

Wie umfassend soll/darf/muss sie sein, die allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke?

Rainer Kuhlen^{*1}

Autorenversion

[Erschienen in: [Zeitschrift fuer Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal](#), Volume 7, 2015, Number 1, pp.

77-125]

Zusammenfassung: Die jüngst erschienene Studie von Katharina de la Durantaye zur Einfügung einer Allgemeinen Bildungs- und Wissenschaftsschranke (ABWS) in das Urheberrechtsgesetz ist rechtsdogmatisch gelungen, doch helfen ihre Vorschläge Wissenschaft und Bildung nur wenig. Der Vorschlag einer gesonderten Bibliotheksschranke schreibt das fort, was derzeit schon (z.B. in §§ 52b und 53a UrhG) steht, aber die Arbeit der Informationsvermittler auch künftig behindern würde. Es wird ein Konzept von Bibliotheken, Archiven und Museen verfolgt, das der digitalen Realität der Virtualisierung und Enträumlichung von Informationsdienstleistungen keineswegs Rechnung trägt. Der Vorschlag für eine ABWS klingt zunächst wie eine generalklauselartige Lösung, aber tatsächlich gelten weiter die bisherigen Einschränkungen z.B. der §§ 52a, 52b und 53 UrhG. Die Situation verschlechtert sich sogar für Bildung und Wissenschaft dadurch, dass in der Durantaye-Studie starke Argumente zugunsten der Priorität eines Verlagsangebots gegenüber den rechtlichen Schrankenregelungen angeführt werden. Das schwierige Problem der Vergütung von urheberrechtspflichtigen Materialien wird in der Studie nur sehr knapp angesprochen. In diesem Beitrag werden daher 13 Fragen und Thesen zusammengestellt, die für die Diskussion um Vergütung im Kontext der ABWS bedacht werden sollten, darunter die Frage, ob für die im öffentlichen Interesse stehende Nutzung publizierter Materialien überhaupt eine Vergütung erfolgen soll/muss. Den Vorschlägen der Durantaye-Studie wird der aktuelle Vorschlag des Aktionsbündnisses (von 12/2014) gegenübergestellt. Er sieht eine Regulierung für das Wissenschaftsurheberrecht vor, welche diesen Bereich als soziales Konstrukt ansieht, das den in aktuellen elektronischen Umgebungen sich entwickelnden Verhaltensformen und Bedürfnissen Rechnung trägt. In einem Schlussabschnitt wird noch der Frage nachgegangen, ob eine ABWS durch die sich abzeichnende umfassende (durchaus auch kommerzielle) Open-Access-Entwicklung überflüssig werden könnte.

I. Ausgangslage für eine umfassende allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke

1. Sternstunden

Ab und zu gibt es Sternstunden in der Rechtsprechung, in denen sich Gerichte bewusst werden, dass sie Gesetze nicht nur im selbst-referenziellen Modus auslegen sollten, sondern dass sie „immer auch Echokammern des Zeitgeistes“ sind². Ein Horchen auf das Echo des Zeitgeistes hatte die ZEIT den Richtern des Europäischen Gerichtshofs bescheinigt, als sie die EU-Richtlinie zur

* Prof. Dr. emerit., Universität Konstanz.

¹ Zugleich Besprechung von *Katharina de la Durantaye*: Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke. Münster: Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat, 2014 (MV-Wissenschaft), XVIII/338 S., 27,30 €. 978-3-95645-160-7 (auch als PDF-Version im Internet frei abrufbar - <http://durantaye.rewi.hu/doc/Wissenschaftsschranke.pdf>).

² *Heinrich Wefing*, Lex Snowden: Europas Richter schützen die Daten der Bürger vor dem Staat. Aber hilft das gegen die Sammelwut der Amerikaner? DIE ZEIT No. 16, 10. April 2014, S. 1 - http://www.onleihe.de/static/content/zeit_de/20140410/DZ_16_14/vDZ_16_14.pdf - Kurz-URL: <http://bit.ly/1jdyYQp>.

Vorratsdatenspeicherung kassiert hatten. „Ein Urteil des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung“ wäre, so hält es die ZEIT für wahrscheinlich, „in der Ära vor Snowden anders ausgefallen“ (ebda). Dieses Horchen auf das, was nach *Johann Gottfried Herder* stark mystisch überhöht „Zeitgeist“ genannt wird und heute mit „kulturelle und soziale Leitideen“ übersetzt werden könnte³, sollte für den Gesetzgeber und die Rechtswissenschaft und auch für das Urheberrecht gelten.

In der Auseinandersetzung mit dem Vorschlag von Katharina de la Durantaye für eine Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke (ABWS) soll im Folgenden untersucht werden, ob für eine ABWS eine Notwendigkeit bzw. dann eine Chance besteht, dass der Gesetzgeber auf die Echokammern des Zeitgeistes horcht. Gemeint ist mit der Metapher der Echokammern im Zusammenhang von Bildung und Wissenschaft, ob der Gesetzgeber in der Lage und willens ist, darauf Rücksicht zu nehmen, was für einen zeitgemäßen Umgang mit Wissen und Information in elektronischen Umgebungen erforderlich ist. Oder wird er sich gezwungen sehen, die Einführung einer ABWS an die Voraussetzungen der bestehenden Rechtsetzungen, Rechtsfindungen und Rechtsauslegungen zu binden, obgleich sich diese ganz offensichtlich überwiegend an den informations- und kommunikationstechnischen Rahmenbedingungen des ausgehenden 20. Jahrhunderts orientieren?

2. Das Dilemma mit den Schranken

Das Problem, das Bildung und Wissenschaft mit dem Urheberrecht hat, begann schon mit dem im Rahmen des ersten Korbs der Urheberrechtsreform 2003 eingeführten und mehrfach befristeten § 52a (Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung)⁴. Dieser wurde erst Ende 2014 entfristet.⁵

In Fortsetzung des (aus der Sicht von Bildung und Wissenschaft) enttäuschenden Ersten Korbs hatten auch die Regulierungen des Zweiten Korbs gezeigt, dass z.B. bei den neuen, auf die Bibliotheken bezogenen Schrankenregelungen der §§ 52b (Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven) und 53a (Kopienversand auf Bestellung) die Nutzungsmöglichkeiten so stark eingeschränkt wurden, dass sie eher der Wahrung der Verlagsinteressen dienten als denen von Bildung und Wissenschaft.

Es sind auf diese Weise Schrankenregelungen entstanden⁶, die für sich und im Zusammenspiel der verschiedenen Normen selbst für urheberrechtliche Fachleute schwerverständlich sind, die durch

³ (Leistner/Dreier 2013) gehen an diese Herausforderung weniger metaphorisch heran und sprechen von den „Druckkräften ..., die auf Grund digitaler Kommunikationstechnologien auf das Urheberrecht einwirken.“ Matthias Leistner/Thomas Dreier, Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen, GRUR 2013, 881.

⁴ Da in diesem Text i.d.R. nur auf Paragraphen des Urheberrechtsgesetzes eingegangen wird, wird auf die übliche Ergänzung „UrhG“ verzichtet.

⁵ Die Entfristung durch den Bundestag geschah auf Grund eines Antrags der CDU/CSU- und SPD, allerdings mit dem Hinweis, dass die politische Zielsetzung der umfassenden Bildungs- und Wissenschaftsschranke nicht durch § 52a als erfüllt angesehen werden kann, und schon gar nicht präjudiziere die Regelung des § 52a „die Einführung einer einheitlichen Bildungs- und Wissenschaftsschranke. ... Die umfassende Umgestaltung aller Schrankenregelungen in diesem Bereich erfordert eine intensive rechtspolitische Diskussion, die voraussichtlich nicht vor Ende der Befristung des § 52 [Ende 2014 erfolgt – RK] abgeschlossen werden kann.“ (Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes. Drucksache 18/2602, 23.09.2014 - <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/026/1802602.pdf>).

⁶ Auf eine detaillierte Begründung der These der für Bildung und Wissenschaft verfehlten, unbrauchbaren und unzeitgemäßen Schrankenregelungen des ersten und zweiten Korbs wird hier verzichtet; vgl. dazu ausführlich: *Rainer Kuhlen*, Erfolgreiches Scheitern - eine Götterdämmerung des Urheberrechts? 2008, vor allem Kap. 6, S. 297-428.

Gerichte kaum einvernehmlich interpretiert werden und von den dadurch betroffenen Akteuren in Bildung und Wissenschaft kaum verstanden werden können, so dass nach wie vor Rechts- und Handlungsunsicherheit nicht nur in Bildung und Wissenschaft besteht. Die Einschätzung, dass sich die mit Blick auf Bildung und Wissenschaft abzielenden Schrankenregelungen als in der Gänze und in vielen Details als – vorsichtig gesprochen – verfehlt, unbrauchbar und unzeitgemäß erwiesen haben, dürfte in der Fachwelt und zunehmend auch in der Politik breite Zustimmung finden. Man kann es auch radikaler formulieren: „Die bestehenden Regelungen lesen sich teilweise wie ein urheberrechtliches Gruselkabinett“⁷.

Mit einer ähnlichen, im Ton moderateren Einschätzung beginnt auch die vom BMBF angestoßene Studie von Katharina de la Durantaye, die die Möglichkeit einer „Allgemeinen Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ ausloten soll und die Anlass für diesen Beitrag ist:

„Die für Bildung und Wissenschaft relevanten urheberrechtlichen Schranken erfassen in der Regel nur eng umrissene Sachverhalte, sind wenig technologieoffen und nicht allgemeinverständlich formuliert. Zudem sind sie über mehrere Einzelnormen hinweg verstreut. Das führt zu großer Rechtsunsicherheit für Forscher, Wissenschaftler und Lehrer, aber auch für Infrastruktureinrichtungen wie Bibliotheken, Archive und Museen.“ (1⁸).

Kann diese Entwicklung auch des (deutschen und kontinentaleuropäischen) *Urheberrechts* in Richtung eines Handelsrechts⁹, welche im angelsächsischen Copyright immer schon angelegt war, heute gestoppt werden? Und ist die hier zu diskutierende Studie von Katharina de la Durantaye mit dem Titel „Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ (im Folgenden als ABWS abgekürzt) ein überzeugender Schritt in Richtung einer ABWS mit möglichst wenigen Einschränkungen, was dem „Zeitgeist“ entspräche, oder horcht sie eher auf den juristischen Mainstream?

3. Wissenschaftsklausel im Kontext

Spätestens seit Anfang 2008, zu einem Zeitpunkt, als die im Zweiten Korb der Urheberrechtsreform beschlossenen Neuregelungen im Urheberrechtsgesetz gültig wurden, haben viele Wissenschaftlerinnen, Wissenschaftsorganisationen und zivilgesellschaftliche Initiativen erhebliche Zweifel bekommen, ob es Sinn hat, sich weiter konstruktiv an der Verbesserung der für Bildung und Wissenschaft einschlägigen Normen zu beteiligen. Die lange Zeit vom Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“¹⁰ verfolgte Doppelstrategie – einerseits konkret an der Gestaltung der einzelnen Normen mitzuarbeiten und andererseits das umfassendere Ziel eines offenen freien

⁷ Leonhard Dobusch, Raus aus dem Gruselkabinett: Vorschlag für neue Wissenschaftsschranke im Urheberrecht. Netzpolitik.org 30.3.2014 - <http://bit.ly/1gHqDP1>.

⁸ Für sich stehende Seitenzahlen beziehen sich hier immer auf die publizierte Durantaye-Studie: *de la Durantaye*.

⁹ Vgl. Rainer Kuhlen, Was haben Eigentum und Wissenschaftsfreiheit mit dem Urheberrecht zu tun? Mit Reförmchen ist es nicht länger getan. [Text beruht auf einem Vortrag auf der Fiff-Jahrestagung „Digitalisierte Gesellschaft – Wege und Irrwege“ 9.-11. November 2012 in Fulda] Autorenversion [PDF] - erschienen in: Fiff-Kommunikation 1/2013, 48-52 - <http://fiff.de/publikationen/fiff-kommunikation/fk-2013/fk-2013-1>.

¹⁰ Das Aktionsbündnis (<http://www.urheberrechtsbuendnis.de/>) wurde 2004 nach dem enttäuschenden Ergebnis des Ersten Korbs der Urheberrechtsreform (2003) gegründet, um Urheberrechtspolitik aktiv-konstruktiv mitzugestalten. Dem Aktionsbündnis liegt die Göttinger Erklärung zugrunde, die (mit Stand 10/2014) von 379 Organisationen (darunter 6 der großen Wissenschaftsorganisation nämlich Max Planck, Helmholtz, Leibniz, Fraunhofer, HRK, Wissenschaftsrat) und 7736 Einzelpersonen unterzeichnet wurde.

Umgangs mit Wissen und Information in Bildung und Wissenschaft offensiv zu vertreten - muss mit Blick auf den ersten Teil der Strategie als gescheitert angesehen werden.

Etwa seit 2009 hat das Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ als erste zivilgesellschaftliche Organisation im Bereich des Wissenschaftsurheberrechts daher begonnen, die Möglichkeiten einer radikaleren Änderung auszuloten, und hat 2010 einen ersten Entwurf für eine neue umfassende Norm in die öffentliche Diskussion eingebracht¹¹.

Diese umfassende Norm wird heute auch in der Politik als „Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ (ABWS) angesprochen. Ich bevorzuge allerdings die Bezeichnung Bildungs- und Wissenschaftsklausel (BWK)¹², da „Schranke“, konform mit der traditionellen Auffassung von Urheberrecht, nur als Einschränkung der an sich exklusiven Rechte der Urheber bzw. der durch Vertrag entstandenen Rechteinhaber (in der Regel Verlage) verstanden wird. Der offene freie Umgang mit Wissen und Information sollte aber nicht als abgeleitetes, sondern als genuines Recht verstanden werden, das gleichrangig mit dem Recht auf das geistige Eigentum der AutorInnen anzusehen ist und das vor allem nicht durch urheberrechtlichen Schutz ungerechtfertigt beeinträchtigt werden darf¹³.

Das Aktionsbündnis hat bis zur Gegenwart den Text für diese neue Norm weiterentwickelt. Es gilt derzeit die Version von November 2014, die unten in Abschnitt 0 im Vergleich zu den Vorschlägen der Durantaye-Studie im Detail diskutiert wird.

Die Allianz der Wissenschaftsorganisationen hat die Idee des Aktionsbündnisses für eine umfassende BWK 2010 aufgegriffen, dann aber eine etwas andere Lösung gewählt, die sich stärker an den bisherigen Formulierungen des Urheberrechtsgesetzes anlehnt, insbesondere an § 52a¹⁴. Allerdings sollte es bei dem Vorschlag keineswegs nur um eine Erneuerung von § 52a gehen. Vielmehr sollten in ihm über eine neue Norm § 45b die bisherigen Regelungen der §§ 46, 47, 51, 52a, 52b, 53, 53a zusammengeführt werden. Die Allianz verfolgte in der Zusammenfassung bestehender Normierungen einen synoptischen pragmatischen Ansatz. Entstanden ist dadurch eine hyperkomplexe Norm, die den Anforderungen an Transparenz, Verständlichkeit und Einfachheit kaum entsprechen kann. Als Vorteil wurde gesehen, dass dieser vorgeschlagene neue § 45b mit der Richtlinie 2001/29/EG übereinstimme, da es sich lediglich um eine Zusammenführung bereits bestehender Regelungen des Urheberrechtsgesetzes handele, die für sich bislang als kompatibel mit dem EU-Recht angesehen werden können.

¹¹ Vgl. <http://www.urheberrechtsbuendnis.de/pressemitteilung0610.html.de>; vgl. Vgl. R. Kuhlen, In Richtung einer allgemeinen Wissenschaftsklausel. In: Information - Wissenschaft und Praxis (IWP) 8/2010, 427-434 - <http://bit.ly/cZyGNW>.

¹² Vgl. R. Kuhlen, Erfolgreiches Scheitern revisited – in Richtung einer allgemeinen Wissenschaftsklausel, 2013, 37(1): 1–10 - DOI 10.1515/bfp-2013-0012 [Autorenversion: PDF] Publikationsversion aus: de Gruyter Online: <http://www.degruyter.com/view/j/bfup-2013-37-issue-1/bfp-2013-0012/bfp-2013-0012.xml>.

¹³ Zu ähnlicher Einschätzung scheint auch de la Durantaye bei der Diskussion über die völkerrechtlichen Vorgaben der Wissenschaftsfreiheit zu kommen, wenn sie ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (vgl. NJW 2013, 2735) über den Zusammenhang von Urheberrechtsbestimmungen und Meinungs- und Pressefreiheit für bemerkenswert hält, „da es urheberrechtlichen Schutz ausdrücklich als Eingriff in Kommunikationsfreiheiten behandelt. Sollte sich diese Ansicht durchsetzen, könnte dies zu einer flexibleren Auslegung des Urheberrechts im Lichte anderer Menschenrechte führen.“ (42) Hätte nicht der Konjunktiv in indikative Formulierungen umgesetzt werden können?

¹⁴ Vgl. Allianz der Wissenschaftsorganisationen: Neuregelung des Urheberrechts: Anliegen und Desiderate für einen Dritten Korb vom 9.7.2010, hier der Vorschlag für einen § 45b Wissenschaftlicher Gebrauch und Bildung, S. 8-10. (http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/Allianz_Desiderate_UrhG.pdf).

Auch die Kultusministerkonferenz (KMK) ist in ihrem Positionspapier von 2009 der Auffassung, „dass die de lege lata in den §§ 52 a, 52 b und 53 a normierten Schrankenregelungen de lege ferenda nicht durch eine Synopse wie bei der Allianz, sondern durch eine generalklauselartig gefasste einheitliche Schrankenregelung für die Bereiche Bildung und Wissenschaft zu ersetzen sind“. Der Vorschlag der KMK¹⁵ ist daher dem Vorschlag des Aktionsbündnisses in formaler Sicht näher als der der Allianz.

Die KMK forderte entsprechend, dass das Gesetzgebungsverfahren für den Dritten Korb dazu genutzt werden soll, „eine für die Bereiche Bildung, Wissenschaft und Kultur umfassende Schrankenregelung zu schaffen“. Die Kultusministerkonferenz schlug dafür einen erneuerten § 52a vor, durch den „die immer kleinteiliger und in der Praxis kaum noch handhabbar gewordenen Schrankenregelungen ersetzt“ würden und der nach Einschätzung der Kultusministerkonferenz ebenfalls „mit der EU-Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001 konform“ sei. Allerdings sollen in diesem Vorschlag die Rechte der Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes nicht den Nutzern direkt zugestanden werden, sondern „öffentlichen Einrichtungen, denen Aufgaben in Bildung, Wissenschaft und Kultur übertragen sind“.

Anders als das Aktionsbündnis haben weder die Allianzorganisationen noch die KMK ihre Vorschläge weiterentwickelt. Es ist aber zu erwarten, dass dies im Prozess der politischen Auseinandersetzung um die ABWS geschehen wird und dass möglicherweise auch noch andere Organisationen Vorschläge in die Diskussion einbringen werden.¹⁶

Im europäischen Kontext nähert sich der Vorschlag der Wittem-Gruppe für einen European Copyright Code den Vorstellungen einer weitgehend uneingeschränkten Nutzung urheberrechtlich geschützter Materialien für Wissenschaft und Bildung an¹⁷. Hier wird in Art. 5.2 *Uses for the purpose of freedom of expression and information* unter (2), b eine Schrankenregelung für den „use for purposes of scientific research“ vorgeschlagen. Auf die konkrete Nutzung (durch die Endnutzer selbst) wird hier Bezug genommen, nicht auf eine institutionelle Vermittlungstätigkeit. Begründet wird diese Möglichkeit zur umfassenden Nutzung publizierten Wissens zugunsten von Bildung (*educational purposes*) und Wissenschaft (*scientific research*) durch einen Hinweis auf das Menschenrecht der Informationsfreiheit (*freedom of expression and information*). Welcher Art die Nutzungen sind und in welcher Extension sie in Anspruch genommen werden können, wird nicht weiter spezifiziert¹⁸. Das bedeutet, dass hierdurch (anders als durch die kleinteiligen Bestimmungen in dem deutschen § 52a) jede Nutzung (unabhängig von der institutionellen Verortung), die aus wissenschaftlichen Gründen (*purposes*) erfolgt, begünstigt wird:

¹⁵ Vgl. Pflüger, ZUM 2010, 938ff.

¹⁶ Mit Datum 25. Juni 2014 hat der Deutsche Bibliotheksverband e.V. (dbv) einen Text für eine ABWS vorgelegt, der § 52a ersetzen soll (nachzulesen unter: http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/positionen/2014_06_25__Stellungnahme_Wissenschaftssc_hranke.pdf).

