

# Georg Sandberger

## *Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens*

### *Open Access und Wissenschaftsschranke*

#### *Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts*

## I. Einleitung

Die Zukunft des wissenschaftlichen Publizierens und dafür notwendige Veränderungen des Urheberrechts spalten die Wissenschaftsgemeinschaft. Wissenschaftsorganisationen, KMK und Wissenschaftsförderorganisationen unter dem Dach der sog. Allianz haben auf der Ebene des geltenden Rechts Konzepte zur Förderung des freien Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen („Open-Access“) entwickelt und kämpfen nach der Ein-

führung des obligatorischen Zweitveröffentlichungsrecht um die sog. Wissenschaftsschranke, d.h. die Ablösung der derzeitigen Regelungen des §§ 52a UrhG (Intranet-Plattform für Forschung und Lehre), 52b UrhG (Digitale Arbeitsplätze) und 53a UrhG (Elektronische Dokumentenlieferung) durch eine Generalklausel, die gegen angemessene Entschädigung der Urheber die digitale Nutzung wissenschaftlicher Publikationen auf rechtssicherer Grundlage fördern soll.<sup>1</sup> Die Einführung einer Wissenschaftsschranke ist als Ziel auch im Koaliti-

1 Open Access in Deutschland - Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2016. Dazu Allianz der Wissenschaftsorganisationen, Zur Open Access Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung vom 13.10.2016, abrufbar unter: [https://www.leopoldina.org/fileadmin/redaktion/Publikationen/Allianz/2016\\_10\\_13\\_Allianz\\_Stellungnahme\\_Open\\_Access.pdf](https://www.leopoldina.org/fileadmin/redaktion/Publikationen/Allianz/2016_10_13_Allianz_Stellungnahme_Open_Access.pdf).

Zur Umsetzung vgl. Empfehlungen der Ad-hoc-AG Open-Access-Gold im Rahmen der Schwerpunktinitiative „Digitale Information“ der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen, 3.2016, abrufbar unter: <http://goedoc.unigoettingen.de/goescholar/bitstream/handle/1/12962/Empfehlungen%20zur%20Open%20Access%20Transformation.pdf?sequence=1>. Verfassungsrechtliche Fragen behandelt *Michael Fehling*, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG- Förderbedingungen zur Open Access Publikation, OdW 2014, 179 ff.

Vorausgehende Stellungnahmen: Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.02.2013 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Regelung zur Nutzung verwaister Werke und weiterer Änderungen des Urheberrechtsgesetzes sowie des Urheberrechtswahrnehmungsgesetz v. 20.2.2013, S. 4 ff; Allianz der Wissenschaftsorganisationen, Neuregelung des Urheberrechts: Anregungen und Desiderate für einen dritten Korb v. 9.7.2010, abrufbar unter <http://allianzinitiative.de>: früher: Stellungnahme des Aktionsbündnisses für Bildung und Wissenschaft zum RegE 2.Korb vom 22.3.2006. Gemeinsame Presseerklärung der Allianz vom 28.6.2006, abrufbar unter der Homepage des Wissenschaftsrates; Stellungnahme der KMK zum RefE eines 2. Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 27.9.2004. DFG, Publikationsstrategien im Wandel, Ergebnisse einer Umfrage zum Publikations- und Rezeptionsverhalten unter besonderer Berücksichtigung von Open Access, 2005; Grundlegend: *Spindler, Gerald*, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, Göttinger Schriften zur Internet-Forschung, Bd. 2, 2006.

Zum Zweitveröffentlichungsrecht vgl. die Aufsatzserie in ZUM 2013, Heft 6: *Sprang, Christian*, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, S. 441; *Georg Sandberger*, Zweitverwertungsrecht- Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer

weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, S. 466.

Zur sog. Bildungs- und Wissenschaftsschranke grundlegend: *Ohly, Ansgar*, Urheberrecht in der digitalen Welt-Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 74 ff.; *de la Durantaye, Katharina*: Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, Münster 2014, abrufbar unter: <http://durantaye.rewi.hu/doc/Wissenschaftsschranke.pdf>; Aufsatzserie anlässlich der Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 8.4. 2016 in München: *Grünberger, Michael*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke - Ein angemessener Interessenausgleich?, ZUM 2016, 473 – 474; *de la Durantaye, Katharina*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke - Warum kurz springen? Eine Erwiderung auf *Schack* (ZUM 2016, 266). ZUM 2016, 475 - 481. *Jani, Ole*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke — Der Gesetzgeber muss erklären, was das Ziel einer solchen Schranke sein soll, ZUM 2016, 481 - 484. *Pflüger, Thomas*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Reflexionen und Überlegungen aus Sicht der Kultusministerkonferenz, ZUM 2016, 484-488. *Steinhauer, Eric W.*: Angemessene Schranken für Bildung und Wissenschaft – Praktische Probleme und Bedürfnisse für die wissenschaftliche Informationsversorgung sowie das digitale kulturelle Gedächtnis, ZUM 2016, 489 - 495. *Herrmann, Guido*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke - Stellungnahme aus Sicht eines deutschen Wissenschaftsverlages, ZUM 2016, 496 - 498. *Staats, Robert*: Schranken für Bildung und Wissenschaft – Drei Anmerkungen aus Sicht der VG WORT, ZUM 2016, 499-502. *Pech, Sebastian*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Ein angemessener Interessenausgleich? Tagungsbericht zu der gleichnamigen Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 8. April 2016 in München, ZUM 2016, 503 – 507. *Kuhlen, Rainer*: Der Heizer sollte nicht auf der E-Lok bleiben - Die Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke ist nötig und möglich. ZUM 2016, 507 – 513; *Lauber-Rönsberg, Anne/Kempfert, Kamila*: Das öffentliche Zugänglichmachen von Sprachwerken in der Hochschullehre: Rahmenbedingungen und aktuelle Entwicklungen, GRUR Prax 2016, 234 – 236; *Schack, Haimo*: Urheberrechtliche Schranken für Bildung- und Wissenschaft, ZUM 2016, 266-284; *Artur Arnd Wandtke*, Schrankenlose Bildung und Wissenschaft im Lichte des Urheberrechts, GRUR 2015, 221.

onsvertrag der gegenwärtigen Bundesregierung festgehalten.<sup>2</sup> Hintergrund dieser Forderung ist die Erfahrung, dass die bisherigen kasuistisch gefassten Einzelatbestände trotz zwischenzeitlich erfolgter Auslegung durch den EuGH und den BGH<sup>3</sup> weder auf der Tatbestandsseite noch auf der Rechtsfolgenseite ausreichende Rechtssicherheit über deren Tragweite gebracht und sich damit als wenig praktikabel erwiesen haben.

Diese Entwicklungen stoßen auf der Seite der Verlegerorganisationen und teilweise auch bei wissenschaftlichen Autoren auf schärfsten Widerstand und schärfste Kritik.<sup>4</sup> Auch die FAZ zeigt im Feuilleton Sympathie für diese Haltung.<sup>5</sup> Es wird das Ende des wissenschaftlichen Verlagswesens, vor allem der kleinen und mittelständischen Verlage berufen, die vor allem im Bereich der Geistes- und Sozialwissenschaften bis heute traditionell eine große Rolle spielen.

Neue Bewegung gewinnt die seit Jahren geführte Diskussion zum einen durch die Ankündigung des EU-Rats „Wettbewerbsfähigkeit“, dass bis 2010 alle mit EU-Mitteln finanzierten Forschungsvorhaben finanzierten wissenschaftlichen Publikationen im Internet frei verfügbar, also „Open-Access“ gestellt werden sollen sowie die Ankündigung der „Open-Access“-Auflage für alle durch das BMBF geförderten Forschungsprojekte durch ein Strategiepapier des BMBF vom August 2016, das sich seinerseits auf ein von ihm in Auftrag gegebenes Gutachten von Haucap und Spindler zu den ökonomischen Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht vom August 2016 stützt.

Auf europäischer Ebene sollen dafür mit dem Vorschlag der EU-Kommission für eine neue Urheberrechtsrichtlinie (COM(2016) 593 Final) die dafür notwendigen, die nationalen Gesetzgeber bisher durch die

sog. InfoSoc-Richtlinie 2001 begrenzenden Handlungsmöglichkeiten eröffnet werden.

