zu privaten oder wissenschaftlichen Zwecken, können auch dann eingreifen, wenn ein Werk zuvor über § 52b UrhG zugänglich gemacht wurde.¹⁸²³

a) Maßgeblichkeit der jeweiligen Schrankenregelung

Der Rahmen der Nutzungen wird auch im Anschluss an eine Zugänglichmachung nach § 52b UrhG nicht weiter gesteckt, als es die Voraussetzungen der jeweiligen Schranke ermöglichen. Alle Voraussetzungen der allein maßgeblichen „Anschlusschranke“ müssen erfüllt sein. Das gilt neben dem „ob“ insbesondere auch für den quantitativen Umfang der Anschlussnutzung. Während § 52b UrhG die Zugänglichmachung ganzer Werke gestattet, steht dem in Bezug auf die anschließende Vervielfältigung ganzer Bücher oder Zeitschriften generell die Regelung des § 53 Abs. 4 UrhG entgegen. Hier sind nur teilweise Vervielfältigungen gestattet. Bei Vervielfältigungen zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch sind die weiteren quantitativen Grenzen einzuhalten, die sich aus der Gebotenheit ergeben.¹⁸²⁴

b) Beschränkung auf bloßen Papierausdruck?

Bejaht man die Möglichkeit von Anschlussnutzungen, bleibt zu untersuchen, ob sie technisch auf einen bloßen Ausdruck in Papierform beschränkt bleiben müssen oder auch digital möglich sind. Die in der „Leipziger Verständigung“ vorgesehene Beschränkung auf analoge Folgevervielfältigungen wurde nicht umgesetzt. Die maßgeblichen Vervielfältigungsschranken selbst stellen ebenfalls keine Beschränkung dar. Denn § 52b UrhG erlaubt die Zugänglichmachung zur Forschung und für private Studien. Für entsprechende Anschlussvervielfältigungen über Wissenschafts- und Privatkopie sind auch digitale Vervielfältigungen gestattet. Allein unter diesem Gesichtspunkt kann eine elek-

¹⁸²³ So im Ergebnis auch *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 13.

¹⁸²⁴ Siehe schon oben Teil 3 A. II. 6. b).

tronische Vervielfältigung nicht beanstandet werden.¹⁸²⁵ Teile der Literatur halten dementsprechend auch digitale schrankengestützte Anschlussnutzungen für zulässig.¹⁸²⁶

Die Gegenauffassung will, auch gestützt auf den Zweck der Norm, eine Beschränkung auf den bloßen Papierausdruck vornehmen.¹⁸²⁷ Denn wenn § 52b UrhG eine „Fortsetzung der analogen Nutzung mit digitalen Mitteln“ ermöglichen solle,¹⁸²⁸ dann sei das auch bei der Frage der Anschlussnutzung zu berücksichtigen, und eine Nutzung komme daher nur in Form der entsprechenden Vervielfältigung in Form eines Ausdrucks auf Papier in Frage. Das LG Frankfurt a.M., das digitale Kopien etwa auf USB-Sticks im Ergebnis nicht mehr für erfasst hält, leitet die Zulässigkeit des Papierausdrucks als Annexkompetenz nicht aus dem Prinzip der Schrankenketten, sondern unmittelbar aus § 52b UrhG ab und stützt sich dabei darauf, dass es sowohl im analogen Bereich als auch bei elektronischen Leseplätzen für ein sinnvolles wissenschaftliches Arbeiten mit den Werken erforderlich ist, in Kopien zentrale Passagen des Textes zu markieren und Auszüge auch zum weitergehenden Studium aus der Bibliothek mitzunehmen. Ohne derartige Möglichkeiten sei die Nutzung über § 52b UrhG dem analogen Angebot nicht vergleichbar.¹⁸²⁹

Dem ist insoweit rein tatsächlich zunächst uneingeschränkt zuzustimmen. Gleichzeitig beruhen derartige privilegierte Nutzungen bei der Vervielfältigung analoger Quellen auf den Schranken des § 53 UrhG, die differenziert festlegen, ob und wie weit – auch quantitativ – eine Vervielfältigung zulässig ist. Statt die auf ausdifferenzierte Schranken gestützten Freiheiten bei analogen Werken nur mittelbar über den Begriff der Annexkompetenz auf § 52b UrhG zu übertragen, erscheint es nach der hier vertretenen Ansicht rechtstechnisch sauberer, auch auf das über § 52b UrhG zur Verfügung gestellte Digitalisat unmittelbar die entsprechenden Schranken anzuwenden.¹⁸³⁰ Dies gilt umso

¹⁸²⁵ Soweit auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn 26.

¹⁸²⁶ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 13; ebenso, wenn auch mit kritischerer Sichtweise *Berger*, GRUR 2007, 754, 756, der auch die Speicherung auf einem USB-Stick des Nutzers als erfasst sieht, jedoch einen gesetzlichen Ausschluss der Anschlussnutzung ähnlich § 53 Abs. 6 UrhG fordert; auch *Knaff/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 149 verweisen lediglich auf die einzuhaltenden Voraussetzungen des § 53 UrhG, der digitale Vervielfältigungen gestattet.

¹⁸²⁷ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn 26.

¹⁸²⁸ So der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26: „in gleicher Weise wie in analoger Form“.

¹⁸²⁹ LG Frankfurt a.M. Az. 2-06 O 172/09, verkündet am 13.05.2009, S. 12; andernfalls reduzierte sich die Nutzungsmöglichkeit für Wissenschaftler allenfalls auf die Überprüfung von Zitaten.

¹⁸³⁰ Siehe bereits die Ausführungen zu Schrankenketten oben sowie in Teil 3 C. II. 7. a).

mehr, als für die Bestimmung des Zulässigen auch nach dem Ansatz des LG Frankfurt a.M. auf die existierenden Schranken zurückgegriffen werden muss, um einen echten Gleichlauf mit der Nutzung des analogen Werkstücks zu erreichen.¹⁸³¹

Ferner ist rein tatsächlich zu beachten, dass im Fall von Büchern und gedruckten Zeitschriften die reprographische Vervielfältigung zahlenmäßig noch immer den Großteil der Vervielfältigungen ausmacht, aber dennoch auch digitale Vervielfältigungen inzwischen nicht mehr selten sind, beispielsweise mit Blick auf die in gut ausgestatteten Bibliotheken vorhandenen Scanner, die statt der Fotokopie eine digitale Vervielfältigung ermöglichen. Auch analoge Vorlagen sind deshalb nicht mehr nur rein analog, sondern im Wissenschaftsbereich, in dem die digitale Vervielfältigung erlaubt ist, zunehmend auch digital nutzbar und werden digital vervielfältigt.

Für den anvisierten tatsächlichen Gleichlauf bei gedruckten und bei über § 52b UrhG digital bereitgestellten Werkstücken ist deshalb Voraussetzung, dass sich die Frage der zulässigen Vervielfältigungsart auch im letzteren Fall nach den existierenden ausdifferenzierten Schranken richtet.

Soweit digitale Vervielfältigungen unter Bezugnahme auf die Vorgaben des Drei-Stufen-Tests als „über das nach § 52b Akzeptable“ hinausgehend bezeichnet werden,¹⁸³² ist zuzugestehen, dass bei Einräumung der Möglichkeit digitaler Anschlussnutzungen wegen des damit verbundenen Bequemlichkeitsgewinn mit einer vermehrten Anschlussnutzung zu rechnen ist, sobald entsprechende Terminals die Möglichkeit dazu bieten. Gleichzeitig ist eine digitale Werknutzung jedoch auch ohne eine derartige Erleichterung über den Umweg der eigenständigen Digitalisierung jeder analogen Werkvorlage möglich. Das „Problem“ der digitalen Vervielfältigung ist also kein Spezifikum des § 52b UrhG. Stattdessen stellt sich umgekehrt die Frage, ob es nicht widersinnig ist, dem Nutzer im Kontext des § 52b UrhG mit der digitalen Kopie einer ursprünglich analogen Vorlage das zu verwehren, was er sich im Rahmen des § 53 Abs. 1 bzw. 2 UrhG mit größerem eigenen technischen Aufwand ohnehin rechtmäßig verschaffen kann. Zu bedenken ist im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung ebenfalls, dass jede schrankengestützte Anschlussnutzung ihrerseits vergütungspflichtig ist.¹⁸³³

¹⁸³¹ Etwa dann, wenn das LG Frankfurt a.M. größtenteils zu Recht darauf verweist, „das Gesetz“ rechtfertige in jedem Fall keine vollständige Kopie des Werkes, sondern lediglich eine teilweise Ablichtung einzelner Passagen, LG Frankfurt a.M., ebd.

¹⁸³² *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn 26.

¹⁸³³ Darauf verweist auch *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 13.

Zudem wird auch die vorgegebene räumliche Beschränkung nicht durch die Gestattung digitaler Anschlussnutzungen unterlaufen.¹⁸³⁴ Denn selbst wenn im Anschluss daran ein Vervielfältigungsstück auf dem einen oder anderen Weg die Räumlichkeiten der jeweiligen Einrichtung verlässt, ändert dies nichts daran, dass sich die ursprüngliche Zugänglichmachung im Gegensatz zur ausdrücklich ausgeschlossenen Onlinezugriffsmöglichkeit auf die Räumlichkeiten beschränkt. Dies gilt gleichermaßen für analoge wie für digitale Vervielfältigungen.¹⁸³⁵

Festzuhalten ist demnach, dass die besseren Argumente für die Zulässigkeit jedenfalls von bloßen Ausdrucksmöglichkeiten sprechen, aber auch gegen digitale schrankengestützte Anschlussnutzungen keine zwingenden Argumente existieren, soweit man das Prinzip der Schrankenketten anerkennt. Auch letztere müssen deshalb nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf technischem Weg verhindert werden, sondern sich lediglich im Rahmen des schrankengestützt Zulässigen bewegen, insbesondere hinsichtlich der engeren quantitativen Grenzen.

9. Begriff des elektronischen Leseplatzes und weitere Anforderungen

a) Begriff des elektronischen Leseplatzes

§ 52b UrhG gestattet die Zugänglichmachung „an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen“. Der gewählte Begriff lässt sich auf den engen Bezug zu Bibliotheken und die Nutzung von Druckwerken als Hauptanwendungsfall der Schranke zurückführen, schließt aber Audio- und Videoterminals nicht aus.¹⁸³⁶ Auch wenn eine ausdrückliche Begrenzung in der deutschen Umsetzung fehlt, darf sich die Wiedergabe oder Zugänglichmachung schon aufgrund der eindeutigen Richtlinienvorgabe stets

¹⁸³⁴ In diese Richtung geht insbesondere die Kritik bei *Berger*, GRUR 2007, 754, 756.

¹⁸³⁵ Nicht ohne weiteres verständlich erscheint die Differenzierung des LG Frankfurt a.M., a.a.O., S. 12, das bei einer Mitnahme von Papierausdrücken die räumliche Beschränkung der Nutzung nicht für überschritten hält, bei der Mitnahme einer digitalen Kopie jedoch schon.

¹⁸³⁶ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 12; siehe schon oben Teil 3 D. II. 1. c); zur Richtlinie entsprechend *Bechtold*, in: *Dreier/Hugenholtz*, (Hrsg.), *Concise European Copyright*, InfoSoc Directive, Art. 5, Bemerkung 4 (o).

nur an „einzelne Mitglieder der Öffentlichkeit“ richten, öffentliche Aufführungen für eine Mehrzahl an Personen sind demgegenüber ausgeschlossen.¹⁸³⁷

b) „Eigens eingerichtet“

Teile der Literatur legen dieses Kriterium sehr strikt aus. Nach *Jani* sollen demnach spezielle Leseplätze ausschließlich für die Zugänglichmachung über § 52b UrhG genutzt werden dürfen. Allenfalls eine Verknüpfung mit dem elektronischen Katalog der Bibliothek (OPAC) wird, da eine Recherchemöglichkeit zur Nutzung der elektronischen Leseplätze nötig ist, noch für zulässig gehalten.¹⁸³⁸ Vor allem weil er Anschlussnutzungen nicht für gestattet hält und eine Umgehung der räumlichen Beschränkungen befürchtet, kommt auch *Dreier* zu dem Ergebnis, dass es sich um „Stand-alone-Geräte ohne Internetanschluss und Kopiermöglichkeiten“ handeln müsse, hält es jedoch, insoweit etwas unklar, für unschädlich, wenn auf den Terminals „zugleich *andere Dienste*, insbesondere etwa der Bestandskatalog der Einrichtung“ zugänglich sind.¹⁸³⁹ Zumindest nach *Janis* Lesart bedeutet dies, dass Einrichtungen für § 52b UrhG zusätzliche Computer anschaffen müssten, statt ein über § 52b UrhG ermöglichtes Leseplatzangebot in bestehende IT-Infrastruktur zu integrieren.¹⁸⁴⁰

Dass dieses Ergebnis aus wirtschaftlicher Sicht wenig Sinn macht, liegt auf der Hand. Bibliotheken haben in großem Ausmaß in zeitgemäße Infrastruktur investiert, um eine Vielzahl anderer Angebote nutzbar zu machen. Neben speziellen Intranet-Angeboten ist insbesondere der Internetzugang aus kaum einer wissenschaftlichen Bibliothek wegzudenken, da über ihn auch der Zugriff auf Open-Access-Repositoryen und eine Vielzahl anderweitig frei verfügbarer Literatur, die Bestandskataloge anderer Bibliotheken und sonstige Informationen ermöglicht wird. Nicht zuletzt wird IT-Infrastruktur benötigt, um die von den Bibliotheken auf Lizenzbasis freigeschalteten Datenbanken

¹⁸³⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 3 n) InfoSocRL; entsprechend *Bechtold*, a.a.O.; ebenso im Ergebnis zu Recht *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 8, wenngleich sich in seinem Beispiel (Anschluss eines Beamers an einen im Vorlesungsraum vorhandenen „Leseplatz“) die Unzulässigkeit bereits daraus ergibt, dass damit in der Regel gegen die Begrenzung auf die Räumlichkeiten der Einrichtung Bibliothek verstoßen würde. Richtig ist aber, dass auch im Fall eines innerhalb der Einrichtung vorhandenen Vorlesungsraumes, beispielsweise innerhalb eines Museums, die öffentliche Wiedergabe gegenüber einer Mehrzahl von Betrachtern unzulässig ist, weil § 52b UrhG auf die individuelle Nutzung des Werkes beschränkt ist.

¹⁸³⁸ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 14.

¹⁸³⁹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52b Rn.10; zunächst ebenfalls gegen Multifunktionsgeräte, später dann aber offener äußert sich *Spindler*, GRUR 2002, 105, 114, bzw. *ders.* in NJW 2008, 9, 13; dagegen auch *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 8.

¹⁸⁴⁰ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 14.

nutzen zu können. Zusätzlich speziell für die begrenzten Nutzungsmöglichkeiten des § 52b UrhG Parallelsysteme aufbauen zu müssen,¹⁸⁴¹ stößt nicht nur aus Platzgründen schnell an Grenzen, sondern zwingt auch den Nutzer, seine Informationen statt an einem einzelnen Terminal doch an verschiedenen Orten zusammensuchen zu müssen. Die bei einem solchen Verständnis entstehenden Doppelinvestitionen machen aber in erster Linie aus Kostengründen keinen Sinn, sondern belasten unnötig den Etat der Einrichtungen und entziehen Mittel, die andernfalls für die Bereitstellung von Inhalten verwendet werden könnten.

Eine solche Lesart ist allerdings auch nicht zwingend. Denn „eigens“ (nicht im Sinne von „ausschließlich“ sondern im Sinne von „speziell“) für die Nutzung nach § 52b UrhG eingerichtet kann ohne Überdehnung des Wortsinns auch ein Leseplatz sein, der nachträglich über Softwarelösungen auf einer bereits bestehende Hardware geschaffen wird oder der schon bei der Erstkonfiguration neben sonstigen Anwendungen auf einem auch für § 52b-Nutzungen gedachten Terminal installiert wird. Eigens eingerichtet ist der Leseplatz demnach schon dann, wenn gerade die privilegierte Einrichtung zielgerichtet Maßnahmen trifft, um die Nutzung nach § 52b UrhG zu ermöglichen. Offener formuliert ist insoweit auch die englische Fassung der Richtlinie, deren „dedicated terminals“ weniger auf Ausschließlichkeit, sondern stärker auf eine Bestimmung, Widmung und Geeignetheit der Terminals verweisen. Dem Kriterium verbleibt auch bei solchem Verständnis eine nicht unerhebliche Bedeutung, indem sie die Nutzung auf die von der jeweiligen Einrichtung selbst eingerichteten Terminals begrenzt, während demgegenüber technische Umsetzungen ausgeschlossen erscheinen, bei denen dem Nutzer ermöglicht wird, sich statt dessen mit dem eigenen Laptop in das Netzwerk der Bibliothek einzuwählen.¹⁸⁴² Eine nicht zwingende zu restriktive Auslegung würde über ihre wirtschaftlichen Konsequenzen die Anwendung der Schranke massiv behindern, da unter solchen Umständen kaum damit zu rechnen wäre, dass Nutzern allein für § 52b UrhG Leseplätze in ausreichender Zahl zur Verfügung gestellt würden, um wie beabsichtigt die Sammlungen der Einrichtungen auch digital nutzen zu können.

¹⁸⁴¹ Und sei es auch lediglich in Bezug auf die bloßen Ausgabegeräte bei Nutzung eines bereits vorhandenen zentralen Servers, in diese Richtung *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 14.

¹⁸⁴² *Hilpert/Schwarz*, Bibliotheksforum Bayern 2008, 43, 45; auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 1. Insoweit ist ihm zuzustimmen. Gegen eine bloße Bereitstellung von Anschlüssen eigener Laptops und für das Erfordernis einrichtungseigener Hard- und Software auch *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 52b Rn. 8.

Im Ergebnis sind deshalb auch technische Umsetzungen zulässig, bei denen durch entsprechende Maßnahmen die spezielle Leseplatznutzung nach § 52b UrhG auf bereits vorhandener oder neu anzuschaffender multifunktional genutzter Hardware ermöglicht wird.

c) Technische Anforderungen an elektronische Leseplätze

Der Aufwand für den laufenden Betrieb der Zugänglichmachung nach § 52b UrhG lässt sich in der Praxis mit vertretbarem Personalaufwand nur bewältigen, soweit die Abläufe weitestgehend automatisiert bewerkstelligt werden können. Ohne auf Einzelheiten der auf technischer Ebene zu wählenden Mittel einzugehen ist offenkundig, welche wichtige Rolle der technischen Ausgestaltung bei der gesetzeskonformen Umsetzung der Norm zukommt. Während bei der vorgelagerten Auswahl der für die Leseplatznutzung zur Verfügung zu stellenden Werke kaum auf menschliche Entscheidungen verzichtet werden kann, weil insbesondere die Existenz entgegenstehender vertraglicher Regelungen überprüft werden muss, können anschließend technische Mittel die Einhaltung weiterer Tatbestandsvoraussetzungen weitgehend automatisiert gewährleisten.

aa) Netzwerkbasierte Lösungen

Dies gilt in erster Linie für die Einhaltung der quantitativen Bestandsakzessorietät nach Satz 2. Dazu ist anzumerken, dass neben Netzwerklösungen mit einem zentralen Server auch „Insellösungen“ von § 52b UrhG erfasst sind.¹⁸⁴³ In der Regel werden Einrichtungen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit den mit der Digitalisierung verbundenen Aufwand jedoch kaum für einen singulären Leseplatz betreiben wollen. Sobald mehrere Leseplätze bereitgehalten werden, ist zu gewährleisten, dass „grundsätzlich“ nur so viele Exemplare simultan zugänglich gemacht werden, wie es Werkexemplare im Bestand der Einrichtung gibt. Gleiches gilt für Belastungsspitzen oder bei entsprechender Auslegung auch für vergriffene Werke in Bezug auf den dann maximal gestatteten Faktor vier. Dies ist bei mehreren autonomen Einzelterminals kaum möglich, sondern allein bei einer netzwerkgestützten Umsetzung, bei der die Anzahl der zugänglich gemachten Exemplare zentral registriert, mit der zulässigen Höchstzahl verglichen und entsprechend gesteuert werden kann. In der Praxis kommen dafür in erster Linie DRMS-gestützte Netzwerklösungen in Betracht.¹⁸⁴⁴

¹⁸⁴³ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 13.

¹⁸⁴⁴ *Knafl/Gillitzer, Bibliotheksforum 2008*, 146, 148; ähnlich auch *Beger*, S. 28; die Vorteile von Netzwerklösungen betont auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 13, vgl. weiter *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 7; so auch schon *Hilty/Bajon*, *ZfBB 2008*, 257, 259.

bb) Ermöglichung rechtskonformer Anschlussnutzungen

Soweit man wie hier entgegen der Auffassung des OLG Frankfurt a.M.¹⁸⁴⁵ auch Anschlussnutzungen für von § 52b UrhG bzw. nach weiteren Schranken für gestattet hält, kommt auch insoweit der technischen Umsetzung eine wichtige Rolle zu. Selbstverständlich besteht keinerlei Pflicht, bei der technischen Einrichtung der Terminals überhaupt Ausdruckmöglichkeiten oder digitale Vervielfältigungsmöglichkeiten zu schaffen. Eine Einrichtung kann es auch bei reinen Wiedergabefunktionen belassen. Wird jedoch trotz der Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. eine Anschlussnutzung gestattet, um den praktischen Nutzen des § 52b UrhG zu vergrößern, so muss insbesondere bei Büchern die Möglichkeit einer selektiven Anschlussnutzung eröffnet werden, beispielsweise der Ausdruck oder die Vervielfältigung einzelner Kapitel oder Seiten eines Buches. Denn während über § 52b UrhG in der Regel gerade vollständige Bücher und andere Werke zugänglich gemacht werden, ist deren vollständige Vervielfältigung nach § 53 Abs. 4 b) UrhG ausgeschlossen, und die jeweiligen Schranken enthalten zudem darüber hinausgehende quantitative Begrenzungen. Es erschiene widersprüchlich und würde den Nutzer zum Urheberrechtsverstoß zwar nicht zwingen, diesen aber zumindest ganz erheblich fördern, wenn der Nutzer aus technischen Gründen Bücher lediglich in Gänze vervielfältigen oder ausdrucken könnte, während ihm dies rechtlich wegen § 53 Abs. 4 a) UrhG ausdrücklich nicht gestattet ist.

Mit Blick auf den selektiven Ausdruck erscheint dies bei gängigen Formaten wie PDF noch recht unproblematisch. Auch in Bezug auf digitale Vervielfältigung muss die verwendete Technik eine gesetzeskonforme Selektion ermöglichen. Der Nutzer sollte also auch einzelne Kapitel aus einem im PDF-Format oder in vergleichbarer Form bereitgestellten Buch digital vervielfältigen können, um so über die technischen Möglichkeiten die rechtlichen Vorgaben widerzuspiegeln.

cc) Ausschluss urheberrechtswidriger Anschlussnutzungen

Von dieser technischen Ermöglichung gesetzeskonformen Verhaltens ist die präventive Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen zu trennen. Darunter sind DRM-Systeme zu verstehen, die auf technischem Weg beispielsweise die rechtswidrige Vervielfältigung ganzer Bücher unterbinden. Zieht man die Parallele zur analogen Bibliothek, so ist es dort der Einrichtung praktisch unmöglich, die Einhaltung des entsprechen-

¹⁸⁴⁵ OLG Frankfurt a.M., GRUR 2010, 1, 3 f.- *Elektronische Leseplätze*.

den Verbots zu kontrollieren. Nutzern bleibt es faktisch weitgehend unbenommen, in rechtswidriger Weise ganze Bücher zu vervielfältigen, ohne dass dafür die Bibliotheken verantwortlich gemacht werden können.¹⁸⁴⁶

Soweit Bibliotheken Anschlussnutzungen an elektronischen Leseplätzen zulassen, lässt sich dieser Gedanke nur teilweise aus der analogen Bibliothek übertragen. Eine persönliche Kontrolle scheidet auch hier noch immer aus, gleichzeitig sind im elektronischen Bereich Kontrollmöglichkeiten auf der Grundlage von DRM-Systemen vorhanden, die zumindest offensichtliche Urheberrechtsverstöße wie das Vervielfältigen ganzer Bücher wirksam verhindern können. Nach dem Prinzip der Störerhaftung ist auch derjenige unterlassungspflichtig, der, ohne selbst Verletzer zu sein, willentlich und adäquat kausal an der rechtswidrigen Beeinträchtigung der Urheberrechte mitgewirkt hat, soweit es ihm rechtlich und tatsächlich möglich ist, die unmittelbare Rechtsverletzung zu unterbinden bzw. zu verhindern.¹⁸⁴⁷ Art und Umfang der Maßnahmen, die zu treffen sind, um die Gefahr von Urheberrechtsverletzungen auszuschließen oder zumindest ernsthaft zu mindern, bestimmen sich nach Treu und Glauben, so dass im Rahmen des Zumutbaren und Erforderlichen geeignete Vorkehrungen zu treffen sind, durch die Rechtsverletzungen soweit wie möglich verhindert werden können.¹⁸⁴⁸

Bezogen auf die Bereitstellung von Möglichkeiten zur Anschlussnutzung in Form von Ausdrucken oder digitalen Vervielfältigungen bedeutet dies, dass privilegierte Einrichtungen zum Ausschluss ihrer Störerhaftung DRM-Systeme einsetzen sollten, die im Rahmen des technisch Möglichen die Überschreitung der Schrankenprivilegien verhindern, so etwa jedenfalls die Vervielfältigung ganzer Bücher und Zeitschriften. Soweit ersichtlich, haben erste größer angelegte Pilotprojekte zur schrankengestützten Leseplatzeinrichtung nach § 52b UrhG wie etwa das entsprechende Projekt der Universität Würzburg zu Recht auf derartige Maßnahmen zurückgegriffen.¹⁸⁴⁹

Zusätzlich stellen auch geeignete Hinweise auf die einzuhaltenden Regelungen des Urheberrechts eine wichtige Maßnahme dar, im Rahmen des Erforderlichen und Zu-

¹⁸⁴⁶ Vgl. zur Situation im analogen Bereich BGH GRUR 1984, 54 –*Kopierläden*.

¹⁸⁴⁷ Siehe statt vieler *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 97 Rn. 33, m.w.N. zur ständigen Rechtsprechung.

¹⁸⁴⁸ BGH GRUR 1984, 54, 55 –*Kopierläden*; zu einer differenzierteren Herangehensweise zur Bestimmung der jeweils zumutbaren Kontroll- und Prüfungspflichten vgl. *Leistner*, GRUR 2006, 801 ff.

¹⁸⁴⁹ Vgl. <http://www.dradio.de/dlfsendungen/campus/895062/>; die zwischenzeitlich versehentlich bestehende Möglichkeit vollständiger digitaler Vervielfältigungen wurde umgehend eingestellt, vgl. die Presseerklärung des Deutschen Bibliotheksverbands, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/presse/2009/Boersenverein_plant_Musterprozess_PM.pdf.

mutbaren zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen beizutragen.¹⁸⁵⁰ Derartige Hinweise sollten deshalb auf technischem Weg in die Leseplatzarchitektur integriert werden und dabei in engem Zusammenhang mit den Ausdruck- und Vervielfältigungsmöglichkeiten so konkret wie möglich die Grenzen des urheberrechtlich Erlaubten darstellen, unter Umständen verbunden mit der Notwendigkeit, die Kenntnisnahme dieser Hinweise vor der jeweiligen Nutzung zu bestätigen.

dd) Zu verwendende Formate

Ebenfalls eine Frage der technischen Umsetzung ist die des für die Zugänglichmachung zu nutzenden Formats. Während sich mit Blick auf die dabei bestehenden DRM-Möglichkeiten insbesondere das PDF-Format oder vergleichbare Formate anbieten, ist § 52b UrhG nicht zwingend auf die Nutzung graphischer Dateien beschränkt, soweit sich auch andere Formate finden lassen, die den oben dargestellten Anforderungen entsprechen. Die Äußerung in der Gesetzesbegründung, § 52b UrhG solle ermöglichen, dass Nutzer die bestehenden Sammlungen „in gleicher Weise wie in analoger Form“ nutzen können, lässt sich ebenso gut als Betonung der zusätzlichen elektronischen Nutzung einschließlich damit verbundener zusätzlicher Möglichkeiten verstehen wie als Restriktion, nach der die eingeschränkten analogen Möglichkeiten auch im digitalen Bereich über die Beschränkung auf die graphische Datei künstlich aufrechterhalten bleiben müssten.¹⁸⁵¹ Entspräche dies dem Willen des Gesetzgebers, hätte er für Schriftwerke auch in § 52b UrhG die Formulierung des zeitgleich neu geschaffenen § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG verwenden können. Auch weitergehende Funktionen wie die im digitalen Bereich mögliche Volltextsuche sind deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen.¹⁸⁵²

III. Vergütungspflicht nach § 52b S. 3 UrhG

Nach § 52b S. 3 UrhG ist für die Zugänglichmachung eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann gemäß S. 4 nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Den entsprechenden Vergütungsanspruch lässt sich die VG Wort einräumen.¹⁸⁵³

¹⁸⁵⁰ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 97 Rn. 33; BGH GRUR 1984, 54, 56 –*Kopierläden*.

¹⁸⁵¹ So im Ergebnis aber *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 18, der die elektronischen Leseplätze lediglich mit herkömmlichen Mikrofilm-Lesegeräten vergleichen will.

¹⁸⁵² Im Ergebnis ähnlich *Hilpert/Schwarz*, Bibliotheksforum Bayern 2008, 43,45.

¹⁸⁵³ Siehe dazu seit der entsprechenden Änderung des Wahrnehmungsvertrages in der Mitgliederversammlung am 24.5. 2008 dessen § 1 Nr. 23, abrufbar unter *www.vgwort.de*.

Gesamtverträge zwischen der Kultusministerkonferenz der Länder sowie den Verwertungsgesellschaften bestehen noch nicht, werden aber derzeit zwischen den Beteiligten mit dem Vernehmen nach erfolgversprechender Perspektive verhandelt. Gegenstand der Verhandlungen ist offenbar eine zwar werkspezifische, jedoch nicht darüber hinaus auch nutzungsspezifische Abrechnung, die dazu auch die Häufigkeit des Terminalabrufs technisch registrieren müsste. Die VG Wort soll demnach die Abrechnung anhand eines vergleichsweise einfachen technischen Systems abwickeln, bei dem die Bibliotheken lediglich die ISBN der verwendeten Bücher übermitteln und die Informationen zum Buchpreis anschließend von der VG Wort ermittelt werden können. Dem Buchpreis kommt nach dem bisherigen Verhandlungsstand entscheidende Bedeutung zu, weil nach den Preisvorstellungen der VG Wort als Verhandlungsbasis die Höhe der einmalig zu zahlenden Lizenzgebühr dem Buchpreis entsprechen soll. Der Börsenverein hatte noch während des Gesetzgebungsverfahrens gefordert, als Kompensation für die elektronische Mehrfachnutzung eines Bestandsexemplars solle das Gesetz eine Vergütung von 75% des Kaufpreises festsetzen.¹⁸⁵⁴

In ähnlichen, also alles andere als zu vernachlässigenden Größenordnungen bewegen sich dem Vernehmen nach auch die laufenden Verhandlungen. Begrüßenswerter Weise liegt diesen offenbar auch ein Verständnis der Norm zugrunde, das eine wiederholte aufwendige und damit unwirtschaftliche Digitalisierung durch jede einzelne Bibliothek vermeiden hilft, indem auch die Verwendung von digitalen Kopien zulässig ist, die in einer anderen, gegebenenfalls zentral dafür zuständigen Bibliothek bereits vorhanden sind, soweit die Bestandsakzessorietät gewahrt wird, die anfragende Bibliothek also selbst über ein eigenes Bestandsexemplar verfügt.¹⁸⁵⁵ Ohne den weiteren Verhandlungen vorweggreifen zu wollen, hat es den Anschein, dass bei § 52b UrhG eine Einigung innerhalb eines kürzeren Zeitraums gelingt, als dies bei § 52a UrhG der Fall war bzw. ist, so dass der Vorgabe einer gesetzlichen Vergütung für den Schrankengebrauch entsprochen wird.

¹⁸⁵⁴ *Börsenverein*, Fragen und Antworten zum „Zweiten Korb“, Stellungnahme Rechtsausschuss, abrufbar unter http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ra-2006-nov/teil-3/Dr__Sprang-neu.pdf.

¹⁸⁵⁵ Siehe dazu schon oben die Ausführungen unter Teil 3 D. II. 7. b).

IV. Zusammenfassung

Wegen der bislang geringen Erfahrungen mit der Schranke muss sich noch erweisen, welche Bedeutung § 52b UrhG in der Praxis gewinnen wird.¹⁸⁵⁶ Die angesichts ihres vergleichsweise engen Anwendungsbereichs erstaunlich heiß umkämpfte Schranke wurde im Gesetzgebungsverfahren im Sinne eines Kompromissversuchs erheblich „entschärft“.¹⁸⁵⁷

§ 52b UrhG ist je nach Konstellation entweder Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung oder eines unbenannten Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach § 15 Abs. 2 UrhG. Er bezieht sich seinem Zweck entsprechend auf ganze Werke und ist nicht auf Schriftwerke beschränkt. Der „Leseplatz“ kann ebenso gut auch ein „Hörplatz“ oder „Sehplatz“ sein. Forschung ist vor dem Hintergrund des deutschen Begriffs als wissenschaftliche Forschung zu verstehen, ohne dass sich wie schon bei § 52a UrhG daraus ein im Vergleich mit § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 UrhG engeres Verständnis ergäbe. Mit den privaten Studien existiert zudem ein weit gefasster Auffangtatbestand für den privaten Bereich.

Neben diesen vergleichsweise großzügigen Tatbestandsvoraussetzungen enthält die Norm weitgehende Restriktionen, um Interessen der Rechteinhaber hinreichend zu berücksichtigen. Die beiden qualifizierenden Kriterien an die ausschließlich privilegierten Einrichtungen gelten kumulativ und unterschiedslos für alle drei Arten von Einrichtungen, wie sich aus der Auslegung der Norm und der Richtlinienvorgabe ergibt. Ob eine öffentliche Zugänglichkeit vorliegt, ist stark einzelfallabhängig, wird jedoch insbesondere bei Universitätsbibliotheken und wissenschaftlichen Institutsbibliotheken mit Zugang für Externe häufig zu bejahen sein. Ähnliches gilt für die Voraussetzung, dass die Einrichtung selbst keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen dürfen.

Mit der fehlenden Privilegierung von Bildungseinrichtungen bleibt § 52b UrhG hinter den Spielräumen der Richtlinie zurück. Ihre Einbeziehung hätte angesichts der Richtlinienbeschränkung auf die Räumlichkeiten der jeweiligen Einrichtung eine ge-

¹⁸⁵⁶ Ähnlich zurückhaltend auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 52b Rn. 3; *Melichar*, ZfBB 2008, 264, 266.

¹⁸⁵⁷ So mit ebenfalls zurückhaltender Einschätzung ihrer Bedeutung *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 52b Rn. 2; *Beger*, Bibliotheksdienst 2007, 261, 263, betont zur „Entschärfung“ interessanter Weise, dass ein gewisses Entgegenkommen bei § 52b UrhG sogar Teil der Verhandlungsmasse des DBV war, um dafür in den Gesprächen mit dem Börsenverein beim Kopienversand eine weniger restriktive Regelung zu erwirken.

wisse Ausweitung der Nutzungsmöglichkeiten bewirken können. Diese räumliche Bindung stellt im Sinne der Bezeichnung als „on-the-spot“-Consultation die bedeutendste Beschränkung der Norm dar. Wer bei § 52b UrhG auf eine schrankengestützte Antwort auf die Frage eines zunehmend ortsunabhängigen Informationszugriffs gehofft haben sollte, konnte deshalb von vornherein nur enttäuscht werden.¹⁸⁵⁸

Die Bindung an den Bestand der Einrichtungen entspricht ebenfalls der Richtlinie. Die quantitative Akzessorietät in § 52b UrhG geht darüber hinaus, kann aber bei entsprechender Handhabung zu einem Ausgleich der Interessen im Sinne einer Kompromissformel beitragen. Zu befürworten ist eine Auslegung und gegebenenfalls eine Klarstellung, dass nicht nur bei Bestandsspitzen, sondern auch bei vergriffenen Werken die Zugänglichmachung von bis zu vier Werkexemplaren gleichzeitig gestattet ist.

Auch ohne ausdrückliche Regelung werden im Wege der teleologischen Auslegung auch die erforderlichen Annexvervielfältigungen privilegiert. Eine entsprechende Klarstellung des Gesetzgebers erscheint wünschenswert, die zudem ausdrücklich auch die Herstellung des Digitalisats durch einen anderen einschließen sollte. Die Zulässigkeit von Anschlussnutzungen richtet sich nicht nach § 52b UrhG, sondern entgegen der Auffassung des OLG Frankfurt a.M. und parallel zur Situation bei § 52a UrhG auch hinsichtlich der näheren Voraussetzungen danach, ob sonstige Schranken einschlägig sind. Sofern wie im Wissenschaftsbereich digitale Vervielfältigungen gestattet sind, sind sie auch als Anschlussnutzung bei § 52b UrhG nicht ausgeschlossen.

Hinsichtlich des eigens eingerichteten Leseplatzes kommt es bei überhöhten Anforderungen zu unwirtschaftlichen Doppelinvestitionen, die unnötig Gelder der Einrichtungen binden, welche andernfalls in Inhalte investiert werden könnten. Es liegt innerhalb des möglichen Wortsinnes, einen Leseplatz eigens für § 52b-Nutzungen auch auf bereits vorhandener oder für mehrere Nutzungsformen anzuschaffender Hardware einzurichten. Erforderlich ist, dass Leseplätze die gesetzlichen Vorgaben über technische Maßnahmen so weit wie möglich abbilden. Wegen der quantitativen Bestandsakzessorietät spricht dies für eine netzwerkbasierte Lösung, um die Zahl der gleichzeitig zugänglich gemachten Werkexemplare steuern zu können. Zudem muss mit Blick auf gestattete Anschlussnutzungen sowohl ein gesetzeskonformes Verhalten der Nutzer ermöglicht als auch ein gesetzwidriges Verhalten weitestmöglich ausgeschlossen werden.

¹⁸⁵⁸ Vgl. dazu auch *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 245.

Im Verhältnis zu technischen Schutzmaßnahmen ist § 52b UrhG im Einklang mit der Richtlinie nicht durchsetzungsstark ausgestaltet. Gerade bei technisch geschützten digitalen Werkstücken enthalten Kauf- oder Lizenzbestimmungen häufig vertragliche Nutzungsbeschränkungen, die ein Werkstück ohnehin unabhängig von der zusätzlichen technischen Ebene als entgegenstehende vertragliche Regelung dem Anwendungsbereich des § 52b UrhG entziehen können.

Der insoweit klare § 52b UrhG begründet keinen Vorrang bloßer Vertragsangebote. Erst entgegenstehende Bestimmungen eines tatsächlich abgeschlossenen Vertrags schließen die Anwendbarkeit der Schranke aus. Ein Umsetzungsdefizit in Bezug auf die weniger eindeutigen Vorgaben der Richtlinie ist darin nicht zu sehen. Auch bei diesem Verständnis des Vorrangs vertraglicher Regelungen läuft das Kriterium nicht leer. Die Schranke wird so im Verhältnis zu Lizenzangeboten zu einer Rückfallposition und kann einen Beitrag leisten, um das Entstehen angemessener Angebote zu fördern, die ihrerseits angesichts des Aufwands für die Digitalisierung und der eingeschränkten Möglichkeiten einer auf § 52b UrhG gestützten Nutzung aus Sicht der Einrichtungen und Nutzer die attraktivere Alternative sein sollten.¹⁸⁵⁹ Nutzer dürften wegen der weitergehenden Möglichkeiten und der auch für den schrankengestützten Gebrauch anfallenden Kosten verlagseigene Angebote präferieren, solange sie entsprechend attraktiv und preislich noch angemessen sind.¹⁸⁶⁰ Insoweit kann eine Schranke keinesfalls nur negative, investitionshemmende, sondern auch positive Steuerungswirkung entfalten. Dies wird bei den schrankenübergreifenden Überlegungen in Teil 4 der Arbeit noch zu berücksichtigen sein.

Obwohl die weitere Entwicklung abzuwarten bleibt, erscheint angesichts der letztlich erheblichen tatbestandlichen Beschränkungen die Einschätzung zulässig, dass die der Norm entgegengebrachte Aufmerksamkeit und die Befürchtungen der Verlage nicht unbedingt in einem angemessenen Verhältnis zur künftigen praktischen Bedeutung standen bzw. speziell nach ihrer Entschärfung stehen.¹⁸⁶¹ Wenn die Einrichtungen den

¹⁸⁵⁹ Vgl. kritisch zum erheblichen Aufwand der Digitalisierung und dem eingeschränkten Mehrwert der 52b-Nutzung auch *Kreutzer*, in: *Hofmann*, Wissen und Eigentum, S. 123.

¹⁸⁶⁰ Vgl. *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 8.

¹⁸⁶¹ So schon *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 259 f.; skeptisch zur zukünftigen Bedeutung auch *Beger*, Bibliotheksdienst 2007, 261, 264; *Knaf/Gillitzer*, *Bibliotheksforum* 2008, 146, 147; zur Kritik aus Verlagsseite vergleiche hier etwa nochmals *Sprang/Ackermann*, *Kommunikation & Recht* 2008, 7, 8: „Urheberrecht gewordene Kapitulationserklärung der deutschen Hochschul- und Bildungspolitik, mit der die finanzielle Unterversorgung der Institutionen offensichtlich perpetuiert werden soll“.

erforderlichen großen Digitalisierungsaufwand nicht scheuen und insoweit effiziente Strategien entwickeln, kann § 52b UrhG eine gewisse Bedeutung zukommen, so etwa bei der Bereitstellung zeitweise entliehener Werke,¹⁸⁶² in Bezug auf die beschleunigte Wiederverfügbarkeit im Vergleich zu gedruckten Exemplaren,¹⁸⁶³ den komfortablen Zugriff innerhalb eines einzigen Lesesaales,¹⁸⁶⁴ in Nischenanwendungen wie der schonenden Bereitstellung empfindlicher Werkexemplare,¹⁸⁶⁵ und in Bezug auf zusätzliche Zugriffsmöglichkeiten gerade bei Belastungsspitzen.

In ihrer endgültigen Fassung droht durch die Norm insbesondere angesichts der gesetzlichen Vergütungsansprüche als Ausgleich für die Werknutzung keine übermäßige Beeinträchtigung der Interessen auf Rechteinhaberseite. Hinsichtlich der Vergütung finden Verhandlungen zwischen Kultusministerkonferenz und VG Wort statt, die dem Vernehmen nach auf eine werkspezifische Vergütung abzielen, deren Höhe sich an einem hohen prozentualen Anteil des Kaufpreises ausrichtet, so dass ein gewichtiger Ausgleich für verbleibende Interessenbeeinträchtigungen besteht.

E. § 53a UrhG, Kopienversand auf Bestellung

Der Zweite Korb hat mit § 53a UrhG eine ausdrückliche Regelung für den Kopienversand auf Bestellung geschaffen, die ihn für bestimmte Werke und Werkteile gestattet und hinsichtlich der Voraussetzungen zwischen verschiedenen technischen Übermittlungswegen differenziert.

I. Systematische Einordnung und Entstehungsgeschichte

1. Überblick über die Praxis und Eckpunkte der Rechtsentwicklung

a) Praxis des Kopienversands vor Einführung des § 53a UrhG

Mit § 53a UrhG hat der Gesetzgeber nach eigenen Aussagen den „Kopienversand der Bibliotheken erstmals auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.“¹⁸⁶⁶ Der Kopienversand durch Bibliotheken ist alles andere als ein Novum und war bereits vor mehr

¹⁸⁶² *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 8.

¹⁸⁶³ *v. Lucius*, ZfBB 2008, 269, 270.

¹⁸⁶⁴ *Hilpert/Schwarz*, Bibliotheksforum Bayern 2008, 43, 44.

¹⁸⁶⁵ Soweit daran im Fall antiquarischer Werke überhaupt noch Urheberrechtsschutz besteht, siehe schon *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 259.

¹⁸⁶⁶ Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1628, S. 46.

als vier Jahrzehnten zumindest im Leihverkehr der Bibliotheken weit verbreitet.¹⁸⁶⁷ Fachinformationszentren wie die Technische Informationsbibliothek Hannover, aber auch sonstige Bibliotheken, gingen früh dazu über, statt Originalen dazu angefertigte Kopien zu versenden. Bereits § 19 der Leihverkehrsordnung aus dem Jahr 1966 sah vor, Bestellwünsche aus Zeitschriftenaufsätzen geringen Umfangs durch Übersendung von Xeroxkopien zu erfüllen, um Kosten und Benutzungsnachteile zu verringern.¹⁸⁶⁸ Daneben fand der Kopiendirektversand auf Bestellung durch den Nutzer zunehmend Verbreitung.¹⁸⁶⁹ Zum einen etablierten sich Anbieter, die auf der Basis von Lizenzvereinbarungen mit den Rechteinhabern die Lieferung von Dokumenten auf Bestellung anboten, sowohl in Bezug auf Kopien von Zeitschriftenartikeln, als auch von Auszügen aus Büchern. Beispiele sind etwa das Angebot AutoDoc des Fachinformationszentrums Karlsruhe¹⁸⁷⁰ oder der Service von Infotrieve.¹⁸⁷¹ Zum anderen entwickelten sich Dokumentenlieferdienste einzelner Bibliotheken, die sich ohne Lizenzvereinbarungen für ihre Tätigkeit auf urheberrechtliche Schranken beriefen.

Besonders prominent hat sich der Service von subito e.V. etabliert.¹⁸⁷² Als 1994 ins Leben gerufene Initiative von Bund und Ländern sollte subito e.V. ein elektronisches Informationssystem bereitstellen, das von der Suche nach wissenschaftlicher Information über die Bestellung der gewünschten Literatur bis zu deren Lieferung reicht. Das zeitweise als Arbeitsgemeinschaft organisierte Projekt wird seit 2003 durch „subito. Dokumente aus Bibliotheken e.V.“ betrieben. subito e.V. selbst ist und betreibt keine Bibliothek, sondern fungiert als Dachverein seiner inzwischen mehr als 40 Mitgliedsbibliotheken.¹⁸⁷³ subito e.V. steuert neben der Möglichkeit der Buchausleihe über eine zentrale Datenbank die Weiterleitung der Dokumentenanfragen an die Mitgliedsbibliotheken, die die Vervielfältigung und den Versand an den Besteller vornehmen. Die dafür von den Mitgliedsbibliotheken erhobenen Entgelte werden zentral durch subito e.V. kassiert. Neben subito e.V. bieten sowohl Mitgliedsbibliotheken als auch sonstige Bibliotheken in Deutschland weitere Kopienversanddienste an.

¹⁸⁶⁷ Siehe dazu mit weiteren Nachweisen etwa *Grassmann*, Kopienversand, S. 15 f., *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 826; *Wandtke/Grassmann*, ZUM 2006, 889.

¹⁸⁶⁸ Vgl. *Sinogowitz*, ZfBB 1967, 207, 215.

¹⁸⁶⁹ Siehe *Nippe*, ZUM 1998, 382, 386; gut zusammenfassend auch *Nolte*, S. 104 f.

¹⁸⁷⁰ Siehe <http://autodoc.fiz-karlsruhe.de>.

¹⁸⁷¹ Siehe <http://www.infotrieve.com>; zu weiteren Anbietern vergleiche die Verweise unter http://www.sub.uni-goettingen.de/ebene_1/1_doklie.htm.

¹⁸⁷² www.subito-doc.de.

¹⁸⁷³ Siehe <http://www.subito-doc.de/index.php?lang=de&mod=page&pid=Dokument%20lieferung>.

Als Übermittlungsmethode trat neben den ursprünglichen Postversand zunächst der schnellere Faxversand. Große Bedeutung erlangte anschließend der Versand als eingescannte Grafikdatei per E-Mail. Weitere technische Umsetzungen des elektronischen Kopienversands sind „aktive“ oder „passive“ Formen des File Transfer Protocol, bei denen die liefernde Bibliothek das elektronische Dokument entweder auf dem FTP-Server des Bestellers oder auf einem eigenen FTP-Server ablegt und der Besteller es mittels des bereitgestellten Links zum gewünschten Zeitpunkt abrufen.¹⁸⁷⁴

b) Eckpunkte der rechtlichen Entwicklung vor Einführung des § 53a UrhG

Trotz oder eher wegen der weiten Verbreitung der Kopienversanddienste ließ der Börsenverein des Deutschen Buchhandels mit seiner Klage gegen die Technische Informations-Bibliothek (TIB) Hannover die urheberrechtliche Zulässigkeit des dortigen Kopienversanddienstes überprüfen. Der BGH entschied in einem vielbeachteten Urteil im Jahr 1999, dass der dort streitgegenständliche Versand per Post und per Fax durch eine öffentliche Bibliothek zulässig ist, wenn er auf Einzelbestellung des Bestellers erfolgt und sich dieser auf einen durch § 53 UrhG privilegierten Zweck berufen kann. Gleichzeitig hielt er die bestehende generelle Kopiervergütung für den Kopienversand für unzureichend und schuf im Wege einer Gesamtanalogie einen speziellen Vergütungsanspruch als Ausgleich für den Eingriff in das Vervielfältigungsrecht. Zudem brachte der BGH die Erwartung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung zum Ausdruck.¹⁸⁷⁵

In der Folge kam es im Jahr 2000 zum Abschluss eines entsprechenden Gesamtvertrages mit den Verwertungsgesellschaften.¹⁸⁷⁶ Dieser umfasste neben dem bloßen Post- und Faxversand auch den zwischenzeitlich etablierten Versand grafischer Dateien per E-Mail. Gleichzeitig blieb die Zulässigkeit dieser Versandform mangels Klärung durch den BGH rechtlich umstritten. Unter Verweis auf die Änderungen des Ersten Korbes verweigerte die VG Wort schließlich eine unveränderte Verlängerung des Gesamtvertrages. Seit dem 1.3.2003 wurden nur noch Vergütungen für die Post- und Faxlieferung an die Verwertungsgesellschaft abgeführt. Die von den Bibliotheken für

¹⁸⁷⁴ Siehe OLG München, MMR 2007, 525 – *Subito*; ausführlicher zu den Übermittlungsvarianten *Grassmann*, Kopienversand, S. 46 ff.

¹⁸⁷⁵ BGH NJW 1999, 1953ff. – *Kopienversanddienst*; dazu noch ausführlicher unten.

¹⁸⁷⁶ Vertrag zur Abgeltung urheberrechtlicher Ansprüche für den Direktversand von Kopien durch der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen (Gesamtvertrag „Kopierendirektversand“) vom 1.9.2000, abrufbar unter <http://www.bibliothekerverband.de/dbv/rechtsgrundlagen/urheberrecht.html>.

die E-Mail-Lieferung weiterhin erhobenen Tantiemen wurden zwischenzeitlich auf Verwahrkonten geparkt.¹⁸⁷⁷

Im gleichen Jahr erging im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes eine wenig beachtete Entscheidung des OLG Frankfurt a.M., indem auch der elektronische Kopienversand für zulässig erklärt wurde.¹⁸⁷⁸ In einem deutlich stärker rezipierten Hauptsacheverfahren wandten sich der Börsenverein des Deutschen Buchhandels sowie die STM International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers als internationaler Verband entsprechender Verleger gegen den elektronischen Kopienversand durch subito e.V. Nachdem das LG München I auch diesen im Ergebnis für zulässig gehalten hatte, entschied das OLG München Mitte 2007, der Versand urheberrechtlich geschützter Aufsätze aus Zeitschriften in elektronischer Form verletze seit dem Ersten Korb das Vervielfältigungsrecht des Rechteinhabers, während er vor der Reform gerechtfertigt gewesen sei.¹⁸⁷⁹ Die beidseitig eingelegte Revision zum BGH wurde vom Zweiten Korb überholt und der Rechtsstreit im Oktober 2008 per Vergleich beigelegt.¹⁸⁸⁰

Teilweise parallel zum subito-Verfahren und zu den gesetzgeberischen Aktivitäten des Zweiten Korbes kam es im Jahr 2006 zudem zum Abschluss eines Rahmenvertrages, der für das Portfolio der beteiligten Verlage Dokumentenlieferungen ins Ausland auf Lizenzbasis ermöglicht.¹⁸⁸¹

c) **Überblick über die Situation nach Einführung des § 53a UrhG**

§ 53a UrhG unterscheidet zwischen dem Kopienversand per Post und Fax, der mit weiteren Einschränkungen gestattet wird, soweit die Nutzung durch den Besteller nach § 53 UrhG zulässig ist, sowie dem Kopienversand in „sonstiger elektronischer Form“, also insbesondere per E-Mail. Für letzteren gelten die engen Voraussetzungen der Sätze 2 und 3. Danach erfolgt eine Privilegierung nur zur Veranschaulichung des Unterrichts

¹⁸⁷⁷ *Brammer/Rosemann/Sens*, ZfBB 2008, 251 252.

¹⁸⁷⁸ OLG Frankfurt a.M., Entscheidung vom 16.12.1999, Az 11 W 39/99, abgedruckt in *Gödan* (Hrsg.), Entscheidungssammlung zum Bibliotheksrecht, S. 378 ff. Auf die Entscheidung verweist auch *Müller*, Bibliotheksdienst 2008, 1060, 1062. Eine Hauptsacheentscheidung ist nicht bekannt.

¹⁸⁷⁹ OLG München, MMR 2007, 525 ff. – *Subito*, dazu noch unten, Teil 3 E. I. 2.c).

¹⁸⁸⁰ Siehe die Presseerklärung der STM Association, abrufbar unter <http://www.stm-assoc.org/subito/>.

¹⁸⁸¹ Rahmenvertrag zwischen subito Dokumente aus Bibliotheken e.V. und den teilnehmenden Verlagen, im Folgenden kurz Rahmenvertrag, beziehbar über die STM Association unter: http://www.stm-assoc.org/copyright_and_legal_subito_update.php.

und der wissenschaftlichen Forschung, soweit dies zur Verfolgung nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt ist. Ferner ist aufgrund des sogenannten Verlagsprivilegs bzw. der Subsidiaritätsklausel in S. 3 der elektronische Versand nur gestattet, wenn kein den Anforderungen entsprechendes Eigenangebot des Verlags existiert.

Im Ergebnis steht damit in vielen Fällen, in denen vor dem Zweiten Korb ein elektronischer Versand in einem rechtlich umstrittenen Graubereich durchgeführt wurde, einer Fortsetzung dieser Praxis nun eine gesetzliche Regelung entgegen. Um dennoch weiterhin einen umfassenden elektronischen Kopienversand anbieten zu können, rekurrierte subito e.V. auf die Möglichkeit einer lizenzbasierten statt einer schrankenbasierten Lösung. Vereinbart wurde ein Nachtrag Nr. 1 zum Rahmenvertrag aus dem Jahre 2006, der in Bezug auf die beteiligten Verlagshäuser den elektronischen Versand auf den deutschsprachigen Raum ausdehnt.¹⁸⁸² Gleichzeitig wurde ein neuer Gesamtvertrag mit der VG Wort erforderlich, da der bisherige Vertrag den elektronischen Versand ausspart, während § 53a UrhG ihn zumindest in engen Grenzen ausdrücklich gestattet, so dass die dafür zu zahlende Vergütung zu regeln war.

Die rechtliche Ausgestaltung des Kopienversands ist demnach nach dem Zweiten Korb gekennzeichnet durch ein Nebeneinander von schrankenbasiertem Kopienversand auf Grundlage des § 53a in Verbindung mit § 53 UrhG einerseits, insbesondere in Form des Post- und Faxversands, nur mit weitgehenden Einschränkungen auch in sonstiger elektronischer Form, sowie lizenzbasiertem Kopienversand per E-Mail auf Grundlage des subito-Nachtrags oder ähnlicher vertraglicher Vereinbarungen andererseits. Das Zusammenspiel von Schranke und Lizenzregelungen ist deshalb interessant, weil die Reichweite des § 53a UrhG noch nicht hinreichend geklärt ist. Gleichzeitig lassen die in ihrem Umfeld getroffenen Verträge Rückschlüsse auf die Auslegung der Schranke zu, wenn man davon ausgeht, dass das entsprechende Verständnis der Vertragsparteien mit zunehmendem Abschluss solcher Verträge an Bedeutung gewinnt.

2. Rechtslage vor Einführung des § 53a UrhG

Die Rechtslage vor dem Zweiten Korb ist inzwischen weitgehend Rechtsgeschichte und wird im Folgenden nur insoweit dargestellt, als es dem Verständnis und der Bewertung der Neuregelung dient. Sie wurde entscheidend durch das Urteil des BGH

¹⁸⁸² Nachtrag Nr. 1 zum subito-Rahmenvertrag, abrufbar unter www.stm-assoc.org/2007_12_20_Addendum_No_1_GALS_Deutsch.pdf.

aus dem Jahre 1999 zum Versand per Post und Fax geprägt.¹⁸⁸³ Für den elektronischen Kopienversand bestand selbst nach dem subito-Urteil des OLG München mangels Rechtskraft bis zuletzt keine Rechtssicherheit.

a) **Die Kopienversanddienst-Entscheidung des BGH**

Der BGH erklärte den Kopienversanddienst der Technischen Informationsbibliothek Hannover (TIB) für zulässig, nachdem der Börsenverein aus abgetretenem Recht wegen Verletzung des Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechtes geklagt hatte.¹⁸⁸⁴ Eine Rechtsverletzung wurde verneint und gleichzeitig im Wege einer Analogie eine besondere Vergütungspflicht für den Kopienversand hergeleitet. Die Entscheidung ist für § 53a UrhG auch deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Norm das Urteil ausdrücklich „nachvollzieht“, in wesentlichen Elementen dem Leitsatz des BGH entspricht, und auch die Gesetzesbegründung auf Einzelheiten der Entscheidung eingeht.¹⁸⁸⁵ Der BGH selbst hatte die Erwartung zum Ausdruck gebracht, der Gesetzgeber möge mit Blick auf die vom Gericht im Wege der Analogie geschlossene Gesetzeslücke mit einer entsprechenden Neuregelung der angemessenen Vergütung reagieren.¹⁸⁸⁶ Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass dieser Erwartungshaltung nicht schon im Ersten Korbes entsprochen wurde, sondern es in den Materialien dort lediglich heißt, durch die anderweitigen Änderungen des § 53 Abs. 1 UrhG werde gewährleistet, dass nach wie vor ein Versand von Kopien möglich bleibe, im Falle des Versands durch Bibliotheken letztlich sogar auch anders als in Form reprographischer Kopien.¹⁸⁸⁷ Darin ist ein klares Bekenntnis zum Kopienversand auch in anderer Form zu sehen.¹⁸⁸⁸ Eine ausdrückliche Regelung der angemessenen Vergütung erfolgte jedoch zunächst nicht.

¹⁸⁸³ BGH NJW 1999, 1953 ff. – *Kopienversanddienst*.

¹⁸⁸⁴ BGH NJW 1999, 1953 ff. – *Kopienversanddienst*; zuvor waren bereits Klage und Berufung erfolglos geblieben, siehe LG München I, AfP 1996, 181 ff. bzw. OLG München, AfP 1996, 393 ff.; zu den Hintergründen des Verfahrens vgl. beispielsweise *Nippe*, ZUM 1998, 382.

¹⁸⁸⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 21, 27 f.

¹⁸⁸⁶ So der Gesetzentwurf, a.a.O., S. 21, 27; vgl. auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 3; zur zumindest angedeuteten Erwartung des BGH siehe BGH a.a.O., 1959.

¹⁸⁸⁷ Begründung des Regierungsentwurfs vom 31.7.2002, BT-Drs. 15/38, S. 20.