¹⁷ Wittem Group, The Wittem Project. European copyright code. April 2010 - www.copyrightcode.eu; vgl. R. Kuhlen, Richtungsweisend oder eine verpasste Chance? Der Copyright-Code des Wittem Projekts. In: Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC) 2/2011, S.18-25.

¹⁸ Entsprechend in Art 5.3 „Uses permitted to promote social, political and cultural objectives“, wo es ebenfalls lapidar unter (2), b heißt: „use for educational purposes“.

“The following uses for the purpose of freedom of expression and information are permitted without authorisation, but only against payment of remuneration and to the extent justified by the purpose of the use:

- (a) use of single articles for purposes of internal reporting within an organisation;
- (b) use for purposes of scientific research.”

Abgehoben wird auf das, was der eigentliche Sinn der urheberrechtlichen Regelungen für das wissenschaftliche Arbeiten sein sollte, nämlich die genehmigungsfreie Nutzung publizierter Arbeiten für wissenschaftliche Forschung zu ermöglichen.

Alle diese Vorschläge sowohl für Wissenschaft als auch für Bildung können als Schritt in die Richtung eines allgemeinen Wissenschafts- und Bildungsurheberrechts gewertet werden. Allerdings sind keine dieser Vorschläge auch nur annähernd so umfassend begründet oder in den Kontext der internationalen und nationalen Vorgaben gestellt wie die Vorschläge der Durantaye-Studie.

4. Die Durantaye-Studie zur Allgemeinen Bildungs- und Wissenschaftsschranke

Mit der Durantaye-Studie soll eine Lücke in der Diskussion um ein zeitgemäßes Wissenschaftsurheberrecht geschlossen werden. Ein Dreifaches soll die Studie leisten:

- a) klären, ob eine allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke überhaupt rechtlich zulässig ist;
- b) einen Regulierungsvorschlag vorlegen, der den Bedürfnissen der Praxis am besten entspricht und
- c) einen Interessenausgleich zwischen Rechteinhabern und den durch die Schranke Berechtigten herbeiführen.

Das Erfordernis (a) impliziert, dass eine solche ABWS rechtlich auch unzulässig sein kann. Wie kann das sein? Natürlich kann der Gesetzgeber eine ABWS formulieren. Zweifel daran hat auch die gegenwärtige Bundesregierung nicht. In der Koalitionsvereinbarung steht nicht, dass man prüfen werde, ob eine solche ABWS möglich sei, sondern: „Wir werden den wichtigen Belangen von Wissenschaft, Forschung und Bildung stärker Rechnung tragen und eine Bildungs- und Wissenschaftsschranke einführen.“¹⁹ Also nicht “ob”, sondern „wir werden“.

Gemeint ist von de la Durantaye wohl eher, und das zeigt dann der Gang der Untersuchung und auch das vorgelegte Ergebnis in den §§ XX und YY, dass sie herausfinden möchte, in welcher Form eine ABWS unter den gegebenen rechtlichen Voraussetzungen möglich ist. Was die Studie höchstens leisten will, ist eine liberale Auslegung des Status quo, welche aber nicht im Widerspruch zu den gegebenen Rechtsetzungen und Rechtsprechungen stehen darf.

Das Ziel der Durantaye-Studie war es aber offensichtlich nicht, eine ABWS vorzulegen, die, entsprechend (b), „den Bedürfnissen der Praxis am besten entspricht“, sondern eine bestmögliche, die mit den juristischen Vorgaben kompatibel ist. Priorität haben immer die juristischen Vorgaben.

Dass de la Durantaye nicht in der Lage gewesen wäre, konstruktiv und nicht überwiegend auslegend vorzugehen, mag man angesichts ihrer klaren Aussagen zugunsten eines „transparenten,

¹⁹ <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> - S. 93.

allgemeinverständlichen Urheberrechts, das die wissenschaftliche Arbeit fördert, Anreize für Innovationen setzt und die Rechte der Urheber angemessen berücksichtigt“, kaum annehmen. Etwas später im Text heißt es sogar: „Die bisherigen Gesetzesänderungen, mit denen auf die voranschreitende Digitalisierung reagiert wurde, haben die Rechtslage zusätzlich verkompliziert. Sie wird den Herausforderungen des Zeitalters der digitalen Kommunikation nicht gerecht. Das Problem wird dadurch verstärkt, dass die Gerichte die bestehenden Schranken restriktiv und bisweilen unvorhersehbar auslegen.“

Schon auf der ersten Seite ihrer Studie stellt de la Durantaye sich voll hinter die Forderung, dass „das Urheberrecht reformiert werden muss, damit es den Bedürfnissen von Bildung und Wissenschaft angemessen Rechnung tragen kann.“ Aber sie löst diese Forderung nur begrenzt ein: Die §§ XX und YY sind – um das Ergebnis meiner Auseinandersetzung mit den Vorschlägen aus der Studie vorwegzunehmen – m.E. kaum als wirkliche Reformvorschläge einzuschätzen, sondern als Anpassungen, wenn auch teilweise weitgehende und zuweilen mutig fortgeschrittene Anpassungen an die rechtsetzenden Vorgaben der Politik und an die der rechtauslegenden Gerichte. Das wird in den weiteren Abschnitten dieser Arbeit deutlich werden.

Woran kann es gelegen haben? Das BMBF, das während der Regierungszeit der CDU/CSU/FDP-Koalition, soweit öffentlich erkennbar, eher zögerlich blieb, wenn es darum ging, sich aktiv oder gar aktiv konstruktiv fordernd in die Diskussionen um ein bildungs- und wissenschaftsfreundliches Urheberrecht einzuschalten, beschloss Ende 2012 offensichtlich, sich mit der Herausforderung einer umfassenden ABWS auseinanderzusetzen. Dieses geschah dann über die direkte Vergabe eines Forschungsprojekts an Frau Dr. Katharina de la Durantaye, Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, insbesondere Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Humboldt-Universität zu Berlin.

De la Durantaye weist die Einordnung der Arbeit als Gutachten oder auch nur als *Forschungsauftrag* zurück. Ob es nun Vorgaben aus der Politik gegeben hat oder nicht – es war der Juristin wohl klar, dass das Konzept einer ABWS keinesfalls voraussetzungslos entwickelt werden sollte. Vielmehr waren die internationalen völkerrechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere auch der Drei-Stufen-Test, als gegeben und als nicht disponibel anzusehen. Das gilt ganz besonders auch für die Vorgaben aus der EU (hier der InfoSoc-Richtlinie von 2001). Beachtenswert ist, dass auch intensiv und konstruktiv eine Diskussion über die Relevanz einschlägiger Menschenrechte für die Gestaltung des Urheberrechts geführt wird. Dass auch die verschiedenen Kommentare und natürlich auch die Urteile der entsprechenden Gerichte (bis zum BGH, BVerfG und sogar zum EuGH) sowie die Rechtsauslegungen der Fachwissenschaft nicht nur Berücksichtigung finden sollten, sondern auch als Grenzen der wissenschaftlichen Vorschlagskreativität anerkannt werden müssen, ist für einen juristischen Fachtext selbstverständlich.

Diese Orientierung am *acquis* ist die Stärke, aber auch die Grenze dieser Arbeit und gleichzeitig auch ihre Gefahr. Auf die Stärken und Grenzen werde ich im Detail eingehen. Nur eine Anmerkung zur Gefahr: Es ist sehr wahrscheinlich, dass in der bevorstehenden Auseinandersetzung mit der ABWS diese Arbeit von Seiten der Politik (und jetzt auch schon von juristischen Fachwissenschaftlern; vgl. FN 63) als Referenztext angesehen wird – mit dem zu befürchtenden Ergebnis, dass der in der Durantaye-Studie vorgelegte Vorschlag (eigentlich sind es zwei Vorschläge, da neben der ABWS auch noch eine allgemeine Bibliotheksschranke (ABS) vorgesehen ist) als maximal angesehen werden wird. Und maximale Vorgaben werden in der Regel im Prozess der politischen Beratung oft genug

minimalisiert bzw. neutralisiert (um nicht den englischen Ausdruck *neutered* zu verwenden). Der Sinn dieser Besprechung ist aber nicht zuletzt zu zeigen, dass die -Vorschläge der Durantaye-Studien keinesfalls als maximal nützlich anzusehen sind – wenn man denn eine Reform des Möglichen und Gebrauchten im Sinne hat und nicht nur eine weitere Auslegung des Bestehenden.

5. Zur Struktur der Durantaye-Studie

Keine Frage – mit der Durantaye-Studie liegt (trotz aller im Folgenden angeführten Bedenken) eine umfassende, quantitativ und qualitativ höchst beachtliche, habilitationsschriftverdächtige Untersuchung vor, mit der sich die Verfasserin zweifellos weiter in der juristischen *Community* etablieren sollte. Auf 264 Seiten gibt es 1764 Fußnoten mit einer Fülle zusätzlicher Information. Dazu kommt ein 25 Seiten langes Literaturverzeichnis mit über 300 Referenzen, die zu weiterer Auseinandersetzung mit dem Thema einladen. *Wünschenswert* wäre ein gesondertes Verzeichnis der in der Arbeit natürlich häufig zitierten Gerichtsurteile auf den verschiedenen Ebenen von den Landgerichten bis zum BGH bzw. BVerfG und dem EuGH oder dem EGMR gewesen. *Erforderlich* gewesen wären sowohl ein Glossar als auch ein Register. Aber dafür war wohl keine Zeit gewesen. Die Verfasserin wollte verständlicherweise die Arbeit so schnell wie möglich in die aktuelle Diskussion um eine ABWS einbringen.

Das umfängliche Material und die verwendeten Argumente, die Eingang in die Studie gefunden haben, sollte von jedem, der sich an der Diskussion um die ABWS beteiligen will, gebührend zur Kenntnis genommen, aber vielleicht dann doch nicht in der Gänze übernommen werden.

Die Studie besteht nach der Einleitung aus sechs Teilen: Teil 1 umreißt den Untersuchungsgegenstand über ca. 30 Seiten, wobei einige Einsichten in die wissenschaftlichen Forschungs- und Publikationsprozesse und deren Probleme mit dem bestehenden Urheberrecht vermittelt werden. Teil 2 analysiert über ca. 20 Seiten die völker- und europarechtlichen Vorgaben, die der Gesetzgeber nach Ansicht der Verfasserin bei einer ABWS zu berücksichtigen habe. In Teil 3 werden auf über 50 Seiten die im deutschen Urheberrecht eingerichteten Schranken für Bildung und Wissenschaft analysiert (mit zum Teil vernichtendem Resultat – wobei die „Schuld“ gleichermaßen der InfoSoc-Richtlinie von 2001 und dem Dreistufentest zugewiesen wird): in der Reihenfolge: §§ 46, 47, 53, 54, 54a, 54c, 54h, 53a, 52a und 52b. § 51 Zitate wird überraschenderweise nicht diskutiert (kurz begründet über FN 9 in der Studie). In den Teilen 4 und 5 werden jeweils mit Blick auf die Copyright-Systeme in England (ca. 45 Seiten) und in den USA (ca. 25 Seiten) die dortigen Ausnahmeregelungen für Bildung und Wissenschaft dargestellt. Vor allem die ausführliche Darstellung des Copyrights im UK hat eher historischen, aber auch systematisch vergleichenden Wert. Die aktuellen Copyright-Entwicklungen, hier vor allem zu „Research, Education, Libraries and Archives“, sind erst 2014 in Kraft getreten und konnten von der Verfasserin nur angedeutet werden, sollten aber vom Gesetzgeber in Deutschland als ein Schritt in die Richtung des Möglichen Berücksichtigung finden.

Im zentralen Teil 6 werden über ca. 70 Seiten zum einen die Handlungsoptionen ausgelotet und dann zum andern die konkreten Normvorschläge vorgestellt und diskutiert. Im Anhang werden Tatbestandselemente der Schranken für Bildung und Wissenschaft zusammengestellt (Tab. 1), ebenso deren unklare und umstrittene Elemente (Tab. 2) und schließlich die Schranken bestimmenden Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie (Tab 3).

Dass zwei Normen vorgeschlagen werden, überrascht etwas; denn entsprechend dem Titel der Studie hätte man nur die „Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ über § XX – Bildung und Wissenschaft erwartet (S. 214ff). Es wird aber noch eine „Schrankenregelung für Bibliotheken, Museen und Archive“ mit einem § YY – Bibliotheken, Museen und Archive“ vorgeschlagen und diskutiert (S. 245ff). Gehen wir zunächst auf diese ein. An ihr zeigt sich noch deutlicher als bei dem generalklauselähnlichen § XX, dass sich die Verfasserin mehr an dem *acquis* als an den Bedürfnissen der auf die Dienste der Vermittlungseinrichtungen angewiesenen Personen in Bildung und Wissenschaft orientiert hat.

II. Eine zeitgemäße oder doch unzeitgemäße Bibliotheksschranke?

Im Folgenden wird zunächst der Text von § YY zitiert:

§ YY – Bibliotheken, Museen und Archive

„(1) Zulässig ist das Herstellen oder Herstellenlassen von Vervielfältigungsstücken durch öffentlich zugängliche Bibliotheken, Museen oder durch Archive, die keinen unmittelbaren oder mittelbaren kommerziellen Zweck verfolgen, zur Archivierung

1. von Werken aus ihrem eigenen Bestand,
2. von öffentlich zugänglich gemachten Werken, die ohne vorherige Anmeldung unentgeltlich für jedermann zum vollautomatisierten Abruf bereitstehen, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist.

(2) Zulässig ist die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung von veröffentlichten Werken aus dem eigenen Bestand durch die in Absatz 1 genannten Einrichtungen zur Zugänglichmachung für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung und privater Studien an eigens dafür eingerichteten elektronischen Terminals in ihren Räumlichkeiten, wenn die Nutzung durch die Einrichtungen geboten ist.

(3) Zulässig ist auf Einzelbestellung die Vervielfältigung und Übermittlung veröffentlichter Werke durch öffentlich zugängliche Bibliotheken

1. im Wege des Post- und Faxversands, sofern die Nutzung durch den Besteller nach § 53 zulässig ist,
2. auch in sonstiger elektronischer Form, sofern die Nutzung durch den Besteller nach § 53 zulässig ist und keinen kommerziellen Zwecken dient,
3. auch in sonstiger elektronischer Form zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, wenn dies keinen kommerziellen Zwecken dient, wenn und soweit die Vervielfältigung in ihrem Umfang geboten ist.

(4) ¹Für die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung nach Absatz 2 sowie die Vervielfältigung und Übermittlung nach Absatz 3 ist dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen. ²Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. ³§§ 54 bis 54h bleiben unberührt.“

Die Zweiteilung in eine Bildungs- und Wissenschaftsschranke und eine für Bibliotheken, Archive und Museen hat sich im Verlauf der Darstellung nicht unbedingt angekündigt. In Teil 3, B werden die jetzt geltenden Schrankenregelungen für Bildung und Wissenschaft zusammen analysiert. Dass am Ende

doch eine Zweiteilung vorgeschlagen wird, hängt möglicherweise auch mit den Ergebnissen der in den Teilen 4 und 5 geleisteten Analyse der UK- und USA-Situation zusammen.

Sowohl das *fair dealing* im UK als auch das *fair use* in den USA ist jeweils zweifach begründet. Zum einen sind die Ausnahmeregelungen bzw. deren Prinzipien durch den Zweck begründet (nicht-kommerzielle Nutzung für Forschung und Ausbildung), zum andern kommt eine institutionelle Begründung zum Tragen. Nur spezielle Einrichtungen wie z.B. Bibliotheken sollten durch diese Regelungen begünstigt werden. Allerdings geht das institutionelle Argument mit dem zweckgebundenen zusammen. Nur solche Institutionen werden begünstigt, die der nicht-kommerziellen Nutzung für Forschung und Ausbildung dienen.

Das spiegelt sich auch im Vorschlag YY wider, bei dem „Zweck“ alleine sechsmal zur Begründung der Nutzung verwendet wird. Abs. 1 führt an, dass die aufgeführten Institutionen „keinen unmittelbaren oder mittelbaren kommerziellen Zwecke verfolgen“ dürfen (wobei durchaus unklar ist, was „unmittelbar“ oder „mittelbar“ hier Unterschiedliches zu bedeuten hat). In Abs. 2 ist von Zwecken der wissenschaftlichen Forschung“ die Rede und auch von Zwecken „privater Studien“. Auch in Abs. 3 darf die dortige Regelung „keinen kommerziellen Zwecken“ dienen.

Neben dem Institutionalisierungsargument wird aber auch noch ein dogmatischer Grund für die Trennung der beiden Schrankenvorschläge angeführt. Zumindest Abs. 1 von § XX hat einen generalklauselähnlichen Charakter. Unter Berufung auf Erwägungsgrund 40 der InfoSoc-Richtlinie, nach dem Ausnahmen oder Beschränkungen zugunsten der auch durch § YY privilegierten Einrichtungen „auf bestimmte durch das Vervielfältigungsrecht erfasste Sonderfälle begrenzt werden“, hält sie eine „Generalklausel zugunsten dieser Einrichtungen“ [Bibliotheken, Archive, Museen-RK] für „europarechtlich nicht zulässig. Dementsprechend enthalten § YY Abs. 1 Nr. 1 und 2 einzelne, eng umrissene Schrankentatbestände“ (248f).

Aber ist das wirklich ein Argument gegen die Integration von Handlungen dieser Einrichtungen in eine ABWS? Dass Verfahren der Bestandssicherung unter die InfoSoc-Vorgabe der „Sonderfälle“ subsumiert werden können, scheint unstrittig zu sein, zumal dann, wenn auch das direkt den (nicht-kommerziellen) Zwecken wissenschaftlicher Forschung zugeordnet wird. Aber auch alle anderen, „die wissenschaftliche Forschung und Lehren und Lernen unterstützenden Leistungen“ (so in Abs., 1, Satz 3 des Vorschlags des Aktionsbündnisses; vgl. Abschnitt 0) sollten als solche „Sonderfälle“ verstanden werden können. Ich komme darauf bei dem Vergleich der beiden Vorschläge in der Durantaye-Studie mit dem einen integrierten Vorschlag des Aktionsbündnisses zurück.

1. Ausklammerung der Bildungseinrichtungen

Nicht recht überzeugend ist bei YY, dass nur Bibliotheken, Museen und Archive begünstigt werden, nicht aber Bildungseinrichtungen, obgleich nach Art. 4 (2) c der InfoSoc-Richtlinie auch diese hätten aufgenommen werden können. De la Durantaye hält dies für überflüssig, da Bildungseinrichtungen i.d.R. über Bibliotheken verfügen und daher über diese sowieso privilegiert würden. Ob dies für alle Schulen zutrifft, die sicherlich zu den Bildungseinrichtungen zu zählen sind, kann bezweifelt werden. Ohnehin ist zu erwarten, dass mit der immer stärkeren „Internetisierung“ aller wissens- und informationsbezogenen Vorgänge diese auch in den Bildungseinrichtungen immer weniger über den institutionellen Bezug zu den Bibliotheken durchgeführt werden, sondern direkt über die Dienstleistungen der Content Provider.

Erstaunlich ist die Ausklammerung der Bildungseinrichtungen selbst schon für die Regelung der Vervielfältigungsrechte in § YY, Abs. 1 da deren Berücksichtigung auf Grund der InfoSoc-Richtlinie der EU von 2001 durchaus möglich gewesen wäre. Dass die Bildungseinrichtungen bei der Einführung von § 52b in Deutschland ausgeklammert wurden, ist auf sicherlich auf die Lobbyarbeit der Schulbuchverlage zurückzuführen, wie auch schon im Ersten Korb bei der Einführung des fatalen Abs. 2 in § 52a, durch den für jede Nutzung von urheberrechtsgeschütztem Material an Schulen die Erlaubnis der Rechteinhaber eingeholt werden musste. Aber muss diesem Lobbying bei einer umfassenden Schranke für Bibliotheken, Museen und Archive(wie § YY) erneut Rechnung getragen werden?

