



Eine Kopernikanische Wende im Publikationssystem zur Sicherung von Zugangsfreiheit für Bildung und Wissenschaft vonnöten – eine Kritik der Schranken (insbesondere § 52a) beim Urheberrechtsgesetz

Rainer Kuhlen – www.kuhlen.name

Zusammenfassung

Am Beispiel des § 52a UrhG, der sogenannten Wissenschaftsschranke, werden Verkrustungen im gegenwärtigen Regulierungssystem für den Umgang mit Wissen und Information aufgezeigt, die, zusammen mit anderen vorgesehenen Schrankenbestimmungen, kurz- und mittelfristig fatale Folgen für Bildung und Wissenschaft haben werden. Darüber sind sich Wissenschaftler und Wissenschaftsorganisationen einig, ohne dass die Politik, schon gar nicht die Informationswirtschaft, sich darum zu kümmern scheint. Die kritischen Punkte von § 52a UrhG werden besprochen, wie: Umfang der zur Nutzung erlaubten Werke, Ausmaß der öffentlichen Zugänglichmachung, die Abgrenzung der durch die Schrankenbestimmung „Begünstigten“, die schlimmen Folgen für *E-Learning* und andere im Interesse der Publikationsindustrie vorgenommenen Einschränkungen. Die Begründung für die Einschränkungen für die an sich positive Schranke wird aus dem Dogma des Urheberrechts, dem Dreistufentest, abgeleitet. Um dem zu entgehen, wird ein alternativer Dreistufentest vorgeschlagen, der dem öffentlichen Interesse an einer freizügigen Nutzung von publiziertem Wissen als Bedingung für das Erschaffen neuen Wissens Rechnung trägt. Im Ausgang von der These, dass innerhalb der geltenden Urheberrechtssystematik kaum Lösungen entsprechend den Bedürfnissen von Bildung und Wissenschaft zu erwarten sind, werden Szenarien für eine Kopernikanische Wende im Publikationssystem auf der Grundlage des *Open-Access*-Prinzips durchgespielt. Hiervon sind möglicherweise auch Veränderungen bei den Autorenrechten durch Abtreten eines Teils ihrer Publikationsautonomie an ihre Institutionen betroffen. Das wird konkreter an Beispielen aus der US-amerikanischen Gesetzgebung, auch außerhalb des Urheberrechts, besprochen. Nicht zuletzt dadurch können sich neue Konfliktkonstellationen zwischen den Akteuren des Publikationssystems ergeben, z.B. zwischen wissenschaftlichen Gesellschaften und den wissenschaftsproduzierenden Institutionen. In der Gewissheit, dass dauerhaft keine (Rechts-)Politik und keine (Wirtschafts-)Politik gegen die Bedürfnisse von Bildung und Wissenschaft gemacht werden können, werden die gegenwärtigen Regulierungsanstrengungen zwar als mehr als ärgerlich für Bildung und Wissenschaft empfunden, aber letztlich können sie doch nur als Rückzugsgefechte, eingeschätzt werden, die neue, elektronischen Umgebungen angemessene freizügige Formen des Umgangs mit Wissen und Information langfristig nicht verhindern können.

1 Ein Versuch, es gut mit der Wissenschaft zu meinen

Das Gegenteil von gut ist nicht schlecht, sondern gut gemeint. Dieser (leicht abgewandelte) Tucholsky-Aphorismus trifft wohl auf den § 52a des Urheberrechtsgesetzes zu, wie er 2003 im Rahmen der ersten Anpassung des deutschen Rechts an die Vorgaben der EU-Copyright-Richtlinie von 2001 (EU 2001) 2003 Gesetz wurde. Man mag dem für das Urheberrecht federführenden Bundesjustizministerium nicht den Willen absprechen, versucht zu haben, eine für Bildung und Wissenschaft einigermaßen akzeptable Schranke im

Urheberrechtsgesetz einzubringen. Das legt der Vergleich der ursprünglichen Fassung mit der dann verabschiedeten Version nahe. Zitieren wir beide zu Anfang:

Der Text der Wissenschafts- und Bildungsschranke, wie sie derzeit gültig ist, lautet wie folgt:

UrhG § 52a Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

(1) Zulässig ist,

1. veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern oder

2. veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

(2) Die öffentliche Zugänglichmachung eines für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmten Werkes ist stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig. Die öffentliche Zugänglichmachung eines Filmwerkes ist vor Ablauf von zwei Jahren nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern im Geltungsbereich dieses Gesetzes stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.

(3) Zulässig sind in den Fällen des Absatzes 1 auch die zur öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen.

(4) Für die öffentliche Zugänglichmachung nach Absatz 1 ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

Nun zum Vergleich Abs. 1 und 2 in der Version an, die das BMJ 2002 in seinem ersten Entwurf ursprünglich vorgesehen hatte.

(1) Zulässig ist, veröffentlichte Werke

1. zur Veranschaulichung im Unterricht ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern oder

2. ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich zu machen, soweit die Zugänglichmachung zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

(2) Zulässig sind in den Fällen des Absatzes 1 auch die mit der öffentlichen Zugänglichmachung im Zusammenhang stehenden Vervielfältigungen, soweit die Vervielfältigungen zu dem jeweiligen Zweck geboten sind.

Dieser Wandel lässt erahnen, wie intensiv die Auseinandersetzung um diese Schranke war. Er zeigt zudem deutlich, dass ausgehandelte „Kompromisse“ fast zwangsläufig zu Lasten von Bildung und Wissenschaft gehen. Das kommerzielle Interesse an der Verwertung von Wissen und Information, gerade auch aus dem in Bereichen Bildung und Wissenschaft produziertem, setzt sich durch und erzwingt Einschränkungen von einer vom Gesetzgeber an sich für sinnvoll gehaltenen Schranke. Dabei könnte sogar diese Schwundstufe einer Wissenschaftsschranke noch gefährdet sein. Die Einschränkungsforderungen der Informationswirtschaft gingen und gehen auch heute noch in Richtung einer Nullversion. Das heißt, dass sogar der gänzlicher Wegfall dieser Schranke nicht im Bereich des Unmöglichen ist, auch wenn man nicht glauben kann, dass der Gesetzgeber dieser Radikalforderung nachgeben könnte – keine Politik kann auf Dauer den berechtigten Interessen von Bildung

und Wissenschaft sozusagen den Krieg erklären. In der Zwischenzeit (befristet jetzt bis Ende 2008) werden Bildung und Wissenschaft in Deutschland durch ein nicht zeitgemäßes Urheberrecht Fesseln angelegt, die diese Bereiche auch im internationalen Wettbewerb behindern und in ihrer Leistungsfähigkeit drastisch einschränken (vgl. Sieber 2005, 49; Jaszi o.J.).

Die dominierende Verknappungsstrategie wird auch an einigen anderen Schrankenbestimmungen in der aktuellen zweiten Anpassung des Urheberrechts deutlich, die vielleicht ebenfalls gut gemeint waren, aber faktisch eher einen Rückschritt gegenüber der jetzt noch geltenden Praxis sind, erst recht auch im internationalen Vergleich. Gemeint sind vor allem die §§ 52b und 53a, durch die einerseits die Wiedergabe von elektronischen Werken aus den Beständen der Bibliotheken und ähnlichen Einrichtungen und andererseits der Kopienversand von elektronischen Dokumenten durch Bibliotheken bzw. Bibliotheksdienstleistungen geregelt werden sollen. Die Einschränkungen dieser beiden Schranken sind jetzt so weitgehend – und natürlich wird auch hier, z.B. vom Börsenverein des Deutschen Buchhandels, sogar der gänzliche Wegfall dieser beiden Schranken gefordert (Börsenverein 2006) –, dass man sich nur der Allianz der Wissenschaftsorganisationen (Deutsche Forschungsgemeinschaft, Fraunhofer Gesellschaft, Helmholtz-Gemeinschaft Deutscher Forschungszentren, Hochschulrektorenkonferenz, Leibniz-Gemeinschaft, Max-Planck-Gesellschaft, Wissenschaftsrat) anschließen kann, die im Juni 2006 in einer gemeinsamen Presseerklärung¹ zu folgender Einschätzung der aktuellen Urheberrechtsnovellierung gekommen sind:

„Zu befürchten ist, dass die Kooperation von Wissenschaftlern über die Datennetze erheblich erschwert, die wissenschaftliche Erforschung insbesondere audiovisueller Dokumente massiv behindert und die schon in der letzten Zeit dramatisch gestiegenen Kosten für die Bereitstellung und Nutzung digitaler Informationsmaterialien für Bildung und Wissenschaft weiterhin erheblich steigen werden.“

Wir können hier keine vollständige Analyse der Konsequenzen der Urheberrechtsgesetzgebung für Bildung und Wissenschaft leisten² und beschränken uns auf einige kritische Aspekte von § 52a. Dazu gehen wir den folgenden Gang. Abschnitt 2 beschreibt unter dem Titel „Verkrustungen“ einige Hintergründe der für Bildung und Wissenschaft negativen Konsequenzen der aktuellen Urheberrechtsanpassungen. Abschnitt 3 analysiert einige der besonders problematischen Punkte aus § 52a UrhG, und in Abschnitt 4 deuten wir an, dass in dieser Auseinandersetzung zwischen privaten und öffentlichen Interessen der Wissenschaft gar nichts anderes übrig bleibt, als die Initiative selber zu Gunsten eines freien Zugangs auf publiziertes Wissen zu ergreifen. Zu befürchten ist dabei, dass in diesem „Krieg“ die traditionelle, zum Wissenschaftssystem gehörende Informationswirtschaft selber auf der Strecke bleiben wird, wenn sie bei den in der Urheberrechtsgesetzgebung jetzt durchgesetzten Verknappungsstrategien bleibt. Gegen Bildung und Wissenschaft kann, noch einmal, auf Dauer keine Politik und auch keine Wirtschaft gemacht werden.

1 http://www.wissenschaftsrat.de/presse/allianz_28-06-06.pdf#search=%22Wissenschaftsrat%20Kritik%20am%20Urheberrecht%22

2 Vgl. dazu die demnächst im Campus-Verlag erscheinende Darstellung des Verfassers mit dem Arbeitstitel „Informationsökonomische und informationsökologische Perspektiven auf Wissensregulierung“. Der vorliegende Artikel greift auf einige Abschnitte dieses Buches zurück.

2 Verkrustungen

Verkrustungen sind seit gut 10 Jahren weltweit vor allem bei den gesetzlichen Regelungen bezüglich des Urheberrechts entstanden, die fatale Konsequenzen für Bildung und Wissenschaft haben. Das, was als Schutz gut gemeint und unter bestimmten historischen und technologischen Bedingungen vielleicht unvermeidbar und vielleicht sogar sinnvoll war, hat sich unter dem übergroßen Druck der kommerziellen Besitznahme von Wissen und Information als schlecht und kontraproduktiv für Entwicklung herausgestellt. Das unter diesem Druck staatlich verordnete Urheberrecht, im Verein mit dem „Fortschritt“ bei der Anwendung technischer Schutzmaßnahmen, erweist sich, so die einleitende These, a) als wissenschaftlichen Fortschritt und qualitativ hochwertige Ausbildung behindernd und damit b) als ökonomisch innovationsverhindernd.

Dass Bildung und Wissenschaft durch die jüngsten und vermutlich sich im kommerziellen Interesse noch verschärfenden Regulierungen der Urhebergesetze behindert und nicht, wie es eigentlich der Zweck der Urheberrechte sein sollte, Wissenschaft, Kunst und Bildung und damit auch eine aufgeklärte Öffentlichkeit befördert werden, darüber sind sich weltweit so gut wie alle, die mit der Wissenschafts- und Bildungsorganisation zu tun haben, einig. Dazu nur zwei Zitate aus dem Vereinigten Königreich:

Die *British Academy* hat Mitte September 2006 einen Bericht veröffentlicht, der sich kritisch mit dem britischen, aber auch allgemein den europäischen Copyright-Regelungen auseinandersetzt. Die Akademie, in ihrer Pressemitteilung dazu, „expresses fears that the copyright system may in important respects be impeding, rather than stimulating, the production of new ideas and new scholarship in the humanities and social sciences.“³ Dabei beruft sich die Akademie auch auf eine frühere Stellungnahme der *Royal Society* mit dem Titel „Keeping science open: the effects of intellectual property policy on the conduct of science“. Dort heißt es am Ende des Summary (Royal Academy 2003):

„Advances of technology and commercial forces have led to new IP legislation and case law that unreasonably and unnecessarily restrict freedom to access and to use information. This restriction to the commons in the main IP areas of patents, copyright and database right has changed the balance of rights and hampers scientific endeavour. In the interest of society, that balance must be rectified.“

In Übereinstimmung mit den weltweiten Regulierungen für *Intellectual Property Rights*⁴ haben die europäische Regulierungsinstanz (vgl. EU 2001) und die beiden letzten deutschen Regierungen bzw. Bundestage bei der Ausgestaltung der Urheberrechtsgesetze die Bedürfnisse von Bildung und Wissenschaft an einem freizügigen Umgang mit Wissen und Information gegenüber den kommerziellen Interessen der kurzfristigen Verwertung von Wissen und Information hintenan gestellt. Dies steht in krassem Gegensatz zu ihren politischen Zielverlautbarungen, die die Bedeutung einer inventionsstarken Wissenschaft und eines hohen Ausbildungsstandards für Gegenwart und Zukunft der gesamten Gesellschaft immer wieder betont haben.