Befürworter und Gegner auf Wissenschaftsseite lassen sich in der Regel unterschiedlichen Fächerkulturen zuordnen. Zahlreiche Befürworter der Open-Access-Bewegung sind national und international organisatorisch vernetzt. Ausgangspunkt ist die von der Budapest Open Access Initiative (BOAI) am 14. Februar 2002 verabschiedete Erklärung, das das Bethesda Statement on Open Access Publishing vom 11. April 2003 und die Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22. Oktober 2003.<sup>6</sup> National war Vorreiter der Bewegung das Aktionsbündnisses Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft (2005) unter Leitung des Konstanzer Informationswissenschaftlers Rainer Kuhlen. Im Übrigen findet sich die Mehrheit der Befürworter unter den Fachvertretern der naturwissenschaftlichen, medizinischen und ingenieurwissenschaftlichen Fächern (sog. SMT-Fächer),<sup>7</sup> während sich die Gegner vor allem in den geistes- und sozialwissenschaftlichen Fächern einschließlich eines Großteils rechtswissenschaftlicher Autoren gruppieren. Als Vorkämpfer dieser Gruppe tritt in regelmäßigen Abständen der Heidelberger Literaturwissenschaftler *Roland Reus* im Feuilleton der FAZ auf.<sup>8</sup>

Eine weitere Zuspitzung hat die Diskussion durch die Entscheidung der Deutschen Nationalbibliothek erfahren, ihre Bestände nicht mehr in Printform, sondern nur noch digital zugänglich zu machen.<sup>9</sup>

## II. Zugang zu Forschungsergebnissen- Konsens über Ziele, Dissens über Wege

Für Wissenschaft, im Sinne von *Karl Popper*<sup>10</sup> verstanden als Suche nach der Wahrheit in einem Prozess von Versuch und Irrtum, im Sinne *W. v. Humboldts* als „etwas

2 »Deutschlands Zukunft gestalten« – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 134, abrufbar unter: [http://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile) (Stand: 24.4.2016).

3 BGH, Urt. v. 28.11.2013, ZUM 2014, 524 – Meilensteine der Psychologie; BGH v. 16.4.2015 – Elektronische Leseplätze II- BGH ZUM 2015, 884.

4 Vgl. Eröffnungsrede des Vorstehers des Börsenvereins Frankfurter Buchmesse v. 18.10.2017, in der die geplanten Maßnahmen in einem Atemzug mit der Beschränkung der Meinungsfreiheit in der Türkei genannt werden; moderater *Georg Siebeck* (Verlag Mohr Siebeck Tübingen), Die Verleger wurden gar nicht erst gefragt, FAZ v. 10.9.2016. Frühere Äußerungen: Börsenverein des deutschen Buchhandels, Stellungnahme zum Gesamtkonzept für die Informationsinfrastruktur in Deutschland (KII-Papier), 2001, abrufbar unter: <http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme%20KII%2020111008.pdf> Stellungnahme gemeinsame Resolution der deutschen Buchhändler, Verleger und

Zwischenbuchhändler vom 22.5.2006, Stellungnahme des Börsenvereins zu den Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats zum „2. Korb“ (Drs. 257/1/06) v. 11.5.2006, abrufbar unter: [http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Allianz-Stellungnahme\\_mit\\_Anmerkungen\\_BoeV\\_29\\_9\\_2010.pdf](http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Allianz-Stellungnahme_mit_Anmerkungen_BoeV_29_9_2010.pdf).

5 *Adrian Lobe*, Urheberrechtsdebatte- Lehrbücher sind der Frau Ministerin unbekannt, FAZ v. 23.8.2016.

6 Abrufbar unter: <https://openaccess.mpg.de/Berliner-Erklärung>.

7 Z.B. *Benedikt Fecher* und *Gerd G. Wagner*, Open Access als Autonomiegewinn für die Universitäten, FAZ, Forschung und Lehre, S,N v.19.10.2016.

8 Zuletzt Staatsautoritarismus, groß geschrieben, FAZ Forschung und Lehre Seite N 4 v. 28.9.2016.

9 Vgl. *Thomas Thiel*, Aufzeichnungen aus dem Kellerloch, FAZ v. 30.11. 2016 Nr. 280, S. 9.

10 *Karl Popper*, Logik der Forschung, 6. Auflage 1976 Rn. 85, vgl. dazu auch *Reinhold Zippelius*: Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie, § 3 (Versuchsweise Weltorientierung), 3. Aufl., Tübingen 2012.

nicht ganz Gefundenes und nie ganz Aufzufindendes“<sup>11</sup> ist die Kommunikation der Forschungsergebnisse essenziell. Sie dient der Vermeidung zeit- und sachaufwendiger Forschung, vor allem aber der Kritik und Kontrolle und dem Anstoß nach neuen Wegen der Forschung und Umsetzung in der Praxis. Wissenschaftliche Publikationen sind zugleich der Ausweis der Leistungsfähigkeit der Mitglieder einer wissenschaftlichen Einrichtung, Qualitätskriterium der Institution und Grundlage des Berufswesens.

Wissenschaftliche Forschungsergebnisse aus öffentlich geförderter Forschung werden wegen des Beitrags der öffentlichen Hand zur Wertschöpfungskette als Gemeingut bezeichnet, das der Allgemeinheit zur Verfügung stehen muss.

Über die Notwendigkeit des Zugangs zu Ergebnissen wissenschaftlicher Forschung besteht im Prinzip kein Streit. Gegenstand der Kontroversen ist nicht das „ob“, sondern das „Wie“ dieses Zugangs.

Diese Frage kann nicht von den Formen und Möglichkeiten der Kommunikation wissenschaftlicher Forschung im digitalen Zeitalter, den urheberrechtlichen, dienstrechtlichen und förderungsrechtlichen Rahmenbedingungen gelöst werden. Angesichts der weltweiten Vernetzung des Wissenschaftssystems und Publikationswesens ist dabei auch die internationale Entwicklung von grundlegender Bedeutung.

#### 1. Ausgangspunkt: Arbeitsteiliges System von Wissenschaftsverlagen und Wissenschaftsbibliotheken

Nach wie vor dominiert im wissenschaftlichen Publikationswesen das als „Bezahlschranke“ bezeichnete System des Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen, in dem die Autoren ihre urheberrechtlichen Verwertungsrechte, insbesondere das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht ausschließlich auf wissenschaftliche Verlage auslizenzieren, die – in nach Fachdisziplinen unterschiedlichen Formen – eine Qualitätskontrolle, die Herstellung und den Vertrieb übernehmen und dafür von den Abnehmern, vor allem den wissenschaftlichen Bibliotheken, Einzel- oder Abonnementpreise erhalten. Das wissenschaftliche Publikationswesen verdankt neben der Erfindung des Buchdrucks seine Existenz der Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts – zunächst in Form des sog. Privilegienwesens für die Verlage, seit dem sog. Queen-Anne-Act von 1710 für die Autoren, das einen Anreiz für die Autoren zur Schöpfung von Werken und die Rahmenbedingungen für die Veröffentlichung und den Vertrieb literarischer, wissenschaftli-

cher und künstlerischer Werke über den Markt schuf. Diese Funktion des Urheberrechts kommt anschaulich in Art. 1 Sect. 8 der US-Verfassung zum Ausdruck. Die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechtes zunächst auf nationaler Ebene, beginnend ab dem 19. Jahrhundert auf internationaler Ebene war konstitutiv für das Entstehen eines nationalen, später internationalen Buch- und Zeitschriftenmarktes mit wettbewerblichen Strukturen.

Das System wissenschaftlicher Literaturversorgung erwies sich auch in der Zeit wachsender Buch- und Zeitschriftenproduktion weitgehend als stabil. Von einer Bibliotheks- oder Zeitschriftenkrise ist erst die Rede, seitdem die Erwerbsetats und Speicherkapazitäten der wissenschaftlichen Bibliotheken dem mit dem weltweiten Wachstum wissenschaftlicher Veröffentlichungen nicht mehr Schritt halten konnte.

Bereits vor der technischen Revolution durch neue Vervielfältigungstechniken bedurfte es deshalb einer Abkehr vom Ziel der vollständigen Verfügbarkeit des Bestandes wissenschaftlicher Literatur in wissenschaftlichen Bibliotheken, Absprachen über die Schwerpunktbildung und der Einführung eines Fernleihsystems.

#### 2. Auswirkungen neuer Technologien

Ein noch nachhaltiger Einschnitt war und ist mit der Einführung der Reprographie und schließlich der Digitalisierung verbunden.

Beide Techniken, vor allem die Digitalisierung, erleichtern die Vervielfältigung für die Nutzung und Speicherung der für wissenschaftliche Forschung und Lehre am Arbeitsplatz benötigten Literatur und eignen sich vor allem für eine Literaturversorgung in einem arbeitsteiligen Bibliothekssystem. Gleichwohl bewirken sie nachhaltige Änderungen sowohl für das wissenschaftliche Verlagswesen als auch für die Strategie der Literaturversorgung. Die klassischen Kernaufgaben der wissenschaftlichen Bibliotheken im Bereich der Erschließung, Bereithaltung und Ausleihe erweitert sich um die Funktion als „Wissenschaftsintermediäre“ für digitale Publikationen.