¹⁸⁸⁸ Im Ergebnis ebenso *Hoeren*, KUR 2003, 58, 59, der zudem die damalige Kontinuität mit der bereits zuvor zulässigen Praxis betont: „Diese Regelungen wiederholen nur, was vorher schon rechtens war. Denn schon nach bisherigem Recht ist der Versand von Artikeln über Hochschulbibliotheken legal, wie der BGH schon vor einiger Zeit in einem Grundsatzurteil klargestellt hat. Daran wird sich auch künftig nichts ändern.“

aa) Vervielfältigung gedeckt nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG

Laut BGH stellt die Herstellung von Vervielfältigungsstücken zwar eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG dar, gleichzeitig ist sie jedoch auch im Kopienversand nur den Bestellern zuzurechnen, die die Bibliothek nach eigener Auswahl der Beiträge mit der Herstellung der Vervielfältigungsstücke beauftragen.¹⁸⁸⁹ Daran ändert auch die Erbringung der besonderen Dienstleistungen im Kopienversanddienst nichts, indem die Bibliotheken selbst die Vorlagen für die Herstellung der Kopien zur Verfügung stellen und außerdem ihre Bestände durch einen Katalog erschließen, der für die Nutzer online zugänglich ist. Derartige zusätzliche Leistungen, so die Ratio, würden nichts an der Zulässigkeit einer anschließend persönlich hergestellten Kopie ändern, soweit diese nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG privilegiert ist. Nichts anderes könne dann aber für ein Herstellenlassen im Wege des Kopienversands gelten.¹⁸⁹⁰ Anknüpfend an die schon in den CB-Infobank-Urteilen aufgestellten Kriterien¹⁸⁹¹ und in Abgrenzung zum dortigen Sachverhalt liegen anders als bei einem Recherchedienst Beitragsauswahl und Erteilung des Kopierauftrags allein in der Hand des Bestellers.¹⁸⁹²

Zwar sieht der BGH im Kopienversand eine „besondere Form der Werknutzung“, die sich der Art nach von Vervielfältigungen unterscheidet, die ein Endverbraucher in seiner Sphäre zum eigenen Gebrauch selbst oder mit Hilfe eines Dritten vornimmt. Der Kopienversand sei demgegenüber eine „selbständige Werkvermittlungsart“.¹⁸⁹³ Der BGH verweist aber auf die Materialien zur Urheberrechtsnovelle 1985, denen „unzweideutig zu entnehmen [sei], dass die Vervielfältigung durch öffentliche Bibliotheken im Rahmen eines Kopienversanddienstes auch ohne Zustimmung der Urheberberechtigten als urheberrechtlich zulässig angesehen wurde und weiter zugelassen werden sollte.“¹⁸⁹⁴ Die Ablehnung eines Verbotsanspruchs zeige sich am deutlichsten in der Reaktion auf den Vorschlag des Börsenvereins, von Verlegern betriebene Kopierzentren zu errichten. Dies war mit der Begründung abgelehnt worden, eine moderne, technisch hochentwickelte Industrienation wie die Bundesrepublik Deutschland sei

¹⁸⁸⁹ BGH, a.a.O., 1954.

¹⁸⁹⁰ BGH, a.a.O., 1954.

¹⁸⁹¹ Siehe dazu schon die mehrfachen Bezugnahmen in Teil 3 A. II. sowie die gute Zusammenfassung bei *Nolte*, S. 105 ff., sowie *van Look*, ZIP 1998, 454, 459.

¹⁸⁹² BGH a.a.O., 1955.

¹⁸⁹³ BGH a.a.O., 1955.

¹⁸⁹⁴ BGH a.a.O., 1955.

auf Wissenschaft und Forschung angewiesen und brauche deshalb ein gut ausgebautes, schnell funktionierendes und wirtschaftlich arbeitendes Informationssystem, während bei solchen Kopierzentren die Gefahr prohibitiver Preisgestaltungen bestünde.¹⁸⁹⁵ Dagegen sprächen auch zu erwartende Auswirkungen auf die Bibliotheken, für die es sich unter allgemeinwirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht lohne, einen umfassenden Bestand wissenschaftlicher Literatur anzuschaffen, wenn dieser nur von wenigen Personen am Ort benutzt werden könnte.¹⁸⁹⁶ Die Zulässigkeit des Kopienversands ist demnach, so der BGH zutreffend, durch den Gesetzgeber 1985 nicht in Frage gestellt worden.

Zudem ist nach der Entscheidung des BGH das Verbreitungsrecht aus § 17 Abs. 1 UrhG nicht betroffen.¹⁸⁹⁷ Da § 53 UrhG auch das Herstellenlassen durch Dritte einschließt und die Vervielfältigungsstücke dem Auftraggeber zurechnet, liegt kein Verbreiten in Form des Inverkehrbringens vor, wenn die Kopien dem Auftraggeber von seiner Hilfsperson übergeben oder zugesandt werden. Nichts anderes kann laut BGH auch im Rahmen des Kopienversanddienstes gelten. Die elektronische Übermittlung zwischen zwei Faxgeräten fällt als solche als unkörperlicher Verwertungsvorgang ohnehin nicht unter ein Verwertungsrecht des Urhebers. Auch eine Verbreitungshandlung durch öffentliches Angebot von Vervielfältigungsstücken scheidet im Ergebnis aus, weil die angebotene spätere Übermittlung der im Einzelfall herzustellenden Vervielfältigungen kein unter § 17 Abs. 1 UrhG fallendes Inverkehrbringen von Vervielfältigungsstücken darstellt.¹⁸⁹⁸ Es überwiegt nach zutreffender Wertung des BGH die Qualifizierung als dem Besteller zuzurechnende, nach § 53 UrhG privilegierte Vervielfältigung.

bb) Vergütungspflicht für die Werkvermittlungsart Kopienversand

Neben der Zulässigkeit des Kopienversands liegt der zweite Schwerpunkt des Urteils darin, im Wege einer Analogie zu bestehenden Vergütungsansprüchen die Pflicht einer angemessenen Vergütung für die Werkvermittlungsart Kopienversand zu begründen.

¹⁸⁹⁵ So die Begründung des Regierungsentwurfs vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 19 f; zum Vorschlag der Kopierzentren nochmals detaillierter unten, Teil 3 E. II. 10. a).

¹⁸⁹⁶ Begründung des Regierungsentwurfs, ebd.

¹⁸⁹⁷ Sehr ausführlich mit gleichem Ergebnis speziell zum elektronischen Kopienversand *Grassmann*, Kopienversand, S. 56 ff.; *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 827; *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 9; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 45; im Ergebnis ebenfalls zustimmend später OLG München, MMR 2007, 525, 528 – *Subito*; anderer Ansicht jedenfalls vor der Entscheidung des BGH noch *Baronikians*, ZUM 1999, 126, 131 ff; *Heker*, in: *Becker* (Hrsg.), Wahrnehmung von Urheberrechten an Sprachwerken, S. 91; kritisch auch *Schack*, JZ 1999, 1007, 1008, in Bezug auf das Recht Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten.

¹⁸⁹⁸ BGH, a.a. O., 1956, m.w.N.

Rechtstechnisch stützt der BGH dies auf eine analoge Anwendung des § 27 Abs. 2 und 3 UrhG (sog. Bibliothekstantieme), des § 49 Abs. 1 UrhG (Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare) sowie des damaligen § 54a Abs. 2 i.V. mit § 54 Abs. 1 UrhG (Betreibervergütung), deren Rechtsgedanke auf die Konstellation des Kopienversands übertragen wird. Zwar werde das Verbot des Urhebers dem Interesse der Allgemeinheit am freien Zugang zu Informationen untergeordnet. Es wäre jedoch ein un gerechtfertigter Eingriff in dessen Rechtsstellung, wenn dem Urheber mit dem Verbot jede Möglichkeit versagt bliebe, eine angemessene Vergütung für die Nutzung seines Werkes zu erhalten.¹⁸⁹⁹

Hergeleitet wird die Notwendigkeit der Vergütung ausführlich aus den Anforderungen des Drei-Stufen-Tests, aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG sowie aus dem urheberrechtlichen Grundsatz der angemessenen Beteiligung des Urhebers am wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes, woraus sich angesichts der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung eine entsprechende Vergütungspflicht ergebe.¹⁹⁰⁰ Denn die Verhältnisse hätten sich seit der Entscheidung des Gesetzgebers, über § 53 UrhG auch die Werknutzung im Kopienversand freizustellen, entscheidend verändert, indem sich aufgrund der technischen Entwicklung die Zugriffsmöglichkeiten auf geschützte Werke erheblich verstärkt haben. Durch die Möglichkeiten der Online-Recherche und der zeitnahen Lieferung von Bestellungen per Telefax seien die Bibliotheksbestände für Nutzer stärker als früher erschlossen. Dies erleichtere den Kopienversanddiensten, „in Wettbewerb zum Vertrieb der Originalzeitschriften zu treten. Der Funktion nach ist der Kopienversand damit unter den Verhältnissen, die sich aufgrund der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung ergeben haben, geeignet, als wichtiger Weg zur Werkvermittlung neben den Verlagsvertrieb zu treten“. Ein Kopienversanddienst übe eine Funktion aus, die „nicht nur die Tendenz in sich trägt, sich der Tätigkeit eines Verlegers anzunähern, [...] sondern die auch mit der Werkvermittlung durch Abrufdatenbanken verglichen werden kann.“¹⁹⁰¹

Deshalb sei nach den völkerrechtlichen Verträgen die Zahlung einer angemessenen Vergütung erforderlich. Zwar handele es sich noch immer um einen Sonderfall im Sinne der ersten Stufe des Tests. Angesichts der gewandelten Verhältnisse würden in-

¹⁸⁹⁹ BGH, a.a.O., 1956, 1959.

¹⁹⁰⁰ BGH, a.a.O., 1956; dazu im Einzelnen ausführlich schon oben, Teil 2.

¹⁹⁰¹ BGH, a.a.O., 1957, m.w.N.; zustimmend auch *Schack*, JZ 1999, 1007; *Loewenheim*, ZUM 1999, 574.

zwischen jedoch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar beeinträchtigt, wenn ihnen ein an die Werknutzungsform des Kopienversanddienstes angepasster Vergütungsanspruch vorenthalten bliebe. Die urheberrechtliche Beurteilung müsse deshalb Konsequenzen daraus ziehen, dass sich der Kopienversand inzwischen als ein Vertriebsweg anbiete, der nach dem erreichten Stand der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung zur Massennutzung geeignet ist. Der Drei-Stufen-Test lasse es laut BGH zu, eine unzumutbare Verletzung der berechtigten Interessen des Urhebers ebenso wie eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung des Werkes durch die Zuerkennung eines Vergütungsanspruchs zu beseitigen.¹⁹⁰²

Das Vergütungserfordernis ergebe sich zudem aus dem Eigentumsschutz sowie dem Grundsatz, den Urheber tunlichst angemessen am wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes zu beteiligen. Im Einklang mit den gestuften Anforderungen der Rechtsprechung für Eingriffe in das Verbotswort und für die darüber hinausgehende Aberkennung von Vergütungsansprüchen sei zwar die Beschränkung des Vervielfältigungsrechts durch § 53 UrhG durch das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu Informationen gerechtfertigt. Angesichts der dargestellten Veränderungen der Umstände bestehe aber kein hinreichender Grund, auch den Anspruch auf angemessene Vergütung auszuschließen.¹⁹⁰³ Die Verweigerung eines Verbotsworts solle der Allgemeinheit den Zugang zur Werknutzung eröffnen und gegebenenfalls verhindern, dass das Ausschließlichkeitsrecht zur Forderung überhöhter Vergütungen eingesetzt wird, solle und könne aber nicht Mittel dafür sein, dem Urheber „selbst eine angemessene Vergütung“ zu verweigern.¹⁹⁰⁴ Zur erforderlichen Höhe der „angemessenen“ Vergütung führt der BGH aus, dass jedenfalls die bislang über die Geräte- und Betreibervergütung gewährten Vergütungsansprüche offensichtlich unzureichend seien¹⁹⁰⁵ und den Anforderungen des Konventionsrechts nur entsprochen werden könne, wenn ein „auf Werknutzungen der Streitgegenständlichen Art zugeschnittener“ Vergütungsanspruch zur Anwendung komme.¹⁹⁰⁶

¹⁹⁰² BGH, a.a.O., 1957. Die Berücksichtigung einer Vergütungszahlung schon auf zweiter Stufe ist nicht unumstritten, die Auffassung des BGH wird jedoch nach der hier vertretenen Meinung als notwendige flexible Lösung begrüßt, vgl. schon im Detail oben Teil 2 A. II. 3.

¹⁹⁰³ BGH, a.a.O., 1958; siehe zur entsprechenden Rechtsprechung im Detail bereits oben Teil 2 C. I. 2. d).

¹⁹⁰⁴ BGH, a.a.O., 1959.

¹⁹⁰⁵ Zustimmung *Schack*, JZ 1999, 1007, der eine Vergütung in „signifikanter Höhe“ verlangt.

¹⁹⁰⁶ BGH, a.a.O., 1958.

Im Ergebnis stand dem Urheber aufgrund der BGH-Rechtsprechung immer dann ein Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung zu, wenn auf Einzelanforderung von einer der Öffentlichkeit zugänglichen Einrichtung unter den Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG Vervielfältigungen seines Werkes zum Zweck der Versendung hergestellt und im Wege des Post- oder Faxversands übermittelt wurden.¹⁹⁰⁷

cc) Zusammenfassende Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung ist mit vielen Stimmen aus der Literatur zu begrüßen.¹⁹⁰⁸ Statt eines Verbotsrechts gleicht ein auf die Besonderheiten des Kopienversands zugeschnittener Vergütungsanspruch die Veränderungen der Rahmenbedingungen flexibler aus und erhält die Anwendbarkeit der Schranke zugunsten von Zugangs- und Informationsinteressen der Allgemeinheit, obwohl der Kopienversand bzw. seine Auswirkungen auf die Interessen der Rechteinhaber seit dem klaren Bekenntnis des Gesetzgebers in der vorangegangenen Urheberrechtsreform deutlich zugenommen hatte. Der BGH hat somit die Stellung der Urheber und Verlage verbessert, ohne ihnen Verbotsrechte einzuräumen, die ihrerseits mit der auch vom Gesetzgeber gesehenen Gefahr verbunden gewesen wären, den freien Zugang zu Informationen zu behindern.¹⁹⁰⁹ Die berechtigten Interessen der Allgemeinheit rechtfertigen die grundsätzliche Zulässigkeit der Kopienversanddienste, nicht aber gleichermaßen die vergütungsfreie Form dieser Werkvermittlungsart.

Für die Auseinandersetzung mit der Neuregelung in § 53a UrhG ist die in zweierlei Hinsicht begrenzte Reichweite der Entscheidung von Bedeutung. Zum einen stützt sich der BGH in der Begründung ausschließlich auf den sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 Abs. 2 S.1 Nr. 4a) UrhG, trotz weiter gefasster Leitsätze. Darauf, ob im Einzelfall auch die Voraussetzungen des privaten und insbesondere des eigenen wissenschaftlichen Gebrauchs gegeben sind, komme es nicht an, da im streitigen Verfahren bereits der sonstige eigene Gebrauch einschlägig sei.¹⁹¹⁰ Selbst wenn in der Praxis bislang die überwiegende Anzahl der Bestellungen im Kopierendirektversand dem sonstigen eigenen

¹⁹⁰⁷ BGH, a.a.O., 1959.

¹⁹⁰⁸ Vgl. *Hoeren*, MMR 1999, 672 ff: „Sensation“, „salomonische Lösung“; *Hoeren* verweist zudem auch auf die über den Kopienversand selbst hinausgehenden Implikationen für das generelle Schrankenverständnis; siehe auch die zustimmenden Kommentare bei *Schack*, JZ 1999, 1007 ff.; *Loewenheim*, ZUM 1999, 574 ff.; *Fröhlich*, S. 170 f.; *Nolte*, S. 120 ff.

¹⁹⁰⁹ *Schack*, JZ 1999, 1007, 1008.

¹⁹¹⁰ So ausdrücklich der BGH, a.a.O., 1954.

Gebrauch des Bestellers zugeordnet wurden,¹⁹¹¹ gewinnt eine differenziertere Herangehensweise aufgrund der Veränderungen des § 53 UrhG an Bedeutung. Zum anderen erging das Urteil nur zum streitgegenständlichen Kopienversand per Post und Fax, nicht jedoch zu elektronischen Speicherungen oder der Bereithaltung der Zeitschriftenbeiträge zum Online-Abruf als Form der Werkübermittlung.¹⁹¹² Bei Klageeinreichung im Jahr 1995 waren diese Versandformen noch nicht oder zumindest weniger etabliert als zum Zeitpunkt der letztinstanzlichen Entscheidung. Die Zulässigkeit des Kopienversands per E-Mail wurde daher durch den BGH nicht geklärt, und auch die Übertragbarkeit der Entscheidungsgründe auf den „Online-Versand“ blieb eine offene Frage.¹⁹¹³

Bezüglich dieser beiden Aspekte konnte sich der Gesetzgeber daher im Zweiten Korb nicht darauf berufen, durch eine weitgehende Übernahme der aufgestellten Kriterien lediglich ein höchstrichterliches Urteil des BGH als Ersatzgesetzgeber nachzuvollziehen, sondern er wurde im eigentlichen Sinne gesetzgeberisch tätig.

b) Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M.

Noch im Jahr des BGH-Urteils erging im einstweiligen Rechtsschutz eine wenig beachtete Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. zum Kopienversand in rein elektronischer Form per Fax oder per E-Mail, das auch diese Versandformen für zulässig hielt.¹⁹¹⁴ Das OLG nahm auf die in ihrem Umfang begrenzte BGH-Entscheidung Bezug. Die Zulässigkeit des Kopienversands sei nach der Zweckbestimmung des § 53 UrhG im Einklang mit dieser Entscheidung zu bejahen, unabhängig davon, ob die Kopie mit einem herkömmlichen Kopierer in körperlicher Form hergestellt und per Post oder per Fax versandt, oder ob die Kopie nur in elektronischer Form hergestellt und per Fax oder

¹⁹¹¹ *Beger*, S. 72.

¹⁹¹² So ausdrücklich der BGH, a.a.O., 1954.

¹⁹¹³ So zutreffend *Hoeren*, MMR 1999, 665, 672; in der Sache dagegen *Katzenberger*, AfP 1999, 335, 337; leicht verzerrend demgegenüber die Darstellung in der abgelehnten Beschlussempfehlung der FDP-Fraktion zum Zweiten Korb, abgedruckt in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 31, wenn es dort heißt, nach geltendem Urheberrecht sei es Bibliotheken nicht gestattet, Kopien auch elektronisch per E-Mail zu versenden, insbesondere biete auch das Grundsatzurteil des BGH ausdrücklich keine Lösung. Richtig ist daran zwar, dass ausdrücklich kein Urteil in dieser Frage erging. Ebenso ausdrücklich hat der BGH diese Frage jedoch gerade offen gelassen, so dass von einer klaren Rechtslage nicht die Rede sein konnte. *Nolte*, S. 121, bedauert angesichts der anschließenden jahrelangen Diskussionen fehlende Hinweise des BGH zur Zulässigkeit des elektronischen Kopienversands.

¹⁹¹⁴ OLG Frankfurt a.M., Entscheidung vom 16.12.1999, Az 11 W 39/99, abgedruckt in *Gödan* (Hrsg.), Entscheidungssammlung zum Bibliotheksrecht, S. 378 ff.; auf die Entscheidung verweist auch *Müller*, Bibliotheksdienst 2008, 1060, 1062; eine Hauptsacheentscheidung ist nicht bekannt.

E-Mail versandt werde. Es könne davon ausgegangen werden, dass nach der Zweckbestimmung des § 53 UrhG, der den freien und schnellen Zugang zu Informationen sicherstellen solle, die Art und Weise der Herstellung der privilegierten Kopien nicht von ausschlaggebender Bedeutung sei, speziell da sie dem jeweiligen Besteller zuzurechnen und der Versand ein notwendiger und integraler Bestandteil des Herstellungsvorgangs durch Dritte sei. Auch der BGH habe sich in seiner Entscheidung schließlich bereits mit den zwischenzeitlichen technologischen Entwicklungen auseinandergesetzt, selbst wenn er den nicht streitgegenständlichen elektronischen Kopienversand nicht in die Entscheidung einbezogen habe.¹⁹¹⁵ Das Gericht nahm damit eine Wertung vor, die dem Normzweck klar den Vorrang vor den vor dem Zweiten Korb nicht geregelten verschiedenen technischen Übertragungswegen gab.

c) Die Subito-Entscheidung des OLG München zum elektronischen Kopienversand

Die Zulässigkeit des elektronischen Kopienversands insbesondere per E-Mail war während Gesetzgebungsverfahren zum Zweiten Korb Gegenstand eines Rechtsstreits, bei dem im Sinne eines Musterverfahrens der Börsenverein des Deutschen Buchhandels und die STM Association sowohl die Universität Augsburg als auch den subito-Trägerverein wegen der Verletzung von Urheberrechten durch den subito-Kopienversanddienst verklagten.¹⁹¹⁶ Die von beiden Parteien eingelegte Revision zum BGH wurde vom Zweiten Korb überholt. Im Zusammenhang mit den Verhandlungen über einen lizenzierten Kopienversand über subito e.V. wurde der Rechtsstreit Ende Oktober 2008 im Wege des Vergleichs beigelegt.¹⁹¹⁷ Gegenstand des Vergleichs sind Schadensersatzforderungen für jedes im streitgegenständlichen Zeitraum elektronisch versendete Dokument in Höhe der VG Wort-Tantieme, die subito e.V. mangels Einigung mit der VG Wort seit dem Jahr 2003 auf Verwahrkonten gesammelt hatte.¹⁹¹⁸ Eine letztinstanzliche Entscheidung in Bezug auf offene Fragen zur alten Rechtslage wird daher voraussichtlich nicht mehr ergehen.

¹⁹¹⁵ OLG Frankfurt a.M., a.a.O., S. 379 f.

¹⁹¹⁶ OLG München, Urteil vom 10.05.2007, MMR 2007, 525 ff. – *Urheberrechtliche Zulässigkeit eines elektronischen Kopienversanddienstes – Subito*, nicht rechtskräftig. Die Klageschrift ist abrufbar unter http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/2004/Klageschrift_Boersenverein_Subito.pdf.

¹⁹¹⁷ Siehe die Presseerklärung der STM Association, abrufbar unter <http://www.stm-assoc.org/subito/>.

¹⁹¹⁸ So die mündliche Auskunft von Dr. Braun-Gorgon, Leiterin von subito e.V.

Die Klage wurde überwiegend abgewiesen, da das Gericht lediglich für sechs konkret bezeichnete Aufsätze mangels Bestreitens von deren Schutzfähigkeit und einer Rechteinhaberschaft der Kläger ausgehen konnte, eine allgemeine Vermutungswirkung wie zugunsten von Verwertungsgesellschaften aber ablehnte.¹⁹¹⁹ In der Sache entschied das Gericht, dass der Kopienversand *vor* dem Ersten Korb auch in elektronischer Form gerechtfertigt war, *nach* dem Ersten Korb und somit ab dem 13.09.2003 jedoch nur noch per Post oder Telefax.¹⁹²⁰

aa) Versand per Post und Telefax zulässig

Den Kopienversand per Post und Telefax hielt das OLG München im Ergebnis für zulässig. Streitgegenständlich war im subito-Verfahren diesbezüglich anders als in der BGH-Entscheidung nicht der Kopierendirektversand, sondern der Kopienversand an inländische Bibliotheken, die die Kopien anschließend an ihre Auftraggeber weitergeben. Das OLG München begründete die Zulässigkeit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz¹⁹²¹ mit der gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigung der Praxis. Bereits 1971 hätten die öffentlichen Bibliotheken fast die Hälfte der nahezu eine Million auswärtigen Bestellungen auf diese Weise erledigt, was von allen Beteiligten als rechtmäßig angesehen worden sei. Es sei nicht ersichtlich, wie neuere Entwicklungen, die sich im Wesentlichen im Bereich der digitalen Datennutzung abspielten, eine grundsätzlich andere Bewertung der Fernleihe durch den Kopienversand per Post oder Telefax gebieten und damit „einer Jahrzehnte lang gebilligten Praxis die Rechtsgrundlage entziehen könnten“.¹⁹²² Die genaue Benennung dieser Rechtsgrundlage bleibt das OLG München schuldig. Aus dem Zusammenhang mit den weiteren Ausführungen zum elektronischen Versand, bei dem sowohl der Direktversand als auch der Versand im Rahmen des Leihverkehrs Streitgegenstand waren, und bei dem die Urteilsbegründung

¹⁹¹⁹ Zu den Einzelheiten vgl. OLG München, a.a.O., 527; Während dies für die Praxis bedeutet, dass der Kläger bei derartigen Prozessen jeweils im Einzelnen den Nachweis der Schutzfähigkeit der betroffenen Werke und seiner Rechteinhaberschaft erbringen muss, ist diese Dimension der Entscheidung von den kopienversandspezifischen Rechtsfragen zu trennen. Die von Müller, Bibliotheksdienst 2007, 648 ff. als Erfolg gewertete entsprechende Kostenentscheidung des Gerichts geht im wesentlichen auf den bezüglich der betroffenen Werke deutlich weiter formulierten Klageantrag zurück, hinter dem das Urteil größtenteils zurück bleibt.

¹⁹²⁰ OLG München, a.a.O., 527.

¹⁹²¹ LG München, Urteil vom 15.12. 2005, Az. 0 11479/04, abrufbar unter <http://www.subito-doc.de/cms/filedatabase/files/Teilurteil15Dez05-komprimiert.pdf>.

¹⁹²² OLG München, ebd.

nicht weiter zwischen beiden Versandformen differenziert, lässt sich schließen, dass sich auch beim Leihverkehr die Privilegierung des Nutzers nach § 53 UrhG über die Variante des Herstellenlassens durch einen Dritten auf die Vervielfältigungen für den Kopienversand erstreckte.

bb) Versand in elektronischer Form bis zum Ersten Korb zulässig

Für den Kopienversand in elektronischer Form differenziert das OLG München zwischen der Rechtslage vor und nach dem Ersten Korb und kommt zum Ergebnis, sowohl der Direktversand als auch der Versand an Bibliotheken sei zwar zuvor privilegiert gewesen, durch den Ersten Korb jedoch unzulässig geworden.¹⁹²³

§ 53 Abs. 2 Nr. 4a) UrhG habe zuvor nicht nach der Art der Vervielfältigung unterschieden und deshalb wie die anderen Tatbestände des § 53 UrhG a.F. auch solche Vervielfältigungen erfasst, die digitale Nutzungen ermöglichen. Da bei den Bestellern einzelner Kopien wissenschaftlicher Aufsätze von einer Verwendung zum eigenen Gebrauch auszugehen sei, konnten sich die Besteller auf diese Privilegierung berufen. Die Anfertigung der Kopien durch die Bibliotheken wiederum sei schon nach dem BGH nur den Bestellern zuzurechnen, so dass auch der elektronische Versanddienst an deren Privilegierung teilhabe.¹⁹²⁴ In eine weitergehende wertende Betrachtung, wie sie der BGH zumindest im Zusammenhang mit der Herleitung des Vergütungsanspruchs vorgenommen hat, steigt das Gericht nicht ein.

Mit dem Ersten Korb wurden laut OLG München der elektronische Direktversand und der elektronische Versand an Bibliotheken wegen der veränderten Rechtslage unzulässig, da die Voraussetzungen des § 53 Abs. 2 S. 3 UrhG nicht erfüllt würden.¹⁹²⁵ Denn die Vervielfältigungen würden hier weder auf Papier noch auf einem ähnlichen Träger mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung im Sinne der Nr. 1 vorgenommen. Bei der Anfertigung digitaler Vervielfältigungen könne nicht von einem reprographischen Verfahren im Sinne der neu eingefügten Beschränkung gesprochen werden, sondern der Gesetzgeber habe digitale Vervielfältigungen von den Privilegierungen des § 53 Abs. 2 Nr. 3 und 4 UrhG ausschließen wollen. Darüber hinaus seien die digitalen Kopien auch dann keine noch erfassten ausschließlich analogen Nutzungen im Sinne der Nr. 2, wenn sie wie bei

¹⁹²³ OLG München, a.a.O., 527 f.

¹⁹²⁴ OLG München, a.a.O. 527; im Ergebnis zustimmend *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 2.

¹⁹²⁵ OLG München, a.a.O., 528.

subito e.V. lediglich als Grafikdatei versendet werden. Dies hatte das LG München I noch anders beurteilt und war so zur unveränderten Zulässigkeit des elektronischen Versands gekommen.¹⁹²⁶ Das OLG verweist demgegenüber zu Recht auf die zwar beschränkteren, aber dennoch digitalen Nutzungsmöglichkeiten grafischer Dateien, wie das Vervielfältigen ohne Qualitätsverlust, das elektronische Versenden an Dritte, oder das Einfügen in digitale Dokumente als Grafikdatei. Die Privilegierung scheitere nicht erst bei vollumfänglichen digitalen Nutzungsmöglichkeiten wie der Volltextrecherche, sondern bereits bei weniger weitreichenden digitalen Nutzungen, da nur „ausschließlich analoge Nutzungen“ gestattet seien.¹⁹²⁷

Da die Beschränkungen des § 53 Abs. 2 S. 3 UrhG nicht für alle Unterfälle des § 53 UrhG gelten, sind die ausdrücklichen und die weniger ausdrücklichen Ausführungen zu den sonstigen Privilegierungen in § 53 UrhG aufschlussreich. Das Gericht lehnt es zunächst ausdrücklich ab, den elektronischen Kopienversand auf § 53 Abs. 1 UrhG zu stützen, da zutreffend nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Voraussetzungen für eine Privatkopie bei den Bestellern regelmäßig vorlägen. Andere Schranken des Vervielfältigungsrechts diskutiert das Gericht nur im Zusammenhang mit einer vorstellbaren, im Ergebnis jedoch mangels Regelungslücke abgelehnten Analogie. Die vergleichsweise weiteren Spielräume, die die Richtlinie für wissenschaftliche Zwecke und Unterrichtszwecke einräumt,¹⁹²⁸ könnten „angesichts des eindeutig entgegenstehenden Wortlauts der nationalen Vorschrift, mit der die Richtlinie umgesetzt wurde, auch bei Berücksichtigung der – vom Senat anerkannten – Bedeutung des Projekts der Beklagten für Wissenschaft und Forschung nicht *de lege lata*, sondern allenfalls *de lege ferenda* berücksichtigt werden.“¹⁹²⁹ Abgesehen von diesen Überlegungen werden die Schranken in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 sowie Abs. 3 UrhG nicht in die Urteilsfindung einbezogen, obwohl für sie die streitentscheidende Beschränkung des § 53 Abs. 2 S. 3 UrhG im Einklang mit der Richtlinienvorgabe gerade nicht gilt.

Erklären lässt sich dies angesichts des insoweit nicht differenzierenden Streitgegenstands, dem Kopienversand an „sämtliche Endverbraucher [...], gleichviel ob sie wissenschaftlich, gewerblich, nicht-gewerblich oder aus sonstigen Motiven tätig sind und

¹⁹²⁶ LG München I, Urteil vom 15.12. 2005, Az. 0 11479/04, a.a.O., S. 32.

¹⁹²⁷ OLG München, a.a.O., 528; siehe dazu schon oben, Teil 3 A. III. 2. c) bb).; zustimmend *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 24.

¹⁹²⁸ Das OLG München verweist insoweit auf Erwägungsgrund 34 der InfoSoc-Richtlinie.

¹⁹²⁹ OLG München, a.a.O., 528.

mit wissenschaftlicher Literatur versorgt werden müssen.¹⁹³⁰ Um den elektronischen Versand in dieser Breite schrankengestützt zu gewährleisten, müsste er sich in der Tat auf den sonstigen eigenen Gebrauch des § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG stützen können. Für das konkrete Verfahren ist die entsprechende Fokussierung des Gerichts daher folgerichtig. Gleichzeitig wird deutlich, dass nach der Ratio der Entscheidung auch nach dem Ersten Korb für bestimmte Nutzergruppen ein elektronischer Kopienversand weiterhin zulässig blieb. Für Versandaufträge zu wissenschaftlichen Zwecken sowie für den Privatgebrauch konnte sich ein Kopienversanddienst auch auf die digitale Privilegierung des Bestellers nach § 53 Abs. 1 bzw. Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG berufen.¹⁹³¹ Es wäre wünschenswert gewesen, dies im Wege eines *obiter dictums* zur damals geltenden Rechtslage deutlicher zum Ausdruck zu bringen, als es das Gericht durch seine *de lege ferenda*-Überlegungen getan hat.

cc) Keine Verbreitung und keine öffentliche Zugänglichmachung

Mit dem BGH kam auch das OLG München zum Ergebnis, dass durch die verschiedenen Formen des Kopienversands nicht unzulässiger Weise in das Verbreitungsrecht aus § 17 Abs. 1 UrhG eingegriffen wird.¹⁹³² Darüber hinaus hielt es auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG mangels „Öffentlichkeit“ weder im Fall des E-Mail-Versands, noch in den verschiedenen Fällen des FTP-Versands für betroffen. Eine Versendung per E-Mail richte sich lediglich an eine einzige Person und berühre daher das Recht der öffentlichen Wiedergabe nicht. Gleichmaßen sei auch bei beiden Formen des FTP-Versands die übermittelte Datei nur für einen einzigen Empfänger bestimmt, was sich selbst beim Bereitstellen zum Abruf auf dem eigenen Server des Kopienversanddienstes an der technischen Umsetzung zeige.¹⁹³³

dd) Zusammenfassende Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung stellte unter Berücksichtigung der vorherigen Praxis eine massive Einschränkung des Kopienversands per E-Mail dar. Kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens war damit ein im Vergleich mit der BGH-Entscheidung deutlich restriktiveres Urteil in der Welt.¹⁹³⁴ Dass durch das Urteil der Handlungsbedarf auf

¹⁹³⁰ So die Sachverhaltsdarstellung des OLG München, ebd.

¹⁹³¹ Darauf verweist speziell für wissenschaftliche Zwecke zutreffend auch Müller, Bibliotheksdienst 2007, 648, 649.

¹⁹³² OLG München, a.a.O., 528.

¹⁹³³ Vgl. zu den Einzelheiten OLG München, a.a.O., 529.

¹⁹³⁴ Insgesamt kritisch Gausling, MMR 2007, 529 f.; Grassmann, ZUM 2007, 641 ff.

Seiten des Gesetzgebers bestätigt wurde,¹⁹³⁵ trifft besonders dann zu, wenn auch die im Urteil nur angedeuteten Facetten in die Überlegungen mit einbezogen werden. Die Urteilsbegründung bleibt aufgrund des Verfahrensgegenstands allein auf die Privilegierung des sonstigen eigenen Gebrauchs beschränkt. Schranken, bei denen die streitentscheidende Restriktion des § 53 Abs. 2 S. 3 UrhG nicht gilt, insbesondere die Kopie zu wissenschaftlichen Zwecken oder Unterrichtszwecken, bleiben unberücksichtigt. Den auch nach der Richtlinie vorhandenen Differenzierungsspielraum nutzt selbst § 53a UrhG stärker, als es das OLG München angesichts des Streitgegenstands vermochte, wenngleich der elektronische Versand auch dort im Ergebnis stark eingeschränkt wird.

Als Schwachstelle des Urteils ist es anzusehen, dass eine Auseinandersetzung mit dem Problem des Computerfaxes bzw. mit der Grenzziehung zwischen dem weiter gestatteten Übertragungsweg Telefax und dem unzulässigen Versand in elektronischer Form fehlt. Anders als zur Zeit der BGH-Entscheidung und insbesondere aufgrund der bereits geführten Diskussionen im Zusammenhang mit dem Zweiten Korb wäre eine entsprechende Erörterung wünschenswert gewesen.¹⁹³⁶

3. § 53a UrhG im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens

§ 53a UrhG hat im Gesetzgebungsverfahren wesentliche Veränderungen erfahren und wurde erst im Rechtsausschuss des Bundestages in die Gesetz gewordene Fassung gebracht.¹⁹³⁷ Vor der weiteren Untersuchung erfolgt eine Zusammenfassung dieser Veränderungen.¹⁹³⁸

Der ursprüngliche Regierungsentwurf enthielt in S. 2 zwar bereits eine Beschränkung des elektronischen Kopienversands auf grafische Dateien sowie eine Subsidiaritätsklausel, unterschied sich jedoch in wesentlichen Punkten von den heutigen Sätzen 2 und 3 des § 53a UrhG.¹⁹³⁹ Zum einen war der elektronische Kopienversand noch nicht begrenzt auf die Zwecke der Veranschaulichung des Unterrichts oder Zwecke der wissenschaftlichen Forschung. Zum anderen war auch die Subsidiaritätsklausel weniger

¹⁹³⁵ So *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 6.

¹⁹³⁶ Dazu kritisch *Gausling*, ebd.; *Grassmann*, a.a.O., 642; vergleiche noch unten, Teil 3 E. II. 7.

¹⁹³⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 8, 45.

¹⁹³⁸ Vgl. etwa auch den kurzen Überblick bei *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 2.

¹⁹³⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 6; gegenüber dem ursprünglichen (ersten) Referentenentwurf vom 27.9.2004, abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/medialarchive/760.pdf>; wurde lediglich der Begriff der „Verbreitung“ durch den der „Übermittlung“ ersetzt, sowie die Formulierung bei der Akzessorietät zu § 53 UrhG verändert, dazu jeweils noch unten.

komplex strukturiert, da ihr die nachträglich eingefügten Kriterien der Offensichtlichkeit und der Angemessenheit des Angebots fehlten. Wie umstritten der elektronische Kopienversand war, verdeutlicht die Tatsache, dass der Bundesrat zwischenzeitlich eine Fassung vorschlug, die wegen Bedenken in Bezug auf die Sicherung eines offenen Zugangs zu Informationen auf jegliche Subsidiarität verzichtete und nur am Erfordernis der grafischen Datei festhalten wollte.¹⁹⁴⁰ Dies wies die Bundesregierung „nach erneuter Prüfung der Forderung des Bundesrates“ unter Verweis auf die Rechtsposition der Verleger zurück. Sie hielt an der zunächst unveränderten Subsidiarität fest, wobei sie zum Ausdruck brachte, dass es sich nur dann um schutzbedürftige bzw. „berechtigte Interessen“ im Sinn des Drei-Stufen-Tests handele, soweit es um Eigenangebote zu „angemessenen Konditionen“ gehe.¹⁹⁴¹

In weiteren Verlauf kam es auf Aufforderung des Bundesministeriums für Bildung und Forschung zur bereits erwähnten „Gemeinsamen Stellungnahme von Deutschem Bibliotheksverband und Börsenverein des Deutschen Buchhandels zu §§ 52b und 53a UrhG“, sowie zur „Leipziger Verständigung“.¹⁹⁴² Wenngleich wesentliche Elemente dieser Kompromissversuche unberücksichtigt blieben, flossen einige Erwägungen in die Endfassung der Subsidiaritätsklausel ein. Ebenfalls nicht ohne Auswirkungen blieb ein bereits im Juni 2004 von der STM Association, anderen Interessenverbänden und wissenschaftlichen Verlegern eingeleitetes Beschwerdeverfahren bei der Europäischen Kommission, in dem die unzureichende Umsetzung der Schrankenvorgaben und eine Verletzung ihrer Rechte gerügt wurden.¹⁹⁴³ Bei der Begründung der späteren engen Zweckbindung bezieht sich der Rechtsausschuss ausdrücklich auf entsprechende Bedenken der Kommission in Bezug auf die richtlinienkonforme Ausgestaltung.¹⁹⁴⁴

¹⁹⁴⁰ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, S. 41.

¹⁹⁴¹ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 48.

¹⁹⁴² Die „Gemeinsame Stellungnahme“ ist abgedruckt mit Anmerkungen bei *Beger*, Bibliotheksdienst 2007, 261 ff.; vgl. dort S. 262 zur Historie und zum Hintergrund der Stellungnahme. Sie ist abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumente/Schrankenpapier_070110.pdf. Für Kritik zur Gemeinsamen Stellungnahme vgl. etwa *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 66. Die „Leipziger Verständigung“ vom 22.3.2007 ist abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumente/LeipzigerVerstaendigung_070323.pdf; Erläuterungen der DBV-Vorsitzenden *Beger* sind abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumente/Erlaeuterungen-zu-52b-und-53a_22_03_07.pdf.

¹⁹⁴³ Die Beschwerde ist abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/2004/Subito-Beschwerde.pdf>.

¹⁹⁴⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45; kritisch dazu *Spindler*, in: *Hilty/Drexler/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 292.

Erst die weiteren Beratungen im Rechtsausschuss einschließlich einer Sachverständigenanhörung zu wissenschaftsrelevanten Fragen¹⁹⁴⁵ führten zum endgültigen Wortlaut. Die bis zum Schluss fortbestehende Kontroverse zur Subsidiarität zeigt sich an den abweichenden Entschließungsanträgen der Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN sowie DIE LINKE, die deren Streichung gefordert hatten, und die Zweckbindung sowie die Beschränkung auf grafische Dateien für ausreichend hielten,¹⁹⁴⁶ und nicht zuletzt an der Debatte während der zweiten und dritten Lesung im Bundestag.¹⁹⁴⁷ Auch der Bundesrat hat auf Empfehlung seiner Ausschüsse zwar letztlich nicht die Einberufung des Vermittlungsausschuss verlangt, jedoch in einer Entschließung deutlich gemacht, dass der elektronische Kopienversand durch Bibliotheken weniger stark begrenzt werden sollte: Die Regelungen seien nicht ausreichend. Der offene Zugang zu Informationen müsse gewahrt bleiben, und die Kernaufgaben der Bibliotheken als Orte der Informationsversorgung sollten nicht zu Gunsten des Marktes beschränkt werden.¹⁹⁴⁸

II. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Erfasste Werke

§ 53a UrhG bezieht sich auf „einzelne in Zeitungen und Zeitschriften erschienene Beiträge sowie kleine Teile eines erschienenen Werkes“. Abgesehen von der Syntax handelt es sich insoweit um eine exakte Übernahme der Kriterien des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG, was nicht zuletzt daran liegen dürfte, dass es auch im „nachvollzogenen“ BGH-Urteil sowie in der subito-Entscheidung um eine Privilegierung des sonstigen eigenen Gebrauchs ging.¹⁹⁴⁹ Die verwendeten Begriffe sind daher entsprechend zu verstehen, so dass inhaltlich auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.¹⁹⁵⁰ § 53a UrhG enthält keine Begrenzung auf bestimmte Werkarten. Beschränkungen ergeben sich über die Akzessorietät zu § 53 UrhG entsprechend den dortigen Vorgaben.

¹⁹⁴⁵ Anhörung am 20.11.2006 (37. Sitzung des Rechtsausschusses); Protokoll und schriftliche Stellungnahmen der Teilnehmer sind abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/>.

¹⁹⁴⁶ Vgl. die abgelehnten Beschlussempfehlungen, BT-Drs. 16/5939, S. 35 ff.

¹⁹⁴⁷ Siehe Tagesordnungspunkt 7 des Plenarprotokolls 16/108 vom 5.7.2007, S. 11144A.

¹⁹⁴⁸ Beschluss des Bundesrates zum Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BR-Drs. 582/07, vom 21.09.07, S. 2.

¹⁹⁴⁹ So auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 8.

¹⁹⁵⁰ Siehe oben, Teil 3 A. III. 2. a); ähnlich *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 16; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 8.

a) Erschienene Beiträge und Werkteile

Wie die Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch setzt § 53a UrhG voraus, dass es sich um erschienene Beiträge oder Werkteile handelt, was sich nach § 6 Abs. 2 UrhG richtet.¹⁹⁵¹ Dieses Erfordernis fehlt sowohl bei der Privatkopie nach § 53 Abs. 1 UrhG als auch bei der Wissenschaftskopie nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG. Für den Unterrichtsgebrauch ist seit dem Ersten Korb eine Veröffentlichung im Sinne des § 6 Abs. 1 UrhG ausreichend, ebenso wie für die Schranken in §§ 52a, 52b UrhG. Auch wenn gewichtige Literaturstimmen inzwischen schon bei lediglich online bereitgehaltenen elektronischen Werken von einem Erscheinen ausgehen wollen,¹⁹⁵² bringt das bei § 53a UrhG beibehaltene Erfordernis des Erscheinens die traditionelle Bindung an eine gedruckte Vorlage zum Ausdruck, die in der Praxis des Kopienversands bislang prägend ist. subito e.V. etwa griff jedenfalls bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens ausschließlich auf physische Kopiervorlagen zurück, was nicht zuletzt auf die Lizenzbestimmungen derjenigen Zeitschriften zurückzuführen sein dürfte, die ausschließlich über Datenbanken bezogen werden. Auch der subito-Rahmenvertrag für die (lizenzbasierte) Lieferung ins Ausland sowie der dazu ergangene Nachtrag Nr. 1 gehen von der Verwendung gedruckter Vorlagen aus, und sprechen lediglich die Möglichkeit einer Ausweitung bzw. optionaler Vereinbarungen mit einzelnen Verlagen an.¹⁹⁵³ Festzuhalten ist allerdings, dass auch digitale Werke mangels Differenzierung innerhalb des § 53a UrhG als Vorlage dienen können, soweit sie erschienen sind.¹⁹⁵⁴

b) Keine gesetzliche Bestandsakzessorietät

Der Rahmenvertrag und sein Nachtrag gehen davon aus, dass es sich bei den verwendeten Vorlagen um Werke im Bestand der Bibliotheken handelt.¹⁹⁵⁵ Zu § 53a UrhG wird diskutiert, ob auch hier eine Bestandsakzessorietät wie beim gleichzeitig geschaffenen § 52b UrhG gilt.¹⁹⁵⁶ Dagegen spricht als Umkehrschluss, dass es an dieser Qualifizierung fehlt. Auch das ausdrückliche Erfordernis eines eigenen Werkstücks bei der

¹⁹⁵¹ Siehe auch dazu schon oben Teil 3 A. III. 2. a) dd).

¹⁹⁵² Vgl. oben Teil 3 A. III 2. a) dd).

¹⁹⁵³ Vgl. schon die Präambel des Rahmenvertrages sowie dessen Abschnitt 8.9 bzw. Abschnitt 2.73 des Nachtrags Nr. 1 sowie eine optionale Bestimmung in Punkt 4.1, von der einzelne Verlage Gebrauch machen können.

¹⁹⁵⁴ Im Ergebnis ebenso *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 9; *Beger*, S. 24.

¹⁹⁵⁵ Siehe auch dazu die Präambel des Rahmenvertrages sowie Punkt 2.73 des Nachtrags.

¹⁹⁵⁶ *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 8.

Archivkopie in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG verdeutlicht, dass es sich dabei jeweils um Sonderregelungen handelt. Ein Rückgriff auf die Bestände Dritter ist daher nach § 53a UrhG rechtlich zulässig.¹⁹⁵⁷ Gleichzeitig stellt sich allerdings die Frage der praktischen Relevanz des Problems, da sich angesichts der gut organisierten Kopienversandstrukturen stets eine Bibliothek finden lässt, die das gewünschte Werk selbst im Bestand hat. Dies dürfte zu einer schnelleren Lieferung führen als eine Kombination aus Leihverkehr und anschließenden Kopienversand durch die entleihende Bibliothek.

c) Einheitliche quantitative Begrenzungen

§ 53a UrhG übernimmt die quantitativen Begrenzungen der Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG. Bezüglich der erfassten kleinen Werkteile geht dies über die in der BGH-Entscheidung allein streitgegenständlichen Beiträge in Zeitungen und Zeitschriften hinaus.¹⁹⁵⁸ Wesentlicher erscheint jedoch, dass § 53a UrhG aus Wissenschaftssicht quantitativ nicht nur hinter den deutlich großzügigeren Grenzen des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG, sondern sogar hinter der Regelung des § 52a UrhG zurück bleibt, der für Wissenschaftszwecke immerhin nicht auf „kleine“ Werkteile beschränkt ist und zudem auch Werke geringen Umfangs einbezieht.¹⁹⁵⁹ Letzteres wird mit Blick auf Beiträge relevant, die eigenständigen Werkcharakter haben, jedoch nicht in Zeitungen und Zeitschriften erscheinen, also beispielsweise in Festschriften oder Sammelbänden. Zwar ist es zulässig, auch kleine Teile aus derartigen Werken zu versenden.¹⁹⁶⁰ Aus einem Umkehrschluss aus § 52a UrhG und § 53 Abs. 3 UrhG wird man aber zum Ergebnis kommen müssen, dass dies nicht in Bezug auf eigenständige Werke gilt, selbst wenn bei bloßer Berücksichtigung des Umfangs noch von einem kleinen Teil ausgegangen werden könnte.¹⁹⁶¹ Ein anderes Verständnis des Begriffs des kleinen *Werkteils* stünde im Widerspruch zur Auslegung im Rahmen der übrigen Schranken. Vollständige eigenständige Beiträge mit Werkcharakter sind nach der Norm selbst dann nicht erfasst, wenn sie als Werke geringen Umfangs anzusehen sind, was deshalb besonders erschwerend wirkt, weil sie zumindest bislang noch nicht im gleichen Maße wie Zeitschriftenbeiträge über Einzelabrufangebote des Verlags

¹⁹⁵⁷ Im Ergebnis genauso *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 15.

¹⁹⁵⁸ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 14.

¹⁹⁵⁹ Siehe zu den Kriterien im Detail oben Teil 3 C. II. 1. c).

¹⁹⁶⁰ Die Schrankenregelung geht damit über das hinaus, was der Rahmenvertrag auf Lizenzbasis gestattet, wenn dieser im Grundsatz die Vervielfältigung aus Büchern ausschließt, siehe Punkt 3.1.

¹⁹⁶¹ Insofern etwas ungenau *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 290.

erhältlich sind.¹⁹⁶² Gerade aus der Perspektive wissenschaftlicher Nutzer ist deshalb die unveränderte Übernahme der quantitativen Grenzen des sonstigen eigenen Gebrauchs für alle Fälle des Kopienversands fragwürdig. Die ausdifferenzierte Regelung der verschiedenen Unterfälle des § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG wird nivelliert und im Sinne eines „race to the bottom“ generell die engste quantitative Grenze angewendet.¹⁹⁶³

Beim Kopienversand handelt es sich angesichts der Entstehungsgeschichte um einen nun gesetzlich geregelten Sonderfall des Herstellenlassens durch einen Dritten. Deshalb spricht viel dafür, statt einer Nivellierung die differenzierten quantitativen Grenzen der einzelnen Privilegierungen des § 53 UrhG möglichst weitgehend zu übernehmen und so eine Parallelität zur jeweiligen „Grundnorm“ zu schaffen. Darauf wird im Rahmen der Überlegungen zur Akzessorietät noch näher eingegangen.¹⁹⁶⁴ Angesichts der Lücke in Bezug auf eigenständige Beiträge in anderen Quellen als Zeitungen und Zeitschriften sollten *de lege ferenda* nach dem Vorbild der §§ 52a, 53 Abs. 3 UrhG aber zumindest Werke von geringem Umfang einbezogen werden, selbst wenn in der Praxis bislang der Versand von Zeitschriftenbeiträgen überwiegt.

2. Vervielfältigung und Übermittlung

§ 53a UrhG gestattet die Vervielfältigung und „Übermittlung“ der Beiträge und Werkteile.

a) Erfasste Vervielfältigungen

§ 53a UrhG erfasst und gestattet zunächst alle für den privilegierten Kopienversand je nach Übermittlungsweg erforderlichen Vervielfältigungen im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG. Während beim Postversand das alleinige Vervielfältigungsstück an den Besteller versendet wird, fallen beim Faxversand mit der dazu beim Versender genutzten Kopie und der beim Besteller empfangenen Kopie bereits zwei Vervielfältigungen an. In den Fällen des sonstigen elektronischen Versands treten mit dem kurzzeitigen Abspeichern im Arbeitsspeicher beim Einscannen und weiteren Vervielfältigungen bei der Versendung und beim Empfang häufig eine Vielzahl von Vervielfältigungsvorgängen auf. All diese analogen oder digitalen Vervielfältigungen sind über § 53a UrhG privilegiert.¹⁹⁶⁵

¹⁹⁶² Ähnlich in Ergebnis und Wertung *Scheja/Mantz*, CR 2008, 715, 720.

¹⁹⁶³ Kritisch auch *Grassmann*, Kopienversand, S. 164.

¹⁹⁶⁴ Zur Akzessorietät unten unter Teil 3 E. II. 6.

¹⁹⁶⁵ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 3; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 42; detailliert zum elektronischen Übertragungsvorgang *Grassmann*, Kopienversand, S. 47 ff.

b) Mehrfachverwendung von Vorlagen

Aus dem Wortlaut ergibt sich nicht ausdrücklich, wie der Versender im Anschluss an eine Bestellung mit den dazu angefertigten Vervielfältigungsstücken zu verfahren hat.¹⁹⁶⁶ Einigkeit besteht darüber, dass es aus rein praktischen Gründen eine Erleichterung der Arbeitsabläufe darstellen würde, wenn Bibliotheken bei Faxvorlagen und digital abgespeicherten Dokumenten einmal angefertigte Vervielfältigungen auch für spätere Bestellungen des gleichen Werkes wiederverwenden dürften, statt Vorlagen mehrfach anfertigen zu müssen.¹⁹⁶⁷ Davon zu unterscheiden ist die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Vorgehens. Mangels eines ausdrücklichen Gebots der Vernichtung oder Löschung nach dem Gebrauch wird vertreten, die mehrfache Verwendung einer Kopie zulassen zu können, sofern die Kopien nicht schon auf Vorrat, sondern zunächst auf eine erste Einzelbestellung hin angefertigt werden. Dann erleichtere dies lediglich den bibliotheksinternen Ablauf und diene der Verwirklichung des gesetzgeberischen Ziels eines schnell funktionierenden und wirtschaftlich arbeitenden Informationswesens.¹⁹⁶⁸ Die Gegenauffassung kommt auch ohne ausdrückliche Regelung aus systematischen Gründen zu einem Verbot einer derartigen Mehrfachverwendung und zu entsprechenden Vernichtungs- oder Löschungspflichten. Andernfalls würden durch die Bibliotheken sukzessive umfassende Archive analoger oder digitaler Art aufgebaut, die über die von der Regelung zur Archivkopie in § 53 Abs. 2 S.1 Nr. 2 UrhG vorausgesetzte Bestandsicherungsfunktion hinausgingen.¹⁹⁶⁹

De lege lata erscheint letztere Ansicht deshalb vorzugswürdig. *De lege ferenda* sollten die wünschenswerten Ablaufferleichterungen, die mit keinen erkennbaren zusätzlichen Beeinträchtigungen der Rechteinhaberinteressen einhergehen, durch eine ausdrückliche Ergänzung der Norm bewerkstelligt werden. Ein möglicher § 53a Abs. 1 S. 4 UrhG könnte etwa lauten:

„Die angefertigten Vervielfältigungen dürfen über den ursprünglichen Bestellvorgang hinaus ausschließlich für weitere Bestellungen im Rahmen des Kopienversands verwendet und dafür aufbewahrt oder gespeichert werden.“

¹⁹⁶⁶ Für den lizenzbasierten Kopienversand sieht der Rahmenvertrag eine Pflicht zur Löschung sämtlicher für die Versendung erforderlicher Zwischenkopien nach dem Versand vor, sobald das einzusetzende DRM-System dies erlaubt und sobald eine Karenzpflicht zur Abwicklung von Gewährleistungsfällen verstrichen ist, Punkt 2.1.

¹⁹⁶⁷ So etwa Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 3; Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 51.

¹⁹⁶⁸ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 3.

¹⁹⁶⁹ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 51 f.

c) Anknüpfung an die „Übermittlung“

Neben der Vervielfältigung gestattet § 53a UrhG auch die „Übermittlung“ der Beiträge und Werkteile. Beides ist gemäß Abs. 2 vergütungspflichtig. Der ursprüngliche Referentenentwurf hatte zunächst statt der Übermittlung auf die Verbreitung abgestellt.¹⁹⁷⁰ Angesichts der Rechtsprechung des BGH, nach der beim Kopienversand keine Verbreitungshandlung im Sinne des § 17 Abs. 2 UrhG vorgenommen wird,¹⁹⁷¹ wurde dies in der Literatur kritisiert und alternativ der Begriff der Übermittlung vorgeschlagen.¹⁹⁷² Im Regierungsentwurf wurde die vorgenommene Änderung unter Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung damit begründet, dass sie einer Umgehung der Vergütungspflicht entgegenwirken solle. Eine Übermittlung aus dem Ausland unterliege mangels einer Vervielfältigungs- oder Verbreitungshandlung im Inland keiner Vergütungspflicht, was sachlich nicht gerechtfertigt sei. Das Anknüpfen an die Übermittlung verhindere eine Umgehung der Vergütungspflicht durch die Verlagerung des Kopienversands ins Ausland.¹⁹⁷³

Dieser Ansatz mit nachvollziehbarer Zielsetzung wurde in der Literatur zu Recht kritisiert. Dogmatisch nicht haltbar ist zunächst, dass der Gesetzgeber auf der Suche nach einem Anknüpfungspunkt für die Vergütung unter dem Begriff der Übermittlung einen Vorgang zunächst scheinbar „erlaubt“ und anschließend vergütungspflichtig macht, der als „urheberrechtliches nullum“ von vornherein gar nicht verboten ist.¹⁹⁷⁴ Die mangelnde urheberrechtliche Relevanz der „Übermittlung“, die keine Verbreitung darstellt und auch sonst unter keines der Verwertungsrechte des § 15 UrhG fällt, ist gerade der Grund für den gewählten Ansatz, um so bei einer Vervielfältigungshandlung im Ausland ohne urheberrechtsrelevante Handlung im Inland dennoch zu einer Vergütungspflicht zu gelangen.

Hier setzt eng damit verbunden der zweite Kritikpunkt an. Der Lösungsansatz dient dazu, auch Versanddienste der Vergütungspflicht zu unterwerfen, die vom Ausland aus

¹⁹⁷⁰ Referentenentwurf vom 27.9.2004, abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/media/archive/760.pdf>.

¹⁹⁷¹ Vgl. dazu schon oben, Teil 3 E. I. 2. a).

¹⁹⁷² So *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2005, 743, 744, allerdings vor dem Hintergrund von Überlegungen, auch die rechtliche Einordnung der „Übermittlung“ ausdrücklich zu regeln und im Ergebnis urheberrechtsrelevant zu machen.

¹⁹⁷³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 28.

¹⁹⁷⁴ So wörtlich *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 57; ausführlich dazu schon im laufenden Gesetzgebungsverfahren *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 9; kritisch auch *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 53a Rn. 4.

Besteller im Inland versorgen und nach der jeweiligen Rechtsordnung dort möglicherweise keiner Vergütungspflicht unterliegen. Vergütungsfreie schrankengestützte Kopienversanddienste dürften allerdings angesichts der völkerrechtlichen Vorgaben für Schranken eine äußerst seltene, nach hiesiger Auffassung völkerrechtlich unzulässige Ausnahme darstellen. Zudem kann das deutsche UrhG aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht unmittelbar an die urheberrechtsrelevante extraterritoriale Vervielfältigung anknüpfen. Deren Zulässigkeit und Vergütungspflicht richten sich nach der dortigen Rechtslage. Mit im Ergebnis gleicher Wirkung stattdessen an eine urheberrechtlich irrelevante Übermittlung im Inland anzuknüpfen, überdeckt nur unzureichend die Tatsache, dass damit eine extraterritoriale Anwendung des deutschen Urheberrechts herbeigeführt würde. Insoweit liegt ein Verstoß gegen das Territorialitätsprinzip vor.¹⁹⁷⁵ Die Anknüpfung an die Übermittlung ist als Schutz vor Umgehungsversuchen durch Abwanderung ins Ausland trotz nachvollziehbarer Zielsetzung rechtlich nicht haltbar.

Jedenfalls nach der Normierung in § 53a UrhG ist auch eine vorher vertretene Anknüpfung an eine konstruierte Inlandsvervielfältigung nicht länger möglich. Eine Auffassung in der Literatur kam zur früheren Rechtslage nach der BGH-Entscheidung zu dem Ergebnis, Ort der Vervielfältigung und damit Grundlage für die Anwendbarkeit deutschen Urheberrechts und damit der Vergütungspflicht sei nicht der Ort, an dem die Vervielfältigung im Ausland tatsächlich vorgenommen wird, sondern vielmehr der Ort, an dem die Bestellung der Kopien beim Versanddienst erfolgt, also der Aufenthaltsort des Bestellers im Inland. Die hergestellten Kopien seien schließlich nach dem BGH nur dem jeweiligen Besteller zuzurechnen. Der herstellende Dritte beschränke sich auf den technisch-maschinellen Vorgang der Vervielfältigung. Deshalb sei auch das Herstellenlassen durch den Besteller der maßgebliche Vorgang.¹⁹⁷⁶ Schon nach alter Rechtslage erscheint die damit kritisierte Auffassung des LG Berlin vorzugswürdig, das in einem derartigen „Umgehungsfall“ einen Anknüpfungspunkt zum deutschen Recht mangels Vervielfältigungshandlung in Deutschland verneinte. Lasse der Besteller Kopien im Ausland anfertigen, könne dieser Kopiervorgang nicht anders behandelt werden als wenn sich der Besteller selbst dorthin begeben hätte, um dort eigenhändig Kopien zu fertigen.¹⁹⁷⁷ Dies wird der bloßen Hilfsfunktion des Kopienversanddienstes im Rah-

¹⁹⁷⁵ Ausführlich zum Ganzen auch *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 9 f., im Ergebnis ähnlich *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 57.

¹⁹⁷⁶ *Loewenheim*, in: *Keller (Hrsg.)*, Festschrift Tilmann, S. 69.

¹⁹⁷⁷ LG Berlin, Urteil vom 10.12.2002, Az. 16 O 334/02, nicht anderweitig veröffentlicht, jedoch abrufbar unter http://www.uni-lernstadt.de/fileadmin/ella/files/urteile/LG_Berlin-16_O_334-02.pdf.

men des Herstellenlassens ebenfalls gerecht, ohne die urheberrechtlich maßgebliche Vervielfältigungshandlung mit vorgelagerten Handlungen des Bestellers zu vermengen.

Inzwischen kann dies dahinstehen. § 53a UrhG beruht zwar auf der durch die BGH-Entscheidung legitimierten Konstellation des Herstellenlassens im Rahmen des § 53 UrhG. Angesichts der insoweit klaren Ausgestaltung der Norm ist es nun jedoch die Bibliothek selbst, die die privilegierte Vervielfältigung vornimmt, wenngleich dies auf Bestellung eines seinerseits nach § 53 UrhG privilegierten Nutzers erfolgt. Eine Zurechnung der Vervielfältigung einschließlich des Vervielfältigungsortes mit dem Ergebnis einer Vervielfältigung im Inland am Ort der Bestellung scheidet damit jedenfalls nach dem Zweiten Korb aus.