Besonders krass wird das bei der aktuellen deutschen Bundesregierung deutlich. In dem dieser Regierung zu Grunde liegenden Koalitionsvertrag zwischen CDU und SPD heißt es: „Wir wollen ein bildungs- und wissenschaftsfreundliches Urheberrecht“.. Genau das fordert

3 <http://www.britac.ac.uk/news/release.asp?Newsid=219>

4 Gemeint sind vor allem der TRIPS-Vertrag der WTO von 1996 (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.doc) und die UN/WIPO-Verträge von 1996, in erster Linie der WIPO Copyright Treaty (WCT) - http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html

auch die oben erwähnte Allianz der Wissenschaftsorganisationen, im Einvernehmen mit dem Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“⁵, und kritisiert, dass mit der 2003 zuerst vollzogenen Anpassung des deutschen Urheberrechts und der anstehenden zweiten Anpassung an die Vorgaben der EU-Richtlinie von 2001 (EU 2001) genau das Gegenteil erreicht wird. Wer sonst als Bildung und Wissenschaft kann entscheiden, was ein bildungs- und wissenschaftsfreundliches Urheberrecht ist?

Wir haben von Verkrustungen gesprochen. Man kann es auch politisch folgenreicher formulieren: Gesellschaften, die mehr Sorgfalt darauf verwenden, sich um Absicherung der Verwertungsrechte an bestehendem publizierten Wissen zu kümmern als um die Beförderung neuen Wissens durch Wissenschaft und durch hochwertige Ausbildung, sind in ökonomischer und gesellschaftlicher Sicht in einer Abwärtsbewegung.

Woran liegt es, dass die Politik offenbar zu ganz anderen Einschätzungen über das kommt, was für den Umgang mit Wissen und Information in Bildung und Wissenschaft erforderlich ist, als Bildung und Wissenschaft selber? Es ist sicher zu einfach, nur von Politikversagen zu sprechen.

Das Problem ist offensichtlich ein dem Urheberrecht immanentes: Wie können Balancen zwischen Produzenten, Verwertern und Nutzern von immateriellen Gütern im Urheberrecht erreicht werden – und Balancen werden als Ziel so gut wie aller Urheberrechtsregulierungen angesehen⁶ –, wenn die Rechte der Nutzer nur als Schranken angesehen werden? „Schranken“ sind im Urheberrecht als „Einschränkungen“ bzw. „Ausnahmen“ zu verstehen (Findeisen 2005). Sie schränken die an sich exklusiven, also umfassenden Rechte der Urheber bzw. der Rechteinhaber aus übergeordneten Interessen ein.

Grundsätzlich wird in der Rechtswissenschaft und -praxis die Diskussion darüber geführt, ob Schranken so eng wie möglich angelegt werden müssen oder als immanenter Bestandteil der Urhebersystematik so weit wie möglich bestimmt werden sollen. Die enge Auslegung von Schrankenbestimmung wird international in der Regel mit dem Dreistufentest begründet⁷, in Deutschland zusätzlich meistens mit Bezug auf Art. 14 GG, wonach Eigentum zu schützen ist und dass nur in ganz speziellen Fällen dieser Schutz des Eigentums eingeschränkt werden darf (nach Prinzipien, die ebenfalls in Art. 14 GG formuliert sind). Die Formulierungen in den meisten Urheberrechtsregulierungen und ihren Begründungen/Erläuterungen legen eindeutig nahe, dass eine enge Auslegung (auch bezüglich der Verwertungsrechte) intendiert ist.

Diese enge Auslegung von Schrankenbestimmungen setzt, oft genug durch Androhung von

5 <http://www.urheberrechtsbuendnis.de/>; die Ziele des Aktionsbündnis sind programmatisch formuliert in der Göttinger Erklärung vom 5. Juli 2004, die umfassend von Wissenschaftlern, Wissenschaftlerinnen, wissenschaftlichen Gesellschaften und den großen Wissenschaftsorganisationen unterzeichnet worden ist.

6 Grundlegend – und auch verbindlich für die deutsche Gesetzgebung – hier die Formulierung aus der Präambel des *WIPO Copyright Treaty (WCT)* von 1996: „Recognizing the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention“
http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html#preamble

7 So in der EU-Richtlinie von 2001: „Ausnahmen und Beschränkungen dürfen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.“ (Art. 5 Abs. 5 in Satz 1); zum Dreistufentest vgl. (Senftleben 2004)

Verfassungsbeschwerden⁸, der Politik offenbar selber enge Grenzen und führt zu Regelungen, die sie selber möglicherweise nicht will. Wir wollen dies im Folgenden an der sogenannten Bildungs- und Wissenschaftsschranke zeigen, die, wie erwähnt, im Rahmen des Ersten Korbs 2003 als § 52a Bestandteil des deutschen Urheberrechtsgesetzes geworden ist.

3 § 52a UrhG – Wissenschafts- und Bildungsschranke

Mit der Einrichtung einer neuen Schranke zu Gunsten von Bildung und Wissenschaft setzte Deutschland als eines der ersten Länder in Europa die von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a der europäischen Richtlinie (EU-Richtlinie 2001) gegebene Möglichkeit um, auch in elektronischen Umgebungen urheberrechtlich geschützte Informationsobjekte (Werke) ohne besondere Erlaubnis der Rechteinhaber für Zwecke von Unterricht und Forschung öffentlich zugänglich zu machen. Von der Zielsetzung her zeigt die Einrichtung dieser Schranke, dass die damalige (wie auch die heutige) Bundesregierung und die Mehrheit des Parlaments sich selbstverständlich der Bedeutung eines freizügigen Umgangs mit Wissen und Information in der Informationsgesellschaft, vor allem für Bildung und Wissenschaft, durchaus bewusst waren. Wir zitieren hier nur das Strategische Positionspapier des Bundesministeriums für Bildung und Forschung zur Zukunft der wissenschaftlichen Information mit dem Titel „Information vernetzen – Wissen aktivieren“ mit dem zentralen Ziel:

„Den Zugang zur weltweiten wissenschaftlichen Information für jedermann zu jeder Zeit und von jedem Ort zu fairen Bedingungen sicherstellen.“⁹.

Das Urheberrecht regelt natürlich nicht in erster Linie die Nutzungsrechte, auch nicht die von Bildung und Wissenschaft, sondern formuliert Schutzrechte für die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG. Diese gilt nach herrschender Meinung auch für die Produktion und die Verwertung geistiger Güter (intellektueller Werke). Der Politik ist aber ebenso selbstverständlich bewusst, dass das Urheberrecht

„nicht nur das geistige Eigentum als Selbstzweck schützen, sondern auch den kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritt sichern [soll]. Zu den schützenswerten Interessen der Allgemeinheit gehören insbesondere auch ein funktionsfähiges Forschungs- und Bildungswesen Das Urheberrecht muss daher Regelungen für die Nutzung geschützter Werke und Leistungen an Bildungs- und Forschungseinrichtungen vorsehen und die Regelungen so ausgestalten, dass sie die wirklichen Bedürfnisse der Wissenschaftler, der Lehrenden und der Lernenden widerspiegeln, im Alltag handhabbar sind und für alle Akteure Rechtssicherheit bieten“ (Sieber 2005b, 50f).

In Deutschland darf und kann man sich für die schützenswerten Interessen der Allgemeinheit (als Eingrenzung des Eigentumsanspruchs) generell auf Art. 14 Abs. 2 GG stützen, der auf die „Sozialpflichtigkeit des Eigentums“ abhebt. Zu den schützenswerten Interessen gehören aber zweifellos und sicherlich grundlegend die in Art. 5 GG formulierten Rechte auf Informations- und Pressefreiheit (Abs. 1) und die durch Abs. 3 garantierte Wissenschaftsfreiheit. Für diese ist das Recht, sich aus „allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten“ unverzichtbar. Gleiches gilt für alle Anwendungen im Bildungsbereich.

8 Drohungen mit Verfassungsbeschwerden gehören zur Lobbypraxis vor allem des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels, vor allem wenn es um die Abwehr von Schrankenbestimmungen geht, die eine freizügige Nutzung von Wissen und Information begünstigen könnten.

9 http://www.bmbf.de/pub/information_vernetzen-wissen_aktivieren.pdf – so dann auch fast wörtlich in (Aktionsbündnis 2004).

Entsprechend hat der Gesetzgeber in den Erläuterungen (Nummer 14 zu § 52a) klar gemacht, dass Bildung und Wissenschaft „eine schrankengestützte Nutzung moderner Kommunikationsformen nicht grundsätzlich und umfassend in allen Fällen verwehrt sein kann, in denen das neu geregelte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als eine Form öffentlicher Wiedergabe berührt ist“.

Dass es seit 2003 diese Schranke in Form von § 52a UrhG gibt, wurde zu Recht von vielen als innovativ und zukunftsorientiert gefeiert, aber auch von einigen (damals noch nicht durch ein Aktionsbündnis koordinierten) Wissenschaftsorganisationen als unzureichend kritisiert (vgl. Lutterbeck/Gehring 2003). Aber ebenso wurde von vielen diese Schranke als gravierende Bedrohung des Rechts auf Eigentum kritisiert, und es wurde (bis heute) die ersatzlose Streichung von § 52a gefordert. In einer beispiellosen Kampagne – (Sietmann/Krempel 2003) sprachen von „Schlammschlachten“ – unter dem Motto „Verlage und Wissenschaft für ein faires Urheberrecht“ wurde § 52a als Mittel der „Enteignung von Autoren und Verlagen“ bezeichnet. In verschiedenen überregionalen Tageszeitungen wurden Anzeigen geschaltet mit Slogans wie „Universitäten und Schulen müssen sparen. Darum dürfen sie in Zukunft Bücher und Zeitschriften klauen.“ – „Stellen Sie sich vor, Sie schreiben ein Buch und der Staat nimmt es Ihnen einfach weg“ – „Der geplante § 52a des Urheberrechtsgesetzes gefährdet die Zukunft von Wissenschaft, Forschung und Verlagen in Deutschland“. Bei einer Informationsveranstaltung des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels zum damaligen Entwurf von § 52a-E vom 13.3.2003 sah der VdS-Bildungsmedien e.V., Verband der Bildungswirtschaft einen „Eingriff in das Eigentumsrecht der Verlage und Urheber“ und prognostizierte einen „wahrscheinlich völligen Zusammenbruch der Verlagsszene im Schul- und Wissenschaftsbereich“.

Die kontroverse Diskussion kann als Beleg für die These gelten, dass innerhalb der jetzigen Systematik des Urheberrechts gute Kompromisse zur Auflösung der Interessengegensätze kaum möglich sind. Das zeigt konkret der Text von § 52a, auf den sich der Bundestag mit seiner damaligen Rot-Grünen-Mehrheit letztlich verständigt hatte, nachdem der damals mehrheitlich CDU-, FDP- bestimmte Bundesrat nicht zuletzt an diesem Paragraphen Kritik geübt hatte. Eine wirkliche Einigung (ein guter Kompromiss) kam nicht zustande. Verabschiedet werden konnte § 52a nur, weil man sich auf eine Befristung des § 52a in der jetzigen Form bis Ende 2006 geeinigt hatte. Diese Frist wurde inzwischen vom Bundestag Mitte 2006 auf Ende 2008 verlängert. Nach wie vor ist damit die Bildungs- und Wissenschaftsschranke nicht dauerhaft im deutschen Urheberrecht gesichert.

3.1 Von den Werken zu den kleinen Teilen von Werken

Am deutlichsten ist die Veränderung in § 52a an der Extension der Erlaubnis, Informationsobjekte öffentlich zugänglich zu machen, zu sehen. Im ursprünglichen Entwurf war nur von „Werken“ die Rede. Jetzt sollen nur „kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften“ zugänglich gemacht werden dürfen. Ganze Monografien, Sammelwerke oder gar Datenbanken oder ganze Zeitschriftenjahrgänge dürfen nicht in ein Netzwerk eingespeist werden, sondern eben nur einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften, kleine Teile aus Monografien bzw. kleinere Werke wie Broschüren oder auch Bilder und Fotos. Auch damit ist keine Generalerlaubnis erteilt. Vielmehr gilt diese nur für einen konkret abgegrenzten Nutzerkreis.

Ob die Erlaubnis gilt, wenn ein elektronisches Werk von den Rechteinhabern mit technischen Schutzmaßnahmen (DRM) versehen worden ist und auf dem Markt zur Nutzung angeboten

wird, ist nicht ganz klar. Aus dem hohen Schutz, den der Gesetzgeber den technischen Maßnahmen einräumt, kann man schließen (so Beger 2004), dass die Erlaubnis nicht gilt. Allerdings wird in § 95b UrhG, der die Durchsetzung von Schrankenbestimmungen auch bei Anwendung von technischen Maßnahmen regelt, § 52a ausdrücklich erwähnt. Dass die dort vorgesehene Regelung, die den Rechteinhaber verpflichtet, den durch Schranken Begünstigten Mittel zur Verfügung zu stellen, um die entsprechende Werke trotz technischer Maßnahmen zu nutzen, unzureichend ist, dürfte allerdings auch klar sein. Zum einen muss in jedem einzelnen Fall die Erlaubnis dafür eingeholt werden, mit der Bitte, die entsprechende Software zur Aussetzung der technischen Maßnahmen zur Verfügung gestellt zu bekommen – eine Selbsthilfe zur Umgehung der technischen Maßnahmen ist vom Gesetzgeber ausdrücklich untersagt –, zum andern bleibt im Falle der Verweigerung nur der Klageweg. Bei diesem bekommt man vielleicht Recht, aber bei der zu erwartenden Zeitverzögerung ist z.B. der jeweilige Kurs, bei dem das Material für eine spezielle Unterrichtseinheit gebraucht wird, längst vorbei.