Die auf nationaler und internationaler Ebene für die Reprographie und digitale Angebote gezogenen Schrankenregelungen zugunsten von Privatkopien und Kopien für wissenschaftliche Zwecke stießen auf Seiten des Verlagswesens wegen des von den Verlagen befürchteten Umsatzrückgangs trotz der vorgesehenen Kompensation durch die sog. Kopiervergütung auf massiven Widerstand, sowohl die kasuistisch gefassten Schrankentatbestände als auch die in die Kopiervergütung einzubezie-

11 Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Lehranstalten in Berlin, abgedruckt in: Gelegentliche

Gedanken über Universitäten, Reclam Leipzig 1990, S. 273, 275, zitiert in BVerfGE 35, 79, 113 – niedersächsisches Hochschulur-

henden Gerätehersteller und Betreiber waren Gegenstand zahlreicher höchstrichterlich entschiedener Rechtsstreitigkeiten.

Die Digitalisierung eröffnete für das wissenschaftliche Publikationswesen bei der Herstellung, der Produktion und dem Vertrieb neue Möglichkeiten, Herausforderungen, aber auch Gefahren für die im Print-Zeitalter entwickelten Strukturen wissenschaftlichen Publizierens.

### 3. Neue Geschäftsmodelle- Forderung nach und Wege zum Open-Access

„Aus der Verbindung zwischen bewährter wissenschaftlicher Praxis und neuen technischen Möglichkeiten hat sich die Idee des Open-Access- des unentgeltlichen digitalen Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen in der Wissenschaft entwickelt“.<sup>12</sup>

Dieses Ziel wird seit der Budapester und Berliner Erklärung international und national auf verschiedenen Wegen und in verschiedenen Modellen verfolgt:

Zum einen in der Weiterentwicklung der bisherigen Geschäftsmodelle, d.h. der Umstellung der Bezahlmodelle vom entgeltlichen Vertrieb auf die entgeltliche Produktion und den kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen (sog. Goldener Weg), Mischmodelle, die Einstellung in eine frei zugängliche Datenbank (sog. Repositorium), parallel mit der Publikation oder nach Ablauf einer Embargofrist (sog. Grüner Weg).

Die Umstellung der Geschäftsmodelle auf der Angebotsseite, vor allem der sog. Goldene Weg wird heute von einem Großteil der wissenschaftlichen Verlage im In- und Ausland mitgetragen, zumal diese Umstellung im Regelfall mit zusätzlichen Mitteln der Forschungsförderorganisationen unterstützt wird.

Dabei handelt es sich aber um erste Ansätze. Für die vollständige oder weitgehende Umstellung fehlt wegen der dafür notwendigen Umschichtungen der Erwerbungssetats der Bibliotheken und der für eine Übergangszeit notwendigen erheblichen Ressourcen eine Gesamtstrategie.

Wegen der Vielzahl von Entscheidungsträgern auf der Wissenschaftsseite und der Marktdominanz weniger international agierender Wissenschaftsverlage ist dieser Umstellungsvorgang mit hohen Hürden verbunden.

Nach wie vor kontrovers wird dagegen der sog. Grüne Weg beurteilt. Während der Börsenverein im Grünen Weg eine Behinderung des Goldenen Weges bezeichnet,<sup>13</sup> ergibt sich auf Seite der Wissenschaftsverlage eine differenzierte Haltung und Praxis.

Größere Wissenschaftsverlage lassen die Einstellung von Zeitschriftenpublikationen in unterschiedlichen Formaten in sog. Fachrepositorien nach Ablauf einer Embargofrist zu.<sup>14</sup> Gleichwohl bestehen sie darauf, durch entsprechende Gestaltung der Verlagsverträge die Steuerung des „Grünen Weges“ bzw. den Zugang zu den von ihnen verlegten Zeitschriften durch eine Verbindung von entgeltlicher Publikation und freiem Bezug bzw. entgeltlichem Erwerb (sog. Hybridmodelle) in der Hand zu behalten.

Die von den Verlagen festgelegten Embargofristen werden aber wegen des raschen Veraltens von Forschungsergebnissen im Bereich der sog. SMT-Fächer als zu lang angesehen, um das Ziel des Open-Access zu erreichen. Soweit die Publikation in den Repositorien nicht im Originalformat zugänglich gemacht wird, wird dieser Weg selbst bei angemessener Embargofrist nicht als zielführend angesehen.

### 4. Streitfall: Fakultatives oder obligatorisches Zweitveröffentlichungsrecht- Zweitveröffentlichungspflicht

a. Um die Rahmenbedingungen für den grünen Weg zu verbessern, wurde nach kontroverser Diskussion durch die Urheberrechtsgesetznovelle v. 1. Oktober 2013 (BGBl. I, 3728) das bis dato fakultative und damit in die Hand der Verlage gelegte Zweitveröffentlichungsrecht wissenschaftlicher Autoren in ein obligatorisches Zweitveröffentlichungsrecht für aus öffentlicher Forschungsförderung hervorgegangene Publikationen nach Ablauf einer Embargofrist von 12 Monaten umgewandelt, wobei als Format für die Zweitveröffentlichung die vom Verlag angenommene sog. Manuskriptversion festgelegt wurde (§ 38 Abs. 4 UrhG).

Der Gesetzgeber kam damit Forderungen der Wissenschafts- und Wissenschaftsförderorganisationen entgegen.

Allerdings bleibt das Gesetz auf halbem Wege stehen, weil es sich nur auf Publikationen aus Projektforschung und nicht aus grundfinanzierter Forschung bezieht und damit vor allem die universitäre Forschung diskriminiert, ohne dass dafür eine einleuchtende Begründung gegeben wird. Kritisiert wird auch die einheitliche Embargofrist von 12 Monaten, die vor allem in den SMT-Fächern als zu lang angesehen wird. Zudem bestehen zahlreiche weitere Unklarheiten der Gesetzesfassung, die die Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen veranlasste, ein FAQ zum Zweitveröffentlichungsrecht

teil.

12 Open Access in Deutschland – Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2016, S. 5.

13 Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke

und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes etc. vom 20.2.2013, [http://www.boersenverein.de/de/portal/index.html?meldung\\_id=598244](http://www.boersenverein.de/de/portal/index.html?meldung_id=598244).

14 Vgl. die Übersicht der Verlagspolitik abrufbar unter <http://www.dini.de/projekte/sherparomeo/>.



zu verfassen.<sup>15</sup> Viele der Unklarheiten im Gesetz können dort jedoch nur benannt, nicht aber gelöst werden.

Nicht zuletzt bleibt ungeklärt, ob die Regelung auch gegenüber Verlagen mit Sitz im Ausland durchgesetzt werden kann.

Das Zweitveröffentlichungsrecht eröffnet bei einem Verlagsvertrag mit ausschließlichem Verwertungsrecht des Verlegers die Befugnis des Autors, den Beitrag nach Ablauf der Karenzfrist öffentlich zugänglich zu machen. Es ist damit eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für den Open-Access.

b. Bereits vor der Einführung des obligatorischen Zweitveröffentlichungsrecht wurden deshalb Vorschläge erörtert, für Autoren, deren Publikation aus öffentlicher Forschungsfinanzierung entstanden ist, eine Zweitveröffentlichungspflicht einzuführen oder die Verwertungsrechte der Autoren durch besondere Schrankenregelungen zugunsten öffentlichen Zugangs zu beschränken.

Rechtssystematisch sollte die Zweitveröffentlichungspflicht durch eine Ergänzung des Urheberdienstrechtes in § 43 UrhG verankert werden, die als Alternative gedachte Schrankenregelung durch Ergänzung der §§ 53ff. UrhG verankert werden.