Die Ausklammerung der Bildungseinrichtungen in der allgemeineren Bedeutung ist aber bei de la Durantaye wohl auch systematisch begründet, da sie durchaus skeptisch ist, ob „Bildung“ allgemein über das Urheberrecht privilegiert werden kann: „Eine Schranke, die Bildungszwecke allgemein privilegieren würde, wäre zunächst europarechtlich bedenklich. Bildung ist ein komplexer, lebenslanger Entwicklungsprozess. Bildungszwecke sind daher weit mehr als die Veranschaulichung des Unterrichts. Nur letztere aber privilegiert Art. 5 Abs. 3 lit. a) InfoSoc-Richtlinie. Der europäische Gesetzgeber hat sich bewusst gegen eine umfassende Privilegierung von Bildungszwecken entschieden.“ (219)

Allerdings wurde in der EU 1999, wie von de la Durantaye belegt (vgl. FN 413), bei der Diskussion um die Einführung der InfoSoc-Richtlinie durchaus erwogen, Bildungszwecke grundsätzlich zu privilegieren. Aber man hatte dann später die Bildungszwecke nur an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, wie z.B. an das (negativ) folgenreiche Merkmal „zur Veranschaulichung im Unterricht“ (Art. 5 Abs. 3 lit. a, auch entsprechend Art. 10 Abs. 2 RBÜ). Unter der Überschrift „Kein allgemeines Bildungsprivileg“ folgert auch de la Durantaye aus diesem Merkmal, „ dass Bildungszwecke nur unter bestimmten Voraussetzungen privilegiert werden, Nutzungen urheberrechtlicher Werke zu Bildungszwecken also nicht in jedem Fall zulässig sind.“ (55)

Weitergehende Begünstigungen von Bildung an sich wären durch die Referenz auf „große“ Texte aber durchaus möglich gewesen: In der Studie werden sowohl Art. 26 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AMER) mit dem Recht auf Bildung als auch die völkerrechtliche verbindliche Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) erwähnt, die in Art. 2 des Zusatzprotokolls das Recht auf Bildung gewährt. Auch auf die RBÜ wird verwiesen, die schon sehr früh Forschung und Bildung allgemein privilegierte (Art. 10 Abs. 2). Und nicht zuletzt wird der WCT von 1996 zitiert, wo in der Präambel von der „Notwendigkeit“ gesprochen wird, „ein Gleichgewicht zwischen den Rechten der Urheber und dem umfassenderen öffentlichen Interesse (*public interest*), insbesondere Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen, zu wahren“²⁰. Hätte das nicht auf Urheberrechtsregulierungen übertragen werden können?

Angesichts der de la Durantaye'schen Skepsis gegenüber einer urheberrechtlichen Absicherung von Bildung allgemein wird man schon fragen dürfen, ob der Titel der gesamten Studie „Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ und der Titel des XX-Vorschlags „Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke. § XX – Bildung und Wissenschaft“ gerechtfertigt sind. Politisch und entsprechend der Koalitionsvereinbarung sollte aber die *eine* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke weiter angestrebt werden.

²⁰ Alle Belege/Zitate aus S. 42f.

2. Warum die Beschränkung der Archive auf Vervielfältigung?

Nicht nur ein Nebenthema sollte die Behandlung der Archive sein – sind sie doch die Gedächtnisorganisationen schlechthin. Ihr Primärwert besteht in der Erstellung, Verwaltung und Bestandssicherung für interne Zwecke, wobei das einmal aufgenommene Gut unverrückbar und unverändert „in alle Ewigkeit“ bewahrt bleiben muss. De la Durantaye stützt sich mit ihrer „Definition“ von Archiven als „Sammlung vorhandener Werke zum internen Gebrauch“ auf ein leicht verstaubt wirkendes und kaum auf allgemeine öffentliche Archive zutreffendes BGH-Urteil vom 16.01.1997²¹, welches § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG auslegt. Daher will de la Durantaye die Archive begünstigenden Handlungen (in § YY Abs. 1) auf die Vervielfältigung beschränken (wohl in erster Linie, wenn nicht ausschließlich zur Bestandssicherung): „Die im Rahmen der Schranke erstellten Vervielfältigungsstücke dürfen insbesondere nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden im Sinne des § 19a UrhG. Dies wäre auch europarechtlich unzulässig – Art. 5 Abs. 2 lit. c) InfoSoc-Richtlinie gestattet lediglich Ausnahmen und Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts.“ (249)

Diese Ausklammerung der elektronischen Nutzung von Archiven steht im krassen Widerspruch zum Selbstverständnis der Archive, die sich eben nicht auf den erwähnten (internen) Primärwert beschränkt sehen, sondern gleichgewichtig den Sekundärwert pflegen, welcher „den Nutzen für die Einsichtnahme in die dabei entstandenen Unterlagen, ..., als den Blick von außen bezeichnet“²². Man kann die Argumentation zugunsten einer Nutzung von außen, ebenfalls mit Menne-Haritz, auch höher aufhängen: „Archivierung der Verwaltungsunterlagen ist also ein Mechanismus zur Rechenschaftslegung der Verwaltung und damit zur Demokratiesicherung.“²³ Und: „Die Archivgesetze in Deutschland konstituieren das allgemeine Zugangsrecht zum Archivgut für jede Fragestellung als einklagbares Bürgerrecht.“²⁴ Sicher ist dieses Zugangsrecht nach wie vor durch die physische Präsenz im Archiv gewährleistet, aber sollte man sich heute noch nach Koblenz bewegen müssen, um Materialien des Bundesarchivs studieren zu können?

Was bezüglich Archiv vielleicht im Kontext von § 53 noch nachvollziehbar sein mag, hat in einer zeitgemäßen Schrankenregelung, wie sie § YY sein will, nichts zu suchen. Gewiss muss man Auswege aus den Formulierungen der veralteten, aber noch gültigen InfoSoc-Richtlinie finden. Mit ein wenig mehr Mut wäre ein Analogieschluss von den „Sendeunternehmen“, denen entsprechend Art. 3 Abs. 2 lit. d InfoSoc-RL eine Schrankenregelung für die öffentliche Zugänglichmachung zugestanden wird, auf die Archive allgemein möglich gewesen. Sinnvoll ist das allemal. Nicht einzusehen ist, warum den Materialien, die, wie bei Archiven, überwiegend im öffentlichen Kontext entstanden sind, geringerer Nutzungswert bzw. ein höherer Urheberrechtsschutz zugebilligt wird als den Materialien aus Sendeunternehmen. Lücken auch in einer EU-Richtlinie sollte doch ausgenutzt werden, anstatt die

²¹ BGH GRUR 1997, 459 – CB Infobank I.

²² Angelika Menne-Haritz, Archive. In: R. Kuhlen, Wolfgang Semar/Dietmar Strauch (Hg.), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation; Handbuch zur Einführung in die Informationswissenschaft und Praxis. 6. Aufl. 2013, S. 596-608 (Kapitel D10). De la Durantayes Feststellung: „Archive konzentrieren sich auf die Bewahrung und Ordnung, weniger auf die Vermittlung des Bestandes“ (19) ist sicher nicht verkehrt, aber dennoch wird das „weniger“ derzeit immer mehr. Archive sind auch Informationsvermittlungseinrichtungen. Dies gilt in noch höherem Ausmaß, wenn man die Erwartungen an Medienarchive hinzunimmt. Auch sie haben natürlich bewahrenden, dokumentierenden Charakter, aber eben auch zunehmend und nicht „weniger“ informierenden vermittelnden Zweck. Allerdings werden in den Archiven auch Objekte aufbewahrt, die für einen bestimmten Zeitraum geschützt sind, also nicht, auch in der analogen Form eingesehen werden können. Diese sind dann natürlich auch nicht elektronisch zugänglich.

²³ Menne-Haritz, aaO, S. 598.

²⁴ Ebda. S. 600.

Texte wortwörtlich und abschließend zu verstehen. Unterstützung hätte auch über den Erwägungsgrund (34) der InfoSoc-Richtlinie kommen können, durch den den Mitgliedsstaaten erlaubt wird, öffentlichen Archiven, gleichgestellt mit den Bibliotheken, „Ausnahmen oder Beschränkungen für bestimmte Fälle, etwa für Unterrichtszwecke und wissenschaftliche Zwecke“ zuzubilligen. Eine Ausdifferenzierung zwischen Bibliotheken und Archiven oder Museen ist nicht mehr zeitgemäß.

Was für Archive erforderlich ist – „die Schaffung des notwendigen urheberrechtlichen Freiraums“²⁵ – , gilt gleichermaßen für die Museen – in Deutschland gibt es ca. 6.600²⁶. Auch hier besteht eine Spannung zwischen der weiterhin und entscheidend wichtigen Zugänglichmachung der realen Objekte und der durch die Digitalisierung möglichen Mehrwerteffekte. Diese werden zunehmend von den Besuchern vor Ort in den Räumen und den Benutzern von wo auch immer erwartet und wahrgenommen:

„Ein wesentlicher, stets vibrierender Gesichtspunkt bleibt auch in nächster Zukunft daher die Entwicklung des Verhältnisses von virtuellen und realen Präsentationen des Kulturerbes. Noch ist nicht gänzlich ausgemacht, ob die Aura des kulturell bedeutsamen Gegenstandes durch seine virtuelle Repräsentation beeinträchtigt wird oder ob er durch diese in seiner Bedeutung gerade erhalten und in ein neues Zeitalter mitgenommen wird.“²⁷

Darauf muss das Urheberrecht reagieren und die öffentliche Zugänglichmachung auch bei Museen und Archiven ermöglichen.

3. Digitalisieren durch Bibliotheken, Drucken und/oder Speichern durch Nutzer - Jein

Digitalisieren, Speichern oder Drucken sind selbstverständliche Grundfunktionen beim Umgang mit Wissen und Information. Man sollte davon ausgehen dürfen, dass eine neu zu schaffende ABWS hier klare Verhältnisse schafft und Bildung und Wissenschaft nicht mehr solche starke Fussfesseln anlegt, wie sie nicht zuletzt durch die Gerichte, z.B. in der Auslegung der §§ 52a und 52b, verordnet worden sind – und zwar durchaus nicht einheitlich, sondern über die verschiedenen Stufen der Landgerichte, Oberlandesgerichte, des Bundesgerichtshofs (BGH) und jüngst sogar des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) mit stark unterschiedlichen Einschätzungen.²⁸

Die Spannbreite reicht von einem totalen Verbot des Speichern oder Ausdrucks der von Bibliotheken angebotenen digitalen Materialien. Das wäre einem privaten Nutzer zwar nach § 53 erlaubt, aber den Bibliotheken soll es nicht erlaubt sein, die entsprechenden Vorkehrungen

²⁵ Dreier/Euler/Fischer/van Raay, ZUM 2012, 273.

²⁶ Vgl. Axel Ermert/Karin Ludewig: Museen, in: Kuhlen/Semar/Strauch (Hg.), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation, 2013, S. 609-622 (Artikel D 11).

²⁷ Ermert/Ludewig, S. 619 (FN. 26).

²⁸ LG Stuttgart zu § 52a, Urteil einsehbar unter: <http://www.kuhlen.name/MATERIALIEN/Downloads/urteil-kroener-hagen-04102011.pdf>; OLG Stuttgart zu § 52a, Urteil einsehbar unter: <http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/OLG%20Stuttgart%20040412.pdf>; BGH, Urteil einsehbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2013-11&nr=67491&pos=14&anz=312> (auch: <https://openjur.de/u/660333.html>); LG Frankfurt/M., Urteil v. 3.5.2009 zu § 52b, Text unter: <http://bit.ly/1uLL6Gm>; LG Frankfurt/M. Urteil v. 16.3.2011 zu § 52b, unter: http://www.iuwis.de/sites/default/files/Urteil_LG_Frankfurt.pdf; BGH GRUR 2013,506, Tz. 30; EuGH Rs. C-117/13 vom 11.9.2014 <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013CJ0117&lang1=de&lang2=EN&type=TEXT&ancre=>

bereitzustellen. Ganz radikal war ein Oberlandesgericht, das den Bibliotheken eine Bereitstellung von mehr als 3 Seiten ohne Erlaubnis der Rechteinhaber untersagte. Der BGH befand schließlich, dass bei Handlungen entsprechend § 52a Ausdrucken und Speichern erlaubt ist – allerdings mit der Begründung, dass dies erlaubt sei, da es sich bei der Nutzung entsprechend § 52a nur um „kleine Teile“ handle. Endgültig entschieden ist dies derzeit (1/15) noch nicht, da das Revisionsgericht in Stuttgart noch einmal verhandeln muss.

Vielleicht noch heterogener ging es bei dem Streit im Kontext von 52b zu. Bleiben wir nur bei den obersten Ebenen: In seinem Urteil vom 20.9.2012 im Kontext von § 52b hat der BGH Bedenken gegenüber dem Speichern von vollständigen, digitalisierte Werken geäußert und dieses untersagt, aber das Ausdrucken dann doch erlaubt, obgleich hier die bei § 52a vorgesehene Beschränkung auf die kleinen Teile nicht gegeben ist. Bei § 52b fallen durchaus Volltexte an, und diese sollen die Nutzer der Bibliothek nach dem BGH ohne Umfangsbeschränkung ausdrucken dürfen.

Wie kommt man zu solchen Differenzierungen? Thomas Hartmann bezeichnet es in seinem Kommentar zu dem 52b-BGH-Urteil²⁹ als „ungewöhnlich, wenn der *BGH* bestimmte wissenschaftliche Nutzungen als unerlässlich, andere als nachgeordnet bewertet.“ Interessanter (und deprimierender zugleich) ist allerdings die weitergehende Begründung, weshalb das „Drucken“ als Handlung gemäß 52b erlaubt sein sollte:

„Die Bestimmung des Art. 5 III lit. n der Richtlinie 2001/29/EG soll es den in dieser Regelung genannten Einrichtungen gestatten, die Werke ihres Bestands zu Zwecken der Forschung und privater Studien zugänglich zu machen. Ein wissenschaftliches Arbeiten mit Texten ist nach heutigem Verständnis in der Regel nur dann in zweckentsprechender Weise möglich, wenn wichtige Passagen eines Textes markiert und mit Anmerkungen versehen und die entsprechenden Textauszüge zum weitergehenden Studium aus der Bibliothek mitgenommen werden können. Ein sinnvolles Arbeiten mit auf Terminals wiedergegebenen oder zugänglich gemachten Texten zu Zwecken der Forschung und privater Studien setzt daher die Möglichkeit zum Ausdrucken und Bearbeiten der Texte voraus.“³⁰

Diese Begründung des BGH - und das ist symptomatisch für viele Texte der Rechtsprechung und der Rechtinterpretation durch die Fachwissenschaft - geht an der in Bildung und Wissenschaft die Regel werdenden Praxis der Arbeit mit elektronischen Texten vorbei. Erwartet der BGH wirklich, klassisches Exzerpieren und Unterstreichen gedruckten Materials erzwingen zu können? Und welchen Sinn hat das Speicherverbot, wenn das Drucken auf Papier erlaubt ist? Wem bereitet es heute ein Problem, einen ausgedruckten Text wieder in eine elektronische Datei zu verwandeln und damit zu arbeiten? Ganz offensichtlich besteht hier ein Generationenkonflikt, den die Richter zugunsten des Informationsverhaltens ihrer eigenen Generation meinten auflösen zu müssen. Oder, um die Metapher der Echokammern noch einmal aufzugreifen – hier wurde eindeutig nicht dem gelauscht. Was in Bildung und Wissenschaft selbstverständliche Gang und Gäbe ist.

Noch mehr Verwirrung wurde dadurch gestiftet, dass der BGH sich offensichtlich nicht so ganz sicher war, ob er mit seiner Auslegung von § 52b europarechtlich auf der sicheren Seite sei und hat seine Rechtsauffassung dem EuGH zur Überprüfung vorgelegt und dabei u.a. nach der Erlaubnis von Speichern und Drucken gefragt. Der EuGH hat fast schon sibyllinisch geantwortet: Aus dem Recht der

²⁹ BGH GRUR 2013, 511 – Morpheus m. Anm. Th. Hartmann (EuGH-Vorlage zur Zulässigkeit elektronischer Leseplätze in Bibliotheken)..

³⁰ BGH GRUR 2013, 506, Tz. 30.

Wiedergabe (wie in § 52b vorgesehen) könne nicht das akzessorische Recht der Vervielfältigung (wie Drucken und Speichern) hergeleitet werden. Der BGH habe also falsch entschieden. Allerdings, so folgert der EuGH aus Art. 5 Abs. 2 Buchst. a oder b der InfoSoc-Richtlinie, könnten solche Handlungen wie Drucken und Abspeichern „durch die nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Ausnahmen und Beschränkungen dieser Richtlinie gestattet sein, sofern im Einzelfall die in diesen Bestimmungen festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.“ (RN 57)

Mit einiger Wahrscheinlichkeit kann erwartet werden, dass sich der BGH dieser Auffassung des EuGH anschließen wird. Er könnte dann entweder den jetzigen § 52b dahingehend interpretieren, dass die Wiedergabe an den Terminals (das „Lesen“) durch Vorgänge des (analogen) Druckens und des elektronischen Speicherns durch die Nutzer begleitet werden darf. Oder er wird den Gesetzgeber auffordern, dies explizit durch eine Erweiterung von § 52b zu regeln. Oder wird er sogar seine Einschätzung bezüglich § 52a ändern und Drucken und Speichern auch hier zulassen? Das läge näher, dass es sich bei 52a i.d.R. nicht wie bei 52b um Volltexte, sondern um kleine Teile aus diesen handelt. Besser wäre es, wenn durch eine ABWS solche Beschränkungen bezüglich Drucken und Speichern entfallen würden.

Es sollte doch eher Schluss mit dem kleinteiligen Basteln an bestehenden Vorschriften sein. Angesichts der schwierigen, sich oft widersprechenden Urteile ist auch die Rechtswissenschaft und dann die Politik herausgefordert und aufgefordert, mutigere konstruktive Vorschläge zu machen, anstatt den jeweils aktuellen Rechtssetzungs- und Rechtsprechungsstand als unbestreitbar gegeben hinzunehmen. Recht als soziales Konstrukt ändert sich nicht durch Interpretation, sondern eben nur durch Konstruktion.

Das leistet aber auch an diesem Beispiel die Durantaye-Studie nicht: Nicht klar wird ist, ob § YY, Abs. 2 nun ebenfalls Drucken und Speichern zulässt, obgleich de la Durantaye die Regelung in Abs. 2 für „etwas weiter“ hält als die durch § 52b UrhG gegebenen. Durantaye hält an dem jede Interpretation offen lassendem „geboten“ fest.³¹ Ist es nur Pech, dass das EuGH-Urteil erst nach Fertigstellung der Studien gefällt wurde? Aber sollte sich eine politische Konstruktion von den jeweiligen Vorgaben von Gerichten abhängig machen? Der Gesetzgeber sollte – sogar bestärkt durch den EuGH – bei der Formulierung der ABWS Drucken und Speichern als nötige (uneingeschränkte) Folgenhandlungen in die ABWS aufnehmen – geboten nur durch die Zwecke der wissenschaftlichen Forschung und der Lehre und des Lernens. Die auf nicht-kommerzielle wissenschaftliche Forschung und Lehre und Lernen abzielenden Handlungen sollten direkt in die ABWS integriert werden und nicht teilweise in eine Schranke wie § YY ausgelagert sein sollten.

4. Von den Leseplätzen, über die Terminals zur Virtualisierung des Zugriffs

In die gleiche Kategorie der unzeitgemäßen, in der Durantaye-Studie weiterbestehenden Beschränkungen gehört zweifellos auch das Festhalten in § YY an der Vorgabe aus Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSoc-Richtlinie, welche die Nutzung der von den Bibliotheken aus ihrem eigenen Bestand digitalisierten Materialien nur „auf eigens hierfür eingerichteten Terminals in den Räumlichkeiten der genannten Einrichtungen“ gestattet. Dass § YY auf die irreführende Bezeichnung „Leseplätze“ in §

³¹ „Zulässig ist die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung von veröffentlichten Werken aus dem eigenen Bestand durch die in Absatz 1 genannten Einrichtungen zur Zugänglichmachung für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung und privater Studien an eigens dafür eingerichteten elektronischen Terminals in ihren Räumlichkeiten, wenn die Nutzung durch die Einrichtungen geboten ist.“ (§ YY, Abs.2, Satz 1).

52b³² zugunsten von „Terminals“ verzichtet (wie auch der BGH in seinem 52b-Urteil bzw. seiner Anfrage an den EuGH), ist gut und überfällig, hilft aber auch nicht viel weiter, denn das Problem liegt an dem Ausdruck „in den Räumen der jeweiligen Einrichtung“.