Weiterhin ist selbst diese Durchsetzung einer Schrankenbestimmung keineswegs unbeschränkt gültig. Abs. 3 von § 95b sagt deutlich, dass die in Abs. 1 aufgeführten Schrankenerlaubnisse nicht gelten, „soweit Werke und sonstige Schutzgegenstände 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.“ Dass zeigt erneut überdeutlich, dass den Interessen des Marktes gegenüber den Nutzungsinteressen von Bildung und Wissenschaft Priorität gegeben wird. Das Urheberrecht ist in weiten Teilen ein Handelsrecht geworden. Wie anders soll man das interpretieren, dass dem elektronischen Handel mit Materialien, die in der Regel von der Wissenschaft selber, finanziert mit öffentlichen Mitteln, produziert worden sind, Priorität eingeräumt wird?

3.2 Wie öffentlich soll die öffentliche Zugänglichmachung sein?

Im deutschen Urheberrecht gab es bis zur Verabschiedung der ersten Anpassung des Urheberrechts an die Vorgaben der EU-Richtlinie im Jahr 2003 keine spezielle Schranke für Unterricht und Forschung. Anwendung fand bis dahin der § 52 UrhG unter dem Titel der öffentlichen Wiedergabe. In Abs. 1 Satz 1 dieses Paragraphen war festgelegt, dass „die öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes [zulässig ist], wenn die Wiedergabe keinem Erwerbszweck des Veranstalters dient, die Teilnehmer ohne Entgelt zugelassen werden und im Falle des Vortrags oder der Aufführung des Werkes keiner der ausübenden Künstler (§ 73) eine besondere Vergütung erhält“. Eine „angemessene Vergütung“ sei dafür zu zahlen. Einige Bezugsgruppen waren von der Vergütungspflichtigkeit ausgenommen, darunter auch „Schulveranstaltungen, sofern sie nach ihrer sozialen oder erzieherischen Zweckbestimmung nur einem bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen zugänglich sind“.

Der Bedarf nach einer speziellen Schranke ist nicht zuletzt durch die von der EU-Richtlinie vorgesehene Einführung eines neuen exklusiven Rechts, nämlich der „öffentlichen Zugänglichmachung“ (§ 19a UrhG) als eine spezielle Form der „öffentlichen Wiedergabe“ (§ 15 UrhG) entstanden¹⁰. Dieses neue Urheber-/Verwerter-Recht wurde in die EU-Richtlinie

¹⁰ Zur Klärung des bislang im deutschen UrhG nicht vorgesehenen Begriffs der „öffentlichen Zugänglichmachung“ und anderer zentraler Begriffe im Umfeld von § 52a UrhG vgl. die Dissertation von (Suttorp 2003). In § 15 Abs. 2 war ursprünglich vorgesehen, Öffentlichkeit bzw. öffentliche Wiedergabe noch durch das Attribut „gleichzeitig“ zu spezifizieren. Nach einiger Kritik daran (vgl. Kulturrat 2002) wurde dies wieder fallengelassen (vgl. die Einzelerörterung zu § 15 im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom

aufgenommen, um den Besonderheiten der leichten Zugänglichkeit in elektronischen Räumen Rechnung zu tragen. Allerdings – und das war in der Urhebersystematik zu erwarten – geschah das nicht, um die Urheber-/Verwerter-Ansprüche angesichts der Nutzungspotenziale der neuen Informations- und Kommunikationsmedien, neu zu definieren und einzuschränken, sondern anders, nämlich, um den überkommenen Urheber-/Verwerter-Ansprüchen, die in ganz anderen medialen Umgebungen entstanden sind, weiterhin so weit wie möglich zu entsprechen.

Das, was in dem Sprachungetüm nun „öffentliche Zugänglichmachung“ heißt, sichert den Rechteinhabern das Recht zu, ihr „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.“ Dieses Recht bedeutet im Sinne des Verknappungsansatzes für die Rechteinhaber, entscheiden zu dürfen, ob ihr Werk überhaupt öffentlich werden soll, und wenn ja, in welcher Form.

Gegen fachspezifische Festlegungen ist nichts einzuwenden. Fachsprache ist nicht Alltagssprache. Problematisch wird es, wenn die (terminologischen) Festlegungen durch den Gesetzgeber für diejenigen kaum noch nachvollziehbar sind, die von den Regelungen betroffen sind – in unserem Fall von Lehrern und Wissenschaftlern. Eigenwillige Terminologie hat auf die Betroffenen die gleiche negative Wirkung, wie zu komplex geratene Regelungen¹¹. Geht beides zusammen, so kann man nur Sieber zustimmen, der feststellt, dass durch die Formulierungen in § 52a „die Normadressaten kaum erkennen können, welche Nutzungen zulässig sind“ (Sieber 2005b, 51).

„Öffentlich zugänglich“ meint im normalen Sprachgebrauch sicherlich „zugänglich für jedermann, ohne weitere Bedingung“. „Öffentlich“ ist für den Gesetzgeber hingegen alles, was nicht durch das „Merkmal der Verbundenheit durch persönliche Beziehungen“¹² gedeckt ist. Damit steht, sicherlich auch zu Recht, „öffentlich“ im Gegensatz zu „privat“. Das bedeutet dann, dass auch Partikularöffentlichkeiten als Öffentlichkeit angesprochen werden und damit etwas als öffentlich erklärt wird, was gerade nicht öffentlich ist, sondern „offen nur für eine genau definierte Teilmenge von Öffentlichkeit“, also für das, was der Gesetzgeber „bestimmt abgegrenzt“ nennt.

Schwierig wird das Verständnis des Gesetzes vor allem dadurch, dass mit zwei Verständnissen von „öffentlich“ gearbeitet wird. Einmal wird, wie ausgeführt, „öffentlich“ als Kennzeichnung der Zugänglichmachung für einen bestimmt abgegrenzten Kreis verwendet. Das ist die kontraintuitive Verwendung, denn das würde die Alltagssprache gerade nicht als öffentlich bezeichnen. Auf der anderen Seite kann man davon ausgehen (Sieber 2005b, 75f) dass der Unterricht im klassischen Klassenverband der Schule (oder im anmeldepflichtigen Seminar an der Hochschule) als nicht-öffentlich anzusehen ist und daher öffentlich zugänglich

6.11.2002 – im Gesetz von 2003 wurde dies entsprechend nicht mehr aufgenommen).

11 (Sietmann/Krempel 2003) sprechen von einem „umstrittenen, juristische Haarspaltereien geradezu heraufbeschwörenden Paragraphenwerk“.

12 Einzelerläuterungen zu Nummern 2, 5 und 6 zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft von 2002. § 15 UrhG, Abs. 3 definiert genau: „Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.“

gemacht werden kann. Hingegen sind Hochschulvorlesungen und vermutlich auch Schulveranstaltungen außerhalb der geschlossenen Klasse, wie sie in der gesamten Oberstufe üblich sind, als „öffentlich“ anzusehen, da – als Kriterium für öffentlich – das Merkmal der persönlichen Verbundenheit fehlt. Der Dozent kann sicherlich nicht die Teilnehmer seiner Vorlesung kennen, erst recht wird er es nicht können, wenn seine Vorlesung, wie es immer mehr üblich wird, über Videokonferenz Teilnehmern an anderen Hochschulen zugänglich gemacht wird. Das ist dann öffentlich, und dann darf urheberrechtsgeschütztes Material nicht öffentlich zugänglich gemacht.

Wie auch immer – entsprechend dem Exklusivitätscharakter dieses neuen Rechts musste der Gesetzgeber auch die Schranke von § 52 (öffentliche Wiedergabe) ändern. Jetzt heißt es dort in Abs. 3, dass „öffentliche Zugänglichmachungen ... nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig“ sind. Dies für sich belassen, hätte eine in der Tat unerträgliche Situation für Bildung und Wissenschaft geschaffen, denn für eine jede Nutzung elektronischen Materials im „Unterricht“ und für Zwecke der „Forschung“ hätte die Einwilligung der Rechteinhaber eingeholt werden müssen.

Daher musste, nach der Systematik der exklusiven Rechte, die nur durch Schranken eingeschränkt werden können, an dieser Stelle ein neuer § 52a eingeführt werden. Die hinter der Einführung stehende Überlegung lässt auch deutlich erkennen, dass ein vollständiger Wegfall von § 52a, wie er nach wie vor gefordert wird und wie er nach wie vor wegen der Befristung nicht ausgeschlossen ist, nicht möglich ist, es sei denn, man stellt das gesamte neue Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in seiner Exklusivität in Frage¹³.

Ob mit § 52a UrhG allerdings wirklich ein genuines Bildungs- und Wissenschaftsprivileg geschaffen wurde, ist fraglich. Die Möglichkeit, urheberrechtlich geschützte Materialien zur Veranschaulichung im Unterricht und für wissenschaftliche Forschung in Form einer öffentlichen Wiedergabe nutzen zu dürfen, ohne dafür die jeweiligen Rechteinhaber um Erlaubnis bitten zu müssen (aber mit der Einschränkung, dafür eine Vergütung zu zahlen und das Material nicht für kommerzielle Zwecke zu nutzen), ist an sich natürlich eine Selbstverständlichkeit.

Indem ein an sich selbstverständliches Wissenschafts- und Bildungsprivileg nur über eine Schranke zum exklusiven Recht der öffentlichen Zugänglichmachung formuliert wird, hat sich der Gesetzgeber verordnet, einen Kompromiss zu finden zwischen dem in der Tat unaufgebbaren Anspruch der Wissenschaft, Wissenschaft öffentlich zu betreiben, und dem Anspruch der Informationswirtschaft, auch diesen Teil des Wissens unter Kontrolle zu bekommen bzw. zu behalten. Letzteres hat so gut wie zwangsläufig zur Konsequenz, dass der umfassende und medial möglich gewordene Öffentlichkeitsanspruch eingeschränkt, d.h. der Zugriff verknappt und dieses gesetzgeberisch legitimiert wird.

Die Vermutung, dass es den Urheberrechtsjuristen bei § 52a gar nicht primär um die Einführung eines Bildungs- und Wissenschaftsprivilegs im Urheberrecht ging, sondern um die

13 In der weiterhin intensiven Diskussion um Erhalt oder Wegfall von § 52a wird verschiedentlich durchaus erwogen (Suttrop 2005), ob angesichts der stark einschränkenden Formulierungen in § 52a Bildung und Wissenschaft nicht besser damit gestellt wären, wenn tatsächlich dieser Paragraph ersatzlos wegfallen würde, so dass der Referenzparagraf für Bildung und Wissenschaft weiter der § 52 wäre, der mit seiner offenen Formulierung im zitierten ersten Satz einen weiten Spielraum für die nicht-kommerziellen Anwendungen in Bildung und Wissenschaft eröffnet. Allerdings müsste, dann, wie erwähnt, § 19a, der die exklusiven Rechte der öffentlichen Zugänglichmachung festlegt, geändert werden. Ohne diese Änderung wäre der Wegfall von § 52a für Bildung und Wissenschaft tatsächlich ein Desaster.

Milderung der möglichen Schäden, die durch das neue exklusive Urheber-/Verwerter-Recht der öffentlichen Zugänglichmachung entstehen könnten, ist nicht von der Hand zu weisen. In den Einzelerläuterungen zur Vorlage des Ersten Korbs¹⁴ wurde zwar angeführt, dass, in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a der EU-Richtlinie von 2001, mit § 52a den „berechtigten Interessen aus den Bereichen Unterricht und Wissenschaft Rechnung getragen“ werden sollte. Aber in Parenthese wurde eingefügt: „in ganz eng definiertem Umfang“. Das bestätigt die These, dass das deutsche Urheberrecht Schranken zwar als Teil des Systems natürlich anerkennt, aber dabei dem Prinzip einer engen Schrankenauslegung folgt.

Daher schlägt hier zwangsläufig der Dreistufentest zu: „Nicht zuletzt im Hinblick auf den Drei-Stufen-Test kann die öffentliche Zugänglichmachung zugleich jeweils nur für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen eröffnet werden“¹⁵. Das zu formulieren, ist leichter, als es zu operationalisieren. Entsprechend hat sich der Gesetzgeber schwer getan, dieses „bestimmt abgegrenzt“, wie von der EU-Richtlinie gefordert, handhabbar und verständlich zu machen. Versuchen wir, einige der damit verbundenen Probleme offen zulegen.

3.3 Wie bestimmt soll „bestimmt abgrenzbar“ „im Unterricht“ sein?

Mit Blick auf den Unterricht könnte „bestimmt abgegrenzt“ bedeuten, dass urheberrechtlich geschützte Materialien dann „öffentlich“ gemacht und damit genutzt werden dürfen, wenn garantiert werden kann, dass nur für einen Kurs angemeldete und zugelassene Personen davon Einsicht nehmen können. Ganz klar ist das aber nicht, denn der Gesetzestext sagt nichts von Anmeldung oder Zulassung. Solange nicht durch entsprechende Gerichtsurteile geklärt ist, was denn wirklich gemeint ist, kann man auch davon ausgehen, dass auch in Vorlesungen, die in der Regel ja nicht anmelde- und zulassungspflichtig sind, die „Öffentlichmachung“ erlaubt ist, denn zweifellos sind die Personen, die an der Vorlesung teilnehmen, im Sinne der Erläuterungen „Unterrichtsteilnehmer“, die damit in jedem aktuellen Fall einer Vorlesungseinheit „bestimmt abgegrenzt“ sind. Nur wer anwesend ist, ist ein solcher Teilnehmer¹⁶.