Vor allem die in einigen Bundesländern bereits hochschulrechtlich umgesetzten Vorschläge, das Zweitveröffentlichungsrecht für Hochschulmitglieder zugunsten von Open-Access durch dienst- und arbeitsrechtliche Regelungen zwingend einzuführen und für öffentlich geförderte Forschung in den Bewilligungsbestimmungen der Forschungsförderorganisationen zu verankern werden als Verstoß gegen die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) kritisiert und für rechtsunwirksam erklärt.

c. In seinem Strategiepapier „Open Access in Deutschland“ tritt das BMBF dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit mit dem Argument entgegen, die Wissenschaftsfreiheit werde nicht eingeschränkt, denn die Entscheidung der wissenschaftlichen Autoren, ob und wann publiziert werde, läge weiter bei diesen.<sup>16</sup>

Mit dieser Argumentation verkennt das BMBF den vom Bundesverfassungsgericht, dem Bundesgerichtshof und dem weit überwiegend in der Literatur vertretenen Wirkungsbereich des Art. 5 Abs.3 GG, der auch die Entschei-

dung über das „Wie“ der Publikation umfasst, da die Wahl des Publikationsmediums wesentlich den Erfolg einer Publikation bestimmt und die Publikation in angesehenen die wissenschaftliche Fachzeitschriften auch die wissenschaftliche Reputation beeinflusst.

d. Die Freiheit der Forschung als Teil der Wissenschaftsfreiheit schützt nicht nur die Freiheit der Fragestellung und Methodik, sondern auch die Bewertung der Forschungsergebnisse und ihre Verbreitung.<sup>17</sup> Dabei ist der Forscher grundsätzlich frei, über Ort, Zeitpunkt und Modalitäten seiner Publikation frei zu entscheiden.<sup>18</sup>

Als Selbstverwaltungskörperschaften und staatliche Einrichtungen unterliegen die staatlichen Hochschulen nach Art. 1 Abs. 3 GG der Grundrechtsbindung.

Deshalb kann an staatlichen Hochschulen weder das Trägerland als Dienstherr noch die Hochschule Publikationsregelungen treffen, die den Wirkungsbereich des Art. 5 Abs. 3 GG verletzen. Eine Open-Access-Publikationspflicht greift in das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) ein und schafft dort entsprechende Rechtfertigungslasten. das „Wo“ der Publikation und damit die positive Publikationsfreiheit.

Eine Verpflichtung zur Publikation auf dem goldenen Wege greift direkt in die Publikationsfreiheit ein.

Eine Verpflichtung zur Publikation auf dem grünen Weg lässt vordergründig die Entscheidung über die Erstpublikation beim Autor, jedoch kann sie Rückwirkungen auf die Erstpublikation haben, wenn der wissenschaftliche Verlag die Erstpublikation ablehnt, weil er dann das obligatorische Zweitveröffentlichungsrecht akzeptieren muss. Dieses Problem kann sich vor allem bei Publikationen in ausländischen wissenschaftlichen Zeitschriften stellen.

Soweit für die Zweitveröffentlichung zwingend eine bestimmte Datenbank vorgeschrieben werden, kann auch darin ein Eingriff in das „Wie“ der Publikationsfreiheit“ liegen, wenn diese in Fachkreisen nicht über einen entsprechenden Bekanntheitsgrad oder wissenschaftliches Ansehen verfügt.

Dem steht kein verfassungsrechtlich geschütztes Verwertungsinteresse der Hochschule gegenüber. Selbst wenn man die Hochschulen als Grundrechtsträger des

15 FAQ zum Zweitveröffentlichungsrecht, abrufbar unter: <http://www.allianzinitiative.de/de/handlungsfelder/rechtliche-rahmenbedingungen/faq-zvr.html>.

16 Open Access in Deutschland- Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2016, S. 7.

17 BVerfG 29.5. 1973-1 BvR 4241- 71, BVerfGE 35. 79 ff., 112.

18 BVerfG 14.2.1987 – 2 BvR 523/75 – E 47, 237 – Wahlwerbespot; BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 333/75 – E 47, 383 – Hessisches Universitätsgesetz; BGH 27.9.1990 – I ZR 244/88 – GRUR 1991, 523 f – Grabungsmaterialien; *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum GG, 110. Lfg, 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit),

Rn 74; ders. DFG\_ Förderbedingungen zur Open Accesspublikation, *OdW* 2014, 173, 190 f.; *Britz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 GG (Wissenschaft), Rn 26; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2001, Art. 5 GG, Rn. 122; *Denninger*, in: AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 25 u. Rn. 47; *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, *WissR* 18 (1985), 116; *G. Sandberger*, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Fachpublikationen, FS: für Volker Beuthien z. 70. Geburtstag, 2009, S. 583 ff., 586.

Art. 5 Abs. 3 GG anerkennt,<sup>19</sup> richtet sich der Wirkbereich des Art. 5 Abs. 3 GG zugunsten der Hochschulen vorrangig als Abwehrrecht gegen den Staat oder als objektive Wertentscheidung gegen wissenschaftsinadäquates Organisationsrecht, nicht aber gegen das Individualgrundrecht seiner Mitglieder im Kernbereich des Art. 5 Abs. 3 GG. Der Wissens- und Technologietransfer als Aufgabe der Hochschule stellt als solcher kein verfassungsrechtlich geschütztes Gut dar.<sup>20</sup>

Als Legitimationsgrund kommt deshalb nur die Wissenschafts- und Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 5 i.V. mit Art. 5 Abs. 1 GG im Verständnis dieser Grundrechte als objektive Garantie freier Wissenschaft in Frage, die immanente Grenzen gegenüber der Publikationsfreiheit der Autoren setzt bzw. nach den Grundsätzen der Verfassungskonkordanz in Einklang mit deren Grundrechten gebracht werden muss.

*Michael Fehling*, der diese Fragestellung im Kontext des Open Access untersucht hat, weist in gründlicher Analyse zutreffend nach, dass bisher weder das Bundesverfassungsgericht noch die Staatsrechtslehre dem objektivrechtlichen Verständnis des Art. 5 Abs. 3 GG eine solche Tragweite als Begrenzung der individuellen Wissenschaftsfreiheit gegeben haben.

Auch in dem grundlegenden Hochschulurteil werden Begrenzungen der individuellen Wissenschaftsfreiheit im Organisationsrecht der Hochschulen nur insoweit als legitimiert angesehen, als diese unter Berücksichtigung der legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist und der Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung unangetastet bleibt.<sup>21</sup>

Eine Analogie zu den Begrenzungen der Hochschulorganisation verbietet sich schon deshalb, weil die Scientific Community weder organisatorisch verfasst ist noch einer organisatorischen Verfassung bedarf.<sup>22</sup>

Ebenso wenig tragfähig ist der Ansatz, aus der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) eine verfassungsimmanente Schranke der Publikationsfreiheit abzuleiten. Dies verbietet schon der Gehalt der Informationsfreiheit, der sich auf allgemein zugängliche Quellen bezieht und damit eine Offenlegungspflicht gegenüber Rechtsinhabern aus konkurrierenden Grundrechten wie der Publikationsfreiheit ausschließt.<sup>23</sup>

Art. 5 Abs. 3 GG enthält als verfassungsrechtliche Schranke die Treue zur Verfassung, aber keinen allge-

meinen Gesetzesvorbehalt. Als „schränkenloses Grundrecht“ ist das Recht auf Wissenschaftsfreiheit deshalb nur solchen Einschränkungen unterworfen, die sich aus konkurrierenden Grundrechten oder anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang ergeben. „Allein die Tatsache, dass man bestimmte Ziele als gewichtige Allgemeininteressen einstufen kann, reicht für die Einschränkung des Art. 5 Abs. 3 GG nicht aus.“<sup>24</sup>

Soweit nach den dargestellten Maßstäben eine gesetzliche oder auf eine Hochschulsatzung gestützte Open Access Vorschrift Eingriffscharakter hat, ist sie verfassungsrechtlich nicht legitimierbar und wegen Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 3 GG unwirksam.

Betroffen sind deshalb alle Vorgaben für die Primärpublikation. Ebenso sind zwingende Vorgaben für die Ausübung des Zweitveröffentlichungsrechts verfassungsrechtlich angreifbar, wenn sie die Möglichkeit der Primärpublikation behindern oder wesentlich einschränken. Gleiches gilt, wenn dem Autor die Wahl des Mediums für die Zweitveröffentlichung genommen wird.

Das Ziel eines Übergangs zu Open-Access Publikationen ist deshalb nicht durch Zwang, sondern nur durch Anreize zu erreichen, die im Rahmen des bestehenden Publikationssystems den Übergang zu Open Access fördern. Dazu gehören Publikationszuschüsse in Online- Zeitschriften im sog. Goldenen und Grünen Weg oder der Aufbau von Onlineplattformen für die Zweitveröffentlichung.