Allerdings scheint es bislang mehr als nur ein kleiner Sprung zu sein, das „in den Bibliotheken“ (vergleichbar der Ersetzung von „im Unterricht“ durch „des Unterrichts“) auf die elektronischen Räume der digitalen Bibliotheken zu beziehen. Sprängen die Gerichte und die Rechtswissenschaftler etwas mutiger, dann könnten Nutzer von ihrem Arbeitsplatz im elektronischen Raum aus die Dienstleistung der digitalen Bibliothek nutzen und wären nicht mehr gezwungen, in die physisch vorhandenen Räume der Bibliothek zu gehen.³³

Versuchen wir eine zweifache Hilfestellung für den Sprung zu geben, die erste eine (relativ schwache) semantische und die zweite eine (wie ich meine starke) technische. Zur Semantik: Im englischen Text von Art. 5 Abs. 3 lit. n ist natürlich nicht von „Räumlichkeiten“ die Rede, sondern von „on the premises“. Der Plural von „premise“ bedeutet in erster Linie „Grundstück“, auch „Räume“ und „Haus nebst Zubehör“. Viele der in analogen Welten entstandenen und anzuwendenden Begriffe, wie der physische Raum, haben unter den Bedingungen der Telemediatisierung³⁴ eine virtuelle Bedeutung bekommen. Das Internet wird so auch als virtueller Raum oder als Gesamtheit der virtuellen telemediatisierten Räume verstanden.

Vor allem aus technischen und methodischen Gründen sollte daher eine zeitgemäße Interpretation der Räumlichkeiten der Bibliotheken als virtuelle Räume dadurch erlaubt sein, dass Benutzer von ihrem Arbeitsplatz aus ihre Rechner so verwenden, als ob diese Endgeräte „on the premises“, auf dem Grundstück der Bibliothek wären. Das ist der Sinn eines VPN (*virtual private network*)-Anschlusses eines entfernten Rechners zur Quelle der Information. Das Übertragungsmedium löst sich, wie der Name VPN schon sagt, von dem physikalischen Übertragungsmedium und existiert nur noch virtuell.

VPN (Virtual Private Networks) ermöglicht gerade das, was durch § 52b an sich vorgesehen sein sollte: Durch den durch VPN gegebenen Remote Access wird ein Nutzungsszenario aufgebaut, „bei dem Heimarbeitsplätze oder mobile Benutzer (Außendienst) in ein Unternehmensnetzwerk [natürlich auch ein Wissenschaftsnetzwerk – RK] eingebunden werden. Der externe Mitarbeiter soll so arbeiten, als wenn er sich im Netzwerk des Unternehmens befindet.“ (<http://www.elektronik-kompodium.de/sites/net/0512041.htm>) Die durch VPN ermöglichte Verbindung ist ein geschützter Tunnel, bei dem die passwortgeschützte und verschlüsselte Kommunikation zwischen Nutzer und externer Quelle gegen Angriffe von außen geschützt ist. Solche Datenübertragungsdienste werden schon immer in und von den Gebäuden („on the premises“) einer Organisation bereitgestellt. Der

³² „Leseplätze“ könnte so verstanden werden, als sei lediglich die öffentliche Zugänglichmachung von Schriftwerken gestattet. Dies ist jedoch nicht der Fall. § YY bringt insoweit Klarheit gegenüber dem geltenden Recht.“ (257).

³³ Eine zeitgemäße Gestaltung von Bibliotheksschranken sollte in Rechnung stellen, dass WissenschaftlerInnen (sicherlich anders als Studierende) in den meisten Disziplinen so gut wie gar nicht mehr in die Bibliotheken gehen, geschweige denn real darin arbeiten. Das stellt keineswegs die Bedeutung der Bibliotheken in Frage (voll sind die Lesesäle überwiegend durch die Studierenden ohnehin). Gebraucht und genutzt werden natürlich weiter die vielfältigen Dienste und Leistungen der Bibliotheken, aber eben nicht vor Ort, in der Bibliothek, sondern *remote*, wo auch immer gerade gearbeitet wird.

³⁴ *Telemediatisierung* ist ein Kunstwort, das Prozesse der Informatisierung, der Telematisierung/Vernetzung und von Hypertextifizierung/Multimedia) zusammenfasst. Telemediatisiert sind die Prozesse der Systeme und Leistungen im Internet.

Nutzer befindet sich sozusagen durch die VPN-Verbindung „on the premises“, und zwar besonders geschützt – geschützt von beiden Seiten, für den Nutzer und für die anbietende Bibliothek.

Ein ähnlicher Dienst für den geschützten kontrollierten Zugang zu Informationen wird vom Deutschen Forschungsnetz mit DFN-AAI – Authentifizierungs- und Autorisierungs-Infrastruktur angeboten, welche das international gebräuchliche Shibboleth-Programmpaket verwendet.

Der Schutz vor dem Zugriff und Missbrauch unberechtigter Personen war wohl der Grund für die in der InfoSoc-Richtlinie vorhandene und in § 52b übernommene Regelung des „in den Räumen“. Sie war wohl kaum gedacht als Schutz der Interessen der Bibliotheken, auf dass möglichst viele Nutzer in die Bibliothek kommen.

All das mag aus der Sicht von 2001 oder auch noch von 2008 gerechtfertigt sein, aber dass der Gesetzgeber und die Gerichte und die Rechtswissenschaft immer noch meinen, den NutzerInnen der Dienste von Bibliotheken einen Zwang verordnen zu müssen, in die Räume der Bibliothek zu gehen, wo die öffentliche Hand Millionen an Euro investiert hat, um die Hochschulen mit entsprechender Netzinfrastruktur zu versorgen, einschließlich der entsprechenden Struktur in und zu den Bibliotheken, ist nicht nur skandalös, sondern vermutlich auch ein Fall für die Rechnungshöfe.

An die Politik sollte eindringlich appelliert werden, ihre Verpflichtung, Rechtswirklichkeit zu schaffen, wahrzunehmen und sich nicht von unzeitgemäßen Vorgaben internationaler Bestimmungen oder von den Interpretationen der Gerichte, und sei es auch des Bundesgerichtshofs oder gar des Bundesverfassungsgerichts, abhängig zu machen. Diese legen Gesetze aus, sie schaffen keine. Natürlich müssen Gerichte dafür sorgen, dass bestehende Gesetze eingehalten werden. Aber wenn bestimmte Details in ihnen denn so deutlich erkennbar unsinnig sind, dann müssen die Gesetze geändert werden. Die Gerichte werden dann den Änderungen der Gesetze folgen.

Der politische Wille ist an sich seit gut 15 Jahren klar erkennbar. Ich verweise nur auf das Strategische Positionspapier des damaligen Bundesministeriums für Bildung und Forschung von 2002 zur Zukunft der wissenschaftlichen Information mit dem Titel „Information vernetzen – Wissen aktivieren“, wo es heißt: „Den Zugang zur weltweiten wissenschaftlichen Information für jedermann zu jeder Zeit und von jedem Ort zu fairen Bedingungen sicherstellen“. „Zu jeder Zeit und von jedem Ort“ – nicht nur zu den Öffnungszeiten der Bibliotheken und von den Leseplätzen in den Bibliotheken!

III. § XX eine im Ansatz richtige, generalklauselähnliche Schrankenregelung

1. Text von § XX

Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke - § XX – Bildung und Wissenschaft

„(1) 1Zulässig ist die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, wenn und soweit die Nutzung in ihrem Umfang durch den jeweiligen Zweck geboten ist und keinen kommerziellen Zwecken dient. 2Zulässig ist dies beispielsweise auch

1. durch den Unterrichtenden zur Vor- und Nachbereitung des Unterrichts,
2. für Prüfungen,
3. als Element einer Sammlung, die Werke einer größeren Anzahl von Urhebern vereinigt und die nach ihrer Beschaffenheit nur zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen bestimmt ist,

4. zur eigenen Unterrichtung über den Stand der wissenschaftlichen Forschung und
5. zur automatisierten Analyse des Informationsgehalts auch ganzer, bereits in elektronischer Form befindlicher Werke, wenn die Vervielfältigung einen integralen und wesentlichen Teil des Verfahrens darstellt.

(2) 1Im Fall des Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 ist auch die Verbreitung zulässig. 2Für die nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 zulässigen Verwertungen gelten § 46 Absatz 3 und Absatz 5 entsprechend.

(3) 1Zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung ist auch die Vervielfältigung unveröffentlichter Werke zulässig. 2§§ 12 bis 14 bleiben unberührt.

(4) 1Für die öffentliche Zugänglichmachung, die Vervielfältigung im Fall des Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 und die Verbreitung gemäß Absatz 2 ist dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen. 2Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. 3§§ 54 bis 54h bleiben unberührt.“

§ XX erhebt den Anspruch, für die in den Bereichen Bildung und Wissenschaft beim Umgang mit urheberrechtsgeschützten Materialien auftretenden Probleme Lösungen anzubieten. Zu Beginn der Studie wird dafür zwischen zwei grundsätzlichen Ansätzen für eine ABWS unterschieden: „Zum einen wird darunter eine Vorschrift verstanden, in der die für Bildungs- und Wissenschaftszwecke bestehenden Schrankenregelungen zusammengefasst werden.“ „Zum anderen wird als allgemeine Wissenschaftsschranke eine generalklauselartige Schrankenregelung für Bildungs- und Wissenschaftszwecke bezeichnet. Eine solche Regelung stellt einen allgemeinen Grundsatz auf, dessen Konkretisierung den Gerichten unter Mithilfe der Rechtswissenschaft überlassen ist.“ Und dann entscheidet die Verfasserin sich: „Dem folgenden Text liegt dieses zweite Verständnis des Begriffs zu Grunde.“ (alle Zitate S. 2). Eine Verwendung von „Klausel“ schien ihr aber dann doch wohl zu weitgehend – ein Kompromiss war dann die Bezeichnung „generalklauselartige Schrankenregelung“ (so auch von Pflüger (vgl. FN 15) für den KMK-Vorschlag (vgl. Abschnitt 0) verwendet).

Entscheidend für den Erfolg einer ABWS oder Klausel ist es,

- a) die Zersplitterung in verschiedene Schranken, die damit einhergehende Intransparenz,
- b) die Unverständlichkeit von Schrankenregelungen,
- c) die Unzeitgemäßheit der bisherigen von den Schranken angebotenen Nutzungsmöglichkeiten und
- d) die Rechtsunsicherheit bei den von den Schranken zugestandenen Nutzungen

zu beseitigen. Alle vier bisherigen Defizite können m.E. durch die Vorschläge der Studie nicht auf befriedigende Weise beseitigt werden.

zu a) Die Zersplitterung bleibt bestehen; allerdings ist sie nicht mehr so stark wie im jetzigen Zustand des Urheberrechtsgesetzes. Durch XX würden § 52a sowie Teile von § 53 überflüssig, durch YY ebenfalls Teile von § 53, aber vor allem §§ 52b und 53a. Auch das ist gewiss eine vernünftige Bereinigung, aber vor allem durch die Trennung von XX und YY keine umfassende.

zu b) Die Kritik an bestehenden Schrankenregelungen wie § 52a wurde nicht zuletzt mit dem Argument geführt, dass die davon Betroffenen/Begünstigten kaum in der Lage waren zu verstehen, was denn in der jeweiligen Norm geregelt ist und was sie entsprechend tun bzw. nicht tun dürfen. Diese Unsicherheiten zu beseitigen, war wesentliches Ziel der Vorschläge in der Durantaye-Studie.

Sieht man sich das Ergebnis von XX und YY an, so kann dieses Ziel kaum als erreicht angesehen werden. Einige Beispiele dazu:

- Wie versteht man Formulierungen wie in Absatz 1 Satz 2 Nr. 3: „als Element einer Sammlung, die Werke einer größeren Anzahl von Urhebern vereinigt und die nach ihrer Beschaffenheit nur zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen bestimmt ist.“
- Warum ist nur hier, entsprechend Absatz 2, neben der Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung auch die Verbreitung erlaubt (wobei Nutzern ohnehin nicht einsichtig ist, was „Verbreitung“ anderes sein soll als die Zusammenfassung von „Vervielfältigung“ und „öffentliche Zugänglichmachung“).
- Im gleichen Abs. 2 findet sich die Formulierung „Für die nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 zulässigen Verwertungen gelten § 46 Absatz 3 und Absatz 5 entsprechend.“ Normen sollten doch aus sich heraus verständlich sein. Nun muss man erst § 46 UrhG einsehen und versuchen, die Formulierungen in den Absätzen 3 und 5 zu verstehen, um das dann auf die Verwertungen in Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 von § XX zu übertragen.
- Entsprechend muss man bei Abs. 3 erst die §§ 12-14 UrhG einsehen, bei Abs. 4 die §§ 54-54h.
- Bei dem Vorschlag § YY ist es nicht viel anders. Hier muss man zumindest die dann als einschlägig vermuteten Passagen von § 53 einsehen, der für sich durch seine Komplexität ein Musterbeispiel für Intransparenz und Unverständlichkeit ist. Ebenso müssten die §§ 54-54h eingesehen werden, um Fehler bei der Vergütung zu vermeiden.

zu c) Die in YY, aber auch durch XX angebotenen Lösungsvorschläge gehen keineswegs zusammen mit den gegenwärtigen technologischen Möglichkeiten bzw. mit dem aktuellen Informationsverhalten und den Bedürfnissen der in Bildung und Wissenschaft Aktiven. Die InfoSoc-Richtlinie der EU von 2001 und die darauf beruhenden Anpassungen des Urheberrechts in Deutschland 2003 und 2008 reflektieren den Stand der durch Technologien möglichen Informationsprodukte und –dienstleistungen des letzten Jahrhunderts. Viele der in den Artikeln dieser Richtlinie festgelegten Bestimmungen sind unzeitgemäß³⁵. Die Durantaye-Studie bleibt weitgehend im Rahmen der durch die § 52a und 52b bestimmten Vorgaben.

zu d) Rechtsunsicherheit entsteht vor allem durch die (übermäßige) Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen. Wir gehen im folgenden Abschnitt näher darauf ein.

2. Unbestimmte (unklare?) Rechtsbegriffe

In der nationalen und europäischen Tradition besteht die Tendenz, das Ausmaß der erlaubten bzw. untersagten Nutzungen in den einzelnen Normen des Urheberrechts so genau wie möglich festzulegen – eben um Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Erkauft wird das oft entweder durch Hyperkomplexität der Normen oder durch Abgeschlossenheit der Anzahl der Normen in der Orientierung am status quo. Beispiel für Ersteres ist (der weitgehend unverständliche) § 53 (Privatkopie) im deutschen UrhG. Beispiel für Letzteres ist in der InfoSoc-Richtlinie der EU von 2001 der Versuch bzw. die verbindliche Vorgabe, die Anzahl der zugelassenen Schranken vollständig und damit abschließend aufzulisten – und zwar in Artikel 5, Abs. 3 a-o.

³⁵ Vgl. Jan Hargreaves/Bernt Hugenholtz, Modernising the European Copyright Framework. In: Copyright Reform for Growth and Jobs. Issue 13/2013 - http://www.ivir.nl/publications/hughenholtz/LisbonCouncil_policybrief.pdf.

Die Schwierigkeiten mit diesem Ansatz haben in der letzten Zeit dazu geführt, bei entscheidenden Problemen in den Normen des Urheberrechts wieder stärker mit unbestimmten Begriffen zu arbeiten. Den Gerichten soll damit – fast schon wie im angelsächsischen *case law* – bei anstehenden Streitfällen Gelegenheit gegeben werden, diese Begriffe im Lichte neuer (technologischer, sozialer, ökonomischer oder moralischer) Entwicklungen neu zu interpretieren. Manchmal dauert es allerdings Jahre, bis Nutzer durch dann höchstrichterliche Entscheidungen verbindlich wissen, was sie dürfen. Und auch dann ist nicht klar, ob die Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs in einem der besonders strittigen Paragraphen wie 52a, 52b und 53a dann auch für die anderen gilt. Was „geboten“ oder „angemessen“ in § 52a sein soll, muss nicht für § 52b gelten, etc. (vgl. Abschnitt 0). Auf der anderen Seite fordert die Auslegung des Urheberrechts, die einzelnen Schranken nicht isoliert, sondern sie in einem systematischen Zusammenhang zu sehen.

Vielfach ist auch in Deutschland diskutiert worden, ob Probleme mit den gegenwärtigen Schrankenregelungen dadurch entschärft, wenn nicht gar gelöst werden könnten, wenn in das deutsche (und das kontinentaleuropäische) Urheberrecht so etwas wie das US-amerikanische *fair use* eingeführt würde³⁶. Dafür setzt sich u.a. die Initiative „Faires Urheberrecht“ ein³⁷: „Um in Streitfragen flexibel auf neue technologische Entwicklungen reagieren zu können, muss das Fair-Use-Prinzip ins Urheberrecht aufgenommen werden. Die Kriterien für „Fair Use“ sind so zu definieren, dass Gerichte Entscheidungen treffen können, die der Lebenswirklichkeit entsprechen.“ *Fair use* ist den generalklauselähnlichen Lösungen zuzurechnen und ist natürlich ebenso ein unbestimmter Rechtsbegriff (allerdings im US-Copyright mit vier konkreteren Auslegungsregeln³⁸), mit dem in den USA aber eine weitaus größere Flexibilität erreicht wird als es in EU-Umgebungen bislang möglich ist.

Auch de la Durantaye hat erkennbar für eine Klausellösung über *fair use* einige Sympathie. Dennoch hat sie sich dagegen entschieden, mit ähnlichen Argumente wie übrigens auch Hargreaves, der sich nach einigen Überlegungen gegen die Ersetzung des *fair dealing* im UK durch das US-amerikanische *fair use* ausgesprochen hat.³⁹ Systematisch scheint die Einführung eines *fair use* im deutschen/kontinentaleuropäischen Urheberrecht schwieriger zu sein als die einer ABWS.

Der Durantaye-Vorschlag einer generalklauselartigen Lösung über § XX arbeitet daher mit der Kombination

- a) einer in der Tat klauselähnlichen umfassenden Erlaubnis (erster Halbsatz von Satz 2, Abs. 1),
- b) mit Einschränkungen durch die Interpretationen offen lassende Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen (besonders folgenreich die Verwendung von „geboten“ im zweiten Halbsatz von Satz 2, Abs. 1 – ausführlich dazu in Abschnitt 0) und

³⁶ Vgl. Achim Förster, Fair Use: ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schranken katalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, 2008; N. Orly Leventer, Google Book Search und vergleichendes Urheberrecht. Unter Heranziehung des deutschen und US-amerikanischen Rechts, 2012.

³⁷ <http://www.faires-urheberrecht.de/>, 596-608, hier: 597.

³⁸ Vgl. <http://www.copyright.gov/fls/fl102.html>.

³⁹ Ian Hargreaves, Digital opportunity. A review of intellectual property and growth. May 2011 - https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf. Anders der auch von de la Durantaye zitierte Antony W. Dnes, A Law and Economics Analysis of Fair Use Differences Comparing the US and UK. Paper prepared for the UK Intellectual Property Office. April 2011 - Abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1858704>.

- c) durch Erläuterungen über Regelbeispiele, die „den Anwendungsbereich der Generalklausel dort, wo er unklar ist“ (212), illustrieren und die der Rechtssicherheit dienen sollen.

Vor allem die Verwendung von Regelbeispielen hat durchaus kreatives, aber doch schwierig zu handhabendes Potenzial. Anders als es sonst bei Normen üblich ist, wird dadurch nicht der Kern der Klausel abgedeckt. Dieser soll in Abs. 1 Satz 1 als direkte Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. a) InfoSoc-Richtlinie so offen wie möglich bleiben. Die fünf angeführten Regelbeispiele beziehen sich auf Randbereiche und sollen verdeutlichen, was „beispielsweise“ und nicht „insbesondere“ auch durch Abs. 1 Satz 1 gedeckt ist.

Hier entsteht aber wohl das Problem, dass entweder Redundanz in die Norm kommt oder Unsicherheit bei neuen Anwendungen. So macht z.B. das erste Regelbeispiel klar, dass „Vor- und Nachbereitung des Unterrichts“ auch „zur Veranschaulichung des Unterrichts“ gehört. Das ist aber jetzt schon durch die Rechtsprechung geklärt, also in einer neuen Norm überflüssig bzw. redundant. Und wer weiß schon heute, welches die Randbereiche für § XX sind. So wie erst seit einigen Jahren das in Regelbeispiel 5 u.a. angesprochene Text and Data Mining als Urheberrechtsproblem gesehen wird⁴⁰, so werden in rasch sich entwickelnden Technologieumgebungen bald wieder neue Randbereiche entstehen. Ich denke, dass die generalklauselähnliche Formulierung in Abs. 1 Satz 1 ausreichend und in der Entwicklungsoffenheit besser ist. Der Ansatz der Regelbeispiele wurde in der bisherigen Rechtsetzung eher durch Erläuterungen bei der Verabschiedung einer neuen Norm realisiert. Aber es mag nicht auszuschließen sein, dass der neue Ansatz der immanenten Regelbeispiele in Zukunft mit Blick auf Klarheit und Rechtssicherheit kreativ sein kann.