Festzuhalten bleibt, dass das Tatbestandsmerkmal der Übermittlung mangels urheberrechtlicher Relevanz keine wirkliche eigenständige Bedeutung hat.¹⁹⁷⁸ Bei der Frage nach der Zulässigkeit des Kopienversands innerhalb des Abs. 1 kommt der Formulierung, insoweit zu begrüßen, eventuell noch eine gewisse klarstellende Wirkung zu, indem sie verdeutlicht, dass neben der allein urheberrechtsrelevanten Vervielfältigung auch die weitere Übermittlung – ohnehin - gestattet ist. Als Anknüpfungspunkt für die Vergütungspflicht aus Abs. 2 ist die Übermittlung als urheberrechtlich irrelevanter Vorgang und angesichts der Konflikte mit dem Territorialitätsprinzip aber nicht geeignet, Umgehungsversuche durch eine Verlagerung ins Ausland zu unterbinden, soweit dort ein vergütungsfreier Kopienversand schrankengestützt zulässig sein sollte.¹⁹⁷⁹ Die Übermittlung kann und sollte daher im Rahmen der Vergütungspflicht in § 53a Abs. 2 UrhG gestrichen werden. In Abs. 1 kann und sollte davon wegen der angesprochenen klarstellenden Wirkung abgesehen werden.

d) Keine Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung

§ 53a UrhG ist ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs nicht als Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG konzipiert.¹⁹⁸⁰ Gestattet wird ausdrücklich allein die Vervielfältigung und, zweifelhaft, die Übermittlung der Beiträge und Werkteile. Beim Post- und Faxversand nach S. 1 kommt ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ohnehin nicht in Betracht.

¹⁹⁷⁸ So auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 45.

¹⁹⁷⁹ Mit Zweifeln an der rein praktischen Handhabbarkeit auch *Nolte*, S. 143.

¹⁹⁸⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 5; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 49.

Beim Kopienversand in sonstiger elektronischer Form ist dies angesichts der Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren weniger eindeutig. Denn die auf den Rechtsausschuss zurückgehende Beschränkung des elektronischen Versands wird damit begründet, dass sie dem Wortlaut des Artikels 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL entspreche und erfolge, um Bedenken der europäischen Kommission im Sinne einer nicht richtlinienkonformen Ausgestaltung zu begegnen und so ein Vertragsverletzungsverfahren zu vermeiden.¹⁹⁸¹ Die Bedenken der Kommission lassen sich darauf zurückführen, dass Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc-RL zwar die Privilegierung bestimmter Vervielfältigungen durch Bibliotheken gestattet, der dazu gehörige Erwägungsgrund 40 jedoch feststellt, eine „Nutzung im Zusammenhang mit der Online-Lieferung von geschützten Werken sollte nicht unter diese Ausnahme fallen.“ Diese Begrifflichkeit dürfte zum großen Teil der Grund für die bestehenden Unklarheiten beim elektronischen Kopienversand sein, denn die „Online-Lieferung“ erscheint weiter als die Handlungen, die unter das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus Art. 3 InfoSoc-RL bzw. § 19a UrhG fallen. Versteht man unter einer Online-Lieferung nicht nur Online-Abrufangebote in letzterem Sinn, sondern auch die verschiedenen Formen des elektronischen Kopienversands einschließlich des E-Mail-Versands, so würde mit einer generellen Erlaubnis des elektronischen Kopienversands durch Bibliotheken ohne Zweckbindung der Spielraum des Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc-RL überschritten. Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL gestattet demgegenüber im Rahmen seiner Zweckbestimmung Schranken sowohl für das Vervielfältigungsrecht des Art. 2 als auch für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sowie der öffentlichen Wiedergabe in Art. 3 InfoSoc-RL.

Indem der deutsche Gesetzgeber sich auf den verengten Anwendungsbereich der privilegierten Zweckbestimmungen beschränkt, nähert er sich – um der Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens vorzubeugen und entgegen seiner noch im Regierungsentwurf geäußerten Meinung – einer Auffassung an, die den elektronischen Kopienversand auf Bestellung als einen Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung qualifiziert, so dass dann auch die Schrankenbestimmung europarechtskonform einer entsprechenden Begrenzung bedürfte.¹⁹⁸² Dies ergibt Friktionen mit der von der Bundesregierung selbst zunächst ausdrücklich vertretenen und nach deutschem Recht auch ganz herrschenden Meinung, nach der zumindest der Versand von Werken per E-

¹⁹⁸¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

¹⁹⁸² Ähnlich und kritisch *Spindler*, NJW 2008, 9, 14.

Mail als Hauptanwendungsfall des elektronischen Kopienversands nicht als öffentliche Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG anzusehen ist.¹⁹⁸³ Im Ergebnis hat sich der Gesetzgeber somit vorsichtshalber an einer Rechtsauffassung orientiert, die er selbst nicht teilt, und eine Vorgabe für Schranken des Rechts der öffentlichen Zugänglichkeit berücksichtigt, ohne die Schranke bei Umsetzung der Vorgabe in nationales Recht auch ausdrücklich auf dieses Recht zu erstrecken, da er es – zutreffend – nicht für betroffen hält. Soweit ein Gericht dennoch und entgegen der klar herrschenden Meinung innerhalb der Literatur zu dem Ergebnis käme, dass eine Form des elektronischen Kopienversands das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung verletzt, bestünde als Folge das Problem, dass dies im Bereich der privilegierten Zwecke aufgrund des Spielraums des Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL zwar nicht europarechtswidrig wäre, in § 53a UrhG jedoch ein ausdrücklicher Ansatzpunkt für eine entsprechende Privilegierung fehlt. Für diesen Fall käme allenfalls dem Tatbestandsmerkmal der Übermittlung doch noch eine gewisse Bedeutung zu, die im Wege der Auslegung zu berücksichtigen wäre. Denn an ihm wird deutlich, dass neben der bloßen Vervielfältigung auch die sonstigen für die Übermittlung erforderlichen Schritte privilegiert sein sollen, also gegebenenfalls auch ein - nach der Auffassung des deutschen Gesetzgebers und der herrschenden und auch hier vertretenen Meinung gar nicht gegebener – Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung.

Für die Praxis des Kopienversands bedeutet dies, dass das Risiko einer restriktiven gerichtlichen Entscheidung steigt, umso mehr sich die jeweilige Versandform den Nutzungsformen annähert, die unter das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG fallen. Für den klassischen Kopienversand per E-Mail erscheint ein solches Risiko deutlich geringer als bei einer Übermittlung im Wege des FTP-Versands, selbst wenn dort Maßnahmen getroffen werden, die eine Öffentlichkeit im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG ausschließen sollen.

¹⁹⁸³ Vgl. im Einzelnen OLG München, MMR 2007, 525, 529, dazu schon oben; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 5; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 49; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 19a Rn. 31; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 19a Rn. 9; *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, § 19a Rn. 60; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 19a Rn. 26; *Spindler*, NJW 2008, 9, 14; sehr ausführlich speziell zum Kopienversand *Grassmann*, *Kopienversand*, S. 67 ff.; auch die Übermittlung im FTP-Verfahren wird von der überwiegenden Mehrheit bei entsprechender technischer Umsetzung nicht als öffentliche Zugänglichmachung angesehen; anders ausdrücklich etwa *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 19a Rn. 19.

3. Kopienversand durch Öffentliche Bibliotheken

a) Begriff der öffentlichen Bibliothek

§ 53a UrhG gestattet den Kopienversand durch öffentliche Bibliotheken. Trotz abweichender Terminologie sind damit nach hiesigem Verständnis wie in § 52b UrhG öffentlich *zugängliche* Bibliotheken gemeint.¹⁹⁸⁴ Auf ein einheitliches Begriffsverständnis weist bereits die dortige amtliche Überschrift hin, die ebenfalls von „öffentlichen Bibliotheken“ spricht.¹⁹⁸⁵ Auch im Rahmen der Betreiberabgabe des § 54c UrhG wird entscheidend auf den öffentlichen Zugang und nicht etwa auf den öffentlichen Betreiber abgestellt.¹⁹⁸⁶ In der mit § 53a UrhG nachvollzogenen Entscheidung verwendet auch der BGH die Begriffe öffentliche Bibliothek und öffentlich zugängliche Bibliothek im ständigen Wechsel,¹⁹⁸⁷ und zieht für seine Analogie die Norm des § 27 Abs. 2 UrhG sowie die Betreiberabgabe heran, die sich ausdrücklich auf öffentlich *zugängliche* Einrichtungen beziehen bzw. ein solches Begriffsverständnis zugrundelegen. Zudem spricht die Richtlinienvorgabe für diese Auslegung, die in Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc-RL ebenfalls öffentlich zugängliche Bibliotheken und Einrichtungen privilegiert. Deshalb kann inhaltlich weitgehend auf die bereits oben im Rahmen des § 52b UrhG gemachten Ausführungen verwiesen werden.¹⁹⁸⁸

Für das Tatbestandsmerkmal öffentliche bzw. öffentlich zugängliche Bibliothek ist deshalb die Trägerschaft der Bibliothek zunächst nicht entscheidend.¹⁹⁸⁹ Auch Kopienversanddienste von Bibliotheken in privater Trägerschaft sind nicht *per se* ausgeschlossen.¹⁹⁹⁰ Zumindest Kopienversanddienste kommerzieller privater Anbieter werden sich dennoch im Ergebnis nicht auf die Schranke des § 53a UrhG stützen können. Denn

¹⁹⁸⁴ So auch *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 5.

¹⁹⁸⁵ Dies betont auch *Talke*, *Bibliotheksdienst* 2008, 288, 292.

¹⁹⁸⁶ BGH NJW 1997, 3440, 3443 – Betreiberabgabe; Loewenheim, in: *Schricker*, § 54c Rn. 15; *Dreyer*, in: *HK-UrhR*, § 54c Rn. 14; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 54c Rn. 4.

¹⁹⁸⁷ Vgl. etwa nur den vierten Leitsatz der Entscheidung, BGH NJW 1999, 1953 – *Kopienversanddienst*, „durch eine öffentliche Bibliothek oder durch eine andere öffentlich zugängliche Einrichtung“, sowie S. 1959.

¹⁹⁸⁸ Siehe oben, Teil 3 D. II. 3. b).

¹⁹⁸⁹ *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 5; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 8; noch zur alten Rechtslage auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung auch *Loewenheim*, ZUM 1999, 574, 575.

¹⁹⁹⁰ So allerdings lässt sich wohl *Dreyer*, in: *Dreyer/Schulze*, § 53a Rn. 7 verstehen; ebenso *Wandtke/Grassmann* ZUM 2006, 889, 892, mit verfassungsrechtlichen Bedenken wegen Art. 12 GG und mit der Forderung, die Begrenzung auf die anders verstandenen „öffentlichen“ Bibliotheken zu streichen.

sie müssen zum einen neben dem angebotenen Kopienversanddienst auch alle Voraussetzungen einer öffentlich zugänglichen Bibliothek erfüllen, was reine Kopienversanddienste ohne zugängliche Bibliothek ausschließt. Zum anderen ergibt sich im Wege der richtlinienkonformen Auslegung eine Beschränkung auf Bibliotheken, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen.¹⁹⁹¹ Anders als § 52b UrhG enthält § 53a UrhG zwar keine ausdrückliche derartige Einschränkung. Soweit sich der Kopienversand jedoch auf die Schrankenvorgabe des Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc-RL stützt, muss man die dortige qualifizierende Anforderung¹⁹⁹² richtlinienkonform begrenzend in § 53a UrhG hineinlesen. *De lege ferenda* sollte deshalb eine der Formulierung bei § 52b UrhG entsprechende Ergänzung vorgenommen werden. Die dem Gesetzgeber bekannte und weithin übliche entgeltliche Erbringung der Leistung wird dadurch nicht ausgeschlossen. Die Bibliothek kann also auch eine Vergütung verlangen, die über die reine Erstattung von Unkosten hinausgeht,¹⁹⁹³ solange nicht ein Ausmaß erreicht wird, das auf einen mittelbar oder unmittelbar wirtschaftlichen Zweck oder Erwerbszweck schließen lässt.

Interessanter Weise schließt der BGH in seiner Entscheidung, angesichts des konkreten Verfahrensgegenstands eher als *obiter dictum*, bei den Überlegungen zur Vergütungspflicht im vierten Leitsatz nicht nur öffentliche Bibliotheken, sondern entsprechend der Regelung in § 27 Abs. 2 UrhG darüber hinaus auch „andere für die Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen“ mit ein.¹⁹⁹⁴ Ähnlich belässt auch die Schrankenvorgabe des Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc-RL für Bildungseinrichtungen, Museen und Archive einen entsprechenden Spielraum. Der Gesetzgeber hat sich jedoch darauf beschränkt, mit den Bibliotheken den bei weitem praxisrelevantesten Anwendungsfall für den Kopienversand zu privilegieren. Soweit eine ähnliche Privilegierung aus Sicht der Praxis wünschenswert erschiene, etwa im Bereich der Archive, wäre eine Ausweitung richtlinienkonform möglich.

b) Kopienversand à la subito e.V. gestattet

subito e.V. als Träger des gleichnamigen Kopienversanddienstes ist selbst keine Bibliothek. § 53a UrhG ist daher nicht unmittelbar auf subito e.V. anwendbar. Zu be-

¹⁹⁹¹ Im Ergebnis ebenso *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 5, der dies jedoch lediglich „mit Blick auf die Regelung des § 52b“ begründet.

¹⁹⁹² Siehe dazu schon oben Teil 3 D. II. 3. a) und c).

¹⁹⁹³ So auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 48.

¹⁹⁹⁴ BGH NJW 1999, 1953 – *Kopienversand*. Siehe dazu die entsprechende Anmerkung bei *Nolte*, S. 118.

rücksichtigen ist jedoch gleichzeitig, dass subito e.V. als Dachorganisation der angeschlossenen und ihrerseits privilegierten Bibliotheken selbst keine Vervielfältigungen vornimmt und versendet, sondern beides unmittelbar über die Mitgliedsbibliotheken erfolgt und von subito e.V. nur koordiniert wird.¹⁹⁹⁵ Aus den Materialien ergibt sich zudem ohne weiteres, dass der Gesetzgeber angesichts der gerichtlichen Auseinandersetzungen um subito e.V. gerade auch diesen Dienst vor Augen hatte.¹⁹⁹⁶

c) § 53a UrhG als Spezialregelung für Kopienversanddienste

§ 53a UrhG stellt laut Gesetzesbegründung „den Kopienversand der Bibliotheken erstmals auf eine gesetzliche Grundlage“.¹⁹⁹⁷ Dies ist zwar nur insoweit der Fall, als das mit § 53a UrhG erstmals eine *ausdrückliche* Regelung geschaffen wurde, die auch die Vergütungspflicht gesetzlich regelt, während nach der Rechtsprechung des BGH die Zulässigkeit des Kopienversands jedenfalls per Post und Fax schon zuvor über die Alternative des Herstellenlassens in § 53 UrhG eine gesetzliche Grundlage hatte, und lediglich der Vergütungsanspruch im Wege der Analogie hergeleitet werden musste. Nach Schaffung der ausdrücklichen Regelung stellt sich allerdings die Frage, welche Auswirkungen dies im Umfeld des Anwendungsbereichs der Norm hat und ob sich aus ihr Sperrwirkungen ergeben.

Die gesetzliche Regelung diene dazu, die Rechtsprechung des BGH nachzuvollziehen und „vorsichtig in das digitale Umfeld“ zu übertragen.¹⁹⁹⁸ Wie schon das damalige Urteil bezogen sich auch die Erwägungen des Gesetzgebers nicht auf jegliche Form des Versendens von Kopien, sondern, wie es die amtliche Überschrift nahelegt, ausschließlich auf den Kopienversand auf Bestellung, also auf Kopienversanddienste im engeren Sinne. Das setzt mit Blick auf subito e.V. oder die Kopienversanddienste einzelner Bibliotheken Strukturen voraus, um mit dem dafür erforderlichen Grad der Organisation die Dienstleistung anbieten zu können, vorgehaltene Werke auf Bestellung hin zu kopieren und zu versenden. Derartige Konstellationen bezeichnete der BGH als „eigenständige Werkvermittlungsart“, und für derartige Konstellationen leitete er angesichts der besonders intensiven Werknutzung das Erfordernis einer darauf zugeschnittenen Vergütung ab.¹⁹⁹⁹

¹⁹⁹⁵ Siehe OLG München MMR 2007, 525; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 9.

¹⁹⁹⁶ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Grünen, BT-Drs. 16/1356, S. 4 f.

¹⁹⁹⁷ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 46.

¹⁹⁹⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

¹⁹⁹⁹ Siehe dazu schon im Detail oben Teil 3 E. I. 2. a).

Innerhalb dieses Regelungsbereichs entfaltet § 53a UrhG daher schon angesichts der andernfalls fehlenden Vergütungspflicht eine Sperrwirkung. Ein Rückgriff auf die Fälle des § 53 UrhG in der Variante des Herstellenlassens scheidet angesichts der Spezialregelung aus. Das gilt insbesondere für private kommerzielle Kopienversanddienste, da sie nicht alle Voraussetzungen des § 53a UrhG erfüllen.²⁰⁰⁰

Anders ist dies nicht nur für sonstige Vervielfältigungen, die Bibliotheken auf § 53 UrhG gestützt im Auftrag ihrer Nutzer anfertigen, ohne die Kopien anschließend zu versenden. Dies kann weiterhin über einen Unterfall des § 53 UrhG in der Variante des Herstellenlassens gerechtfertigt sein.²⁰⁰¹ An einer Sperrwirkung fehlt es auch dort, wo zwar Kopien versendet werden, aber ebenfalls kein Kopienversand auf Bestellung im Sinne der Norm vorliegt. Das wird verkannt, wenn teilweise befürchtet wird, zumindest der Wortlaut des § 53a UrhG verbiete es nun beispielsweise, sich unter Freunden oder Kollegen gegenseitig Kopien von Texten per E-Mail zuzuschicken.²⁰⁰² Eine vor diesem Hintergrund befürwortete ausdrückliche Beschränkung der Norm auf entgeltliche Diensteanbieter erscheint entbehrlich, da sich der auf Kopienversanddienste beschränkte Regelungsbereich angesichts der Entstehungsgeschichte der Norm bereits im Wege der Auslegung ergibt. Die Bitte an einen Freund, ein bestimmtes Werk zu vervielfältigen und anschließend zuzusenden, hat wenig gemeinsam mit dem „Kopienversand auf Bestellung“, den der Gesetzgeber einer ausdrücklichen Regelung zuführen wollte. Gleiches gilt für Konstellationen, in denen lediglich innerhalb einer Einrichtung Vervielfältigungen im Auftrag eines Mitarbeiters angefertigt und diesem intern per Hauspost oder per E-Mail zugesendet werden.²⁰⁰³ In beiden Fällen nimmt die auch vom BGH zur Begründung der Vergütungspflicht herangezogene Nutzungsintensität nicht das gleiche Ausmaß an wie bei der „eigenständigen Werkvermittlungsart“ des Kopienversanddienstes. Je nach Konstellation können derartige Versendungen von Kopien auch nach Einführung des § 53a UrhG durch die Unterfälle des § 53 UrhG in der Variante des Herstellenlassens gestattet sein, soweit deren Voraussetzungen erfüllt

²⁰⁰⁰ Ähnlich, jedoch ohne die Qualifizierung der kommerziellen Ausrichtung *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 7.

²⁰⁰¹ *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 21.

²⁰⁰² *Wandtke/Grassmann*, ZUM 2006, 889, 895.

²⁰⁰³ So mangels selbständigem Bestellvorgang ausdrücklich für den streitgegenständlichen analogen Versand schon BGH NJW 1999, 1953, 1959 – *Kopiersenddienst*; siehe auch *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 297.

sind, zu privaten und gerade zu wissenschaftlichen Zwecken also auch in elektronischer Form einschließlich der urheberrechtlich nicht weiter relevanten anschließenden Versendung per E-Mail.²⁰⁰⁴

4. Versand auf Einzelbestellung

§ 53a UrhG gestattet den Kopienversand ausschließlich auf Einzelbestellung. Dies schließt es nicht aus, innerhalb eines Bestellvorgangs mehrere Beiträge oder Werkteile zu bestellen. Erforderlich ist aber, dass der Besteller die individuellen Beiträge oder Werkteile selbst auswählt und benennt. Ein solches Verständnis des Tatbestandsmerkmals wird abgesehen vom Wortsinn auch durch das mit § 53a UrhG nachvollzogene BGH-Urteil gestützt. Dort lag ebenfalls eine Konstellation mit werkspezifischen Bestellungen vor. Die dazu erforderliche Erschließung der Bestände durch subito e.V. mittels eines Online-Katalogs sah der BGH als unschädlich an, und grenzte sie im Ergebnis gegenüber weitergehenden Dienstleistungen ab, die in den vorangegangenen CB-Infobank-Entscheidungen zur Unzulässigkeit anderer Formen des Kopienversands geführt hatten. Die dortigen Recherchedienste betrafen den Versand von Beiträgen, die nicht durch den Besteller, sondern durch den Versender aufgrund eines definierten Rechercheauftrags ausgewählt wurden.²⁰⁰⁵ Bei § 53a UrhG ist die Grenze entsprechend zu ziehen und die konkrete und beitragspezifische Benennung durch den Besteller selbst zu fordern.²⁰⁰⁶ Dessen Recherche darf die Bibliothek durch die Bereitstellung entsprechender Online-Kataloge allerdings erleichtern.

5. Geltung im innerbibliothekarischen Leihverkehr

Lange vor Aufnahme des Kopierendirektversands begannen Bibliotheken damit, als Form der zwischen Bibliotheken praktizierten „Fernleihe“ statt des Originals einzelne Kopien von Aufsätzen und kleinere Teile aus Büchern zu versenden, die dem Nutzer anschließend von der empfangenden Bibliothek zur Verfügung gestellt wurden. Ob auch in diesen Fällen der Versand der Kopien von der Neuregelung des § 53a UrhG erfasst wird, wird mangels eindeutiger Anhaltspunkte innerhalb der Norm uneinheitlich beurteilt.²⁰⁰⁷

²⁰⁰⁴ So auch *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 297.

²⁰⁰⁵ Siehe BGH NJW 1997, 1368 ff. - *CB-Infobank I*; BGH GRUR 1997, 464 - *CB-Infobank II*.

²⁰⁰⁶ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 46, 50; *Wandtke/Grassmann*, ZUM 2006, 889, 892.

²⁰⁰⁷ Dagegen etwa *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 13; dafür demgegenüber *Beger*, S. 49; *Müller*, Bibliotheksdienst 2008, 1060, 1070; *Knaff/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 150; offen lässt die Frage Punkt 2.4 des Nachtrags zum Subito-Rahmenvertrag.

a) Rechtslage vor § 53a UrhG

Der Kopienversand im Rahmen des Leihverkehrs wurde bereits von 1965 an erprobt und zunehmend eingesetzt.²⁰⁰⁸ Eine spezielle urheberrechtliche Grundlage für seine Zulässigkeit fehlte, vielmehr sieht § 15 LVO²⁰⁰⁹ wie die Vorgängernorm vor, Aufsätze und Schriften geringeren Umfangs, Zeitungsartikel und Textausschnitte grundsätzlich nur in Kopie zu liefern, allerdings nur, „soweit dies urheberrechtlich und lizenzrechtlich zulässig ist; die neuen technischen Kommunikationsmöglichkeiten sollen dabei vorrangig genutzt werden.“ Abgesehen von der Bibliothekstantieme für das Verleihen nach §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG wurde für den Kopienversand im Rahmen der Fernleihe keine spezielle Urheberrechtsvergütung abgeführt. Daran änderte sich auch durch das Kopienversandurteil des BGH nichts, da sich dieses nur auf den Kopiendirektversand bezog.²⁰¹⁰ Auch der im Anschluss abgeschlossene Gesamtvertrag Kopienversand sparte den Kopienversand im Leihverkehr in § 1 Abs. 1 und 3 ausdrücklich aus.²⁰¹¹

Urheberrechtlich thematisiert wurde der Kopienversand im Rahmen des Leihverkehrs gerichtlich erst in der Auseinandersetzung um subito e.V. Nach Auffassung des LG München I ließ dieser sich auf Grundlage des alten Rechts nicht auf die Privilegierung des § 53 UrhG in der Variante des Herstellenlassens stützen. Nicht der Nutzer als Privilegierter, sondern die anfragende Bibliothek sei „formal Auftraggeber der Kopien“. Der Weitergabe an den Nutzer stehe anschließend Abs. 6 S. 1 der Norm entgegen.²⁰¹² Im Ergebnis sah das Gericht den Versand von Kopien per Post und Fax im Rahmen der Fernleihe allerdings durch eine „zum Gewohnheitsrecht erstarkte Analogie zu den §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG i.V. mit § 242 BGB“ als gerechtfertigt an.²⁰¹³ Einer direkten

²⁰⁰⁸ Vgl. dazu *Sinogowitz*, Leihverkehr, S. 74 f.

²⁰⁰⁹ Die Ordnung des Leihverkehrs in der Bundesrepublik Deutschland (LVO), Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 19.09.2003, abrufbar unter www.bibliotheksverband.de/dbv/rechtsgrundlagen/lvo2003.pdf; zuvor ähnlich § 25 der LVO in der Fassung aus dem Jahr 1979, abgedruckt als Anhang bei *Sinogowitz*, Leihverkehr, S. 113 ff.; zum Status der LVO als innerdienstliche Verwaltungsanweisung auf Länderebene siehe *Müller*, Bibliotheksdienst 2008, 1060, 1061.

²⁰¹⁰ Vgl. *Knaf/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 149.

²⁰¹¹ Vertrag zur Abgeltung urheberrechtlicher Ansprüche für den Direktversand von Kopien durch der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen (Gesamtvertrag „Kopiendirektversand“) vom 1.9.2000, abrufbar unter <http://www.bibliotheksverband.de/dbv/rechtsgrundlagen/urheberrecht.html>.

²⁰¹² LG München I, Urteil vom 15.12. 2005, Az. 0 11479/04, abrufbar unter <http://www.subito-doc.de/cms/filedatabase/files/Teilurteil15Dez05-komprimiert.pdf>, S. 25.

²⁰¹³ LG München I, a.a.O., S. 35.

Anwendung stehe entgegen, dass keine vom Berechtigten in den Verkehr gebrachten Originale oder Vervielfältigungsstücke verliehen, sondern die Vervielfältigungsstücke vielmehr von den Bibliotheken selbst angefertigt werden. Das Gericht verwies jedoch auf die lange Tradition der entsprechenden Praxis spätestens seit der Leihverkehrsordnung aus dem Jahr 1966, so dass im „Rahmen der Fernleihe Zeitschriftenaufsätze geringen Umfangs grundsätzlich nur noch in Reproduktion geliefert und – aufgrund von Praktikabilitätsabwägungen – auch nicht zurückgegeben“ würden. Diese Praxis sei bis zur subito-Klage einschließlich des Verfahrens vor dem BGH nicht in Zweifel gezogen worden. Deshalb leitete das Gericht „nach einem guten halben Jahrhundert der Zulässigkeit“ die Rechtfertigung für die seit langem praktizierten Versandformen Post und Fax aus der zum Gewohnheitsrecht erstarkten Analogie zu den oben genannten Normen in Verbindung mit § 242 BGB ab. Anders sei dies für den Kopienversand per E-Mail und FTP als neuere Entwicklungen, bei denen sich noch keine gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung habe herausbilden können.²⁰¹⁴

Zumindest der ersten Aussage schloss sich das OLG München an und stellte zunächst ebenfalls auf eine gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung ab. Es sei nicht ersichtlich, wie die Entwicklungen im Bereich der digitalen Datennutzung eine grundsätzlich andere Bewertung der Fernleihe durch den Kopienversand per Post oder Telefax gebieten und damit einer Jahrzehnte lang gebilligten Praxis die Rechtsgrundlage entziehen könnten.²⁰¹⁵ Für den digitalen Bereich bezog sich die Entscheidung weniger auf die mangelnde Praxis und ein deshalb fehlendes Gewohnheitsrecht. Streitentscheidend war hier die Veränderung des § 53 UrhG durch den Ersten Korb. Der elektronische Versand, der „sowohl hinsichtlich der Übermittlung unmittelbar an die Besteller als auch hinsichtlich der Übermittlung an andere Bibliotheken zur Weitergabe an diejenigen, die dort bestellt haben“, ²⁰¹⁶ Streitgegenstand war, wurde nach dem OLG München gerade (und erst) durch die Änderung des Ersten Korbes unzulässig. Ab diesem Zeitpunkt sei „mangels Privilegierung des Bestellers [...] jede Art des elektronischen Kopienversands unzulässig, ohne dass es darauf ankäme, ob dieser unmittelbar an den Besteller oder vermittels einer weiteren Bibliothek erfolgt.“²⁰¹⁷

²⁰¹⁴ LG München I, a.a.O. S. 34 f.

²⁰¹⁵ OLG München, MMR 2007, 525, 527 – *subito*.

²⁰¹⁶ OLG München, ebd.

²⁰¹⁷ Diese Passage ist abgedruckt in der Volltextfassung des subito-Urteils vom 10.05.2007, Az: 29 U 1638/06, erhältlich bei BeckRS 2007 08753, Gliederungspunkt Teil 2 B) III. 3.a) bb) a-4).

Die unterschiedslose Begründung und die undifferenzierte Aussage zur Zulässigkeit vor dem Ersten Korb deuten darauf hin, dass das OLG zumindest vor der Verschärfung des § 53 UrhG den elektronischen Leihverkehrsversand für zulässig hielt und auch hierfür entscheidend auf § 53 UrhG in der Variante des Herstellenlassens als gesetzliche Grundlage abstellte, die mit dem Ersten Korb entfiel.²⁰¹⁸

b) Auslegung des § 53a UrhG

Für die Auslegung des geltenden § 53a UrhG geben die Gesetzgebungsmaterialien wenig unmittelbaren Aufschluss, da die Einbeziehung des Leihverkehrsversands nicht ausdrücklich thematisiert wurde. In Teilen bezieht sich die Gesetzesbegründung eng auf das auf den Direktversand beschränkte Urteil des BGH. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass sich nirgendwo eine derartige Begrenzung findet und gerade in Bezug auf den elektronischen Kopienversand ohnehin über die Reichweite des BGH-Urteils hinausgegangen wurde, um es „vorsichtig in das digitale Umfeld“ zu übertragen.²⁰¹⁹ Die „Gemeinsame Stellungnahme“ von DBV und Börsenverein behandelt in ihren Regelungsvorschlägen sowohl den Kopierendirektversand als auch den Versandweg über eine zwischengeschaltete Bibliothek und differenziert hinsichtlich der konkreten Lösungsansätze.²⁰²⁰ Wenn der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Stellungnahme und der tatsächlichen Gegebenheiten ausdrücklich das Ziel verfolgte „den Kopienversand der Bibliotheken erstmals auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen“,²⁰²¹ so spricht das stark dafür, dieses Anliegen umfassend zu verstehen. Denn ähnlich wie für den vom BGH legitimierten Kopierendirektversand fehlte es auch für den Versand im Rahmen der Fernleihe zuvor an einer klaren rechtlichen Grundlage.²⁰²² Auch bei Einbeziehung einer zweiten Bibliothek ist die Fernleihe mittels einer Kopie mit Blick auf die Arbeitsabläufe dem Kopienversand zudem ähnlicher als der tatsächlichen Fernleihe eines Originals einschließlich dessen Rückgabe. Daran ändert auch die „Fernleihe“-Terminologie nichts. Statt wie nach alter Rechtslage an gewohnheitsrechtlichen Überlegungen und

²⁰¹⁸ Ähnlich auch schon *Sinogowitz*, Leihverkehr, S. 74 f.

²⁰¹⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

²⁰²⁰ Gemeinsame Stellungnahme zu den §§ 52b und 53a UrhG-Regierungsentwurf des Deutschen Bibliotheksverbands und des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels, Bibliotheksdienst 2007, 257 ff.

²⁰²¹ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 46.

²⁰²² Siehe nur die Konstruktion der zum Gewohnheitsrecht erstarkten Analogie des LG München zum Post- und Faxversand.

Analogien zu weniger vergleichbaren Normen festzuhalten, erscheint es systematisch vorzugswürdig, auch den Kopienversand im Leihverkehr in den Anwendungsbereich des § 53a UrhG einzubeziehen und dessen ausdifferenzierte Regelung dort gleichermaßen anzuwenden.

Dem steht der Wortlaut des § 53a UrhG nicht entgegen. Als Einwand wird teilweise vorgebracht, beim Versand an andere Bibliotheken fehle es an der notwendigen Einzelbestellung eines durch § 53 UrhG privilegierten Nutzers als Besteller.²⁰²³ Tatsächlich sollen auch nach § 10 Abs. 1 LVO die zum Leihverkehr zugelassenen Bibliotheken selbst dann „Besteller“ sein, wenn der technische Vorgang der Bestellaufgabe durch den Benutzer erledigt wird. Die Bedeutung der LVO als Verwaltungsanweisung an die Bibliotheken und die wohl in erster Linie haftungsrechtlichen Folgen der Definition des Bestellers auf dieser Ebene sind jedoch von der urheberrechtlichen Beurteilung im Rahmen des § 53a UrhG zu trennen. Das LG München I stellt die Stichhaltigkeit der auch von ihm verwendeten Argumentation gleichermaßen selbst in Frage, wenn es ausführt, die anfragende Bibliothek sei „formal“ Auftraggeber der Kopie.²⁰²⁴ Bei wertender Betrachtung kann es keinen Unterschied machen, ob mit der empfangenden Bibliothek im Vergleich zum Kopierendirektversand ein zusätzlicher Intermediär in die vom Wortlaut des § 53a UrhG erfasste, urheberrechtlich aber weitgehend bedeutungslose Übermittlung der angefertigten Kopie einbezogen wird.²⁰²⁵ Das klingt auch in der Entscheidung des OLG München an, wenn es nicht weiter differenziert zwischen der „Übermittlung unmittelbar an die Besteller“ und der „Übermittlung an andere Bibliotheken zur Weitergabe an *diejenigen, die dort bestellt haben*“.²⁰²⁶ Beschränkt sich auch der zusätzliche Intermediär auf den rein technischen Vorgang der Übermittlung und liegt die Auswahl des gewünschten Werks unverändert beim Endnutzer, ist dieser auch beim Kopienversand im Rahmen der Fernleihe unter wertenden Gesichtspunkten als Besteller im Sinne des § 53a UrhG anzusehen.²⁰²⁷ Die geäußerten Bedenken, in solchen Konstellationen habe die angefragte Bibliothek keinerlei Einfluss darauf, ob sich derjenige, der die Bestellung bei der anfragenden Bibliothek „letztendlich veranlasst

²⁰²³ So *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 13.

²⁰²⁴ LG München I, Urteil vom 15.12. 2005, Az. 0 11479/04, abrufbar unter www.subito-doc.de/cms/filedatabase/files/Teilurteil15Dez05-komprimiert.pdf, S. 25.

²⁰²⁵ So auch *Nolte*, S. 132.

²⁰²⁶ OLG München, a.a.O., S. 527.

²⁰²⁷ So im Ergebnis auch *Knafl/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 150.

hat“ (!), auf einen Privilegierungstatbestand berufen könne,²⁰²⁸ überzeugen nicht. In der Praxis lässt sich das Problem durch eine Ablauforganisation bewältigen, bei der die zwischengeschaltete „nehmende“ Bibliothek der „gebenden“ Bibliothek eine Erklärung des Bestellers bestätigt, auf die sich der Versender auch bei direkter Bestellung durch den Nutzer berufen müsste, würde und dürfte.

Eine Einbeziehung des Fernleiheversands in die Regelung des § 53a UrhG ist vor allem mit Blick auf die damit verbundene Vergütungspflicht unter Wertungsgesichtspunkten sachgerecht. Der über eine zusätzliche Bibliothek bewerkstelligte Kopienversand ist dem Kopierendirektversand deutlich ähnlicher als dem bloßen zeitweisen Verleihen von Originalen mit anschließender Rückgabepflicht. Vor dem Hintergrund der höheren Intensität der Werknutzung erscheint deshalb auch eine im Vergleich mit der geringen allgemeinen Bibliothekstantieme nach § 27 Abs. 2 UrhG höhere Vergütung nach § 53a Abs. 2 UrhG und eine stärkere Gleichbehandlung mit dem Direktversand angemessen, um die vom Gesetzgeber übernommene Wertung der BGH-Entscheidung zu berücksichtigen. Ob dabei zwischen der Vergütung für den Kopierendirektversand und der Vergütung für den Kopienversand im Rahmen der Fernleihe nochmals differenziert werden muss, soll an dieser Stelle dahinstehen.²⁰²⁹

c) Ergebnis und Konsequenzen

§ 53a UrhG ist so auszulegen, dass auch der Kopienversand im Rahmen der Fernleihe von der Regelung erfasst wird.²⁰³⁰ Sollte sich ein anderweitiges Verständnis etablieren, wäre eine ausdrückliche Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert.

In der Konsequenz ist neben dem weitergehend gestatteten Post- und Faxversand auch der sonstige elektronische Kopienversand einerseits nicht generell ausgeschlossen, andererseits aber auch nur im Rahmen der engen Vorgaben des § 53a Abs. 1 S. 2 und 3 UrhG zulässig. Dabei soll teilweise unterschieden werden zwischen einer „genuin elektronischen Lieferung“ bis zum Endkunden und einem Verfahren, bei dem die Übermittlung zwischen den Bibliotheken zwar in sonstiger elektronischer Form erfolgt, der Besteller vor Ort jedoch lediglich einen Papiausdruck abholen kann.²⁰³¹

²⁰²⁸ LG München I, Urteil vom 15.12. 2005, Az. 0 11479/04, S. 25.

²⁰²⁹ In diese Richtung gehen etwa Erläuterungen zur „Leipziger Verständigung“, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumente/LeipzigerVerstaendigung_070323.pdf.

²⁰³⁰ So im Ergebnis auch *Beger*, S. 49; *Müller*, Bibliotheksdienst 2008, 1060, 1070; *Knaf/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 150.

²⁰³¹ *Knaf/Gillitzer*, a.a.O., 151.

So wünschenswert die Privilegierung der letztgenannten Vorgehensweise erscheint, ist zu berücksichtigen, dass es auch bei dieser Versandform zwischenzeitlich zu Übermittlungshandlungen und, entscheidender, Vervielfältigungen in sonstiger elektronischer Form kommt, die nur unter den Einschränkungen der Sätze 2 und 3 zulässig sind. Deren Voraussetzungen müssen also vorliegen. Andernfalls ist diese Vorgehensweise nicht mit § 53a UrhG zu vereinbaren und nicht rein schrankengestützt zulässig. Davon zu unterscheiden sind gegebenenfalls zu entwickelnde Vereinbarungen auf Lizenzbasis.²⁰³² Als weitere Konsequenz ist nach der Einführung des § 53a UrhG auch beim Kopienversand im Rahmen der Fernleihe die bestehende Vergütungspflicht zu berücksichtigen.²⁰³³ Eine entsprechende Vereinbarung existiert nach mündlicher Auskunft der VG Wort bereits mit den Ländern.²⁰³⁴

6. Akzessorietät zu § 53 UrhG

§ 53a Abs. 1 S. 1 UrhG gestattet den Kopienversand, „sofern die Nutzung durch den Besteller nach § 53 zulässig ist.“ § 53a UrhG stellt damit eine nun verselbständigte besondere Form des Herstellenlassens durch Dritte dar.²⁰³⁵ In der ursprünglichen Fassung des Referentenentwurfs aus dem Jahr 2004 war der Kopienversand noch erlaubt, sofern sich der Besteller „auf einen durch § 53 privilegierten Zweck berufen kann“,²⁰³⁶ was wörtlich den Leitsätzen des BGH entsprach.²⁰³⁷ Aus dessen Urteilsbegründung ergibt sich jedoch eindeutig, dass sich der Besteller nicht nur auf einen privilegierten Zweck, sondern insgesamt „auf § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG berufen können“ muss.²⁰³⁸ Auch bei den Erwägungen zu anderen Unterfällen des § 53 UrhG bezog sich der BGH auf die - nicht streitentscheidende - Frage, ob „die Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 UrhG, des § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG oder des § 53 Abs. 2 Nr. 4b UrhG gegeben sind.“²⁰³⁹ Diese vom BGH gemeinte vollständige Akzessorietät übernimmt auch § 53a UrhG.

²⁰³² Siehe dazu noch unten Teil 3 E. IV. 2.

²⁰³³ So zutreffend *Knaff/Gillitzer*, ebd.; *Beger*, S. 49. Die in der Folge ebenfalls erforderlichen Anpassungen der Leihverkehrsordnung, beispielsweise im Hinblick auf die Abwicklung der Kosten für die Vergütung oder die Wahl der urheberrechtlich jeweils zulässigen Übermittlungsarten, sind hier von untergeordneter Bedeutung.

²⁰³⁴ Siehe dazu noch unten Teil 3 E. IV. 3. c). bb).

²⁰³⁵ Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 6; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 4.

²⁰³⁶ Referentenentwurf vom 27.9.2004, abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/medial/archive/760.pdf>.

²⁰³⁷ Vgl. die Leitsätze 1, 3 und 4 des Urteils, BGH NJW 1999, 1953 – *Kopienversanddienst*.

²⁰³⁸ BGH, a.a.O., S. 1954.

²⁰³⁹ Ebd.

Dogmatisch fragwürdig ist dabei die Anknüpfung an die Zulässigkeit der „Nutzung“ durch den Besteller nach § 53 UrhG“. § 53 UrhG gestattet als Schranke des § 16 UrhG Vervielfältigungshandlungen. Daran anschließende Nutzungshandlungen sind entweder nicht urheberrechtsrelevant, etwa die bloße Lektüre eines kopierten Aufsatzes,²⁰⁴⁰ oder als weitergehende Nutzungshandlungen nicht von § 53 UrhG gedeckt, etwa die anschließende öffentliche Zugänglichmachung des Aufsatzes. Gleiches gilt für die „Nutzung“ eines nicht selbst kopierten, sondern im Kopienversand bestellten Aufsatzes. Stringenter erscheint deshalb *de lege ferenda* eine Formulierung, die begrifflich statt der „Nutzung“ auf die Zulässigkeit der Vervielfältigung durch den Besteller abstellt. Dadurch käme deutlicher zum Ausdruck, dass der Besteller auf die Variante des Herstellenlassens in Form des Kopienversands zurückgreift, statt die Vervielfältigung selbst vorzunehmen.

a) Prüfungspflichten der Bibliotheken

Werden Bibliotheken als unmittelbar von § 53a UrhG Privilegierte im Auftrag ihrer Besteller tätig, handeln sie nur dann nicht urheberrechtswidrig, wenn alle Voraussetzungen der Schranke vorliegen. Während einige Tatbestandsvoraussetzungen seitens der Bibliothek noch vergleichsweise leicht zu überprüfen sind, fällt dies für die Frage deutlich schwerer, ob sich der Besteller seinerseits tatsächlich auf eine Schranke des § 53 UrhG berufen kann.²⁰⁴¹ Allerdings ist dies keine Konsequenz der in § 53a UrhG erfolgten Normierung, sondern galt gleichermaßen schon nach alter Rechtslage im Rahmen des Herstellenlassens, und gilt generell überall dort, wo urheberrechtsrelevante Handlungen durch Dritte für den Schrankenprivilegierten durchgeführt werden dürfen.²⁰⁴² An die zu erfüllenden Kontrollpflichten dürfen zumindest in den praktisch kaum zu überprüfenden Bereichen keine überhöhten Anforderungen gestellt werden, damit die Schranke nicht leer läuft.²⁰⁴³ Die Praxis behilft sich insbesondere durch die vorherige Einholung entsprechender Erklärungen der Besteller.

b) Zusätzliche kumulative Voraussetzungen beim elektronischem Kopienversand

In der Literatur wird hinsichtlich der Akzessorietät teilweise zwischen den Vorgaben für den Kopienversand per Post und Fax und den Anforderungen für den sonstigen

²⁰⁴⁰ So zumindest im analogen Bereich. Im digitalen Bereich greift erneut § 53 UrhG bzw. § 44a UrhG für die bei der Lektüre anfallenden Vervielfältigungshandlungen.

²⁰⁴¹ Jani, in: Wandtke/Bullinger, § 53a Rn. 12.

²⁰⁴² Siehe etwa auch schon oben bei der Zweckbindung des § 52b UrhG, Teil 3 D. II. 2.a).

²⁰⁴³ Schmid/Wirth, in: Schmid/Wirth/Seifert, § 53a Rn. 2; Jani, in: Wandtke/Bullinger, § 53a Rn. 12.

elektronischen Kopienversand unterschieden. Nur Satz 1 der Norm knüpfe für ersteren an § 53 UrhG an und setze die Zulässigkeit nach dieser Norm voraus, für letzteren enthalte § 53a UrhG in den Sätzen 2 und 3 alle Anforderungen selbst.²⁰⁴⁴

Dagegen spricht die Entstehungsgeschichte der Norm. Bevor der Rechtsausschuss den sonstigen elektronischen Kopienversand mit Blick auf die Kommissionsbedenken auf Zwecke der wissenschaftlichen Forschung und des Unterrichts beschränkte, war der ursprüngliche Satz 2 der Norm, der einige Elemente der jetzigen Sätze 2 und 3 in sich vereinte, eindeutig als zusätzliche Voraussetzung für diese Versandform konzipiert und bezog die Akzessorietät zu § 53 UrhG aus Satz 1 mit ein. Bei anderem Verständnis wäre ausgerechnet der sonstige elektronische Kopienversand ohne jede weitere Qualifizierung und quantitative Begrenzung möglich gewesen, während für Post und Fax die Verknüpfung mit den Fällen des § 53 UrhG als Grundlage für den Kopienversand gewahrt geblieben wäre. Schon aus diesem Grund ist es wenig einleuchtend, warum nach den erfolgten zusätzlichen Beschränkungen und ihrer Aufspaltung auf zwei Sätze in den jetzigen Sätzen 2 und 3 eine eigenständige Schranke für den Kopienversand in sonstiger elektronischer Form ohne Akzessorietät zu § 53 UrhG bestehen sollte. Zudem enthalten die Sätze 2 und 3 keinesfalls alle Tatbestandsmerkmale der entsprechenden Unterfälle des § 53 UrhG. Die Beschränkung auf einzelne in Zeitungen und Zeitschriften erschienene Beiträge sowie kleine Teile eines erschienenen Werks ist in S. 3 nur unvollständig vorhanden, insbesondere fehlt das Kriterium des Erscheinens. Die Bezugnahme auf „Beiträge oder kleine Teile eines Werkes“ erfolgt hier als notwendiger Teil der Subsidiaritätsklausel, nicht als tatbestandliche Beschränkung der Schranke. Wenn § 53a UrhG auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung ein verselbständigter Spezialfall des § 53 UrhG in der Variante des Herstellenlassens durch einen Dritten ist, leuchtet es nicht ein, warum der Anwendungsbereich der Schranke bei § 53a UrhG plötzlich teilweise sogar größer sein soll als bei den Unterfällen des § 53 UrhG selbst. Dies aber wäre der Fall, wenn die Voraussetzungen der Sätze 2 und 3 abschließend wären.

Aus systematischen und historischen Gründen erscheint ein Verständnis vorzugswürdig, bei dem die beschränkende Bezugnahme auf die Zwecke der wissenschaftlichen Forschung und der Veranschaulichung des Unterrichts im Sinne einer eleganteren Form des Verweises auf die entsprechenden Unterfälle in §§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 1 UrhG aufgefasst werden. Die Voraussetzungen der Sätze 2 und 3 treten

²⁰⁴⁴ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 6, 10f.

im Ergebnis kumulativ neben diejenigen des Satzes 1.²⁰⁴⁵ Die in Satz 1 ausdrücklich vorgesehene Akzessorietät zu § 53 UrhG ist auch beim sonstigen elektronischen Kopienversand zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich hinterfragen, wie groß die Bedeutung der nachträglichen Beschränkung auf Forschungs- und Unterrichtszwecke tatsächlich ist. Denn bereits § 53 UrhG beschränkt digitale Vervielfältigungen im Wesentlichen auf nicht-gewerbliche Wissenschafts- und Unterrichtszwecke. Lediglich die Privatkopie durch Dritte ist außerdem noch digital zulässig, soweit sie unentgeltlich erfolgt, während die Kopie zum sonstigen eigenen Gebrauch als in der Praxis wichtiger Anknüpfungspunkt für den Kopienversand schon nach § 53 Abs. 2 S. 3 nicht in digitaler Form gestattet ist. Der Kopienversand in sonstiger elektronischer Form ist also schon aufgrund der Akzessorietät zu § 53 UrhG nur in stark eingeschränktem Umfang zulässig.²⁰⁴⁶ Eine zusätzliche Beschränkung ergibt sich durch die ausdrückliche Zweckbindung weniger für den ohnehin ausgeschlossenen sonstigen eigenen Gebrauch, als vielmehr in Bezug auf den Versand von Kopien für den privaten Gebrauch. Für diese Entscheidung dürften wiederum die bereits erwähnten Bedenken der Kommission eine Rolle gespielt haben. Aufgrund der ohnehin kaum noch verständlichen und mehrfach verschachtelten Struktur des § 53 UrhG erscheint jedoch rechtstechnisch die vorgenommene – streng genommen erneute – ausdrückliche Privilegierung von Wissenschafts- und Unterrichtszwecken in § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG zwecks besserer Verständlichkeit sinnvoll, selbst wenn sie sich letztlich auch mühsam aus § 53 UrhG herausfiltrieren ließe.

c) Quantitative Nivellierung statt echter Akzessorietät

Obwohl bereits über die Akzessorietät zu § 53 UrhG quantitative Grenzen gezogen werden, ist § 53a UrhG – gewissermaßen zusätzlich – auf die Vervielfältigung kleiner Werkteile und Beiträge in Zeitungen und Zeitschriften beschränkt. Dadurch existiert eine generelle quantitative Akzessorietät zum sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG. Die innerhalb des § 53 UrhG stark ausdifferenzierten quantitativen Grenzen werden im Sinne eines zusätzlichen Flaschenhalses auf den kleinsten gemeinsamen Nenner gebracht.²⁰⁴⁷ Die in der Wissenschaft besonders relevanten

²⁰⁴⁵ So auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 9; *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 2, 12, *Spindler*, NJW 2008, 9, 14; *ders.*, in: *Hilty/Drexll/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 292.

²⁰⁴⁶ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 6; *Nolte*, S. 141 f.

²⁰⁴⁷ Seihe dazu schon oben Teil 3 E. II. 1. c); kritisch dazu *Grassmann*, Kopienversand, S. 164.

Zeitschriftenbeiträge werden zwar erfasst. Die großzügigeren quantitativen Grenzen des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG, die die besondere Privilegierung wissenschaftlicher Zwecke zum Ausdruck bringen, kommen aber nicht zur Anwendung.

Die einheitliche quantitative Begrenzung lässt sich in erster Linie darauf zurückführen, dass sich das nachvollzogene BGH-Urteil in seiner Begründung auf die Privilegierung des sonstigen eigenen Gebrauchs beschränkte, da Streitgegenstand einzelne davon ohnehin erfasste Zeitschriftenbeiträge waren. Auf das Wissenschaftsprivileg nahm der BGH im Wege eines *obiter dictums* nur insoweit Bezug, als es auf dieses im konkreten Fall ausdrücklich gerade nicht ankomme.²⁰⁴⁸ Eine eigenständige quantitative Begrenzung in § 53a UrhG selbst machte tatsächlich zumindest solange Sinn, wie die ursprüngliche Fassung keine echte Akzessorietät vorsah, sondern mit dem Leitsatz des BGH lediglich verlangte, dass der Besteller sich auf einen in § 53 UrhG privilegierten Zweck berufen kann.²⁰⁴⁹

Nach Einführung echter Akzessorietät erscheint diese jedoch auch hinsichtlich der quantitativen Grenzen ausreichend und sachgerecht.²⁰⁵⁰ Da auch die Privilegierung des § 53a UrhG einen Bezugspunkt braucht, könnte der Wortlaut etwa wie folgt angepasst werden:

*„Sofern die **Vervielfältigung eines Werkes oder Werkteils** durch den Besteller nach § 53 zulässig ist, ist in **gleichem Umfang** auf Einzelbestellung auch die **Vervielfältigung und Übermittlung des Werkes oder Werkteils** [...] zulässig.“*

Damit würde der großzügigere quantitative Spielraum genutzt, den § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a) UrhG der Wissenschaft bietet, und es käme im Wege einer klaren Regelung zum wünschenswerten echten Gleichlauf zwischen eigenhändig durchgeführter Wissenschaftskopie und der speziellen Form des Herstellenlassens im Wege des Kopienversands.

Selbst wenn sich der Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt einer intensiveren Werknutzung bei der „Werkvermittlungsart Kopienversand“ bewusst gegen eine vollständi-

²⁰⁴⁸ BGH NJW 1999, 1953, 1954 – *Kopienversanddienst*, ähnlich war die streitgegenständliche Konstellation in der subito-Entscheidung des OLG München, in der das Wissenschaftsprivileg nur im Zusammenhang mit Erwägungen *de lege ferenda* behandelt wurde, siehe OLG München, MMR 2007, 525, 528 – *Subito*.

²⁰⁴⁹ Darauf verweist auch *Grassmann*, Kopienversand, S. 164.

²⁰⁵⁰ Für die Streichung der quantitativen Beschränkungen in § 53a UrhG auch *Grassmann*, Kopienversand, S. 164; *Wandtke/Grassmann*, ZUM 2006, 889, 896.

ge Gleichbehandlung entschieden haben sollte und auch für wissenschaftliche Zwecke umfangreichere Vervielfältigungen aus dem Anwendungsbereich des Kopienversands ausschließen möchte,²⁰⁵¹ verbliebe noch immer ein gewisser Spielraum für wissenschaftsfreundliche Anpassungen. Angesichts der Bedürfnisse in Bezug auf eigenständige Beiträge, die anderswo als in Zeitungen und Zeitschriften erscheinen, sollten *de lege ferenda* nach dem Vorbild der §§ 52a, 53 Abs. 3 UrhG zumindest Werke von geringem Umfang einbezogen werden.²⁰⁵² Aufgrund der Akzessorietät zu den Schranken des § 53 UrhG würde sich dies nur auf die schon dort entsprechend privilegierten Besteller auswirken, während es für Kopien zum sonstigen eigenen Gebrauch bei den derzeit geltenden quantitativen Grenzen bliebe.

d) Beschränkte Bezugnahme auf § 53 UrhG

§ 53a UrhG nimmt ausdrücklich nur auf die Zulässigkeit der Vervielfältigung bzw. „Nutzung“ durch den Besteller nach § 53 UrhG Bezug, nicht generell auf die Zulässigkeit aufgrund urheberrechtlicher Schranken. Selbst wenn so rechtstatsächlich der überwiegende Teil des Kopienversandaufkommens abgedeckt zu sein scheint, ist darin zumindest mit Blick auf § 45 UrhG eine Einengung zu sehen. § 45 Abs. 1 UrhG gestattet es unter weiteren Voraussetzungen, Vervielfältigungsstücke zur Verwendung in Verfahren etwa vor einem Gericht herzustellen und schließt ausdrücklich die Variante des Herstellenlassens mit ein. Im Wege des Kopienversands ist dies jedoch seit seiner auf § 53 UrhG beschränkten Kodifizierung nicht länger zulässig, worin sich ein Versäumnis des Gesetzgebers sehen lässt, das auf die starke Fokussierung auf Fälle des § 53 UrhG zurückzuführen sein dürfte und durch eine entsprechende Erweiterung behoben werden könnte.²⁰⁵³ Mangels Relevanz für die Wissenschaftsschranken soll dies hier jedoch nicht weiter vertieft werden.

7. Differenzierung der zulässigen Übermittlungswege

§ 53a Abs. 1 UrhG differenziert zwischen verschiedenen Übermittlungswegen. Satz 1 gestattet den Versand per Post und per Fax. Der Kopienversand in sonstiger elektronischer Form ist nach Satz 2 auf das Format der grafischen Datei begrenzt, ist nur zu den privilegierten Zwecken der Veranschaulichung des Unterrichts und der wissenschaftlichen Forschung zulässig, und unterliegt zusätzlich der Subsidiaritätsklausel in Satz 3.

²⁰⁵¹ Konkrete Anhaltspunkte dafür existieren jedoch nicht.

²⁰⁵² So bereits oben, Teil 3 E. II. 1.c).

²⁰⁵³ So auch kritisch *Grassmann*, Kopienversand, S. 163f.

a) Die einzelnen Voraussetzungen nach dem Wortlaut der Norm**aa) Postversand**

Der schon vom BGH für zulässig erklärte Postversand bezieht sich ohne nähere Erläuterungen in den Materialien auf den klassischen Versand der bestellten Kopien durch die Bibliothek, soweit er in körperlicher Form auf dem Postweg erfolgt.²⁰⁵⁴

bb) Faxversand

Auch der Faxversand wird ohne weitere Qualifizierung gestattet. Der Gesetzgeber beruft sich auf die Entscheidung des BGH, die man aufgegriffen habe. Es werde „im Grundsatz nicht zwischen den verschiedenen Formen der Übermittlung unterschieden.“²⁰⁵⁵ Dies trifft insoweit zu, als nach dem klaren Wortlaut der Norm jede Form des Faxversands erfasst wird, ohne zwischen verschiedenen Varianten zu differenzieren, etwa zwischen analogen Faxgeräten mit bloßer Papierausgabe und neueren Entwicklungen wie dem sogenannten Computerfax.²⁰⁵⁶

cc) Versand in sonstiger elektronischer Form**(1) Funktionale Vergleichbarkeit**

Mit dem Versand in sonstiger elektronischer Form geht § 53a UrhG über den Streitgegenstand des BGH-Urteils hinaus und soll eine Regelung schaffen, „die das für den Post- und Faxversand ausgewogene Verhältnis zwischen den berechtigten Interessen der Urheber und der Allgemeinheit nachzeichnet und vorsichtig in das digitale Umfeld überträgt.“²⁰⁵⁷ Da im Grundsatz nicht zwischen den verschiedenen Formen der Übermittlung unterschieden werden sollte, sei auch eine Übermittlung in sonstiger elektronischer Form zulässig, „soweit der elektronische Versand funktional an die Stelle der Einzelübermittlung in körperlicher Form tritt.“²⁰⁵⁸ § 53a UrhG nimmt keine

²⁰⁵⁴ Siehe die Begriffsbestimmung in § 4 PostG; siehe auch *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 290; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 20.

²⁰⁵⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

²⁰⁵⁶ So auch (lediglich feststellend) *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 29; *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 4; *Brammer/Rosemann/Sens*, ZfBB 2008, 251, 254; befürwortend *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 291 f.; *Müller*, Bibliotheksdienst 2008, 1060, 1064, 1068; kritisch und für eine richtlinienkonforme Auslegung, die nur den Versand von Papierfax zu Papierfax einschließt, *Sprang/Ackermann*, Kommunikation & Recht 2008, 7, 9; gegen das Computerfax auch *v. Lucius*, ZfBB 2008, 269, 271.

²⁰⁵⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

²⁰⁵⁸ Ebd.

weitere Differenzierung vor, sondern grenzt nur begrifflich gegenüber dem ebenfalls schon elektronischen Faxversand ab.²⁰⁵⁹ Selbst wenn der Versand per E-Mail, auf den die Bundesregierung in den Materialien beispielhaft Bezug nimmt,²⁰⁶⁰ in der Praxis im Vordergrund steht, sind auch andere Übertragungswege erfasst, etwa der Einsatz von FTP-Servern.²⁰⁶¹

(2) Ausschließlich als grafische Datei

Unter dem Gesichtspunkt der funktionalen Vergleichbarkeit ist der elektronische Kopienversand unter Verweis auf das BGH-Urteil zum elektronischen Pressespiegel „ausschließlich als grafische Datei“ gestattet, damit angesichts berechtigter Ansprüche der Urheber „mit der elektronischen Übermittlung *im Wesentlichen* keine zusätzlichen, die Belange des Urhebers beeinträchtigenden Nutzungs- und Missbrauchsmöglichkeiten verbunden“ seien. Die Übermittlung ist beschränkt auf grafische Dateien „beziehungsweise auf Dateien, in die das entsprechende Werk als Faksimile eingebunden ist.“²⁰⁶² Damit entspricht § 53a UrhG der etwa bei subito e.V. bislang geübten Praxis.²⁰⁶³

Angesichts der Erwägungen des BGH im bezuggenommenen Pressespiegelurteil dient die Beschränkung auf grafische Dateien insbesondere der Abgrenzung zu elektronischen Volltextversionen.²⁰⁶⁴ § 53a UrhG setzt ein Dateiformat voraus, das keine Volltextfassung ermöglicht. Dies ist etwa bei gescannten Vorlagen in Bildformaten wie gif-, tif-, jpeg oder bitmap-Dateien unter Einschluss von pdf-Dokumenten nach einer Faksimile-Vorlage der Fall, nicht jedoch bei Volltext-pdf-Dokumenten, die eine Volltextsuche und die Übernahme einzelner Textpassagen erlauben.²⁰⁶⁵

Werden entsprechende Formate verwendet, sind die Nutzungsmöglichkeiten funktional mit der reinen Lesemöglichkeit von Papierkopien vergleichbar, da sie lediglich am

²⁰⁵⁹ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 9.