Auch öffentlich geförderte außeruniversitäre Forschungseinrichtungen in privater Rechtsform wie die Max-Planck-Gesellschaft, die Helmholtz-Institute oder die Blaue Liste-Institute sind nach ganz überwiegender Ansicht an die Grundrechte gebunden. Bund und Land können sich der Grundrechtsbindung nicht durch Wahl der Rechtsform entziehen.<sup>25</sup>

Im Auftrag der DFG *Michael Fehling* hat die Frage verfassungsrechtlicher Zulässigkeit von Open- Accessregelungen im Kontext der von der DFG geplanten Änderungen der Förderbedingungen zugunsten einer Zweitveröffentlichungspflicht der von der DFG geförderten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler untersucht.<sup>26</sup>

Die Förderungstätigkeit der DFG ist ungeachtet ihrer Selbstverwaltungsstrukturen insbesondere wegen der staatlichen Finanzierung und auch der Beteiligung von Vertretern des Bundes und der Länder im Hauptaus-

19 BVerfGE 68, 193 ff.; 75, 192, 196.

20 So zu Recht *J. Hübner*, *WissR* 2005, 34, 45 ff.

21 BVerfGE 35, 79, 115.

22 So zutreffend *Fehling*, DFG Förderbedingungen zur Open Accesspublikation, *OdW* 2014, 173, 193.

23 *Fehling*, S. 198.

24 *Fehling*, S. 197.

25 Vgl. *Fehling*, aaO. S.193 m.w.N.

26 DFG Förderbedingungen zur Open Accesspublikation, *OdW* 2014, 173 ff.

schuss der DFG gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden.<sup>27</sup>

Eine Eingriffswirkung kann nach Fehling nicht deshalb verneint werden, weil es sich um reine Leistungsmodalitäten handelt, denen sich ein Wissenschaftler durch Verzicht auf Forschungsförderung entziehen kann.<sup>28</sup>

Wie er zu Recht ausführt, verkennt eine solche Sichtweise die Realitäten heutiger Forschungsfinanzierung, da nur in wenigen Fächern die Grundausrüstung zur Finanzierung bedingungsfreier Forschung ausreicht.

Gleiche Überlegungen müssen deshalb auch für Förderbedingungen anderer öffentlicher Forschungsförderungsorganisationen gelten.

Inwieweit Open Access Förderbedingungen Eingriffscharakter haben, ist von deren Ausgestaltung abhängig. Wegen ihres Leistungs- und Teilhabecharakters bedarf die Forschungsförderung zwar grundsätzlich keiner gesetzlichen Ermächtigung. Nach bisherigem Verständnis und Praxis gilt dies auch dann, wenn Grundlagenforschung ohne staatliche Drittmittelförderung nicht mehr stattfinden kann.

Soweit dies der Fall ist, können für die Bestimmung des Eingriffscharakters und seine Legitimation aber keine grundsätzlich anderen Kriterien gelten als für Open-Access Regelungen staatlicher Hochschulen.

*Fehling* schlägt demgegenüber eine Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung der Open-Access Bedingungen vor, um den Konflikt zwischen der individuellen Publikationsfreiheit und der objektivrechtlichen Seite der Wissenschafts- und Informationsfreiheit im Sinne der Konkordanz und des schonendsten Ausgleichs zu lösen, ohne allerdings den damit verbundenen Widerspruch zu seinen vorausgegangenen grundsätzlichen Ausführungen zur Relevanz des objektivrechtlichen Bedeutung der Wissenschafts- und Informationsfreiheit aufzuklären.<sup>29</sup>

Mit Hilfe dieser Kriterien entwickelt er inhaltliche Anforderungen an die Eignung von Open-Access Bedingungen für die Verwirklichung der Wissenschafts- und Informationsfreiheit, vor allem aber für die Verhältnismäßigkeit von Open-Access Förderbedingungen. Im Ergebnis laufen sie darauf hinaus, dass Open-Access Förderbedingungen geförderte Wissenschaftler nicht zu einer Publikationsweise zwingen dürfen, welche ihre Reputation und den Zugang zu den bisherigen Publikationsmöglichkeiten gefährdet.

Daraus leitet er ein Verbot eines obligatorischen goldenen Weges ab und verbindet dies mit der Verpflichtung, für den grünen Weg Optionen aufzuzeigen bzw. den Aufbau entsprechender Plattformen zu unterstützen.<sup>30</sup> Dies schließt fachspezifische Differenzierungen und Ausnahmeregelungen in nachgewiesenen Härtefällen ein.

Der Untersuchung von Fehling ist eine umfassende Analyse der verfassungsrechtlichen Aspekte von Open Access Verpflichtungen durch Wissenschaftsförderorganisationen zu verdanken.

Die individuelle Wissenschaftsfreiheit garantiert nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ der Publikation. Deshalb muss vor allem bei der Erstveröffentlichung die Entscheidung über die Wahl des Publikationsorgans beim Autor verbleiben. Eine obligatorische Zweitveröffentlichung ist dann verfassungsrechtlich bedenklich, wenn sie negative Rückwirkungen auf die Möglichkeit der Erstveröffentlichung hat. Eine grundrechtskonforme Lösung ist dann erreichbar, wenn dem Autor entsprechende Optionen für die Wahl des Zweitveröffentlichungsmediums überlassen werden.

Wissenschaftseinrichtungen und Wissenschaftsförderungseinrichtungen können den Weg zum Open-Access durch Anreize und organisatorische Unterstützung fördern, aber nicht erzwingen.

#### 5. Open-Access als Autonomiegewinn für Wissenschaftseinrichtungen? - Entbehrlichkeit wissenschaftlicher Verlage?

In der in der FAZ ausgetragenen Kontroverse werden die Bestrebungen des BMBW und der Allianz zum Open Access von der einen Seite als Weg in den Staatsautoritarismus, auf der anderen Seite als Chance für einen Autonomiegewinn beschrieben.<sup>31</sup>

Gegenüber solchen, teils mit maßlosen Formulierungen verbundenen Urteilen ist bei der künftigen Gestaltung des wissenschaftlichen Publikationswesens Pragmatismus angebracht. Wissenschaftliche Autoren müssen aus verfassungsrechtlichen Gründen sowohl für die Erstveröffentlichung als auch für die Zweitveröffentlichung die Entscheidungsfreiheit über die Publikationsform und das Publikationsmedium behalten. Das Motiv jedes seriösen wissenschaftlichen Autors, das Publikationsmedium zu wählen, das ein entsprechend hohes fachliches Ansehen und eine optimale Verbreitung in der wissenschaftlichen Fachwelt hat, dürfte sich mit den

27 AaO. S. 193.

28 AaO. S. 193.

29 AaO. S. 200 ff. einerseits, S. 197 ff. andererseits.

30 *Fehling*, S. 206 ff.

31 *Roland Reus*, Staatsautoritarismus großgeschrieben, FAZ v.

28. September 2016, Nr. 227 N 4 – Forschung und Lehre;

*Benedikt Fecher* und *Gerd G. Wagner*, Open-Access als Autonomiegewinn für die Universitäten, FAZ v. 19.10.2016, Nr. 244 N 4 – Forschung und Lehre.

Zielen der Forschungspolitik, von Wissenschaftseinrichtungen und Wissenschaftsfördereinrichtungen decken.

In einer international vernetzten Wissenschaftsgemeinschaft mit etablierten, nach Fächerkulturen unterschiedlich international ausgerichteten Fachzeitschriften ist der mit der Digitalisierung verbundene Umstellungsprozess nur mit und nicht gegen die etablierten Wissenschaftsverlage zu erreichen.

Ein Rückblick in die Geschichte von Universitätsverlagen und Verlagen von Fachgesellschaften sollte daran erinnern, dass Universitätsverlage bis auf wenige Ausnahmen wegen ihrer geringen finanziellen und personellen Leistungsfähigkeit gescheitert sind. Auch der Großteil der Fachzeitschriften von Fachgesellschaften wurde in den letzten Jahrzehnten auf professionelle Wissenschaftsverlage übertragen, weil sich die ehrenamtlich wissenschaftlichen Herausgeber mit den organisatorischen und finanziellen Anforderungen an das regelmäßige Erscheinen einer wissenschaftlichen Zeitschrift überfordert sahen.

Die Digitalisierung verändert zwar Produktion und Vertrieb und damit verbunden bestimmte Kostenstrukturen wissenschaftlichen Publizierens, nicht aber den für Qualitätskontrolle, Formatierung und Produktion notwendigen Personaleinsatz. Es erscheint daher illusorisch, eine international anerkannte Fachzeitschrift im Eigenbetrieb einzelner Hochschulen oder Wissenschaftseinrichtungen herauszubringen.

Ebenso erscheint es illusorisch, dass einzelne Universitäten von internationalen Spitzenuniversitäten abgesehen in der Fachwelt anerkannte und wahrgenommene Repositorien für eine Zweitveröffentlichung unterhalten.