Die Formulierungen in § XX (in der Studie dann doch immer wieder insgesamt als Generalklausel angesprochen, z.B. 215) erhalten ihre Legitimierung durch das, was bislang auch schon Recht im Gesetz ist, insbesondere in den „§§ 47, 52a Abs. 1 – Abs. 3, 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 S. 1 Nr. 1“ (215). Muss dann nicht die „Generalklausel“ doch tatsächlich als Realisierung des ersten von de la Durantaye angeführten Ansatzes verstanden werden, bei dem die für Bildungs- und Wissenschaftszwecke bestehenden Schrankenregelungen zusammengefasst werden?

Um den Allgemeinheitscharakter einer Klausel zu wahren, verzichtet die Studie auf die „wortwörtliche“ Übernahme aller begrenzenden Merkmale aus bestehenden Schrankenbestimmungen. Aber natürlich fallen damit diese „Beschränkungen nicht ersatzlos weg. Sie sind weitgehend in den Formulierungen der Generalklausel enthalten“(215), gehören also zum „Kern“ der Regelung. In der entsprechenden Anmerkung 1558 heißt es dann: „So geht etwa die Beschränkung des § 53 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 UrhG auf kleine Teile eines Werkes, Werke von geringem Umfang und einzelne Beiträgen, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen oder öffentlich zugänglich gemacht worden sind, in dem Erfordernis auf, dass „die Nutzung in ihrem Umfang durch den jeweiligen Zweck geboten“ sein muss“ (215, FN 1558).

⁴⁰ Ob für Data Mining überhaupt eine neue Schrankenregelung erforderlich ist, wird verschiedentlich in Frage gestellt, so von der Allianz der Wissenschaftsorganisationen in einer Stellungnahme vom 1.12.2014: Allianz der Wissenschaftsorganisationen zum Urheberrecht: Entfristung von Paragraph 52a UrhG nur ein Zwischenschritt – Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke muss kommen - <http://www.leopoldina.org/de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/press/2275/>. Auch sollte nicht übersehen werden, dass eine gesonderte Schrankenregelung für TDM eventuell zu einem neu einzuführenden Verwertungsrecht führen könnte. Diesen Hinweis verdanke ich Christoph Bruch.

So bleibt denn der ganze, man kann es nicht anders sagen, Unsinn der jahrelangen Auseinandersetzung z.B um die Semantik bzw. die Extension von „kleinen Teilen“ etc. erhalten. Der BGH hat über 10 Jahre nach der Einführung von § 52a nun zwar im November 2013 die Sache vermeintlich entschieden: „kleine Teile“ solle 12% des Gesamttextes bedeuten, aber (bei längeren Texten) keinesfalls mehr als 100 Seiten. Was fängt ein Kursleiter oder ein Mitglied einer Forschergruppe nun mit dieser Deckelung an? Leisten wir uns eine kleine satirische Komik:

Meint das Gericht DIN A4- Seiten (wie Berger, GRUR 2010, 1058, 1062) oder DIN A5-Seiten (wie Wandtke/Bullinger/Lüft, § 52a Rn. 12)? Was trifft für Reclam-Bändchen zu und was für Arno Schmidts „Zettels Traum“? Was wäre hier gerecht? Sollten nicht der Umbruch oder die Zeilenabstände oder die verwendete Schriftart (ca. 13.000 unterschiedliche wären möglich) oder der Schriftgrad eine Rolle bei der Definition von „Seite“ spielen? Dann käme man vielleicht zu 12% bei DIN A5, aber nur zu 6% bei DIN A4, vielleicht zu 12% bei einer 10pt Schrift (die in der Größe dann z.B. bei Helvetica, Garamond und Bickham Script stark abweichen kann⁴¹), aber gerechterweise dann bei einer 12pt Schrift doch eher 15%, bei Verwendung von Helvetica aber vielleicht nur 13,5%.

Wie zählen nur teilweise bedruckte Seiten am Ende eines Kapitels? Spielt es eine Rolle, ob es sich nur um Text handelt oder wird ein Bonus gegeben, wenn viele Bilder im Werk enthalten sind? Offenbar ja; der BGH meint in seinem Urteil zur Zählung des Gesamtumfangs: „sind nur Seiten zu berücksichtigen, deren Inhalt überwiegend aus Text und nicht etwa überwiegend aus Bildern, Fotos oder Abbildungen besteht“. Da werden sich aber alle technischen und experimentellen Wissenschaften freuen. Und alle anderen Schreiber sollte man auffordern, in ihre Texte beliebige Familien- und Urlaubsfotos einzustreuen. Kann man noch weiter treiben: Darf ein Nutzer die Quote der Seiten entsprechend der vorgegebenen 12% dadurch erhöhen, dass er auf manchen Seiten Teile, sagen wir 50%, schwärzt? Geschützt nach dem Urheberrecht und genutzt werden sollen schließlich nicht Seiten, sondern die Inhalte, das in den Seiten enthaltene Wissen. Dass das Schwärzen legal sein könnte, darauf deutet ein Satz in der Begründung des BGH-Urteils hin: „Allerdings“, so zur Berechnung der 12% aus dem Gesamttext, „sind dabei Leerseiten außer Acht zu lassen.“ Inhaltsverzeichnisse, Register und andere Metainformationen zählen aber mit.

Dies ist zugegeben natürlich alles Unsinn, der mit etwas Phantasie und Talent für Satire auch weiter ausgemalt werden könnte. Aber all das soll keineswegs eine Schelte der Juristen/Richter sein, die sich daran machen müssen, den Willen des Gesetzgebers aus dem Jahr 2003 (hier für § 52a) zu interpretieren und diese Interpretation auch für Situationen im Jahr 2013 plausibel zu halten. Aber man ist doch versucht, sich darüber lustig zu machen, dass all dies nun 2014 in dem Vorschlag für eine ABWS versteckt wieder übernommen werden soll.

Sie, die kleinen Teile, sollten einfach durch „publizierte Werke ersetzt werden. Das macht in der sich jetzt auch beim BGH (und EuGH) stärker durchsetzenden teleologischen Auslegung nur Sinn. Der Sinn von § 52a bestand darin, Forschung und Lehre/Lernen die „schränkengestützte Nutzung moderner Kommunikationsformen“ nicht zu verweigern. Dass eine Nutzung im Gesetz nur „in ganz eng definiertem Umfang“ erlaubt sein solle, entspricht genauso wie das „im Unterricht“ oder das Druck- und Speicherverbot dem damaligen, auf Verknappung und auf Schutz der kommerziellen Verwertung

⁴¹ Das Beispiel ist dem Wikipedia-Artikel „Schriftgrad“ entnommen - <http://de.wikipedia.org/wiki/Schriftgrad>.

ausgerichteten Zeitgeist. Wenn man dem Zweck der Norm aus der heutigen Sicht folgt, müssten alle diese kleinteiligen Einschränkungen wegfallen (so wie es auch ursprünglich das BMJ 2002 bei seinem Vorschlag für § 52a empfohlen hatte).⁴²

Das in § XX, Abs., Satz 1, Teilsatz 2 verwendete „geboten“ hat dann noch eine fatalere Konsequenz, die letztlich die gesamte, rechtlich an sich verbindliche Regelung von § XX aushebelt (vgl. Abschnitt 0).

3. Aus „im Unterricht“ wird „des Unterrichts“ – allerdings nur im Schneckentempo

Die Durantaye-Studie greift das Urteil des BGH auf, dass das „zur Veranschaulichung im Unterricht“ in § 52a UrhG nicht wirklich „im Unterricht“ bedeutet. Es geht es auf einmal, dass der BGH⁴³ den fatalen Ausdruck „zur Veranschaulichung im Unterricht“, welches im Sinne einer wörtlichen Auslegung die Anwendung der Schrankenregelung in § 52a auf die Präsenzphase des Unterrichts beschränkte, jetzt ohne Probleme in „zur Veranschaulichung des Unterrichts“ uminterpretiert⁴⁴. Die jahrelange Scholastik um „im“ und „des“ bzw. „für“ in vielen Arbeiten der Rechtswissenschaft sollte nun vorbei sein.

Interessant ist dabei nicht nur die Auslegung, was denn alles zum Unterricht gehören solle (auch die Vor- und Nachbereitung, die Prüfungen sowie „Veranschaulichungs“prozesse in e-Learning-Kursen), sondern vor allem die allgemeine teleologische Begründung für den Wechsel von „im“ zu „des“: „Im Übrigen wäre“, so der BGH, „die Vorschrift praktisch bedeutungslos, wenn ein Zugänglichmachen nur während des Unterrichts zulässig wäre.“ Diese BGH-Einsicht ist eine hoffnungsmachende Auslegung, die abweicht von der ansonsten verfolgten Regel, dass die Schrankenbestimmungen auch in den Details sehr eng ausgelegt werden müssten.

Der BGH und im Gefolge dann auch die Durantaye-Studie machen einen richtigen Schritt, aber beide bleiben dann doch bei einem Schneckentempo, obgleich bei einer zu Ende gedachten (teleologischen) Sinninterpretation des Gesetzes eigentlich ein größerer Schritt und eine etwas höhere Geschwindigkeit fällig gewesen wäre:

Sinnvoll nämlich wäre der Schritt weg von der didaktisch unzeitgemäßen, exklusiv lehrebezogenen, Eigeninitiativen der Lernenden nicht gerade begünstigenden Einschränkung „zur Veranschaulichung des Unterrichts“ zu einer zeitgemäßen Öffnung, nämlich für nicht kommerzielle Zwecke von Lehr- und Lernprozessen an Bildungseinrichtungen. Nicht nur das Lehren, sondern auch das Lernen sollte

⁴² Abs. 1 von „§ 52a-E Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung [Entwurf des BMJ von 2002]

(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.“

⁴³ BGH, Urt, v. 28. 11. 2013 - I ZR 76/12, GRUR 2012, 718 - Meilensteine der Psychologie

([http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2013&Sort=3&nr=66067&pos=0&anz=193)

[bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2013&Sort=3&nr=66067&pos=0&anz=193](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2013&Sort=3&nr=66067&pos=0&anz=193)).

⁴⁴ So sensationell ist das natürlich nicht, denn nach der Definition der öffentlichen Zugänglichmachung in § 19a UrhG, welche ja gerade auch in § 52a erlaubt sein soll, muss „der Abruf urheberrechtlich geschützter Werke durch die Nutzer jederzeit und an jedem Ort möglich sein“ (Thomas Hoeren, Kleine Werke? – Zur Reichweite von § 52 a UrhG, ZUM 2011, 369, 371).

durch die Urheberrechtsschranke unterstützt werden, wobei Lernen natürlich weiter von den anregenden Vorgaben der Lehrenden unterstützt werden soll. Aber zunehmend ermuntern oder fordern sogar Lehrende, besonders bei eLearning- und Fernkursen das selbständige Recherchieren und Einbringen einschlägiger Literatur.

Sollte man nicht den Gerichten und einer wissenschaftlichen Studie zumuten, sich einen kleinen Überblick zu verschaffen, was heute als didaktisches Leitprinzip in elektronischen Umgebungen gilt: „Das Konzept der Offenheit von Zugang und Zugriff auf Lernangebote erhält durch das Internet neue Impulse: Mit den Schlagworten *learning on demand* oder *just in time learning* ist die Überlegung verbunden, dass Lernende selbständig und ad hoc auf Lernangebote zugreifen, um aktuelle Informations- oder Wissensdefizite zu beheben. Das Internet bietet sich für diese flexible Form eines offenen Fernlernens an.“⁴⁵ Und im Sinne des kollaborativen Lernens ist es bei solchen Kursen auch erwünscht, dass nicht allein der recherchierende Lernende davon Nutzen zieht, sondern dass er die Ergebnisse seiner Recherchen auch in den elektronischen Pools des Kurses einsteigt⁴⁶.

Offensichtlich war es in Deutschland für die Gerichte noch zu schwer, den großen Schritt zu einem urheberrechtsgestützten offenen Lernen zu wagen, wenn wie ein Klotz am Bein die Vorgabe der InfoSoc-Richtlinie aus Art. 4, (3),a hängt, die da lautet: „für die Nutzung ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung. Die Formulierung „Veranschaulichung im bzw. nun des Unterrichts“ nahm der BGH bislang weiter wörtlich. Könnte es leichter werden, wenn auch der Erwägungsgrund (42) Berücksichtigung finden würde, durch den der Sinn des Schrankenvorschlags der InfoSoc-Richtlinie deutlich werden sollte. Dort wird auch explizit der „Fernunterricht“ erwähnt, der auf offenem Lernen beruht.

Leider gesteht auch § XX der Durantaye-Studiennur den *Unterrichtenden* die Rechte der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung zu (und auf einen Sonderfall begrenzt, auch das Recht der Verbreitung). Den gegenwärtigen didaktischen Zielen des selbstbestimmten Lernens und der Praxis der Lernenden, selbständig und kreativ mit den elektronischen Materialien im Internet umzugehen, wird so nicht Rechnung getragen.

Eine ABWS soll zu Recht die wissenschaftliche Forschung unterstützen und sollte das auch ohne die in der Durantaye-Studie verankerten Beschränkungen tun. Ebenso sollte eine ABWS nicht nur einzelne Veranstaltungen des Unterrichts über Angebote des Lehrenden fördern, sondern „das Studium allgemein“. Ob Bildung allgemein durch die ABWS gefördert werden soll, was die Durantaye-Studie ausschließt, sollte weiter Gegenstand der Diskussion sein. Fällt das Ergebnis negativ aus, machte das „B“ in ABWS keinen Sinn.

4. Geboten und angemessen – Lizenzen vs. Schranken

„Geboten“ und „angemessen“ sind offensichtlich die Begriffe, die am meisten auslegungsbedürftig, aber auch auslegungsfähig sind. Aber so gut wie immer scheint „geboten“ an den Zweck gebunden zu sein, nicht an externen Vorgaben. Verwendet werden diese Begriffe i.d.R. um *klarzustellen*, welche

⁴⁵ Michael Kerres/Thomas Jechle: Didaktische Konzeption des Tele-Lernens. In: L. J. Issing & P. Klimsa (Hg.), Information und Lernen mit Multimedia, 2. Aufl. 2001, S. 6.

⁴⁶ Dies ist z.B. der Fall bei dem vom Verfasser über ein Drittmittelprojekt entwickelten K3-Systems, welches dem kollaborativen Ansatz anwendet. Vgl. Joachim Griesbaum/Wolfgang Semar/Tao Jiang/Rainer Kuhlen, K3 – Konzepte und Technologien für netzwerkbasierendes Wissensmanagement in der Hochschulausbildung, in: IWP Information. Wissenschaft & Praxis, Nr. 1/2008, 7-11.

Handlungen „zulässig“ sind. § 53a (Kopienversand auf Bestellung), die als bislang einzige Schranke den Vorrang „einer vertraglichen Vereinbarung“ (Abs. 1, Satz 3) explizit vorschreibt, verwendet nicht „geboten“, sondern „nur dann zulässig“ (ebda). Zuweilen wird auch „gerechtfertigt“ benutzt. § 52a UrhG verwendet in Abs. 1 beides: „soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist“.⁴⁷ Genauso macht es auch die Durantaye-Studie (§ XX, Abs. 1, Satz 1), die sich auch sonst stark an den Vorgaben von § 52a orientiert.

In einem Alltagsverständnis von Sprache klingt das „zu dem jeweiligen Zweck geboten“ vernünftig (das „zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt“ sowieso) und voll im Einklang mit den Interessen der in Bildung und Wissenschaft Arbeitenden. Man dürfe, so die Annahme, urheberrechtlich geschützte Werke in dem Ausmaß vervielfältigen und öffentlich zugänglich machen, wie es der aktuelle Bedarf in der wissenschaftliche Forschung oder für die „Veranschaulichung des Unterrichts“ erforderlich macht. Das ist der Zweck. Im Extremfall: Wird ein ganzes Buch gebraucht, z.B. um einem Kollegen in einer Arbeitsgruppe wegen einer anstehenden Rezension dieses Buches um Rat zu bitten, dann sollte dieses vervielfältigt oder auf den Server für den Zugriff der Forschungsgruppe gelegt werden dürfen.

Aber das begünstigt § XX, wie wir oben gezeigt haben, gerade nicht. Der gebotene Zweck wird an bestehende Einschränkungen angebunden. Und es geht dann noch weiter. Das Öffentlich-Zugänglichmachen entsprechend § 19a sei nicht zu dem jeweiligen Zweck im Sinne von § 52a Abs. 1 Nr. 1 geboten und sei damit unzulässig, wenn der Rechtsinhaber die Werke oder Werkteile in digitaler Form für die Nutzung im Netz der jeweiligen Einrichtung zu angemessenen Bedingungen *anbietet*.

De la Durantaye schließt sich dem BGH-Urteil zu § 52a vom 28.11.2013 an, das kommerziellen Vertragsangeboten Priorität gegenüber der Schrankenregelung einräumt:

„Das Öffentlich-Zugänglichmachen ist nicht zu dem jeweiligen Zweck im Sinne von § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG geboten und damit unzulässig, wenn der Rechtsinhaber die Werke oder Werkteile in digitaler Form für die Nutzung im Netz der jeweiligen Einrichtung zu angemessenen Bedingungen anbietet.“⁴⁸

So ganz krass wollte der BGH dies aber dann doch nicht vorschreiben, sondern fügt dem obigen Satz noch den folgenden an:

„Das setzt allerdings nicht nur voraus, dass die geforderte Lizenzgebühr angemessen ist, sondern auch, dass das Lizenzangebot unschwer aufzufinden ist und die Verfügbarkeit des Werkes oder der Werkteile schnell und unproblematisch gewährleistet ist.“

Dies macht einen kleinen Exkurs zu „angemessen“ erforderlich, da die vom BGH erforderlichen Anforderungen an „angemessen“ kaum die Priorität des Lizenzangebots rechtfertigt. Nach meiner

⁴⁷ In der Begründung des RefE für § 52a UrhG vom 6.11.2002, die auch für die endgültige und im Bundestag verabschiedete Version gilt, heißt es dazu: „Aus den Vorgaben der Richtlinie [InfoSoc von 2001 – RK] ergibt sich die zwingende Beschränkung, dass die Zugänglichmachung zu dem jeweiligen privilegierten Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt sein muss. Vergleichbare Beschränkungen sieht das bestehende Recht bereits in § 53 Abs. 2 Nr. 1 bzw. § 53 Abs. 3 vor, also den entsprechenden Schranken zugunsten von Wissenschaft und Unterricht im Bereich des Vervielfältigungsrecht“.

⁴⁸ BGH, Urt, v. 28. 11. 2013 - I ZR 76/12, GRUR 2012, 718 - Meilensteine der Psychologie (oben FN 43).

Einschätzung sollten noch weitere Bedingungen erfüllt sein, damit Lizenzangebote als angemessen eingeschätzt werden können, z.B.:

- Es sollten keine technischen Schutzmaßnahmen auf den lizenzierten Werken vorhanden sein, d.h. ein Lizenzangebot sollte dann nicht als angemessen angesehen werden, wenn die Lizenz die Nutzung nicht generell erlaubt, also nur auf bestimmte Anwendungen beschränkt ist.
- Insbesondere dürfte es keine Restriktionen bei der Nutzung von TDM-Verfahren (Text and Data Mining bzw. allgemein: Data Analysis) geben, weder für Texte noch für Daten.
- Auch andere Verfahren der Textanalyse, z.B. Wissensrepräsentation, Indexing, Abstracting/Extracting oder Übersetzung dürfen nicht ausgeschlossen werden.
- Lizenzen dürften nicht vorsehen (wie es oft geschieht, so bei Lizenzen des Beck-Verlags für die Nutzung juristischer Zeitschriften), dass sie nicht für eine externe Nutzung über VPN genutzt werden dürfen. Externe Nutzer, auch wenn sie sich mit Passwort in die Dienste ihrer Bibliothek angemeldet haben, würden sonst von Zeitschriften ausgeschlossen, die nur vom Campus aus durch die Lizenz frei zugänglich sind.

Schon diese wenigen Beispiele zeigen, dass durch die Überprüfung des Umfangs des Lizenzangebots ein nicht zumutbarer Aufwand entsteht. Erst recht trifft dies für Endnutzer aus Bildung und Wissenschaft zu. Aber selbst wenn alle Bedingungen für „angemessen“ erfüllt sein sollten, ist es nicht nachvollziehbar, dass eine kommerzielle Verwertungshandlung (insbesondere ein Lizenzangebot durch einen Verlag) Priorität gegenüber rechtlich verbindlichen Schrankenregelungen haben soll.