²⁰⁶⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, a.a.O. S. 48.

²⁰⁶¹ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 23.

²⁰⁶² Gesetzentwurf der Bundesregierung, a.a.O., S. 28.

²⁰⁶³ *Knaf/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 151; zu weitergehenden Forderungen aus Wissenschaftssicht vgl. *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 362 f.

²⁰⁶⁴ Vgl. BGH GRUR 2002, 963, 967 – *Elektronischer Pressespiegel*; Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 26.

²⁰⁶⁵ Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 49 Rn. 20, vgl. zu technischen Einzelheiten auch *Hoeren*, MMR 2002, 1022, 1026; *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 53a Rn. 4. Die Möglichkeiten der Texterkennung mittels spezieller Texterkennungsverfahren werden an dieser Stelle zunächst ausgeblendet, dazu unten, Teil 3 E. II. 7. b) bb).

Bildschirm oder nach einem Ausdruck gelesen werden können.²⁰⁶⁶ Die nutzerfreundlichere Form der Übermittlung sowie die Möglichkeit der Speicherung sind der Versendung digitaler Dateien immanent und allgemein bekannt. Sie sind deshalb allenfalls als „unwesentliche“ zusätzliche Nutzungsmöglichkeiten anzusehen, die der Gesetzgeber in Kauf genommen bzw. im Interesse eines zeitgemäßen Kopienversands beabsichtigt hat. Die eingeschränkten Nutzungsmöglichkeiten grafischer Dateien werden im Vergleich mit elektronischen Datenbankangeboten der Verlage deutlich. Über die Volltextrecherche hinaus bieten sie vor allem ohne Zeitverlust einen direkten Zugriff auf das Volltextdokument, und ferner etwa die Möglichkeit der Entnahme einzelner Textpassagen, umfangreiche Verlinkungen, Querverweise, und andere interaktive Funktionen, so dass ein deutlicher Qualitätsunterschied und –abstand besteht, der eine Koexistenz von Kopienversand und Datenbankvolltextangeboten begünstigt.²⁰⁶⁷ Im Vergleich zu den weitergehenden Möglichkeiten im digitalen Bereich entspricht die grafische Datei daher funktional tatsächlich der Papierkopie aus der analogen Welt.²⁰⁶⁸

b) Kritische Auseinandersetzung mit der Regelung

Trotz der vermeintlich klaren Regelung stecken die Probleme des Kopienversands in elektronischer Form im Detail.

aa) Grenzziehung zwischen Versand per Fax und in sonstiger elektronischer Form

Unklarheiten bestehen in Bezug auf die vorgenommene Differenzierung zwischen Faxversand nach S. 1 und Versand in sonstiger elektronischer Form nach S. 2. Der Abgrenzung kommt nicht erst seit der nachträglich eingefügten Begrenzung der letzteren Versandform auf Unterrichts- und Wissenschaftszwecke durch den Rechtsausschuss große Bedeutung zu. Dies war vielmehr bereits im Referentenentwurf der Fall, da nur für die sonstige elektronische Form die jetzt in S. 3 verortete Subsidiaritätsklausel gilt, der Faxversand jedoch ohne diese Einschränkung gestattet wird.²⁰⁶⁹

²⁰⁶⁶ Vgl. *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 25.

²⁰⁶⁷ Vgl. zu ähnlichen Bewertungen die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, S. 41; *Hoeren*, Vhw 2005, 25, 27; *Veddern*, Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung, S. 624; *Nolte*, S. 127 f; *Grassmann*, Kopienversand, S. 167; siehe auch das Rechtspolitische Positionspapier des Deutschen Bibliothekenverbandes zum Referentenentwurf vom 11.10.2004, abrufbar über <http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/copy.html>.

²⁰⁶⁸ Den entsprechenden Erwägungen des Gesetzgebers zustimmend auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 10; im Ergebnis ebenso *Wandtke/Grassmann* ZUM 2006, 889, 893.

²⁰⁶⁹ Insoweit müsste sich die inhaltlich zu Recht deutliche Kritik von *Spindler*, NJW 2008, 9, 14, weniger gegen den Rechtsausschuss, sondern vielmehr schon gegen die frühere Fassung wenden.

Der BGH hatte den Kopienversand per Fax für zulässig erklärt und die bereits ausdrücklich so bezeichnete „elektronische Übermittlung“ von einem Faxgerät zum anderen als rein unkörperlichen Übertragungsvorgang angesehen, der nicht unter ein Verwertungsrecht des Urhebers fällt.²⁰⁷⁰ Zum damaligen Zeitpunkt ging der BGH allerdings weitgehend zutreffend davon aus, dass es sich um die Übermittlung zwischen zwei Papierfaxgeräten handelte, also insbesondere auf Empfängerseite ausschließlich ein Papierausdruck erfolgt. Seitdem haben sich daneben auch andere Formen des Faxversands etabliert.²⁰⁷¹ An Stelle herkömmlicher Faxgeräte, oft als „Fernkopierer“ bezeichnet, kommen zunehmend telefaxfähige Personal Computer zum Einsatz, während auch Faxgeräte vermehrt über die Möglichkeit einer digitalen Speicherung der eingehenden Faxe verfügen.²⁰⁷² Technologien wie Fax2Mail erlauben es, Faxe über eine „virtuelle“ Faxnummer zu empfangen und als grafische Datei an die gewünschte E-Mail-Adresse weiterzuleiten.²⁰⁷³ Anschließend ist ihr Ausdruck möglich. Der Empfänger kann jedoch das Fax auch als grafische Datei speichern oder anderweitig verwenden. Dies gilt selbst dann, wenn der Versender ein herkömmliches Papierfaxgerät einsetzt. Für ihn ist nicht erkenn- bzw. kontrollierbar, ob es beim Empfänger zum Papierausdruck kommen oder die übermittelte Kopie als grafische Datei im Sinne eines „Computer-Faxes“ gespeichert werden wird.²⁰⁷⁴ Jedes versandte Fax kann vom Empfänger inzwischen potentiell als grafische Datei empfangen und genutzt werden. Eine Differenzierung unterschiedlicher Fax-Versendungsformen wird dadurch fragwürdig.

Mindestens ebenso fragwürdig wird angesichts der zunehmenden technischen Konvergenz die vermeintlich klare Trennung zwischen Faxversand und sonstigem elektronischen Versand. Zwar bestehen noch gewisse Unterschiede, etwa mit Blick auf die mögliche Auflösung, weshalb die teilweise nach dem Zweiten Korb vorgenommene Umstellung vom E-Mail- auf den Faxversand von Kunden als „ungeliebte Alternative“ angesehen wurde.²⁰⁷⁵ Da der Empfänger in beiden Fällen potentiell eine grafische Datei

²⁰⁷⁰ BGH NJW 1953, 1956 – *Kopienversanddienst*.

²⁰⁷¹ Vgl. *Grassmann*, ZUM 2007, 641, 642.

²⁰⁷² Vgl. dazu und zum folgenden *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 291.

²⁰⁷³ Vgl. *Gausling*, MMR 2007, 529; *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 53a Rn. 4; *Wandtke/Grassmann* ZUM 2006, 889, 896; *Knaf/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 150; *Nolte*, S. 139, beschreibt sogenannte „Unified-Messaging-Dienste“; siehe zu Fax2Mail auch den Eintrag unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Fax2Mail>.

²⁰⁷⁴ Vgl. *Gausling*, MMR 2007, 529; *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 292.

²⁰⁷⁵ Siehe zu den Einzelheiten *Brammer/Rosemann/Sens*, ZfBB 2008, 251, 253 f. („nur 200 statt der gewohnten 300 dpi“, „problematisch bei hochauflösenden Grafiken“; andererseits wird die Faxlieferung „als PC-Fax ankommend“ als schon „relativ komfortabel“ bezeichnet).

erhält, wird die Grenzziehung zwischen Faxversand und Versand als grafischer Datei in sonstiger elektronischer Form aber zunehmend „fiktiv“.²⁰⁷⁶

Soweit aus den Materialien ersichtlich, hat der Gesetzgeber die Auswirkungen der technischen Weiterentwicklung seit dem BGH-Urteil nicht gesondert bedacht. Daraus können zwar insbesondere Befürworter eines möglichst weitgehenden Faxversands das Argument ziehen, *de lege lata* sei jede Form des Faxversands unterschiedslos erfasst.²⁰⁷⁷ Gleichzeitig ist in dieser Grenzziehung aber auch eine Schwäche der gesetzlichen Regelung zu sehen.²⁰⁷⁸ Denn angesichts der zunehmenden Konvergenz und des potentiell weitgehend identischen Endergebnisses bleibt die komplexe Frage der sinnvollen Unterscheidung ungelöst.²⁰⁷⁹ Das angesichts ständiger Weiterentwicklungen begrüßenswerte Vorhaben, im Sinne einer funktionalen Betrachtungsweise „im Grundsatz nicht zwischen den verschiedenen Formen der Übermittlung“ zu unterscheiden,²⁰⁸⁰ hat der Gesetzgeber im Ergebnis nicht umgesetzt. Er zieht eine angesichts der qualifizierten Voraussetzungen für den Versand in sonstiger elektronischer Form bedeutende Grenze zwischen Übertragungswegen, die zunehmend weniger zu differenzieren sind.

bb) Grafische Dateien und Texterkennungsprogramme

Die Begrenzung auf grafische Dateien verliert zudem zumindest in Bezug auf die Möglichkeiten der Texterkennung und der Volltextrecherche an Wirksamkeit. Denn leistungsfähige OCR-Texterkennungssoftware („Optical Character Recognition“) ist bereits heute in der Lage, in grafischen Dateien abgebildeten Text als solchen zu erfassen und durchsuchbar zu machen, in andere Formate umzuwandeln oder anderweitig weiterzuverarbeiten, wie es die Beispiele von Google Scholar und Google Books belegen.²⁰⁸¹

²⁰⁷⁶ So ausdrücklich *Scheja/Mantz*, CR 2008, 715, 720; kritisch auch *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 53a Rn. 4; *Nolte*, S. 139, spricht von einem Anachronismus.

²⁰⁷⁷ Siehe insbesondere *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 291 f.; *Müller*, Bibliotheksdienst 2008, 1060, 1064, 1068; im Ergebnis ebenso, aber eher feststellend *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 29; *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 4; *Brammer/Rosemann/Sens*, ZfBB 2008, 251, 254.

²⁰⁷⁸ Kritisch zur Differenzierung vor dem dargestellten Hintergrund neben weiteren *Gausling*, MMR 2007, 529; *Wandtke/Grassmann* ZUM 2006, 889, 896; *Knaff/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 150.

²⁰⁷⁹ Ähnlich *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 21; *Spindler*, NJW 2008, 9, 14, bezeichnet sie als „Geheimnis des Rechtsausschusses“, die Regelung zeuge „eher von technischer Unkenntnis“.

²⁰⁸⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

²⁰⁸¹ Darauf verweist *Spindler*, in: *Hilty/Drexler/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 293; ders., NJW 2008, 9, 14; ähnlich *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 26; siehe auch schon *Hoeren*, MMR 2002, 1022, 1026 f.; *Kuhlen*, Götterdämmerung, S. 157.

Die Begrenzung bringt zumindest die darin enthaltene grundsätzliche Wertentscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, jedenfalls nicht den Versand eines Werkes als vollelektronische Datei zu gestatten, sondern Abstand zu dieser Form der Werkverwertung zu wahren.²⁰⁸² Zu beachten ist bei kritischen Überlegungen ferner, dass Möglichkeiten der Texterkennung mittels OCR nicht nur bei der Versendung grafischer Dateien bestehen. Hier entfällt zwar der ansonsten nötige Zwischenschritt einer eigenständigen Digitalisierung.²⁰⁸³ Mit ihr ist jedoch selbst bei postalisch versandten Papierkopien eine anschließende Volltextfassung möglich und lediglich aufwendiger.²⁰⁸⁴ Derartige Nutzungsmöglichkeiten beruhen nicht auf der elektronischen Versendung als grafische Datei, sondern auf der allgemeinen technologischen Weiterentwicklung.²⁰⁸⁵ Die Herstellung einer auf die Schranke des sonstigen eigenen Gebrauchs gestützten Papierkopie in einem Copy-Shop durch den Betreiber wird nicht dadurch unzulässig, dass der Kunde sie anschließend einscannen und mittels OCR in einen Volltext umwandeln kann. Dann jedoch muss sich auch der Versender einer grafischen Datei mögliche weitere Schritte des Bestellers nicht zurechnen lassen.²⁰⁸⁶

Das beschränkende Merkmal der grafischen Datei sorgt damit im Ergebnis zumindest dafür, innerhalb des Spektrums digitaler Nutzungsmöglichkeiten unmittelbar nur die am wenigsten weit reichenden zu eröffnen. Anschließend darüber hinausgehende Nutzungen und Digitalisierungen sind mit entsprechendem Aufwand bei jeder Form des Versands möglich.

cc) Problemfeld Faxversand

Aufgrund technischer Konvergenz ist es auch im Fall des Faxversands der Empfang einer grafischen Datei statt eines Papierausdrucks möglich. Gleichzeitig wird der Faxversand ohne die zusätzlichen Voraussetzungen des Versands in sonstiger elektronischer Form gestattet. Auch deshalb gehört diese nach dem Wortlaut klare Regelung zu den umstrittenen Aspekten des § 53a UrhG. Der Nachtrag zum subito-Rahmenvertrag für den lizenzierten elektronischen Kopienversand sieht etwa in Punkt 2.7.2 ein weit-

²⁰⁸² Ähnlich *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 26.

²⁰⁸³ So zu Recht *Hoeren*, MMR 2002, 1022, 1028.

²⁰⁸⁴ So bereits BGH GRUR 2002, 963, 967 – *Elektronischer Pressespiegel*, im dortigen Kontext.

²⁰⁸⁵ *Gausling*, MMR 2007, 529.

²⁰⁸⁶ So auch LG München, Urteil vom 15.12.2005, Az. 0 11479/04, abrufbar unter <http://www.subitodoc.de/cms/filedatabase/files/Teilurteil15Dez05-komprimiert.pdf>, S. 33; darauf verweist auch *Beger*, S. 5 f.

gehendes Kündigungsrecht seitens des Verlags vor, weil sich die Parteien nicht auf die Abgrenzung zwischen einer Faxlieferung und einer elektronischen Lieferung einigen konnten, insbesondere nicht über die Einordnung des „Computerfaxes“. Die Verlagsseite befürchtete eine Substitution des E-Mail-Versands durch Computerfaxe. Seitens des Börsenvereins wurde bereits deutlich gemacht, dass die „virulente Frage“ der Vereinbarkeit des Computerfaxes mit der Richtlinie in Zukunft wohl noch Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen werde.²⁰⁸⁷ Bedenken können sich sowohl in Bezug auf den Schrankenatalog der InfoSoc-Richtlinie als auch vor dem Hintergrund der Akzessorietät zu § 53 UrhG ergeben. Wegen der unterschiedlichen Vorgaben muss dabei zwischen dem Kopienversand ohne nähere Zweckbestimmung und zu den in § 53a Abs. 1 S. 2 privilegierten Zwecken unterschieden werden.

(1) Faxversand zum sonstigen eigenen Gebrauch

Ursprünglich wollte der Gesetzgeber den sonstigen elektronischen Kopienversand in Form einer grafischen Datei ohne die spätere Begrenzung auf die privilegierten Zwecke Wissenschaft und Unterricht gestatten. Daraus geht das Verständnis hervor, er lasse sich insgesamt auf die reprografische Vervielfältigung stützen, die § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG und Art. 5 Abs. 2 a) InfoSoc-RL gestatten.²⁰⁸⁸ Im Gesetzgebungsverfahren erfolgte die Einschränkung als Reaktion auf die Bedenken der Kommission in Bezug auf Online-Lieferungen. Auch danach bleibt für den sonstigen eigenen Gebrauch beim Fax aber eine Versandform erlaubt, die auf Bestellerseite zum Empfang einer grafischen Datei führen kann. Diese müsste jedoch noch von § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG und Art. 5 Abs. 2 a) InfoSoc-RL erfasst werden, damit diese Form des Faxversands aufgrund der Akzessorietät zu § 53 UrhG urheberrechtskonform möglich bzw. die Regelung richtlinienkonform ist. Dies scheint der Gesetzgeber angesichts der nach ihrem Wortlaut scheinbar klaren Regelung so zu sehen. Gleichzeitig ist die Frage, wie bereits angedeutet, umstritten²⁰⁸⁹ und wird dies bis zu einer Entscheidung des BGH oder einer gesetzlichen Klarstellung bzw. bis zu einer Entscheidung des EuGH auch bleiben. Würde sie verneint, fehlte dem Faxversand an Empfänger, die sich nicht auf

²⁰⁸⁷ So *Sprang*, Justitiar des Börsenvereins, auf der Urheberrechtstagung 2008 am 30.10.2008 in Göttingen; vgl. auch *Sprang/Ackermann*, Kommunikation & Recht 2008, 7, 9.

²⁰⁸⁸ Auf diesen Schluss verweist auf Grundlage des Regierungsentwurfs zu Recht auch *Grassmann*, Kopienversand, S. 373, der eine entsprechende Klarstellung verlangte.

²⁰⁸⁹ Vgl. dazu schon oben Teil 3 A. III. 2. c). Auf die mangels BGH-Entscheidung unklare Situation verweist auch *Beger*, S. 5 f.

die besonders privilegierten Zwecke berufen können, insbesondere also außerhalb des wissenschaftlichen Bereichs, stets die erforderliche Rechtfertigung im Rahmen des § 53 UrhG, soweit im Ergebnis eine grafische Datei empfangen wird.

(2) Faxversand zu Wissenschaftszwecken

Erfolgt der Faxversand zu Wissenschaftszwecken, besteht auch im Fall des Empfangs einer grafischen Datei kein Konflikt mit der Akzessorietät zu § 53 UrhG. § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG unterscheidet im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL nicht zwischen verschiedenen Formen der Vervielfältigung und gestattet auch digitale Kopien.

Nach der hier vertretenen Auffassung bestehen für den Wissenschaftsbereich darüber hinaus keine Konflikte mit dem abschließenden Schrankenverzeichnis der Richtlinie. Denn es erscheint im Vergleich zum sonstigen elektronischen Kopienversand und trotz der technischen Konvergenz noch weniger überzeugend, eine Faxlieferung als Online-Lieferung im Sinne von Erwägungsgrund 40 anzusehen, die über den Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 c) InfoSoc-RL hinausginge. Zudem greift jedenfalls auch der wissenschaftsspezifische Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL, der Schranken in Bezug auf das Recht der Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung gestattet. Kann sogar letzteres über Schranken erlaubt werden, und lässt sich auch der Versand in sonstiger elektronischer Form nach S. 2 darauf stützen, gilt dies umso mehr für den weniger weitgehenden Faxversand, selbst wenn dort im Ergebnis nicht nur eine Papierkopie, sondern ebenfalls eine grafische Datei empfangen wird. Die besondere Privilegierung, die in § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG richtlinienkonform zum Ausdruck kommt, entfaltet, erlaubt auch im Rahmen des Faxversands eine Differenzierung zugunsten wissenschaftlicher Zwecke.

c) Zusammenfassung und Fazit

Mit § 53a UrhG wollte der Gesetzgeber die Entscheidung des BGH vorsichtig ins digitale Zeitalter übertragen und den elektronischen Kopienversand gestatten, soweit er funktional der Einzelübermittlung in körperlicher Form entspricht. Der insbesondere im Regierungsentwurf verfolgte funktionale Ansatz, bei dem weniger auf das digitale oder analoge Trägermedium abgestellt wird, sondern vielmehr auf eine fixe Grafikdatei im Gegensatz zu einer flexiblen und weiterbearbeitbaren vollwertigen Textdatei, erscheint im Grunde sinnvoll.²⁰⁹⁰ Während im Wissenschaftsbereich dafür noch ver-

²⁰⁹⁰ Vgl. *Schmid/Wirth*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*, § 53a Rn. 4; siehe auch *Gausling*, MMR 2007, 529.

gleichsweise weite Spielräume bestehen, stößt dieser Ansatz im Bereich des sonstigen eigenen Gebrauchs an die Grenzen der einschlägigen Richtlinienvorgaben bzw. an die Grenzen dessen, was § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG gestattet. Dadurch entsteht für den Faxversand dort trotz der nach dem Wortlaut klaren Regelung ein Zustand ohne echte Rechtssicherheit.

Der Kopienversand zu wissenschaftlichen Zwecken ist auch in Bezug auf die Übermittlung grafischer Dateien mit Blick auf die nötige Akzessorietät über § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG und hinsichtlich des Schrankenkatalogs über Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL gedeckt. Zu Unstimmigkeiten führt auch hier, dass der Faxversand ohne Einhaltung der Subsidiarität aus S. 3 gestattet ist, der sonstige elektronische Versand jedoch nur mit dieser Beschränkung. Dies wirft angesichts des vergleichbaren Ergebnisses, dem auch beim Fax möglichen Empfang einer grafischen Datei, die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Regelung auf.

Bis zu einer Klärung der ungewissen rechtlichen Situation könnte ein defensiver Ansatz zur Vermeidung von Prozessrisiken für die Praxis darin bestehen, den Faxversand vorsichtshalber zumindest außerhalb des wissenschaftlichen Bereichs auf den herkömmlichen Faxversand zu beschränken und den Empfänger zu verpflichten, lediglich einen Papiausdruck zu verwenden, selbst wenn seine Empfangsgeräte zunächst eine – dann zu löschende – grafische Datei erzeugen, soweit dies nicht ohnehin bereits Praxis ist. Für den Versender nicht erkennbare Zuwiderhandlungen durch den Besteller dürfen sich ebenso wenig zu Lasten des Versenders auswirken wie anschließende OCR-Bearbeitungen einer auf elektronischem Wege übermittelten grafischen Datei.²⁰⁹¹ Wegen der nach ihrem Wortlaut vermeintlich klaren gesetzlichen Neuregelung und dem darin zum Ausdruck kommenden weitergehenden Willen des Gesetzgebers erscheint ein solcher Lösungsansatz in seiner Konsequenz allerdings kaum wünschenswert.

8. Privilegierte Zwecke beim Versand in sonstiger elektronischer Form

Aufgrund von Bedenken der Kommission wurde der sonstige elektronische Kopienversand in § 53a Abs. 1 S. 1 UrhG durch den Rechtsausschuss auf die Zwecke der Veranschaulichung des Unterrichts und der wissenschaftlichen Forschung beschränkt.²⁰⁹²

²⁰⁹¹ Dazu schon oben Teil 3 E. II. 7.c).

²⁰⁹² Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45, dazu schon oben, Teil 3 E. I. 3.

a) Zwecke der wissenschaftlichen Forschung

§ 53a UrhG übernimmt wie § 52a UrhG mit den Zwecken der wissenschaftlichen Forschung die Formulierung der Richtlinienvorgabe. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen. Im Ergebnis ist wegen der engen Verbindung zwischen sonstiger wissenschaftlicher Tätigkeit und wissenschaftlicher Forschung im engeren Sinne von einem weitgehend mit dem wissenschaftlichen Gebrauch des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG übereinstimmenden Begriffsverständnis auszugehen.²⁰⁹³ Nach § 53a UrhG allein sind die Zwecke zwar nicht auf die „eigene“ wissenschaftliche Forschung beschränkt.²⁰⁹⁴ Aufgrund der Akzessorietät zu § 53 UrhG ergibt sich aber mittelbar das gleiche Ergebnis. Gestattet ist der Kopienversand nur, wenn auch die Voraussetzungen des § 53 UrhG vorliegen. Dieser setzt in Abs. 2 S. 1 Nr. 1 den „eigenen“ wissenschaftlichen Gebrauch voraus.

b) Veranschaulichung des Unterrichts einschließlich der Lehre?

Bei der Veranschaulichung des Unterrichts entspricht die Formulierung laut Gesetzesbegründung dem Wortlaut der Richtlinienvorgabe in Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL.²⁰⁹⁵ Mit der Privilegierung der Veranschaulichung „des“ Unterrichts besteht allerdings eine - sinnvolle - Abweichung zum deutschen Richtlinienwortlaut. § 53a UrhG gestattet wie der insoweit neu gefasste § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG die Verwendung der Kopie auch außerhalb der Unterrichtszeit zur Vor- und Nachbereitung.²⁰⁹⁶

Weniger eindeutig ist, um welche Unterrichtsformen es sich nach § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG handeln darf. Wie die Richtlinie definiert § 53a UrhG dies nicht näher, anders als in §§ 52a, 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG, wo die erfassten Einrichtungen aufgezählt und Hochschulen einmal ausdrücklich genannt werden und einmal fehlen.²⁰⁹⁷ Bei § 53a UrhG stellt sich deshalb die offenere Frage, ob auch dort die Veranschaulichung der Lehre als Unterricht an Hochschulen erfasst ist. Beim Post- und Faxversand nach § 53a Abs. 1 S. 1 UrhG ist dies unproblematisch. Hier fehlt die Verengung durch die erneu-

²⁰⁹³ Siehe oben Teil 3 C. II. 3. b); speziell zu § 53a UrhG ebenso *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 11; ähnlich *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 15.

²⁰⁹⁴ Darauf verweist zu Recht *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 294.

²⁰⁹⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

²⁰⁹⁶ So *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 27; eine entsprechende Anpassung wird klarstellend auch für § 52a UrhG gefordert, siehe oben Teil 3. C. II. 3. a).

²⁰⁹⁷ Dies wird übersehen, wenn etwas zu undifferenziert auf die Parallelvorschriften und die entsprechenden Begriffe verwiesen wird, so etwa *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 14.

te Zweckbindung in S. 2. Der wissenschaftliche Gebrauch des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG als erforderlicher akzessorischer Bezugspunkt umfasst nach allgemeiner Auffassung auch die Vorbereitung der Lehre, nicht zuletzt wegen der engen Verbindung zwischen Forschung und Lehre, wie sie auch das Bundesverfassungsgericht betont.²⁰⁹⁸

Auch für den elektronischen Kopienversand für Lehrzwecke kann der wissenschaftliche Gebrauch in § 53 Abs. 2 S. 1 UrhG als akzessorischer Bezugspunkt dienen. Bei demgegenüber engen Begriffsverständnis des Unterrichts und der wissenschaftlichen Forschung innerhalb des § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG ergäbe sich jedoch eine Situation, in der im Gesamtergebnis ausgerechnet für die Vorbereitung oder Vertiefung der Lehre weder die eine noch die andere Variante anwendbar ist. Unter Wertungsgesichtspunkten kann dies nicht Ziel des Gesetzgebers gewesen sein, der mit § 53a UrhG gerade den Wissenschafts- und Forschungsstandort fördern wollte.

Zu berücksichtigen ist im Wege des Vergleichs mit der differenzierten Ausgestaltung der Vervielfältigungsfreiheit in § 53 UrhG zudem, dass § 53 Abs. 3 S. 1 UrhG dort die Vervielfältigung von Werken in der für die Unterrichtsteilnehmer erforderlichen Anzahl gestattet. Angesichts der teilweise großen Zahl der Teilnehmer im Hochschulbereich befürchtete der Gesetzgeber bei Vervielfältigungen in Hörsaalstärke eine Ausuferung der Schranke, und hat deshalb dort den Hochschulunterricht ausgespart. Schon bei § 52a UrhG wurde die Abwägungsentscheidung jedoch zugunsten des Hochschulunterrichts getroffen, auch weil quantitative Begrenzungen über andere Tatbestandsmerkmale der Schranke gewährleistet werden.²⁰⁹⁹ Damit vergleichbar ist die Situation beim Kopienversand zu Unterrichtszwecken an Hochschulen. Auch hier geht es nicht um massenweise Vervielfältigungen in Hörsaalstärke. Praktische Relevanz dürfte der Kopienversand in diesem Bereich in erster Linie für die eigene Vorbereitung des Unterrichts durch den Lehrer oder Dozenten gewinnen, sowie für die Vor- oder Nachbereitung anhand von spezieller, nicht lokal erhältlicher Literatur durch einzelne Unterrichtsteilnehmer.

Unter Wertungsgesichtspunkten ist deshalb eine Auslegung der Zwecksetzung in § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG zu befürworten, die statt einer kaum gewollten Privilegierungslücke zwischen „Unterricht“ ohne Hochschulunterricht und „wissenschaftlicher Forschung“ auch die Lehre mit einbezieht. Sollte sich ein anderes Verständnis etablieren, wäre eine entsprechende Klarstellung des Gesetzgebers wünschenswert.

²⁰⁹⁸ Siehe dazu oben Einleitung C. II.; zum wissenschaftlichen Gebrauch siehe oben Teil 3 A. II. 2.

²⁰⁹⁹ Siehe oben Teil 3 C. II. 3. a).

9. Zur Verfolgung nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt

Der Richtlinie entsprechend ist die Privilegierung der wissenschaftlichen Forschung und der Veranschaulichung des Unterrichts auf nicht gewerbliche Zwecke begrenzt. Bezüglich der Einzelheiten des Begriffs wird auf die Ausführungen im Rahmen des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 verwiesen.²¹⁰⁰ Auch beim Kopienversand kommt dem Merkmal „gerechtfertigt“ keine eigenständige Bedeutung zu. Es bringt lediglich in sprachlich abgewandelter Fassung die Begrenzung auf nicht gewerbliche Zwecke zum Ausdruck.²¹⁰¹ Angesichts der Akzessorietät zu § 53 UrhG hat dies teilweise nur klarstellende Bedeutung, da bereits die Wissenschaftskopie keinen gewerblichen Zwecken mehr dienen darf. Wie bei § 52a UrhG gilt der Ausschluss gewerblicher Zwecke bei § 53a UrhG aber sowohl für die vom Besteller verfolgten Zwecke als auch für die Zwecksetzung des Versenders.²¹⁰² Insofern geht die Formulierung über eine reine Klarstellung hinaus. Denn § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG gestattet die Herstellung der Wissenschaftskopien durch einen kommerziellen Dritten, während wie bei § 52a UrhG mit dem Betrieb des Kopienversands keine kommerziellen Zwecke verfolgt werden dürfen. Die üblichen Entgelte, die beispielsweise im subito-System erhoben werden, sind, wie nach der ganz herrschenden Meinung zu § 52a UrhG, auch hier solange unschädlich, wie sie nur der Kostendeckung und nicht zur Gewinnerzielung dienen. Hier lässt sich erneut der Gedanke in Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2006//115/EG zum Vermiet- und Verleihrecht fruchtbar machen. Dort liegt keine unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche oder kommerzielle Nutzung vor, wenn beim Verleihen durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung ein Entgelt gezahlt wird, dessen Betrag das für die Deckung der Verwaltungskosten der Einrichtung erforderliche Maß nicht überschreitet.

Bemerkenswert erscheint, dass sich der Ausschluss gewerblicher Zwecke ausdrücklich nur in § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG findet und sich damit nach dem Wortlaut nur auf den elektronischen Kopienversand bezieht. Auch beim Post- und Faxversand ergibt sich die Einschränkung auf Bibliotheksebene wie bereits ausgeführt bei richtlinienkonformer Auslegung aber schon aus den Richtlinienvorgaben, da unabhängig von der Versandform nur solche Bibliotheken privilegiert werden, die keine Erwerbszwecke verfolgen.²¹⁰³ Für

²¹⁰⁰ Siehe oben Teil 3 A. II. 7.

²¹⁰¹ Siehe dazu die Ausführungen zu § 52a UrhG, Teil 3 C. II. 5. b).

²¹⁰² Siehe zu den gleichermaßen übertragbaren Ausführungen zu § 52a UrhG, Teil 3 C. II. 5. a).

²¹⁰³ Siehe oben Teil 3 E. II. 3. a), mit dem Hinweis, *de lege ferenda* gegebenenfalls eine Klarstellung vorzunehmen.

die kommerzielle Forschung scheidet wegen der engen Bindung an nicht kommerzielle wissenschaftliche Zwecke ein schrankengestützter Kopienversand in sonstiger elektronischer Form unabhängig von der Subsidiaritätsklausel in Satz 3 aus. Selbst wenn für ein Dokument kein entsprechendes Eigenangebot der Rechteinhaber besteht, bleiben kommerzielle Nutzer auf den Post- und Faxversand beschränkt, soweit sich dieser innerhalb des § 53 UrhG auch auf die Schranke zugunsten des sonstigen eigenen Gebrauchs stützen lässt. Gerade hier werden Informationen häufig aus wirtschaftlichen Gründen sehr kurzfristig benötigt.²¹⁰⁴ Dies ist im Ergebnis als Einschränkung einer zeitgemäßen Informationsversorgung kritisch zu sehen.

Für den Versender besteht erneut das Problem einer effektiven Kontrolle. In der Praxis des Kopienversands durch subito e.V. wird diese in gewissem Rahmen über die Nachverfolgung der Zahlungseingänge ausgeübt. Angesichts differenzierter Preisgestaltung für kommerzielle und nicht kommerzielle Nutzergruppen hat subito e.V. bereits in der Vergangenheit Zahlungseingänge überprüft, wenn nach Bestellungen durch „private“ Nutzer die fälligen Entgelte von Firmenkonten überwiesen wurden.²¹⁰⁵ Diese und ähnliche Vorkehrungen schließen den stets möglichen Missbrauch nicht aus, erschweren ihn aber zumindest.

10. Verlagsprivileg für den Kopienversand in sonstiger elektronischer Form

§ 53a Abs. 1 S. 3 UrhG enthält das sogenannte Verlagsprivileg, eine Subsidiaritätsklausel, die als negative Bedingung den schrankengestützten elektronischen Kopienversand nur gestattet, „wenn der Zugang zu den Beiträgen oder kleinen Teilen eines Werkes den Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird.“ Das Verlagsprivileg gilt nur für den Kopienversand in sonstiger elektronischer Form, nicht für den Versand per Post und per Fax nach S. 1.²¹⁰⁶

Darin ist im Vergleich zu den übrigen Wissenschaftsschranken der deutlichste Versuch einer Regelung des Verhältnisses zwischen Schranke und Marktangebot zu sehen.

²¹⁰⁴ Darauf weisen *Knaf/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 149 kritisch hin.

²¹⁰⁵ So die mündliche Auskunft der Leiterin von subito, Dr. Braun-Gorgon.

²¹⁰⁶ Vgl. *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 29. Zu den weitergehenden Forderungen aus Verlagsrecht vgl. *Börsenverein*, Fragen und Antworten zum „Zweiten Korb“, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 13; ähnlich *Schippa*, in: *Delp*, Das Buch in der Informationsgesellschaft, S. 159.

Gleichzeitig gehörte das Verlagsprivileg zu den umstrittensten Fragen des Zweiten Korbes.²¹⁰⁷ Das Ergebnis ist ein politischer Kompromissversuch, der im Detail alles andere als unproblematisch ist.²¹⁰⁸ Als Satz 2 der Fassung des Regierungsentwurfes enthielt die Subsidiaritätsklausel zunächst nicht die Qualifizierungen der Offensichtlichkeit und der angemessenen Bedingungen.²¹⁰⁹ Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme die vollständige Streichung des Verlagsprivilegs gefordert.²¹¹⁰ Dies wurde von der Bundesregierung abgelehnt.²¹¹¹ Die endgültige Formulierung stammt aus der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses.²¹¹² Sie relativiert dem Wortlaut nach die ursprüngliche Version zu Gunsten der Schrankenprivilegierten und bezieht dabei teilweise Elemente der Kompromisslinie mit ein, auf die sich Börsenverein und Bibliotheksverband in ihrer „Gemeinsamen Stellungnahme“ und der „Leipziger Verständigung“ im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens geeinigt hatten.²¹¹³

a) Das Verlagsprivileg vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte

Die Bundesregierung begründet die Einführung des Verlagsprivilegs im elektronischen Bereich damit, eine uneingeschränkte Gestattung auch im digitalen Umfeld sei den Verlagen nicht zumutbar, weil es deren „Primärverwertung massiv beeinträchtigen würde“ und, insoweit relativierend, „*in der Regel* auch gegen den Drei-Stufen-Test der Richtlinie verstoßen dürfte“.²¹¹⁴ Bei einer eigenen Onlineverwertung sei das Verlagsprivileg ein entscheidendes Element, um die Rechtsposition der Verleger hinreichend zu schützen.²¹¹⁵ Unter Verweis auf Preise von teils über 30 Euro pro Beitrag hielt der Bundesrat demgegenüber einen schnellen und grundrechtlich garantierten offenen Zugang zu wissenschaftlichen Informationen nicht mehr für jedermann für gewährleistet, wenn er mit der vorgesehenen Regelung „allein dem Markt überlassen“ und die „Kernaufgaben einer wissenschaftlichen Bibliothek [...] zu Gunsten des Marktes beschränkt“ würden.²¹¹⁶

²¹⁰⁷ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 33, 37.

²¹⁰⁸ Vgl. ähnlich *Spindler*, NJW 2008, 9, 13.

²¹⁰⁹ Siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 6.

²¹¹⁰ Stellungnahme des Bundesrates, a.a.O., S. 41.

²¹¹¹ Gegenäußerung der Bundesregierung, a.a.O., S. 48.

²¹¹² Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

²¹¹³ So auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 33.

²¹¹⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

²¹¹⁵ So in der Gegenäußerung auf die Stellungnahme des Bundesrates, a.a.O., BT-Drs. 16/1828, S. 48.

²¹¹⁶ Stellungnahme des Bundesrates, a.a.O., S. 41.

Bedenken gegen ein umfassendes Verlagsprivileg sind nicht neu. Nachdem bereits die Begründung zum Regierungsentwurf des Urheberrechtsgesetzes von 1965 darauf hingewiesen hatte, dass es einen regen Austausch von fotokopierten Zeitschriftenaufsätzen gebe und das praktische Bedürfnis für eine solche Handhabung kaum in Abrede gestellt werden könne,²¹¹⁷ setzte sich der Gesetzgeber bei der Urheberrechtsreform 1985 ausführlich mit einem Vorschlag des Börsenvereins auseinander, an Stelle der Bibliotheken den Kopienversand nur speziell einzurichtenden Kopierzentren der Verleger zu gestatten, soweit sich ein zur Vervielfältigung Berechtigter an sie wendete.²¹¹⁸ Dieser Vorschlag sei „nicht zu verwirklichen“ gewesen. Da die Bundesrepublik auf Wissenschaft und Forschung angewiesen sei, brauche sie ein „gut ausgebautes, schnell funktionierendes und wirtschaftlich arbeitendes Informationswesen.“ Auch deshalb habe der Gesetzgeber das Vervielfältigungsrecht zugunsten eines vereinfachten Zugangs zu Informationen eingeschränkt. Bei einer „Monopolisierung des Zugangs zu Informationen durch die vorgeschlagenen Kopierzentralen könnte dieser Zweck des Gesetzes vereitelt werden.“ Insbesondere mit Blick auf das Beispiel ausländischer Verlage sei in diesem Fall eine „prohibitive Preisgestaltung nicht auszuschließen“. Der Gesetzgeber brachte dadurch klar den Gedanken zum Ausdruck, die Sicherstellung eines gut funktionierenden und wirtschaftlich arbeitenden Informationswesens könne bei einer rein privatwirtschaftlichen Lösung vereitelt werden.²¹¹⁹

Darauf nimmt in der Kopienversandentscheidung auch der BGH ausführlich Bezug.²¹²⁰ Die Verweigerung eines Verbotsanspruchs habe den Zweck, der Allgemeinheit den Zugang zur Werknutzung zu eröffnen „und gegebenenfalls zu verhindern, dass das Ausschließlichkeitsrecht zur Forderung erhöhter Vergütungen eingesetzt wird.“²¹²¹ Bereits die Vorinstanz war auf den abgelehnten Vorschlag einer Kopierzentrale der Verleger eingegangen und hatte festgehalten, eine *expressis verbis* vom Gesetzgeber abgelehnte Verfahrensweise könne entgegen dem Klägervorhaben nicht im Prozessweg eingeführt werden. Dies widerspreche dem Gesetzeswortlaut, den denkbar klaren Materialien sowie der Funktion der Gerichte.²¹²²

²¹¹⁷ Begründung des Regierungsentwurfs vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 290.

²¹¹⁸ Siehe zum Folgenden die Begründung des Regierungsentwurfs vom 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 20.

²¹¹⁹ So wertet die Ausführungen auch *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 826.

²¹²⁰ Siehe im Einzelnen BGH NJW 1999, 1953, 1955 - *Kopienversanddienst*; zustimmend *Fröhlich*, S. 170f.

²¹²¹ Siehe im Einzelnen BGH NJW 1999, 1953, 1959 - *Kopienversanddienst*.

²¹²² OLG München, ZUM 1997, 136, 139 - *Kopienversanddienst*.

Berücksichtigt man zum einen, dass § 53a UrhG zentral der Umsetzung des Kopienversandurteils des BGH diene, und zum anderen die bis zu diesem Zeitpunkt vorherrschende Kontinuität, wäre ein uneingeschränkter Vorrang verlagseigener Angebote als klarer Bruch mit der bisherigen Linie zu werten. Den bislang abgelehnten zentralen Kopierzentren entsprächen die auf einzelne Verlage verlagerten, dadurch jedoch bezogen auf die jeweils eigenen Verlagsprodukte nicht weniger monopolartigen Positionen der Online-Anbieter, mit in der Folge mindestens vergleichbaren Gefahren im Hinblick auf die befürchtete prohibitive Preisgestaltung.²¹²³ Der entgegenstehende Wille wird auch daran deutlich, dass die Materialien schon vor der späteren ausdrücklichen Aufnahme in den Tatbestand relativierende Aussagen enthielten. Der Gesetzgeber ging von Anfang an davon aus, Rücksicht auf die Interessen der Verlage sei nur in Bezug auf eigene Angebote in elektronischer Form „zu angemessenen Konditionen“ geboten.²¹²⁴ Nur dann handele es sich auch um berechnete Interessen im Sinne des Drei-Stufen-Tests.²¹²⁵ Nach entsprechenden Forderungen²¹²⁶ wurde das Kriterium der angemessenen Bedingungen in den Wortlaut der Norm aufgenommen, um sicherzustellen, dass Nutzer nur auf angemessene Verlagsangebote verwiesen werden dürfen. Zudem wurde das Merkmal zumindest in gewissem Umfang konkretisiert.²¹²⁷

In den qualifizierenden Kriterien ist somit ein gewisses Maß an Kontinuität mit der früher deutlicheren Ablehnung eines absoluten Verbotsrechts zu sehen. Dieses kann noch immer nicht als gesetzgeberisches Ziel angesehen werden. Statt eines absoluten Verbotsrechts, eines uneingeschränkten Prinzips „zuerst der Rechtsinhaber“,²¹²⁸ war von vornherein nur ein eingeschränktes bzw. abgemildertes Vorrangverhältnis zugunsten qualifizierter verlagseigener Online-Angebote vorgesehen. Dies ist bei der Auslegung und Bewertung der Kriterien zu berücksichtigen, um den beabsichtigten Effekt,

²¹²³ Vgl. etwa erneut die Bedenken des Bundesrates in seiner Stellungnahme, BT-Drs. 16/1828, S. 41.

²¹²⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

²¹²⁵ So die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Grünen, BT-Drs. 16/1356, S. 4 f; siehe dazu schon oben, Teil 2 A. II. 2. d) aa).

²¹²⁶ Vgl. etwa *Wandtke/Grassman*, ZUM 2006, 889, 897, vor allem aber den Formulierungsvorschlag der „Leipziger Verständigung“ sowie die entsprechende ausdrückliche Forderung im Schreiben des Deutschen Bibliotheksverbands an den Rechtsausschuss vom 21.05.2007, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/stellungnahmen/DBV_an_RA_BT_zu%2053a_RegE.pdf.

²¹²⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45; siehe im Einzelnen noch unten Teil 3 E. II. 10.

²¹²⁸ Die Formulierung stammt von *Peifer*, GRUR 2009, 22, 24.

insbesondere die Verhinderung prohibitiver Preisgestaltungen, soweit wie möglich zu erreichen.

b) Der Vorrang vertraglicher Online-Verlagsangebote

Bei den Verlagsangeboten muss es sich um Angebote zum Online-Abruf im Wege der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG handeln. Andere digitale oder analoge Verlagsangebote, etwa auf körperlichen Trägern, sind unerheblich.²¹²⁹ Dies geht aus der § 19a UrhG entsprechenden Formulierung hervor, die auf die freie Wahl des Ortes und der Zeit des Werkzugangs abstellt.

Soweit teilweise auf die Anlehnung an Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 4 InfoSoc-RL verwiesen wird,²¹³⁰ trifft dies nur rein sprachlich zu. Es handelt sich bei der Subsidiaritätsklausel keineswegs um eine Umsetzung dieser Richtlinienvorgabe. Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 4 schafft eine zwingende Online-Bereichsausnahme im Spannungsverhältnis zwischen Schranken und technischen Schutzmaßnahmen. Das Verlagsprivileg in § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG regelt unmittelbar die Reichweite der Schranke. Eine Vermischung der Ebenen führt zur irreführenden Annahme, das Verlagsprivileg sei bereits aufgrund der zwingenden Vorgabe des Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 4 InfoSoc-RL erforderlich. Dieser ist jedoch nicht einschlägig.²¹³¹

Anders als nach der hier zu § 52b UrhG vertretenen Auffassung²¹³² reicht für die Vorrangwirkung bereits das bloße Angebot einer vertraglichen Vereinbarung. Entscheidend ist nach dem Wortlaut, ob der entsprechende Zugang „ermöglicht“ wird. Auch die Materialien sprechen ausdrücklich vom Vorrang des „Angebots“.²¹³³ Dieses kann im Einzelfall auch ohne beabsichtigten ausdrücklichen Vertragsschluss in einer konkludenten Einwilligung zum kostenfreien Download ohne Zugangskontrolle bestehen,²¹³⁴ soweit Beiträge nach dem Open-Access-Prinzip bereitgehalten werden, etwa im Rahmen des Springer-Modells „Springer OpenChoice“. Allerdings erscheint in diesen Fäl-

²¹²⁹ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 14; Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 30.

²¹³⁰ Nordemann-Schiffel, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 12; Knaf/Gillitzer, *Bibliotheksforum* 2008, 146, 149.

²¹³¹ Darauf verweist auch *Hilty*, *Stellungnahme Rechtsausschuss*, S. 10.

²¹³² Vgl. dazu schon oben, Teil 3 D. II. 6.

²¹³³ Siehe etwa *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses*, BT-Drs. 16/5939, S. 45; *Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Grünen*, BT-Drs. 16/1356, S. 4 f.; im Ergebnis ebenso *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 30; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 15.

²¹³⁴ Darauf verweist zu Recht *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 15.

len der Rückgriff auf kostenpflichtige und zeitverzögerte Kopienversandangebote ohnehin theoretisch.

Unklar ist rechtstatsächlich, wie hoch der Verbreitungsgrad entsprechender Verlagsangebote derzeit ausfällt, insbesondere sobald man die im einzelnen umstrittenen qualifizierenden Merkmale „offensichtlich“ und „angemessen“ einbezieht. Teilweise werden die verbleibenden Freiräume betont, wobei tatsächlich etwa zwischen Naturwissenschaften und Sozial- und Geisteswissenschaften erhebliche Unterschiede bei der Verbreitung verlagsseitiger Online-Angebote bestehen.²¹³⁵ Auch im technisch-naturwissenschaftlichen Bereich gehen stichprobenbasierte Schätzungen der TIB Hannover von einer Verbreitungsquote von 40% aus, weil insbesondere im Bereich der Konferenzliteratur, bei Forschungsberichten und sonstiger grauer Literatur keine entsprechenden Angebote existierten.²¹³⁶ Andere Analysen nehmen demgegenüber Online-Quoten von 80%²¹³⁷ oder sogar 90%²¹³⁸ an, allerdings noch ohne Berücksichtigung der Kriterien „offensichtlich“ und „angemessen“ sowie wohl auch ohne klare Unterscheidung zwischen Einzelabrufdiensten und sonstigen Angeboten. Die unterschiedlichen rechtstatsächlichen Einschätzungen werden in ihrer Bedeutung relativiert, sobald weniger auf den derzeitigen Zustand und stärker auf die zukünftige Perspektive abgestellt wird. Der Trend zu weitgehend flächendeckenden Angeboten zeichnet sich ab.²¹³⁹ Im gleichen Ausmaß, in dem verlagsseitige Einzelabrufangebote ausgebaut werden, gewinnt deren gesetzlicher Vorrang an Bedeutung.

c) Das Kriterium des „offensichtlichen“ Angebots

Der Vorrang gilt nach der Qualifizierung durch den Rechtsausschuss nur noch für offensichtliche Online-Verlagsangebote. Damit wurden Bedenken der Bibliotheken aufgegriffen, es sei ihnen kaum möglich, die Existenz von Onlineangeboten flächendeckend zu überprüfen und damit verlässlich über die Zulässigkeit eines schranken-

²¹³⁵ Müller, Bibliotheksdienst 2008, 1060, 1064.

²¹³⁶ Brammer/Rosemann/Sens, ZfBB 2008, 251, 253.

²¹³⁷ Beger, S. 42 f.

²¹³⁸ So schon 2005 eine Studie der Association of Learned and Professional Society Publishers, S. 2 der Zusammenfassung, insoweit kostenfrei erhältlich unter: http://www.alpsp.org/ngen_public/article.asp?id=200&did=47&aid=269&st=&oaoid=-1; siehe zur Verbreitung von Online-Angeboten auch schon oben Teil 3 A. II. 6. a) bb) (2).

²¹³⁹ So auch Kuhlen, Götterdämmerung, S. 258; vgl. auch die naheliegende Einschätzung des Bundesrates in seiner Stellungnahme, BT-Drs. 16/1828, S. 41.

gestützten Kopienversands zu entscheiden.²¹⁴⁰ Zuvor war die Bundesregierung, eher fragwürdig, noch davon ausgegangen, die Belastung der Bibliotheken werde sich „in zumutbaren Grenzen halten“. Die Anzahl der in Frage kommenden Fachverlage mit eigenem Online-Angebot sei überschaubar, und es sei davon auszugehen, dass das Bibliothekspersonal innerhalb kurzer Zeit mit den Angeboten und ihren Konditionen vertraut sei und die Überprüfung ohne Recherche im Einzelfall vornehmen könne.²¹⁴¹ Berücksichtigt man neben der kaum als überschaubar zu bezeichnenden Anzahl wissenschaftlicher Fachverlage, dass eine Überprüfung nicht nur verlagsspezifisch, sondern zeitschriften- und sogar beitragspezifisch erfolgen müsste, erscheint die auch in der Literatur verbreitete Ansicht realistischer, nach der eine individuelle Einzelfallrecherche im Ergebnis mit einem prohibitorischen Aufwand verbunden wäre.²¹⁴²

aa) Offensichtlichkeit bei Eintrag in die EZB

Aus den Materialien geht nicht eindeutig hervor, was unter einem offensichtlichen Angebot zu verstehen ist. Ein Angebot soll aber „jedenfalls“ offensichtlich sein, wenn es in einer Datenbank aufgeführt ist, die von den Bibliotheken und Verlagen aufgrund einer Vereinbarung zentral administriert wird.²¹⁴³ Dies nimmt auf einen Ansatz Bezug, den Bibliotheken und Börsenverein in geringfügig anderem Zusammenhang bereits in ihrer „Gemeinsamen Stellungnahme“ verfolgt haben. Auch dort sollten Verlage ihre Onlineangebote an eine zentral geführte Datenbank melden. Ausdrücklich werden beispielhaft etwa subito e.V. oder die von der Unibibliothek Regensburg administrierte Elektronische Zeitschriftenbibliothek (EZB)²¹⁴⁴ genannt.²¹⁴⁵ Ziel waren im Sinne einer pragmatischen Lösung erleichterte Recherchemöglichkeiten und Rechtssicherheit für die Lieferbibliotheken.²¹⁴⁶

Eine zentrale Rolle der EZB sieht im Anschluss an die „Gemeinsame Stellungnahme“ und die Ausführungen des Gesetzgebers auch der Nachtrag zum Subito-Rahmenvertrag vor. Für die Vertragspartner sind die aus der EZB abrufbaren Daten zu verfügba-

²¹⁴⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

²¹⁴¹ Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Grünen, BT-Drs. 16/1356, S. 4 f.

²¹⁴² *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 827; *Beger*, Bibliotheksdienst 2007, 261, 262; *Grassmann*, Kopienversand, S. 167 f.

²¹⁴³ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

²¹⁴⁴ Die EZB ist unter <http://rzblx1.uni-Regierungsentwurfnsburg.de/zeit/> erreichbar.

²¹⁴⁵ Gemeinsame Stellungnahme zu den §§ 52b und 53a UrhG, Bibliotheksdienst 2007, 257, 258, 260.

²¹⁴⁶ Vgl. dazu *Beger*, S. 42 f.

ren Pay-per-view-Diensten des Verlages maßgeblich, und zwar als Negativkriterium auch dann, wenn die EZB keine oder nur unvollständige Angaben zu den Diensten des Verlages enthält.²¹⁴⁷ Auch die inzwischen abgeschlossenen Verträge zwischen subito e.V. und der VG Wort stellen auf die EZB ab. Vor diesem Hintergrund wurde die EZB zu einem Nachweisinstrument für die Lieferfähigkeit der Verlage in Bezug auf Einzelbestellungen von Aufsätzen durch Endkunden ausgebaut. Verlage erhalten die Möglichkeit, ihre Angebote online einzutragen. Gleichzeitig wird eine Schnittstelle bereitgestellt, über die subito e.V. oder andere Anbieter den Datenbestand abfragen können.²¹⁴⁸ Das System wird es ermöglichen, bei einer Bestellung automatisiert und beitragspezifisch entscheiden zu können, ob ein verlagsseitiges Angebot besteht, führt dadurch zu einer effizienten Bearbeitung der Bestellanfragen, und ermöglicht einen direkten Verweis auf die möglichen Versandformen.²¹⁴⁹

Darin ist trotz des zusätzlichen Aufwands für die zentrale Datenbank eine erhebliche Erleichterung im Vergleich mit einer Regelung zu sehen, in der Bibliotheken in jedem Einzelfall, etwa über allgemeine Suchmaschinen, nach Verlagsangeboten suchen müssten.²¹⁵⁰ Auch Alternativen, bei denen einzelne Lieferbibliotheken sukzessive für alle von ihnen vorgehaltenen Zeitschriften die erforderlichen Informationen einholen müssten, wären schon für die einzelne Bibliothek und die einzelnen Verlage, erst Recht jedoch in der Gesamtheit mit deutlich mehr Aufwand verbunden.

bb) Probleme der Anknüpfung an die EZB

Die Idee einer zentralen Datenbank in Form der EZB ist unter verschiedenen Gesichtspunkten problematisch.²¹⁵¹ Schon in den Materialien heißt es, ein Angebot sei „jedenfalls“ dann offensichtlich, wenn es in einer zentralen Datenbank aufgeführt wird.²¹⁵² Damit ist ein solcher Eintrag positiv ein sicheres Ausschlusskriterium. Wenig-

²¹⁴⁷ Siehe Punkt 2.2.3 des Nachtrags.

²¹⁴⁸ Zu den Einzelheiten und weiteren Entwicklungen vgl. *Hutzler*, Bibliotheksdienst 2008, 169, 180.

²¹⁴⁹ *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 294; vgl. auch den Hinweis auf die Verfahrensweise bei subito e.V. nach Wiedereinführung des schrankengestützten elektronischen Kopienversands, abrufbar unter <http://www.subito-doc.de/index.php?lang=de&cpid=122&mod=page>.

²¹⁵⁰ Ein solches Verfahren hält allerdings wohl *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 17, noch für zumutbar.

²¹⁵¹ Anders sieht dies offenbar *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 32 („in der Praxis überwiegend keine größeren Probleme“).

²¹⁵² Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

ger eindeutig ist jedoch die entscheidende Frage geregelt, ob es an einem offensichtlichen Angebot sicher fehlt, wenn *kein* Eintrag vorhanden ist.²¹⁵³ Dies ist negative Tatbestandsvoraussetzung.

Der Gesetzgeber geht zwar davon aus, durch die Einrichtung einer solchen Datenbank und die mögliche Registrierung ihrer Angebote werde den Interessen der Verlage gedient. Sie könnten so gewährleisten, dass ihre Angebote offensichtlich im Sinne des § 53a UrhG seien und damit Vorrang genießen.²¹⁵⁴ Eine gesetzliche Verpflichtung wird ihnen jedoch nicht auferlegt. Die ihrerseits verbindliche vertragliche Regelung in Punkt 2.2.3 des Nachtrags zum Rahmenvertrag ist wiederum nur zwischen den Vertragsparteien verbindlich, selbst wenn sich bislang abzeichnet, dass eine große Zahl namhafter Wissenschaftsverlage entsprechende Vereinbarungen abschließt und dadurch die Bedeutung der Klausel zunimmt. Da sie den EZB-Eintrag ausdrücklich auch dann für maßgeblich erklärt, wenn in der Datenbank keine oder nur unvollständige Angaben zu den Angeboten des Verlages enthalten sind, darf eine Lieferbibliothek auf das dortige Schweigen vertrauen. Fehlende Eintragungen gehen nach dem Vertrag zu Lasten der jeweiligen Verlage. Die Eintragung ihrer Angebote und entsprechende Aktualisierungen sind deshalb deren vertragliche Obliegenheit.²¹⁵⁵

Bei nicht vertraglich gebundenen Verlagen ist die Situation weniger klar. Zwar wird es hilfreich sein, wenn der Börsenverein auch seine übrigen Mitglieder auf die Möglichkeit eines EZB-Eintrags hinweist und ausländische Verlage ebenfalls benachrichtigt werden.²¹⁵⁶ Verlässt sich jedoch eine Lieferbibliothek bei nicht vertraglich gebundenen Verlagen aus dem Ausland auf das Fehlen eines Eintrags, handelt sie auf der Basis bewussten Nichtwissens, da nie auszuschließen ist, dass der Verlag aus bloßer Unkenntnis oder, mangels Rechtspflicht, sogar bewusst keinen Eintrag vorgenommen hat. Dennoch könnte sein Pay-per-view-Angebot mittels einfacher Online-Recherche leicht zu

²¹⁵³ Vgl. auch *Knaf/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 152.

²¹⁵⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

²¹⁵⁵ *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 18 spricht, insoweit eher ungenau, sogar von einer Verpflichtung der vertraglich gebundenen Verlage. Ähnlich auch die „Gemeinsame Stellungnahme“, allerdings ohne dass klar ist, ob dies im technischen Sinne oder nicht ebenfalls nur als Obliegenheit gemeint ist, siehe Bibliotheksdienst 2007, 257, 258, 260.

²¹⁵⁶ Entsprechende Zusagen erwähnt *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 294; siehe auch den Leitfaden des Börsenvereins, abrufbar unter <http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Subito%20Leitfaden%20Februar%202008%20clean.pdf>.

finden oder in Fachkreisen zumindest potentiell bekannt sein.²¹⁵⁷ Ähnliches gilt generell für eine Übergangszeit während des Aufbaus der Datenbank, während derer kaum verbindliche Rückschlüsse aus dem Fehlen eines Eintrags möglich erscheinen.²¹⁵⁸

Käme man deshalb auch bei negativem EZB-Eintrag zu individuellen Recherchepflichten, würde dies die Existenz der EZB und des Offensichtlichkeitskriteriums weitgehend negieren und ihre Bedeutung entwerten. Ob dies Gerichten im Einzelfall genügen wird, um dem pragmatischen Regelungsversuch der beteiligten Kreise über die vertraglich gebundenen Parteien hinaus Allgemeinwirkung zukommen zu lassen, ist eine offene Frage, die zu entsprechender Rechtsunsicherheit führt. Soweit sich das EZB-gestützte System zumindest zwischen den Vertragspartnern als praktikabel etabliert, könnte der Gesetzgeber Erleichterung schaffen, indem er sich auch auf gesetzlicher Ebene deutlicher zu diesem Lösungsansatz bekennt. Er könnte das Kriterium der Offensichtlichkeit entsprechend legal definiert, und so eine gesetzliche Obliegenheit aller Verlage herbeiführen. Bis dahin kann allenfalls von hinreichender, nicht jedoch von echter Rechtssicherheit für die Lieferbibliotheken die Rede sein.²¹⁵⁹ Gewährleistet wird sie weniger durch die gesetzliche Regelung, als vielmehr durch die in Teilbereichen durch die VG Wort abgeschlossenen Verträge, die ebenfalls auf die EZB Bezug nehmen und zugunsten von subito e.V. eine Freistellungsklausel enthalten.²¹⁶⁰

Darüber hinaus ist die EZB-Datenbank auf den Nachweis von Zeitschriftenangeboten begrenzt. § 53a UrhG bezieht jedoch kleine Teile von Werken mit ein, also etwa Auszüge oder Kapitel aus sonstigen Druckerzeugnissen. Hierzu lässt sich zwar vertreten, dass zumindest derzeit entsprechende Einzelabrufangebote weitaus weniger verbreitet und zudem mangels zentralen Nachweises nicht offensichtlich im Sinne der Norm sind. Mit zunehmenden Angeboten dürfte aber auch dort die Bereitschaft der Kopienversender sinken, Prozessrisiken zu tragen. Dann könnten auch dort ähnliche Datenbanken eine zentrale Rolle spielen.²¹⁶¹ Deutlich wird dies daran, dass beispiels-

²¹⁵⁷ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 32, stellt zu Recht auf einen objektiven Maßstab der Kenntnis ab.