Daher sind allenfalls große Wissenschaftseinrichtungen wie die Max-Planck-Gesellschaft oder die Blaue Liste-Institute personell, finanziell und technisch in der Lage, für einzelne in breiter Struktur angelegte Fachgebiete international wahrgenommene Fachzeitschriften anzubieten.

Auf dem Weg zum Open-Access darf die Wissenschaftsgemeinschaft nicht das Ziel aus dem Blick verlieren, im Interesse des Wettbewerbs die Vielfalt des wissenschaftlichen Verlagswesens zu erhalten. Anderenfalls setzt sich der von internationalen Großverlagen dominierte Konzentrationsprozess auf dem nationalen und internationalen Markt wissenschaftlicher Zeitschriften fort, die bereits als Vorreiter des goldenen Weges unter-

wegs sind und ohne Erhaltung der für einen Wettbewerb erforderlichen Vielfalt die Konditionen für den Komplettumstieg auf den Open Access bestimmen können.

Eine realistische Einschätzung der Handlungsmöglichkeiten der Wissenschafts- und Wissenschaftsfördereinrichtungen sollte zur deshalb zur Erkenntnis führen, dass diese Umstellung nur in Kooperation mit den etablierten Wissenschaftsverlagen erfolgen kann.

### III. Notwendigkeit, Inhalt und rechtliche Zulässigkeit einer urheberrechtlichen Wissenschaftsschranke?

Mit den Modellen einer obligatorischen Andienungspflicht, alternativ einer Pflicht für eine Zweitverwertung nach Ablauf einer Karenzzeit nach Erscheinen durch den Verfasser wissenschaftlicher Publikationen aus öffentlich geförderter Forschung wird der Versuch unternommen, auf der Angebotsseite die Rahmenbedingungen für den Zugang zu wissenschaftlichen Fachpublikationen durch sog. Self-Archiving oder durch Datenbanken wissenschaftlicher Fachgesellschaften oder der Träger wissenschaftlicher Forschungseinrichtungen zu schaffen.

Das Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 4 UrhG ist dafür eine notwendige Voraussetzung, jedoch sind einem dienst- arbeits- oder förderungsrechtlichen Zwang zur Open Access-Publikation die beschriebenen verfassungsrechtlichen Grenzen gesetzt.

Als Alternative bietet sich an, entsprechend der Systematik Schrankenbestimmungen der §§ 45 ff. UrhG die Verwertungsrechte der Urheber wissenschaftlicher Publikationen und aus der Lizenzierung an Verlage entstandenen Rechte zugunsten der Nutzung von Forschung und Lehre einzuschränken.

Dieser Weg wird erst entbehrlich, wenn der Weg zum Open Access zum Erfolg geführt hat.<sup>32</sup>

Diesen Weg hat der Gesetzgeber mit Sonderregelungen für das Kopie Privileg (§ 53 Abs.2 UrhG), Plattformen für Forschung und Lehre (§ 52a UrhG), digitale Lesepätze (§ 52b UrhG) und Kopienversand (§ 53a UrhG) bereits beschränkt.

Die Forderung nach einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke setzt an Erfahrungen der Nutzerseite mit diesen Regelungen in der Rechtspraxis an, die im Kern darauf hinauslaufen, dass die kasuistisch angelegten Einzelregelungen mit unklaren Voraussetzungen und Rechtsfolgen die mit der Digitalisierung verbunde-

32 Haimo Schack, Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266, 281.



nen Möglichkeiten im Bereich von Forschung und Lehre behindern, geschweige denn sachgerecht erfassen.<sup>33</sup> Als Beleg dafür wird das geringe Vergütungsaufkommen für die bisherigen Schrankenregelungen aufgeführt.<sup>34</sup> Als Beleg anführen lassen sich in jedem Fall die zahlreichen, bis zu Vorabentscheidungen des EuGH reichenden Auslegungstreitigkeiten über die Schrankenregelungen.<sup>35</sup>

Die geforderte Bildungs- oder Wissenschaftsschranke soll dieses Defizit durch ein umfassendes Nutzungsprivileg zugunsten wissenschaftlicher Lehre und Forschung beheben.

Die konkrete Ausgestaltung dieses Privilegs ist allerdings unter den Befürwortern höchst kontrovers. Die vorgeschlagenen Modelle unterscheiden sich in vielfacher Hinsicht: nach Art und Umfang der in das Nutzungsprivileg einbezogenen geschützten Werke, nach Art der Nutzung, die entweder generalklauselartig oder in Kombination von exemplarischer Beschreibung und Öffnung für nicht genannte Nutzungen tatbestandlich bestimmt wird, nach dem Verhältnis von Schrankenregelungen und vertraglichen Abmachungen zwischen Organisationen der Verwerter- und Nutzerseite, schließlich nach der Bemessung und dem Zahlungsmodus der für die Einschränkung der Verwertungsrechte zu zahlenden Kompensationen an die Urheber und Inhaber sonstiger Rechte.

Die mit dem Begriff, den Voraussetzungen und Rechtsfolgen verbundenen unscharfen Konturen der sog. Bildungsschranke erinnern an frühere Diskussionen über die sog. Kulturfltrate,<sup>36</sup> deren Modell darauf hinauslief, die lizenzfreie Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke für nichtkommerzielle kulturelle Zwecke gegen Zahlung einer Kulturfltrate zuzulassen, ohne dass dafür klare Konzeptionen zum Erhebungsmodus, zur Rechtsgrundlage Zahlungspflicht, zur Bemessung und Verteilung des Aufkommens an die betroffenen Rechtsinhaber gab.

Die Forderung nach einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke wird deshalb ungeachtet der Plausibili-

tät ihrer rechtspolitischen Ziele solange erfolglos bleiben, solange nicht der Bedarf zwingend begründet (dazu unter 1.), ihre Voraussetzungen systemkonform formuliert und in das Schrankensystem des Urheberrechtsgesetzes eingepasst ( dazu unter 2.), konventions-, richtlinien- und verfassungskonform gestaltet (dazu unter 3) und die Entschädigung der Rechteinhaber angemessen geregelt wird (dazu unter 4).

#### 1. Notwendigkeit

Auf den Prüfstand zu stellen ist die Ausgangsfrage mangelnder Eignung der bestehenden Schranken für die digitale Nutzung wissenschaftlicher Publikationen für Zwecke von Lehre und Forschung.

##### a) Digitale Lehr- und Forschungsplattformen

Im Rahmen der Regelung des § 52a UrhG (Lehr- und Forschungsplattformen) entzündete sich der Auslegungstreit über die Frage des zulässigen Umfangs der Einstellung von Teilen eines Werks in das Intranet zur Veranschaulichung im Unterricht, der Zulässigkeit der Nutzung bei kommerziellen Angeboten, der Zulässigkeit des Downloads und der Bemessung der Vergütung. Nach kontroversen Aussagen in den Vorinstanzen hat der BGH entschieden, dass eine Universität den Teilnehmern einer Lehrveranstaltung nur dann Teile eines urheberrechtlich geschützten Werkes auf einer elektronischen Lernplattform zur Verfügung stellen darf, wenn diese Teile höchstens 12% des Gesamtwerks und nicht mehr als 100 Seiten ausmachen und der Rechtsinhaber der Universität keine angemessene Lizenz für die Nutzung angeboten hat.<sup>37</sup>

Für die für die öffentliche Zugänglichmachung ist nach § 52a Abs. 4 UrhG eine angemessene Vergütung zu zahlen. Diese kann wie bei der Kopiervergütung auch im Rahmen sog. Gesamtverträge mit Nutzervereinigungen, im Hochschulbereich mit der KMK- nach § 12 UrhWG a.F. abgeschlossen werden. Diese Verfahren haben sich bislang wegen der im Falle misslungener Einigung vor-

33 Vgl. dazu die in Fn. 1 genannte Aufsatzserie sowie *Ohly, Ansgar*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung-, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 74 ff.; *de la Durantaye, Katharina*: Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, Münster 2014, abrufbar unter: <http://durantaye.rewi.hu/doc/Wissenschaftsschranke.pdf>; Studie „Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht“, im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) von *Justus Haucap, Ina Loebert, Gerald Spindler* und *Susanne Thorwarth*, 2016, abrufbar unter: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/144535/1/863760678.pdf>, S. 39 ff.