Das Urheberrecht dient natürlich auch allgemein „der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes“ (§ 11, S. 2). Aus dieser Formulierung des § 11 Allgemeines des UrhGes wird auch der Schutz des Vergütungsanspruchs der Verlage abgeleitet. Aber es ist mehr als fraglich (wenn auch aktuell nicht für den BGH), ob das Urheberrecht spezielle Geschäftsmodelle der Verlagswirtschaft schützen soll, die auf spezifizierten Nutzungserlaubnissen und entsprechenden zusätzlichen Einnahmen über Lizenzen beruhen. Das ist zumal dadurch fraglich, dass die mit diesen Modellen erzielten Einnahmen keineswegs den eigentlichen Urhebern zugute kommen (wie es der primäre Sinn von § 11, S. 1 ist), sondern den kommerziellen Verwertern, die bis heute i.d.R. alle Nutzungsrechte durch Buy-out-Verträge von den Urhebern erworben haben. Es ist mir nicht bekannt, dass Lizenzierungseinnahmen der Verlage durch die gestattete Nutzung entsprechend von Schrankenregelungen auch an die Urheber zurückfließen.

Leider bleibt die Durantaye-Studie auf der oben zitierten, (derzeit noch) „offiziellen“ Linie des BGH bzw. sieht keine Veranlassung, bei der Regelung in § XX davon abzurücken, dass schon Lizenzangebote der Verlage (natürlich nur insofern sie angemessen sind – s. dazu oben) Nutzungen entsprechend einer Schrankenregelungen aushebeln. Dass in § 53a (Dokumentenversand) erst das Kriterium der „vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen“, nicht schon das Angebot, ausschlaggebend ist, hat für ihre Entscheidung keine Auswirkung. Entscheidend war wohl für sie eher das zitierte BGH-Urteil zu § 52a (FN 28). Der BGH hatte bei § 52a keinerlei Zweifel, dass die Gebotenheit der Nutzung nicht mehr gegeben ist, wenn ein Vertragsangebot vorliegt: „Insbesondere bestehen keine vernünftigen Zweifel daran, dass die Annahme des Vorrangs eines

angemessenen Vertragsangebots vor der Schrankenregelung des § 52a UrhG mit der Richtlinie 2001/29/EG vereinbar ist (vgl. Rn. 60 bis 63)“ (das ist der letzte Satz im Urteil).⁴⁹

Bei § 52b war er sich unsicher und hatte daher – während die de la Durantaye Studie noch in Arbeit war – den EuGH, neben anderen Fragen (vgl. Abschnitt 0), gebeten zu klären, ob nach den europarechtlichen Vorgaben, Vertragsangebote gegenüber Schrankenregelungen Vorrang haben sollten.⁵⁰

Das entsprechende Urteil des EuGH vom 11.9.2014 (Beleg in FN 28) (nach der Fertigstellung der Durantaye-Studie) ist – es so zu formulieren, scheint angebracht zu sein – wie eine Bombe eingeschlagen. Der EuGH verneint ausdrücklich, dass schon ein *Verlagsangebot*, auch wenn es den Eindruck macht, zu angemessenen Bedingungen erstellt zu sein, die durch das Recht vorgegebenen Schrankenbestimmungen für die Nutzung unwirksam macht. Dieses Urteil, zunächst nur auf einen auf § 52b bezogenen Rechtsstreit erlassen, wird weitgehende Auswirkungen haben auf den allgemeinen, höchst kontrovers diskutierten Streit Lizenz vs. Schranken⁵¹, der auch in der EU seit letztem Jahr am Thema TDM (Text and Data Mining) geführt wird; und zwar nicht nur mit Blick auf die bislang andere Auffassung des BGH für § 52a. Vielmehr eröffnet das EuGH-Urteil auch neue Perspektiven für die ABWS allgemein⁵².

An diesem Beispiel „Lizenz vs. Schranke“ zeigt sich besonders deutlich der interpretierende und nicht wirklich konstruierende Ansatz des XX-Vorschlags in der Durantaye-Studie. Satz 1 von Abs. 1 hat zwar durchaus alle Chancen für eine generalklauselartige Regelung von Nutzungshandlungen der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung auch für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung. Auch die einschränkende Formulierung „soweit die Nutzung in ihrem Umfang durch den jeweiligen Zweck geboten ist“ könnte akzeptabel sein, wenn das „geboten“ allein auf den Zweck bezogen werden würde. Aber de la Durantaye interpretiert das „geboten“ in den Erläuterungen zu § XX unter B 3, dd eindeutig als „Vorrang von Verlagsangeboten“ (231): „Die Schranke [gemeint ist § XX] soll nicht in jedem Fall privatautonomen Lösungen vorgehen.“ (231) Wieso eigentlich nicht? Begründet wird die Priorität von Lizenzangeboten gegenüber Schrankenrechten mit maximal starker, rechtsdogmatischer Munition (Verfassungsrecht, Völkerrecht, Drei-Stufen-Test und Europarecht/InfoSoc-Richtlinie):

⁴⁹ Vgl. dazu: *R. Kuhlen*, Der BGH geht ein riskantes Spiel beim Wissenschaftsurheberrecht ein, NETETHICS 19. Apr 2014-
<http://www.inf.uni-konstanz.de/netethicsblog/?p=602>.

⁵⁰ „Gelten Regelungen über Verkauf und Lizenzen i. S. des Art. EWG_RL_2001_29 Artikel 5 EWG_RL_2001_29 Artikel 5 Absatz III lit. n der Richtlinie 2001/29/EG, wenn der Rechtsinhaber den dort genannten Einrichtungen den Abschluss von Lizenzverträgen über die Werknutzung zu angemessenen Bedingungen anbietet“. BGH GRUR 2013, 503. Das Problem einer Priorisierung von „Vertragsangeboten zu angemessenen Bedingungen“ gegenüber der Schrankenbestimmung in § 52b hat der BGH mit Blick auf § 52a allerdings nicht weitergereicht.

⁵¹ Vgl. die informativen Powerpoint-Folien von *Christoph Bruch*, Der Streit um die Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen auf europäischer Ebene. Information als Vitamin für Innovation : Schranken oder Lizenzen für Forschung und Lehre? Offener Workshop des „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft e.V.“ 10. Oktober 2013 in Berlin - http://www.urheberrechtsbuendnis.de/docs/ws2013/2013-10-10_AktionsbuendnisJahrestagung_Bruch_oeffentlich.pdf - Kurz-URL: <http://bit.ly/1tXIOfH>. Grundlegend dazu der Report der EU-Kommission, Directorate-General for Research and Innovation: Standardisation in the area of innovation and technological development, notably in the field of Text and Data Mining. Report from the Expert Group. 2014 - http://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/TDM-report_from_the_expert_group-042014.pdf - Kurz-URL: <http://bit.ly/1phWsZS>.

⁵² Vgl. *Eric W. Steinhauer*, EuGH-Urteil zu elektronischen Leseplätzen stärkt Wissenschaftsurheberrecht. GRUR-Prax 2014, 471.

„Dies [der Vorrang des Lizenzangebots] entspricht verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben. Aufgrund der Institutsgarantie des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 GG dürfte der Ersatz von Ausschließlichkeitsrechten durch Vergütungsansprüche im Kerngeschäftsfeld des Rechteinhabers nicht zulässig sein. Mit der zweiten und dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests ... wäre es ebenfalls unvereinbar, wenn Nutzungen nach § XX stets zulässig wären, obwohl Rechteinhaber sie als zugeschnittene Leistungen in ihrem Kerngeschäft anbieten.

Auch nach Erwägungsgrund 51 der InfoSoc-Richtlinie sollen die Mitgliedstaaten „freiwillige Maßnahmen der Rechtsinhaber, einschließlich des Abschlusses und der Umsetzung von Vereinbarungen zwischen Rechtsinhabern und anderen interessierten Parteien, fördern, mit denen dafür Sorge getragen wird, dass die Ziele bestimmter Ausnahmen oder Beschränkungen, die im Einklang mit dieser Richtlinie in einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen sind, erreicht werden können.“ (231).

Es ist anzunehmen, dass der BGH, der die Stellungnahme des EuGH initiiert hatte, unter dem Eindruck dieses Urteils eine Priorität eines Verlagsangebots bei Nutzungen entsprechend dieser Norm nicht (mehr) annimmt. Ist es zudem zu erwarten, dass sich diese Korrektur dann nicht nur auf § 52b auswirkt, sondern dass „das häufig vertretene „Dogma vom Vorrang des Vertrages“ im Wissenschaftsurheberrecht wenn nicht vollständig gefallen, so doch erheblich geschwächt“ wird? (Steinhauer FN 52)

De la Durantaye lässt sich die Optionen offen, indem sie ihre Interpretation von „geboten“ zur Disposition zu stellen bereit ist, wenn der BGH (nach dem EuGH-Urteil) seine bisherige Einschätzung korrigiert. Aber die in der Durantaye-Studie angeführten starken Argumente zugunsten der Priorität von Lizenzangeboten (s. oben) liegen auf dem Tisch und werden vermutlich auch bei den anstehenden politischen, stark lobbyistisch geprägten Diskussionen um die ABWS verwendet werden.

Muss sich eine wissenschaftliche Analyse wirklich so strikt an dem aktuellen Stand der juristischen Rechtsauslegung durch die Gerichte orientieren und muss sie diese dann noch mit weiteren Argumenten verstärken (s. oben)), wie es bei der Durantaye-Studie der Fall ist? Sollte nicht die wissenschaftliche Analyse, natürlich unter Berücksichtigung dessen, was Recht ist und wie das Recht aktuell ausgelegt wird, vorschlagen, was sinnvoll und zeitgemäß ist und was nach einer Korrektur des bestehenden Rechts verlangt? Wie sonst soll sich das Recht und seine Auslegung ändern, wenn in der aktuellen Interpretation nicht beides in Frage gestellt wird?

Wir haben zu Anfang die Metapher der Echokammern aufgenommen. Die Politiker, die sich gemäß dem Auftrag des Koalitionsvertrages an die Realisierung einer ABWS machen sollen, sollten diese Metapher der Echokammern aufgreifen und sich stärker als bislang an dem zu orientieren versuchen, was aktuelles Verhalten und Bedürfnis in Bildung und Wissenschaft beim Umgang mit Wissen und Information sind. Die Argumente und Hintergrundinformation in der Durantaye-Studie, so wichtig und partiell nützlich sie auch sind, verharren m.E. zu stark im status quo bzw. im *acquis* der Jurisdiction.

5. Vergütung

Die Frage der Vergütung für Handlungen, die durch eine ABWS bzw. eine BWK begünstigt werden, ist aufgrund der Komplexität der Problematik kaum einfach und eindeutig zu beantworten. Die

Durantaye-Studie lässt sich auf diese zentrale Frage nur über knapp 2 Seiten ein: „Eine detailgenaue Untersuchung des Vergütungssystems würde jedoch den Rahmen dieser Studie sprengen.“ (244) Wieso eigentlich? Vergütungsfragen stehen i.d.R. im Zentrum von Schrankenregelungen. Im Wesentlichen folgt die Studie den Regelungen in den bestehenden Paragraphen §§ 46 Abs. 4, 52a Abs. 4 UrhG, 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 und 54ff(244). Als zuständig dafür werden die Verwertungsgesellschaften angesehen. Das bestehende System der Vergütung habe sich bewährt.

Hat es sich wirklich bewährt? Vor allem mit Blick auf Bildung und Wissenschaft kann man nicht wirklich davon sprechen. Daher sollten alle Optionen dafür erwogen werden. Auch der gänzliche Verzicht auf Vergütung sollte nicht von vorneherein als Kampfansage an geistiges Eigentum und als Bruch der Verfassung diskreditiert und damit gleich vom Tisch gewischt werden. Vergütungsansprüche als Sicherung von geistigem Eigentum sind kein Naturgesetz. Der Gesetzgeber hat einen breiten Spielraum, diese zu sichern oder auch einzuschränken und im Sonderfall von Bildung und Wissenschaft sogar zu verneinen. Im Folgenden stellen wir einige Fragen und Thesen zusammen, die für die Diskussion um Vergütung im Kontext der ABWS bedacht werden sollten:

- a) Soll/muss für die im öffentlichen Interesse stehende Nutzung publizierter Materialien überhaupt eine Vergütung erfolgen?. Es ist keinesfalls abschließend geklärt, ob die Einschränkung oder sogar der Ausschluss des dem Urheber zustehenden Vergütungsanspruchs durch eine ABWS bzw. einer BWK in jedem Fall verfassungswidrig sind. Sicherlich „muß ein gesteigertes öffentliches Interesse“ für eine genehmigungs- und vergütungsfreie Nutzung entsprechend Abs. 1, Satz 1 (in beiden Vorschlägen) mit starken Argumenten belegt sein. Das war der entscheidende Punkt in der immer wieder (auch in der Durantaye-Studie – FN 494) zitierten Entscheidung des BVerfGE 31, 229, 243 – Kirchen- und Schulgebrauch von 1978⁵³. Kann bei Bildung und Wissenschaft nicht von einem solchen Interesse ausgegangen werden?
- b) Sollte im Wissenschaftsurheberrecht nicht stärker berücksichtigt werden, dass in Bildung und Wissenschaft (anders als in der Belletristik oder in anderen Bereichen der Publikumsmärkte) das Interesse der AutorInnen an einer Vergütung für die Publikation – bis auf wenige Ausnahmen der Textsorten und der Fächer – i.d.R. sehr gering ist bzw. eine Vergütung i.d.R. nicht stattfindet? Oft genug muss für eine Publikation sogar gezahlt werden. Auf jeden Fall ist das Interesse eines jeden Autors an freier Nutzung höher einzuschätzen als das Interesse an einer Vergütung (da er immer auch Nutznießer schon publizierter Werke ist). Reputative

⁵³ Die Argumente in BVerfG, 25.10.1978 - 1 BvR 352/71, BVerfGE 49, 382 – Kirchenmusik, könnten auch hier einschlägig sein, obgleich es dort nur um die Verfassungswidrigkeit [bzw. der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz – RK] der urheberrechtlichen Vergütungsfreiheit von Musikwiedergaben bei kirchlichen Veranstaltungen geht, also nicht um die öffentliche Zugänglichmachung für Zwecke von Forschung und Ausbildung (das gibt es im UrhG erst ab 2003). Für „genehmigungsfrei“ wurde die öffentliche Wiedergabe erklärt, wenn die Wiedergabe „keinem Erwerbszweck“ dient bzw. für die Nutzung kein „Entgelt“ verlangt wird. ([3](1) No 1]. Und nach ([3](1) No 2 ist keine „angemessene Vergütung zu zahlen, es sei denn, daß die in Nummer 1 aufgeführten Voraussetzungen vorliegen“. Bei der Einführung von § 52a wurde allerdings nicht auf diese Argumentation zurückgegriffen, obgleich auch hier der „Kreis der vergütungsfreien“ Nutzung (so im oben zitierten BVerfG-Urteil) jeweils überschaubar ist (entsprechend § 52a, Abs. 1, 1 und 2. „bestimmt abgegrenzten Kreis“). Schwieriger zu überwinden dürfte allerdings die in § 46, Abs. 4 vorgesehene allgemeine Vergütungspflichtigkeit sein, die nach einem Urteil (BVerfG, 7.7.1971 - 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 248 - Bibliotheksgroschen) eingeführt werden musste, obgleich der Bundestag nach einer erfolgreichen Intervention des Bundesrats sich sozusagen im zweiten Anlauf für die Vergütungsfreiheit ausgesprochen hatte. Aber all das muss bei der Einführung einer ABWS nicht mehr entscheidend sein. Durch die ABWS sollen ja gerade Unzulänglichkeiten bestehender Schranken überwunden werden. Dann sollten auch die Karten der Vergütung neu gemischt werden.

Anerkennung ist das primäre Interesse, nicht die monetäre Anerkennung.⁵⁴ Es gibt wirtschaftlich attraktive Sonderfälle (wie Lehrbücher), bei denen die Urheber bislang mit Vergütung rechnen können. Aber auch hier ist zu bedenken, dass diese Texte überwiegend unter Rückgriff auf die durch die Öffentlichkeit bereitgestellten Ressourcen erstellt wurden. Jedenfalls sollten diese Sonderfälle nicht die Richtschnur für den Normalfall sein.

- c) Im Normalfall der wissenschaftlichen Publikation wird weder eine Vergütung angeboten noch hat der Urheber wissenschaftlicher Texte Gelegenheit, seinen Verzicht auf Vergütung explizit zu artikulieren geschweige denn seinen Anspruch durchzusetzen. Verlage haben durchweg gegenüber den Urhebern die stärkere Verhandlungsposition. Zudem werden oft genug keine Verträge abgeschlossen. Der Verzicht auf Vergütung wird einfach als gegeben angenommen.
- d) Es kann daher im Normalfall keine Rede davon sein, dass ein wissenschaftlicher Urheber „grundsätzlich frei darüber [über seinen Vergütungsanspruch – RK] verfügen“ kann (65).
- e) Die Vergütungsfrage sollte auch in den Kontext der 2002 erfolgten Änderung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen gestellt werden. Durch diese Änderung wurde das bis dahin bestehende Hochschullehrerpatentierungsprivileg abgeschafft. Das Patentierungsrecht wurde den Institutionen der Hochschullehrer zuerkannt. Das war entgegen zahlreichen Protesten offensichtlich nicht verfassungswidrig. Im Bundestag wurde 2001 bei der damaligen Beratung festgehalten, dass aus Art 5, 3 GG nicht das Recht auf kommerzielle Nutzung (hier der Erfindung) abgeleitet werden kann⁵⁵: Wäre nicht der Analogieschluss von der ökonomisch bedeutsameren „Erfindung“ auf in der Praxis ohnehin kaum vergütete „Publikation“ sinnvoll?
- f) Die zuletzt auch vom BGH vorgetragene Argumente, dass ein gesetzlich geregeltes Vergütungsrecht über pauschale Lösungen nicht zulässig sei, dass vielmehr über die individuelle aktuelle Nutzung abgerechnet werden muss, überzeugen nicht⁵⁶. Praktisch bringen gesetzliche geregelte pauschalierte Vergütungen den Urhebern sogar einen größeren Vorteil gegenüber vertraglichen Vereinbarungen, die auf tatsächliche Nutzungen abzielen. Bei einer Vergütung auf den Basis der tatsächlichen Nutzung gehen die eigentliche Urheber i.d.R. leer aus, da die Nutzungsrechte i.d.R. bei den Verlagen liegen.
- g) Sinnvoll für die Vergütung, wenn sie denn erfolgen soll, wäre ein Gesamtvertrag zwischen Ländern und Verwertungsgesellschaften für die Inanspruchnahme privilegierter Nutzung an

⁵⁴ “The incentive for academic authors to publish research results is mostly reputational rather than economic bestowing only indirect gains in the way of peer esteem and professional advancement. In fact, ever since the first scientific journals were founded (in the seventeenth century), publishers have rarely paid authors for their articles. This is also where the scientific publishing industry is distinguished from the traditional one, as the interests of commercial publishers and other information providers differ from those of scholarly authors, with the former usually pursuing a profitmaximizing strategy. Furthermore, the vast majority of academic research is publicly funded.” (*Valentina Moscon, Academic Freedom, Copyright, and Access to Scholarly Works: A Comparative Perspective*, in: Roberto Caso/Federica Giovanella (Hg.), *Balancing Copyright Law in the Digital Age*, 2014, S. 101).

⁵⁵ “Das Grundrecht des Artikels 5 Abs. 3 GG gebietet zwar nicht die Rechtsinhaberschaft des Hochschullehrer an seinen Forschungsergebnissen, denn die Forschungsfreiheit umfasst nicht das Recht auf kommerzielle Nutzung von Wissenschaft-Erfindungen,” (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen, BT-Drucks. 14/5975, S. 5).

⁵⁶ In vielen anderen Lebensbereichen sind pauschale Lösungen gängige Praxis. Auch in der jetzt vorgesehenen Maut-Lösung für die Nutzung von Autobahnen und Straßen in Deutschland werden die Nutzungvergütungen pauschal über Vignetten für ein Jahr oder gestaffelt (z.B. über 2 Monate) erhoben, keineswegs über jede aktuelle Nutzung. Auch Versicherungen arbeiten i.d.R. nach diesem Prinzip.