²¹⁵⁸ *Müller*, *Bibliotheksdienst* 2008, 1060, 1064, verweist als Momentaufnahme darauf, dass „bisher höchstens 5% aller verfügbaren Titel“ von der EZB erfasst würden.

²¹⁵⁹ Nur von „hinreichender Sicherheit“ spricht generell in diesem Zusammenhang auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 53a Rn. 16.

²¹⁶⁰ Siehe dazu im Detail noch unten Teil 3 E. IV. 3.

²¹⁶¹ Denkbar erscheint für online erhältliche Auszüge aus Literatur in Buchform etwa eine Anbindung an die Branchenplattform Libreka, www.libreka.de, auf der es derzeit jedoch noch an Möglichkeiten fehlt, auch Teile von Werken im Einzelabruf zu bestellen.

weise die TIB Hannover bereits mit erheblichem Aufwand eine interne Datenbank für den Bereich der grauen Literatur aufbaut.²¹⁶²

cc) Zwischenfazit

Auf Grundlage der gesetzlichen Regelung einschließlich der Materialien gibt es zwar mit der Einbeziehung der EZB als zentraler Nachweisdatenbank Bestrebungen, das Kriterium des offensichtlichen Angebots zumindest im Bereich der Zeitschriftenangebote zu konkretisieren. Gleichzeitig kommt dem nicht die gleiche Allgemeingültigkeit zu, wie es die gesetzliche Regelung entsprechender Eintragungsobliegenheiten vermocht hätte. Daher verbleibt ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit, das derzeit in erster Linie durch Freistellungsklauseln der VG Wort abgemildert wird. Darüber hinaus fehlt eine entsprechende Regelung für sonstige Literatur, soweit auch der Kopienversand von Teilen anderer Werke ermöglicht werden soll, wie es § 53a UrhG vorsieht.

d) Das Kriterium der „angemessenen Bedingungen“

Als zweite durch den Rechtsausschuss vorgenommene Ergänzung muss das Angebot ausdrücklich zu angemessenen Bedingungen erfolgen, nachdem dies zuvor nur aus den Materialien hervorging.²¹⁶³ Die endgültige Fassung nimmt dadurch in abgewandelter Form stärker ein Element der „Gemeinsamen Stellungnahme“ und der „Leipziger Verständigung“ auf.²¹⁶⁴ Die angedachte Bedeutung des Kriteriums wird aus den Materialien deutlich. Schon im Gesetzentwurf ging die Bundesregierung davon aus, das Verlagsprivileg zum Schutz der Verlagsinteressen sei nur insoweit geboten, als deren eigene Angebote zu angemessenen Konditionen erfolgen.²¹⁶⁵ Die Zugänglichkeit müsse jeweils im vom Besteller gewünschten Umfang gegeben sein. Ein Besteller, der nur einen einzelnen Beitrag einer Fachzeitschrift lesen wolle, solle nicht andere von ihm nicht benötigte Zeitschriftenbeiträge im Paket oder in Form umfangreicherer Abonnementangebote erwerben müssen.²¹⁶⁶ Bei den Eigenangeboten muss es sich also um entsprechende Einzelabrufangebote handeln.²¹⁶⁷ Ein zusätzlicher Aspekt ist ausdrücklich die

²¹⁶² *Brammer/Rosemann/Sens*, ZfBB 2008, 251, 254.

²¹⁶³ Siehe dazu schon oben, Teil 3 E. II. 10. a).

²¹⁶⁴ Siehe insbesondere die „Leipziger Verständigung“, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokument/LeipzigerVerstaendigung_070323.pdf

²¹⁶⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

²¹⁶⁶ A.a.O., S. 28; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

²¹⁶⁷ So auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 35. Dies setzt auch die oben dargestellte Klausel des Nachtrags zum subito-Rahmenvertrag um, wenn sie bei den in die EZB einzutragenden Verlagsangeboten nur auf Pay-per-view-Angebote abstellt und Abonnementangebote unberücksichtigt bleiben.

allerdings nicht näher konkretisierte Gewährleistung eines dauerhaften, zuverlässigen Werkzeugzugangs.²¹⁶⁸

aa) Das preisbezogene Element der angemessenen Bedingungen

Wesentliches Element der angemessenen Bedingungen ist ein preisbezogenes Kriterium.²¹⁶⁹ Die Bundesregierung hat ihr entsprechendes Verständnis auf eine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zum Ausdruck gebracht und festgestellt, das Kriterium der angemessenen Konditionen sei „wirtschaftlich zu verstehen“: Der erhobene Preis müsse kostendeckend sein und eine angemessene Vergütung beinhalten, dürfe das Interesse des Nutzers an dem Online-Zugriff auf das betroffene Werk jedoch nicht unangemessen ausnützen. Eine nähere Konkretisierung sei in allgemeiner Form nicht möglich. Wesentliches Kriterium bei der Preisgestaltung werde aber wie bereits ausgeführt die Möglichkeit eines selektiven Erwerbs einzelner Beiträge sein.²¹⁷⁰ In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses heißt es schließlich: „Ob die Bedingungen angemessen sind, wird im Einzelfall unter Heranziehung dessen zu beurteilen sein, was gemäß § 32 Abs. 2 S. 2 im Geschäftsverkehr üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.“²¹⁷¹

(1) Üblichkeit und Redlichkeit nach § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG

Mit dem Verweis auf § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG wird ein Ansatz aus der „Gemeinsamen Stellungnahme“ sowie der „Leipziger Verständigung“ aufgegriffen. Dort sollte die Angemessenheit der Bedingungen im Rahmen einer vorgeschlagenen Zwangslizenzlösung unter Heranziehung dessen beurteilt werden, was im Geschäftsverkehr üblicher- und redlicherweise zu leisten ist, und was nach den einschlägigen Tarifen der Verwertungsgesellschaft zu zahlen wäre.²¹⁷² Angesichts dieser Zusammenschau zielte der Konsens als Lizenzgebühr auf eine Vergütungshöhe zwischen einer Verwertungstantieme und einem Marktpreis ab, so dass die Lizenzgebühr im Ergebnis unter dem Marktpreis gelegen hätte.²¹⁷³ Der in der „Gemeinsamen Stellungnahme“ enthaltene Verweis auf die

²¹⁶⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

²¹⁶⁹ So im Ergebnis auch *Knafl/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 152; *Schejal/Mantz*, CR 2008, 715, 720; auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 35.

²¹⁷⁰ Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Bt-Drs. 16/1356, S. 5.

²¹⁷¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45, die erneut auch die selektiven Bezugsmöglichkeiten erwähnt.

²¹⁷² Gemeinsame Stellungnahme zu den §§ 52b und 53a UrhG, Bibliotheksdienst 2007, 257, 258, ebenso die „Leipziger Verständigung“.

²¹⁷³ So die auch an den Verhandlungen beteiligte *Beger*, Bibliotheksdienst 2007, 261, 263.

Tarife der Verwertungsgesellschaften fehlt in den Materialien. Ebenfalls unberücksichtigt geblieben ist der Vorschlag der „Leipziger Verständigung“, ein paritätisch besetztes Gremium zu bilden, dessen Aufgabe die Prüfung strittiger Einzelfälle und die Erarbeitung von Regeln für angemessene Bedingungen sein sollte.²¹⁷⁴

Bei der statt dessen erfolgten Bezugnahme auf § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG ist zu beachten, dass es bei der durch das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern eingefügten Norm um die urhebervertragsrechtliche Problematik der angemessenen Vergütung im Verhältnis zwischen Urheber und Verwerter geht.²¹⁷⁵ Die Bestimmung der Höhe einer angemessenen Vergütung des Urhebers ist von der bei § 53a UrhG entscheidenden Frage zu unterscheiden, ob der vom Verwerter im Rahmen des Pay-per-view vom Nutzer verlangte Preis angemessen ist. Während § 32 UrhG zu niedrig bemessene Vergütungen zum Schutz des Urhebers gegebenenfalls nach oben korrigiert, geht es bei § 53a UrhG umgekehrt darum, dass ein Pay-per-view-Angebot bei überhöhten Preisforderungen eines Verlegers nicht mehr als angemessen gilt und deshalb dem schrankengestützten Kopienversand nicht entgegensteht.²¹⁷⁶ Dem Gesetzgeber kann es bei dem Verweis angesichts der unterschiedlichen Konstellationen deshalb nur darum gegangen sein, zur Bestimmung der Angemessenheit im Einzelfall die bei § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG angewendeten generellen Kriterien zu verwenden, insbesondere also die Frage, was im Geschäftsverkehr üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.²¹⁷⁷ Bereits im Kontext des § 32 UrhG sollte die Legaldefinition in Abs. 2 S. 2 der befürchteten Rechtsunsicherheit entgegenwirken.²¹⁷⁸ Die dazu in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze können herangezogen werden, soweit dem nicht die unterschiedlichen Konstellationen entgegenstehen.²¹⁷⁹

²¹⁷⁴ Siehe die Erläuterungen zur „Leipziger Verständigung“. Angedacht war eine Beteiligung der Autoren, Verleger, Bibliotheken und Unterhaltsträger, sowie eine Erwähnung in der Gesetzesbegründung zwecks Legitimation des Gremiums, vgl. zu letzterem die Erläuterungen von *Beger*, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokumentel/Erlaeuterungen-zu-52b-und-53a_22_03_07.pdf.

²¹⁷⁵ Vgl. statt vieler etwa *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 32 Rn. 1 ff. Anspruchsverpflichteter des Anspruchs des Urhebers ist sein unmittelbarer Vertragspartner, ebd. Rn. 17.

²¹⁷⁶ Darauf verweist zutreffend auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 34.

²¹⁷⁷ So ja auch ausdrücklich die Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 45; vgl. auch *Langhoff/Oberndörfer/Jani*, ZUM 2007, 593, 598.

²¹⁷⁸ Siehe die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern, BT-Drs. 14/8058, S. 18.

²¹⁷⁹ Ohne diese Einschränkung auch *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 295.

Für die Üblichkeit eines Preises ist demnach unter Heranziehung der bei § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG gebildeten Grundsätze in erster Linie auf die jeweilige Branchenübung abzustellen.²¹⁸⁰ Möglicher Bezugspunkt ist etwa das Preisniveau von Pay-per-view-Angeboten für qualitativ vergleichbare Beiträge im jeweiligen Fachsegment. Bei einem Angebot, das ohne ersichtlichen Grund weit über aussagekräftigen Durchschnittspreisen liegt, kann es deshalb schon an der Üblichkeit fehlen.²¹⁸¹

Mit der Redlichkeit ist ein zusätzliches normatives Korrektiv zu berücksichtigen.²¹⁸² Der Gesetzgeber sah im Rahmen des § 32 UrhG ein Bedürfnis für eine „wertende Korrektur“, sofern eine übliche Branchenpraxis insgesamt nicht dem Maßstab der Redlichkeit entspricht.²¹⁸³ Im Kontext des Urhebervertragsrechts beruhte dies auf dem dort zugrundegelegten Verständnis, den Urheber vor einem strukturellen Ungleichgewicht schützen zu müssen.²¹⁸⁴ Im Rahmen der Redlichkeit sollen zu diesem Zweck neben der Interessenlage der Verwerter gleichberechtigt die Interessen der Urheber berücksichtigt werden.²¹⁸⁵

Dem entspricht die Konstellation bei der Preisbildung für Pay-per-view-Angebote im Wissenschaftsbereich insoweit, als hier wie dargestellt die fehlende Substituierbarkeit einer singular bei einem Verlag erhältlichen urheberrechtlich verkörperten Information ebenfalls zu einem potentiellen Ungleichgewicht führt, das die Nachfragemacht der Nutzerseite einschränkt und auch angesichts der tatsächlichen Preisentwicklungen einen funktionierenden Preiswettbewerb zweifelhaft erscheinen lässt.²¹⁸⁶ Soweit in bestimmten Wissenschaftssegmenten die für den Einzelabruf geforderten Preise zumindest auch auf derartigen Marktunvollkommenheiten beruhen, lassen sie sich mangels Redlichkeit nicht mehr als angemessen bezeichnen.²¹⁸⁷ Entsprechende Bedenken des Gesetzgebers werden deutlich, wenn die Bundesregierung erklärt, die Preisbildung dür-

²¹⁸⁰ Vgl. dazu etwa Grunert, in: *Wandtke/Bullinger*, § 32 Rn. 28; Schulze, in: *Dreier/Schulze*, § 32 Rn. 54; Schrickler, in: *Schrickler*, § 32 Rn. 30.

²¹⁸¹ Darauf weist auch Talke, Bibliotheksdienst 2008, 288, 295 hin.

²¹⁸² Ausführlich dazu Schrickler, in: *Schrickler*, § 32 Rn. 31 ff.; Grunert, in: *Wandtke/Bullinger*, § 32 Rn. 29.

²¹⁸³ Siehe die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, S. 18, mit dem konkreten Beispiel der Vergütung für literarische Übersetzer.

²¹⁸⁴ Vgl. Schulze, in: *Dreier/Schulze*, § 32 Rn. 50; Kotthoff, in: *HK-UrhR*, § 32 Rn. 37.

²¹⁸⁵ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, S. 18; dazu auch Czychowski, in: *Fromm/Nordemann*, § 32 Rn. 45.

²¹⁸⁶ Vgl. zu diesem Aspekt die Ausführungen oben unter Teil 1 E. I. und IV.

²¹⁸⁷ So auch Talke, Bibliotheksdienst 2008, 288, 295.

fe das Interesse des Nutzers am Online-Zugriff auf das betroffene Werk nicht unangemessen ausnutzen.²¹⁸⁸ Dies spiegelt in Kontinuität mit der früheren Ablehnung von Kopierzentren der Verleger wider, dass der Gesetzgeber aus Zweifeln an seinem Funktionieren die wissenschaftliche Informationsversorgung – eigentlich - nicht allein den Kräften des Marktes überlassen will.

(2) Zwangslizenz, Schranke oder Einführung einer Preiskontrolle ins Urheberrecht?

Die Beschränkung des Verlagsprivilegs auf preislich angemessene verlagsseitige Angebote wird teilweise als Einführung eines „systemwidrigen kartellrechtlichen Instruments der Preiskontrolle ins Urheberrecht“ angesehen.²¹⁸⁹ Tatsächlich handelt es sich dogmatisch um Neuland. Im Rahmen der „Gemeinsamen Stellungnahme“ und der „Leipziger Verständigung“ hatte sich der Lösungsansatz zumindest begrifflich noch stärker am Instrument der Zwangslizenz orientiert. Dieses ist zwar selten und birgt seinerseits in praktischer Hinsicht Probleme, ist aber dennoch dogmatisch etabliert.²¹⁹⁰ Ihr wesentlicher Gedanke ist es, dass die Nutzung nicht aufgrund einer gesetzlichen Lizenz automatisch möglich ist, sondern durch den Rechteinhaber zuvor lizenziert werden muss. Lediglich seine Zustimmung wird notfalls durch das zuständige Gericht ersetzt, das dann auch die Höhe der angemessenen Lizenzgebühr festzusetzen hat. Die „Gemeinsame Stellungnahme“ und die „Leipziger Verständigung“ sahen, dem noch entsprechend, primär eine Pflicht der Verleger vor, bei Werken, bei denen auch verlagseigene Online-Abfrageangebote bestehen, den öffentlichen Bibliotheken den elektronischen Kopienversand zu angemessenen Bedingungen zu gestatten. Die prozessuale Umsetzung dieser Verpflichtung wurde nicht näher erläutert. Die angemessenen Bedingungen waren jedenfalls eigentliches, notfalls im Wege der Zwangslizenz herbeizuführendes Ziel, und bezogen sich auf die Bedingungen für die Einräumung einer Lizenz für den Kopienversand.²¹⁹¹ Erst sekundär sollte auch für den elektronischen Kopienversand die gesetzliche Lizenz greifen, wenn der Verleger keine Eintragung sei-

²¹⁸⁸ Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 16/1356, S. 5.

²¹⁸⁹ So ausdrücklich *Sprang/Ackermann*, Kommunikation & Recht 2008, 7, 9; kritisch auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 36; *Czychowski/Nordemann*, NJW 2008, 1571, 1573.

²¹⁹⁰ Vgl. etwa *Hilty*, in: *Hilty/Drexler/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 128 ff.; *ders.*, GRUR 2009, 633, 641 ff.

²¹⁹¹ Siehe die Gemeinsame Stellungnahme zu den §§ 52b und 53a UrhG, Bibliotheksdienst 2007, 257, 258, sowie die „Leipziger Verständigung“, § 53a Abs. 3.

nes Angebots in der dafür vorgesehenen EZB-Datenbank vornimmt²¹⁹² bzw. wenn der Verleger offensichtlich unangemessene Bedingungen stellt.²¹⁹³

Mit diesem zweistufigen System verlassen allerdings „Gemeinsame Stellungnahme“ und „Leipziger Verständigung“ trotz der Verwendung des Begriffs den eigentlichen Bereich einer dogmatisch etablierten Zwangslizenzregelung. Diese schafft einen Anspruch auf einen notfalls gerichtlich herbeigeführten Lizenzabschluss, jedoch nicht das Recht, bei Verweigerung angemessener Bedingungen auf eine Schranke als gesetzliche Lizenz zurückgreifen zu können. Auch daran könnte es gelegen haben, dass das Bundesjustizministerium den Formulierungsvorschlag der „Leipziger Verständigung“ aus „gesetzes-systematischen“ Gründen zurückgewiesen hat.²¹⁹⁴

Bei dem anschließend vom Gesetzgeber selbst gewählten Lösungsansatz, der auf Zwangslizenzelemente ganz verzichtet, geht es jedoch ebenfalls nicht um eine etablierte dogmatische Konstruktion. Es handelt sich dabei um eine Schranke, die unter die negative Bedingung eines einseitigen, auch preislich angemessenen und offensichtlichen verlagsseitigen Angebots für Pay-per-view-Nutzungen gestellt wird. Fehlt es daran, greift die Schranke, ohne dass die Möglichkeit bestünde, auf angemessene Bedingungen des verlagsseitigen Angebots hinzuwirken. Dabei sieht der Gesetzgeber zwar eine große Nähe zwischen dem elektronischen Kopienversand und verlagseigenen Onlineangeboten und will letztere deshalb durch das Verlagsprivileg vor einem Eingriff in diesen Markt der Verlage schützen.²¹⁹⁵ Gleichzeitig besteht zwischen dem Produkt „elektronischer Kopienversand als grafische Datei“ und dem Produkt des Volltextabrufs im Pay-per-view ein qualitativer Unterschied angesichts des Zeitverlustes und der Formatbeschränkung mit entsprechend geringeren Nutzungsmöglichkeiten.²¹⁹⁶ Der Preis für das gesonderte Verlagsprodukt „Online-Einzelabruf“ wird als externer Referenzpunkt zur negativen Bedingung der Schranke, die dann den davon zu unterscheidenden schrankengestützten elektronischen Kopienversand gestattet.

²¹⁹² So die konkrete Regelung in der Gemeinsamen Stellungnahme, a.a.O.

²¹⁹³ So die konkrete Regelung in der „Leipziger Verständigung“, a.a.O.

²¹⁹⁴ Vgl. die Ausführungen von *Beger* in einem erläuternden Schreiben des Bibliotheksverbands an den Rechtsausschuss des Bundestages vom 21.05.2007, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/stellungnahmen/DBV_an_RA_BT_zu%2053a_RegE.pdf.

²¹⁹⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

²¹⁹⁶ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, S. 41; siehe auch *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 11; ebenso *Nolte*, S. 127 f.

Somit kommt es in der Tat zu einer Preisüberprüfung auf Tatbestandsseite des § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG mit Auswirkungen auf die Anwendbarkeit der Schranke. Eine echte Preiskontrolle auf Rechtsfolgenseite findet jedoch nicht statt. Dem Verlag bleibt die Preissetzungsfreiheit in Bezug auf sein Pay-per-view-Angebot erhalten. Ist das jeweilige Angebot als unangemessen zu werten, entfällt lediglich der ansonsten umfassendere Schutz vor den möglicherweise mit dem elektronischen Kopienversand als *aliud* verbundenen mittelbaren Eingriffen in die eigene Verwertung. Dies deckt sich mit den zutreffenden Erwägungen des Gesetzgebers, eine entsprechende Rücksicht auf die Interessen der Verlage sei nur insoweit geboten und über den Drei-Stufen-Test gewährleistet, als deren Eigenangebote zu angemessenen Konditionen gemacht werden, und ist insoweit folgerichtig.²¹⁹⁷

Das Kriterium preislich angemessener Konditionen ist deshalb keine Form echter kartellrechtlicher Preiskontrolle. Indem es bei unangemessen hohen Preisen für Einzelabrufangebote die Möglichkeit des schrankengestützten Kopienversands erhält, folgt es im Sinne der Kontinuität dem schon vom BGH betonten Ansatz, die Verweigerung eines umfassenden Verbotsanspruch habe den Zweck, der Allgemeinheit den Zugang zur Werknutzung zu eröffnen und gegebenenfalls zu verhindern, dass Ausschließlichkeitsrechte zur Forderung überhöhter Vergütungen eingesetzt werden.²¹⁹⁸

bb) Kritik am Kriterium der angemessenen Bedingungen

Der gesetzgeberische Ansatz, das Verlagsprivileg allein auf Angebote zu angemessenen Bedingungen zu begrenzen, ist in der Theorie zu begrüßen. Angemessene Bedingungen sind als Ziel ähnlich konsensfähig wie die noch abstraktere Zielsetzung „gerechter“ Gesetzgebung. Trotz vorgebrachter dogmatischer Zweifel konnte auch der Börsenverein einer ähnlichen Regelung in der „Gemeinsamen Stellungnahme“ und der „Leipziger Verständigung“ zustimmen. Die praktischen Probleme bei der Anwendung der Norm zeichnen sich jedoch bereits daran ab, dass dies seitens des Börsenvereins in der Erwartung geschah, die mit dem Kriterium verbundenen Fragen würden akademischer Natur bleiben, weil bezogen auf die dort vorgesehenen Lizenzeinräumungen unzweifelhaft angemessene Konditionen für die Lizenzierung des Dokumentversands eingeräumt werden würden.²¹⁹⁹

²¹⁹⁷ Siehe dazu schon oben, Teil 3 E. II. 10. a).

²¹⁹⁸ So BGH NJW 1999, 1953, 1959 – *Kopienversanddienst*; darauf verweisen im Rahmen der Angemessenheit bei § 53a UrhG ausdrücklich auch *Wandtke/Grassman*, ZUM 2006, 889, 897.

²¹⁹⁹ *Sprang/Ackermann*, Kommunikation & Recht 2008, 7, 9.

Mit der Vorhersage einer letztlich eher akademischen Frage dürfte der Börsenverein im Ergebnis recht behalten, allerdings gerade deshalb, weil seine Grundannahme von den „unzweifelhaft angemessenen Bedingungen“ keineswegs konsensfähig ist. Was angemessen ist, insbesondere was preislich dem normativen Kriterium der Redlichkeit entspricht, bleibt trotz des Versuchs einer gewissen Konkretisierung durch den Gesetzgeber unklar.²²⁰⁰ Eine weitere Konkretisierung hielt der Gesetzgeber in allgemeiner Form nicht für möglich,²²⁰¹ wohl nicht ganz zu Unrecht angesichts der Vielfalt gerade wissenschaftlicher Publikationen.

Angesichts der maßgeblichen Bedeutung der „angemessenen Bedingungen“ ist es dennoch zu bedauern, dass keine weitere Konkretisierung gelungen ist. Einen Vorschlag hatte der Bibliotheksverband gemeinsam mit der am Ende berücksichtigten Forderung unterbreitet, die Angemessenheit in den Normwortlaut aufzunehmen. Dabei wurde der Gedanke aus der „Leipziger Verständigung“ wieder aufgenommen, auf Vereinbarungen der beteiligten Interessengruppen zurückzugreifen. Der offenbar mit dem Börsenverein abgestimmte Formulierungsvorschlag lautete: „Angemessen sind die Bedingungen, wenn die Tarifgestaltung der Berechtigten auf die wissenschaftliche oder kulturelle Aufgabe der Bibliotheken Rücksicht nimmt oder wenn zwischen den Rechtsinhabern oder Vereinbarungen von Rechtsinhabern und Vereinigungen öffentlicher Bibliotheken ein Gesamtvertrag vereinbart wird.“²²⁰² Verbunden wurde dies mit einem Lösungsansatz des Bundesjustizministeriums, der bei fehlender Einigung über die angemessenen Bedingungen die Möglichkeit der Hinterlegung streitiger Differenzbeträge vorsah, sowie mit der Möglichkeit der Anrufung einer Schiedsstelle nach dem UrhWahrnG.²²⁰³ Ob dies unter Praktikabilitätsgesichtspunkten im Massengeschäft des Kopienversands erfolversprechend wäre, erscheint zumindest zweifelhaft. Die Grund-

²²⁰⁰ Vgl. *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 258; *Grassmann*, Kopienversand, S. 167; *Scheja/Mantz*, CR 2008, 715, 720; *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 297; eine Konkretisierung hatten zuvor insbesondere *Wandtke/Grassman*, ZUM 2006, 889, 897 gefordert; siehe auch die Kritik bei *Nolte*, S. 140.

²²⁰¹ Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Bt-Drs. 16/1356, S. 5.

²²⁰² So der Vorschlag im Schreiben des Bibliotheksverbands an den Rechtsausschuss des Bundestages vom 21.05.2007, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/stellungnahmen/DBV_an_RA_BT_zu%2053a_RegE.pdf.

²²⁰³ Die Hinterlegungsklausel hatte der DBV zuvor noch wegen Praktikabilitätsbedenken im Massengeschäft abgelehnt, siehe im Einzelnen das zitierte Schreiben sowie die weiteren Ausführungen in der Reaktion an das BMJ, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/stellungnahmen/DBV_Anschreiben_53a_Erlaeuterung_270407.pdf.

konstellation bliebe jedenfalls unverändert. Was Verleger und Nutzer im Einzelfall für angemessen bzw. redlich halten, ist häufig alles andere als deckungsgleich und birgt großes Konfliktpotential,²²⁰⁴ was sich auch in den teilweise hitzig geführten Debatten über Zeitschriftenpreise widerspiegelt.²²⁰⁵ Während einige Stimmen zumindest für die derzeit im deutschsprachigen Raum erhältlichen Online-Angebote generell nicht von prohibitiver Preisgestaltung ausgehen,²²⁰⁶ wird dies von anderen, nicht zuletzt vom Bundesrat, kritischer beurteilt.²²⁰⁷

Das Problem, unbestimmte Rechtsbegriffe wie Angemessenheit und Redlichkeit mit Inhalt zu füllen, ist nicht neu. Schon vor der gesetzlichen Regelung in § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG musste etwa die angemessene Vergütung bei Rechtsverletzungen regelmäßig im Rahmen der Lizenzanalogie zur Schadensersatzberechnung bestimmt werden.²²⁰⁸ Dort ist jedoch insbesondere die zeitliche Konstellation eine andere, da ein Gericht *ex post* über einen Einzelfall entscheiden und die konkrete Schadensersatzhöhe bzw. die Höhe der zusätzlichen Vergütung nach § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG festlegen muss. Bei § 53a UrhG entspricht die Konstellation eher der Situation bei Zwangslizenzregelungen, wo bei fehlender Einigung der Parteien die Höhe der Lizenzvergütung *vor* Beginn der Nutzungshandlung gerichtlich bestimmt wird. Gleichzeitig unterscheidet sich § 53a UrhG auch hiervon, da die Angemessenheit der Bedingungen nicht durch ein Gericht beurteilt wird, sondern die Entscheidung zunächst dem Schrankenberechtigten selbst obliegt. Eine gerichtliche Kontrolle erfolgt allenfalls nachträglich in einem möglichen Verletzungsverfahren, in dem die Bibliothek sich auf § 53a UrhG berufen und das Fehlen eines angemessenen Angebots angesichts der Ausgestaltung der Norm darlegen und auch beweisen müsste. Das verhindert zwar zeitliche Verzögerungen, lässt aber angesichts der nur vagen Kriterien und der Auseinandersetzungen über die Preisgestaltung der Verlage die Bibliotheken mit der Entscheidung allein. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit kann dazu führen, dass Bibliotheken von der im öffentlichen Interesse liegenden Schrankenregelung keinen Gebrauch machen.²²⁰⁹

²²⁰⁴ So sehr anschaulich *v. Lucius*, ZfBB 2008, 269, 271.

²²⁰⁵ Zu den unterschiedlichen Perspektiven vgl. etwa *Meckes*, Information Services & Use 2007, 221, 223.

²²⁰⁶ So etwa *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 16.

²²⁰⁷ Siehe erneut die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, S. 41; siehe auch *Wandtke/Grassman*, ZUM 2006, 889, 897.

²²⁰⁸ Vgl. etwa *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 32 Rn. 47.

²²⁰⁹ So im Zusammenhang des § 52b UrhG und auch deshalb im Ergebnis dort gegen eine Einführung des Vorrangs von bloßen – angemessenen – Vertragsangeboten das OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2010, 1, 3 – *Elektronische Leseplätze*.

Da dem Kriterium der Angemessenheit bislang die nötige Rechtssicherheit fehlt und die Bibliotheken das Prozessrisiko tragen, entsteht faktische Rechtssicherheit in der Praxis durch das schlichte Entfallen des einschränkenden Kriteriums. Bei der TIB Hannover beispielsweise spielt das Kriterium der Angemessenheit allenfalls hinsichtlich der Frage eine Rolle, ob überhaupt ein selektiver Einzelabruf im Wege des Pay-per-view möglich ist. Eine Überprüfung anderer Komponenten der Angemessenheitskontrolle, insbesondere preisbezogener Aspekte, findet nicht statt.²²¹⁰ Auch subito e.V. klammert das Kriterium aus, und lässt jedes über die EZB nachgewiesene und damit offensichtliche Angebot unabhängig vom Preis ausreichen. Der Nachtrag zum Rahmenvertrag nimmt ebenfalls nicht auf das Kriterium Bezug, sondern regelt in Punkt 2.2.3 lediglich die Offensichtlichkeit des Angebots. Gleiches gilt für die vertraglichen Vereinbarungen zwischen subito e.V. und der VG Wort samt ihrer Haftungsfreistellung.

Während teilweise Kritik an der entsprechenden Zurückhaltung der Bibliotheken geäußert wird,²²¹¹ erscheint eine entsprechend vorsichtige Verfahrensweise angesichts der bestehenden Prozessrisiken zumindest verständlich.²²¹² Solange Bibliotheken diese Risiken scheuen und nicht zumindest im Einzelfall letztlich höchstrichterliche Entscheidungen mit entsprechender Präzedenzwirkung gefällt werden, verkommt die Einschränkung der nur unscharf zu definierenden Angemessenheit im Ergebnis zur Leerformel, und auch preislich unangemessene Verlagsangebote werden den elektronischen Kopienversand blockieren.²²¹³ Dies steht im deutlichen Widerspruch zur Zielsetzung des Gesetzgebers, wie sie aus den Materialien und der Vorgeschichte des § 53a UrhG deutlich wird.

²²¹⁰ Siehe dazu die Darstellung der entsprechenden internen Ablaufdiagramme zur Prüfung der im Einzelfall zulässigen Versandmodalitäten bei *Brammer/Rosemann/Sens*, ZfBB 2008, 251, 254 f.

²²¹¹ Vgl. etwa *Talke*, Bibliotheksdienst 2008, 288, 297.

²²¹² Auf die Rechtsunsicherheit verweisen auch die Stellungnahmen der Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 35, sowie DIE LINKE, a.a.O., S. 39 („Bibliotheken werden das Haftungsrisiko einer Fehleinschätzung scheuen“), jeweils mit der Forderung nach einer Streichung des Verlagsprivilegs; dafür auch schon *Grassmann*, Kopienversand, S. 169; *Köcher/Bajon/Beger/Höfner*, Stellungnahme Aktionsbündnis, S. 27; zur Rechtsunsicherheit siehe auch *Knaf/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 152.

²²¹³ *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 258.

e) Zusammenfassende Kritik an der Ausgestaltung des Verlagsprivilegs

Festzuhalten ist als Fazit zur konkreten Ausgestaltung des Verlagsprivilegs, dass es in der Theorie und hinsichtlich seiner Ziele zwar noch weitgehend konsensfähig erscheint, in der Anwendung jedoch große Probleme bereitet und kaum praktikabel ist.²²¹⁴ Dies gilt in Bezug auf offene Einzelfragen teilweise auch für das Kriterium der Offensichtlichkeit, vor allem aber für den unbestimmten Begriff der Angemessenheit einschließlich seiner letztlich normativen Elemente. Die bestehende Rechtsunsicherheit und die dadurch bedingte eingeschränkte Praktikabilität gehen auch aufgrund der Darlegungs- und Beweislast derzeit zu Lasten der Schrankennutzer. Unklarheiten und Prozessrisiken hemmen in erster Linie die Bibliotheken, die sich andernfalls auf die Schranke berufen könnten. Während der Gesetzgeber die Informationsversorgung ausdrücklich nicht der Preisgestaltung der privatwirtschaftlichen Anbieter ausliefern wollte, geschieht dies für den elektronischen Kopienversand im Ergebnis nun doch weitestgehend.²²¹⁵ Die im Gesetzgebungsverfahren auf Druck der Bibliotheken eingeführten Kriterien der Offensichtlichkeit und Angemessenheit erweisen sich in der Praxis als unzureichend. Das Verlagsprivileg in § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG wird damit zu einem Beispiel, wie „schwammige Urheberrechtsbestimmungen“²²¹⁶ dazu führen, dass Schranken in der Praxis weitestgehend leer zu laufen drohen.

III. Vergütungspflicht nach § 53a Abs. 2 UrhG

Nach § 53a Abs. 2 UrhG ist dem Urheber für die Vervielfältigung und Übermittlung²²¹⁷ eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Damit kommt der Gesetzgeber der Erwartung des BGH nach, den erforderlichen, vom BGH zunächst über eine Gesamtanalogie hergeleiteten gesonderten Vergütungsanspruch für den Kopienversand gesetzlich festzuschreiben. Die frühere, allein auf die involvierten Vervielfältigungshandlungen und die dafür anfallende Geräte- und Betreibervergütung bezogene Vergütung

²²¹⁴ Auf die fehlende Praktikabilität hingewiesen haben bereits *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 11, sowie *Schack*, Protokoll der Sachverständigenanhörung, S. 19 („kann bei der Einzelfallentscheidung, die da jeweils [durch die Bibliotheken] getroffen werden muss, überhaupt nicht funktionieren“); ähnlich *Nolte*, S. 139.

²²¹⁵ Ähnlich im Ergebnis auch *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 827.

²²¹⁶ *Lovells/subito e. V.*, Bibliotheksdienst 2008, 423.

²²¹⁷ Kritisch zu letzterer bereits oben, siehe Teil 3 E. II. 2. c.

wurde vom BGH zu Recht als unzureichend angesehen.²²¹⁸ Auch die Gesetzesbegründung nimmt ausdrücklich auf die auf §§ 27 Abs. 2 und 3, 49 Abs. 1, 54a Abs. 2 i.V. mit 54h Abs. 1 UrhG gestützte Gesamtanalogie und die Vorgabe des BGH Bezug.²²¹⁹ Kritiker der Neuregelung sehen in der Einführung der Vergütungspflicht teilweise ohnehin den einzigen Handlungsbedarf aus der BGH-Entscheidung.²²²⁰

1. Erster Gesamtvertrag 2000

In Folge der Entscheidung wurde im Jahr 2000 ein erster Gesamtvertrag zwischen Bund und Ländern als Träger der betroffenen Einrichtungen sowie VG Wort und VG Bild-Kunst als beteiligten Verwertungsgesellschaften abgeschlossen. Vertragsgegenstand war die Abgeltung urheberrechtlicher Ansprüche für den schrankengestützten Direktversand von Kopien durch der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen wie Bibliotheken, Archive, Dokumentations- und Informationseinrichtungen.²²²¹ Erfasst wurden der Versand per Post und Fax sowie die elektronische Übermittlung von Kopien, § 1 Abs. 1. Nicht erfasst wurden der Kopienversand im Rahmen des Fernleihverkehrs und der Kopienversand auf Basis einer dafür eingeräumten Lizenz, § 1 Abs. 3.

Der Gesamtvertrag sah für jeden versandten Artikel eine nach Kundengruppen gestaffelte Vergütung vor. Für Schüler, Auszubildende, Studierende, Hochschulen, überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierte Wissenschafts- und Forschungseinrichtungen und für juristische Personen des öffentlichen Rechts fielen 2 DM an, für Privatpersonen 5 DM, und für Selbständige und kommerzielle Besteller 10 DM, § 4 Abs. 1. Zur Auskehrung der Entgelte an die einzelnen Urheber waren die versendenden Einrichtungen mit gewissen Übergangsregelungen verpflichtet, die notwendigen Informationen an die VG Wort zu übermitteln, nämlich Titel, Autor, Verlag, Jahrgang, Seitenzahl und ISSN oder ISBN, soweit vorhanden in elektronisch lesbarer Form, § 5. Die VG Wort entwickelte ein entsprechendes Datenerfassungs- und Verarbeitungssystem und nahm

²²¹⁸ BGH NJW 1999, 1953, 1958, 1959 – *Kopienversanddienst*; siehe zum Urteil schon ausführlich oben Teil 3 E. I. 2. a); zur unangemessen niedrigen früheren Vergütungshöhe vergleiche auch *Baronikians*, ZUM 1999, 126, 129.

²²¹⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 28, vgl. auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 53a Rn. 53.

²²²⁰ Siehe etwa *Grassmann*, Kopienversand, S. 163.

²²²¹ Vertrag zur Abgeltung urheberrechtlicher Ansprüche für den Direktversand von Kopien durch der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen (Gesamtvertrag „Kopiendirektversand“) vom 1.9.2000, abrufbar unter <http://www.bibliotheksverband.de/dbv/rechtsgrundlagen/urheberrecht.html>.

soweit wie möglich eine artikelspezifische Ausschüttung vor.²²²² Für den Zeitraum vor Geltung des Gesamtvertrags wurde eine pauschale Einmalzahlung von 9,25 Mio. DM vereinbart.²²²³ Für die Geschäftsjahre 2000 und 2001 beliefen sich die Einnahmen auf 5 bzw. 4,11 Mio. Euro.

2. Zweiter Gesamtvertrag 2003

Da insbesondere internationale wissenschaftliche Großverleger die Zulässigkeit des elektronischen Kopienversands zunehmend bestritten, wurde der erste Gesamtvertrag von der VG Wort nicht verlängert, sondern lief Ende 2002 aus. Er wurde durch einen Folgevertrag ersetzt, der ausdrücklich nur den postalischen Versand sowie den Versand per Fax umfasste und den sonstigen elektronischen Kopienversand ausnahm.²²²⁴ Dieser zweite Gesamtvertrag hob mit der Euromstellung die Entgelte geringfügig auf 1, 3 bzw. 6 Euro an und übernahm ansonsten die wesentlichen Regelungen des Vorläufervertrages. Zunächst bis Ende 2004 befristet, wurde er mangels Kündigung fortlaufend verlängert. Das ausgezahlte Vergütungsaufkommen nahm aufgrund der Aussparung des elektronischen Kopienversands und der zunehmenden praktischen Bedeutung dieser Versandart gegenüber den Vorjahren drastisch ab. Es betrug bereits im Jahr 2003 nur noch lediglich 0,72 Mio. Euro und verringerte sich bis zum Jahr 2008 weiter auf 0,15 Mio. Euro.²²²⁵ Die Entgelte für den nicht länger vom Gesamtvertrag erfassten elektronischen Kopienversand wurden zumindest im Fall von subito e.V. weiter in gleicher Höhe von den Bestellern eingezogen und auf Verwahrkonten geparkt. Die nachträgliche Ausschüttung dieser Entgelte an die Berechtigten unter Mitwirkung der VG Wort war wesentlicher Gegenstand des bereits genannten Vergleichs, der das Verfahren gegen subito e.V. vor dem OLG München beendete.²²²⁶

²²²² Vgl. § 21 Nr. 2 und 3 des aktuellen Verteilungsplans Wissenschaft, abrufbar auf den Seiten der VG Wort, www.vgwort.de, der insoweit der Vorversion entspricht; für eine derartige Einzelerfassung auch schon *Baronikians*, ZUM 1999, 126, 129.

²²²³ Siehe dazu und zum Folgenden den Geschäftsbericht 2002 der VG Wort, abrufbar unter www.vgwort.de.

²²²⁴ Dieser zweite Gesamtvertrag mit Geltung ab dem 1.1.2003 ist abgedruckt bei *Beger*, Anhang D., S. 144 f., und abrufbar unter <http://www.bibliotheksverband.de/vereinbarungen/urhg-03-12-03.pdf>. Vgl. auch die entsprechenden Hintergrundinformationen in den Geschäftsberichten 2002 und 2003 der VG Wort, abrufbar unter www.vgwort.de.

²²²⁵ Vgl. im Einzelnen die Angaben in den jährlichen Geschäftsberichten der VG Wort.

²²²⁶ Siehe dazu schon oben Teil 3 E. I. 2. c.

3. Gesamtverträge nach Inkrafttreten des § 53a UrhG

Mit Inkrafttreten des § 53a UrhG wurde der Abschluss neuer Gesamtverträge erforderlich, um den in seinem verbleibenden Anwendungsbereich nun ausdrücklich erlaubten Kopienversand in elektronischer Form einzubeziehen. Nach längeren Verhandlungen kam es im Januar 2009 zum Vertragsschluss zwischen subito e.V. sowie den Verwertungsgesellschaften VG Wort und VG Bild Kunst.²²²⁷ Der Vertrag sieht nach Kundengruppen differenzierende Entgelte von 1 bis 12 Euro vor. Verhandlungen mit den Ländern richteten sich auf einen gleich lautenden Vertrag für den elektronischen Kopienversand durch Einrichtungen in entsprechender Trägerschaft außerhalb von subito e.V. Die mit subito e.V. getroffene Vereinbarung ist nicht auf die Vergütung des schrankengestützten Kopienversands beschränkt, sondern enthält darüber hinaus Elemente eines lizenzbasierten Kopienversands, um im Sinne einer pragmatischen Lösung durch ein komplementäres Ineinandergreifen von Schranke und Lizenzen auch nach Inkrafttreten des § 53a UrhG einen flächendeckenden elektronischen Kopienversand gewährleisten zu können.

IV. Praxis des elektronischen Kopienversands: Lizenzen und § 53a UrhG

Obwohl neben subito e.V. weitere Anbieter existieren, insbesondere die Kopienversanddienste einzelner Bibliotheken, wird im folgenden anhand dieses besonders prominenten Beispiels untersucht, wie in der Praxis schrankengestützter Kopienversand nach § 53a UrhG und Kopienversand auf Lizenzbasis gerade im Bereich des elektronischen Versands per E-Mail ineinandergreifen.

1. Hintergrund und Übersicht

Vor der ausdrücklichen Regelung durch § 53a UrhG versendete subito e.V. sowohl an Kunden innerhalb Deutschlands als auch an Kunden im Ausland zeitweise Kopien auch auf elektronischem Weg, insbesondere per E-Mail. Für die Territorien außerhalb Deutschlands, Österreichs, Luxemburgs und der Schweiz (zusammen GALS²²²⁸) wurde der Kopienversand zwischenzeitlich eingestellt, da wegen unterschiedlicher Rechtsauffassungen in den betroffenen Rechtsordnungen das Klagerisiko als zu groß empfunden

²²²⁷ Siehe dazu den Geschäftsbericht 2008 der VG Wort, S. 4, abrufbar unter www.vgwort.de. Der subito-Vertrag wird dem Parteiwillen entsprechend nicht öffentlich zugänglich gemacht, stand dem Verfasser jedoch dankenswerter Weise für die Zwecke dieser Arbeit zur Verfügung.

²²²⁸ So die gängige Abkürzung entsprechend der englischsprachigen Bezeichnungen.

wurde.²²²⁹ Um einen Kopienversand ins Ausland trotz Rechtsunsicherheit fortsetzen zu können, sollte eine Lösung über Lizenzverträge Abhilfe schaffen.²²³⁰ Dazu wurde im Juli 2006 ein Rahmenvertrag zwischen subito e.V., der International STM Association und dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels ausgehandelt, zu dessen Bedingungen einzelne Verlage subito e.V. die erforderlichen Rechte an ihrem Repertoire gegen Zahlung von Lizenzgebühren einräumen können.²²³¹ Der elektronische Versand im deutschsprachigen Raum wurde trotz der mit Blick auf das Verfahren vor dem OLG München bestehenden Rechtsunsicherheit zunächst weiterhin schrankengestützt fortgesetzt.

Mit dem Zweiten Korb stellte subito e.V. den schrankengestützten elektronischen Versand auch innerhalb Deutschlands zwischenzeitlich vollständig ein bzw. auf den Versand per Post und Fax um, nachdem zuvor ca. 90 % der Bestellungen als pdf-Lieferung per E-Mail abgewickelt worden waren.²²³² Dies beruhte auf der Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Subsidiaritätsklausel des § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG und ihrer fehlenden praktischen Handhabbarkeit.²²³³ Wie zuvor bereits für den Versand ins Ausland, sollte mittelfristig auch hier die Wiederaufnahme eines umfassenden Versandangebotes über Lizenzverträge erreicht werden. Neben dem Versuch, rechtliche Unsicherheiten im Anwendungsbereich des § 53a UrhG auf vertraglicher Basis zu überwinden²²³⁴ sollte eine lizenzbasierte Lösung eine Lieferung auch dort ermöglichen, wo § 53a UrhG die elektronische Lieferung eindeutig nicht erlaubt, etwa bei der Belieferung kommerzieller Endnutzer. Andernfalls hätte aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen bei einem nur noch stark eingeschränkten Anwendungsbereich die vollständige Einstellung der elektronischen Dokumentlieferung gedroht.²²³⁵

²²²⁹ Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Rechtslage im Ausland ist ebenso wie die damit verbundenen Fragen des grenzüberschreitenden Kopienversands nicht Gegenstand dieser Arbeit, die sich auf den Kopienversand innerhalb Deutschlands konzentriert.

²²³⁰ Vgl. die Äußerungen von Berndt Dugall, Direktor der Universitätsbibliothek Frankfurt a.M und Vorsitzender des subito e.V., abgedruckt bei *Lovells/subito e.V.*, Bibliotheksdienst 2008, 423, 424.

²²³¹ Rahmenvertrag zwischen subito Dokumente aus Bibliotheken e.V. und den teilnehmenden Verlagen, im Folgenden kurz Rahmenvertrag, beziehbar über die STM Association unter: http://www.stm-assoc.org/copyright_and_legal_subito_update.php.

²²³² *Knaff/Gillitzer*, Bibliotheksforum 2008, 146, 151.

²²³³ So auch *Knaff/Gillitzer*, a.a.O., 152. Siehe zur Subsidiaritätsklausel und ihrer Problematik bereits ausführlich oben, Teil 3 E. II. 10.

²²³⁴ Etwa über eine Bezugnahme auf die EZB als Kriterium für die Offensichtlichkeit der Verlagsangebote.

²²³⁵ Siehe etwa die Äußerungen von *Bousonville*, abgedruckt bei *Lovells/subito e.V.*, Bibliotheksdienst 2008, 423.

Umgesetzt wurde dies über einen Nachtrag zum Rahmenvertrag, der ihn in einzelnen allgemeinen Punkten abändert, und mit weiteren Modifizierungen auf die Belieferung von Kunden innerhalb der bislang ausgenommenen deutschsprachigen Länder (GALS) ausweitet.²²³⁶ Gemeinsam mit den Bestimmungen des Rahmenvertrages regelt der Nachtrag für das Repertoire der teilnehmenden Verlage die Einzelheiten des Versands auf Grundlage einer verlagsseitigen Lizenzeinräumung. Im Ergebnis tritt er neben den schrankengestützten Kopienversand mit seinem engen verbleibenden Spielraum.²²³⁷ Am 21.1.2008 wurde der Nachtrag erstmals²²³⁸ und seitdem von einer Vielzahl weiterer namhafter Wissenschaftsverlage unterzeichnet.²²³⁹ Ende 2007 ging der Börsenverein davon aus, dass alle Wissenschaftsverlage in Deutschland, Österreich und der Schweiz ihre Inhalte an subito e.V. lizenzieren werden, und hielt es für realistisch, über die Lizenzverträge zum Ende des Jahres 2008 ca. 90 % aller im Dokumentenversand genutzten Zeitschriften abzudecken.²²⁴⁰ Über die tatsächlich vertraglich gebundenen Verlage und ihre Publikationen gibt subito e.V. auf seiner Homepage Auskunft, wo derzeit ca. 40 nationale und internationale Wissenschaftsverlage mit immerhin mehr als 14.000 Zeitschriftentiteln aufgelistet sind.²²⁴¹

Zusätzlich zu diesen Lizenzverträgen schloss subito e.V. für den schrankengestützten, auch elektronisch noch in engen Grenzen zulässigen Versand nach § 53a UrhG Ende 2008 einen schon wegen der Vergütungspflicht erforderlichen neuen Vertrag mit den Verwertungsgesellschaften VG Wort und VG Bild Kunst ab und nahm auf dieser Grundlage auch den schrankengestützten elektronischen Versand im pdf-Format zum 1.4.2009 wieder auf.²²⁴² Zusätzlich wurde über den Abschluss eines neuen Gesamt-

²²³⁶ Nachtrag Nr. 1 zum subito-Rahmenvertrag, abrufbar unter www.stm-assoc.org/2007_12_20_Addendum_No_1_GALS_Deutsch.pdf

²²³⁷ Siehe etwa Punkt 2.2.2 des Nachtrags, wonach schrankengestützte elektronische Lieferungen innerhalb Deutschlands gerade nicht geregelt werden, sondern dem dafür geltenden Tarif der VG Wort unterliegen; *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 23 spricht demgegenüber, wohl ungenau, von einer „Abbedingung“ des § 53a UrhG innerhalb des Anwendungsbereichs des Vertrages.

²²³⁸ Pressemeldung der TIB Hannover, www.tib-hannover.de/de/die-tib/aktuelles/aktuelles/id/80; als erstes unterzeichnete Thieme für die medizinisch-wissenschaftliche Fachverlagsgruppe.

²²³⁹ Siehe etwa *Brammer/Rosemann/Sens*, ZfBB 2008, 251 252, die von einem kontinuierlich wachsenden Lizenzbestand ausgehen.

²²⁴⁰ Börsenverein, Stellungnahme im Rahmen der zweiten Evaluierung des § 52a UrhG, 21. Dezember 2007, S. 3, abrufbar auf den Seiten des Börsenvereins, www.boersenverein.de.

²²⁴¹ Siehe <http://www.subito-doc.de/index.php?mod=pb&task=galstable>.

²²⁴² Siehe die Informationen unter <http://www.subito-doc.de/index.php?lang=de&pid=122&mod=page>.

vertrages zwischen den genannten Verwertungsgesellschaften und dem Bund und den Ländern verhandelt, der sich dem Vernehmen nach an der Vereinbarung mit subito e.V. orientieren soll und dadurch deren Bedeutung verstärkt.

Die Besonderheit des subito-Vertrages mit VG Wort und VG Bild Kunst besteht darin, dass er wie bereits angedeutet nicht auf die Vergütung für den schrankengestützten Kopienversand nach § 53a UrhG beschränkt ist. Er geht darüber hinaus, etwa indem er einen elektronischen Kopienversand auch an kommerzielle Endkunden gestattet, soweit im Einzelfall keine Lizenzverträge mit Verlagen bestehen und auch keine Einträge über verlagsseitige Eigenangebote in der EZB vorhanden sind. Da insoweit keine Schranke greift, erfolgt dies über eine Rechteeinräumung seitens der Verwertungsgesellschaften und somit auf Lizenzbasis. Auch im Vertrag zwischen subito e.V. und den Verlagen besteht somit zunächst ein Dualismus aus schrankengestütztem und lizenzbasiertem Kopienversand, in diesem Fall jedoch nicht durch die Verlage, sondern durch die Verwertungsgesellschaften selbst lizenziert.

Für einen Überblick über das Nebeneinander von schrankengestütztem und lizenzbasiertem Kopienversand siehe vorab die nebenstehende Tabelle.

2. Praxis des lizenzbasierten elektronischen Kopienversands

Der lizenzbasierte elektronische Versand innerhalb Deutschlands richtet sich bei subito e.V. nach den Bestimmungen des durch den Nachtrag modifizierten Rahmenvertrags.²²⁴³

a) Rechteeinräumung und beschränkter Regelungsbereich

Der Verlag räumt subito e.V. zugunsten der Lieferbibliotheken ein nicht übertragbares und nicht exklusives Recht ein, Artikel zu vervielfältigen, Kopien von Artikeln an anfragende Personen zu versenden, zum Versand und zur Lieferung anzubieten, zu übermitteln, anzuzeigen, zu verbreiten und zu verteilen. Ferner wird das Recht eingeräumt, Zwischenkopien zu erstellen, die aus technischen Gründen zur Lieferung der Artikel an die Kunden notwendig sind. Voraussetzung ist, dass jegliche Zwischenkopien unmittelbar nach dem Versand einer Kopie an den Kunden gelöscht werden, sobald das einzusetzende DRM-System dies erlaubt und eine Karenzfrist zur Abwicklung

²²⁴³ Auf die darüber hinaus von der VG Wort eingeräumte Lizenz wird noch eingegangen, Teil 3 E. IV. 3.

Versandart	§ 53a UrhG	Vertrag mit VG Wort (schränkungsgestützte Vergütung)	Vertrag mit VG Wort (Lizenzierung)	Rahmenvertrag/ Nachtrag
Post/ Fax	Kopienversand gestattet gegen gesetzliche Vergütung	Regelt ges. Vergütung nach § 53 Abs. 2 UrhG (VG Wort-Tantieme)	Nicht zu regeln, da per Post und Fax schrankengestützt möglich	Nicht zu regeln für innerdeutschen Versand, da per Post und Fax schrankengestützt möglich
	Es besteht kein Pay-per-View- Verlagsangebot (EZB-Eintrag)	Kopienversand gestattet gegen gesetzliche Vergü- tung aber nur im Rahmen der engen Zweckbin- dung nach § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG	Kopienversand gestattet auch jenseits der Grenzen des § 53a UrhG (z.B. gewerbl. Nutzer) gegen Lizenz- gebühr (entspricht der Tantieme, aber direkte Ausschüttung an Verlag)	Lizenzbasierter Kopienversand gestattet; Vertrag spart aber den engen Geltungsbereich der Schranke für den elektronischen Kopienversand ausdrücklich aus; Lizenzgebühr differenziert nach Nutzergruppen und ist für kommerzielle Nutzer verlagsseitig frei bestimmbar
PDF/ E-Mail	Sperrwirkung, kein schranken- gestützter Kopienversand	Sperrwirkung, kein schränkungsgestützter Kopienversand	Sperrwirkung, keine Lizenzierung durch die VG Wort	Lizenzbasierter Kopienversand trotz Pay-per-view-Angebot gestattet; Lizenzgebühr differenziert nach Nutzergruppen und ist für kom- merzielle Nutzer verlagsseitig frei bestimmbar

von Gewährleistungsfällen verstrichen ist. Die Lizenz erstreckt sich dabei nur auf die Lieferung von Kopien einzelner Artikel aus einer Verlagspublikation und nicht auf die gesamte Verlagspublikation.²²⁴⁴

Der ursprüngliche Rahmenvertrag sieht für die Versendung ins Ausland vor dem Hintergrund der generell bestehenden Rechtsunsicherheit zum schrankengestützten Kopienversand die Rechteinräumung für sämtliche Versandarten vor. Der Regelungsbereich des Nachtrags für das deutschsprachige Territorium ist enger, insbesondere für den hier untersuchten innerdeutschen Kopienversand. Die Lizenzvereinbarung dient nur dort als Grundlage für den Kopienversand, wo keine Schranke eingreift. Innerdeutsche Lieferungen per Post und Fax (§ 53a Abs. 1 S. 1 UrhG) sind deshalb ausdrücklich nicht geregelt.²²⁴⁵

Gleiches gilt beim innerdeutschen elektronischen Kopienversand, soweit § 53a UrhG anwendbar ist.²²⁴⁶ Die Lizenzvereinbarung ermöglicht den elektronischen Kopienversand jedoch dort, wo ein schrankengestützter Versand an der engen Zweckbestimmung des Abs. 1 S. 2 scheitert, wie etwa bei kommerziellen Nutzern, sowie dort, wo auch der nicht gewerblichen Wissenschaft ein verlagseigenes Einzelabrufangebot entgegensteht. Um die Voraussetzungen des „offensichtlichen“ Verlagsangebots in § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG zu konkretisieren, erklärt der Nachtrag den Eintrag in die EZB-Datenbank für maßgeblich. Die Qualifizierung des Angebots als „angemessen“ bleibt jedoch unberücksichtigt.²²⁴⁷

Die vertragliche Vereinbarung gilt unmittelbar nur für die Tätigkeiten, die subito e.V. bzw. seine Lieferbibliotheken im Rahmen des subito-Dokumentenversands ausüben. Der Rahmenvertrag sieht die Möglichkeit vor, seine Bedingungen durch Assoziierungsverträge auf eigenständige Kopienversanddienste und die zwischenbibliothekarische Fernleihe der subito-Lieferbibliotheken auszuweiten.²²⁴⁸

Der Nachtrag modifiziert den Rahmenvertrag inhaltlich unter anderem insoweit, als die Lieferung von Artikeln auch an für eigene Kunden handelnde gewerbliche und

²²⁴⁴ Siehe im Einzelnen Punkt 2 Rahmenvertrag.

²²⁴⁵ Punkt 2.3.1 Nachtrag.

²²⁴⁶ Punkt 2.2.2 Nachtrag.

²²⁴⁷ Punkt 2.2.3 Nachtrag; zur Angemessenheit schon ausführlich oben Teil 3 E. II. 10. d).

²²⁴⁸ Siehe Punkt 3.6.4 sowie Anlage 11 Rahmenvertrag, der ein entsprechendes Muster enthält. Auch Punkt 2.6 Nachtrag nimmt darauf Bezug. Die TIB Hanover etwa hat auch für ihren eigenständigen Kopienversanddienst die Bedingungen des subito-Vertrages vereinbart, siehe *Brammer/Rosemann/Sens*, ZfBB 2008, 251, 252.

nicht-gewerbliche Mittler gestattet wird.²²⁴⁹ Derartige Lieferungen sind nicht durch die Schranke des § 53a UrhG gedeckt.

Festzuhalten ist somit, dass die vertragliche Vereinbarung die Regelung des § 53a UrhG nicht abbedingt.²²⁵⁰ Sie ergänzt sie, indem sie sich nur auf Konstellationen bezieht, in denen § 53a UrhG nicht zur Anwendung kommt.

b) Artikel aus gedruckten Medien als zulässige Quellen

Die vertragliche Vereinbarung bezieht sich zunächst nur auf den Versand von Artikeln aus gedruckten Medien im Bestand der Bibliothek.²²⁵¹ Verlage können, subito e.V. jedoch auch die Nutzung digitaler Dateien gestatten.²²⁵² Gleichzeitig steht es ihnen frei, eine „kleine Gruppe von Veröffentlichungen“ durch ausdrückliche Nennung vom Anwendungsbereich des Vertrages auszunehmen.²²⁵³

Während im Rahmenvertrag per Definition nur Zeitschriften, Zeitungen oder zeitschriftenähnliche Reihen einbezogen werden, erweitert der Nachtrag dies zusätzlich auf unterscheidbare Beiträge in veröffentlichten Tagungsberichten.²²⁵⁴ Buchbeiträge werden ohne zusätzliche ausdrückliche Erweiterung durch Verlage vom lizenzbasierten Kopienversand noch immer nicht erfasst. Der Rahmenvertrag enthielt noch die Absichtserklärung, die Vereinbarung eventuell auf Teile von Büchern auszuweiten.²²⁵⁵ Soweit nicht im Einzelfall entsprechende Abreden existieren, bleiben die Möglichkeiten in Bezug auf Artikel aus Büchern auf den schrankengestützten Kopienversand über § 53a UrhG beschränkt, der diese gleichwertig neben Zeitschriftenbeiträgen nennt.²²⁵⁶

c) Einsatz von DRM

Die Vereinbarungen verpflichten subito e.V. und die Lieferbibliotheken, bei elektronischer Lieferung ein funktional näher definiertes DRM-System einzusetzen, wenn

²²⁴⁹ Punkt 1.2 Nachtrag gestattet dies gegen Zahlung der Lizenzgebühr für kommerzielle Nutzer und unter weiteren Voraussetzungen. Siehe auch Anlage 12 Nachtrag, der eine Liste entsprechender Mittler enthält, etwa Goportis, Infotrieve und den Autodoc-Service des Fachinformationszentrums Karlsruhe.

²²⁵⁰ So leicht ungenau *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, § 53a Rn. 23.

²²⁵¹ Vgl. die grundlegende Definition des „Dokumentlieferdienst von subito“ im Rahmenvertrag; siehe dazu auch die entsprechende Klarstellung in Punkt 2.7.3 Nachtrag.