34 Vgl. die in voriger Fn. genannte Studie „Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht“, S. 55 ff., 58 ff.

35 BGH, Urt. v. 28.11.2013 – I ZR 76/12 – Meilensteine der Psychologie= NJW 2014, 2117, GRUR 2014, 549, ZUM 2014, 524; OLG Stuttgart, Urt. v. 4.4.2012 – 4 U 171/11, ZUM 2012, 495; LG Stuttgart, Urt. v. 27.9.2011 – 17 O 671/10, ZUM 2011, 946; BGH, Urt. v. 20.3.2013 – I ZR 84/11 – Gesamtvertrag Hochschul-Intranet=GRUR 2013, 1220, MMR 2014, 59; BGH, Urt. v. 16.4.2015 – I ZR 69/11 – Elektronische Leseplätze II=GRUR 2015, 1101; EuGH, Urt. v. 11.9.2014 – C-117/13, GRUR 2014, 1078 = WRP 2012, 1178 – TU Darmstadt/Ulmer; BGH, Beschluss vom 20.9.2012 – I ZR 69/11, GRUR 2013, 503 = WRP 2013, 511 – Elektronische Leseplätze I.

36 Vgl. dazu monographisch *Zwengel, Wolfgang*, Kulturflratrates, Diss. Tübingen 2012, Baden-Baden 2012 (Nomos).

37 BGH, Urt. v. 28.11.2013 – I ZR 76/12 – Meilensteine der Psychologie= NJW 2014, 2117, GRUR 2014, 549.

gesehenen Schieds- und gerichtlichen Verfahren als schwerfällig erwiesen. Zudem hat der BGH mit seiner Entscheidung zum Gesamtvertrag der KMK mit der VG Wort – „Hochschultranet“ – mit der Anforderung, die Vergütung nicht nach dem Werk oder Werkteil und sondern nach der Zahl der Seiten des Druckwerks, nach der Zahl der Teilnehmer der Veranstaltung sowie linearer Bemessung nach Seiten wie bei der Kopiervergütung, d. h. 0,8 ct/ Seite dem Gesamtvertrag einen praxisfernen von Nutzerseite zu Recht kritisierten Inhalt gegeben.<sup>38</sup>

#### b) Elektronische Leseplätze

Noch weitergehende Kontroversen ergaben sich bei der Exegese des § 52b UrhG (Elektronische Leseplätze). Dazu trug die unklare legislatorische Zielsetzung bei: Schonung der Bibliotheksbestände, Heranführung an die digitale Nutzung und Vereinfachung der Geschäftsabläufe.<sup>39</sup> Limitierender Faktor ist neben der Limitierung der Bildungseinrichtungen die Bindung der Leseplätze an die Bestandsexemplare, die Beschränkung auf Bibliotheken und Archive ohne Erwerbzwecke und die Beschränkung der Nutzung für Forschung und private Studien. Die Auslegungskontroversen entstanden an der weiteren Beschränkung des Nutzungsprivilegs aus der Formulierung: „soweit keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen“.

Außerdem war streitig ob § 52b UrhG die sog. Annexkompetenzen, d.h. den Download der Bibliothek und den analogen oder digitalen Download des Nutzers umfasst. Nach der Vorlageentscheidung des Europäischen Gerichtshofs<sup>40</sup> hat der BGH in der Entscheidung „Elektronische Leseplätze II die Nutzung von Werken ihrer Sammlungen an elektronischen Leseplätzen sowie das vorhergehende Digitalisieren gestattet.“<sup>41</sup> Zudem darf es Nutzern ermöglicht werden, an diesen elektronischen Leseplätzen Ausdrucke oder digitale Kopien der dort wiedergegebenen Werke herzustellen. Zugleich hat der BGH darüber entschieden, dass das Lizenzvertragsangebot des Verlags keine „vertragliche Regelung“ i.S.v. § 52b UrhG darstelle und daher dies einer Nutzung nach § 52b UrhG nicht entgegenstünde.

Zum Download der Bibliotheken führt der BGH aus, das Recht zur Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen würde „einen großen Teil seines sachlichen Gehalts und sogar seiner praktischen Wirksamkeit verlieren (...), wenn die Bibliotheken kein akzessorisches Recht zur Digitalisierung der betroffenen Werke besäßen.“<sup>42</sup>

Den Downloads der Nutzer in analoger oder digitaler Form hat der BGH unter Rückgriff auf § 53 Abs. 1 und 2 UrhG bei Vorliegen der dort genannten Limitierungen ebenfalls für zulässig erklärt. Rechte an den elektronisch lesbaren Werken würden auch nicht dadurch verletzt, wenn an den Leseplätzen die Möglichkeit besteht, Kopien auszudrucken oder digitale Kopien herzustellen. Von unbefugten Nutzungen könne nicht ohne Weiteres ausgegangen werden: „Ein Ausdrucken oder Abspeichern von an elektronischen Leseplätzen bereitgestellten Werken kann in vielen Fällen als Vervielfältigung zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 UrhG zulässig sein.“<sup>43</sup>

Unklar bleibt in der Entscheidung, wie die angemessene Vergütung für die Zugänglichmachung an digitalen Leseplätzen zu bemessen ist. Den Hinweis des EuGH, dass die durch Art. 6 Abs. 3 n RL 2001/29 legitimierte Regelung des § 52b UrhG eine angemessene Entschädigung der Urheber voraussetze, hat der BGH nicht weiter konkretisiert.<sup>44</sup>

#### c) Kopienversand auf Bestellung

Demgegenüber konnten die Auslegungsprobleme des § 53a UrhG (Kopienversand auf Bestellung) durch einvernehmliche Praxis der Verlegerverbände, VG- Wort und Nutzerseite geklärt werden. Die Regelung ist der Abschluss einer über ein Jahrzehnt in zahlreichen Verfahren geführten Kontroverse über die Zulässigkeit des Kopienversand nach § 53 UrhG.<sup>45</sup> Der Gesetzeswortlaut geht auf einen im Gesetzgebungsverfahren akzeptierten Kompromiss zurück.<sup>46</sup> Für die elektronische Dokumentenlieferung legt § 53a UrhG allerdings weitgehende Beschränkungen fest. Dies gilt zum einen für das Erfordernis der Einzelbestellung, für den Gegenstand der Übermittlung: einzelne in Zeitungen oder Zeitschriften erschienene

38 BGH, Urt. v. 20.3.2013 – I ZR 84/11 - Gesamtvertrag Hochschul-Intranet=GRUR 2013, 1220, MMR 2014, 59; zur Kritik: LRK Baden- Württemberg Pressemitteilungen Stuttgart, 2. November 2016: Digitale Lehre: Bayerische und baden-württembergische Universitäten lehnen Beitritt zur Rahmenvereinbarung der VG Wort ab <http://www.lrk-bw.de/index.php/pressemitteilungen>. Der Gesamtvertrag ist abrufbar unter: [http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user\\_upload/DBV/vereinbarungen/2016-10-05\\_Rahmenvertrag\\_zur\\_Verguetung\\_von\\_Anspruechen\\_nach\\_52a\\_UrhG.pdf](http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/vereinbarungen/2016-10-05_Rahmenvertrag_zur_Verguetung_von_Anspruechen_nach_52a_UrhG.pdf).

39 BT- Drs.16/1828, S. 21.

40 EuGH Urt. v. 11.9.2014 Az.: C-117/13, GRUR 2014, 1078 = WRP 2012, 1178 - TU Darmstadt/Ulmer-.

41 BGH Urt. v. 20.3.2013 – I ZR 84/11 - Gesamtvertrag Hochschul-Intranet=GRUR 2013, 1220, MMR 2014, 59; BGH Urt. v. 16.4.2015 – I ZR 69/11 - Elektronische Leseplätze II=GRUR 2015, 1101.

42 BGH, aaO., Rn. 38ff.

43 BGH, aaO., Rn. 51ff.

44 BGH, aaO., Rn. 63.

45 BGH, Urt. v. 25.2.1999, ZUM 1999, 566.

46 Vgl. dazu BT-Dr. 16/1828, S. 27.

Beiträge sowie kleinere Teile eines erschienenen Werks, für das Format der Übermittlung als PDF-Datei, für den Zweck der Nutzung zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke nicht kommerzieller wissenschaftlicher. Zum anderen ist die Dokumentenlieferung nur zulässig, wenn der Zugang den Nutzern zu den Werken „nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird“. In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages wurde formuliert, dass „jedenfalls“ dann Offensichtlichkeit vorliegt, wenn Publikation in einem zentralen, kooperativ gepflegten Nachweisinstrument auffindbar ist.<sup>47</sup>

Ein solcher Nachweis wird auf Basis der elektronischen Zeitschriftendatenbank (EZB) in Regensburg aufgebaut.<sup>48</sup> Die Datenbank muss so vollständig sein, dass durch eine Prüfung von dessen Inhalt alle „offensichtlichen“ Angebote enthalten sind. Der von den Rechteinhabern vermittelte Zugriff muss pro Einzelaufsatz möglich sein.