Unproblematisch ist auch das allerdings nicht, da es von der Interpretation abhängt, wie die Formulierung „im Unterricht“ zu verstehen ist. Darüber gibt es inzwischen eine längere Diskussion, letztlich geht es um eine an scholastische Debatten erinnernde Unterscheidung zwischen den Präpositionen „im“ und „für“. Die enge Auslegung, dass tatsächlich nur der Prozess **in** einer aktuellen Unterrichtseinheit gemeint sei, kann kaum anders als groteske Situationen produzieren. Bei der öffentlichen Zugänglichmachung kann ja nicht das Zeigen von urheberrechtlich geschützten Materialien durch den Kursleiter gemeint sein. Das wäre durch das Zitatrecht gedeckt, sondern die Nutzung durch die Unterrichtsteilnehmer im Unterricht selber. Das würde bedeuten, dass im Unterricht solche Materialien ausgeteilt oder auch elektronisch zugänglich gemacht werden dürfen, dass mit ihnen gearbeitet werden darf, dass aber nach Ende der Unterrichtseinheit die Materialien wieder eingesammelt bzw. der elektronische Zugriff geblockt werden müsse. Dass das gemeint sein kann, vermag man nicht

14 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. Deutscher Bundestag Drucksache 15/38 vom 6.11.2002

15 Erläuterungen zu Nr. 14 von § 52a

16 Selbst der Börsenverein in der mit Bibliotheksverbänden vereinbarten Charta (vgl. xyz) will Vorlesungen in den Kreis der „bestimmt abgegrenzten“ Veranstaltungen miteinbeziehen.

recht glauben, aber es ist wohl tatsächlich so:

(Sieber 2005b) führt einige (Verkrustungs-)Beispiele für die grotesken Konsequenzen der Regelungen für den Unterricht an Schulen (gilt aber genauso für Hochschulen) an: Erlaubt ist es für einen Lehrer Unterrichtsmaterialien auch von urheberrechtsgeschützten Objekten zu sammeln. Wenn er diese aber nicht direkt in eine konkrete Unterrichtseinheit einbringen kann oder will, sondern erst einmal dieses Material sammeln will, dann muss er die elektronisch verfügbaren Objekte ausdrucken; denn Ausdrücke auf Papier dürfen gesammelt werden. Wenn er nun eine Teilmenge seiner Sammlung seinen Schülern für die konkrete Unterrichtseinheit über den schuleigenen Server zugänglich machen will, dann muss er diese aktuell zu nutzenden Objekten einscannen. Das ist erlaubt, eine elektronische Vorratsspeicherung nicht: „In den bisherigen Kommentierungen, wissenschaftlichen Beiträgen und Äußerungen des Gesetzgebers zu § 52a UrhG wird ... betont, dass ein Einstellen von Inhalten in Datennetze „auf Vorrat“ die Grenzen des § 52a UrhG überschreite ... und dass § 52a UrhG nicht als weitere Schranke neben § 53 Abs. 3 UrhG für selbständige Vervielfältigungen für Unterrichtszwecke (insbesondere zur Archivierung) missverstanden werden dürfte ... Dies spricht somit klar gegen die Zulässigkeit einer Einspeicherung ohne Bezug zu einem konkreten Unterrichtsprojekt“ (Sieber 2005b, 55).

Der gesunde Menschenverstand würde allerdings ausgehen, dass mit „im Unterricht“ nicht „während des Unterrichts“ sondern doch wohl „für den Unterricht“ gemeint ist. Das würde bedeuten, dass das Material z.B. in elektronischen Semesterapparaten gespeichert ist, so dass die Unterrichtsteilnehmer dieses zur Vor- und Nachbereitung der jeweiligen Kurseinheiten einsehen und vermutlich auch für ihren eigenen Gebrauch kopieren bzw. ausdrucken dürfen. Letzteres wäre durch § 53 UrhR gedeckt. Auch bei dieser offeneren Interpretation bliebe unklar, ob die Materialien auch einige Semester später, wenn eine Prüfung ansteht, noch eingesehen werden dürfen oder ob der Zugriff auf die elektronischen Semesterapparate mit Beendigung des Kurses dann abgeblockt werden muss.

Aber diese weitere Interpretation ist offensichtlich nicht vom Gesetzgeber intendiert. Schon die deutsche Version von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a der EU-Richtlinie enthält die Formulierung „Nutzung ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht“, während – entsprechend (Sieber 2005b, 59) – andere (nicht alle) Länder durchaus offenerere Formulierungen gewählt haben wie „for teaching“ (England), „dans le cadre de l’enseignement“ (Frankreich), „per uso didattico“ (*für den Unterrichtsgebrauch* – Italien), „con fines educativos“ (*zu Unterrichtszwecken* – Spanien; ebenso *zu Zwecken des Unterrichts* in Portugal), „i forbindelse med undervisning“ (*in Verbindung mit Unterricht* – Dänemark). (Sieber 2005b, 60) folgert daraus:

„Der Wortlaut der englischen Fassung sowie der anderen Fassungen der Richtlinie (mit Ausnahme der nicht eindeutigen und auch einem engeren Verständnis zugänglichen französischen und schwedischen Fassung) zeigt damit sehr deutlich, dass vom Richtliniengeber keinesfalls eine Beschränkung auf die Zugänglichmachung „im“ Unterricht gewollt war, sondern vielmehr lediglich eine Beschränkung auf Unterrichtszwecke erfolgen sollte. Daher können Ort und Zeitpunkt des Unterrichts keine entscheidende Rolle spielen“.

§ 52a UrhG folgt allerdings exakt der deutschen Version der EU-Richtlinie. Wie auch bei anderen Gelegenheiten hat sich das BMJ darauf berufen (und dem hat der Bundestag bei der Verabschiedung nicht widersprochen¹⁷), dass es sich veranlasst (oder sogar gezwungen)

17 Vermutlich haben das die Abgeordneten aber nicht im engeren Sinne des „im“ verstanden. So beruft sich MdB Jerzy Montag (Bündnis90/Die Grünen) im Rahmen des Zweiten Korbs am 19.4.2006 darauf, dass der

gesehen hat, die Vorgaben der EU-Richtlinie umzusetzen. Dass dies so nicht unbedingt haltbar ist, zeigen die von (Sieber 2005b) angeführten Beispiele. Zudem weist die Erläuterung Nr. 38 zur EU-Richtlinie einen anderen Weg auf: „Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit erhalten, Ausnahmen oder Beschränkungen für bestimmte Fälle, etwa für Unterrichtszwecke und wissenschaftliche Zwecke,... vorzusehen.“ Auch das amerikanische Copyright spricht zwar in § 107, in dem die Gegenstandsbereiche für „fair use“ festgelegt werden, zunächst allgemein von „teaching (including multiple copies for classroom use)“, stellt dann aber bei den Faktoren, für die *fair use* in Frage kommt eindeutig fest: „for nonprofit educational purposes“ (§ 107, Abs. 1) b.

3.4 Wie soll man sich E-learning im Kontext von § 52a vorstellen?

Fataler sind die Folgen der „im-Unterricht“-Restriktionen und der Forderung nach „bestimmt abgegrenzt“ in § 52a UrhG für die Entwicklung der ansonsten von der Politik (vor allem über BMBF-Projekte) geforderten und geförderten Anwendungen des *E-Learning*. Ein weiteres Fallbeispiel von Sieber macht deutlich dass Schülerinnen und Schüler keinesfalls Hausaufgaben mit online-bereitgestellten Materialien lösen dürfen. Erlaubt ist dies nur, wenn es direkt im Unterricht geschieht. Wir erweitern dieses Beispiel durch unsere eigene Erfahrung mit kollaborativem Lernen mit dem (ebenfalls vom BMBF geförderten) K3-System (Kuhlen et al. 2005).

Mit K3 werden regelmäßig Kurse nach dem Prinzip des *Blended learning* durchgeführt, an denen häufig auch Studierende aus verschiedenen Universitäten (z.B. Konstanz, Berlin) teilnehmen. *Blended learning* besagt, dass Phasen des Präsenzunterrichts sich mit Phasen des Arbeitens in elektronischen Systemen abwechseln. In K3 arbeiten die Studierenden in den elektronisch organisierten Phasen in der Regel in verteilt zusammengesetzten Gruppen und mit dem über das Internet zugänglichen K3-System.

Zur Förderung von Informationskompetenz (als Ziel des K3-Projektes vom BMBF ausdrücklich erwünscht) sind die Studierenden gehalten, ihre Beiträge im Kommunikationsforum von K3 durch weiteres Informationsmaterial, das sie über die Ressourcen der Informationsmärkte recherchiert haben, informationell abzusichern. Dieses Material wird ebenfalls in K3 eingestellt und steht allen Kursteilnehmern für den gesamten Zeitraum, in dem sie sich für den Kurs angemeldet haben, zur Verfügung. Zusammen mit den Materialien, die der Kursleiter vorab und laufend in den jeweiligen K3-Kurs einspeist, baut sich so sukzessive eine kursthemenspezifische Wissensbank auf. Werden in folgenden Semestern Kurse zu den gleichen Themen angeboten (wie das bei K3 z.B. mit einem Informationsethik-Kurs regelmäßig der Fall ist), so könnte eine weitere kursübergreifende Kumulation der speziellen Wissensbank sinnvoll sein¹⁸.

Bundestag bzw. die damalige Regierung es „mit der ersten Urheberrechtsnovelle ... ermöglicht [hatte], dass kleine Teile eines Werks und einzelne Beiträge aus Zeitungen für den Gebrauch in Schule und Wissenschaft zugänglich gemacht werden dürfen.“

18 In K3 wird bislang aus didaktischen Gründen (aber auch wegen Urheberrechtsbedenken) auf eine kursübergreifende Kumulation der Wissensbank verzichtet. Von den Studierenden wird dies aber gefordert, da sie nicht einsehen, weshalb sie noch selber nach früher schon recherchierten einschlägigen Materialien suchen sollen. Auch wurde schon von Studierenden eine weitergehende Kumulation der Informationsobjekte aller informationswissenschaftlichen K3-Kurse im Curriculum des Information Engineering gefordert, da die Qualität der von allen Studierenden des Information Engineering einsehbaren Informationsobjekte durchaus

Wie ist das nun zu bewerten? Das Kriterium des „bestimmt abgegrenzt“ ist in K3 erfüllt, da nur die angemeldeten Studierenden sich über Nutzernamen und Passwort in K3 einwählen können und dabei nur auf die Kursmaterialien Zugriff haben, für die der Kursleiter ihnen Erlaubnis gegeben hat. Nicht erlaubt sind aber bei enger Auslegung der Regelung des „im Unterricht“ die gesamten virtuellen Phasen, sofern in ihnen, wie es durchgängig der Fall ist, auch auf urheberrechtlich geschütztes Material zurückgegriffen werden muss. Ebenso unzulässig wäre die Verwendung dieser Materialien zur Vorbereitung auf später zu absolvierende Prüfungen oder zur Verwendung bei einer Abschlussarbeit, die mit dem damaligen K3-Kurs in einem gewissen Zusammenhang steht.

Nicht zulässig scheint auf jeden Fall die freie, auch nur universitätsweite Zugänglichkeit zu sein, denn das ist ja wohl kaum mit „bestimmt abgegrenzt“ verträglich. Also muss der Schluss gezogen werden, dass Teilnehmer an Vorlesungen, die ja im Prinzip nicht nur universitäts-, sondern auch allgemein öffentlich (hier im Sinne zugänglich für jedermann) sind, von der Nutzung urheberrechtsgeschützter Materialien ausgeschlossen sind – es sei denn, die Hochschulen entschlossen sich, auch für Vorlesungen eine Anmeldepflicht einzuführen, deren Einhaltung dann über die Wiedereinführung der alten Pedelle überprüft werden müsste.

3.5 Weitere Schrankeneinschränkungen

Aus den bisherigen Ausführungen dürfte deutlich geworden sein, wie geradezu krampfhaft kleinlich der Gesetzgeber unter Druck der Lobby der Informationswirtschaft bemüht ist, vermutlich oder vermeintlich schädliche Folgen durch Einschränkungen von Schranken einzuschränken. So haben z.B. die Schulbuchverlage durchsetzen können, dass von der generellen Schrankenerlaubnis, kleine Teile veröffentlichter Werke „im Unterricht“ öffentlich zugänglich zu machen, Schulbücher, also Werke, die für den „Unterrichtsgebrauch der Schule bestimmt“ sind, auszunehmen sind. Für deren Gebrauch muss in jedem einzelnen Fall („stets“) die Erlaubnis der Rechteinhaber eingeholt werden.

Ein anderes Beispiel aus § 52a, das in (Sieber 2005b) wegen seiner Relevanz für den Einsatz an Schulen diskutiert wird, ist die Verwendung von Filmen (kleinen Teilen von Filmen) im Unterricht¹⁹. Geregelt ist eindeutig, dass bei Spielfilmen eine Öffentlichmachung „vor Ablauf von zwei Jahren nach Beginn der üblichen Auswertung in Filmtheatern“ in Deutschland nicht erlaubt ist. Sieber kritisiert, dass § 52a keine Regelung für das Zeigen von Filmen vorsieht, die für das Fernsehen produziert worden und nie für Vorführungen in Kinos vorgesehen sind. Entweder muss man davon ausgehen, dass man solche Filme nie zeigen darf, da ja nie die vorgesehene Schonfrist beginnt, oder man bleibt völlig im Ungewissen, welcher Zeitpunkt denn für eine solche Frist bei Fernsehspiel- oder Dokumentarfilmen anzunehmen ist. Die Folgen der ersten Annahme wären absurd, denn gerade Filme oder Nachrichtenszenen mit (aktuellem) dokumentarischem Charakter sind für den Unterricht äußerst nützlich und werden entsprechend eingesetzt. Die zweite Annahme belässt Lehrer im Zustand der völligen Rechtsunsicherheit. Je nach Temperament oder Risikobereitschaft macht man es einfach oder lässt es ganz. Solange das Gesetz so vage besteht (also mindestens bis Ende 2008), ist, analog zur notwendigen Anfrage bei Schulbuchverlagen, vermutlich die richtige Lösung

ein Kriterium für die Wahl der Kurse sein kann.