²²⁵² Siehe die optionale Bestimmung Punkt 4.1 Nachtrag.

²²⁵³ Vgl. die grundlegende Definition der „Vertragspublikation“ sowie Anlage 6 Rahmenvertrag.

²²⁵⁴ Punkt 1.1 Nachtrag.

²²⁵⁵ Punkt 8.9 Rahmenvertrag.

²²⁵⁶ Vergleiche auch Punkt 3.5 Rahmenvertrag, der zum Ausdruck bringt, dass subito e.V. und die Lieferbibliotheken für den deutschsprachigen Raum vor der gesetzlichen Neuregelung das Recht eines schrankengestützten Kopienversands von Artikeln aus derartigen Quellen beanspruchten.

der Verlag darauf nicht optional entweder generell oder für beschränkte Territorien verzichtet.²²⁵⁷ Das DRM-System ermöglicht die Ansicht des Dokuments und den zweimaligen Ausdruck durch den Kunden oder die Kundenbibliothek für einen Zeitraum von einem Monat nach Versand der E-Mail.²²⁵⁸ Zusätzlich wird jede Seite mit einer Wasserzeichenmarkierung versehen, die vertragswidrige Folgeverwendungen der Kopie verhindern helfen soll. Dies erfolgt in Form einer Kopf- oder Fußzeile mit dem Druckdatum und einem Vermerk, der den Namen des Kunden bzw. der Kundenbibliothek enthält und auf die Lizenzierung durch subito e.V. verweist. Zudem wird nach dem Rahmenvertrag die Möglichkeit der Weiterleitung des elektronischen Dokuments eingeschränkt. Das eingesetzte DRM-System begrenzt die Ansichtsmöglichkeiten auf zehnmaliges Betrachten auf einem Arbeitsplatz,²²⁵⁹ ohne dass die zahlenmäßige Beschränkung durch den Rahmenvertrag ausdrücklich vorgeschrieben würde. Zudem ist technisch zur Ansicht und zum Druck der geschützten Dokumente die einmalige Installation eines Plugins für den Adobe Reader sowie eine bestehende Internet-Verbindung erforderlich.

Das vertraglich vorgeschriebene DRM führt aus Nutzersicht gerade in zentral administrierten EDV-Systemen zu praktischen Problemen, die über die unmittelbar intendierten Nutzungsbeschränkungen hinausgehen. Die Installation des Plugins setzt vielfach Administratorrechte voraus, was zu entsprechendem Verwaltungsaufwand und zu zeitlichen Verzögerungen führen kann. Zudem besteht häufig ein großes praktisches Bedürfnis, die bestellten Kopien an Dritte weiterreichen zu können, etwa im Zusammenhang mit den Dokumentationspflichten, die Pharmaunternehmen im Rahmen der Zulassungsverfahren erfüllen müssen. Abzuwarten bleibt, ob sich nicht der durch den Nachtrag ermöglichte Verzicht auf das weitergehende DRM und die bloße Verwendung eines Wasserzeichens als praktikablere Vorgehensweise erweist.²²⁶⁰

²²⁵⁷ Siehe Punkt 5 sowie Anlage 2 Rahmenvertrag und die Klarstellung in Punkt 2.7.5 Nachtrag sowie die optionale Bestimmung in Punkt 4. 2. Nachtrag

²²⁵⁸ Siehe Anlage 2 Rahmenvertrag.

²²⁵⁹ Vgl. die Angaben auf der Homepage, <http://www.subito-doc.de/index.php?pid=DRM-GALS>; sowie Punkt 6.2 der vom Kunden zu akzeptierenden AGB, abrufbar unter <http://www.subito-doc.de/index.php?lang=de&mod=page&pid=AGB>.

²²⁶⁰ Siehe die Liste der Verlage, die bereits auf den Einsatz von DRM durch subito e.V. verzichten, unter <http://www.subito-doc.de/index.php?lang=de&pid=167&mod=page>.

d) Pflicht zum Abschluss eines Endnutzervertrages

Der Rahmenvertrag verpflichtet subito e.V. bzw. die Lieferbibliotheken, mit dem Kunden in ein direktes Vertragsverhältnis in Form eines Lizenzvertrags zu treten.²²⁶¹ Dessen Einzelheiten werden über die von subito e.V. verwendeten AGB geregelt, die auch ein im Rahmenvertrag vorgesehenes direktes Klagerecht seitens des Verlages enthalten, wenn der Kunde gegen vertragliche Verpflichtungen verstößt.²²⁶² Dazu gehört die Pflicht, Kopien nur in den Funktionen zu bestellen und zu nutzen, anhand derer der Kunde einer Kundengruppe zugeordnet ist, sowie Kopien ausschließlich zum eigenen Gebrauch zu bestellen und sie nicht an Dritte weiterzugeben.²²⁶³

e) Lizenzgebühren

Als wesentliches Element regeln die Vereinbarungen die an die Verlage zu zahlenden Lizenzgebühren. Aus Kundensicht sind sie neben der von der Lieferbibliothek verlangten Bearbeitungsgebühr²²⁶⁴ der maßgebliche Faktor für die Kosten des Kopienversands. Statt die Gebühren des Rahmenvertrags zu übernehmen, trifft der Nachtrag eine eigenständige Regelung.

aa) Lizenzgebühren für den Kopienversand ins Ausland laut Rahmenvertrag

Als Vergleichspunkt wird vorab die Vergütungsregelung für den Kopienversand ins Ausland dargestellt. Hier unterscheiden die Gebührensätze zunächst zwischen Kopierendirektversand und dem Subito Library Service, also dem Versand an Kundenbibliotheken.

Im Direktversand legt der Verlag die im Ergebnis vom Kunden zu leistende Lizenzgebühr für jede seiner Zeitschriften frei fest.²²⁶⁵ Dabei besteht die Möglichkeit, zwischen verschiedenen Lieferarten (Post/Fax/DRM-gestützte elektronische Versendung) und zwischen Kundengruppen zu differenzieren. Vereinfachend handelt es sich bei der Kundengruppe 1 um nichtkommerzielle Nutzer wie Schüler, Studenten und Mitarbeiter an überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungseinrichtungen oder weiterführenden Bildungseinrichtungen.²²⁶⁶ Kundengruppe 2 erfasst kommerzi-

²²⁶¹ Siehe Punkt 3.3. Rahmenvertrag.

²²⁶² Vgl. dazu Punkt 6.1 und 6.5 der AGB bzw. 3.7 und 3.8 Rahmenvertrag.

²²⁶³ Punkt 9 der AGB.

²²⁶⁴ Siehe dazu bzw. zu den nach Kundengruppen differenzierenden Gebühren die Informationen auf der subito-Homepage.

²²⁶⁵ Siehe im Einzelnen Punkt 4.6 Rahmenvertrag.

²²⁶⁶ Der Nachtrag schlüsselt die Kundengruppe 1 für den hier maßgeblichen innerdeutschen Kopienversand nochmals auf, zu den Einzelheiten siehe deshalb die Ausführungen unten.

elle Nutzer. Für den Auslandsversand haben die Verlage nur sehr begrenzt von der Möglichkeit dieser Preisdifferenzierung Gebrauch gemacht.²²⁶⁷ Nach stichprobenartiger Untersuchung wird nicht zwischen verschiedenen Lieferarten unterschieden. Geringere Lizenzgebühren für nicht kommerzielle Kunden werden nur von einer Minderheit der vertraglich gebundenen Verlage angeboten.²²⁶⁸ Üblich sind nach Stichproben Preise um 30 Euro pro Artikel, starke Abweichungen nach unten und oben sind jedoch vorhanden. Die Preissetzung erfolgt laut Vertrag jeweils zeitschriftenspezifisch, nicht artikelspezifisch.²²⁶⁹

Im Library Service gilt für die Kundenbibliotheken unabhängig von der Lieferart für die ersten zwei Jahre eine einheitliche Lizenzgebühr. Für die Folgezeit soll die Lizenzgebühr auf Verhandlungen zwischen subito e.V. und den Verlagen basieren.²²⁷⁰ Die Lizenzgebühr beträgt je nach Verlag derzeit zwischen 3,50 und 5 Euro pro Artikel und liegt damit deutlich unter den Gebührensätzen für den Direktversand.

Über die Gebührensätze hinaus regelt der Rahmenvertrag die technischen Einzelheiten der Abwicklung der Lizenzgebühren durch subito e.V. Insbesondere werden das Format und die detaillierten Informationen festgelegt, die subito e.V. zur vierteljährlichen Abrechnung der gelieferten Artikel vorhalten muss, einschließlich genauer Fundstelle und Lieferland. Umgekehrt wird ebenfalls definiert, in welcher Form und mit welchem Inhalt die Preislisten der Verlage an subito e.V. übermittelt werden.²²⁷¹

bb) Lizenzgebühren für den Kopienversand innerhalb von GALS laut Nachtrag

Für das Territorium GALS richtet sich die Höhe der Lizenzgebühr laut Nachtrag nach der gesonderten Tabelle der Anlage 13.²²⁷² Für die innerdeutsch stets schranken- gestützt zulässigen Lieferarten Post und Fax verweist sie auf die einschlägigen Gebührensätze der VG Wort.²²⁷³

²²⁶⁷ Siehe zu den Lizenzgebühren der einzelnen Verleger die Datenbank unter http://www.subito-doc.de/index.php?mod=pb&letter=ALL&page=149&vl_name=alleVerleger.

²²⁶⁸ Derart differenzierend beispielsweise der Akademie Verlag.

²²⁶⁹ Der Rahmenvertrag sieht allerdings vor, nach Auswertung einer Erprobungsphase über die Möglichkeit zu verhandeln, für so genannte Special Research Papers nochmal besondere Gebührensätze festzulegen, siehe Punkt 4.6. (c) Rahmenvertrag.

²²⁷⁰ Bei diesen soll auch eine Orientierung an Verbraucherpreisentwicklungen berücksichtigt werden. Siehe im Einzelnen Punkt 4.7 Rahmenvertrag.

²²⁷¹ Siehe Anlagen 4B und 5 Rahmenvertrag.

²²⁷² So ausdrücklich Punkt 2.2.1 Nachtrag.

²²⁷³ Siehe dazu sogleich unten, Teil 3 E. IV. 3. b).

(1) Differenzierung nach Kundengruppen

Die Unterscheidung zwischen einzelnen Kundengruppen wird beibehalten und gegenüber dem Rahmenvertrag ausdifferenziert. Nach dem Nachtrag gehören zur Kundengruppe 1A Lernende an Grund und Oberschulen sowie an weiterführenden Bildungseinrichtungen eingeschriebene Studenten.²²⁷⁴ Zur Kundengruppe 1B gehören Mitarbeiter und Doktoranden sowie Forscher, soweit sie jeweils an weiterführenden Bildungs- oder Forschungseinrichtungen tätig sind, die überwiegend mit öffentlichen Geldern finanziert werden.²²⁷⁵ Zur Kundengruppe 2 gehören alle Personen, die keiner der anderen Kategorien zuzurechnen sind, einschließlich gewerblicher Unternehmen und natürlicher Personen, die in deren Namen oder Interesse handeln. Als Kundengruppe 3 werden im Nachtrag schließlich die Kundenbibliotheken im Library Service bezeichnet.²²⁷⁶ Die Übersichtlichkeit wird dadurch erschwert, dass bei subito e.V. neben den im Nachtrag gebildeten Kundengruppen weitere Kundengruppen existieren, bei denen sich die zusätzliche Differenzierung nicht auf Ebene der Gebührenhöhe im lizenzbasierten Kopienversand auswirkt, sondern bei einem der sonstigen Posten der Gesamtgebühr.²²⁷⁷ In der Praxis wird die Vielfalt der Kundengruppen dadurch handhabbar, dass bei erstmaliger Registrierung die entsprechenden Kriterien abgefragt wer-

²²⁷⁴ Ausgenommen sind Studenten, die stellvertretend für gewerbliche Einheiten handeln oder in bestimmten Kursen zur beruflichen Weiterbildung eingeschrieben sind. Gleiches gilt für andere Berufstätige, die durch schulische Weiterbildung ihre Karriere vervollkommen und ihre Arbeitsmarktfähigkeit verbessern.

²²⁷⁵ Siehe Punkt 2.7.4 Nachtrag. Anlage 13 fasst die Kundengruppen 1A und 1B vor diesem Hintergrund leicht vereinfachend, aber anschaulich als Akademiker und Studenten zusammen.

²²⁷⁶ In der subito-Praxis tragen sie – leicht verwirrend- wegen der zusätzlichen Differenzierung die Ziffer 4, siehe die unmittelbar folgenden Erläuterungen.

²²⁷⁷ Dies sind beim schrankenbasierten Kopienversand die an die VG Wort abzuführende Tantieme sowie die in beiden Fällen zusätzlich zur Lizenzgebühr oder zur VG Wort-Tantieme an die Lieferbibliothek zu zahlende Bearbeitungsgebühr („Bibliotheksentgelt“). Daraus ergeben sich für die Praxis die weiteren Kundengruppen 1C (Mitarbeiter sonstiger Personen des öffentlichen Rechts, kultureller oder sozialer Institutionen und Kirchen) sowie die Kundengruppe der Privatpersonen (auf der subito-Homepage ist dies die Kundengruppe 3; die im Nachtrag so bezifferten Kundenbibliotheken laufen in der Praxis leicht verwirrend unter der Ziffer 4). Auf der Ebene der Lizenzgebühren für den elektronischen Kopienversand innerhalb Deutschlands werden diese beiden Gruppen jedoch im Ergebnis zusammenfassend den kommerziellen Nutzern zugeordnet, eigenständige Lizenzgebührensätze existieren insoweit nicht; siehe dazu die Liste der Lizenzgebühren aller teilnehmenden Verlage unter http://www.subito-doc.de/index.php?mod=pb&task=gastable&letter=A&vl_name=all, die die Preise für die Kundengruppen 1C, 2, und 3 (hier: Privatpersonen) gemeinsam aufführt. Auch für die zunächst differenziert erfassten Kundengruppen 1A und 1B gilt im Ergebnis nach der maßgeblichen Anlage 13 eine gemeinsame Lizenzgebühr.

den und dem Kunden anschließend automatisiert nur die für ihn je nach Kundengruppe im Einzelfall möglichen Versandoptionen samt einschlägiger Preise präsentiert werden.

(2) Lizenzgebühren im Einzelnen

Für den Direktversand an Kunden der Kundengruppen 1A und 1B gilt ein zeitlich gestaffelter, einheitlich festgelegter Gebührensatz, der innerhalb der fünfjährigen Laufzeit des Vertrages von zunächst 3,50 € auf 5,50 € pro Artikel ansteigt.²²⁷⁸ Für die Belieferung der Kundenbibliotheken im Library Service gelten die gleichen Lizenzgebühren, soweit der Artikel dem Endnutzer in der Bibliothek in ausgedruckter Form zur Verfügung gestellt wird. Leitet die Bibliothek den Artikel DRM-geschützt an den Besteller weiter, erhöht sich die Gebühr um einen weiteren Euro.

Für sonstige Kunden kann der Verlag die Lizenzgebühr nach eigenem Ermessen zeitschriftenspezifisch festlegen. Dies betrifft die Gruppe der kommerziellen Kunden, der bezüglich der Lizenzgebühr auch Privatpersonen sowie die Kundengruppe 1C (Mitarbeiter sämtlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts, kultureller oder sozialer Institutionen und Kirchen) gleichgestellt werden. Hier ergibt sich nach Stichproben ein ähnliches Preisniveau wie beim lizenzbasierten Auslandsversand, mit üblichen Preisen in der Region von 20 bis 30 Euro einschließlich Abweichungen in beide Richtungen.²²⁷⁹ Damit orientieren sich die Verlage auch hier zum großen Teil an den Preisen, die im Rahmen verlagseigener Online-Einzelabrufangebote verlangt werden.²²⁸⁰

Zusammenfassend sieht der Nachtrag für die Direktlieferung an die Kundengruppen 1A und 1B sowie für deren Belieferung über Kundenbibliotheken einen kostengünstigen Kopienversand mit vergleichsweise moderaten Gebührensätzen vor. Für die übrigen Kundengruppen, insbesondere für kommerzielle Nutzer, belässt er den Verlagen jedoch die Möglichkeit, ihre Preise nach Belieben und im Ergebnis deutlich höher festzusetzen.

f) Deckelung des kostengünstigen elektronischen Kopienversands

Die dargestellte Kombination aus festen und vergleichsweise moderaten, gewissermaßen „ermäßigten“ Gebührensätzen für den akademischen Bereich einerseits und an-

²²⁷⁸ Zu den Einzelheiten vgl. die Gebührentabelle im Anhang 13 Nachtrag.

²²⁷⁹ Siehe die Liste der Lizenzgebühren aller teilnehmenden Verlage, a.a.O.

²²⁸⁰ Vgl. für Beispiele etwa die Einzelabrufangebote unter www.springerlink.de.

sonsten freier Preisgestaltung durch die Verlage andererseits wird in ihrer Bedeutung dadurch relativiert, dass sie nach dem Vertrag uneingeschränkt nur für die ersten 18 Monate nach dem Abschluss des Vertragsnachtrags gilt. Für die verbleibende Vertragslaufzeit ist eine abweichende Regelung vorgesehen, über deren Anwendung nach Punkt 2.9.2 des Nachtrags endgültig zwar erst ein paritätisch zusammengesetzter gemeinsamer Ausschuss aus Vertretern von subito e.V. und der Verlagsindustrie entscheiden soll. Kommt dort keine Einigung zustande, gilt die Regelung aber laut Vertrag *ipso facto*, so dass derzeit von ihrer Geltung auszugehen zu sein scheint.

Damit konnte sich die Verlagsseite mit dem Grundgedanken durchsetzen, der Kopienversand habe angesichts der andernfalls befürchteten Abonnement-Kündigungen dort keine Daseinsberechtigung, wo Zeitschriften oder andere Werke nicht nur sporadisch, sondern mit größerer Intensität genutzt werden. Hier sollten Einrichtungen aus Sicht der Verlage über die Ausgestaltung der Lizenzgebühren dahin gelenkt werden, Zeitschriften zu abonnieren, oder zumindest statt des elektronischen Versands auf den „altmodischen“ Versand per Post oder Fax ausweichen.²²⁸¹ Dazu wird gemäß Punkt 2.8.2 des Nachtrags nach 18 Monaten Laufzeit eine Obergrenze von zehn Lieferungen aus einer bestimmten Veröffentlichung pro Kalenderjahr und empfangender Kundenbibliothek eingeführt.²²⁸² Als Veröffentlichung ist dabei nach der Definition des Rahmenvertrags eine Monographie oder ein Sammelwerk, aber auch eine Zeitschrift als Ganzes und nicht etwa ein Jahrgang, eine Ausgabe oder gar ein einzelner Artikel einer Zeitschrift anzusehen. Nach Erreichen der Obergrenze sind weitere Lieferungen aus der jeweiligen Veröffentlichung an die gleiche Kundenbibliothek nicht mehr zum „ermäßigten“ Gebührensatz, sondern auch für akademische Kunden nur noch zum deutlich höheren Satz für kommerzielle Nutzer möglich.²²⁸³

Die Obergrenze von zehn Kopien knüpft nicht auf Seiten der Lieferbibliotheken an, die die jeweilige Zeitschrift ihrerseits ohnehin abonniert haben müssen, sondern auf

²²⁸¹ Sprang/Ackermann, Kommunikation & Recht 2008, 7, 9.

²²⁸² Auf eine ähnliche Regelung in US-amerikanischen Richtlinien zum innerbibliothekarischen Kopien-austausch verweist bereits Katzenberger, GRUR Int 1984, 391, 394. Danach darf der Austausch nicht in einem solchen Ausmaß geschehen, dass dadurch der Kauf oder das Abo einer Zeitschrift ersetzt werde, was nach den Richtlinien dann der Fall sei, wenn die empfangende Bibliothek in einem Jahr aus den letzten fünf Jahrgängen einer bestimmten Zeitschrift mehr als fünf Aufsatzkopien bezieht.

²²⁸³ Vgl. Dugall, Bibliotheksdienst 2009, 182, der im Wege einer Gegendarstellung zu Müller, Bibliotheksdienst 2008, 1060 ff. ausdrücklich klarstellt, dass es sich nicht um eine absolute zahlenmäßige Deckelung handelt, sondern um eine reine Gebührenregelung, nach der ab der zehnten Kopie lediglich der niedrigere Gebührensatz nicht mehr anwendbar ist.

der Seite der Kundenbibliotheken, die zur Versorgung ihrer Kunden statt eines eigenen Abonnements auf den Kopienversand zurückgreifen. Deshalb setzt die Einführung der Obergrenze voraus, Bestellungen akademischer Nutzer über das subito-System einer bestimmten Kundenbibliothek zuordnen zu können. Bei der bisherigen Praxis des Kopierendirektversands ist dies nicht ohne weiteres möglich. Punkt 2.8.1 sieht deshalb nach Ablauf der ersten 18 Monate eine Kanalisierung der „Direktbestellungen“ vor. subito e.V. verpflichtet sich, nach diesem Zeitpunkt Lieferungen an die Kundengruppen 1A und 1B nicht mehr direkt, sondern nur noch über subito-Kundenbibliotheken zu leiten, die die Artikel DRM-geschützt an die Besteller weiterleiten. Das führt zu einer nach der Lizenzgebührentabelle zu einer um jeweils einen Euro erhöhten Lizenzgebühr. Zum anderen und sicherlich bedeutender führt es zu einer faktischen Abschaffung eines echten „Kopierendirektversands“ an den Endkunden zu moderaten Gebühren im nicht-kommerziellen Bereich.

Um eine Umgehung der auf das subito-System bezogenen Obergrenzen zu verhindern, indem Lieferbibliotheken statt dessen vermehrt auf ihren eigenen lizenzbasierten Dokumentenlieferdienst auf Grundlage von Assoziierungsabkommen ausweichen, sieht der Nachtrag vor, diese Lieferungen gesondert statistisch zu erfassen. Er räumt zudem den Verlagen ein spezielles Kündigungsrecht ein. Lieferbibliotheken dürften dann auch für akademische Kunden nach einer entsprechenden Vertragsänderung ihren eigenen lizenzbasierten Dokumentenlieferdienst nur noch gegen die höhere Gebühr für kommerzielle Kunden aufrechterhalten.²²⁸⁴

Die eingeführte Obergrenze wird teilweise heftig kritisiert. So wird ihr vorgeworfen, es widerspreche allen Gesetzen der Marktwirtschaft, wenn der erhöhte Umsatz einer Ware statt eines Mengenrabatts mit einem höheren Stückpreis belegt werde.²²⁸⁵ Dies berücksichtigt jedoch unzureichend die mit der Regelung beabsichtigte Lenkungswirkung, die zumindest aus Verlagssicht einleuchtend erscheint. Frei von wirtschaftlichen Überlegungen und Zwängen dürfte jeder Bibliothek im Rahmen ihres Versorgungsauftrags daran gelegen sein, die von ihren Nutzern häufig benötigte Literatur vorzuhalten, statt auf die Einzelbestellung von Kopien ausweichen zu müssen. Die Obergrenze versucht dies auf wirtschaftlicher Ebene zu erfassen, indem sie im Ergebnis der Bibliothek

²²⁸⁴ Siehe zu den Einzelheiten des Regelungsmechanismus Punkt 2.8.5 Nachtrag.

²²⁸⁵ So Müller, SUBITO-Vertrag übergeht Autoren, abrufbar unter <http://archiv.twoday.net/stories/5552523/>.

ein theoretisches Rechnungsmodell ermöglicht, bei dem diese den verlangten Abonnementpreis in ein Verhältnis zur Anzahl der mit diesem Budget zu bedienenden Versandanfragen stellt. Allerdings werden häufig die Kosten für Abonnements und für eine Dokumentenbestellung durch den Nutzer nicht aus identischen Budgets finanziert. Dies dürfte die Bedeutung dieser wirtschaftlichen Lenkungswirkung reduzieren.²²⁸⁶

Auf der Wertungsebene ist trotz des nachvollziehbaren Gedankens einer entsprechenden Obergrenze festzuhalten, dass dadurch das Entgegenkommen bei der Preisgestaltung zu Gunsten akademischer Nutzer stark relativiert wird. Auch hier können in weiten Bereichen die verlagsseitig frei festzulegenden, deutlich höheren Lizenzgebühren zum Einsatz kommen.

g) Laufzeit und Kündigungsrechte

Der für den innerdeutschen lizenzbasierten Kopienversand maßgebliche Nachtrag hat eine Grundlaufzeit von fünf Jahren und verlängert sich ohne eine anschließend mögliche ordentliche Kündigung mit dreimonatiger Frist jeweils um ein weiteres Jahr.²²⁸⁷

Vorzeitige Kündigungsrechte ergeben sich sowohl aus dem Rahmenvertrag als auch aus dem Nachtrag selbst. So besteht ein ausdrücklich vertraglich geregeltes außerordentliches Kündigungsrecht, wenn wesentliche Bestimmungen der vertraglichen Vereinbarungen wiederholt, systematisch oder bewusst von der anderen Vertragspartei oder von Lieferbibliotheken umgangen oder missachtet werden, oder subito e.V. seinen Meldepflichten über Lieferungen nicht nachkommt.²²⁸⁸ Zusätzlich steht nach Ablauf einer Erprobungsphase von 18 Monaten nach Inkrafttreten des Nachtrags dem Verlag ein Kündigungsrecht zu, sofern sich der Umfang der Lieferungen im Rahmen des Library Services innerhalb GALS, also der Lieferungen an Kundenbibliotheken gegen vergleichsweise niedrige Lizenzgebühren, nach dem eigenen und uneingeschränk-

²²⁸⁶ Berücksichtigt man die ersten zehn kostengünstigen Bestellvorgänge, so dürfte sich zudem bei hohen Abonnementkosten auch bei den vergleichsweise hohen Lizenzgebühren nach Erreichen der Obergrenze eine nicht zu unterschätzende Anzahl von Bestellvorgängen ergeben, die noch mit dem Budget der Abonnementkosten zu finanzieren sind.

²²⁸⁷ In ihrem territorialen Geltungsbereich ist die Fortsetzung der Lizenzvereinbarung für die deutschsprachigen Länder von einer Kündigung des Rahmenvertrages für andere Territorien unabhängig. Sowohl die Bestimmungen des Rahmenvertrages als auch des Nachtrags gelten in diesem Fall insbesondere für den hier maßgeblichen innerdeutschen lizenzbasierten Kopienversand fort. Siehe Punkte 3.1 und 3.2 Nachtrag.

²²⁸⁸ Zu den Einzelheiten siehe Punkt 8.4 und 8.8 Rahmenvertrag.

ten Ermessen des Verlages in nicht akzeptablem Maße erhöht oder anderweitig nach dem Ermessen des Verlages mit dem Geschäftsmodell des Verlages innerhalb GALS im Widerspruch steht oder diesem Geschäftsmodell schadet.²²⁸⁹ Daneben tritt ab dem gleichen Zeitpunkt das bereits dargestellte eingeschränkte Kündigungsrecht seitens des Verlages, um ein Unterlaufen der Obergrenze von 10 Bestellungen pro Zeitschrift, Kalenderjahr und Kundenbibliothek durch eine Verlagerung des Kopienversands auf die eigenen Lieferdienste der subito-Bibliotheken zu verhindern.²²⁹⁰

Die weitreichenden Kündigungsrechte der Verlagsseite werden teilweise kritisch gesehen.²²⁹¹ Sie reduzieren für subito e.V. die Planungssicherheit bei den erforderlichen Investitionen. Den Verlagen dienen sie als Absicherung, auch nach Abschluss des Verlages reagieren zu können, soweit sie durch den lizenzierten elektronischen Versand ihre eigenen Geschäftsmodelle gefährdet sehen. Die Letztentscheidungsbefugnis verbleibt damit weitgehend bei den Verlagen selbst.

h) Bewertung

Eine abschließende Bewertung des verlagsseitig lizenzierten innerdeutschen Kopienversands am Beispiel der zwischen subito e.V. und einer Reihe von Wissenschaftsverlagen geschlossenen Verträge fällt derzeit nicht zuletzt deshalb noch schwer, weil abzuwarten bleibt, wie die Verträge in Zukunft gelebt werden. Insbesondere ist auf die weitreichenden Kündigungsrechte auf Verlagsseite hingewiesen worden, die es den Verlagen ermöglichen, nach eigenem Ermessen zu kündigen, wenn sich der Kopienversand an Kundenbibliotheken als nachteilig für ihre eigenen Geschäftsmodelle erweist. Sollte die beabsichtigte Obergrenze für den Kopienversand im akademischen Bereich eingeführt werden, und damit einhergehend eine Kanalisierung der Bestellungen über Kundenbibliotheken, so würden dadurch die für diesen Bereich vereinbarten moderaten Lizenzgebühren, die von der Verlagsseite als Entgegenkommen präsentiert wurden,²²⁹² im Ergebnis deutlich weniger bedeutsam. Nach der Erprobungsphase wäre ein lizenzbasierter elektronischer Kopienversand nur noch in entsprechend eingeschränktem quantitativen Umfang oder zu hohen Kosten möglich. In dem Maß, in dem die Verlage von ihren in den Verträgen vorgesehenen Befugnissen Gebrauch machen, können sie

²²⁸⁹ Punkt 3.3 Nachtrag, entspricht der Regelung in 8.7.1 Rahmenvertrag.

²²⁹⁰ Punkt 2.8.5 des Nachtrags, siehe schon oben Teil 3 E. IV. 2. f).

²²⁹¹ Etwa Müller, Bibliotheksdienst 2008, 1060, 1066.

²²⁹² Sprang/Ackermann, Kommunikation & Recht 2008, 7, 9.

den elektronischen lizenzbasierten Versand weitgehend auf diejenigen Fälle reduzieren, in denen er gegen Zahlung der von den Verlagen frei festzusetzenden Lizenzgebühr für den kommerziellen Bereich erfolgt. Angesichts der üblichen Höhe der Gebührensätze, die in etwa den Gebühren beim Einzelabruf im Rahmen des Pay-per-view entsprechen, könnte sich subito e.V. in diesem Bereich zu einem zusätzlichen Vertriebskanal für die Wissenschaftsverlage wandeln, der ursprünglich wohlgerne mit öffentlichen Geldern initiiert wurde.

Statt an dieser Stelle die Vertragsgestaltung durch subito e.V. zu kritisieren, scheint eher der Hinweis berechtigt, dass das Ergebnis letztlich vor allem Ausdruck der Verhandlungsstärke der beteiligten Parteien ist, die ihrerseits wiederum auf die rechtliche Situation nach dem Zweiten Korb zurückzuführen ist. § 53a UrhG hat den Anwendungsbereich des schrankengestützten elektronischen Kopienversands eng begrenzt. In den übrigen Bereichen können sich die Rechteinhaber nun auf ihre insoweit uneingeschränkten Verwertungsrechte stützen. Subito e.V. ist der Versuch zugute zu halten, über die abgeschlossenen Verträge den Kopienversand auch in elektronischer Form möglichst flächendeckend anbieten zu können. So verbleibt am Ende zumindest dem Nutzer die Wahl, ob er dann, wenn der schrankenbasierte E-Mailversand nicht angeboten werden kann bzw. nicht angeboten wird, auch den teureren lizenzbasierten E-Mailversand in Anspruch nehmen, soweit vorhanden ein Einzelabrufangebot des Verlages nutzen, oder statt dessen doch auf einen günstigeren, stets möglichen schrankenbasierten Versand per Post oder Fax zurückgreifen möchte.

3. Praxis des elektronischen Kopienversands nach dem VG Wort-Vertrag

Grundlage der Vergütung des schrankengestützten Kopienversands ist der im Januar 2009 zwischen subito e.V. und den Verwertungsgesellschaften VG Wort und VG Bild Kunst abgeschlossene Vertrag.²²⁹³ Subito e.V. nahm den schrankengestützten Kopienversand per E-Mail am 1.4.2009 wieder auf, nachdem dieser zwischenzeitlich wegen der Rechtsunsicherheit bei § 53a Abs. 1 S. 2 und 3 UrhG und den damit verbundenen Haftungsrisiken ganz eingestellt worden war.²²⁹⁴ Dem Vernehmen nach befinden

²²⁹³ Der subito-Vertrag wird, wie bereits erwähnt, nicht öffentlich zugänglich gemacht, stand jedoch dankenswerter Weise für die Zwecke dieser Arbeit zur Verfügung.

²²⁹⁴ Siehe die Information auf der Internetseite von subito, <http://www.subito-doc.de/index.php?lang=de&pid=122&mod=page>.

sich die beteiligten Verwertungsgesellschaften in Verhandlungen mit dem Bund und den Ländern, um einen Parallelvertrag auch für Kopienversender in entsprechender Trägerschaft außerhalb von subito e.V. abzuschließen, was die Relevanz dargestellten Vereinbarung weiter erhöhen wird.

a) Freistellung bei Schrankenwendung oder VG Wort-Lizenz

Ermöglicht wurde eine risikofreie Wiederaufnahme für subito e.V., indem der Vertrag mit VG Wort und VG Bild Kunst über die nach dem Zweiten Korb zwingend erforderliche Vergütungsneuregelung für den elektronischen Versand nach § 53a Abs. 1 S. 2 und 3 UrhG hinausgeht, um im Sinne einer pragmatischen Lösung den elektronischen Kopienversand flächendeckend gewährleisten zu können. Dazu lizenzieren die Verwertungsgesellschaften jenseits der Schranke die für den elektronischen Versand erforderlichen Rechte. Dazu wurde zunächst der Wahrnehmungsvertrag der VG Wort geändert. Bereits zuvor hatte sie sich in § 1 Nr. 20 den Vergütungsanspruch für den schrankengestützten Kopienversand einräumen lassen. Nun lässt sie sich zusätzlich auch das Recht einräumen, den Versand in elektronischer Form zu lizenzieren, wenn ein Verlag einen Beitrag nicht selbst in elektronischer Form zu angemessenen Bedingungen öffentlich zugänglich macht. Dabei wird für die Rechtswahrnehmung die Subsidiaritätsklausel des § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG übernommen und der Nachweis über einen Eintrag in der EZB für maßgeblich erklärt.²²⁹⁵

Vertragsgegenstand ist in der Folge im Sinne eines Dualismus zum einen der schrankengestützte innerdeutsche Kopienversand einschließlich der E-Mail-Versendung. Daneben treten zum anderen aber auch diejenigen Fälle des innerdeutschen Kopienversands, die zwar nicht über die Schranke gedeckt sind, die jedoch nun aufgrund der wahrgenommenen Rechte von den Verwertungsgesellschaften lizenziert werden können. Dazu gehört insbesondere der elektronische Versand von Kopien an kommerzielle Nutzer, der bei subito e.V. bislang einen hohen Anteil des Gesamtaufkommens ausmachte. Auch die Lizenzierung durch die Verwertungsgesellschaften ist jedoch wiederum durch den Geltungsbereich des Vertrages in ihrem Anwendungsbereich beschränkt. Wie die Schranke greift sie nicht, wo der Verlag ein eigenes, in der EZB nachgewiesenes Online-Abrufangebot bereithält. Ferner kommt sie auch dort nicht zur Anwendung, wo der Verlag zwar kein solches Online-Abrufangebot bereithält, aber eine direkte Li-

²²⁹⁵ Siehe § 1 Nr. 20a) und 20b) des aktuellen Wahrnehmungsvertrags, abrufbar unter *www.vgwort.de*; die VG Bild Kunst hat soweit ersichtlich ihren Wahrnehmungsvertrag bislang nicht angepasst, wird dies jedoch entsprechend tun bzw. tun müssen.

zenzvereinbarung zwischen subito e.V. und dem jeweiligen Verlag für einen lizenzgestützten Kopienversand nach dem Nachtrag zum Rahmenvertrag existiert. Auf die Angemessenheit entsprechender Angebote kommt es dabei nicht an. Der vertraglich eingeräumte Vorrang für Verlagsangebote geht also in zweifacher Hinsicht über die Subsidiarität des § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG hinaus.

Für den derart definierten Geltungsbereich des Vertrages stellen die Verwertungsgesellschaften subito e.V. von allen Ansprüchen frei, ohne dabei zwischen dem schrankengestützten und dem von den Verwertungsgesellschaften lizenzierten Kopienversand zu unterscheiden. Diese Freistellung beseitigt für subito e.V. das bisherige prohibitive Haftungsrisiko, wegen einer nicht mehr von der Schranke gedeckten Versendung wegen Urheberrechtsverletzung verklagt zu werden. Für die Verwertungsgesellschaften ist diese Freistellung abgesehen von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit trotz gewisser Risiken²²⁹⁶ vor allem deshalb tragbar, weil der Abschluss des Vertrages nicht nur mit den in ihr vertretenen deutschen Urhebern und Verlagen abgestimmt ist, sondern darüber hinaus auch Gegenseitigkeitsverträge mit ausländischen Verwertungsgesellschaften und Rechteinhabern oder zumindest entsprechende Absprachen existieren, die das tatsächliche Prozessrisiko verringern. Die Einbeziehung der ausländischen Rechteinhaber ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil der ganz überwiegende Anteil der Vergütung auf ausländische Wissenschaftsverlage entfällt und auch an diese ausgeschüttet wird.²²⁹⁷

Für die subito-Praxis hat die Vereinbarung zur Folge, dass subito e.V. die Entscheidung über die Zulässigkeit des elektronischen Kopienversands treffen kann, ohne über die gesetzlichen Voraussetzungen der Schranke urteilen zu müssen. Die Vorteile der Freistellung genießt subito e.V. bereits dann, wenn kumulativ die im Zeitschriftenbereich leicht bzw. automatisiert zu überprüfenden Kriterien eines fehlenden EZB-Eintrags und einer fehlenden Lizenzvereinbarung mit dem Verlag vorliegen. Auf die Einzelheiten des § 53a UrhG kommt es dann nicht länger an. Der Kopienversand ist unter diesen Voraussetzungen entweder über die Schranke oder jedenfalls alternativ aufgrund der Lizenzvereinbarung möglich. Insbesondere stellt die VG Wort in beiden Fällen gegen Ansprüche Dritter frei.

²²⁹⁶ Die VG Wort kann nicht sicher ausschließen, bei der Lizenzierung im Einzelfall *ultra vires* zu handeln, da sie nicht die Rechte aller in allen Zeitschriften vorkommenden Autoren besitzt, vgl. die ähnliche Problematik bei der Freistellung im Bereich der Retrodigitalisierung beim Projekt DigiZeitschriften, *Melichar*, *ZfBB* 2008, 264, 267.

²²⁹⁷ Siehe dazu den Geschäftsbericht 2007 der VG Wort, S. 12, abrufbar unter www.vgwort.de. Nach mündlicher Auskunft der VG Wort beläuft sich dieser Anteil auf über 80%.

b) Vergütungshöhe bei werkbezogener Erfassung und Ausschüttung

Im Ergebnis weitgehend aufgehoben wird der Dualismus zwischen schrankenbasierendem und lizenziertem Versand vor allem dadurch, dass der Vertrag für beide Fälle eine identische Vergütungshöhe vorsieht. Auch für die Vergütungshöhe ist damit nicht entscheidend, welcher der beiden Fälle jeweils vorliegt. Die urheberrechtliche Vergütung unterscheidet ferner nicht zwischen den unterschiedlichen Versandarten. Die Entgelte sind gleichermaßen für den stets schrankengestützt möglichen Kopienversand per Post und Fax anwendbar.

Eine Preisdifferenzierung erfolgt vielmehr erneut anhand der verschiedenen Benutzergruppen. Für Schüler, Auszubildende und Studierende beträgt die Vergütung wie bereits nach dem früheren Gesamtvertrag 1 Euro. Für Angehörige und Mitarbeiter von Hochschulen, von überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten Wissenschafts- und Forschungseinrichtungen und von juristischen Personen des öffentlichen Rechts liegt sie bei 2 Euro. Gleiches gilt für den Versand an alle Staats-, Landes-, Universitäts-, Regional- und Fachhochschulbibliotheken, sowie an jede öffentliche Bibliothek oder Spezialbibliothek, die überwiegend durch öffentliche Mittel finanziert ist und von subito e.V. genehmigt worden ist. Für Privatpersonen fallen wie nach dem früheren Gesamtvertrag 3 Euro an. Um Missbräuche durch angeblich private Nutzung zu erschweren, ist subito e.V. gegebenenfalls zu Maßnahmen verpflichtet, wenn der Anteil der Privatbestellungen im Vergleich mit dem *status quo* zunimmt. Eine quantitative Deckelung der zu vergünstigten Kosten möglichen Bestellvorgänge wie bei den direkt über den Verlag lizenzierten Werken nach dem Nachtrag enthält der Vertrag mit VG Wort und VG Bild Kunst ansonsten jedoch nicht.

Für alle übrigen Kunden, insbesondere für gewerbliche Kunden, liegt die Gebühr bei 12 Euro. Hier ist gegenüber dem früheren Gesamtvertrag als Verhandlungsergebnis eine Verdoppelung eingetreten. Damit liegt die Vergütungshöhe für kommerzielle Kunden in etwa in dem Bereich, den auch ein dazu erstelltes Gutachten von *Lehmann* für angemessen hielt.²²⁹⁸

Die Erfassung der Versandvorgänge und die Ausschüttung der Vergütung erfolgt mittels der schon unter den früheren Gesamtverträgen verwendeten Erfassungssysteme auf Grundlage der Meldungen durch die versendenden Einrichtungen. Der Vertrag

²²⁹⁸ *Lehmann*, Gutachten Kopienversand, S. 10, hielt bei einer Berechnung aus Verlegersicht 20 DM pro Artikel für angemessen.

konkretisiert dabei das Format für die Meldungen in einem elektronischen Verrechnungssystem. Abweichend von der generellen Regelung sieht § 21 des Verteilungsplans der VG Wort eine hälftige Aufteilung der Einnahmen zwischen Urhebern und Verlagen vor, die zunächst bis Ende 2009 befristet ist, während anschließend über die Aufteilung neu entschieden werden muss.²²⁹⁹

c) Weitere Anmerkungen zum subito-Vertrag

aa) Auch kleine Teile sonstiger Werke erfasst

Sowohl der Vertrag zwischen subito e.V. und den Verwertungsgesellschaften als auch die Rechteeinräumungsklausel im Wahrnehmungsvertrag umfassen neben Kopien von Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln auch Kopien kleiner Teile sonstiger Werke, also insbesondere kleiner Teile aus Büchern, wobei für „kleine Teile“ eine Grenze von maximal 15% eines Werkes festgelegt wird. Auch für den Versand von Teilen aus Büchern gilt demnach die Freistellung durch die Verwertungsgesellschaften. Dies ist deshalb von Interesse, weil gegebenenfalls existierende verlagsseitige Einzelabrufangebote in diesem Bereich nicht durch die EZB erfasst werden. Da auch über direkte Vereinbarungen zwischen subito e.V. und den einzelnen Verlagen für einen lizenzgestützten Kopienversand solcher Werkteile nichts bekannt ist, ist deren Versand nach dem Vertrag mangels Sperrwirkung sehr weitgehend gestattet und über die Freistellungsklausel abgesichert. Relativiert wird dies in seiner Bedeutung allenfalls durch den in der Praxis eher geringen Anteil des Versands von Buchteilen im Vergleich zu Zeitschriftenartikeln.

bb) Leihverkehr ist Gegenstand gesonderter Verträge

Ausdrücklich nicht Gegenstand des Vertrags ist der Kopienversand im Rahmen des Fernleihverkehrs. Aufschlussreich für die bereits oben bejahte Frage, ob auch dieser Versand seit der gesetzlichen Regelung des § 53a UrhG vergütungspflichtig ist, erscheint jedoch die Tatsache, dass dafür nach mündlicher Auskunft der VG Wort nach einer separaten Vereinbarung mit den Ländern für die Jahre 2008 und 2009 pauschale Zahlungen von 500.000 Euro vorgesehen sind und anschließend neue Vereinbarungen über die weitere Vergütung erforderlich werden, bei denen auch eine Einzelabrechnung erwogen wird. Dies bringt die auch in den beteiligten Kreisen vorherrschende Ansicht zum Ausdruck, dass der lange Zeit gewohnheitsrechtlich ohne Vergütung vorgenom-

²²⁹⁹ Der Verteilungsplan ist unter www.vgwort.de abrufbar.

mene Kopienversand im Rahmen der Fernleihe trotz der abweichenden Bezeichnung seit dem Inkrafttreten des § 53a UrhG von dessen Vergütungspflicht erfasst wird.²³⁰⁰

cc) Verschärfung der Subsidiaritätsregelung

Die Angemessenheit bestehender Abrufangebote der Verlage spielt wie bereits in den Lizenzverträgen mit den Verlagen auch im Vertrag zwischen subito e.V. und den Verwertungsgesellschaften keine Rolle. Jedes in der EZB eingetragene Einzelabrufangebot schließt unabhängig von seinen Bedingungen den elektronischen Kopienversand aus. Das vom Gesetzgeber vorgesehene, inhaltlich jedoch nur schwer zu konkretisierende Kriterium der Angemessenheit wird bei einer solchen Vertragsgestaltung entwertet, und die Subsidiarität des schrankengestützten Kopienversands wird gegenüber der gesetzlichen Regelung weiter verschärft.

Dies gilt umso mehr, als nach dem Vertrag neben einem in der EZB eingetragenen Online-Abrufangebot im Sinne des § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG auch die Möglichkeit eines direkt vom Verlag lizenzierten Kopienversands die Vertragsanwendung sperrt. Auch hier gilt dies unabhängig von der Angemessenheit der Bedingungen. Mangels Freistellung liegt in diesen Fällen das in der Regel prohibitive Prozessrisiko erneut beim Kopienversanddienst.

Ob es vor diesem Hintergrund dazu kommen wird, dass sich ein Kopienversanddienst beispielsweise bei extrem hohen, offensichtlich missbräuchlichen Preisen für ein Einzelabrufangebot auf dessen Unangemessenheit berufen wird und Kopien auch elektronisch versendet, wie es § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG gestattet, bleibt abzuwarten. Nach den bisherigen Erfahrungen erscheint es mehr als zweifelhaft.

4. Bewertung

Subito e.V. ist als Beispiel für die Praxis des Kopienversands nach der Neuregelung durch § 53a UrhG bei der Bewertung der abgeschlossenen Verträge zugutezuhalten, dass dadurch, gewissermaßen „trotz § 53a UrhG“, wieder ein flächendeckender elektronischer Kopienversand möglich ist und somit durch eine pragmatische Herangehensweise insgesamt ein abgestuftes System elektronischer Literaturversorgung jenseits von Post und Fax existiert. Zum großen Teil bestehen Online-Einzelabrufangebote des jeweiligen Verlages und werden sich fortschreitend weiter entwickeln. Teilweise werden Verlage ihre Werke selbst gemäß dem Nachtrag oder vergleichbarer Vereinbarungen für

²³⁰⁰ Siehe dazu ausführlich oben, Teil 3 E. II. 5.

den Kopienversand lizenzieren. Wo beides nicht erfolgt, ermöglicht die Vereinbarung mit der VG Wort seit dem 1.4.2009 einen elektronischen Kopienversand, der sich aufgrund der Freistellung ohne Prozessrisiko für subito e.V. entweder auf § 53a Abs. 1 S. 2 und 3 UrhG oder auf eine Lizenzierung durch die VG Wort stützen kann. Dabei muss subito e.V. die genauen, schwierig zu fassenden Voraussetzungen des § 53a UrhG nicht mehr prüfen, sondern kann sich an die einfacher zu handhabenden Ausschlusskriterien der vertraglichen Abrede halten.

Gleichzeitig ist jedoch zu kritisieren, dass der Vorrang verlagsseitiger Lizenzangebote, der Schutz der lizenzierten Vertriebsmodelle, und damit der Primat des Marktes stärker ausgeprägt ist, als es die gesetzliche Subsidiarität insbesondere angesichts der enthaltenen Angemessenheitskontrolle zwingend verlangt. Das Ausmaß des schranken-gestützten elektronischen Versands zu vergleichsweise moderaten Gebühren liegt in der Hand der Verlage. Sie können dessen Anwendungsbereich durch eigene Online-Abrufangebote oder auch nur durch die Lizenzierung des Kopienversands über subito e.V. nach Belieben zurückdrängen, ohne dass die Angemessenheit ihrer Angebote dabei eine Rolle spielt. Im Ergebnis wird damit auch subito e.V. als Vertriebskanal für den Kopienversand zu frei durch die Verleger festzulegenden Preisen geschützt. Auch insoweit wird über § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG hinaus dem Markt der Vorrang eingeräumt, während die Norm selbst nur Online-Abrufangebote der Verleger privilegiert. Die pragmatischen Vereinfachungen der Vertragsabreden gehen somit zu Lasten der gesetzlichen Schranke.

V. Zusammenfassung und Fazit

§ 53a UrhG ist seit dem Zweiten Korb zwar nicht in jedem Fall einschlägig, in dem eine Vervielfältigung versendet wird, stellt aber eine nun ausdrückliche und umfassende gesetzliche Regelung des Kopienversands auf Bestellung dar, wie ihn Kopienversand-dienste betreiben. In diesem Regelungsbereich, der auch entsprechende Versendungen im Rahmen der Fernleihe einschließt, fallen diese Dienste seitdem unter das Verbot-recht des Urhebers, wenn nicht alle Voraussetzungen der Schranke erfüllt werden.

Die Kodifizierung ist dabei entgegen der Einschätzung der Bundesregierung nicht per se als wissenschaftsfreundlich anzusehen.²³⁰¹ Für eine Bewertung sind die Einzelhei-ten der Neuregelung und der Vergleich mit der früheren Rechtslage maßgeblich. Diese

²³⁰¹ Mit dieser Einschätzung insgesamt jedoch die Bundesregierung, siehe etwa BT-Drs. 16/1628, S. 46.

war geprägt durch das BGH-Urteil zur Zulässigkeit des Kopienversands per Post und Fax, klare entsprechende Bekenntnisse des Gesetzgebers in früheren Gesetzgebungsverfahren, und ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit im Bereich des Kopienversands per E-Mail mangels rechtskräftigen Urteils und der unterschiedlichen Entscheidungen des OLG Frankfurt und des OLG München. Dessen ungeachtet wurde der E-Mail-Versand bis zum Zweiten Korb schrankengestützt praktiziert. Deshalb handelt es sich bei § 53a UrhG statt einer wissenschaftsfreundlichen Regelung im Ergebnis in erster Linie um eine Beschränkung der bisherigen Praxis.²³⁰²

Dies gilt umso mehr, da die Norm weniger weitgehend zugunsten der Wissenschaft differenziert, als es auch nach den Richtlinienvorgaben möglich ist.²³⁰³ Eine Privilegierung erfolgt zwar insoweit, als allein für Unterrichtszwecke und wissenschaftliche Zwecke ein Kopienversand in sonstiger elektronischer Weise erfolgen kann, vorbehaltlich der Subsidiaritätsklausel, die ihrerseits eine bedeutende Einschränkung zur früheren Rechtslage darstellt. Davon abgesehen beschränkt die Norm den Versand zu wissenschaftlichen Zwecken jedoch wie im Fall sonstiger Schrankenprivilegierter. Statt vorzugswürdiger echter Akzessorietät zu den differenzierteren Vorgaben des § 53 UrhG wendet § 53a UrhG insbesondere quantitativ einheitlich die engeren Grenzen des sonstigen eigenen Gebrauchs nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG an. Dies führt zu einer einengenden Nivellierung, die im Ergebnis sogar Werke geringen Umfangs vom Anwendungsbereich ausnimmt. Zumindest hier erscheinen Nachbesserungen geboten.

Teilweise lässt sich diese undifferenzierte Herangehensweise darauf zurückführen, dass auch die Entscheidungen des BGH und des OLG München bedingt durch den Streitgegenstand jeweils allein auf den sonstigen eigenen Gebrauch abstellen mussten bzw. konnten. In beiden Entscheidungen wird dies ebenso wie die weitergehenden Spielräume für wissenschaftliche Nutzer jedoch zumindest mehr oder weniger ausdrücklich betont. Der Gesetzgeber hat bei seiner ohnehin über den Streitgegenstand der Urteile hinausgehenden Umsetzung auf mögliche weitere Differenzierungen verzichtet.

Der für die Praxis wesentliche Ausschluss gewerblicher wissenschaftlicher Zwecke beruht weitgehend schon auf der Richtlinienvorgabe sowie bereits auf der deshalb nun

²³⁰² So auch schon *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 260; vgl. mit ähnlicher Wertung auch *Nielen*, Interessenausgleich, S. 20; *Nolte*, S. 126; , S. 341, *Peifer*, Rahmenbedingungen, S. 341, bezeichnet sie als „Attacke des Gesetzgebers gegen seine eigene Wissenschaftspolitik“.

²³⁰³ So auch schon *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 827, allerdings noch vor der weiteren Veränderung der Norm im Gesetzgebungsverfahren.

in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG enthaltenen Beschränkung. Auf die auch dort vorhandenen Spielräume für eine gerade quantitativ weitergehende „analoge Wissenschaftskopie“, mit entsprechenden Auswirkungen für den Kopienversand, wurde hingewiesen. Eine technisch zeitgemäße schrankengestützte Informationsversorgung wird durch den Ausschluss gewerblicher Wissenschaft im Ergebnis gerade dann verhindert, wenn überhaupt keine elektronischen Eigenangebote der Verlage existieren. Auch die öffentlichen (im Sinne von öffentlich zugänglichen) Bibliotheken dürfen im Übrigen bei richtlinienkonformer Auslegung keinen gewerblichen Zwecken dienen. Insoweit erscheint eine entsprechende Klarstellung im Wortlaut zu Zwecken der Übersichtlichkeit wünschenswert.

Weiterer Klarstellungsbedarf bestünde angesichts der Schrankenzielsetzung nach der hier vertretenen Ansicht, falls sich zur wissenschaftlichen Lehre eine Auslegung durchsetzen sollte, die diese nicht in den Wortlaut der Norm einbezieht. Darüber hinaus erscheint eine Anpassung sinnvoll, die die bei systematischer Auslegung derzeit nicht gestattete Mehrfachverwendung von Vorlagen zur Ablaufferleichterung ermöglicht, soweit sie bei ausschließlicher Verwendung für spätere Folgeversendungen keine zusätzliche Beeinträchtigung der Verwerterinteressen bewirkt. Ohne praktische Auswirkungen bliebe eine Wortlautveränderung, die im Rahmen der Akzessorietät korrekter Weise an die Zulässigkeit der „Vervielfältigung“ an Stelle der „Nutzung“ nach § 53 UrhG anknüpft. Ähnliches gilt für die nicht haltbare Vergütungspflicht für die urheberrechtlich irrelevante Übermittlung als solche, so dass im Rahmen des Abs. 2 eine entsprechende Korrektur vorzunehmen ist, während der Einbeziehung der Übermittlung im Tatbestand in Abs. 1 zumindest noch eine zu begrüßende klarstellende Wirkung zukommt.

Zum Verhältnis zwischen Schranke und Marktangeboten unternimmt § 53a UrhG den ausdifferenziertesten Regelungsversuch der Wissenschaftsschranken, indem er unter anderem, trotz anderer Absicht und angesichts der zunehmenden Konvergenz in fragwürdiger Weise, zwischen verschiedenen Übertragungswegen unterscheidet. Für den Post- und Faxversand wurde der qualitative Abstand verlagsseitiger Angebote als ausreichend für die Koexistenz einer Schranke angesehen. Für den digitalen Bereich erfolgte neben der Beschränkung auf Unterrichts- und Wissenschaftszwecke technisch eine Begrenzung auf grafische Dateien, um den Abstand zu Volltextangeboten der Verlage zu wahren. Zudem gilt hier aufgrund der Subsidiarität ein im Ergebnis weitreichender Vorrang von Verlagsangeboten sogar gegenüber diesen technisch eingeschränkten schrankengestützten Diensten.

Die Subsidiaritätsklausel stellt bereits auf theoretischer Ebene eine Verengung der Freiräume dar, selbst wenn dies nach dem Wortlaut durch die nachträglichen Erfordernisse offensichtlicher Angebote und angemessener Bedingungen als vergleichsweise konsensfähige Zielsetzung einer Lenkungswirkung abgemildert wird. Statt einer kartellrechtlichen Preiskontrolle wird dadurch auf Tatbestandsebene der angemessene Preis verlagsseitiger Abrufangebote zum externen Referenzpunkt und zur negativen Bedingung für die Anwendbarkeit der Schranke.

Die eigentliche Verschärfung tritt jedoch aufgrund der fehlenden Praktikabilität der qualifizierenden Kriterien ein. Während sich für die Offensichtlichkeit trotz fortbestehender Probleme zumindest in Teilbereichen Ansätze für eine Konkretisierung entwickeln, läuft das schwer fassbare Angemessenheitserfordernis als normatives Korrektiv leer. Obwohl der Gesetzgeber die wissenschaftliche Informationsversorgung nie vollständig dem Markt überlassen wollte, erfolgt dies durch § 53a UrhG im Widerspruch zur auch vom BGH betonten früheren Kontinuität nun doch, nicht zuletzt durch die Hemmwirkung der verbleibenden Rechtsunsicherheit auf potentielle Versanddienstleister.

Neben eine im praktischen Ergebnis verengte Schranke treten komplementäre vertragliche Regelungen, die zwar teilweise ein preisliches Entgegenkommen der Verlagsseite beinhalten. Dieses ist jedoch zum einen quantitativ gedeckelt und zum anderen weitgehend ins Belieben der Verlage gestellt. Denn zunächst steht es Verlagen frei, auf eine direkte Lizenzierung des Kopienversands zu verzichten. Darüber hinaus können sie die praktische Relevanz des elektronischen Versands durch Eigenangebote mittelbar auch in den Bereichen bestimmen, in denen ansonsten der Lösungsansatz der VG Wort zur Anwendung käme.

Dieser Ansatz ist zwar darauf ausgerichtet, gewissermaßen „trotz“ § 53a UrhG einen flächendeckenden elektronischen Kopienversand zu gewährleisten. Er sorgt aus Sicht des Kopienversanddienstes über eine Haftungsfreistellung sowohl im Anwendungsbereich der Schranke als auch im Bereich einer darüber hinausgehenden Lizenzierung durch die VG Wort für Rechtssicherheit, für eine praktikable Lösung und zudem für die erforderliche angemessene Vergütung. Die Praktikabilität wird jedoch durch eine Vereinfachung auf Kosten des schrankengestützten Versands erkaufte, da der Kopienversender statt der qualifizierten Vorgaben der Subsidiaritätsklausel des § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG nun nur noch überprüfen muss, ob entweder die EZB ein echtes Abrufangebot nachweist, oder aber ein direkt vom Verlag lizenzierter Versand durch subito e.V. angeboten wird. Die Angemessenheit dieses Angebots spielt entgegen der gesetzgeberischen

Zielsetzung keine Rolle mehr. Zudem wird die Subsidiarität auf den lizenzbasierten Kopienversand über subito e.V. ausgedehnt und auch dieser als zusätzlicher Vertriebsweg geschützt. Um den schrankengestützten Kopienversand zu verhindern, müssen Verleger lediglich einen der beiden alternativen Vertriebswege nutzen und können damit bei frei festlegbaren Preisen die Reichweite der Schranke nach Belieben beeinflussen.²³⁰⁴ Dies gilt zumindest insoweit, wie Kopienversanddienste ohne eine Freistellung der VG Wort, im Grundsatz verständlich, die Prozessrisiken scheuen, die aufgrund der fehlenden Handhabbarkeit der Subsidiaritätsklausel mit dem elektronischen Kopienversand verbunden sind.²³⁰⁵

Damit wird im Ergebnis zwar auch der elektronische Kopienversand weiter weitgehend flächendeckend gewährleistet.²³⁰⁶ In Bezug auf den Post- und Faxversand hat sich zudem abgesehen von der Vergütungsregelung wenig gegenüber der früheren Situation geändert. Diese Versandarten können rechtlich unverändert neben kommerziellen Onlineangeboten fortbestehen.²³⁰⁷ Für den elektronischen Versand als noch am ehesten zeitgemäßer Art der wissenschaftlichen Informationsversorgung nimmt die Bedeutung der Schranke aber angesichts der gesetzlichen Ausgestaltung und der auf dieser Rechtslage und den entsprechenden Verhandlungspositionen beruhenden Reaktionen der Praxis massiv ab.²³⁰⁸ Die Frage, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, beim Kopienversand das ausgewogene Verhältnis aus dem analogen in das digitale Zeitalter zu übertragen,²³⁰⁹ scheint demnach im Ergebnis eher zu verneinen zu sein.²³¹⁰ Eine abschließende Bewertung erfolgt im Zusammenhang und im Vergleich mit den übrigen Schrankenbestimmungen im abschließenden Teil 4 der Arbeit.

²³⁰⁴ Mit dieser Wertung im Ergebnis auch *Kreutzer*, in: *Hofmann* (Hrsg.), *Wissen und Eigentum*, S. 125 f.

²³⁰⁵ Die verbleibenden Schwierigkeiten und mögliche Auswirkungen auf einen zurückhaltenden Schrankengebrauch durch die Privilegierten betont auch *Talke*, *Bibliotheksdienst* 2008, 288, 297.

²³⁰⁶ Das betont trotz Kritik auch *Beger*, S.42 f.