Hochschulen⁵⁷, analog dem schon früher abgeschlossenen Gesamtvertrag für die Nutzung (gemäß § 52a Abs. 4) in Schulen. Allerdings sollten bei einem solchen Gesamtvertrag auch Vertreter der Rechteinhaber (der Verwerter und der Urheber) und der wissenschaftlichen Fachverbände beteiligt sein, zumindest gehört werden. Trotz der sich abzeichnenden Einigung zwischen den Ländern und den Verwertungsgesellschaften, einschließlich VG Wort, zur Nutzung an Hochschulen gemäß § 52a, sollte problematisiert werden, ob auch im Rahmen einer ABWS den Verwertungsgesellschaften, wie es in der Durantaye-Studie für angemessen gehalten wird, weiter die zentrale Rolle bei der Erhebung und Verteilung der Gebühren zukommen soll.

- h) Ein wesentliches Argument zugunsten pauschalierter, gesetzlich geregelter Vergütungsverfahren ist die Wahrung von „Informationshoheit“ in Bildung und Wissenschaft. Eine individualisierte Erhebung der verwendeten Werke für Zwecke der Forschung oder der Ausbildung, die zur Feststellung des Vergütungsanspruchs eingesetzt werden soll, greift zu stark in die Informationshoheit der in Bildung und Wissenschaft Tätigen ein, welche als Teil von Wissenschaftsfreiheit anzusehen ist.
- i) Daher sollte untersucht werden, ob die sich jetzt abzeichnende vom BGH gebilligte Form der Nutzerdatenerfassung als Basis für die Vergütungsprozedur noch mit Wissenschaftsfreiheit vereinbar ist. Immerhin soll in Zukunft über eine von der VG Wort bereitgestellte Erfassungsmaske die von Lehrveranstaltungen und Forschungsgruppen verwendete Literatur in einer Datenbank bei der VG Wort gespeichert werden.
- j) Wegen der nun für die Nutzung von § 52a verbindlichen Vorgaben des BGH bezüglich des erlaubten Umfangs der für die Nutzung vorgesehenen Werke (Stichwort „kleine Teile“, kleine Werke“ etc.) entsteht ein unzumutbarer Zähl- und Erhebungsaufwand für Forschungsgruppen und Leiter von Lehrveranstaltungen.
- k) Möglicherweise könnte die Vergütungsproblematik auch durch eine Geräteabgabe (analog § 54a zu § 53 Privatkopie) über einen neuen 54er-Paragraphen eingelöst werden.
- l) Eine erneute Vergütung bei der aktuellen Nutzung für Forschungs- und Ausbildungszwecke ist dann nicht angebracht, wenn die entsprechenden Objekte schon vorher von der Bibliothek oder einer anderen Vermittlungseinrichtung gekauft oder lizenziert wurden. So wird das z.B. im Teach Act in den US gehandhabt (vgl. Abschnitt 0).
- m) Kein Vergütungsanspruch darf für die kulturbewahrenden Leistungen der Bibliotheken, Archive etc., für Zwecke der Bestandserhaltung, geltend gemacht werden können.

⁵⁷ Dieser Gesamtvertrag zwischen den Ländern und Verwertungsgesellschaften ist von letzteren, bis auf die (hier allerdings entscheidende) VG-Wort gebilligt worden. Die noch ausstehende (sich jetzt allerdings abzeichnende) Einigung provozierte einen längeren Streit zwischen den Gerichten (Oberlandesgericht München, BGH und dann wieder zurück zum OLG). In diesem Kontext ist vor allem die Einigung zur Erhebung der Nutzung wichtig: „Der BGH bestätigt ...die Entscheidung des Oberlandesgerichtes über die Ausgestaltung, welche wiederum die Grundlage für die Vergütung darstellt. Dabei wurde die kostengünstigere Alternative, nämlich eine Erfassung und Meldung der erfolgten Nutzungen über die Eingabemaske, gegenüber der präziseren und sichereren Methode, nämlich einer Freigabe der Nutzung erst nach Erfassung und Meldung, bevorzugt.“ (BMJV Juni 2014: Bericht zu § 52a des Urheberrechtsgesetzes und Empfehlung zum weiteren Vorgehen - http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/20140730_Bericht%C2%A752aUrhG_IIB3.pdf?__blob=publicationFile – Kurz-URL: <http://bit.ly/1y9nmSZ>). Tatsächlich ist diese für § 52a vorgeschlagene Lösung gar nicht als pauschale Vergütung anzusehen. Pauschal sind nur die Rahmenbedingungen für die Vergütung, z.B. die voraussichtlich festzulegenden 0,8 Cent pro Seite. Das BGH-Urteil scheint die Vertragspartner dazu zu zwingen, eine individuelle Erhebung des Vergütungsanspruchs vorzunehmen – was ja dann auch Folgen für den bislang geltenden, auf pauschale Vergütung abzielenden Gesamtvertrag für die Nutzung an Schulen haben müsste. Fraglich, ob durchgerechnet wurde, ob der Aufwand für eine individuelle Abrechnung im Verhältnis zu dem zu erwartenden Ertrag steht bzw. zu gänzlich unerwünschten „Nebenfolgen“ führt.

IV. Unmut – mehr Mut

1. Mehr ist möglich

Es ist leider so, dass die bisherigen Schrankenregelungen des Urheberrechts eher Material für Satiren⁵⁸ sind als Mittel zur Beförderung des wissenschaftlichen Fortschritts. Ursache dafür ist nicht nur immer die alte EU-Richtlinie, deren Konzeption aus den neunziger Jahren des vorigen Jahrhunderts stammt. Meistens ist es die heilige Kuh des Dreistufentests, der dafür verantwortlich gemacht wird, dass sich das Urheberrecht weiter in Richtung eines Handelsrechts entwickelt, welches die vermeintlich normale Verwertung der Verlage schützt, obgleich diese normale Verwertung sich an dem längst obsolet gewordenen, aus der analogen Welt stammenden Prinzip der Auflagenhöhe bzw. der verkauften Exemplare orientiert.

Und meistens beharrt die rigide Interpretation der ersten Stufe des Dreistufentests durch die Gerichte, aber auch durch die Arbeiten der Fachwissenschaft darauf, dass die freie Nutzung in Bildung und Wissenschaft nur als die Ausnahme von der kommerziellen, verknappenden Verwertung anzusehen ist. Dabei zeichnet sich schon heute ab, dass, mit Blick auf Bildung und vor allem auf Wissenschaft, das überwiegende Geschäftsmodell in elektronischen Räumen sich in Richtung einer freien offenen Nutzung (eben nach dem OA-Prinzip) entwickelt. Nicht die freie Nutzung wird die Ausnahme sein, sondern die proprietäre kommerzielle Verwertung. Damit sollte mit Blick auf die zweite Stufe des Dreistufentests auch klar sein, dass durch die ABWS den Verwertern keine Nachteile entstehen. Und mit Blick auf die dritte Stufe des Dreistufentests sollte die besondere Situation in Bildung und Wissenschaft stärker in Rechnung gestellt werden: Das monetäre Verwertungsinteresse ist in Bildung und Wissenschaft für WissenschaftlerInnen kein primäres Motiv für Produktivität – schon gar nicht ist es entscheidend für Kreativität. Ohnehin wird in den meisten Fällen, vor allem bei Zeitschriftenpublikationen kein Einkommen erzielt. Vergütung und Vergütungsansprüche sind für (öffentlich finanzierte) WissenschaftlerInnen eher eine juristische Fiktion denn Realität.

Lässt man die polemische Kritik an der selbstreferentiellen scholastischen Hermeneutik⁵⁹ weg, dann bleibt die Forderung an die in der Gesetzgebung und die in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft Tätigen, bei der Formulierungen neuer Normen nicht in erster Linie auf die Verträglichkeit mit bestehenden Normen zu achten, die Argumentation bei Gerichtsentscheidungen nicht nur auf frühere Urteile oder Texte der Rechtswissenschaft abzustützen und bei der Anfertigung wissenschaftlicher Texte auch über den Tellerrand der Fachwissenschaft hinauszuschauen.

Die Politik ist gefragt, das Urheberrecht nicht nur an die gegenwärtige Situation in elektronischen Umgebungen anzupassen, sondern es so offen zu gestalten, wie es nicht zuletzt die gesellschaftlichen Großbereiche Wirtschaft, Bildung und Wissenschaften benötigen. Gegenwärtig sind vor allem die Gerichte auf den höchsten Ebenen wie z.B. der BGH in Deutschland und der EuGH in Europa „very active in filling gaps left by out-dated laws“, indem sie bestehende Regelungen kreativ auslegen. Aber

⁵⁸ Vgl. R. Kuhlen, Die Irrealität des §52a als Satire -- ohne Ende, in: R. Rapp/R. Sedlmeier/ Zunker-Rapp (Hg.): Perspective on Cognition -- Festschrift Manfred Wettler, 2006, S. 493-499.

⁵⁹ Ein willkürlich herausgegriffenes Beispiel aus dem letzten BGH-Urteil zu § 52a (BGH 2013): Im Begründungstext zum Urteil finden sich ca. 120 Referenzen. Davon verweisen 26 auf andere Gerichtsurteile, überwiegend auf andere Urteile des BGH, 94 verweisen auf die wissenschaftliche Fachliteratur, mit besonderer Berücksichtigung der Urheberrechtskommentare, besonders prominent dabei der Kommentar (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Auflage 2008– die vierte Auflage von 2013 lag dem BGH wohl noch nicht vor). Keine einzige Referenz findet sich auf den außerjuristischen Diskurs geschweige denn auf Einträge in den verschiedenen Diensten sozialer (fachlich ausgerichteter) Netzwerke.

auch kreative Gerichte können letztlich nur bestehende Gesetze auslegen, nicht neue schaffen. Daher fragen Hargreaves und Hugenholtz: „do policymakers really want copyright law in the EU shaped in Luxembourg courts rather than through the legislative process in Brussels and Strasbourg?“⁶⁰ Diese Frage sollte erweitert werden:

Sollten reformierende und entwicklungs offen bleibende Urheberrechtsregulierungen in Deutschland wirklich nur darauf warten, bis das europäische Urheberrecht sich innovations- und bildungs- und wissenschaftsfördernd weiterentwickelt?⁶¹ Oder sollte die Regierung in Deutschland nicht intensiver als bislang auf die EU-Gremien einwirken, dass diese Entwicklung in der EU rasch geschieht, und sollte sich nicht der Gesetzgeber in Deutschland von sich aus daran machen, eine ABWS auf den Weg bringen, die den Bedürfnissen von Bildung und Wissenschaft angemessen ist? Man darf gespannt sein, wie die Gerichte bei dann vermutlich anstehenden Klagen darauf reagieren werden. Der EuGH scheint den nationalen Gesetzgebern größeren Spielraum bei der Interpretation der InfoSoc-Richtlinie geben zu wollen.

2. Durantaye-Studie und Vorschlag des Aktionsbündnisses im Vergleich

Zum Abschluss soll der nur am Zweckbegriff orientierte Vorschlag einer Bildungs- und Wissenschaftsklausel des Aktionsbündnisses dem § XX-Vorschlag der Durantaye-Studie gegenübergestellt werden. Das Aktionsbündnis hat sich intensiv mit der Durantaye-Studie auseinandergesetzt. Die jetzige Fassung seiner BWK wäre nicht ohne die Vorschläge und ohne die umfangreich belegten Argumente der Durantaye-Studie entstanden. Insofern ist das Aktionsbündnis Katharina de la Durantaye zu großem Dank verpflichtet.

Auf den ersten Blick scheinen sich beide Fassungen sehr ähnlich zu sein. Beim zweiten Blick werden die grundlegenden Unterschiede deutlich: Die Durantaye-Studie ist in dogmatischer Sicht selbstverständlich dem juristischen Denken verpflichtet. Dass dabei die wissenschaftlichen Forschungs- und Publikationsprozesse berücksichtigt werden müssen, versteht sich auch für de la Durantaye von selbst (vgl. Teil 1, A). Aber die Lösungsvorschläge für die offensichtlichen Probleme, die Bildung und Wissenschaft mit dem jetzigen Urheberrecht haben, nehmen ihren Ausgang von den bestehenden Rechtsetzungen und –findungen und auch die Ergebnisse müssen daran gemessen werden. Nicht das, was sein soll, soll Gesetz werden, sondern das, was möglich ist. Der andere Vorschlag sieht eine juristische Regulierung für das Wissenschaftsurheberrecht als soziales Konstrukt

⁶⁰ Hargreaves/Hugenholtz (vgl. FN 39), S. 5.

⁶¹ Ob die Ankündigung des neuen EU-Kommissions-Präsidenten *Jean-Claude Juncker* (damals noch als Kandidat) Realität wird?: “to take, within the first six months of my mandate ambitious legislative steps towards ... modernising copyright rules in the light of the digital revolution“. In: A new start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and democratic Change 15. July 2014, p. 5 (https://groenlinks.nl/sites/default/files/downloads/newsarticle/Pg_EN.pdf). Die aktuellen Äußerungen aus dem dafür zuständigen Kommissariat "Digitale Wirtschaft und Gesellschaft" (*Günther Oettinger*) deuten nicht darauf hin, dass bei anstehenden Urheberrechtsreformen das Wissenschaftsurheberrecht geschweige denn eine ABWS im Vordergrund stehen wird; vgl. *Leonhard Dobusch*, EU-Digitalkommissar Günther Oettingers erste Einlassungen zum Urheberrecht machen wenig Hoffnung für die anstehende Reform. Seine erste Themensetzung überzeugt nicht. Zeit Online 28.10. 2014 - <http://www.zeit.de/digital/2014-10/guenther-oettinger-europaeische-union>. Weitaus mehr Material für eine Urheberrechtsreform in und durch die EU-Kommission liefert die Auswertung der EU-weiten Befragung zu dieser Reform: Directorate General Internal Market and Services Directorate D – Intellectual property D1 – Copyright. Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rule - http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf. Alle 9.500 Antworten auf die “Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rule “ sind nachzulesen unter: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm. Diese Form der Öffentlichkeit wäre auch für die anstehende Diskussion um eine ABWS in Deutschland wünschenswert.

an, welches den in aktuellen elektronischen Umgebungen sich entwickelnden Verhaltensformen und Bedürfnissen Rechnung trägt und dabei nach neuen rechtlichen Möglichkeiten sucht, die die bisherigen, aus anderen Umgebungen abgeleiteten Regulierungsformen, durchaus auch übersteigen können, ohne dabei in Widerspruch mit der Verfassung zu geraten. Wenn sich die Wirklichkeit ändert, muss sich das Recht ändern. Es wird die Kunst der Politik sein, beide Ansätze ernst zu nehmen und auf beide Herausforderungen angemessen zu reagieren.

Hier der aktuelle Text des Vorschlags des Aktionsbündnisses - **Stand 4.12.2014**⁶².

Bildungs- und Wissenschaftsklausel

(1) Zulässig ist die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes für nicht kommerzielle Zwecke a) wissenschaftlicher Forschung für Mitglieder in formal eindeutig bestimmten Forschungsgruppen oder b) der Lehr- und Lernprozesse von Lehrveranstaltungen an Bildungseinrichtungen. Satz 1 gilt auch für Zwecke der Bestandserhaltung durch Einrichtungen wie öffentlich finanzierte Bibliotheken, Archive, Dokumentationen und Museen. Satz 1 gilt auch für die wissenschaftliche Forschung und Lehren und Lernen unterstützende Leistungen von in Satz 2 erwähnten Vermittlungsinstitutionen.

(2) Für die Nutzung von Werken, die in öffentlich finanzierten Umgebungen unter Beteiligung von öffentlich finanzierten Personen erstellt wurden, ist keine Vergütung vorgesehen.

(3) Bei von Abs. 2 abweichenden Nutzungen ist für Leistungen entsprechend Abs. 1, Satz 1 und Abs. 1, Satz 3 eine pauschale Vergütung vorzusehen, die zwischen den Trägern der Wissenschafts- und Bildungseinrichtungen, den Vertretungen der Rechteinhaber und den Verwertungsgesellschaften vertraglich zu vereinbaren ist. Für Leistungen entsprechend Abs. 1, Satz 2 ist keine Vergütung vorgesehen.

(4) Vertragliche Regelungen, die Abs. 1 ausschließen oder einschränken, sind unwirksam.

(5) Mit Einführung dieser Klausel werden die auf Bildung und Wissenschaft bezogenen Regelungen in §§ 46, 47, 51, 52a, 52b, 53 und 53a Urheberrechtsgesetz aufgehoben.

Der strukturelle Unterschied zur Durantaye-Studie besteht in der Einheitlichkeit der vorgeschlagenen Lösung, sprich: der Integration der auf Bildung und Wissenschaft bezogenen kulturbewahrenden und aktiv unterstützenden Leistungen von öffentlich finanzierten Organisationen wie Bibliotheken in die BWK.

Stärker noch als der generalklauselähnliche Vorschlag in Abs. 1 Satz 1 der Durantaye-Studie schlägt das Aktionsbündnis mit Abs.1 Satz 1 tatsächlich eine Klausellösung vor, die durch nichts Anderes als durch den kommerziellen Zwecke eingeschränkt wird und die unangemessenem Interpretationsspielraum z.B. durch unbestimmte Rechtsbegriffe wie „geboten“ vorbeugt.

⁶² Diese Fassung einer BWK ersetzt die in der Literatur zuweilen zitierte vom 11. Mai 2014 (<http://www.urheberrechtsbuendnis.de/pressemitteilung0214.html.de#klauselvorschlag>).

Die kleinteiligen Beschränkungen, die bei der Durantaye-Studie erhalten bleiben, wie z.B. die Beschränkungen auf „kleine Teile“ oder auf Ausdrucken bzw. Speichern, fallen hier weg. Die Orientierung an dem Zweck sollte umfassend sein.

Der Durantaye-Vorschlag § XX erlaubt in Abs. 3, Satz 1 auch die Vervielfältigung (nicht die öffentliche Zugänglichmachung) unveröffentlichter Werke für Zwecke wissenschaftlicher Forschung (nicht zur Veranschaulichung des Unterrichts). Das ist eine sinnvolle, wenn auch dort eingeschränkte Erweiterung, die in ihrer Reichweite noch weiter diskutiert werden muss – auch vom Aktionsbündnis.

Sowohl die Durantaye-Studie als auch der Vorschlag des Aktionsbündnisses verzichten jeweils in ihren Abs. 1 Satz 1 auf eine Beschränkung des Kreises der hierdurch Begünstigten. Allerdings stellt die Durantaye-Studie in „cc) Beschränkung des Kreises der Zugangsberechtigten/auf die erforderliche Anzahl“ (230f) mit Verweis auf die in § 46 enthaltene Zweckbindung fest, dass diese ausreichend ist, „um zu verdeutlichen, dass die Zahl der zum Abruf Berechtigten begrenzt sein muss. Eine öffentliche Zugänglichmachung ohne jegliche Zugangsbeschränkung wäre zweifellos nicht geboten.“ Dies bezieht sich allerdings nur auf den „Unterrichtsgebrauch“.

Ob und inwieweit die Extension der Nutzung für Zwecke wissenschaftlicher Forschung bezüglich der Berechtigten eingeschränkt werden soll (was ebenfalls für erforderlich gehalten wird), wird, soweit erkennbar, in der Durantaye-Studie nicht explizit geregelt, obgleich man annehmen kann, dass das in Analogie zu § 52a gesehen wird. Das Aktionsbündnis schlägt vor, die Einschränkung der Nutzung für Zwecke wissenschaftlicher Forschung durch eine Formulierung wie „für Mitglieder in formal eindeutig bestimmten Forschungsgruppen“ und für Zwecke von Lehre und Lernen durch „in Lehrveranstaltungen“ zu regeln. Die Formulierungen in § 52a „für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern“ bzw. „für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung“ wurden nicht gewählt, um nicht den Eindruck zu erwecken, dass die ABWS direkt an § 52a anknüpft. Aber für beides können rechtlich eindeutige Formulierungen gefunden werden.

In beiden Vorschlägen kommt die Einschränkung „nicht-kommerziell“ vor. Auch das sollte unbedingt noch einmal problematisiert werden. Zwar ist es durchaus einleuchtend, dass durch eine ABWS das öffentliche Interesse an freier (ganz im Kantischen Sinne von „interessenfreier“) Forschung begünstigt werden soll. Aber in der Realität ist eine klare Trennung in zunehmend durch heterogene Partner vernetzter Projektforschung kaum eindeutig vorzunehmen bzw. zu bestimmen, wer welches Interesse hat. Zudem ist es durchaus auch im öffentlichen Interesse, dass wissenschaftliche Forschung und die daraus entstanden Inventionen in der Wirtschaft zu Innovationen führen. Das wird in letzter Zeit vor allem bei den Verfahren von Data Mining/Data Analysis deutlich. Auch hier sollte die Gesetzgebung nicht einfach pauschale Einschätzungen übernehmen, die vielleicht in der Vergangenheit sinnvoll waren, sondern praxistaugliche Lösungen finden.