19 Eine ähnliche Problematik, sowohl für Unterricht als auch für Forschung, ist durch die Einschränkungen bei der Verwendung von urheberrechtsgeschützten Bildmaterialien und der Nutzung von Bildarchiven gegeben; vgl. dazu (Simon 2006).

bei den jeweiligen Rundfunkanstalten anzufragen, ob Einwände gegen das Zeigen im Unterricht bestehen. Hoffentlich werden zumindest die öffentlichen Rundfunkanstalten dann keine Einwände haben, vielleicht sogar in Form einer Generalerlaubnis über Verträge mit den einzelnen Ländern. (Lutterbeck/Gehring 2003, FN 12) merken in einer durchaus informationsökonomischen Argumentation zu dieser „Regelung“ für die Nutzung von Filmen an:

„Betrachten wir etwa Filmwerke, die von öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten geschaffen oder finanziert wurden, stellt sich die Situation folgendermaßen dar: Die Kosten für die Produktion werden im wesentlichen durch Gebühren (und z.T. auch durch Werbeeinnahmen) finanziert, die unabhängig vom je konkreten Werk, auch unabhängig von der Menge der je konkret geschaffenen Werke, an die Anstalten fließen. Die Anreizfunktion des Urheberrechts ist auf diese Weise weitgehend außer Kraft gesetzt. Aufgebracht werden die Gebühren vom überwiegenden Teil der Allgemeinheit. Aus Effizienzgründen kann daher gefordert werden, daß die so finanzierten Werke der Allgemeinheit auch ungehindert zugänglich gemacht werden. (Das ist nicht zu verwechseln mit einer kostenlosen Zugänglichmachung!) Anstelle eines Erlaubnisvorbehaltes wäre das rechtliche Instrument einer wirksamen Schrankenbestimmung (d.h. einer gesetzlich angeordneten ‚Zwangslizenz‘) vorzuziehen, ggf. in Kombination mit einer angemessenen Kompensation, die ja von der Bundesregierung ohnehin für die Nutzung von geschützten Werken für Zwecke der Bildung und Forschung favorisiert wird ... Anders stellt sich die Situation ev. bei Filmwerken mit rein privater Finanzierung dar. Aus der Perspektive der Transaktionskostenökonomie wäre aber wohl auch hier eine Zwangslizenz mit Kompensation aufwendigen Lizenzverhandlungen vorzuziehen.“

Man sieht, welche Probleme man sich schafft, wenn das „Geschenk“ der Bildungsschranke so sehr an Bedingungen geknüpft wird, dass man an sich besser daran täte, dieses Geschenk erst gar nicht anzunehmen. Erwünscht wäre sicher eine Regelung, durch die grundsätzlich der Zugang auch zu an sich urheberrechtlich geschützten Materialien für jeden möglich ist, der eine Erlaubnis hat, über sein durch die Hochschule autorisiertes Passwort auf die in der Universität zur Nutzung bereitgestellten Materialien zuzugreifen. Dies sollte in der Regel ohne weitere Kosten für die an der Hochschule eingeschriebenen Personen möglich sein.

Das heißt nicht, dass diese Nutzung für die Hochschule selber gebührenfrei sein muss. Aber das ist sowieso nicht der Fall. Auch jetzt muss jede Hochschule bzw. jede Bibliothek den Kauf von Informationsobjekten oder die Lizenz für die Nutzung dieser Objekte finanzieren. Es ist nicht zu erkennen, warum die nun elektronische Zugänglichmachung von gekauften Objekten, wie sie durch die Regelungen in dem neuen § 52b vorgesehen sind, mit weiteren Kosten verbunden sein soll. Das Buch, das von der Bibliothek gekauft wurde, kann beliebig oft von beliebig vielen Personen genutzt, allerdings, und dies macht sicherlich einen wesentlichen Unterschied zum elektronischen Produkt aus, nicht gleichzeitig, sondern immer nur von einer Person. Zudem unterliegt das physische Produkt einem Verschleißprozess, der ggfls. zu einer Neuanschaffung führen wird.

Dass nun elektronische Produkte nicht ebenfalls beliebig oft und von beliebig vielen Personen gleichzeitig genutzt werden sollen, wird von der Interessenvertretung der Verlagswirtschaft in der Regel mit dem Hinweis auf die bisherige Anschaffungspolitik bei Lehrbüchern begründet²⁰. In der Tat ist es so, dass Hochschulbibliotheken früher vielleicht 10 oder sogar

20 Im Hintergrund steht sicherlich die weitergehende Befürchtung, dass durch eine uneingeschränkte elektronische Nutzung von Informationsobjekten die Geschäftsgrundlage für deren kommerzielle Märkte gänzlich entfallen würde. Theoretisch reichte es ja vollkommen aus, wenn in einer allgemeinen Depotbibliothek, nur ein elektronisches Exemplar vorhanden wäre (aus Archivierungsgründen vielleicht ergänzt um einige weitere „Kopien“ in anderen Zentralbibliotheken), aus dem sich alle Nutzer versorgen können. Dem hat (zumindest vorläufig) der Gesetzgeber einen Riegel vorgeschoben, als in § 52b, der ja die

mehr Exemplare eines Lehrbuchs für ihre Lehrbuchsammlung gekauft haben, wenn zu erwarten war, dass das Buch von vielen genutzt werden wird. Entfällt das, da ein Buch, in eine elektronische Fassung gebracht, ja für die Nutzung durch viele ausreicht, wäre die Geschäftsgrundlage vor allem für Schul-/Lehrbuchverlage nicht mehr gegeben. Dies, so die weitere Argumentation, würde dann zur Folge haben, dass keine hochwertigen Lehrbücher mehr produziert würden. Der Gesetzgeber müsse also im öffentlichen Interesse (am Erhalt von hochwertigen Lehrbüchern) dafür sorgen, dass weiterhin von den Hochschulen so viel Geld für Lehrbücher ausgegeben werde, dass weiterhin Lehrbücher auf kommerzieller Basis erstellt werden. Das, so die Kritik der Verlagswirtschaft an den jetzigen Formulierungen von § 52a, sei selbst durch das Kriterium des „bestimmt abgegrenzt“ nicht mehr gegeben, da zu erwarten sei, dass Lehrbücher nicht generell, sondern in der Regel nur im Kontext einer aktuellen Lehrveranstaltung genutzt werden, die bestimmt abgrenzbar sei. Blicke es bei § 52a wäre die Geschäftsgrundlage vor allem für Schul-/Lehrbuchverlage entfallen. Der Status quo muss gesichert bleiben.

3.6 Wenn nicht Bildungsschranke, dann doch Wissenschaftsschranke?

Die Präpositionsscholastik gilt für bzw. in der Forschung nicht. Aber das Kriterium des „bestimmt abgegrenzt“ gilt mit Blick auf Forschung ebenfalls. Urheberrechtlich geschützte Materialien dürfen ebenfalls nur solchen Personen öffentlich zugänglich gemacht werden, die diese für ihre Forschung gebrauchen. Dieses Kriterium ist allerdings schwieriger zu operationalisieren als bei der Anforderung für Unterrichtssituationen, da hier ja keine Meldepflicht für Forscher bestehen kann, die an bestimmten Themen arbeiten. Das Kriterium „bestimmt abgegrenzter Kreis von Personen“ kann also nicht institutionalisiert werden, z.B. durch die Festlegung auf eine Projektgruppe oder einen SFB, sondern nur durch den Nachweis des jeweils berechtigten Nutzungszwecks für die Forschung.

Damit wird aber dem Leiter z.B. einer kleinen Forschungsgruppe, der für seine Mitarbeiter Informationsobjekte zugänglich machen will, eine Kontrollleistung zugemutet, die er sicherlich nicht erbringen kann und schon gar nicht will. „Woher“, so fragen (Lutterbeck/Gehring 2003) zu Recht an, „soll ein Hochschullehrer wissen, was ein Wissenschaftler ‘am anderen Ende’ der Internetverbindung ‘jeweils’ mit den zur Verfügung gestellten Informationen macht, ob er sie für ‘eigene wissenschaftliche’ oder andere Zwecke gebraucht?“.

Ähnlich gilt für die Einschränkung, dass Informationsobjekte nur dann öffentlich zugänglich gemacht werden dürfen, wenn dies für nicht-kommerzielle Zwecke der Forschung geschieht²¹. Auch hier leuchtet die Argumentation von (Lutterbeck/Gehring 2003) ein: „Der

Zugänglichmachung von elektronischen Informationsobjekten durch die Bibliotheken regelt, vorgesehen ist, dass nur die eigenen Bibliotheksbestände (und das auch nur unter besonderen Bedingungen) in elektronischer Form bereitgestellt werden dürfen.

21 Leider ist auch vom Gesetzgeber (im bestehenden Gesetz von 2003 und in Vorschlägen des Zweiten Korbs) nicht eindeutig geregelt, wie kommerzielle Nutzung von wissenschaftlicher Nutzung abzugrenzen ist. In § 52a wird die Berechtigung über „Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke“ definiert. Nicht-kommerzielle Zwecke dürfen im Kontext von § 52a Abs. 1, 2 nur Forschungszwecke sein. In § 52b UrhG-E, der die Wiedergabe von elektronischen Werken z.B. aus den Beständen der jeweiligen Bibliothek regeln soll, heißt es, dass die Zugänglichmachung nicht bei einem „unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck“ erlaubt sein soll. Erlaubt ist die Nutzung für Forschungszwecke, aber auch zur Verfolgung privater Ziele, die aber keinesfalls auf wirtschaftliche Nutzung oder Erwerb ausgerichtet sein dürfen. Will ich mich beispielsweise über die Möglichkeiten der Solarnutzung für mein Haus informieren, so dürfte ich das nicht aus elektronischen Beständen der Universität tun, da dies ja durchaus wirtschaftliche Folgen für mich haben

Anbieter (Hochschullehrer) wird i.d.R. nicht in der Lage sein, zu kontrollieren, zu welchem Zweck etwa ein ihm bekannter Wissenschaftler das Angebot nutzen würde. Will er also 'auf Nummer sicher gehen' und auf keinen Fall die Grenzen der Legalität überschreiten, so bleibt ihm nur, den Zugang zu verwehren.“ In der Praxis wird man vermutlich so vorgehen müssen, dass die für den Zugang zu diesen Materialien vorgesehenen Personen schriftlich versichern, dass sie diese tatsächlich exklusiv für ihre nicht-kommerzielle Forschung verwenden²². Das ist sicherlich machbar, erweitert aber den Verwaltungsaufwand und erhöht damit die Transaktionskosten im wissenschaftlichen Forschungsprozess.

Problematischer ist die Regelung der nicht-kommerziellen Nutzung allerdings mit Blick auf die anwendungsorientierte Forschung, die häufig, mit entsprechendem Nachdruck von Seiten des BMBF oder der EU-Förderinstanzen, als Verbundprojekte durchgeführt. Hier ist es für einen Forscher an der Hochschule, der bei einem solchen Verbundprojekt beteiligt ist, kaum möglich zu unterscheiden, ob die Verwendung von urheberrechtsgeschützten Objekten, die ihm in seiner Forschungsgruppe zugänglich gemacht worden sind, nur seiner Forschung dient oder ob die dadurch erzielten Einsichten nicht auch dem kommerziellen Verbundpartner nützen werden. Ersteres wäre erlaubt, letzteres ein Verstoß gegen das Gesetz.

Zuletzt ist nicht klar erkennbar, warum die in § 52a Abs. 3 vorgesehene Vergütungspflicht nur für die Anwendung in der Forschung gelten soll. Dass eine direkte Vergütungspflichtigkeit für die öffentliche Zugänglichmachung im (oder für den) Unterricht entfallen soll, ist an sich natürlich zu begrüßen, wird damit begründet, dass dafür „regelmäßig Geräte und Medien verwendet werden, die ohnehin einer urheberrechtlichen Vergütung nach den §§ 54, 54a unterliegen.“ Die Vergütung, abzurechnen über Verwertungsgesellschaften, geschieht also über die Pauschalabgaben auf die zur Vervielfältigung geeigneten Geräte. Warum das im Bereich der Forschung anders sein soll, ist nicht ersichtlich. Hier werden in der Regel die gleichen Geräte eingesetzt wie für Zwecke des Unterrichts.

Im Übrigen gelten die in den anderen Abschnitten diskutierten Schrankeneinschränkungen für Wissenschaft weitgehend genauso. So wenig wie der Bildungsbereich durch das, was eigentlich eine Bildungsschranke sein soll, ausreichend begünstigt wird, so wenig wird Wissenschaft mit dieser Wissenschaftsschranke sinnvoll arbeiten können.

4 Freie Zugänglichkeit in Bildung und Wissenschaft die Regel und kommerzielle Nutzung als Gegenstand von Schrankenbestimmungen

Wir haben versucht, die Defizite der rechtlichen Regulierungen nicht zuletzt auf das unangemessene, der Gleichwertigkeit von Grundrechten, die den Umgang mit Wissen und Information betreffen, nur unzureichend Rechnung tragende Schrankenkonzept zurückzuführen. Die Wege zu einer offenen Informationsgesellschaft können nicht unter Beibehalt der geltenden Systematik des Urheberrechts angelegt werden. Wenn man einmal aber doch in der Schrankensystematik mit dem Konzept der Ausnahmeregelungen bleiben

könnte. Allein die private Neugierde ist Grundlage der legitimen elektronischen Nutzung (die zudem auch nur aus den Räumen der Bibliothek befriedigt werden darf; vgl. Abschnitt xyz zu den Konsequenzen von § 52b).

²² Solche Selbstverpflichtungserklärungen sind auch an anderen Stellen im Gesetz vorgesehen, so bezüglich des Anschaffungsverhaltens der Bibliotheken in § 52b UrhG-E.

will, kann man sich das in einem Gedankenexperiment auch ganz anders vorstellen: Soll die freizügige Nutzung von Wissen das Grundprinzip der Informationsgesellschaft sein, dann hat dieses auch als Grundprinzip des Urheberrechts zu gelten. Wäre das allgemein anerkannt, so müssten, in Umkehrung des bisherigen Ansatzes, die Rechte der Urheber und der Verwerter als Ausnahmen gegenüber den Rechten der Öffentlichkeit, repräsentiert durch diejenigen, die als Nutzer neues Wissen produzieren, angesehen werden.