²³⁰⁷ *Baronikians*, *ZUM* 1999, 126, geht von einer unverändert wichtigen Funktion für die Informationsversorgung aus.

²³⁰⁸ Laut *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), *Impulse*, S. 286, hat sich der Kopienversand öffentlicher Bibliotheken aufgrund der Einschränkungen „weitgehend erledigt“; ähnlich *Nolte*, S. 126, 138; *Hilty/Bajon*, *ZfBB* 2008, 257, 260; kritisch auch *Sandberger*, *ZUM* 2006, 818, 827, sowie *Schröder/Welp*, *DFN-Infobrief* 1/2008, S. 5.

²³⁰⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

²³¹⁰ So auch *Grassmann*, *Kopienversand*, S. 167, ähnlich *Knaff/Gillitzer*, *Bibliotheksforum* 2008, 146, 152.

Teil 4

Abschließende Vergleiche und Gesamtfazit

Bereits am Ende der Untersuchung der Wissenschaftsschranken in Teil 3 erfolgte jeweils eine Zusammenfassung der Zwischenergebnisse und ein darauf bezogenes Fazit, einschließlich einiger Anregungen *de lege ferenda* zu Einzelfragen. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen. Teil 4 der Arbeit stellt im Sinne eines Gesamtfazits einige Schwerpunkte erneut in den Vordergrund und geht dabei auch im Vergleich der Regelungen insbesondere auf das Verhältnis zwischen Schranken und verlagseigenen Marktangeboten und auf die eng damit verknüpfte Frage ein, ob sich die Wissenschaftsschranken im Rahmen dessen halten, was mit den in Teil 2 untersuchten Vorgaben zu vereinbaren ist.

A. Gemeinsamkeiten

I Tatbestandliche Einschränkungen zur Abgrenzung von Schranken und Marktangeboten

Eine Metaschranke im Sinne eines allgemeinen, freien Informationszugriffs für wissenschaftliche Nutzer existiert nicht. Vielmehr enthält jede der untersuchten Wissenschaftsschranken tatbestandliche Einschränkungen. Wesentlich ist die grundlegende Bindung an die in unterschiedlichen Formulierungen vorgegebenen wissenschaftlichen Zwecke. Bei entsprechender Auslegung ermöglicht sie es, die Weite des verfassungsrechtlichen Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit zu berücksichtigen, um nicht auf einfachgesetzlicher Ebene die damit verbundenen Wertungen zu unterlaufen. Daneben treten Beschränkungen des erlaubten Umfangs und der einbezogenen Werke, räumliche Vorgaben, eine selektive Auswahl der privilegierten Einrichtungen und des Kreises der Nutzungsberechtigten, sowie als eine der wesentlichen Neuerungen des Zweiten Korbes eine weitgehende Begrenzung auf wissenschaftliche Zwecke nicht kommerzieller Art. Darüber hinausgehende Nutzungsformen bleiben schon aufgrund des derart begrenzten Anwendungsbereichs der Schranken den Verbotsrechten der Rechteinhaber unterstellt.

Neben die sonstigen tatbestandlichen Einschränkungen treten unterschiedlich deutlich ausgeprägte Regelungen oder Auslegungsansätze, die den Anwendungsbereich der einzelnen Wissenschaftsschranken zugunsten von Marktangeboten begrenzen. Den ausdrücklichsten Versuch einer Abgrenzung unternimmt § 53a UrhG mit der ausdifferenzierten Ausgestaltung eines Vorrangs von qualifizierten verlagsseitigen Einzelabrufangeboten im elektronischen Bereich, bei gleichzeitiger Koexistenz derartiger Angebote mit den Versandformen Post und Fax. § 52b UrhG sieht bei ansonsten engen Tatbestandsvoraussetzungen keinen Vorrang bloßer Vertragsangebote vor, sondern privilegiert nur tatsächlich bestehende entgegenstehende vertragliche Abreden. § 52a UrhG stellt für digitale Netzwerknutzungen auf die Gebotenheit der Zugänglichmachung ab. Zu deren näherer Bestimmung werden teilweise ohne gesetzliche Verankerung Kriterien herangezogen, die der Regelung zum elektronischen Kopienversand ähneln. Sie sind jedoch weniger ausdifferenziert, als in der erst im Zweiten Korb geschaffenen Norm. In § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG kommt ebenfalls der Gebotenheit entscheidende Bedeutung zu, soweit es schon an ihr fehlen soll, wenn die Möglichkeit anderweitiger Werkbeschaffung besteht.

II. Verbleibender Spielraum trotz einschränkender Vorgaben

Tatbestandliche Grenzen der Schranken lassen sich auf die internationalen, europäischen und verfassungsrechtlichen Vorgaben zurückführen, die in Teil 2 dargestellt wurden. Eine schrankenlose Schranke, die den Urheberrechtsschutz insgesamt faktisch aufhobe, stünde im klaren Widerspruch zu diesen Vorgaben. Gleichzeitig verlangen weder die internationalen Abkommen, noch die InfoSoc-Richtlinie, noch das deutsche Verfassungsrecht, und erst Recht nicht die damit notwendiger Weise verknüpfte Urheberrechtsdogmatik einen maximalen, absoluten und schrankenlosen Urheberrechtsschutz. Dies widerspräche auch der hier vertretenen Grundthese, nach der Schranken eine Funktion als Mittel des Interessenausgleichs zukommt, auch in einer zunehmend digitalen Welt mit auf technischen Wegen verringertem Marktversagen. Auf allen Ebenen verbleiben gesetzgeberische Spielräume, um neben dem Schutz berechtigter Interessen der Rechtsinhaber anderweitige Ziele zu verfolgen.²³¹¹ Die grundlegenden Balan-gegedanken lassen sich auf eine lange Kontinuität zurückführen, wie sie auch in der Entscheidung des BGH zum Kopienversanddienst betont wird.

²³¹¹ Mit ähnlicher Einschätzung gerade für wissenschaftsspezifische Schrankenregelungen *Veddern*, Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung, S. 628.

Gerade das Verfassungsrecht gebietet einen Ausgleich unter angemessener Wahrung der Eigentumsrechte, angesichts der ebenfalls verfassungsrechtlich anerkannten Schutzgüter, die miteinander in einen Zustand praktischer Konkordanz zu bringen sind. Dies schafft insbesondere auf verfassungsrechtlicher Ebene Flexibilität und Raum für Wertungen. Beispielsweise lässt sich in Bezug auf quantitative Begrenzungen kaum überzeugend argumentieren, dass eine Obergrenze von 15 % eines Werkes noch eindeutig verfassungsgemäß sei, eine Obergrenze von 20 % aber eindeutig verfassungswidrig, wenn mit der Schranke im Rahmen des gesetzgeberischen Ausgestaltungsspielraums widerstreitende Verfassungspositionen wie der Eigentumsschutz und die über Art. 5 Abs. 3 GG geschützte wissenschaftliche Betätigung in Einklang gebracht werden müssen, und eine umfassende Abwägung häufig ohnehin nur im konkreten Einzelfall möglich erscheint. Gerade für die Wissenschaft bestehen sogar auf Ebene der engen Richtlinienvorgaben noch vergleichsweise große Freiräume für die Gesetzgebung der Mitgliedsstaaten. Demgegenüber fällt die deutsche Umsetzung in Teilaspekten nivellierend aus und privilegiert wissenschaftliche Zwecke im Vergleich mit anderen Schranken weniger weitgehend, als es die Wertung auf Richtlinienebene nahelegen würde.

Vor diesem Hintergrund wäre die teilweise geforderte „Bereichsausnahme“ für wissenschaftliche Werke bei Wissenschaftsschranken keine Alternative, sondern ein Euphemismus für die faktische Abschaffung der Wissenschaftsschranken. Denn diese kommen in der wissenschaftlichen Binnenkommunikation zu ganz überwiegendem Anteil gerade in Bezug auf wissenschaftliche Werke zur Anwendung. Mit ihrer Abschaffung würde gerade der wissenschaftliche Publikationsmarkt vollständig den Marktkräften überlassen, obwohl die in Teil 1 dargestellten Besonderheiten Zweifel am uneingeschränkten Funktionieren dieses Marktes begründen.

III. Die Herstellung eines angemessenen Gleichgewichts

Der Versuch, eine optimale Balance zwischen Schranken als verbleibendem Nutzungsfreiraum und den Verbotsrechten der Rechteinhaber festlegen zu wollen und damit zu einem Zustand der „Informationsgerechtigkeit“²³¹² beizutragen, sollte zwar eines der theoretischen Ziele der Urheberrechtsgesetzgebung sein, gestaltet sich jedoch praktisch ausgesprochen schwierig. Urheberrechtlich verkörpertes Wissen ist gerade in der Wissenschaft Grundvoraussetzung für die Produktion neuen Wissens. Schranken erleichtern einerseits den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken sowie deren

²³¹² Den Begriff verwendet insbesondere *Hoeren*, Einführung in das Informationsrecht, S. 35.

weitere Verwendung, und beeinflussen damit auch Kosten und Praktikabilität der Informationsbeschaffung als wesentlicher Faktor der Wissensproduktion. Werden Schranken zu sehr verkürzt, steigen damit Kosten und Aufwand, was zu einer reduzierten Generierung neuen Wissens führen kann. Andererseits können auch zu weitreichende Schranken - trotz des im Wissenschaftsbereich auf Urheberebene nur uneingeschränkt anwendbaren wirtschaftlichen Anreizgedankens – dazu führen, dass die mit der Publikation verknüpfte Wissensproduktion insgesamt verringert wird, und dies ebenfalls dem Ideal eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts und einer optimalen Ressourcenallokation zuwiderläuft.²³¹³ Lösungsversuche bleiben eine Herausforderung für die Zukunft und bedürfen vor allem weiterer interdisziplinärer Grundlagenforschung, die insbesondere die empirische und theoretische Ökonomie mit einbezieht.²³¹⁴ Metaregeln lassen sich aus verfassungsrechtlichen Wertungen allenfalls sehr allgemein, aber kaum trennscharf ableiten, da Grundrechte in ihrer generalklauselartigen Ausgestaltung aufgrund verbleibender Wertungsspielräume und der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers Raum für Handlungsalternativen belassen.²³¹⁵ Als allgemeine Wertungsvorgabe lässt sich ihnen zumindest entnehmen, dass bei den erforderlichen Abwägungsentscheidungen eine Schranke umso weitreichender ausfallen kann, umso weniger sie berechnigte Interessen der Rechteinhaber betrifft, und um so grundlegender ihre Bedeutung für die wissenschaftliche Betätigung ist.

Aufgrund der Schwierigkeit, verbindliche Metaregeln herzuleiten, hat sich auch diese Arbeit in erster Linie darauf beschränkt, die bestehenden Grenzziehungen darzustellen, und zu untersuchen, wie sie sich gegebenenfalls durch die Änderungen des Zweiten Korbes verschoben haben. Das Konzept eines uneingeschränkten Marktmodells wurde in Teil 2 als Widerspruch zum zugrundegelegten Prinzip eines notwendigen Interessenausgleichs abgelehnt. Wie die genauen Grenzen in einem normativen Sinn zu ziehen sind, bleibt eine zum großen Teil rechtspolitische Entscheidung, für die weitere empirische Forschung dringend erforderlich ist. Mit diesen vorangestellten Einschränkungen wird abschließend der Versuch einer Bewertung der einzelnen Wissenschaftsschranken unternommen.

²³¹³ Vgl. etwa *Spindler*, in: *Hilty/Drexler/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim, S. 288; *Heeg/Pflüger*, ZUM 2008, 649, 655 f.

²³¹⁴ Siehe auch *Hoeren*, Einführung in das Informationsrecht, S. 35; *Ohly*, Innovation, S. 297; *Nielen*, Interessenausgleich, S. 15, m.w.N.

²³¹⁵ Entsprechend skeptisch *Hoeren*, Einführung in das Informationsrecht, S. 36: Die Fragestellung der Informationsgerechtigkeit sei „zu nebulös, als sie in der derzeitigen Diskussion auch nur ansatzweise weiterhelfen könnte.“ Kritisch auch *Nielen*, Interessenausgleich, S. 20.

B. Vergleichende Einzelbewertung, kritische Überlegungen und Lösungsansätze

I. Kopienversand nach § 53a UrhG

Die Neuregelung des Kopienversands enthält die ausdifferenziertesten Ansätze für das Verhältnis zwischen Schranken und verlagsseitigen Eigenangeboten. Wissenschaftliche Zwecke werden zumindest insoweit besonders privilegiert, als hier auch ein elektronischer Kopienversand im Grundsatz möglich ist, wenn auch letztlich nur stark eingeschränkt durch die Subsidiaritätsklausel in Abs. 1 S. 3. Gleichzeitig bleibt die Regelung hinsichtlich der quantitativen Grenzen aus Wissenschaftssicht hinter dem möglichen Maß an Differenzierung zurück, indem sie auch für wissenschaftliche Zwecke die engen Vorgaben für den sonstigen eigenen Gebrauch aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a) UrhG übernimmt, statt im Sinne echter Akzessorietät zu § 53 UrhG die weiterreichenden Möglichkeiten für die Wissenschaftskopie abzubilden. Auch wenn mit Zeitschriftenbeiträgen der in der Praxis wichtigste Bereich abgedeckt ist, hat der Gesetzgeber nicht die Spielräume genutzt, die auch die vorangegangenen Gerichtsentscheidungen zumindest als *obiter dictum* betont haben.

1. Post- und Faxversand

Für den Post- und Faxversand hält der Gesetzgeber die Koexistenz des Kopienversands mit eigenen Online-Abrufdiensten der Verleger ohne weiteres für möglich und spricht von einem ausgewogenen Verhältnis zwischen den berechtigten Interessen der Urheber und Rechtsinhaber und denjenigen der Allgemeinheit.²³¹⁶ Dem ist insbesondere aufgrund des Abstands zwischen Kopienversand und Eigenangeboten der Verleger zuzustimmen. Gerade in den Versandformen Post und Fax ist der Kopienversand stets nur die zweit- oder drittbeste Lösung für den wissenschaftlichen Informationssuchenden, angesichts eingeschränkterer Nutzungsmöglichkeiten und der mit Bestellung und Versand verbundenen zeitlichen Verzögerung, so dass wissenschaftliche Tätigkeit allein gestützt auf Kopienversanddienste nicht möglich erscheint.²³¹⁷ Ein unmittelbares Konkurrenzverhältnis gleichwertiger Angebote besteht daher nicht. Gleichzeitig hat trotz dieser Unterschiede auch der Kopienversand indirekte Auswirkungen auf die Absatz-

²³¹⁶ Siehe nochmals die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

²³¹⁷ Anschaulich *Nolte*, S. 119; ebenso *Hilty/Klass*, Stellungnahme Dritter Korb, S. 36.

chancen der verlagsseitigen Eigenangebote.²³¹⁸ Dies wurde in der Kopienversandentscheidung des BGH zutreffend gewürdigt, indem betont wurde, aufgrund veränderter Rahmenbedingungen und deutlicher Zunahme des Aufkommens sei der Kopienversand seit der vorangegangenen Urheberrechtsreform zwar durchaus neben den Verlagsvertrieb getreten. Die notwendige, gleichzeitig aber hinreichende Reaktion sah der BGH im ausdrücklich dem § 53a UrhG zugrundegelegten Urteil aber nicht in einem Verbotsrecht zugunsten der Rechteinhaber, sondern in spezifisch auf den Kopienversand zugeschnittenen Vergütungsansprüchen, um in Kontinuität mit dem gesetzgeberischen Willen die Anwendbarkeit der Schranke zugunsten von Zugangs- und Informationsinteressen der Allgemeinheit zu bewahren.

Angesichts der im inzwischen abgeschlossenen Gesamtvertrag zwischen subito e.V. und VG Wort und VG Bild Kunst enthaltenen Vergütungssätze von bis zu 12 € pro versendeter Kopie findet in erheblichem Umfang ein deshalb ausreichender Ausgleich für die verbleibende Interessenbeeinträchtigung statt. Den in Teil 2 dargestellten Anforderungen an die Abwägungsentscheidungen zwischen den beteiligten Interessen der Rechtsinhaber und der Allgemeinheit und dem Ziel, auch die repräsentierten verfassungsrechtlichen Werte in einen Zustand praktischer Konkordanz zu bringen, wird dadurch im Rahmen der bestehenden Spielräume Genüge getan.

2. Versand in sonstiger elektronischer Form

Anders als bei den zunehmend antiquiert wirkenden Versandformen Post und Fax wird der allein zeitgemäße Versand in sonstiger elektronischer Form unter die Subsidiaritätsklausel des Abs. 1 S. 3 UrhG gestellt.

a) Verzicht auf Verlagsprivileg möglich

Entgegen der letztlich getroffenen Entscheidung des Gesetzgebers erscheint das Verlagsprivileg nach einer auch hier vertretenen Auffassung angesichts der sonstigen tatbestandlichen Einschränkungen der Norm insgesamt entbehrlich.²³¹⁹ Zwar verringert sich bei dieser Versandform die zeitliche Verzögerung im Vergleich mit dem Postversand, und durch die Möglichkeit der Speicherung als Datei entstehen weitere Nutzungskom-

²³¹⁸ Siehe Dreier, in: Schricker, (Hrsg.), Geistiges Eigentum, S. 51, 64.

²³¹⁹ So auch die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/1828, S. 41; Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 16/5939, S. 35; Nolte, S. 144; Köcher/Bajon/Beger/Höfnger, Stellungnahme Aktionsbündnis, S. 135.

fortgewinne. Gleichzeitig sieht § 53a Abs. 2 S. 2 UrhG eine Beschränkung auf grafische Dateien vor, und wahrt damit den im digitalen Bereich größtmöglichen Abstand zu digitalen Volltextdatenbanken der Verleger. Vom ohne Zeitverlust möglichen Zugriff auf elektronische Volltextdokumente unterscheidet sich auch diese Versandform, bei der die grafische Datei erst manuell hergestellt und anschließend versendet werden muss, aus praktischer Sicht ganz erheblich.²³²⁰ Die trotz dieses Abstands verbleibenden Substituierungseffekte kann im Einklang mit dem hier vertretenen Verständnis des Drei-Stufen-Tests eine angemessene Vergütung für den Schrankengebrauch hinreichend ausgleichen, wie sie etwa inzwischen der Gesamtvertrag zwischen subito e.V. und den Verwertungsgesellschaften vorsieht. Der Gesetzgeber würde dadurch innerhalb der ihm verbleibenden Spielräume die Bedeutung eines unkomplizierten Informationszugriffs im Sinne eines wissenschaftsfreundlichen Urheberrechts stärker als bislang in die Abwägung einbringen, ohne gleichzeitig die berechtigten Interessen der Rechteinhaber übermäßig beschneiden zu müssen.

Gerade ohne Verlagsprivileg könnte § 53a UrhG auch mit dem zeitgemäßen elektronischen Versand im Ergebnis eine Rückfallposition darstellen, die, ganz im Sinne der ursprünglichen Argumentation des Gesetzgebers, anders als uneingeschränkte Verbotsrechte ein kontrollierendes Marktgegengewicht bildet. Er könnte gewährleisten, dass Wissenschaftsverlage stärker als derzeit angehalten wären, ihre eigenen Angebote in Bezug auf Nutzungsmöglichkeiten, Nutzungskomfort und nicht zuletzt in Bezug auf den Preis so attraktiv zu gestalten, dass sie gegenüber den eingeschränkten und auch ihrerseits kostenpflichtigen Kopienversanddiensten die vorzugswürdige Alternative bleiben oder werden.²³²¹ Ein an den Nutzerinteressen zu orientierender Mehrwert kann dann entsprechend höhere Preise als bei der Einfachlösung Kopienversand rechtfertigen, und wird aus Nutzerseite akzeptiert werden. Höherwertige Verlagsangebote setzen sich gegenüber geringwertigeren Einfachangeboten des Kopienversands bei angemessenen Bedingungen durch.

Als extremes, gedankliches Gegenbeispiel soll ein fiktives Geschäftsmodell dienen, bei dem ein Verlag seinen Nutzern einen unmittelbaren Volltextdatenbankzugriff an-

²³²⁰ Rechtspolitisches Positionspapier des Deutschen Bibliothekenverbandes zum Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. 11.10.2004 über <http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/copy.html>.

²³²¹ In diese Richtung auch *Nolte*, S. 144; *Hilty/Klass*, Stellungnahme Dritter Korb, S. 36.

bietet, jedoch zwingend gekoppelt mit der zusätzlichen Expresslieferung eines blattgoldveredelten Papierausdrucks, zu einem entsprechend hohen Preis, der angesichts des nötigen – wenngleich überflüssigen – Aufwands und der verlagsseitigen Kosten nicht einmal „unangemessen“ hoch sein muss. Sollte auch ein solches Angebot den Rückgriff auf die Einfachlösung Kopienversand im Sinne eines Verlagsprivilegs sperren können? Oder spricht nicht das Grundanliegen einer für den wissenschaftlichen Fortschritt unabdingbaren effizienten Informationsversorgung dafür, dem Nutzer die in diesem Extremfall offensichtliche Wahl zwischen dem „Kopienversand light“ und dem „Verlagsangebot Gold“ zu belassen? Der Gedanke lässt sich weniger extrem auch auf das Verhältnis zwischen der Einfachlösung Kopienversand und der weiterreichenden Angebotsform der Volltextdatenbank übertragen. Er stellt ein gesetzliches Verlagsprivileg insgesamt in Frage, das geringwertigere schrankengestützte Angebote ausschließt, sobald daneben höherwertige verlagseigene Angebote existieren. Allenfalls für gleichermaßen geringwertige verlagseigene Angebote gegen dann entsprechend niedrige Entgelte mag ein Verlagsprivileg eine gewisse Rechtfertigung behalten.²³²² Auch hier kann es aber kaum Zielsetzung der Urheberrechtsgesetzgebung im Informationszeitalter sein, über einen entsprechenden Schutz Anreize für Investitionen in bald überkommene Technologien zu setzen, statt über den schrankengestützten Kopienversand als Rückfallposition Impulse zu setzen, in noch innovativere Informationssysteme und in Geschäftsmodelle mit marktgerechten und angemessenen Konditionen zu investieren.

b) Ansätze für eine praktikablere Ausgestaltung des Verlagsprivilegs?

Der Verzicht auf das Verlagsprivileg schien dem Gesetzgeber aufgrund von Bedenken in Bezug auf die Interessen der Rechteinhaber im Ergebnis entgegen der hier vertretenen Auffassung nicht möglich. Gleichzeitig wurden in der endgültigen Fassung die Anforderungen an die privilegierten Verlagsangebote zumindest noch durch die Kriterien der Offensichtlichkeit und Angemessenheit qualifiziert.

Das Offensichtlichkeitskriterium versucht vor allem Praktikabilitätsbedenken zu berücksichtigen. Insoweit lässt die praktische Umsetzung trotz verbleibender Probleme durchaus vielversprechende Ansätze erkennen. Am Kriterium der zunächst nur in der Gesetzesbegründung enthaltenen angemessenen Bedingungen wird demgegenüber deutlich, dass der Gesetzgeber keinesfalls einen absoluten Vorrang von Verlagsangebo-

²³²² Das betont auch *Veddern*, Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung, S. 624, 630, der sich ansonsten gegen das Verlagsprivileg ausspricht.

ten beabsichtigte, sondern vor dem Hintergrund der vorangegangenen Diskussionen zu Kopierzentren der Verlage stets nur ein abgeschwächtes, auf angemessene Angebote beschränktes Verlagsprivileg im Sinn hatte, das die bisherige Kontinuität wahrt und den Zugang zu urheberrechtlich verkörperten Informationen nicht allein dem Markt überlässt. Bei Einbeziehung dieser Einschränkung lässt sich auch hier das Prinzip wiedererkennen, nach dem Schranken ein kontrollierendes Marktgleichgewicht zu höherwertigen Verlagsangeboten bewirken können.

Die Untersuchung der Praxis des Kopienversands nach seiner gesetzlichen Neuregelung hat demgegenüber am Beispiel subito e.V. deutlich gemacht, dass aufgrund der konkreten Ausgestaltung und mangels Praktikabilität des § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG der schrankengestützte Kopienversand in elektronischer Form faktisch weitgehend durch komplementäre Lösungen auf Lizenzbasis ersetzt wurde. Das ist allenfalls insoweit zu begrüßen, als dadurch „trotz“ § 53a UrhG wieder ein flächendeckender Kopienversand per E-Mail ermöglicht wird. Gleichzeitig wird die Informationsversorgung letztlich dem Markt überlassen, ohne dass es noch auf das weitgehend bedeutungslos gewordene Kriterium der Angemessenheit ankäme. Geschaffen wurde so im Ergebnis eine Schranke, bei der es in der Hand der Verlage liegt, ihre Reichweite über eigene Angebote, einschließlich unangemessener Angebote, selbst zu bestimmen. Der Primat des Marktes gewinnt die Oberhand, obwohl im Bereich des wissenschaftlichen Publikationswesens begründete Zweifel an seinem Funktionieren bestehen.

Wenn statt eines vorzugswürdigen Verzichts am Verlagsprivileg festgehalten werden soll, muss der Gesetzgeber zumindest die komplexe Problemstellung erneut angehen, wie seine Intention auch in der Praxis stärker zur Geltung gebracht wird, im Ergebnis nur angemessene Verlagsangebote zu privilegieren, statt die Angemessenheit leerlaufen zu lassen. Die folgenden Überlegungen sind dabei allenfalls als Denkanstöße gedacht, während der Wegfall des Verlagsprivilegs präferiert wird.

aa) Beweislastverschiebung zugunsten der Schrankenprivilegierten

Neben das Grundproblem der fehlenden inhaltlichen Bestimmtheit des Angemessenheitskriteriums tritt aus Sicht der Bibliotheken das Risiko, aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Norm die Darlegungs- und Beweislast dafür tragen zu müssen, dass der Schranke kein angemessenes Angebot zum Einzelabruf entgegensteht. Existiert ein Einzelabrufangebot, muss die Bibliothek darlegen und beweisen, dass dessen Bedingungen nicht angemessen sind. Solange die Maßstäbe unklar sind, verstärkt die

Beweislastverteilung die prohibitive Wirkung der Rechtsunsicherheit. Sie hemmt Bibliotheken, selbst in den Fällen von der Schranke Gebrauch zu machen, in denen sie verlagsseitige Angebote zu recht für unangemessen halten, also in Fällen, in denen die Schrankenapplication gerade der Intention des Gesetzgebers entspricht.

Bei einer auf die Subsidiaritätsklausel beschränkten Beweislastverschiebung verlagert sich zwar das bislang ungelöste Problem der Konkretisierung des Angemessenheitskriteriums auf die Verlagsseite. Dies erscheint jedoch interessengerecht. In der Praxis wird es vor allem um die preisliche Angemessenheit gehen. Die für entsprechende Rückschlüsse maßgeblichen Anhaltspunkte fallen ganz überwiegend in die Sphäre des jeweiligen Verlags. Diesem ist noch am ehesten möglich, anhand seiner Kosten- und Gewinnstruktur seine Preispolitik und die Angemessenheit seines eigenen Angebotes zu begründen, statt umgekehrt von der Bibliothek den Gegenbeweis zu verlangen, obwohl ihr entsprechende Kenntnisse fehlen. In welchem Ausmaß die Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast die derzeitige Hemmwirkung verringern würde, sei dahingestellt. Von einer tendenziell positiven Wirkung ist jedoch auszugehen.

Die Umsetzung einer derartigen Beweislastverschiebung setzt eine geringfügige sprachliche Umstellung voraus, nach der § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG ohne sonstige inhaltliche Veränderung lauten könnte:

*„Die Vervielfältigung und Übermittlung in sonstiger elektronischer Form ist **[fernernur]** dann **nicht** zulässig, wenn der Zugang zu den Beiträgen oder kleinen Teilen eines Werkes den Mitgliedern der Öffentlichkeit **[nicht]** offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird.“*

bb) Ausdehnung der Freistellungsklausel der VG Wort

Jenseits gesetzlicher Anpassungen würde die Bedeutung des Angemessenheitskriteriums auch dann wieder stärker hervorgehoben, wenn es in den verschiedenen nach dem Zweiten Korb abgeschlossenen vertraglichen Vereinbarungen nicht länger ausgespart würde, sondern wie in der gesetzlichen Regelung gleichwertig neben dem mit der EZB-Datenbank verknüpften Offensichtlichkeitskriterium verankert wäre. Dies gilt insbesondere für die Freistellungsklausel der VG Wort. Würde diese auch eingreifen, wenn sich eine Bibliothek nicht auf das Fehlen eines EZB-Eintrags beruft, sondern auf die fehlende Angemessenheit des Angebots, würde der Struktur des gesetzlichen Verlagsprivilegs stärker entsprochen, und die Haftungsrisiken der Bibliotheken würden verringert.

Gleichzeitig würde damit jedoch das Grundproblem der inhaltlichen Unbestimmtheit des Angemessenheitskriteriums in die vertraglichen Beziehungen importiert. Um nicht zum Persilschein für die Bibliotheken zu verkommen, die sich großzügig auf unangemessene Bedingungen berufen und die Haftung auf die VG Wort verlagern könnten, müssten auch im Anwendungsbereich der Verträge Leitlinien entwickelt werden, die das Kriterium handhabbar und damit das Haftungsrisiko der VG Wort überschaubar und tragbar werden ließen. Abgesehen davon, dass aufgrund der paritätischen Mitbestimmungsrechte der Verlage in der VG Wort eine derartige Ausweitung der Freistellungsklausel kaum vorstellbar erscheint, würde sich am Ausgangsproblem nur wenig ändern. Deshalb haben die vertraglichen Vereinbarungen den vereinfachenden Ansatz gewählt, das Verlagsprivileg auf die Frage der Offensichtlichkeit des Angebots zu verkürzen und damit zumindest handhabbar zu gestalten, wenn auch auf Kosten der eigentlichen gesetzgeberischen Intention.

cc) Die weitere Konkretisierung der Angemessenheit

Die bisherigen Ausführungen verdeutlichen, dass die Gretchenfrage sich darauf reduziert, wie die Angemessenheit verlagseigener Angebote für die Zwecke des Verlagsprivilegs konkreter zu bemessen ist. Statt einer echten Preiskontrolle auf Rechtsfolgenrechte hat der Gesetzgeber damit eine Preisüberprüfung auf Tatbestandsseite der Schranke eingeführt, ohne das Tatbestandsmerkmal hinreichend zu konkretisieren. Der Verweis auf die Kriterien in § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG einschließlich der Redlichkeit als normativem Korrektiv, das den Nutzer vor einer Ausnutzung seines Interesses am Online-Zugriff schützen soll, ist wegen der verbleibenden Unbestimmtheit und der damit verbundenen Hemmwirkung unzureichend und kann nur ein erster Schritt sein. Soweit der Gesetzgeber das Verlagsprivileg nicht insgesamt aufgibt, muss er hier nachbessern.

Dabei kann es ein Ansatz sein, auf die Vorschläge aus der Leipziger Verständigung zurückzugreifen und Vereinbarungen zwischen Bibliotheken und Rechteinhabern anzustreben, wenn gleichzeitig Mittel bereitgestellt werden, die auch dort zu erwartenden Konflikte notfalls praktikabel über Hinterlegungs- und Schlichtungsverfahren zu bewältigen. Bei einer Berücksichtigung des Vorschlags zur Beweislastverschiebung würde zudem die Wahrscheinlichkeit steigen, dass mittelfristig erste Präzedenzentscheidungen ergehen und so, kaum wünschenswert, zumindest die Gerichte erneut zum Ersatzgesetzgeber für die Regelung des Kopienversands werden. Paritätisch getroffene Vereinbarungen könnten für diese Entscheidungen als Wertungsmaßstäbe eine gewichtige Rolle

spielen, und ihnen dadurch allgemeinere Geltung verschaffen. Vor allem scheint ein großes Bedürfnis für weitere interdisziplinäre Forschung zu bestehen, die insbesondere wirtschaftswissenschaftliche Untersuchungen einschließt. Unabhängig von der Frage, durch wen die Angemessenheit beurteilt oder Maßstäbe für sie festgelegt werden sollen, erscheint es erforderlich, die Entscheidungen auf einer gesicherteren Basis treffen zu können als derzeit.

Solange es nicht gelingt, das Angemessenheitskriterium innerhalb des Verlagsprivilegs zu konkretisieren, verbleibt die große Diskrepanz zwischen der in der Theorie leicht konsensfähigen Zielsetzung angemessener Bedingungen und ihrer praktischen Umsetzung, mit der die Regelung insgesamt über ihr Ziel hinauschießt und entgegen der gesetzgeberischen Intention zu ihrem weitgehenden Leerlaufen führt.

II. Wissenschaftskopie nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG

Die Wissenschaftskopie nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG als grundlegendste Wissenschaftsschranke sieht im Vergleich mit den sonstigen Schranken, insbesondere mit § 53a UrhG, die am wenigsten konkreten tatbestandlichen Beschränkungen vor. Wesentlich ist die Bindung an die privilegierten wissenschaftlichen Zwecke. Daneben treten die Beschränkung auf den eigenen Gebrauch, der für die Praxis sehr bedeutende Ausschluss gewerblicher Zecke, und eine Begrenzung der zulässigen Anzahl der Vervielfältigungsstücke. In Bezug auf den Umfang gibt neben dem generellen Verbot der Vervielfältigung ganzer Bücher das Kriterium der Gebotenheit einen flexiblen Rahmen vor. Damit wahrt der Gesetzgeber erforderliche Spielräume, vermeidet der grundlegenden Intention entsprechend Behinderungen im Wissenschaftsalltag, und bringt die besondere Bedeutung der verfassungsrechtlich geschützten Wissenschaftsfreiheit zum Ausdruck. Gleichzeitig wird durch die vergleichsweise weite Schranke auch berücksichtigt, dass sie sich lediglich auf das Vervielfältigungsrecht bezieht und auf den eigenen Gebrauch beschränkt. Damit bleibt sie hinter den Befugnissen der übrigen Schranken zurück, die in unterschiedlicher Form die Werkvermittlung für andere ermöglichen. Über die Vergütungspflicht mit insgesamt erheblichem Vergütungsaufkommen erfolgt ein hinreichender Ausgleich für die verbleibende Beeinträchtigung der Rechteinhaberinteressen. Damit wird sie den Anforderungen der internationalen Vorgaben gerecht, die Raum für eine entsprechende Berücksichtigung von Wissenschaftsinteressen belassen.

1. Gebotenheit als Abgrenzungskriterium zwischen Schranke und Markt?

Teilweise wird dem Kriterium der Gebotenheit eine Bedeutung zugewiesen, die einer Abgrenzung zwischen zulässigem Schrankengebrauch und einem Verweis auf Marktangebote nahekommt, wenn bei der Gebotenheit aus situationsbezogener Perspektive danach gefragt wird, ob eine Vervielfältigung deshalb geboten ist, weil andere Möglichkeiten nicht bestehen, oder im Sinne eines wertenden Elements nicht zumutbar sind.

Es wurde bereits dargelegt, dass besonders beim Verweis auf bloße Ausleihmöglichkeiten Vorsicht geboten ist, um die Erleichterungen ausreichend zu berücksichtigen, die mit den gesteigerten Nutzungsmöglichkeiten eigener Vervielfältigungsstücke verbunden sind. Ein rigides Verständnis der Gebotenheit liefe der Grundintention der Schranke zuwider, die Behinderung wissenschaftlicher Betätigung zu vermeiden. Diese Zielsetzung ist auch bei der Frage zu berücksichtigen, wie sich die veränderten sonstigen Möglichkeiten der Literaturversorgung auf die Gebotenheit auswirken. Denn alternative Beschaffungsmöglichkeiten haben als Errungenschaften der Digitalisierung massiv zugenommen. Während dies aus Nutzersicht als großer Fortschritt zu begrüßen ist, kann es bei einem restriktiven Verständnis der Gebotenheit dazu führen, dass mit Blick auf existierende Abrufangebote im Regelfall mangels Gebotenheit eine Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch ausscheidet. Die Möglichkeit einer Wissenschaftskopie würde durch die Möglichkeit des individuellen Einzelabrufs ersetzt. Der Rechteinhaber hätte es auch hier in der Hand, die praktische Bedeutung der Schranke nach Belieben zurückzudrängen.

a) Systematische Argumente

Dagegen sprechen nach der Untersuchung der sonstigen Wissenschaftsschranken nicht zuletzt systematische Argumente. Denn durch eine eigene Schranke zum wissenschaftlichen Gebrauch bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, die wissenschaftliche Betätigung privilegieren zu wollen. Auch auf europäischer Ebene ist eine solche Privilegierung über den Schrankenvorbehalt in Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL verankert.

Betrachtet man jedoch die Wissenschaftskopie im Zusammenhang mit der Privatkopie nach § 53 Abs. 1 UrhG sowie der Schranke zum sonstigen eigenen Gebrauch in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a) UrhG, bleibt bei einer restriktiven Lesart der Gebotenheit von ihrer eigenständigen Bedeutung und damit von einer entsprechenden Privilegierung nicht mehr viel übrig. Auf erstere kann sich auch der „Hobbywissenschaftler“ beru-

fen. Letztere gestattet jedermann zweckneutral die Vervielfältigung der spezifizierten Werke bzw. Werkteile. Beide enthalten anders als die Wissenschaftsschranke kein Gebotenheitskriterium. Führte die Gebotenheit nun im Regelfall wegen der alternativen Beschaffungsmöglichkeit über Abrufdienste zum Ausschluss der Wissenschaftskopie, verbliebe der Wissenschaftsschranke kaum ein eigenständiger Anwendungsbereich. Für die in ihrer Bedeutung zu vernachlässigenden Hobbywissenschaftler wäre regelmäßig nur die Privatkopie anwendbar. Für alle übrigen Wissenschaftler verbliebe es allein bei der ebenfalls unabhängig von alternativen Beschaffungsmöglichkeiten anwendbaren, ansonsten aber engen Schranke der Nr. 4a). Führte die anderweitige Möglichkeit der Werkbeschaffung tatsächlich automatisch zu einem Ausschluss der Gebotenheit, rückte man die Wissenschaftsschranke im Ergebnis in unmittelbare Nähe der in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4b) UrhG gesondert geregelten Schranke für die Vervielfältigung vergriffener Werke. Diese wird ebenfalls gerade deshalb gestattet, weil dort ein anderweitiger Bezug nicht möglich ist. Obwohl die InfoSoc-Richtlinie im Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 3 lit a) InfoSoc-RL für die Wissenschaft auch digitale Vervielfältigungen ermöglicht, würden Wissenschaftler bei entsprechender Lesart der Gebotenheit auf die engeren Vorgaben und analogen Verfahren begrenzt, die jedermann auch ohne den besonders privilegierten Zweck offen stehen. Dies bliebe nicht ohne Wertungswiderspruch und liefe im Ergebnis auf eine faktische Abschaffung der Wissenschaftsschranke hinaus.

Ein weiteres systematisches Argument ergibt sich aus dem ausdifferenzierten Lösungsversuch zum elektronischen Kopienversand. Voraussetzung ist nach § 53a UrhG im Sinne der Akzessorietät, dass die „Nutzung“ der Kopie bzw. eine eigenhändige Vervielfältigung nach § 53 UrhG durch den Besteller ihrerseits zulässig ist. Im Fall des elektronischen Kopienversands im Wissenschaftsbereich schließt dies die Gebotenheit als Tatbestandsmerkmal des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG mit ein. Im Rahmen des § 53a UrhG die Anforderungen an die Eigenangebote der Verlage zumindest in der Theorie über die Kriterien „offensichtlich“ und „angemessen“ zu qualifizieren, bei der Wissenschaftskopie selbst aber die Gebotenheit ohne solche Qualifizierung an jedem beliebigen Verlagsangebot scheitern zu lassen, erscheint systemwidrig. Dadurch würde die als Kompromissversuch gefundene detailliertere Ausgestaltung des Verlagsprivilegs für den elektronischen Kopienversand gerade im Wissenschaftsbereich entbehrlich. Er würde schon daran scheitern, dass mangels Gebotenheit die akzessorisch zu erfüllende Voraussetzung des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG nicht erfüllt wäre. Gleiches müsste für

den gesetzlich unabhängig von verlagsseitigen Einzelabrufangeboten zulässigen Kopienversand per Post und Fax gelten, wenn bereits die auch hier akzessorisch geforderte zulässige Wissenschaftskopie mit jedem Einzelabrufangebot unzulässig würde.

Von der rechtstechnischen Ebene dieses Arguments abgesehen kommt auch ein wertender Vergleich zum selben Ergebnis. Mit der ausdifferenzierten Regelung des Kopienversands verdeutlicht der Gesetzgeber, dass nicht jedes verlagseigene Angebot Vorrang vor schrankengestützten Nutzungen haben soll, sondern im elektronischen Bereich nur die durch Offensichtlichkeit und Angemessenheit qualifizierten Angebote. Beim Post- und Faxversand wird die Koexistenz zu verlagsseitigen Angeboten sogar ohne jede Subsidiarität als ausgewogenes Verhältnis angesehen. Beides verdeutlicht den theoretischen gesetzgeberischen Willen, dem Markt keinen generellen Vorrang zu verschaffen. Dementsprechend inkonsequent wäre es, gerade bei der grundlegendsten Wissenschaftsschranke über ein rigides Verständnis der Gebotenheit einen solchen Vorrang zu etablieren.

b) Weitere Konkretisierung der Gebotenheit

Die Gesetzessystematik spricht daher klar gegen ein enges Verständnis der Gebotenheit. Soweit überhaupt an einem solchen Verständnis festgehalten wird, wäre zumindest erforderlich, das allenfalls über die vage „Zumutbarkeit“ qualifizierte Kriterium gesetzlich weiter zu konkretisieren, um ein Mindestmaß an Konsistenz mit der vorgenommenen Wertung bei der Regelung des Kopienversands zu erreichen. Dabei stellen sich größtenteils die gleichen, schwierigen Abgrenzungsfragen wie in Bezug auf die Angemessenheit in § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG. Dazu tritt die mit einer möglichen Rechtsunsicherheit verbundene Hemmwirkung, von der Schranke Gebrauch zu machen. Auch bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG wird sie durch die derzeitige Beweislastverteilung weiter verstärkt. Relativiert werden die Probleme allenfalls dadurch, dass sich die massenhafte Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch sehr viel stärker der Kontrolle entzieht als der über Bibliotheken kanalisierte Kopienversand.

2. Gebotenheit als Kriterium zum Ausschluss von Missbräuchen

Statt eines Verständnisses, das die Gebotenheit zum zumindest potentiell regelmäßigen Ausschlusskriterium aufwertet, erscheint es vorzugswürdig, sich stärker an dem auch laut Gesetzesbegründung ursprünglichen Zweck des Kriteriums zu orientieren. Die Schranke wurde eingeführt, um Wissenschaftler nicht dadurch in ihrer Tätigkeit zu behindern, dass sie jedes Mal die Erlaubnis der Urheber einholen müssen. Den Ur-

hebern sei im Rahmen der Schranke im Interesse der Wissenschaft und Forschung ein Verzicht auf ihr Verbotsrecht auch deshalb zumutbar, weil „zur Verhütung von Missbräuchen“ bestimmt ist, dass die Vervielfältigung nur zugelassen ist, wenn und soweit sie zu dem wissenschaftlichen Zweck geboten ist.²³²³ Das Kriterium verdeutlicht seiner ursprünglichen Intention nach lediglich die enge Bindung an privilegierungswürdige wissenschaftliche Zwecke, sowie eine quantitative Begrenzung, und bringt den Grundsatz zum Ausdruck, dass von der Schranke eines Ausschließlichkeitsrechts nur im Rahmen der von ihr erlaubten Zweckbestimmung Gebrauch gemacht werden darf.²³²⁴ Es begründet aber in Kontinuität mit der langen Tradition der Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch kein Vorrangverhältnis für Eigenangebote der Verleger. Bei derartigem Verständnis kommt es unter ausreichender Berücksichtigung der Bedeutung dieser grundlegenden Freiheit für die wissenschaftliche Informationsversorgung nicht zu einem andernfalls zu befürchtenden Leerlaufen der Wissenschaftsvervielfältigung in Zeiten allgegenwärtiger Onlineabrufdienste.

III. Öffentliche Zugänglichmachung nach § 52a UrhG

§ 52a UrhG ist angesichts seiner insbesondere quantitativen und personellen Beschränkungen das beste Beispiel dafür, dass es sich bei den Wissenschaftsschranken nicht um allgemeine Zugriffsschranken zugunsten der Wissenschaft handelt, sondern um selektive und gerade bei § 52a UrhG tatbestandlich eng definierte Privilegierungen. Neben einer Vielzahl geringfügigerer Anpassungen ist zu wünschen, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Entfristung der Norm bezüglich der quantitativen Grenzen stärker zugunsten der Wissenschaft differenziert, statt einheitlich die engeren Vorgaben der Vervielfältigung für den Unterrichtsgebrauch zu übernehmen.

Das Verhältnis zu eigenen Verlagsangeboten wird auch bei § 52a UrhG im Kriterium der Gebotenheit verortet. Es widerspräche der grundlegenden Intention der Schranke, wenn man die Gebotenheit sogar am möglichen Verweis auf anderweitige analoge oder digitale Offline-Angebote bzw. Werkvermittlungsformen scheitern ließe, da gerade die netzwerkgestützte Werkvermittlung erleichtert werden soll. Derartigen Alternativen dazu kann deshalb keine Sperrwirkung zukommen.

²³²³ So die ursprüngliche Zielsetzung, siehe nochmals die Begründung des Regierungsentwurfs vom 23.3.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 289.

²³²⁴ Vgl. dazu entsprechend im Kontext des § 87c UrhG *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 87c Rn. 28; *Vogel*, in: *Schricker*, § 87c Rn. 13.

In Bezug auf das Verhältnis zu verlagsseitigen Lizenzierungen für Netzwerkanwendungen wird in der Literatur ähnlich wie bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG verbreitet auf die jeweilige „Zumutbarkeit“ dieser Alternative abgestellt, wobei die Diskussion teilweise differenzierter ausfällt als bei der Wissenschaftsvervielfältigung, etwa wenn bereits abgeschlossene Gesamtverträge zu § 52a UrhG versuchen, dieses im Gesetzestext selbst nicht enthaltene Merkmal näher zu konkretisieren.

Soweit der Gesetzgeber im Rahmen der zu befürwortenden Entfristung ein entsprechend eingeschränktes Vorrangverhältnis präferiert, ist er wie bei § 53a UrhG in der Pflicht, geeignetere Kriterien und rechtliche Mechanismen zu entwickeln. Er muss den Rechtsanwendern ermöglichen, angemessene von unangemessenen bzw. zumutbare von unzumutbaren Lizenzangeboten zu unterscheiden, um damit auch über die Anwendbarkeit der Schranke zu entscheiden. Darlegungs- und Beweislast sollten dabei wie bei § 53a UrhG *de lege ferenda* nicht bei den Schrankenprivilegierten liegen, sondern bei denjenigen, die als Anbieter noch am ehesten in der Lage sind, den Beweis der auch preislichen Zumutbarkeit bzw. Angemessenheit ihrer eigenen Angebote zu erbringen. Bleibt es lediglich dabei, dass der vage Begriff der Gebotenheit durch den der Zumutbarkeit ersetzt und allenfalls außergesetzlich konkretisiert wird, droht eine der Situation bei § 53a UrhG mindestens entsprechende Rechtsunsicherheit. Welche Bemühungen erforderlich sind, um nach Lizenzangeboten zu recherchieren, und welche Voraussetzungen Lizenzangebote erfüllen müssen, ist ungeklärt. Die potentielle Flexibilität, die mit den auslegungsfähigen Begriffen verbunden ist, führt zu sehr realer Rechtsunsicherheit, die sich im Ergebnis auch bei § 52a UrhG zu Lasten der Schrankenberechtigten auswirkt. Denn im Einzelfall werden sie das ihnen auferlegte Prozessrisiko scheuen und entweder auf die öffentliche Zugänglichmachung des Werkes ganz verzichten, oder bei entsprechender wissenschaftlicher Unverzichtbarkeit ein vorhandenes Lizenzangebot auch dann annehmen, wenn es eigentlich gerade nicht „zumutbar“ ist, insbesondere bezüglich des verlangten Entgelts. Beides kann kaum Ziel einer wissenschaftsfreundlichen Urheberrechtsgesetzgebung sein.

Statt auch bei § 52a UrhG den theoretisch interessengerechten, praktisch aber angesichts der Probleme bei § 53a UrhG ungeheuer komplexen Weg zu beschreiten, einen allein auf angemessene Angebote beschränkten Vorrang von Verlagsangeboten festzuschreiben, erscheint es wie schon bei § 53a UrhG vorzugswürdig, angemessene Verlagsangebote nicht über ein gesetzliches Vorrangverhältnis zu schützen, sondern darauf zu vertrauen, dass sie sich gegenüber den schrankengestützten Angeboten auch ohne

derartigen Schutz durchsetzen werden. Die Schrankennutzung ist umständlich und in ihren Möglichkeiten gerade quantitativ eng begrenzt. Verlagsangebote gehen über diese Möglichkeiten hinaus und können einen qualitativen Abstand gewährleisten, der sie aus Nutzersicht zur bevorzugten Wahl macht.

Nach der hier vertretenen Auffassung geben auch die internationalen Rahmenbedingungen und insbesondere das Verfassungsrecht den nötigen Spielraum für eine solche Regelung her, bei der die Bedeutung der Gebotenheit wie bei § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG darauf beschränkt bleibt, zur Vermeidung von Missbräuchen die Bindung an die Zweckbestimmung der Schranke zum Ausdruck zu bringen. Die Vorgaben sind flexibel genug, um bei den erforderlichen Abwägungsentscheidungen die mit der Schranke bezweckten Ziele hinreichend stark berücksichtigen zu können. Es geht schließlich nicht um eine generelle Zugriffsschranke, sondern selektiv werden gerade Bildungs- und Wissenschaftszwecke in engen Grenzen privilegiert. Zudem scheint die wirtschaftliche Bedeutung der Lizenzierung derart begrenzter Netzwerkanwendungen im Vergleich zu sonstigen Einnahmequellen der Wissenschaftsverlage eher untergeordnet zu sein. Die dennoch eintretenden Beeinträchtigungen ihrer berechtigten Interessen können über angemessene Vergütungsregelungen ausgeglichen werden. Entsprechend dringlich ist es, in den laufenden Verhandlungen zu einer Einigung zu kommen.

IV. Wiedergabe an elektronischen Leseplätzen, § 52b UrhG

Die im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens erheblich „entschärfte“ Schranke zur Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen stellt aufgrund ihrer zahlreichen tatbestandlichen Einschränkungen ebenfalls keine allgemeine Zugriffsschranke zugunsten der Wissenschaft dar. Wie groß ihre Bedeutung in der Praxis sein wird, muss sich erst noch zeigen. Durch die räumlichen Beschränkungen und die auch quantitative Bezugnahme auf den Bestand der jeweiligen Einrichtung werden die berechtigten Interessen der Rechteinhaber hinreichend gewahrt, während durch die letztlich gefundene Kompromisslösung gleichzeitig die Möglichkeit besteht, etwa bei Bestandsspitzen auch die Interessen der informationssuchenden Wissenschaftler stärker zu berücksichtigen. Bezieht man die zu entrichtende Vergütung mit ein, die zwischen den Beteiligten verhandelt wird, ist in der Regelung nach der hier vertretenen Auffassung unter Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen und Werte keine Überschreitung des Entscheidungsspielraums zu sehen, den internationale Vorgaben und das Verfassungsrecht dem Gesetzgeber belassen.

Dies gilt auch bei dem hier vertretenen Verständnis, nach dem § 52b UrhG keinen gesetzlichen Vorrang bloßer Lizenzangebote vorsieht, sondern nur tatsächlich abgeschlossene entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen privilegiert. Angesichts des Aufwands einer eigenständigen Digitalisierung und der weitergehenden Möglichkeiten einer lizenzierten, etwa campusweiten Werknutzung, erscheint gerade § 52b UrhG prädestiniert dafür, in erster Linie in Nischen zur Anwendung zu kommen und als Rückfallposition zu dienen. Es wäre zu begrüßen, wenn im Sinne eines kooperativen Miteinanders der zu befürchtende Digitalisierungsaufwand der Bibliotheken vermieden würde, und sich statt dessen Lizenzierungsmodelle entwickeln, deren Bedingungen durch die Möglichkeit eines Ausweichens auf die schrankengestützte Nutzung nach § 52b UrhG kontrolliert werden.

Freiräume verbleiben jedoch in erster Linie für die bereits vorhandenen Bestände der Schrankenprivilegierten. Denn für Neuerwerbungen überträgt auch das eingeschränkte Verlagsprivileg des § 52b UrhG die Letztentscheidungsbefugnis über die Anwendbarkeit der Schranke auf die Rechteinhaber selbst, falls sie zukünftig ihre Werke nur unter Einbeziehung entgegenstehender Vertragsklauseln vertreiben, und eine Terminalnutzung anschließend nur mit Lizenz des Verlages möglich ist. Mittelbar können Rechteinhaber demnach zukünftig ein vollwertiges Verlagsprivileg etablieren. Dann besteht ähnlich wie schon in den Konstellationen der § 52a UrhG und § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG eine Diskrepanz zur Regelung des Kopienversands, bei dem der Gesetzgeber über zumindest theoretische Qualifizierungen der verlagsseitigen Angebote versucht hat, das Vorrangverhältnis allein auf angemessene Eigenangebote zu begrenzen. Ein entsprechender Ansatz fehlt bei § 52b UrhG. Er sollte wie bei den übrigen Wissenschaftsschranken ergänzt werden, soweit am Verlagsprivileg in seinen unterschiedlichen Ausprägungen überhaupt festgehalten wird. Sonst bestünden auch hier die Risiken einer Regelung, die die für die Allgemeinheit bedeutende wissenschaftliche Informationsversorgung allein einem Markt überlässt, der aufgrund der dargestellten Besonderheiten des wissenschaftlichen Publikationssystems nicht zweifelsfrei funktioniert.

C. Kurzes abschließendes Gesamtfazit

Die vorliegende Arbeit hat Wissenschaftsschranken nach dem Zweiten Korb der Urheberrechtsreform im Detail untersucht und sie in den Kontext des Wissenschaftsurheberrechts sowie in die Rahmenbedingungen eingeordnet, die internationale, euro-

päische, verfassungsrechtliche, und urheberrechtsdogmatische Vorgaben setzen. Dabei wurde auf den verschiedenen Ebenen der Spielraum betont, der dem deutschen Gesetzgeber bei der näheren Ausgestaltung der Wissenschaftsschranken verbleibt. Mangels verbindlicherer Metaregeln fällt eine Gesamtbewertung schwer, die für sich in Anspruch nehmen könnte, das richtige Maß für den Ausgleich zwischen ausreichendem Schutz der Interessen der Rechteinhaber und den für wissenschaftliche Betätigung erforderlichen, auch über Schranken gewährleisteten Freiräumen zu kennen. Gleichzeitig wurde zu einer Vielzahl von Einzelaspekten Stellung bezogen, und es wurden unter systematischen Aspekten oder unter Wertungsgesichtspunkten Veränderungen der bestehenden Wissenschaftsschranken angeregt. Darauf wird hier nochmals verwiesen.

Auf einem höheren Abstraktionslevel erscheint die abschließende Einschätzung zulässig, die im Zweiten Korb erfolgten Veränderungen der Wissenschaftsschranken nicht pauschal als Beleg für ein „wissenschaftsfreundliches Urheberrecht“ werten zu können. Bestes Beispiel dafür, dass nicht jede Kodifizierung der wissenschaftlichen Informationsversorgung auch *per se* wissenschaftsfreundlich sein muss, ist die Neuregelung des Kopienversands, die für den elektronischen Kopienversand die zuvor bestehende Situation der Rechtsunsicherheit zwar formal beseitigt hat. Dies ist jedoch im Ergebnis aufgrund der bislang wenig praktikablen Regelung zu Lasten der schrankengestützten Informationsversorgung und unter Einschränkung der bisherigen Praxis erfolgt, gerade weil sich noch immer verbleibende Unklarheiten zu Lasten der Schrankenprivilegierten auswirken.

Die Wissenschaftsschranken bewegen sich zwar *de lege lata* im Rahmen des Spielraums, den die untersuchten Rahmenbedingungen dem Gesetzgeber bieten. Überschritten würden die Grenzen der flexiblen Vorgaben jedoch auch dann nicht, wenn *de lege ferenda* in einzelnen Aspekten der Anwendungsbereich der Schranken weniger restriktiv ausgestaltet würde, indem in den vorzunehmenden Abwägungsentscheidungen den mit den Schranken geförderten Belangen gegenüber den Beeinträchtigungen der ebenfalls schützenswerten Interessen der Rechteinhaber größeres Gewicht eingeräumt würde als bislang. Derzeit vertraut der Gesetzgeber allzu sehr auf die Selbstregulierungskräfte des Marktes, obwohl Zweifel an dessen Funktionieren begründet sind, und obwohl damit die frühere Kontinuität aufgegeben wird, gerade den Bereich der wissenschaftlichen Informationsversorgung diesem Markt nicht vollständig zu überlassen.

Die Bedeutung weiterer interdisziplinärer Forschung, insbesondere unter Einbeziehung der theoretischen und empirischen Wirtschaftswissenschaften, kann nicht über-

bewertet werden, wenn es in Zukunft darum geht, die letztlich vor allem rechtspolitischen Fragen bei der weiteren Verfeinerung eines ausbalancierten Schutzniveaus des Wissenschaftsurheberrechts auf gefestigter Basis als bisher beantworten zu können. Schrankenregelungen können dabei neben anderen Regelungsmechanismen auch weiterhin eine wichtige Funktion für das Erreichen eines Interessenausgleichs erfüllen. Auch das Wissenschaftsurheberrecht wird jedoch eine *lex semper reformanda*²³²⁵ bleiben.

²³²⁵ *Jani*, UFITA 2006, 511, 539.

Literaturverzeichnis

Anderson, Chris, The long tail – Der lange Schwanz. Nischenprodukte statt Massenmarkt – das Geschäft der Zukunft, München 2007.

Altenpohl, Martina, Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen, Bern 1987.

Badura, Peter, Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des „geistigen Eigentums“, in: Lerche, Peter (Hrsg.), Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag, München 1981, S. 1 ff., zit: *Badura*, in: *Lerche*, (Hrsg.), Festschrift Maunz.

Ders., Privatnützigkeit und Sozialbindung des geistigen Eigentums, in: Ohly, Ansgar/Klippel, Diethelm (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Schriftenreihe Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Bd. 11, Tübingen 2007, S. 45 ff., zit: *Badura*, in: *Ohly/Klippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit.

Bagh, Markus Thomas, On-demand-Anwendungen in Forschung und Lehre : die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung im Rechtsvergleich zwischen Schweden und Deutschland, Schriften zum europäischen Urheberrecht, Berlin 2007.

Bahlmann, Arnold R., Gedanken zur öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung, KUR 2003, 63 f.

Baronikians, Patrick, Kopienversand durch Bibliotheken – rechtliche Beurteilung und Vorschläge zur Regelung, ZUM 1999, 126.

Bechtold, Stefan, Vom Urheber- zum Informationsrecht, Implikationen des Digital Rights Management, Schriftenreihe Information und Recht, München 2002.

von Becker, Bernhard, Parodiefreiheit und Güterabwägung – Das „Gies-Adler“-Urteil des BGH, GRUR 2004, 104 ff.

Beger, Gabriele, Urheberrecht für Bibliothekare, 2. Aufl., München 2007, zit.: *Beger*.

Dies., Erläuterungen zur Gemeinsamen Stellungnahme von DBV und Börsenverein zu §§ 52b und 53a – Historie, Vor- und Nachteile, Bibliotheksdienst 2007, 261 ff.

Dies., Erläuterungen zur „Leipziger Verständigung“, abrufbar unter http://www.bibliotheksverband.de/ko-recht/dokument/Erlaeuterungen-zu-52b-und-53a_22_03_07.pdf.

Dies., Hält § 52a UrhG dem urheberrechtlichen Dreistufentest stand?, in: Hammwöhner, Rainer/Rittberger, Marc/Semar, Wolfgang (Hrsg.): Wissen in Aktion. Der Primat der Pragmatik als Motto der Konstanzer Informationswissenschaft. Festschrift für Rainer Kuhlen, Konstanz 2004, abrufbar unter http://www.informationswissenschaft.org/download/festschrift/cc-festschrift_RK-art10.pdf, S. 131-140, zit. *Beger*, in: *Hammwöhner/ Rittberger/Semar* (Hrsg.), Festschrift Kuhlen.

Beier, Friedrich-Karl/Straus, Josef, Der Schutz wissenschaftlicher Forschungsergebnisse, Zugleich eine Würdigung des Genfer Vertrages über die internationale Eintragung wissenschaftlicher Entdeckungen, Basel 1982.

Berger, Christian, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven – Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte des geplanten § 52b UrhG, GRUR 2007, 754 ff.

Bercovitz, Alberto, Private Study and Research; Disabilities; Education; Libraries and Archives, in: Baulch, Libby/Green, Michael/Wyburn, Mary (Eds.), ALAI Study Days, The Boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions, University of Cambridge, 14 -17 September 1998, Sidney 1999, S. 98 ff., zit. *Bercovitz*, in: *Baulch/Green/Wyburn* (Hrsg.), ALAI Study Days, Boundaries of Copyright.

von Bernuth, Wolf, Streitpunkt – der Regelungsgehalt des § 52a UrhG, ZUM 2003, 438 ff.