V. Zusammenfassung

1. Die Durantaye-Studie ist überzeugend strukturiert. Sie bewegt sich zweifellos auf einem hohen Stand der juristischen Methodologie und ist außerordentlich umfassend und mit aktuellen Referenzen belegt – auch wenn, wie in juristischen Arbeiten üblich, nur sehr sporadisch auf außerjuristische Literatur zurückgegriffen wird.
2. Eine Ausnahme ist das Kapitel Teil 1: Untersuchungsgegenstand, in dem es unternommen wird, die „tatsächlichen Gegebenheiten im Bildungs- und Wissenschaftsbetrieb“ (5) als Voraussetzung

für die juristische Beurteilung auf ca. 30 Seiten zu analysieren. Hier fließt auch außerjuristische Literatur ein.

3. Bis auf wenige Ausnahmen bleibt auch hier wie im gesamten Text die einschlägige intensive zivilgesellschaftliche Diskussion in den Blogs, Mailing-Listen oder in den vielen Social-Media-Diensten unberücksichtigt.
4. Die Regelung des Umgangs mit Wissen und Information in Bildung und Wissenschaft wird ansonsten ausschließlich als juristische Herausforderung angesehen.
5. Auf die Konsequenzen eines sich abzeichnenden flächendeckenden, auch kommerziellen OA-Publizierens für das Wissenschaftsurheberrecht und damit auch auf die ABWS wird nicht eingegangen.
6. Eine international vergleichende Studie war offenbar nicht intendiert. Die Beschränkung auf das UK und die USA rechtfertigt sich nicht zuletzt dadurch, dass mit dem auch und gerade für Bildung und Wissenschaft relevanten *fair dealing* bzw. *fair use* eine klauselähnliche Lösung anstelle eines umfassenden oder gar abschließenden Schrankensystems gegeben ist. Dass die aktuelle Entwicklung vor allem im UK nicht berücksichtigt werden konnte, war zeitliches „Pech“. Dass in der Studie Klausellösungen des fairen Gebrauchs nach den angelsächsischen Vorbildern für die Anwendung in Deutschland abgelehnt wird, muss für die deutsche Politik nicht das letzte Wort sein.
7. Im Kontext der ABWS ist es nicht sinnvoll, neben dieser noch eine gesonderte Schrankenregelungen für Bibliotheken, Museen und Archive wie § YY vorzuschlagen. Es leuchtet zudem nicht ein, warum die eine XX-Schranke durch Zwecke begründet werden soll und die andere YY durch Institutionen (aber die dann doch wieder durch deren Zwecke). Die meisten Handlungen der YY-Institutionen, wie z.B. die zur Bestandserhaltung oder auch alle anderen Nutzungshandlungen, sind immer schon den Zwecken von Bildung und Wissenschaft zuzuordnen. So heißt es auch in der Begründung von § YY: „Die nach § YY berechtigten Einrichtungen können also auch Nutzungshandlungen nach § XX vornehmen.“
8. Wenn es doch spezielle Bibliotheksregelungen „zur Zugänglichmachung für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung und privater Studien“ geben soll,
 - a) dann sollten diese keinesfalls länger auf die Nutzung „an eigens dafür eingerichteten elektronischen Terminals in ihren [der Bibliotheken – RK] Räumlichkeiten“ beschränkt werden. Das sollte genauso zurückgewiesen werden (218) wie die frühere enge Interpretation von „Veranschaulichung im Unterricht“, nämlich als „irreführend und sinnwidrig“ (218). D.h. eine zeitgemäße Interpretation von „Räumlichkeiten“ im Sinne von virtuellen Räumen wäre hier angebracht.
 - b) Auch andere unsinnige Einschränkungen, wie z.B. die Unterscheidung von Post- und Faxversand und „sonstiger elektronischer Form“, die in § YY in Anlehnung an den jetzigen § 53a UrhG für den Kopienversand von Werken getroffen wurde, sollten heute nicht mehr Eingang in eine ABWS finden.
 - c) Die in der Durantaye-Studie verbleibenden Unsicherheiten bezüglich der Erlaubnis von Drucken und Speichern (sowohl für Nutzungshandlungen nach dem jetzigen § 52b als auch nach denen gemäß § 52a) sollten entsprechend dem Hinweis des EuGH-Urteils von 9/2014 beseitigt werden.
9. De la Durantaye hat ihre Studie mit dem Titel „Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ versehen – und in der Tat wird dieses Thema auch meistens unter dieser Bezeichnung diskutiert, aber bei dieser Studie ist dieser Titel eher irreführend. De la Durantaye lehnt die Verwendung von „Bildung“ als zu weitgehend und zu unbestimmt ab und orientiert sich dabei strikt an der Vorgabe

- der EU „Veranschaulichung im Unterricht“. Aber wäre dann eine „Allgemeine Unterrichts- und Forschungsschranke“ (AUFSS) eine bessere Lösung? Nein – sinnvoller wäre eine Annäherung an das, was auch in akademischen Umgebungen „Bildung“ heißt.
10. Eine zeitgemäße ABWS sollte nicht nur die Lehre privilegieren – so wird derzeit die Phrase „Veranschaulichung DES Unterrichts“ interpretiert (der Lehrende veranschaulicht) –, sondern auch das selbstbestimmte Lernen der Auszubildenden, wie es sich nicht nur, aber vor allem im eLearning durchsetzt. Jede Art von Lehren und Lernen in nicht-kommerzieller Absicht, auch ohne Begrenzung der Teilnehmerzahl von Kursen und ohne Beschränkung auf eine bestimmte Lokalität sollte durch eine ABWS begünstigt werden.
 11. Die zunächst vielversprechend klingende, generalklauselartige Formulierung in Satz 1 von Abs. 1 gilt aber tatsächlich nicht umfassend, denn, so erläutert de la Durantaye in Satz 1 von Abs. 1 in § XX, „die Nutzung in ihrem Umfang“ ist nur soweit zulässig, soweit diese „durch den jeweiligen Zweck geboten ist“. Faktisch gelten dadurch weiter die meisten einschränkenden Vorgaben der alten Schrankenregelungen wie bei § 52a, wie z.B. die Beschränkung auf die „kleinen Teile von Werken“. Es muss damit gerechnet werden, dass auch in der Zukunft die Gerichte die Nutzung in Bildung und Wissenschaft auf kleinteilige Weise beschränken würden, wenn ihnen durch die Verwendung von „geboten“ dafür Gelegenheit gegeben würde. Und die in Bildung und Wissenschaft Tätigen müssten weiter mit immer neuen Interpretationen durch die Gerichte leben. In der ABWS sollte durch eine eindeutige Formulierung bestimmt werden, dass durch sie die bisherigen, auf Bildung und Wissenschaft bezogenen Schrankenregelungen außer Kraft gesetzt werden.
 12. Fatal wäre eine Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „geboten“ in einer ABWS. Fatal, da trotz erster anderweitiger Hinweise aus der EuGH-Antwort auf die Fragen des BGH zu § 52b durch eine Interpretation des „geboten“ an sich rechtsverbindliche Schrankenregelungen dann ausgehebelt werden könnten, wenn Vertrags- oder Lizenzangebote zur Nutzung zu angemessenen Bedingungen vorliegen.
 13. Daher sollte in einer ABWS nicht weiter mit „geboten“ operiert werden – es sei denn dies bezieht sich explizit nur auf die nicht-kommerziellen Zwecke von Bildung und Wissenschaft.
 14. Die die politische und allgemeine öffentliche Diskussion stark bestimmenden Vergütungsfragen werden in der Durantaye-Studie nur am Rand behandelt. Hier sollten angesichts der besonderen Situation des Wissenschaftsurheberrechts (Vergütung i.d.R. weder erwartet noch gezahlt) die hier in Abschnitt 0 aufgeworfenen Fragen und Probleme berücksichtigt werden (vgl. auch den entsprechenden Vorschlag des Aktionsbündnisses in Abschnitt 0).
 15. Die Durantaye-Studie wird vermutlich der zentrale Referenztext für die anstehende politische und breitere gesellschaftliche und in den Medien zu erwartende Diskussion um eine ABWS werden. Angesichts der hier aufgezeigten Probleme sollten die in den §§ XX und YY eingebrachten Vorschläge jedoch nicht als Masterplan für die gesetzlich zu beschließende ABWS angesehen werden⁶³.
 16. Als Ausgangspunkt für die kommenden Diskussion bietet sich daher die weiter gehende und nur durch den Zweck a) wissenschaftlicher Forschung und b) der Lehr- und Lernprozesse an Bildungseinrichtungen und die nicht-kommerzielle Nutzung eingeschränkte Klausellösung des Aktionsbündnisses an.

⁶³ Vgl. R. Kuhlen, Politik und Juristen mühen sich um die Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, Berlin, 4. Dezember 2014 (Stellungnahme zur Experten-Anhörung im Bundestagsausschuss Digitale Agenda zum Stand der Urheberrechtsreform - <http://www.urheberrechtsbuendnis.de/stellungnahme-kuhlen-ada-anhoerung-2014-12.html.de>).

17. Um die komplexe Aufgabe einer ABWS angemessen bewältigen können, sind dringend mindestens drei komplementäre Studien erforderlich – die eine aus einer ökonomischen Perspektive (wie z.B. im UK mit der Hargreaves-Studie) mit besonderer Rücksicht auf die Innovationspotenziale einer freien offenen ABWS, die zweite aus einer informationsmethodischen Sicht, durch die die Inventionspotenziale eines freien und offenen Umgangs mit Wissen und Information unter den Bedingungen gegenwärtiger Informations- und Kommunikationstechnologie analysiert werden, und die dritte aus sozial-/kommunikationswissenschaftlicher Sicht, durch die die Auswirkungen einer ABWS für die Öffentlichkeit insgesamt untersucht werden sollten.

VI. Nachtrag: Wird eine Wissenschaftsklausel durch Open Access überflüssig?

In der Durantaye-Studie wird unter II.1 auf knapp einer Seite auf Open Access eingegangen. Die naheliegende Frage wird nicht gestellt, ob alle Anstrengungen für einen freien Umgang mit Wissen und Information nicht eher auf Open Access gerichtet werden sollten, anstatt sich weiterhin ohne Aussicht auf Erfolg um Urheberrechtsreformen zu kümmern. OA entwickelt sich seit etwa 10 Jahren mit durchaus beachtlichen Zuwachsraten, auch wenn faktisch nach wie vor das exklusive kommerzielle Verwertungsparadigma überwiegt. Oktober 2014 haben OA-Zeitschriften die 10.000er Grenze überschritten. OA-Zweitveröffentlichung ist prinzipiell in den meisten Fällen heute schon möglich⁶⁴. Immer mehr Autoren, frustriert durch das nicht zuletzt durch das jetzige Urheberrecht geschützte traditionelle kommerzielle Publikationsmodell, wenden sich von diesem ab.

Könnte in einer längeren Perspektive OA das Urheberrecht weitgehend überflüssig machen⁶⁵, zumindest was die exklusiven Verwertungsrechte in Bildung und Wissenschaft angeht? Und wäre dann eine ABWS als Regelung im Urheberrecht, die Nutzungsrechte durch Einschränkungen der exklusiven Verwertungsrechte garantiert, dann noch überhaupt nötig? Verstärkt wird die OA-Entwicklung dadurch, dass OA-Publizieren auch zum Geschäftsmodell kommerzieller Verlage wird⁶⁶, die sich ihre Leistungen (und ihre Gewinne) von den AutorInnen direkt bzw. mehr und mehr von ihren Institutionen, von Fachverbänden, von Förderinstitutionen oder den staatlichen Trägern der Hochschulen und externen Forschungseinrichtungen bezahlen lassen.

Tatsächlich aber ist das *Urheberrecht* an sich durch OA zunächst nicht betroffen. Vor allem gelten natürlich die durch das Urheberrecht uneinschränkbar geschützten Persönlichkeitsrechte im OA-

⁶⁴ Laakso geht davon aus, dass heute schon gut 80% aller in den zentralen (überwiegend kommerziell betriebenen) Zeitschriften publizierten Artikel frei verfügbar sein könnten - wenn auch meist nur nach einer Embargofrist zwischen 6 Monaten und einem Jahr und oft mit weiteren Einschränkungen. (M. Laakso, Green open access policies of scholarly journal publishers: a study of what, when, and where self-archiving is allowed. *Scientometrics* 2014 (<http://dx.doi.org/10.1007/s11192-013-1205-3>). Faktisch ist das jedoch bei weitem nicht der Fall, da viele AutorInnen von den Möglichkeiten nicht Gebrauch machen, die heute schon viele Verlage durch ihre Zweitveröffentlichungspolitik eröffnen (vgl. dazu die Sherpa/Romeo-Website, die über diese Verlags-Politiken informiert - <http://www.sherpa.ac.uk/romeo/>). Ob sich das in Deutschland durch das seit 2014 in § 38, Abs. 4 garantierte Zweitveröffentlichungsrecht ändert, bleibt abzuwarten.

⁶⁵ Vgl. R. Kuhlen, Will there still be a need for copyright regulation when open access becomes the default for publishing in science? 5th International Symposium on Information Management in a Changing World. Antalya, Turkey Nov. 24-26 (vgl. <http://www.kuhlen.name/vortraege.html>).

⁶⁶ Allerdings stimmt das kommerzielle OA so gut wie nie vollständig mit den Anforderungen der Berliner OA Declaration überein. Oft genug wird die Nutzung durch verschiedene Lizenzvorschriften eingeschränkt, so dass einige der Nutzungsrechte der Verlage auch weiterhin durch das Urheberrecht geschützt bleiben.

Paradigma wie auch bei der Verwendung freier Lizenzen wie Creative Commons weiter⁶⁷. Niemand kann und will Autoren das Recht nehmen zu entscheiden, ob, wann und wie sie ihre erstellten Werke publizieren wollen. Das einklagbare Recht auf Anerkennung und Nennung der Autorschaft und der Schutz vor Entstellungen werden gerade in elektronischen Umgebungen keineswegs unwichtiger. Genau das Gegenteil ist der Fall. Die Urheberpersönlichkeitsrechte würden auch durch Einrichtung einer ABWS in keiner Weise betroffen.

Anders sieht es mit den Verwertungsrechten der Autoren bzw. Nutzungsrechten der verlegenden Einrichtungen bei flächendeckendem OA aus. Richten sich Autoren nach der Berliner OA-Erklärung, werden ihre Werke unter eine für jedermann gültige freie Lizenz gestellt, die faktisch dazu führt, dass Autoren die Ausschließlichkeitsrechte an ihren Werke aufgeben. Mit einem OA gestellten Werk kann jeder weltweit das tun, was ursprünglich als Verwertungsrechte den Autoren exklusiv zustand, z.B. vervielfältigen, verbreiten, öffentlich zugänglich machen. Wozu dann noch eine Urheberrechtsschranke, die nach der Systematik des Urheberrechts eine freie Nutzung, eine Einschränkung der an sich umfassenden Verwertungs- bzw. Nutzungsrechte vermutlich nur begrenzt erlauben kann?

Nun ist das Zukunftsmusik. Eine vollständige OA-Publikationsszene (sei sie aus der Wissenschaft selber oder kommerziell organisiert) ist auch in näherer Zukunft nicht zu erwarten. Theoretisch wäre dieses Ziel der freien Verfügbarkeit von Wissen und Information auch schon jetzt zu erreichen, wenn sich der Gesetzgeber, die Arbeitgeber der WissenschaftlerInnen oder die Wissenschaftsförderorganisationen entschließen würden, für OA-Publikationen, sei es im goldenen oder grünen Paradigma⁶⁸, eine Verpflichtung (OA-Mandat) einzuführen⁶⁹. Diese Frage aber wird weiter kontrovers diskutiert und in Deutschland durch eine strikte Interpretation von geistigem Eigentum und Wissenschaftsfreiheit bislang überwiegend negativ beantwortet⁷⁰.

Nicht zuletzt sollte auch nicht vergessen werden, dass die freie, nicht mehr auf Verwertungs-/Nutzungsrechte Rücksicht nehmende Nutzung nur für die seit einigen Jahren und in der Zukunft im OA-Paradigma öffentlich zugänglich gemachten Werke gilt. Für die Nutzung der früheren, weitgehend im kommerziellen Paradigma publizierten Werke müssen weiter bildungs- und wissenschaftsfreundliche Regelungen im Urheberrecht verankert werden.

⁶⁷ Creative Commons stellt auch eine CCo-Lizenz bereit, die Autoren, die ihr Werk gänzlich in die Public Domain stellen wollen, die Möglichkeit eröffnet, "to opt out of copyright and database protection, and the exclusive rights automatically granted to creators – the "no rights reserved" alternative to our licenses." (<https://creativecommons.org/about/cc0>). Dabei ist sich CC bewusst, dass manche Urheberrechtsgesetze, wie wohl das in Deutschland, es gar nicht erlauben, Persönlichkeitsrechte aufzugeben.

⁶⁸ Das sind primäre OA-Publikationen (gold) oder OA Sekundärpublikationen (grün).

⁶⁹ In einem von der DFG in Auftrag gegebenen und dann gekürzt veröffentlichten Gutachten von *Michael Fehling* (Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur OA-Publikation. In: *Ordnung der Wissenschaft 2014*, S. 179) wird der DFG ein vorsichtig gangbarer Weg zu einer Mandatierung aufgezeigt. In England ist vorgesehen, bis 2016 eine 100%ige OA-Verfügbarkeit wissenschaftlicher Arbeiten zu erreichen, vor allem, wenn die entsprechenden Forschungen durch öffentliche Geldmittel unterstützt wurden (vgl. Higher Education Funding Council for England: Open access in the post-2014 Research Excellence Framework - <http://www.hefce.ac.uk/media/hefce/content/pubs/2014/cl072014/Print-friendly%20version.pdf>; informativ zu dieser englischen Lösung der Vortrag von Torsten Reimer auf den OA-Tagen-2014 - <https://www.youtube.com/watch?v=dunADLu73ag>).

⁷⁰ Vgl. *R. Kuhlen*, Was haben Eigentum und Wissenschaftsfreiheit mit dem Urheberrecht zu tun? Mit Reförmchen ist es nicht länger getan. [Text beruht auf einem Vortrag auf der FiFF-Jahrestagung „Digitalisierte Gesellschaft – Wege und Irrwege“ 9.-11. November 2012 in Fulda] Autorenversion [PDF] - erschienen in: FiFF-Kommunikation 1/2013, 48-52 - <http://fiff.de/publikationen/fiff-kommunikation/fk-2013/fk-2013-1>.

Eine ABWS wird weiterhin gebraucht für die Vergangenheit ohnehin, aber auch für die Gegenwart und für die Zukunft in mittlerer Perspektive –, um in Bildung und Wissenschaft eine genehmigungsfreie offene Nutzung publizierter Werke zu erreichen.

Summary: The Durantaye study presents an excellent survey – but very little will be achieved by the two proposals it provides, either for the general exception in favor of science and education (GESE) or for a library exception. The latter merely prolongs what is already allowed according to the German copyright paragraphs 52b and 53a. This proposal disregards the digital reality of virtualizing the information services provided by libraries, archives and museums. The same is true for the first proposal concerning a GESE. Rather than being a general clause for science and education, it retains as valid most of the existing restrictions such as those in paragraphs 52a and 53. In fact, the situation even takes a turn for the worse, because Durantaye argues strongly in favor of according higher priority to a publisher's license than to legally binding copyright exceptions. The Durantaye study discusses the central copyright problem of appropriate remuneration only marginally, whereas this text provides many proposals, theses and questions which can guide the forthcoming political debate, for instance whether there is a need at all for remunerating authors in areas of publicly financed science. The Durantaye's model is compared with that of the Coalition for Action "Copyright for Education and Research". While the former is in essence obliged to existing copyright regulation and legal interpretations within the national and European courts system, the latter considers political regulation for a new science copyright law to be a social construct which must take into account existing behavior, expectations and needs in electronic environments. Finally, the discussion addresses whether a GESE will be needed at all when open access becomes an inclusive and comprehensive reality in science publishing.

Prof. Dr. Rainer Kuhlen
Fakultät für Informatik- und Informationswissenschaft
der Universität Konstanz

privat:

Bogotastr. 4

14163 Berlin

Website: www.kuhlen.name

Email: rainer.kuhlen@uni-konstanz.de