Der bisherige, quasi als Naturrecht angesehene Dreistufentest, der bislang vor allem angewendet wird, um die Berechtigung der Extension einer Schranke zu überprüfen, würde dann besagen, dass eine kommerzielle Verwertung intellektueller Werke a) nur in besonderen Fällen erlaubt ist, wenn b) gesichert ist, dass die originalen Werke im öffentlichen Bereich frei für jedermann zugänglich, unter Referenzierung auf die Urheberschaft, nutzbar sind. In (Kuhlen/Brüning 2004) hatten wir als dritte Stufe noch die Bedingung eingeführt, „wenn das Ausmaß der öffentlichen Verfügbarkeit in der Zuständigkeit und informationellen Autonomie der Urheber der jeweiligen Werke“ liegt²³.

Darüber wird im Wissenschaftsbereich derzeit eine intensive Debatte geführt²⁴, nämlich inwieweit nicht nur das „ob“, „wann“ und „wie“ einer Publikation zu den Kriterien von Wissenschaftsfreiheit gehört, sondern auch das „wo“. Ist es also Sache der Öffentlichkeit, sprich der die Arbeit des Wissenschaftlers tragenden öffentlich finanzierten Einrichtung, darüber zu entscheiden, wo jener seine Arbeit öffentlich zugänglich machen soll? Kann sie, die Öffentlichkeit, dem Wissenschaftler verbindlich vorschreiben, seine Arbeit zuerst in einem öffentlichen Publikationsserver (einem „institutional repository“) zugänglich zu machen, zeitgleich oder dann verzögert mit der Publikation in einem Organ der privaten Verlagswirtschaft? Soll das ebenfalls zu dem Drei-Stufen-Test gehören?

Wie auch immer – eine solche Umkehrung des bisherigen Dreistufentests ist bislang schiere Utopie. Kein etablierter Urheberrechtler würde sich getrauen, eine solche Umkehrung des Drei-Stufen-Tests auch nur in Erwägung zu ziehen geschweige denn eine solche öffentlich zur Diskussion zu stellen. Über den Nachweis hinauszugehen, dass die bestehenden und geplanten Schranken zu Gunsten von Bildung und Wissenschaft entgegen den Vertretern der Informationswirtschaft doch kompatibel mit dem bisherigen Dreistufentest seien (vgl. Beger 2004 und Suttrop 2005), wagt sich so gut wie niemand. Auch das ist für die aktuelle politische Diskussion hilfreich, dieser Nachweis – ebenso wie der Nachweis, dass der § 52a vergleichbar mit den entsprechenden Regelungen im US-amerikanischen *Teach Act* sei

23 Ein ähnlicher Vorschlag ist in (DINI 2004) mit einem „Drei-Stufen-Test der Sozialbindung“ gemacht worden. Gefordert wird, „1. dass der Zugang zur Information in der Wissenschaft, Kultur und Bildung für jedermann zu jeder Zeit an jedem Ort offen ist, 2. dass gesellschaftliche Bedürfnisse, wie die Nutzung der Werke zu Zwecken der Bildung und der Wissenschaft, nicht behindert werden dürfen durch privatwirtschaftliche Verwertungsinteressen 3. und dass die berechtigten Interessen der Allgemeinheit nicht ungebührlich verletzt werden.“

24 Einschlägig die Kontroverse zwischen (Pflüger/Ertmann 2004) und (Hansen 2005). Erstere schlagen über einen neuen § 52c vor, öffentlich finanzierte Autoren zu verpflichten, ihren zugeordneten Institutionen die primären Veröffentlichungsrechte an ihren Arbeiten zuzugestehen. Demgegenüber schlägt Hansen, der im Grunde ähnliche Ziele wie (Pflüger/Ertmann 2004) verfolgt, aber deren Vorschlag wegen vermuteter Verletzung von Wissenschaftsfreiheit nicht für verfassungskonform hält, eine Anbieterspflichtungen von Wissenschaftler gegenüber ihren Institutionen über einen neuen Abschnitt 3 in § 43 UrhG vor. Alternativ erwägt er, durch eine Änderung von § 38 Abs. 1 UrhR die Frist, innerhalb derer die Veröffentlichungsrechte an Artikeln in wissenschaftlichen Zeitschriften an die Autoren zurückfallen, auf ein halbes Jahres zu verkürzen (gegenüber den bisherigen 12 Monaten).

(Hoeren 2006) – schreibt aber dennoch bestehende Unzulänglichkeiten fest, anstatt Bedingungen zu formulieren geschweige denn zu schaffen, mit denen Bildung und Wissenschaft produktiv und kreativ arbeiten können.

Welche Alternativen stellen sich? Der Begriff des Paradigmenwechsels wird sicherlich überstrapaziert. Verwenden wir den Kantischen Begriff der Kopernikanischen Wende, der in seiner metaphorischen Verwendung eine nicht minder radikale Umwälzung andeutet als der abstraktere Begriff des Paradigmas. Er macht klar, dass notwendig neue Einsichten oft nur dadurch zustande kommen, dass man zunächst einfach nur das Gegenteil von dem annimmt, was bis dahin als unumstößliche Gewissheit galt. Gemeint ist konkret der Ansatz von *Open Access* als Kopernikanische Wende der Publikationswelt.

Bleibt man immanent in dieser Metapher, so sollten die wissenschaftlichen Nutzer (die ja auch die Produzenten sind) nicht mehr nach den Interessen der Verwerter von Wissen tanzen, sondern die Verwerter nach den Bedürfnissen der Nutzer und Produzenten von Wissen. Letzteres ist unter den Bedingungen der *Stakeholder*-Interessen der internationalen Publikationskonzerne nicht denkbar.

Wird *Open Access* so im Interesse einer Kopernikanischen Wende verstanden (und anders kann es nicht sein) so versteht sich, dass die Nutzung von öffentlich gemachtem und mit öffentlichen Mitteln produziertem Wissen aus Bildung und Wissenschaft grundsätzlich für jedermann frei (auch im Sinne von „kostenlos“) ist: Nicht die Nutzer zahlen für ihre Nutzung. Vielmehr sollen entweder die Produzenten von Wissen bzw. die sie tragenden Institutionen bzw. die in ihnen eingerichteten Vermittlungsinstitutionen (wie Bibliotheken) oder die Anbieter der entstehenden Informationsprodukte für die Kosten in der gesamten Publikations- und Distributionskette aufkommen. Welche Szenarien entstehen für die Akteure der Publikationswelt?

(1) Dass die Nutzer für den Zugang auf mit öffentlichen Mitteln unterstützten Forschungsergebnisse nicht zahlen sollen, kann dadurch einsichtig gemacht werden, dass der Nutzen für die Gesellschaft bei freizügiger Nutzung von Wissen und Information größer ist als bei allen Verknappungsmodellen. Je freizügiger Wissen zur Verfügung steht, umso mehr wird es genutzt und umso höher ist die Chance, dass neues Wissen produziert wird²⁵.

(2) Dass die wissenschaftlichen Autoren für ihre Publikationen zahlen sollen, könnte einleuchten, da sie zur Steigerung ihrer Reputation auf Publikationen angewiesen sind und diese im Gefolge auch der Beförderung ihrer Karriere mit auch monetären Konsequenzen dienen. Realistisch ist ein solches Finanzierungsmodell allerdings kaum, denkbar allerdings schon – genauso wie es auch in Deutschland denkbar wurde und dann auch machbar wird, dass Studierende für ihre Ausbildung als Bedingung für ihre Karriere) zahlen sollen.

(3) Da es nicht im Interesse der Gesellschaft sein kann, wenn auf Grund einer Anforderung im Sinne von (2) die Publikationsintensität nachlässt, macht es Sinn, das die mit öffentlichen Mitteln finanzierten Institutionen hier einspringen. Sie verfahren ja auch im traditionellen Modell ähnlich, indem sie nicht ihren Nutzern und Produzenten zumuten, die für ihre Arbeit benötigte Literatur selber zu finanzieren, sondern dafür Bibliotheken und andere Vermittlungseinrichtungen mit entsprechenden Mitteln ausstatten. Das funktioniert aber seit geraumer Zeit nicht mehr. Auch wenn Verleger immer wieder die Existenz einer Publikationskrise bestreiten (Börsenverein 2006) – die dramatisch ansteigenden Kosten vor allem für Zeitschriften (Kauf oder Lizenz) macht es den Hochschulen und Forschungseinrichtungen bzw. ihren Bibliotheken unmöglich, die Versorgung ihrer Kunden mit der benötigten Literatur sicherzustellen (Bargheer 2006).

(4) Dass die Anbieter von Informationsprodukten selber für die Kosten für deren Erstellung, Aufbereitung und

25 Die These, dass *Open-Access*-Publikationen häufiger zitiert werden bzw. dass ihr Impact-Faktor allgemeiner höher ist als bei kommerziellen Publikationen ist durch verschiedene empirische Arbeiten belegt (vgl. xyz)

Verteilung aufkommen sollen, scheint gegenwärtig mit den Gewinnerwartungen bzw. mit den bisherigen Geschäftsmodellen der kommerziellen Informationswirtschaft nicht verträglich zu sein. Wir können das hier nicht vertiefen²⁶, wollen aber darauf hinweisen, dass die gegenwärtig im Internet erfolgreichsten und gewinnträchtigsten Unternehmen (wie Google) genauso verfahren, nämlich für die Erstellung ihrer Produkte gänzlich aufzukommen und dennoch die Nutzung gänzlich freizugeben.

Was ist also zu tun, wenn (1) erwünscht, (2) und (4) bislang nicht realistisch und (3) nicht mehr machbar ist? Weil also, wie es scheint, ein Geschäftsmodell, wie in (4) angedeutet, nicht von den Betroffenen aus der Informationswirtschaft akzeptiert wird, blieb der Wissenschaft gar nichts Anderes übrig, als selber die Initiative zu einer Wende im Publikationssystem zu ergreifen, das *Open Access* zum Prinzip macht. Und das ist in der Tat geschehen.

In Deutschland haben sich 2003 die großen deutschen Wissenschaftsorganisationen durch die Unterzeichnung der „Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities“ zur Förderung des *Open-Access-Prinzips* verpflichtet²⁷. Neben der Wissenschaft sollen auch Kulturinstitutionen ermutigt werden, „ihre Ressourcen ebenfalls nach dem „Prinzip des offenen Zugangs“ im Internet verfügbar zu machen“. Im Einklang mit dem internationalen Verständnis von *Open Access*, im Ausgang von der Budapester *Open-Access -Erklärung*²⁸, müssen nach der Berliner Erklärung Publikationen nach dem „Prinzip des offenen Zugriffs“ zwei Bedingungen erfüllen:

„1. Die Autoren und Rechteinhaber solcher Veröffentlichungen erteilen allen Benutzern das freie, unwiderrufliche und weltweite Zugangsrecht und die Erlaubnis, die Veröffentlichung für jeden verantwortlichen Zweck zu kopieren, zu benutzen, zu verteilen, zu übertragen und abzubilden unter der Bedingung der korrekten Nennung der Urheberschaft (wie bisher werden die Mechanismen der korrekten Berücksichtigung der Urheberschaft und der verantwortlichen Nutzung durch die Regeln der wissenschaftlichen Gemeinschaft zur Geltung gebracht) sowie das Recht, eine beschränkte Anzahl gedruckter Kopien für den persönlichen Gebrauch zu machen.

2. Eine vollständige Fassung der Veröffentlichung samt aller zugehörigen Begleitmaterialien wird zusammen mit einer Kopie der oben erwähnten Erlaubnis in einem geeigneten elektronischen Format auf mindestens einem online zugänglichen Archivserver mit geeigneten technischen Standards (wie die von Open Archive) hinterlegt und damit veröffentlicht. Der Archivserver muss betrieben werden von einer wissenschaftlichen Institution oder Gesellschaft, einer öffentlichen Institution oder einer anderen etablierten Organisation, die das „Prinzip des offenen Zugangs“, uneingeschränkte Verbreitung, Interoperabilität und Langzeitarchivierung zu verwirklichen sucht.“ (aus der Berliner Erklärung)

Das *Open-Access-Prinzip* ist auch in die „Declaration of Principles – Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium“ des UN-Weltgipfels zur Informationsgesellschaft (WSIS I 2003) aufgenommen worden.

"We strive to promote universal access with equal opportunities for all to scientific knowledge and the creation and dissemination of scientific and technical information, including open access initiatives for scientific publishing"²⁹ ebenso in den Action Plan unter C3 „Access to information and knowledge“:

"Encourage initiatives to facilitate access, including free and affordable access to open access journals and

26 Vgl. aber (Kuhlen 2007), wo auf die informationsökonomische Notwendigkeit und Machbarkeit neuer Organisations- und Geschäftsmodelle für den Umgang mit Wissen und Information näher eingegangen wird; vgl. auch (Hagenhoff 2006).

27 Deutsche Version unter <http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html>

28 <http://www.soros.org/openaccess/read.shtml>

29 http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-E.pdf, para.28:

books, and open archives for scientific information" (Paragraph 10, Abschnitt i). Und Paragraph 22 (C7, b) zu E-science: "Promote electronic publishing, differential pricing and open access initiatives to make scientific information affordable and accessible in all countries on an equitable basis."