Berking, Christina, Die Unterscheidung von Inhalt und Form im Urheberrecht, Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht (UFITA), Bd. 204, herausgegeben von Prof. Dr. Manfred Rehbinder, Baden-Baden 2002.

Blankenagel, Mechtild, Wissenschaft zwischen Information und Geheimhaltung, Sinzheim 2001.

Börsenverein des Deutschen Buchhandels/Deutscher Hochschulverband (Hrsg.), Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke, Fassung 2000, abrufbar unter www.boersenverein.de, zit.: Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke.

Bornkamm, Joachim, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, Karriere eines Begriffs, in: Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann, Köln 2002, zit.: *Bornkamm*, in: *Ahrens* (Hrsg.) Festschrift Erdmann.

Brammer, Markus/Rosemann, Uwe/Sens, Irina, Neues Urheberrecht und seine Konsequenzen für die Dokumentlieferdienste der Technischen Informationsbibliothek, ZfBB 2008, 251 ff.

Bruhns, Wolfgang, Das Problem des Vervielfältigens und Verbreitens in seiner Bedeutung für die Bibliotheken, UFITA 52 (1969), 115 ff.

Burrell, Robert/Coleman, Allison, Copyright Exceptions: The Digital Impact, Cambridge Studies in Intellectual Property Rights, Cambridge, 2005.

Busche, Jan/Stoll, Peter-Tobias, TRIPs, Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, München 2007, zit.: *Verfasser*, in: *Busche/Stoll*.

Czychowski, Christian, Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft - Ein Über- und ein Ausblick, NJW 2003, 2409 ff.

Ders./Nordemann, Jan Bernd, Die Entwicklung der Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Urheberrecht in den Jahren 2006 und 2007, NJW 2008, 1571 ff.

Clark, Charles, The answer to the machine is the machine, in: Hugenholtz (Hrsg.), The future of copyright in a digital environment, Den Hag 1996, S. 139 ff., zit.: *Clark*, in: *Hugenholtz* (Hrsg.), Future of Copyright.

Classen, Claus Dieter, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule: zur Bedeutung von Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz für die außeruniversitäre Forschung und Forschungsförderung, Tübingen 1994.

Cockerill, Matthew, Pricing, business models and open access: Status quo vs. Apocalypse, Information Services & Use 27 (2007), 235 ff., Intellectual Property.

Cornish, William/Llewelyn, David, Intellectual Property, Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 6. Aufl., London 2007, zit.: *Cornish/Llewelyn*

Dietz, Adolf, Private Study and Research; Disabilities; Education; Libraries and Archives, in: Baulch, Libby/Green, Michael/Wyburn, Mary (Eds.), ALAI Study Days, The Boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions, University of Cambridge, 14 -17 September 1998, Sidney 1999, S. 98 ff., zit. *Dietz*, in: *Baulch/Green/Wyburn* (Hrsg.), ALAI Study Days, Boundaries of Copyright.

Denninger, Erhard (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1 Art. 1-20, Reihe Alternativkommentare, Neuwied 1984, zit.: *Denninger*, in: Alternativkommentar zum GG.

Deutsche Forschungsgemeinschaft (Hrsg.), Publikationsstrategien im Wandel? Ergebnisse einer Umfrage zum Publikations- und Rezeptionsverhalten unter besonderer Berücksichtigung von Open Access, Weinheim 2005, abrufbar unter http://www.dfg.de/dfg_im_profil/zahlen_und_fakten/statistisches_berichtswesen/open_access/download/oa_ber_dt.pdf, zit.: *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (Hrsg.), Publikationsstrategien.

Deutsche UNESCO-Kommission, Open Access – Chancen und Herausforderungen. Ein Handbuch, 2007, abrufbar unter <http://www.unesco.de/openaccess.html?&L=0>, zit.: *Deutsche UNESCO-Kommission*, Open Access.

Dewatripont, Mathias/Legros, Patrick/Ginsburgh, Victor/Walckiers, Alexis, Pricing of Scientific Journals and Market Power, Journal of the European Economic Association April-May 2007 5 (2-3), 400 ff.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1, 2. Aufl. Tübingen 2004, zit.: *Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz.

Dreier, Thomas/Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2008, zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreier/Schulze*.

Dreier, Thomas, Primär- und Folgemärkte, in: *Schricker, Gerhard* (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Baden-Baden 2001, S. 51 ff., zit.: *Dreier*, in: *Schricker*, (Hrsg.), Geistiges Eigentum.

Ders., Schrankenbestimmungen, in: *Schricker, Gerhard* (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997, zit.: *Dreier*, in: *Schricker*, (Hrsg.), Informationsgesellschaft.

Ders., Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, 28 ff.

Ders./Hugenholtz, P. Berndt (Hrsg.), Concise European Copyright Law, Alphen aan den Rijn 2006, zit.: *Verfasser*, in: *Dreier/Hugenholtz*, (Hrsg.), Concise European Copyright.

Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2009, zit.: *Bearbeiter*, in: *HK-UrhR*.

Drösner, Christoph, Das Denken ist frei, DIE ZEIT Nr. 16, 8. April 2009, S. 36.

Dugall, Berndt, Gegendarstellung, Bibliotheksdienst 2009, 182.

Egloff, Willi, Das Urheberrecht und der Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen, sic! 2007, 705 ff.

Ehmann, Timo/Fischer, Oliver, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, GRUR Int 2008, 284 ff.

Engel, Friedrich-Wilhelm, Persönlichkeitsrechtlicher Schutz für wissenschaftliche Arbeiten und Forschungsergebnisse, GRUR 1982, 705 ff.

Ensthaler, Jürgen, Bundestag beschließt die Herausnahme wissenschaftlicher Sprachwerke aus dem Urheberrechtsgesetz, K&R 2003, 209 ff.

Euler, Ellen, Web-Harvesting vs. Urheberrecht, Was Bibliotheken und Archive dürfen und was nicht, CR 2008, 64 ff.

Europäische Kommission, (Hrsg.), Study on the economic and technical development of the scientific publication markets in Europe, durchgeführt von Dewatripont, Mathias/Ginsburgh, Victor, Legros, Patrick/Walckiers, Alexis u.a., abrufbar unter http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/scientific-publication-study_en.pdf, zit.: *European Commission*, Study on Scientific Publication Markets in Europe.

Ficsor, Mihály, The Law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation, New York 2002.

Findeisen, Frank, Die Auslegung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen, Baden-Baden 2005.

Flehsig, Norbert P., Digitales Rechtemanagement im Lichte ergänzender Schutzbestimmungen, in: Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 313 ff., zit: *Flehsig*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann.

Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm, Urheberrecht; Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, begründet von Friedrich Karl Fromm und Wilhelm Nordemann, fortgeführt von Wilhelm Nordemann, Kai Vinck und Paul W. Hertin, 10., überarbeitete und ergänzte Aufl., Stuttgart 2008, zit.: *Bearbeiter*, in: *Fromm/Nordemann*.

Fröhlich, Michael, Zentrale Institutionen des deutschen Urheberrechts und des französischen Droit d'auteur auf dem Prüfstand der elektronischen Netzwerke, Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht, Bd. 23, Frankfurt a.M. (u.a.) 2001.

Gausling, Tina, Anmerkung zu OLG München, Urheberrechtliche Zulässigkeit eines elektronischen Kopienversanddienstes – Subito, in: MMR 2007, 529 f.

Geiger, Christophe, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung – Freie Gedanken zur Ausschließlichkeit im Urheberrecht, GRUR Int 2008, 459 ff.

Ders., Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law, IIC 2008, 178 ff.

Ders., The Constitutional Dimension of Intellectual Property, in: Paul C. Torremans (Hrsg.), Intellectual Property and Human Rights, Alphen aan den Rijn 2008, S. 101 ff., zit.: *Geiger*, in: *Torremans* (Hrsg.), Human Rights.

Ders., Irrtum: Schranken des Urheberrechts sind Ausnahmebestimmungen und sind restriktiv auszulegen, in: Berger, Mathis/Macciachini, Sandro (Hrsg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Festschrift für Reto M. Hilty, Zürich 2008, S. 77 ff., zit: *Geiger*, Festschrift Hilty.

Ders., From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test, E.I.P.R. 2007, 486 ff.

Ders., Copyright and the Freedom to Create – A Fragile Balance, IIC 2007, 707.

Ders., The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society, e-Copyright Bulletin, January March 2007, abrufbar unter <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001578/157848e.pdf>, zit.: *Geiger*, Unesco-Bulletin.

Ders., Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty, Reto M./Geiger, Christophe (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts; Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog, MPI Studies on Intellectual Property Competition and Tax Law, Volume 2, Berlin 2007, S. 143 ff., zit: *Geiger*, Rechtsnatur der Schranken, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse.

Ders., Die Schranken des Urheberrechts in Frankreich, in: Hilty, Reto M./Geiger, Christophe (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts; Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog, MPI Studies on Intellectual Property Competition and Tax Law, Volume 2, Berlin 2007, S. 335 ff., zit: *Geiger*, Schranken in Frankreich, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse.

Ders., Die französische Regierungsstudie zur Immaterialgüterwirtschaft: Ein Wegweiser für die Zukunft des europäischen Urheberrechts?, GRUR Int 2007, 816.

Ders., „Constitutionalising“ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, IIC 2006, 371 ff.

Ders., Copyright and Free Access to Information: For a fair Balance of Interests in a globalised World, E.I.P.R. 2006, 366 ff.

Ders., Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int 2004, 815.

Ders./Hilty, Reto M./Griffiths, Jonathan/Suthersanen, Uma (Initiatoren), Declaration: A balanced Interpretation of the “Three-Step-Test” in Copyright Law”, 2008, IIC 2008, 707 ff., deutsche Übersetzung in GRUR Int. 2008, 822 ff., mehrsprachig abrufbar unter <http://www.ip.mpg.de>, zit.: Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step-Test“ in copyright law.

Gervais, Daniel, The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis, Third Edition, London 2008, zit.: *Gervais*, TRIPS Agreement.

Ders., Towards a new core international copyright norm: The reverse three-step test, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1 (2005).

Gettke, Wolfram, Das Fotokopierrecht der §§ 53, 54 UrhG, Zum Erfordernis einer Gesetzesänderung, Berlin 1982.

Ginsburg, Jane C., Copyright, Contracts, and the U.S. Professorate, in: Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 711 ff., zit: *Ginsburg*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann.

Dies., Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the „Three-Step Test“ for Copyright Exceptions, RIDA 2001, 3.

Dies., Authors and users in copyright, 45 J. Copyright Soc'y U.S.A. 1 (1997).

Gödan, Jürgen Christoph (Hrsg.), Entscheidungssammlung zum Bibliotheksrecht, 2., überarbeitete und erweiterte Aufl., Berlin 2003.

Götting, Horst-Peter, Der Schutz wissenschaftlicher Werke, in: Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 7 ff., zit.: *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann.

Ders., Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353 ff.

Gounalakis, Georgios, Ein neuer Morgen für den Wissenschaftsparagraphen: Geistiges Eigentum weiter in Piratenhand, NJW 2007, 36 ff.

Ders., Digitale Lehrbücher im Computernetzwerk von Schulen und Hochschulen und das Urheberrecht, JZ 2003, 1099 ff.

Ders., Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Rechtsgutachten im Auftrag des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V., Tübingen 2003, zit.: *Gounalakis*, Gutachten.

Graf, Klaus, Ärgerlich: Berger für den Börsenverein zur Leseplatznutzung, abrufbar unter <http://archiv.twoday.net/stories/4311044/>, zit.: *Graf*, Kurzanmerkung zum Berger-Gutachten zu § 52b.

Grassmann, Ferdinand, Anmerkungen zum Urteil des OLG München vom 10. Mai 2007, Az. 1638/06 – Elektronischer Kopienversand, in: ZUM 2007, 641 ff.

Ders., Der elektronische Kopienversand im Rahmen der Schrankenregelungen, Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht (UFITA), Band 241, herausgegeben von Prof. Dr. Manfred Rehbinder, Baden-Baden 2006.

Grzeszick, Bernd, Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, 344 ff.

Guibault, Lucie/Westkamp, Guido/Rieber-Mohn, Thomas/Hugenholtz, P. Bernt (u.a.), Study on the implementation and effect in member states' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Final report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2007, abrufbar unter http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf, zit.: *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholtz* (u.a.), Implementation study.

Haberstumpf, Helmut, Wem gehören Forschungsergebnisse?, ZUM 2001, 819 ff.

Ders., Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in: Lehmann, Michael (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1993, S. 69 ff., zit.: *Haberstumpf*, in: Lehmann (Hrsg.), Computerprogramme.

Hansen, Gerd, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden-Baden 2009, zit.: *Hansen*, Warum Urheberrecht?

Ders., Zugang zu wissenschaftlichen Informationen – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int 2005, 378 ff.

- Harder, Jörn*, Digitale Universitätsbibliotheken aus urheberrechtlicher Sicht, Marburg 2007, zit.: *Harder*, Digitale Universitätsbibliotheken.
- Ders.*, Ist die Zugänglichmachung von Werken zur Veranschaulichung im Unterricht an Hochschulen (§ 52a Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. UrhG) verfassungsgemäß?, UFITA 2004/III, 643 ff.
- Haupt, Stefan*, Die EG-Richtlinie „Urheberrecht in der Informationsgesellschaft“ und Konsequenzen für die Nutzung von Werken im Schulunterricht gemäß § 52a UrhG, ZUM 2004, 104 ff.
- Ders.*, Fragen zur Umsetzung der EG-Richtlinie „Urheberrecht in der Informationsgesellschaft“, KUR 2003, 61 ff.
- Heckmann, Jörn*, Die fehlende Annexvervielfältigungskompetenz des § 52b UrhG, K&R 2008, 284 ff.
- Ders./Hillegeist, Tobias*, Zur Aufnahme einer Zeitschrift in eine Online-Datenbank, Anmerkung zur Entscheidung OLG Hamm, Urteil vom 26.02.2008 – 4 U 157/07, AfP 2008, 483 ff.
- Ders./Weber, Marc Philipp*, Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG), AfP 2008, 269 ff.
- Ders./Ders.*, Open Access in der Informationsgesellschaft - § 38 UrhG de lege ferenda, GRUR Int 2006, 995 ff.
- Heermann, Peter W.*, Der Schutzzumfang von Sprachwerken der Wissenschaft und die urheberrechtliche Stellung von Hochschulangehörigen, GRUR 1999, 468 ff.
- Heeg, Jürgen/Pflüger, Thomas*, Die Vergütungspflicht nichtkommerzieller Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in öffentlichen Bildungs-, Kultur- und Wissenschaftseinrichtungen – ein Plädoyer für einen einheitlichen Vergütungstatbestand, ZUM 2008, 649 ff.
- Heide, Thomas*, The Berne three-step test and the proposed copyright directive, E.I.P.R. 1999, 105 ff.
- Heker, Harald*, Dokumentenversand durch Bibliotheken, in: Becker, Jürgen (Hrsg.), Die Wahrnehmung von Urheberrechten an Sprachwerken; Symposium für Ferdinand Melichar zum 60. Geburtstag; Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht (UFITA), Band 167, herausgegeben von Prof. Dr. Manfred Rehbinder, Baden-Baden 2006, S. 89 ff.
- Hilpert, Wilhelm/Schwarz, Stephan*, Zukunftsaspekte des wissenschaftlichen Lesesaals, Bibliotheksforum Bayern 2008, 43 ff., abrufbar unter http://www.bsb-muenchen.de/fileadmin/images/www/pdf-dateien/bibliotheksforum/2008-1/BFB_0108_14-HilpertSchwarz.pdf.
- Hilty, Reto M.*, Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, Der Wissenschaftsmarkt als Prüfstein für die urheberrechtliche Zwangslizenz, in: Hilty, Reto M. / Drexl, Josef/Nordemann, Wilhelm (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 119 ff., zit.: *Hilty*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim.
- Ders.*, Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? – Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, 633 ff.
- Ders.*, Kritische Analyse und Vorausschau Deutschland, in: Hilty, Reto M./Geiger, Christophe (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts, Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog, MPI Studies on Intellectual Property Competition and Tax Law, Volume 2, Berlin 2007, S.51 ff., zit.: *Hilty*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse.

Ders., Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int 2006, 179 ff.

Ders., Five Lessons about copyright in the information society: Reaction of the scientific community to over-protection and what policy makers should learn, 53 J. Copyright Soc'y U.S.A. 103 (2006).

Ders., Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht, in: Ohly, Ansgar (Hrsg.): Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts: Festschrift für Gerhard *Schricker* zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 325 ff., zit.: *Hilty*, in: *Ohly* (Hrsg.), Festschrift *Schricker*.

Ders., Vergütungssystem und Schrankenregelungen – Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819 ff.

Ders., Sündenbock Urheberrecht?, in: Ohly, Ansgar/Klippel, Diethelm (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Schriftenreihe Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Bd. 11, Tübingen 2007, S. 107 ff., zit.: *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit.

Ders., Copyright law and scientific research, in: Torremans, Paul (Hrsg.), Copyright Law, A Handbook of Contemporary Research, Cheltenham 2007, S. 315 ff., zit.: *Hilty*, in: *Torremans* (Hrsg.), Copyright Law.

Ders., Urheberrecht und Wissenschaft, in: Sieber, Ulrich/Hoeren, Thomas (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – Anforderungen an das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Beiträge zur Hochschulpolitik 2/2005, Bonn 2005, S. 174 ff., abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/HRK-Urheberrecht-2005.pdf>, zit.: *Hilty*, in: *Sieber/Hoeren* (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft.

Ders., Stellungnahme zuhanden des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Teil III, Schranken im Bereich Bildung, Wissenschaft, Kopienversand, Anhörung vom 8. November 2006, abrufbar unter http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ra-2006-nov/teil-3/Prof_Hilty.pdf, zit.: *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss.

Ders., Entwicklungsperspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, in: Behrens, Peter (Hrsg.), Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Schriftenreihe des Europa-Kollegs Hamburg zur Integrationsforschung, Band 43, Baden-Baden 2004, S. 139 ff., zit.: *Hilty*, Entwicklungsperspektiven, in: *Behrens* (Hrsg.), Stand und Perspektiven.

Ders./Krujatz, Sebastian/Bajon, Benjamin/Früh, Alfred/Kur, Annettel/Drexel, Josef/Geiger, Christopher/Klass, Nadine, European Commission – Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy – Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, IIC 2009, 309 ff.

Ders./Bajon, Benjamin, Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (Zweiter Korb) – ein Beitrag aus Wissenschaftssicht, ZfBB 2008, 257 ff.

Ders./Klass, Nadine, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2009, Urheberrecht Dritter Korb, abrufbar unter www.ip.mpg.de, zit.: *Hilty/Klass*, Stellungnahme Dritter Korb.

Hoepffner, Günther, Zur Reform des Rechts der Vervielfältigungen im Urheberrechtsgesetz, GRUR 1980, 533 ff.

Hoeren, Thomas, Internetrecht, Stand: März 2009, abrufbar unter http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/materialien/Skript/Skript_Maerz2009.pdf, zit.: *Hoeren*, Internetrecht.

Ders., „Das Pferd frisst keinen Gurkensalat!“ Eine Einführung in das Informationsrecht, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge I 27, 52. Sitzung vom 26. März 2008, Paderborn 2008, zit.: *Hoeren*, Einführung in das Informationsrecht.

Ders., 10 Jahre MMR – eine subjektive Rückschau, MMR 2008, 3 ff.

Ders., Der Zweite Korb – Eine Übersicht zu den geplanten Änderungen im Urheberrechtsgesetz, MMR 2007, 615.

Ders., Die Schranken des Urheberrechts in Deutschland, in: Hilty, Reto/Geiger, Christophe (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts; Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog; MPI Studies on Intellectual Property Competition and Tax Law, Volume 2, Berlin 2007, zit.: *Hoeren*, in: *Hilty/Geiger* (Hrsg.), Impulse.

Ders., Der Blick über den Tellerrand; Rechtsvergleichende Aspekte; Das Urheberrecht als Standortfaktor im globalen Wettbewerb um Bildung und Wissenschaft, Vhw 2005, 25 ff.

Ders., Der 2. Korb der Urheberrechtsreform – eine Stellungnahme aus der Sicht der Wissenschaft, ZUM 2004, 885.

Ders., Lex, Lügen und Video – Überlegungen zur Reform des Urheberrechts, KUR 2003, 58 f.

Ders., Stellungnahme zu § 52a des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 02. Oktober 2002, abrufbar unter http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/ITM_52a.pdf, zit.: *Hoeren*, Stellungnahme § 52a UrhG.

Ders., Pressespiegel und Urheberrecht – Eine Besprechung des Urteils des BGH „Elektronischer Pressespiegel“, in: MMR 2002, 1022 ff.

Ders., Pressespiegelschranken im Urheberrecht – eine Anfrage an die Informationsfreiheit, in: Schweizer, Rainer J./Burkert, Herbert/Gasser, Urs (Hrsg.): Festschrift für Jean Nicolas Druey, Basel 2002, S. 773 ff., zit.: *Hoeren*, in: *Schweizer/Burkert/Gasser* (Hrsg.), Festschrift Druey.

Ders., Happy Birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: Berger, Klaus Peter (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 357 ff., zit.: *Hoeren*, in: *Berger* (Hrsg.), Festschrift Sandrock.

Ders., Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft - Überlegungen zum Zwischenstand der Diskussion, MMR 2000, 515 ff.

Ders., Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, 3 ff.

Ders., Anmerkung zu BGH: Kopienversanddienst, in: MMR 1999, 665 ff.

Ders., Die Reichweite gesetzlicher Schranken und Lizenzen, in: Lehmann, Michael (Hrsg.): Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, S. 96 ff., zit.: *Hoeren*, in: *Lehmann* (Hrsg.), Cyberlaw.

Ders., Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Überlegungen zu einem Rechtsgutachten von Gerhard *Schricker* et al., GRUR 1997, 866 ff.

Ders./Sieber, Ulrich, Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Loseblattsammlung, Stand Dezember 2008, 21. Auflage, München 2009, zit.: *Bearbeiter*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimediarecht.

Ders./Köcher, Jan K., Der Wissenschaftler als Autor – Überlegungen zum Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, in: *Sieber, Ulrich/Hoeren, Thomas* (Hrsg.), *Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – Anforderungen an das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, Beiträge zur Hochschulpolitik 2/2005, Bonn 2005, S. 12 ff., abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/HRK-Urheberrecht-2005.pdf>, zit.: *Hoeren/Köcher*, in: *Sieber/Hoeren* (Hrsg.), *Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft*.

Ders./Kalberg, Nadine, Der amerikanische TEACH Act und die deutsche Schrankenregelung zur „Öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung“ (§ 52a UrhG) im Vergleich, ZUM 2006, 600 ff.

Hoffmann, Colin C., Die Begriffe Literatur, Wissenschaft und Kunst [§ 1 UrhG], Berliner Hochschulschriften zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, herausgegeben von Wilhelm Nordemann, Bd. 10, Frankfurt 1988.

Hogrefe, G.-Jürgen, Geplünderte Wissenschaft; Urheberrecht: Sollen Autoren und Verlage leer ausgehen? Süddeutsche Zeitung vom 7. Juli 2008, S. 14.

Hohagen, Gisbert, Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, München 2004.

Ders., Überlegungen zur Rechtsnatur der Kopierfreiheit, in: *Ohly, Ansgar* (Hrsg.): *Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts: Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag*, München 2005, zit.: *Hohagen*, in: *Ohly* (Hrsg.) *Festschrift Schrickler*.

Hölscher, Ina, Die Ausnahmebestimmungen für den eigenen Gebrauch im deutschen und französischen Urheberrecht, Berlin 2001.

Holzapfel, Henrik/Werner, Georg, Interpreting Exceptions in Intellectual Property Law, in: *Waldeck und Pymont, Wolrad* zu (u.a.), (Hrsg.), *Patents and technological progress in a globalized world*, Festschrift für Joseph Straus, Berlin 2009, S. 99 ff., zit.: *Holzapfel/Werner*, Festschrift Straus.

Holznagel, Bernd/Brüggemann, Sandra, Das Digital Right Management nach dem ersten Korb der Urheberrechtsnovelle - Eine verfassungsrechtliche Beurteilung der neuen Kopierschutzregelungen, MMR 2003, 767 ff.

House of Commons, Science and Technology Committee, *Scientific Publications: Free for all?* Report, 2004, abrufbar unter <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200304/cmselect/cmsctech/399/399.pdf>, zit.: *House of Commons*, *Scientific Publications Report*.

Hubmann, Heinrich, Der Schutz wissenschaftlicher Werke und der wissenschaftlichen Leistung durch das Urheberrecht nach der Rechtsprechung des Deutschen Bundesgerichtshofs, in: *Schweizer Vereinigung für Urheberrecht* (Hrsg.), *Festschrift zum 60. Geburtstag von Ullrich Uchtenhagen*, Baden-Baden 1987, S. 175 ff., zit.: *Hubmann*, *Festschrift Uchtenhagen*.

Ders., Die geplante Bücherreichtantime und die Interessen der wissenschaftlichen Autoren, UFITA 62 (1971), S. 1 ff.

- Ders.*, Das Recht des schöpferischen Geistes, Berlin 1954, zit.: *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes.
- Hucko, Elmar*, Privatkopie auf Biegen und Brechen? Gedanken zum Urheberrecht, zum Verbraucherschutz und zur Informationsfreiheit, in: Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter: Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 321 ff., zit.: *Hucko*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann.
- Hugenholtz, P. Bernt/Okediji, Ruth L.*, Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright, Final Report, March 6, 2008, abrufbar unter <http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/finalreport2008.pdf>.
- Hutzler, Evelinde*, 10 Jahre Elektronische Zeitschriftenbibliothek – Kontinuität und Wandel einer kooperativen Dienstleistung, Bibliotheksdienst 2008, 169 ff.
- Jani, Ole*, Urheberrechtspolitik in der 14. und 15. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, UFITA 2006, 511 ff.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl., München 2009, zit.: *Jarass/Pieroth*.
- Johnson, Phillip*, One small step or one giant leap, EIPR 2004, 265 ff.
- Katzenberger, Paul*, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht des urheberrechtlichen Konventionsrechts, GRUR Int 2004, 739 ff.
- Ders.*, Eine salomonische Entscheidung, aber kein Freibrief; Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 25. Februar 1999 – I ZR 118/96, „Kopienversanddienst“, AfP 1999, 335 ff.
- Ders.*, Zugang zu wissenschaftlichem Schrifttum für Forschungszwecke, GRUR Int 1984, 391 ff.
- Ders.*, Urheberrecht und Dokumentation – Abstracts-Fotokopien – elektronische Datenbanken, GRUR 1973, 629 ff.
- Kieser, Alfred*, Forschung am Fließband, DIE ZEIT, Ausgabe vom 17.7.2003, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2003/30/B-Zitate>, zit.: *Kieser*, Forschung am Fließband.
- Kindermann, Manfred*, Technik und Urheberrecht – Wechselwirkung und gegenseitige Abhängigkeit, ZUM 1987, 219 ff.
- Kirchhof, Paul*, Der Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums gegenüber modernen Vervielfältigungstechniken, Heidelberg 1998, zit.: *Kirchhof*, Gesetzgebungsauftrag.
- Ders.*, Der verfassungsrechtliche Gehalt des geistigen Eigentums, in: Fürst, Walther (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd.2, Berlin 1987, S. 1639 ff., zit.: *Kirchhof*, in: *Fürst* (Hrsg.), Festschrift Zeidler.
- Kissler, Alexander*, Angriff auf den „Verbalwissenschaftler“, Süddeutsche Zeitung vom 7.7.2008, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/kultur/artikel/12/184434/>.
- Kitz, Volker*, Einführung der neuen Free for Education Licence in Australien, GRUR Int 2004, 596.

Klickermann, Paul H., Sendearchive im Fokus unbekannter Nutzungsarten, MMR 2007, 221 ff.
Knaf, Karin/Gillitzer, Berthold, Das neue Urheberrecht – wichtige Aspekte für die Benutzung, Bibliotheksforum Bayern 2008, 146 ff., abrufbar unter http://www.bsb-muenchen.de/fileadmin/images/www/pdf-dateien/bibliotheksforum/2008-3/BFB_0308_03-04%20Knaf_Gillitzer%20V07.pdf.

Koelman, Kamiel J., Fixing the Three Step Test, E.I.P.R. 2006, 28(8), 407 ff.

Köcher, Jan K./Bajon, Benjamin/Beger, Gabriele/Höfnger, Frank Michael u.a. (Redaktion), Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27.09.2004; Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“, in: Sieber, Ulrich/Hoeren, Thomas (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – Anforderungen an das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Beiträge zur Hochschulpolitik 2/2005, Bonn 2005, S. 108 ff., zit.: *Köcher/Bajon/Beger/Höfnger*, Stellungnahme Aktionsbündnis.

Krause-Ablaß, Günter B., Zitate aus Aufführungen, Tonaufnahmen, Filmen und Sendungen in Film und Rundfunk, GRUR 1962, 231 ff.

Kreutzer, Till, Das Spannungsfeld zwischen Wissen und Eigentum im neuen Urheberrecht, in: Hofmann, Jeanette (Hrsg.): Wissen und Eigentum, Geschichte, Recht und Ökonomie stoffloser Güter, Schriftenreihe der Bundeszentrale für Politische Bildung, Band 552, Bonn 2006, S. 109 ff., zit.: *Kreutzer*, in: *Hofmann* (Hrsg.), Wissen und Eigentum.

Kröger, Detlef, Informationsfreiheit und Urheberrecht, Schriftenreihe Information und Recht, Band 26, München 2002.

Ders., Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken, MMR 2002, 18 ff.

Krüger-Nieland, Gerda, Der Urheberrechtsschutz im Spannungsfeld der Eigentumsgarantie der Verfassung, in: Jagenburg, Walter (u.a.), Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag, München 1985, S. 174 ff., zit.: *Krüger-Nieland*, in: *Jagenburg* (Hrsg.), Festschrift Oppenhoff.

Dies., Der verfassungsrechtlich verbürgte Eigentumsschutz urheberrechtlich geschützter Werke und von Leistungsschutzrechten, in: Brandt, Willy (Hrsg.), Festschrift für Helmut Simon: Ein Richter, ein Bürger, ein Christ, Baden-Baden, 1987, S. 695 ff., zit.: *Krüger-Nieland*, in: *Brandt* (Hrsg.), Festschrift Simon.

Kuhlen, Rainer, Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, Boisenburg 2008, zit.: *Kuhlen*, Götterdämmerung.

Ders., Eine Kopernikanische Wende im Publikationssystem zur Sicherung von Zugangsfreiheit für Bildung und Wissenschaft vonnöten – eine Kritik der Schranken (insbesondere § 52a) beim Urheberrechtsgesetz, in: Peifer, Karl-Nikolaus/Gersmann, Gudrun (Hrsg.), Forschung und Lehre im Informationszeitalter – zwischen Zugangsfreiheit und Privatisierungsanreiz; Vorträge, Texte und Berichte zu der gleichnamigen Tagung des Instituts für Medienrecht und Kommunikationsrecht und des Lehrstuhls für Neuere Geschichte der Universität zu Köln am 21. April 2006 in Köln; Schriften zum Europäischen Urheberrecht, Band 4, Berlin 2007, S. 1 ff., zit.: *Kuhlen*, in: *Peifer/Gersmann* (Hrsg.), Kopernikanische Wende.

Kunz-Hallstein, Hans-Peter/Loschelder, Michael, Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27.9. 2004, GRUR 2005, 743 f.

Kur, Annette, Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test? (October 1, 2008). Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No. 08-04, abrufbar bei SSRN unter <http://ssrn.com/abstract=1317707>.

Justice Laddie, Copyright: Over-strenght, over-regulated, over-rated, EIPR 1996, 253 ff.

Langhoff, Helge/Oberndörfer, Pascal/Jani, Ole, Der „Zweite Korb“ der Urheberrechtsreform, Ein Überblick über die Änderungen des Urheberrechts nach der zweiten und dritten Lesung im Bundestag, ZUM 2007, 593 ff.

Larenz, Carl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin 2005.

Lauber, Anne/Schwipps, Karsten, Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, GRUR 2004, 293 ff.

Lehmann, Michael, Urheber- und wirtschaftsrechtliches Gutachten zur Frage der „angemessenen Vergütung“ im Zusammenhang mit Kopienversanddiensten erstellt im Auftrag von VG Wort, München, 2000, zit.: *Lehmann*, Gutachten Kopienversand.

Leinveber, Gerhard, Nochmals: Der urheberrechtliche Fall „Kandinsky“ – Zum Begriff der Erläuterung im Rahmen der Zitierfreiheit, GRUR 1969, 130 ff.

Leistner, Matthias, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht, Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, Heft 34, München 2000.

Ders., Von „Grundig-Reporter (n) zu Paperboy(s)“ – Entwicklungsperspektiven der Verantwortlichkeit im Urheberrecht, GRUR 2006, 801 ff.

Linnenborn, Manfred, Die Richtlinie 2001/29/EG im Rückblick: Quellen zu Artikel 6 Abs. 4 über interaktive Abrufdienste, in: Hilty, Reto M./Peukert, Alexander (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 103 ff., zit.: *Linnenborn*, in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), Interessenausgleich.

Loewenheim, Ulrich, Handbuch des Urheberrechts, München 2003, zit.: *Bearbeiter*, in: *Loewenheim*, Handbuch.

Ders., Kopienversand und kein Ende, in: Keller, Erhard u.a. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann zum 65.Geburtstag, Köln 2003, S. 63, *Loewenheim*, in: *Keller* (Hrsg.), Festschrift Tilmann.

Ders., Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 25. Februar 1999 – I ZR 118/96 – Kopienversanddienst, in: ZUM 1999, 574.

Ders., Anmerkung zum Urteil des BGH v. 12.03.1987 („Warenzeichenlexika“), in: GRUR 1987, 704 ff.

Ders./Koch, Frank A. (Hrsg.), *Praxis des Online-Rechts*, Weinheim 1998, *Bearbeiter*, in: *Loewenheim/Koch*.

van Look, Frank, Urheberrechtliche Fragen des Kopienversands durch Informationsdienste, Zugleich eine Besprechung der Urteile des Bundesgerichtshofs vom 16. Januar 1997, ZIP 1997, 749 und ZIP 1997, 755 – CB-Infobank I und II, ZIP 1998, 454 ff.

Lovells/subito e.V. (ohne weitere Autorenangabe), *Notizen: Lovells und subito e.V. : Neues Urheberrecht erfordert Lizenzverträge für elektronischen Dokumentenversand*, Bibliotheksdienst 2008, 423 f.

v. Lucius, Wulf D., Der „Zweite Korb“ zum UrhG aus Verlegerperspektive, ZfBB 2008, 269 ff.

von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 1, Präambel, Artikel 1 bis 19, 5., vollst. neu bearbeitete Auflage, München 2005, zit.: *Bearbeiter*, in: *v.Mangoldt/Klein/Starck*, *Kommentar zum GG*.

Meckes, Rainer, Pricing in Academic Publishing: A wake-up call to the online era, *Information Services & Use* 27 (2007), 221 ff.

Melichar, Ferdinand, Das Urheberrechtsgesetz aus der Sicht der VG Wort, ZfBB 2008, 264 ff.

Ders., Zur Sozialbindung des Urheberrechts, in: *Adrian, Johann/Nordemann, Wilhelm/Wandtke, Artur-Axel* (Hrsg.), *Josef Kohler und der Schutz des geistigen Eigentums in Europa*, zit.: *Melichar*, in: *Adrian/Nordemann/Wandtke* (Hrsg.), *Josef Kohler*.

Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schulze, Erich (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen Urheberrecht*, München, Loseblattsammlung (Stand 49. Aktualisierungslieferung April 2009), zit.: *Bearbeiter*, in: *Mestmäcker/Schulze*.

Metzger, Axel, „Germania 3 Gespenster am toten Mann“ oder Welchen Zweck darf ein Zitat gemäß § 51 Nr. 2 UrhG verfolgen? Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtswirkung im Urheberrecht, ZUM 2000, 924 ff.

Möhring, Philipp (Begr.)/*Nicolini, Käte* (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 2. Aufl. München 2000, zit.: *Bearbeiter*, in: *Möhring/Nicolini*.

Mönch, Matthias/Nödler, Jens M., Hochschulen und Urheberrecht: Schutz wissenschaftlicher Werke, in: *Spindler, Gerald* (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen*, Göttinger Schriften zur Internetforschung, Band 2, Göttingen 2006, abrufbar unter http://www.univerlag.uni-goettingen.de/OA-Leitfaden/oaleitfaden_web.pdf, zit.: *Mönch/Nödler*, in: *Spindler* (Hrsg.), *Open Access*.

von Moltke, Bertram, *Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft*, Baden-Baden 1992.

Müller, Harald, Kopienversand nach § 53a UrhG, Bibliotheksdienst 2008, 1060 ff.

Ders., Kopienversandurteil des OLG München, Eine Erste Würdigung durch die DBV-Rechtskommission, Bibliotheksdienst 2007, 648 ff.

Ders., SUBITO-Vertrag übergeht Autoren, Online-Beitrag, abrufbar unter <http://archiv.twoday.net/stories/5552523/>.

Neuhaus, Christoph/Daniel, Hans-Dieter, Data sources for performing citation analysis: An overview, Accepted for publication in the *Journal of Documentation*, abrufbar unter <http://e-collection.ethbib.ethz.ch/eserv/eth:29124/eth-29124-01.pdf>, zit.: *Neuhaus/Daniel*, *Citation Analysis*.

- Nielen, Michael*, Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, Die Anpassung der urheberrechtlichen Schrankenregelungen im digitalen Bereich, Schriftenreihe zum Urheber- und Kunstrecht, Hrsg. von Thomas Hoeren, Band 8, Frankfurt a. M. 2009.
- Nippe, Wolfgang*, Der Kopienversand auf Bestellung durch Bibliotheken, Ein Beitrag zu den Grenzen des Herstellenlassens nach § 53 UrhG, ZUM 1998, 382 ff.
- Ders.*, Die Sieben im Urheberrecht – Gedanken zur Anzahl zulässiger Vervielfältigungsstücke, GRUR 1994, 888 ff.
- Nolte, Georg*, Informationsmehrwertdienste und Urheberrecht, Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht, Bd. 19, Herausgegeben von Christian Berger/Horst-Peter Götting, Baden-Baden 2009.
- Oekonomidis, Demetrius S.*, Die Grenzen der Zitierfreiheit nach deutschem Recht, UFITA 57 (1970), 179 ff.
- Oechsler, Jürgen*, Das Vervielfältigungsrecht für Prüfungszwecke nach § 53 III Nr. 2 UrhG, GRUR 2006, 205 ff.
- von Ohlenhusen, Albrecht Götz*, Digitale Informations- und Wissensgesellschaft und das Urheberrecht, ZRP 2003, 232 ff.
- Ohly, Ansgar*, Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und Verhinderung, in: Eifert, Martin/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.): Geistiges Eigentum und Innovation, Innovation und Recht I, Berlin 2008, S. 279 ff., zit.: *Ohly*, Innovation.
- Ders.*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit: Forschungsperspektiven, in: Ohly, Ansgar/Klippel, Diethelm (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Schriftenreihe Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Bd. 11, Tübingen 2007, S. 1 ff., zit.: *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, (Hrsg.), Gemeinfreiheit.
- Ders.*, Die Autorenangabe bei wissenschaftlichen Veröffentlichungen aus wissenschaftsethischer und aus urheberrechtlicher Sicht, in: Ganea, Peter (Hrsg.): Urheberrecht gestern - heute – morgen: Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag München 2001, S. 143 ff., zit.: *Ohly*, in: *Ganea* (Hrsg.), Festschrift Dietz.
- Pahud, Eric*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Nr. 57, Bern 2000.
- Ders.*, Zur Begrenzung des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, 99 ff.
- Paschke, Marian*, Rechtsfragen des novellierten Fotokopierrechts – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen im Hochschulbereich, GRUR 1985, 949 ff.
- Passek, Oliver*, Open oder Close Access? Wissenschaftliches Publizieren im Spannungsfeld zwischen heren Absichten und marktpolitischen Realitäten, in: Lutterbeck, Bernd/Bärwolff, Matthias/Gehring, Robert A., Open Source Jahrbuch 2006, Berlin 2006, S. 337 ff., abrufbar unter <http://www.opensourcejahrbuch.de/download/jb2006>, zit.: *Passek*, in: *Lutterbeck/Bärwolff/Gehring*, Open Source Jahrbuch 2006.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22 ff.

Ders., Das Urheberrecht in der Wissensgesellschaft – Stimmen die rechtlichen Rahmenregeln für die Zukunft von Forschung und Lehre? UFITA (2007/II), S. 327 ff., zit.: *Peifer*, Rahmenbedingungen.

Ders., Betriebswirtschaftliche Aspekte digitaler Publikationen – Bericht über den Vortrag von Prof. Dr. Loebbecke, M.B.A., in: *Peifer, Karl-Nikolaus/Gersmann, Gudrun* (Hrsg.), *Forschung und Lehre im Informationszeitalter – zwischen Zugangsfreiheit und Privatisierungsanreiz*, Vorträge, Texte und Berichte zu der gleichnamigen Tagung des Instituts für Medienrecht und Kommunikationsrecht und des Lehrstuhls für Neuere Geschichte der Universität zu Köln am 21. April 2006 in Köln, *Schriften zum Europäischen Urheberrecht Band 4*, Berlin 2007, S. 31 ff., zit.: *Peifer* in: *Peifer/Gersmann* (Hrsg.), *Betriebswirtschaftliche Aspekte*.

Ders., Urheberrechtliche Rahmenbedingungen von open access-Konzepten, in: *Peifer, Karl-Nikolaus/Gersmann, Gudrun* (Hrsg.), siehe oben, S. 39 ff., zit.: *Peifer* in: *Peifer/Gersmann* (Hrsg.), *Open-Access-Konzepte*.

Pendlebury, David A., White Paper; Using Bibliometrics in Evaluating Research; Veröffentlichung der Forschungsabteilung von Thomson Reuters, abrufbar unter <http://www.isiwebofknowledge.com/>.

Peter, Franz-Wilhelm, Verlagsverträge über wissenschaftliche Werke, in: *Forkel, Hans/Kraft, Alfons* (Hrsg.), *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen*, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt a. M., 1985, S. 335 ff., zit.: *Peter* in: *Forkel/Kraft* (Hrsg.), *Festschrift Hubmann*.

Peukert, Alexander, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Tübingen 2009, zit.: *Peukert*, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*.

Ders., Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und -verhinderung, Kommentar zum Beitrag von Ansgar Ohly, in: *Eifert, Martin/Hoffmann-Riem, Wolfgang* (Hrsg.): *Geistiges Eigentum und Innovation, Innovation und Recht I*, Berlin 2008, S. 299 ff., zit.: *Peukert*, *Innovation*.

Ders., Besprechung: Gounalakis, Georgios: Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, UFITA 2004/II, S. 564 ff.

Ders., Ein möglichst hohes Schutzniveaus des Urheberrechts fördert Kreativität und dynamischen Wettbewerb: Ein Irrtum?! in: *Berger, Mathis/Macciachini, Sandro* (Hrsg.), *Populäre Irrtümer im Urheberrecht*, Festschrift für Reto M. Hilty, Zürich 2008, S. 39 ff., zit.: *Peukert*, *Festschrift Hilty*.

Pflüger, Thomas/Ertmann, Dietmar, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436 ff.

Plander, Harro, Wissenschaftliche Erkenntnisse und Urheberrecht an wissenschaftlichen Werken, Ein Beitrag zum urheberrechtlichen Ideenschutz, UFITA (76) 1976, S. 25 ff.

Poepfel, Jan, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, *Schriftenreihe zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht*, Band 11, Göttingen 2005.

Raczinski, Bernd/Rademacher, Ulrich, Urheberrechtliche Probleme beim Aufbau und Betrieb einer juristischen Datenbank, GRUR 1989, 324 ff.

- Raue, Peter*, Zum Dogma der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes, in: Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter : Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, - München 2004, S. 327 ff., zit.: *Raue*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Festschrift Nordemann.
- Ders./Bensinger, Viola*, Umsetzung des sui-generis-Rechts an Datenbanken in den §§ 87a ff UrhG, MMR 1998, 507 ff.
- Rectanus, Mark W.*, Informationsgesellschaft und Kulturgesellschaft: Wissenschaftliche Kommunikation und Universitätsverlage in den USA, in: Delp, Ludwig (Hrsg.), Das Buch in der Informationsgesellschaft, Ein buchwissenschaftliches Symposium, Deutsche Buchwissenschaftliche Gesellschaft, Buchwissenschaftliche Forschungen 6/2005, Wiesbaden 2006, S. 31 ff., zit.: *Rectanus*, in: *Delp*, Das Buch in der Informationsgesellschaft.
- Reimer, Dittrich/Ulmer, Eugen*, Die Reform der materiellrechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft, GRUR Int. 1967, 431 ff.
- Reinbothe, Jörg*, Beschränkungen und Ausnahmen von den Rechten im WIPO-Urheberrechtsvertrag, in: Tades, Helmuth (Hrsg.), Ein Leben für Rechtskultur: Festschrift Robert Dittrich zum 75. Geburtstag, Wien 2000, S. 251 ff., zit.: *Reinbothe*, in: *Tades* (Hrsg.), Festschrift Dittrich.
- Ders.*, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, 43 ff.
- Ders./von Lewinski, Silke*, The WIPO Treaties 1996, The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty, Commentary and Legal Analysis, London 2002, zit.: *Reinbothe/v.Lewinski*.
- Ricketson, Sam/Ginsburg, Jane C.*, International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond, 2. Auflage 2006, zit.: *Ricketson/Ginsburg*.
- Ricketson, Sam*, WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, abrufbar unter http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf, zit.: *Ricketson*, WIPO Study.
- Rigamonti, Cyrill P.*, Eigengebrauch oder Hehlerei? Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet, GRUR Int 2004, 278 ff.
- Roellecke, Gerd*, Das Kopieren zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, Rechtliche und rechtspolitische Überlegungen, UFITA 84 (1979) 79 ff.
- Rowlands, Ian/Nicholas, Dave*, New Journal Publishing Models: An international survey of senior researchers, A CIBER report for the Publishers Association and the International Association of STM Publishers, abrufbar unter <http://www.slais.ucl.ac.uk/papers/dni-20050925.pdf>, zit.: *Rowlands/Nicholas*, Ciber-Report.
- Ruffert, Matthias*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, in: Kultur und Wissenschaft, Berichte und Diskussionen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Frankfurt a.M. vom 5. Bis 8. Oktober 2005, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 65, Berlin 2005, S. 148 ff., zit: *Ruffert*, Kultur und Wissenschaft.
- Rühe, Alex*, Wie misst man Exzellenz? Bibliometrie ist das Zauberwort der universitären Evaluation, Süddeutsche Zeitung vom 29.2.2009, S. 11, online abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/jobkarriere/759/456427/text/>.

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., München 2009, zit.: *Bearbeiter*, in: Sachs, GG-Kommentar.

Sandberger, Georg, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen? ZUM 2006, 818 ff.

Sattler, Susen, Der Status quo der urheberrechtlichen Schranken für Bildung und Wissenschaft, Eine Untersuchung anhand der konventions- und europarechtlichen sowie der verfassungsrechtlichen Vorgaben, Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht, herausgegeben von Christian Berger/Horst-Peter Götting, Band 18, Baden-Baden 2009.

Schack, Haimo, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4., neu bearbeitete Auflage, Tübingen 2007, zit.: *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht.

Ders., Anmerkung zu BGH-Kopienversanddienst, JZ 1999, 1007 ff.

Scheja, Katharina/Mantz, Reto, Nach der Reform ist vor der Reform – Der Zweite Korb der Urheberrechtsreform, CR 2007, 715 ff.

Schippa, Martin, Die Zukunft der Fachverlage in der Informationsgesellschaft, in: Delp, Ludwig (Hrsg.), Das Buch in der Informationsgesellschaft, Ein buchwissenschaftliches Symposium, Deutsche Buchwissenschaftliche Gesellschaft, Buchwissenschaftliche Forschungen 6/2005, Wiesbaden 2006, S. 131ff., zit.: *Schippa*, in: *Delp*, Das Buch in der Informationsgesellschaft.

Ders., Urheberrecht goes digital – Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, ZUM 2003, 378 ff.

Ders., Harmonisierung oder Wahrung der nationalen Kulturhoheit? – Die wundersame Vermehrung der Schrankenbestimmungen in Art. 5 der „Multimedia-Richtlinie“, ZUM 2001, 116 ff.

Schmid, Matthias/Wirth, Thomas/Seifert, Fedor, Urheberrechtsgesetz mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, zit.: *Bearbeiter*, in: *Schmid/Wirth/Seifert*.

Schöwerling, Helena, E-Learning und Urheberrecht an Universitäten in Österreich und Deutschland, Wien 2007.

Schricker, Gerhard, Urheberrecht Kommentar, 3., Neub. Aufl., München 2006, zit.: *Bearbeiter*, in: *Schricker*.

Ders., Verlagsrecht, Kommentar zum Gesetz über das Verlagsrecht, 3. Aufl. neu bearbeitet von Gerhard Schricker, bis zur 2. Auflage Bappert, Walter, München 2001, zit.: *Schricker*, Verlagsrecht.

Ders., Protection of Scientific Creations under Patent and Copyright Law, in: Waldeck und Pymont, Wolrad zu (u.a.), (Hrsg.), Patents and technological progress in a globalized world, Festschrift für Joseph Straus, Berlin 2009, S. 59 ff., zit.: *Schricker*, Festschrift Straus.

Ders., Wer ist der Verfasser? Die Autorenangabe bei wissenschaftlichen Veröffentlichungen, Forschung & Lehre 1998, 584 ff.

Ders., Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht, in: Becker, Jürgen (Hrsg.), Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht: Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag, Baden-Baden 1994, zit.: *Schricker*, Festschrift Kreile.

- Ders.*, Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik, GRUR 1992, 242 ff.
- Ders.*, Hundert Jahre Urheberrechtsentwicklung, in: Beier, Friedrich-Karl (Hrsg.): Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Weinheim 1991, Bd. II, S. 1095 ff., zit.: *Schricker*, GRUR-Festschrift.
- Schröder, Eva/Welp, Kai*, Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, DFN Infobrief Recht, 1/2008, abrufbar unter http://www.dfn.de/fileadmin/3Beratung/Recht/1infobriefearchiv/Infobrief_01_08.pdf.
- Schrötter, Hans Jörg*, Das Urheberrecht im Sog der Kopierflut, GRUR 1978, 687 ff.
- Schulze, Erich*, Urhebervertragsrecht, Materialsammlung mit Erläuterungen, 3., neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, München 1982, zit.: *Schulze*, Urhebervertragsrecht.
- Schweikart, Philipp*, Die Interessenlage im Urheberrecht, Regensburg 2004.
- Senfileben, Martin*, Copyright, limitations, and the three-step test. Den Haag, 2004.
- Ders.*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, 200 ff.
- Ders.*, Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: Hilty, Reto M./Peukert, Alexander (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, zit.: *Senfileben*, in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), Interessenausgleich.
- Ders.*, Fair use in the Netherlands – a Renaissance, Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht (ami) 2009, 1 ff.
- Seifert, Fedor*, Geistiges Eigentum – ein unverzichtbarer Begriff, in: Erdmann, Willi (Hrsg.): Festschrift für Henning Piper, München, 1996, S. 769 ff., zit.: *Seifert*, in: *Erdmann* (Hrsg.), Festschrift Piper.
- Seydel, Thomas*, Die Zitierfreiheit als Urheberrechtsschranke, Europäische Schriftenreihe zum Informationsrecht, Hrsg. von Ulrich Sieber, Band 16, Köln 2002.
- Sieber, Ulrich*, Memorandum zur Berücksichtigung der Interessen des Bildungsbereichs bei der Reform des Urheberrechts, in: Sieber, Ulrich/Hoeren, Thomas (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – Anforderungen an das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Beiträge zur Hochschulpolitik 2/2005, Bonn 2005, S. 47 ff., abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/HRK-Urheberrecht-2005.pdf>, zit.: *Sieber*, in: *Sieber/Hoeren*, Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft.
- Ders.*, Urheberrechtlicher Reformbedarf im Bildungsbereich, MMR 2004, 715 ff.
- Sinogowitz, Bernhard*, Leihverkehrs-Fibel, Kurzgefasste Anleitung zur Praxis des Leihverkehrs der deutschen Bibliotheken, 2. durchgesehene Auflage, München 1983, zit.: *Sinogowitz*, Leihverkehr.
- Ders.*, Bibliothekskopie und Urheberrecht, Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie, Bd. 4, 1967, S. 207 ff.
- Snyder, Thomas*, Pricing and pricing policies from the perspective of a subscription agent, Information Services & Use 27 (2007), 229 ff.

- Spindler*, Urheberrecht in der Wissensgesellschaft – Überlegungen zum Grünbuch der EU-Kommission, in: Hilty, Reto M. /Drexl, Josef/Nordemann, Wilhelm (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 287 ff., , zit.: *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann* (Hrsg.), Festschrift Loewenheim.
- Ders.*, (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen, Göttinger Schriften zur Internetforschung, Band 2, Göttingen 2006, abrufbar unter http://www.uni-verlag.uni-goettingen.de/OA-Leitfaden/oaleitfaden_web.pdf, zit.: *Spindler* (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access- Publikationen.
- Ders.*, Reform des Urheberrechts im “Zweiten Korb”, NJW 2008, 9 ff.
- Ders.*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105 ff.
- Ders./ Heckmann, Jörn*, Der rückwirkende Entfall unbekannter Nutzungsrechte (§ 137 I UrhG-E) –Schließt die Archive? ZUM 2006, 620 ff.
- Sprang, Christian/Ackermann, Astrid*, Der “Zweite Korb” aus Sicht der (Wissenschafts-)Verlage, Kommunikation & Recht 2008, 7 ff.
- Steinhauer, Eric W.*, Kritische Anmerkungen zum Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 1 S. 3 und 4 UrhG in der Fassung des Bundesratsentwurfes vom 9. Mai 2006, Bibliotheksdienst 2006, 734 ff.
- Ders.*, Das Berger-Gutachten zu § 52 b UrhG-E, abrufbar unter http://bibliotheksrecht.blog.de/2007/10/08/das_berger_gutachten_zur_s_52_b_urhg_e-3102602 zit.: *Steinhauer*, Kurzbesprechung des Berger-Gutachtens zu § 52 b.
- Sterling, J. Adrian L.*, World Copyright Law, Third Edition, London 2008.
- Straus, Josef*, Der Verlagsvertrag bei wissenschaftlichen Werken, in: Beier, Friedrich-Karl: Urhebervertragsrecht: Festgabe für Gerhard *Schricker* zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 291 ff., zit.: *Straus*, in *Beier* (Hrsg.), Festgabe *Schricker*.
- Suttorp, Anke*, Die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG), Münster 2005.
- Talke, Armin*, § 53a UrhG: Auslegungsschwierigkeiten beim Kopienversand, Informationen der DBV-Rechtskommission, Bibliotheksdienst 2008, 288 ff.
- Ders.*, Bücher mit Zugangscodes zum E-Book: Darf eine Bibliothek die elektronische Version nutzen? Stellungnahme der DBV-Rechtskommission, Bibliotheksdienst 2007, 650 ff.
- Toor, Kiran*, Coleridge’s Chrysopoetics: Alchemy, Authorship and Imagination, London 2007.
- Thum, Kai*, Urheberrechtliche Zulässigkeit von digitalen Online-Bildarchiven zu Lehr- und Forschungszwecken, K&R 2005, 490 ff.
- Titel, Volker*, Die Informationstechnologie und die Zukunft des Buches, in: Delp, Ludwig (Hrsg.), Das Buch in der Informationsgesellschaft, Ein buchwissenschaftliches Symposium, Deutsche Buchwissenschaftliche Gesellschaft, Buchwissenschaftliche Forschungen 6/2005, Wiesbaden 2006, S. 77 ff., zit.: *Titel*, in: *Delp*, Das Buch in der Informationsgesellschaft.
- Ulmer, Eugen*, Urheber- und Verlagsrecht, Dritte, neu bearbeitete Auflage, Berlin 1980.

Ders., Das Urheber- und Verlagsrecht im Blickfeld des Hochschulverbandes, in: Präsidium des Hochschulverbandes (Hrsg.), Im Dienste der Deutschend Hochschullehrer, Der Hochschulverband unter Wilhelm Felgentraeger, Göttingen 1969, S. 237 ff., zit.: *Ulmer*, Festschrift Felgentraeger.

Ulmer-Eilfort, Constanze, Zur Zukunft der Vervielfältigungsfreiheit nach § 53 UrhG im digitalen Zeitalter, in: Zollner, Bernward (Hrsg.): Festschrift für Wilhelm Nordemann, Baden-Baden 1999, S. 285 ff., zit.: *Ulmer-Eilfort*, Festschrift Nordemann.

Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I, Heidelberg 2002, zit.: *Bearbeiter*, in: Mitarbeiterkommentar zum GG.

Veddern, Michael, Immaterialgüterrechte in der europäischen Vertragsforschung, Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Bd. 156, Köln 2008, zit.: *Veddern*, Immaterialgüterrechte in der Vertragsforschung.

Ders., Multimediarecht für die Hochschulpraxis, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Hagen, 2004, zit.: *Veddern*, Multimediarecht.

Verch, Ulrike, Urteilsanmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 26.02.2008 — I-4 U 157/07, JurPC Web-Dok. 88/2008, Abs. 1 – 14, abrufbar unter <http://www.jurpc.de/aufsatz/20080088.htm>.

Vogtmeier, Julia, Elektronischer Pressespiegel in der Informationsgesellschaft, Einordnung und Beurteilung nach dem neuen Urheberrecht, Europäische Hochschulschriften, Reihe II Rechtswissenschaft, Bd. 4015, Frankfurt a.M. 2004.

Wagner, Axel-Michael, Quo Vadis, Urheberrecht? Überlegungen zur Bedeutung des Urheberrechts in der Informationsindustriegesellschaft und zum anstehenden "Korb II", ZUM 2004, 723 ff.

Walter, Michel M. (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Kommentar, Wien 2001, zit.: *Bearbeiter*, in: *Walter* (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht.

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3., neu bearbeitete Aufl., München 2009, zit.: *Bearbeiter*, in: *Wandtke/Bullinger*.

Wandtke, Artur/Grassmann, Ferdinand, Einige Aspekte zur gesetzlichen Regelung zum elektronischen Kopienversand im Rahmen des „Zweiten Korbs“, ZUM 2006, 889 ff.

Wein, Franziska. „The Impact of Publishing“ der Academic Publishers of Europe (APE): Bericht über die Konferenz vom 20.-21.1.2009 in Berlin, Bibliotheksdienst 2009, 550 ff.

Wellcome Trust (Hrsg.), Economic Analysis of Scientific Research Publishing, abrufbar unter http://www.wellcome.ac.uk/stellent/groups/corporatesite/@policy_communications/documents/web_document/wtd003182.pdf, zit.: *Wellcome Trust*, Economic Analysis.

Wielsch, Dan, Zugangsregeln; Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen 2008, zit.: *Wielsch*, Zugangsregeln.

Wiesemann, Hans Peter, Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien im Lichte technischer Schutzmaßnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Verwertungsgesellschaften, Hamburg 2007.

WIPO (Hrsg.), Records of the Intellectual Property Conference at Stockholm, June 11 to July 14 1967, Genf 1967, zit.: *WIPO, Records of the Stockholm Conference*.

Zypries, Brigitte, Ein modernes Urheberrecht für das digitale Zeitalter? KUR 2003,57 f.

Die Berücksichtigung von Literatur und Rechtsprechung ist mit Ausnahme der Entscheidung des OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2010, 1 ff. – Elektronische Leseplätze auf dem Stand Juli 2009.

Internetfundstellen wurden zuletzt abgerufen am 27. Juli 2009.

Zu den verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert/von Pannier, Dietrich, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl. Berlin 2008.

Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht?

Wissenschaftsschranken nach dem „Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform

Benjamin Bajon

Wissenschaftliche Erkenntnis basiert auf dem Fundament des bestehenden Wissens, das als solches nicht Gegenstand des Urheberrechts ist. Gleichzeitig sind die Werke, in denen Wissen verkörpert ist, urheberrechtlich geschützt. Das Urheberrecht ist damit ein Faktor für den wissenschaftlichen Informationsaustausch. Zielvorgabe eines ausgewogenen Urheberrechts sollte im Sinne idealer Rahmenbedingungen ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen aller Beteiligten sein. Die Arbeit ist der Frage gewidmet, welchen Beitrag die wissenschaftsrelevanten urheberrechtlichen „Schrankenregelungen“ zu einem solchen Interessenausgleich leisten oder leisten können. Sie stellt neben Besonderheiten des „Wissenschaftsurheberrechts“ die internationalen, europäischen und verfassungsrechtlichen Vorgaben dar und untersucht detailliert einzelne relevante Schranken des deutschen Urheberrechts. Neben der Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch (§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG), der öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) und der Schranke zugunsten elektronischer Lesepätze (52b UrhG) bezieht sie auch den im Zweiten Korb der Urheberrechtsreform kodifizierten Kopienversand auf Bestellung (§ 53a UrhG) ein.