Diese Texte sind von den UN-Staaten als verbindlich angenommen. Zur Umsetzung der WSIS Beschlüsse gehört es also, dass sich die Politik für die Förderung von *Open Access* einsetzt. Aber nicht nur die Politik ist gefragt, sondern auch das Wissenschaftssystem selber, einschließlich des ihm zugeordneten Vermittlungssystem und einschließlich der Autoren mit ihren bisherigen Rechten, und ebenso, in Änderung der bisherigen durch (4) angedeuteten Geschäftsmodelle, die Informationswirtschaft. Durch *Open Access* sind die Produzenten, Anbieter und Vermittler gefordert. Die Konkurrenz und damit Vielfalt von Publikations- und Distributionsmodellen ist sicher erwünscht, solange das *Open-Access-Prinzip* selber als unverzichtbar für Bildung und Wissenschaft erhalten bleibt und die Verknappungsstrategie als Grundprinzip der kommerziellen Geschäftsmodelle aufgegeben wird.

Regulierende Maßnahmen zielen im Wesentlichen entweder auf Anreize und Selbstverpflichtungserklärungen³⁰ ab, die damit nicht rechtlich erzwungen werden können, oder auf rechtlich geregelte und damit erzwingbare. Letzere können danach unterschieden werden, inwieweit sie das Urheberrecht direkt betreffen, und solchen, die an anderer Stelle im Recht verankert sind.

Eine ausführlichere Diskussion all dieser Maßnahmen ist im Rahmen dieses Artikels nicht möglich (vgl. auch Passek 2006; Sietmann 2006). Auf direkte Änderungen im Urheberrecht, durch die sowohl Verwerterrechte der Informationswirtschaft als auch Autorenrechte betroffen sind, haben wir über die Kontroverse zwischen (Pflüger/Ertmann 2004) und (Hansen 2005) in Anmerkung 24 kurz hingewiesen. Außerrechtliche Anreize durch Förder- und Wissenschaftsorganisationen sind z.B. durch die Berliner-Erklärung und die Empfehlungen der DFG (DFG 2005) gegeben. Der sanfte Druck, solche Projektnehmer zu bevorzugen, die nach den *Open-Access-Prinzipien* publizieren, sollte Änderungen im Publikationsverhalten erzwingen³¹.

Wir wollen zum Abschluss dieser Diskussion auf ein aktuelles Beispiel aus der US-amerikanischen Informationspolitik eingehen, durch die verbindliche Regulierungen außerhalb des Urheberrechts erzwungen werden könnten.

In den USA wird derzeit (Herbst 2006) eine intensive Diskussion darüber geführt, inwieweit die großen mit öffentlichen Geldern ausgestatteten Förderinstitutionen ihre Projektmittelempfänger verpflichten können, ihre Texte auch nach *Open-Access-Prinzipien* zu

30 Ein Beispiel ist die von der Universitätsbibliothek Karlsruhe im Internet bereitgestellte „Erklärung über die institutionelle Selbstverpflichtung für die Umsetzung der *Budapest Open Access Initiative* der *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities* und der *WSIS Declaration of Principles and Plan of Action*“ - http://www.ubka.uni-karlsruhe.de/gap-c/declaration_de.html

31 Auch *Wellcome Trust* (London), einer der größten Förderer der biomedizinischen Forschung in England, verlangt von seinen Projektnehmern, dass sie ihre zur Veröffentlichung angenommenen Manuskripte innerhalb von 6 Monaten in einem *Open Archive* öffentlich frei verfügbar machen. Zudem könnten die Entscheidungen über zukünftige Projekte bei Wellcome Trust davon beeinflusst werden, inwieweit Antragsteller in der Vergangenheit nach *Open-Access-Prinzipien* veröffentlicht haben (Vogel/Enserink 2005; Sietmann 2006).

veröffentlichen. Der Republikaner John Cornyn (Texas) und der Demokraten Joe Lieberman (Connecticut) haben dazu eine Gesetzesinitiative ("*Federal Research Public Access Act of 2006*" – FRPAA) eingebracht (vgl. Heise 40506; Sietmann 2006), durch die, wenn sie denn Gesetz werden soll, jedermann freien Zugang zu der Forschung haben soll, die mit Bundesmitteln gefördert worden ist. FRPAA beruht auf der folgenden politischen Zielsetzung:

„Congress finds that (1) the Federal Government funds basic research and applied research with the expectation that new ideas and discoveries that result from the research, if shared and effectively disseminated, will advance science and improve the life and welfare of people of the United States and around the world; and (2) the Internet makes it possible for this information to be promptly available to every scientist, physician, educator and citizen at home, in school, or in a library.“³²

Sämtliche Forschungsförderinstitutionen, die über einen Förderetat von mehr als \$100 Millionen/Jahr verfügen³³, sollen ihre Zuwendungsempfänger verpflichten, den Online-Zugang zu ihren zum *Peer-Review* eingereichten Artikeln sobald wie möglich, spätestens aber 6 Monate nach einer kommerziellen Publikation in einer *Peer-Review*-Zeitschrift zu gewährleisten. Die durch das Reviewing vorgenommenen Veränderungen sollen dabei integriert und das endgültige Manuskript dann an die publizierte Fassung angepasst werden (sofern der Verleger dem zustimmt). Dazu können die Publikationsserver der Förderinstitutionen genutzt werden (wie PubMed Central von NIH) oder auch andere „Stable Institutional Repositories“, die nach den allgemeinen OA-Prinzipien organisiert sind (freier Zugang, Interoperabilität, Langzeitarchivierung). Die Förderinstitutionen sollen verpflichtet werden, eine laufende gepflegte Online-Bibliographie der Forschungsberichte bereitzustellen, deren Einträge direkt mit den Volltexten verknüpft sind.

Wie schon bei der vorausgegangenen vergleichbaren Initiative der *National Institutes of Health* (NIH) ist darüber eine äußerst kontroverse Diskussion entstanden, durch die auch angedeutet wird, dass die etablierten Wissenschaftsverbände (schon gar nicht die Verlegerverbände) nicht unbedingt mit den Interessen der Wissenschaftler selber bzw. den wissenschaftlichen Einrichtungen konform gehen³⁴.

Organisiert von der *Association of American Publishers* (AAP), die sich auch sonst stark für den Schutz intellektuellen Eigentums einsetzt, und der *Federation of American Societies for Experimental Biology* haben in beeindruckendem Umfang Dutzende von Fachverbänden (scholarly groups) und wissenschaftliche und professionelle Verleger gegen FRPAA protestiert (wie auch schon vorher gegen die NIH-Initiative).

Als Argument wird vor allem angeführt, dass das für die Qualitätssicherung unabdingbare Peer Reviewing dadurch gefährdet werde, weil durch FRPAA die Anreize der Verleger wegfallen würden, weiter in

32 Text von FRPAA unter: http://cornyn.senate.gov/doc_archive/05-02-2006_COE06461_xml.pdf

33 Dazu gehören u.a.: das Umweltbundesamt EPA, die NASA, die *National Science Foundation* (NSF), *Department of Energy* und die *National Institutes of Health* (NIH). Allein durch die NIH-Förderung werden pro Jahr 65.000 Arbeiten veröffentlicht (Quelle: <http://www.taxpayeraccess.org/frpaa/>).

34 „There’s no doubt that many scholars do object to the legislation. But a rebellion of sorts is brewing online, where scholars who are, in theory, represented by some of these groups argue that the legislation would help research, that the scholarly associations are selling out their rank and file’s interests to prop up their publishing arms, and that the debate points to some underlying tensions about academic publishing in the digital age.“ (*The Alliance for Taxpayer Access* - <http://www.insidehighered.com/news/2006/06/15/open>). Ähnlich: „Peter Suber, director of [Open Access Project](http://www.insidehighered.com/news/2006/06/15/open), said that these criticisms showed that the anthropology association (and others like it) have a conflict of interest. “They pretend to be speaking in the interests of scholarship, but they are really speaking for the interests of their publishing arms.” Quelle: <http://insidehighered.com/news/2006/06/15/open>

wissenschaftliche Publikationen zu investieren. Zudem sei die staatliche Regulierungsinitiative vollkommen überflüssig, da der vollständige öffentliche Zugriff durch die bestehende Publikationsformen ohnehin schon so gut und so vollständig wie nie zuvor gesichert sei.: „Americans have easy access to scientific and medical literature through public libraries, state universities, existing private-sector online database, as well as through their professional, academic, or business affiliations, low-cost online individual article sales, and innovative health literacy initiatives such as patientINFORM.“³⁵ Zudem beachte der Gesetzesvorstoß nicht, dass durch die öffentliche Finanzierung der Forschung nicht alle Stufen des Publikationsprozesses gefördert würden. Vielmehr seien erhebliche Investitionen der Publikationsindustrie für Aufbereitung, Speicherung und Distribution erforderlich. Wenn nun „Institutional Repositories“ der Förderinstitutionen einen Gutteil der Publikation übernehmen sollten, würden nicht nur die Gewinnchancen der Verleger erheblich eingeschränkt, sondern vor allem auch neue hohe Investitionsforderungen an die öffentliche Hand entstehen. Insgesamt sei der Vorstoß verfrüht. Es lägen bislang keine aussagefähigen Impact-Studien vor, durch die Kosten und Nutzen für den Steuerzahler abgewogen werden könnten:

„The Cornyn-Lieberman bill would create unnecessary costs for taxpayers, place an unwarranted burden on research investigators, and expropriate the value-added investments made by scientific publishers – many of them not-for-profit associations who depend on publishing income to support pursuit of their scholarly missions, including education and outreach for the next generation of U.S. scientists“³⁶

Dagegen haben, neben vielen anderen, die Präsidenten der *University of Connecticut*, *University of Maine*, *University of Massachusetts Amherst*, *University of New Hampshire*, *University of Rhode Island*, und *University of Vermont* (die insgesamt über \$ 700 Millionen jährlich in die Forschung investieren, zu einem großen Teil über öffentliche Fördermittel) in einem Anschreiben von 060906 an den Senator Cornyn, Mitinitiator des FRPAA-Vorhabens, ihre Unterstützung von FRPAA öffentlich bekannt gegeben. „Open access to publicly funded research facilitates the candid discussion needed to accelerate research, share knowledge, improve treatment of diseases, and increase human understanding.“³⁷ Ähnliche Unterstützung liegt vor von weit über hundert anderen wissenschaftlichen und zivilgesellschaftlichen Einrichtungen in den USA³⁸. *The Alliance for Taxpayer Access*, die sozusagen die Endproduzenten und -nutzer-Interessen vertritt, hat in 09/06 eine Briefaktion gestartet, durch die Bürgerinnen und Bürger die Politiker des Senats und Repräsentantenhauses auffordern, den freien Zugriff auf mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungsergebnisse durch Gesetze zu garantieren.

Hier kommen all die Argumente zusammen, die auch in der deutschen Diskussion eine Rolle spielen (werden). Bemerkenswert ist vor allem, dass sich hier bislang ungewöhnliche Konfliktkonstellationen ergeben haben, wie die zwischen wissenschaftlichen Verbänden einerseits, in denen sich in erster Linie die Wissenschaftler selber organisieren, und wissenschaftsproduzierenden Institutionen und den wissenschaftlichen Förderinstitutionen andererseits. In Deutschland ist dies bislang noch nicht so stark dichotomisiert, was z.B. dadurch ersichtlich ist, dass ein Großteil der Wissenschaftsverbände/-gesellschaften die Göttinger Erklärung des Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“

35 Dr. Brian D. Crawford, *Chairman of the Professional Scholarly Publishing Division of the Association of American Publishers (AAP-PSP)* und *Senior Vice President with the American Chemical Society* - Quelle: <http://www.ecs.soton.ac.uk/~harnad/Hypermail/Amsci/5378.html>

36 Ebenfalls Crawford – Quelle: <http://listserv.sigmaxi.org/sc/wa.exe?A2=ind06&L=american-scientist-open-access-forum&F=l&P=36292>

37 Quelle: <http://www.taxpayeraccess.org/media/Advisory06-0919.html>

38 Z.B. [Electronic Frontier Foundation \(EFF\)](#); [IP Justice](#), [Union for the Public Domain \(UPD\)](#); [Consumers Union](#) („for the benefit of not only the research community but society as a whole“); [BioMedCentral](#); [University of Florida Student Senate](#); [Open Letter from the Oberlin Group](#); [American Association of Law Libraries](#); [American Library Association](#); [Medical Library Association](#); [Public Library Association](#); [Special Libraries Association](#)

(Aktionsbündnis 2004) unterzeichnet haben (allerdings hat das Aktionsbündnis sich bislang noch nicht explizit auf eine *Open-Access-Position* verständigt). Ein Hinweis auf einen solchen Konflikt ist der Geschichte des § 52a zu entnehmen, in der die Gesellschaft Deutscher Chemiker, Gründungsmitglied der IuK-Initiative³⁹, sich von dieser zurückgezogen hat, als diese sich nicht nur für den Erhalt der Wissenschaftsschranke eingesetzt hatte, sondern mit einem Schreiben an die Bundesregierung eine weitergehende Schrankenregelung zu Gunsten von Bildung und Wissenschaft gefordert hatte⁴⁰.

Ein anderer möglicher Konstellationskonflikt, der fatale Folgen hätte und der in den USA bislang vermieden werden konnte (die verschiedenen Bibliotheksverbände haben die FRPAA-Gesetzinitiative öffentlich unterstützt; vgl. Anm. 38), könnte zwischen den Bibliotheksverbänden, in der Allianz mit dem Börsenverein, und den Wissenschaftsinteressen selber entstehen. Ein solcher hatte sich im Zusammenhang der § 52a-Diskussion angedeutet, als sich der Börsenverein des Deutschen Buchhandels und Bibliotheksverbände auf eine Charta des gemeinsamen Verständnis von § 52a verständigt hatten (Charta 2003). In dieser wurden Essentials formuliert, die letztlich die Wissenschaft gänzlich von den Informationsangeboten des Marktes abhängig machen könnten – ein Szenario, das sich heute durch den vermutlich Gesetz werdenden § 53a realisieren könnte (kaum im Interesse der Bibliotheken, aber erst recht nicht im Interesse der Wissenschaft).

Sicherlich sind spannende und im Ergebnis hoffentlich bildungs- und wissenschaftsfreundliche Auseinandersetzungen in den nächsten Jahren zu erwarten, an der sich auch die Informationswirtschaft, in Überwindung des unter (4) angedeuteten Dilemmas, konstruktiv und nicht defensive Positionen verteidigend, beteiligen sollte. Denn, so paradox dies auch zunächst klingen mag, je freizügiger der Umgang mit Wissen und Information für Bildung und Wissenschaft organisiert ist, desto höher steigen die Chancen für die Informationswirtschaft, auch in elektronischen Umgebungen mit Wissen und Information Geschäfte machen zu können, wenn auch wohl kaum über die Informationsprodukte selber. Werden diese Chancen nicht wahrgenommen, so könnten sich die Wissenschaftsverlage als die Dinosaurier in der Informationsgesellschaft erweisen, die sich den veränderten Rahmenbedingungen telemediatisierter Lebenswelten nicht haben anpassen können.

Dass, wie mehrfach erwähnt, Politik und Wirtschaft nicht dauerhaft gegen die Bedürfnisse von Bildung und Wissenschaft regulieren können, sollte jedem klar sein. Insofern sind die Defizite der jetzigen Urheberrechtsregelungen, exemplarisch gezeigt am § 52a, zwar mehr als nur ärgerlich, aber letztlich doch nur obsolet werdende Rückzugsgefechte, die den Weg in eine

39 Die IuK (Information und Kommunikation)-Initiative wurde 1995 von der Deutschen Mathematiker-Vereinigung ([DMV](#)), der Deutschen Physikalischen Gesellschaft ([DPG](#)), der Gesellschaft für Informatik ([GI](#)) und der GDCh mit dem Ziel gegründet, die Aktivitäten dieser wissenschaftlichen Fachgesellschaften beim Aufbau elektronischer Informations- und Kommunikationsstrukturen (IuK) zu koordinieren und aufeinander abzustimmen.

40 Die IuK-Stellungnahme zu § 52a unter <http://www.iuk-initiative.org/documents/urhg20030403/> Konfliktkonstellationen könnten sich auch dadurch ergeben, dass der Deutsche Hochschulverband, der über 20.000 Wissenschaftler repräsentiert, nicht die Göttinger Erklärung unterzeichnet, sondern sich bislang exklusiv einem anderen Aktionsbündnis angeschlossen hat, nämlich dem Aktionsbündnis Kopiervergütung (<http://www.faire-kopierverguetung.de/>), das sich über den Anspruch der Kopiervergütung der Sicherung der kommerziellen Verwertungsrechte der Wissenschaftler aus ihren Publikationen verpflichtet hat. Dass Wissenschaftler genauso Nutzer der Publikationen anderer Wissenschaftler sind, bleibt dabei außen vor.

offene Informationsgesellschaft nicht werden verhindern können.

Fazit: Es sollte sich weiter lohnen, auch im Rahmen des Urheberrechts nach Regulierungsmaßnahmen zu suchen, die den Bedürfnissen von Bildung und Wissenschaft weitgehend entgegen kommen, bzw. die rechtlichen Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen auszuloten (Spindler 2006). Unsere Vermutung allerdings ist, dass das in der gegenwärtigen Urheberrechtssystematik, einschließlich der Schrankenregelungen, mit der starken Präferenzierung der Autorenrechte und der noch stärkeren Unterstützung der Verwertungs- sprich Handelsrechte, kaum möglich sein wird. Schon allein die Einführung eines grundsätzlichen Regulierungsprinzips, wie das angelsächsische *Fair use*, das in Streitfällen und in bislang unbekanntenen Situationen durchaus entgegen den existierenden und Vollständigkeit beanspruchenden Schrankenregelungen Entscheidungsspielraum eröffnet, ist außerhalb der politisch realistischen Reformdebatte, genauso wie die Einführung eines dringend nötigen Wissenschafts- oder auch nur Bibliotheksprivilegs. Es sieht so aus, dass über den Umgang mit Wissen und Information nicht über das Urheberrecht entschieden werden wird.

5 Referenzen

(Aktionsbündnis 2004) Göttinger Erklärung zum Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft 5. Juli 2004 - <http://www.urheberrechtsbuendnis.de/>

(Bargheer 2006) Bargheer, Margo: Open Access und Universitätsverlage: Auswege aus der Publication Crisis? In: Svenja Hagenhoff (Hrsg.): Internetökonomie der Medienbranche. Band 1 der Reihe „Göttinger Schriften zur Internetforschung“ im Universitätsverlag Göttingen 2006 , 173-200 – http://webdoc.sub.gwdg.de/univlag/2006/mediaconomy_book.pdf

(Beger 2004) Beger, Gabriele: Hält § 52a UrhG dem urheberrechtlichen Dreistufentest stand?. In: R. Hammwöhner; M. Rittberger; W. Semar (Hrsg.): Wissen in Aktion. Der Primat der Pragmatik als Motto der Konstanzer Informationswissenschaft. Festschrift für Rainer Kuhlen. Schriften zur Informationswissenschaft 41. Universitätsverlag Konstanz (UVK): Konstanz 2004,131-140

(Berliner Erklärung 2003) Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities - <http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html>

(Börsenverein 2006) Börsenverein des Deutschen Buchhandels: Fragen und Antworten zum „Zweiten Korb“. Anmerkungen und Vorschläge des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels zu wichtigen Regelungspunkten im Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. Version 13.9.2006

(Charta 2003) Vertreter des Deutschen Bibliotheksverbandes und des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels: Charta zum gemeinsamen Verständnis von § 52a UrhG (Frankfurt am Main, 2. Oktober 2003), veröffentlicht in: Bibliotheksdienst 37. Jg. (2003), H. 12, S. 1541 – 1542 - <http://www.bibliotheksverband.de/dbv/rechtsgrundlagen/Charta-UrhG.pdf>

(DFG 2005) Deutsche Forschungsgemeinschaft: Publikationsstrategien im Wandel? Ergebnisse einer Umfrage zum Publikations- und Rezeptionsverhalten unter besonderer Berücksichtigung von Open Access. (im Auftrag der DFG durchgeführt von der Gesellschaft für empirische Studien, Kassel. Verfasser: Albert Over, Friedhelm Maiworm, André Schelewsky). DFG: Bonn 2005 - http://www.dfg.de/zahlen_und_fakten/

(DINI 2004) Deutsche Initiative für NetzwerkInformation e.V.: Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJ für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft („2. Korb“). Göttingen 12.11.2004 - <http://www.dini.de/documents/DINI-UrhG-K2-121104.pdf>

- (Dorschel 2006) Dorschel, Joachim: Open Access und Urheberrecht: Open Source in neuem Gewand? In: Svenja Hagenhoff (Hrsg.): Internetökonomie der Medienbranche. Band 1 der Reihe „Göttinger Schriften zur Internetforschung“ im Universitätsverlag Göttingen 2006 , 235-266 – http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2006/mediacconomy_book.pdf
- (EU 2001) 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 Amtsblatt Nr. L 167 vom 22/06/2001, 0010 – 0019
- (Findeisen 2005) Findeisen, Frank: Die Auslegung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen. Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht 28. Nomos-Verlag: Baden-Baden 2005
- (Hagenhoff 2006) Hagenhoff, Svenja (Hrsg.): Internetökonomie der Medienbranche. Band 1 der Reihe „Göttinger Schriften zur Internetforschung“ im Universitätsverlag Göttingen 2006, 235-266 – http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2006/mediacconomy_book.pdf
- (Hansen 2005) Hansen, Gerd: Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378ff. - http://www.gerd-hansen.net/Hansen_GRUR_Int_2005_378ff.pdf
- (Heise 40506) Open Access: US-Gesetzesinitiative für freien Zugang zu Forschungsergebnissen. 4.5.2006 - <http://www.heise.de/newsticker/meldung/72679>
- (Hoeren 2006) Hoeren, Thomas: Der amerikanische TEACH Act und die deutsche Schrankenregelung zur „Öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung“ (§ 52a UrhG) im Vergleich – Manuskript 2006
- (Jaszi o.J.) Jaszi, Peter: Public interest exceptions in copyright: a comparative and international perspective (vermutlich 2005) - http://correctingcourse.columbia.edu/paper_jaszi.pdf
- (Kuhlen/Brüning 2004) Kuhlen, Rainer; Brüning, Jochen: Creative Commons (CC) – für informationelle Selbstbestimmung, gegen den Trend des Urheberrechts/Copyright als Handelsrecht; oder: Chancen für einen innovativen Drei-Stufen-Test? In: Information - Wissenschaft & Praxis (IWP / nfd) 8/2004. S. 449 – 454 - http://www.inf-wiss.uni-konstanz.de/People/RK/Publikationen2004/CC_fuer_IWP-rk+jb2291004_final.pdf
- (Kuhlen et al. 2005) Kuhlen, Rainer et al.: K3 – an e-Learning Forum with Elaborated Discourse Functions for Collaborative Knowledge Management. In: Proceedings E-LEarn05 - World Conference on E-Learning in Corporate, Government, Healthcare, and Higher Education, Vancouver Oktober 2005 - http://www.inf-wiss.uni-konstanz.de/People/RK/Publikationen2005/kuhlen-e-learn05_final_eingereicht280405.pdf
- (Kulturrat 2002) Deutscher Kulturrat: Stellungnahme des Deutschen Kulturrates zum Referentenentwurf für ein "Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft" 19.04.2002 - <http://www.kulturrat.de/detail.php?detail=199&rubrik=22>
- (Lutterbeck/Gehring 2003) Lutterbeck, Bernd; Gehring, Robert A.: Kritik aus der Sicht eines Hochschullehrers und Wissenschaftlers, den Gesetzentwurf der Bundesregierung zum UrhG und die Schrankenbestimmung für "Unterricht und Forschung" betreffend – Januar 2003 - http://www.privatkopie.net/files/LutterbeckGehring_260103.pdf
- (Passek 2006) Passek, Oliver: Open oder Close Access? Wissenschaftliches Publizieren im Spannungsfeld zwischen hehren Absichten und marktpolitischen Realitäten. In: Lutterbeck, Bernd; Bärwolff, Matthias; Gehring, Robert A. (Hrsg.): Open Source Jahrbuch. Zwischen Softwareentwicklung und Gesellschaftsmodell. Verlag Lehmanns Media; Berlin 2006 (auch unter: <http://www.opensourcejahrbuch.de/2006>), 337-350
- (Pflüger/Ertmann 2004) Pflüger, Thomas; Ertmann, Dieter: Publishing und Open Access : Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich - <http://w3.ub.uni-konstanz.de/kops/volltexte/2004/1337/>
- (Royal Academy 2003) The Royal Society: Keeping science open: the effects of intellectual property policy on the conduct of science. 2003 - <http://www.royalsoc.ac.uk/displaypagedoc.asp?id=11403>
- (Senftleben 2004) Senftleben, M.R.F.: Copyright, limitations and the three-step test. An analysis of the three-

step test in international and EC copyright law. Dissertation Universität Amsterdam 2/2004

- (Sieber 2004) Sieber, Ulrich: Memorandum zur Berücksichtigung der Interessen des Bildungsbereichs bei der Reform des Urheberrechts erstellt im Auftrag und mit Unterstützung des Vereins Schulen ans Netz e.V. - Fassung vom 11.8.2004 www.schulen-ans-netz.de/presse/archiv/dokus/memorandum_urheberrecht.pdf
- (Sieber 2005a) Sieber, Ulrich: Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft. Die Anforderungen eines modernen Unterrichts. In: (Sieber/Hoeren 2005) 19-34
- (Sieber 2005b) Sieber, Ulrich: Memorandum zur Berücksichtigung der Interessen des Bildungsbereichs bei der Reform des Urheberrechts (aktualisiert (Sieber 2004)). In: (Sieber/Hoeren 2005) 47-87
- (Sieber/Hoeren 2005) Sieber, Ulrich; Hoeren, Thomas (Hrsg.): Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – Anforderungen an das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. HRK Hochschulrektorenkonferenz. Beiträge zur Hochschulpolitik 2/2005. Bonn März 2005 – auch elektronisch verfügbar: <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/HRK-Urheberrecht-2005.pdf>
- (Sietmann 2006) Sietmann, Richard: Über die Ketten der Wissensgesellschaft. Der Kulturkampf über den Zugang zu wissenschaftlichen Veröffentlichungen verschärft sich. c't 12/2006 – <http://www.heise.de/ct/06/12/190/>
- (Sietmann/Krempf 2003) Sietmann, Richard; Krempf, Stefan: Zaghafte Digitalien. Das neue Urheberrecht auf Probe. c't 9/2003, S. 18: Urheberrecht - <http://www.heise.de/ct/03/09/018/>
- (Simon 2006) Simon, Holger: *prometheus* und Justitia. Bildarchive der Kunst- und Kulturwissenschaften im Spannungsfeld des medialen Umbruchs hin zu einer digitalen Informationsgesellschaft. In: Karl-Nikolaus Peifer, Gudrun Gersmann: Forschung und Lehre im Informationszeitalter – zwischen Zugangsfreiheit und Privatisierungsanreiz, Köln 2006 (in diesem Band)
- (Spindler 2006) Spindler, Gerald: Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen. Göttinger Schriften zur Internetforschung. Universitätsverlag Göttingen 2006 - http://www.univerlag.uni-goettingen.de/OA-Leitfaden/oaleitfaden_web.pdf
- (Suttrop 2005) Anke Suttrop: Die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG). Lit-Verlag: Münster 2005
- (Vogel/Enserink 2005) Vogel, Gretchen; Enserink, Martin: Information sharing: Europe steps into the open with Pans for electronic archives. Science Magazin 29.4.2005, 523f - <http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/308/5722/623>