Ebenso unklar ist das Merkmal „zu angemessenen Bedingungen“. Die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages hat dazu auf die in ihrer Exegese ebenfalls hochumstrittene Regelung des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG über die Autorenvergütung verwiesen, darüber hinaus aber Anforderungen an die Modalitäten des Nutzungszugangs formuliert.<sup>49</sup>

Die Maßstäbe erweisen sich in der Praxis aber nicht als operational. Angesichts der Marktmacht der bedeutendsten Wissenschaftsverlage vor allem im Bereich der Ingenieur- Naturwissenschaften und Medizin können die für Einzellieferungen vorgesehenen Preise nicht als wettbewerbliche Marktpreise und damit als angemessen angesehen werden. In jedem Fall sind Preise über dem wettbewerblich bestimmten Marktpreisen nicht angemessen.

Dem Kopienversand muss deshalb eine Einzelrecherche der Bibliothek vorausgehen.

Schon dieses Erfordernis, vor allem aber die Unklarheit über den Begriff der „angemessenen Bedingungen“ haben zur Folge, dass die praktische Bedeutung des § 53a UrhG gering geblieben ist.

Verleger, Bibliotheks- und Nutzerorganisationen sind stattdessen dazu übergegangen, im Rahmen sog. Campuslizenzen Lizenzen für die elektronische Nutzung und Dokumentenlieferung wissenschaftlicher Zeitschriften zu vereinbaren.

Für die Dokumentenlieferung wurde zwischen dem Börsenverein für den deutschen Buchhandel, der Inter-

national Association of Scientific Publishers und dem Dokumentenlieferungsdienst Subito e.V., einer Gemeinschaftseinrichtung deutscher, österreichischer und Schweizer Bibliotheken ein Rahmenvertrag vereinbart, dem die einzelnen Verlage beitreten können.<sup>50</sup> Erfasst sind nach neuesten Angaben von Subito 1,5 Millionen Zeitschriften.

#### d) Verleih von E-Books

Im weiteren Kontext des digitalen Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen steht auch die Frage der Zulässigkeit des Verleihs von E-Books. In zunehmendem Maße werden auch Lexika, Kommentare oder wissenschaftliche Monographien als E-Books veröffentlicht, sei es neben der Printform oder als reine E-Books. Betroffen ist zum einen die Frage, ob das Verbreitungsrecht nach § 17 UrhG, Art. 4 Abs. 2 RL 2001/29/EG nach Erwerb des E-Books erschöpft ist, zum anderen, ob dafür eine Ausnahme vom Verleihrecht nach Art. 6 Abs. 1 RL 2006/115, § 17 Abs. 2 UrhG besteht. Um den Verleih dem Verleih von Printexemplaren gleichzustellen und eine mit dem Kopierprivileg des § 53 UrhG nicht vereinbare, unkontrollierte Vervielfältigung oder auch permanente Speicherung beim Nutzer zu verhindern, bedarf es dazu bestimmter technischer Sicherung.

Durch Urteil des EuGH vom 10. November 2016<sup>51</sup> ist diese Frage nun im Sinne eines vernünftigen Ausgleichs der Interessen der Berechtigten und Nutzer geklärt.

Nach dem Urteil des EuGH erfasst der Begriff „Verleihen“ das Verleihen einer digitalen Kopie eines Buchs, wenn dieses Verleihen so erfolgt, dass die in Rede stehende Kopie auf dem Server einer öffentlichen Bibliothek abgelegt ist und es dem betreffenden Nutzer ermöglicht wird, diese durch Herunterladen auf seinem eigenen Computer zu reproduzieren, wobei nur eine einzige Kopie während der Leihfrist heruntergeladen werden kann und der Nutzer nach Ablauf dieser Frist die von ihm heruntergeladene Kopie nicht mehr nutzen kann.

Unter der Voraussetzung, dass das E-Book aus einer legalen Quelle stammt, könne die Gesetzgebung eines Mitgliedstaates die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 RL 2006/115 mit der Bedingung zu verknüpfen, dass die von der öffentlichen Bibliothek zur Verfügung gestellte digitale Kopie eines Buchs durch einen Erstverkauf oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung dieser Kopie in der Europäischen Union durch den Inhaber des Rechts zur Verbreitung an die Öffentlichkeit oder mit dessen Zustimmung iSv Art. 4 Abs. 2 der RL 2001/29/EG

47 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Dr. 16/3959, S.45.

48 <http://rzblx1.uni-regensburg.de/ezeit/>.

49 BT-Dr. 16/3959, S. 45.

50 Abrufbar unter: [https://www.subito-doc.de/media/files/Eckpunkte%20\\_deutsch.pdf](https://www.subito-doc.de/media/files/Eckpunkte%20_deutsch.pdf).

51 EuGH (Dritte Kammer), Urt. v. 10.11.2016 – C-174/15 (Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht), GRUR 2016, 1266.

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft in den Verkehr gebracht worden ist.

#### e) Fazit

Die bestehenden Vorschriften digitaler Nutzung enthalten auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite zahlreiche Unklarheiten, die z.T. auf die europarechtlichen Vorgaben der RL 2001/29, z.T. auf Kompromisse im deutschen Gesetzgebungsverfahren zurückzuführen sind.

Auch wenn inzwischen eine gewisse Klärung durch höchstrichterliche Rechtsprechung erreicht und damit die Tragweite für die Nutzer verbessert werden konnte, haben sie nicht dazu beigetragen, das mit der Digitalisierung mögliche Nutzungspotential nachhaltig zu verbessern. Dies wurde durch die Umfrage unter den Bibliotheken und quantitativen Erhebungen der Studie von Haucap und Spindler bestätigt.<sup>52</sup>

Die Verbesserung des Zugangs zum digitalen Angebot ist vielmehr neben vorhandenen Verlagsangeboten mit Sonderkonditionen für Hochschulen vor allem der Ausbreitung von Campuslizenzen und dem ebenfalls auf einer Verlagslizenzierung beruhenden Dokumentenlieferungsdienst Subito zurückzuführen.

Unter Hinweis auf diese Verbesserungen wenden sich die Verlegerorganisationen, die im Gesetzgebungsverfahren für den 2. Korb und Musterprozessen die bestehenden Schranken zugunsten lizenzfreier wissenschaftlicher Nutzung bekämpft haben, auch gegen die zur Diskussion stehenden Überlegungen zur Einführung einer Wissenschaftsschranke.<sup>53</sup>

Die Erfahrung hat aber gezeigt, dass ein Großteil Wissenschaftsverlage die Umstellung auf die Digitalisierung wissenschaftlicher Zeitschriften weitgehend abgeschlossen haben, aber ohne Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen nur zögernd bereit sind, Geschäftsmodelle zu entwickeln, die den digitalen Zugang zu angemessenen Bedingungen gewährleisten oder den freien Zugang fördern. Die Behauptung, die Zeitschri-

tenkrise sei der Unterfinanzierung des Bibliothekssystems zuzuschreiben<sup>54</sup> und nicht den Verlagen anzulasten, lässt sich angesichts der den marktbeherrschenden Oligopolen zuzuschreibenden Preissteigerungen der Zeitschriftenabonnements führender Wissenschaftsverlage nicht halten.

Deshalb wird auch der Vorrang von Verlagsangeboten gegenüber gesetzlichen Nutzungsregelungen, wie die Erfahrungen mit §§ 52a und 53a UrhG keine Lösung sein, wenn die Verlagsangebote nicht mit angemessenen Bedingungen für die Dokumentenlieferung bzw. elektronische Nutzung verbunden sind.<sup>55</sup>

Als Stellschrauben werden in der Literatur sowohl Einschränkungen des Inhalts der Verwertungsrechte der Urheber, als auch und vorrangig Beschränkungen der Verwertungsrechte für bestimmte Nutzungsarten und Nutzergruppen genannt.

Der vor allem von *Schack*<sup>56</sup> in die Diskussion gebrachte Vorschlag der Einschränkung von Verwertungsrechten ist jedoch wegen der damit verbundenen konventions- und unionsrechtlichen Konflikte und nicht absehbarer Tragweite verworfen worden.<sup>57</sup>

Deshalb werden Überlegungen zu einer Neufassung der Schranken lizenzfreier Nutzung weiterverfolgt.

#### 2. Bildungs- und Wissenschaftsschranke- Modelle und Einpassung in das Schrankensystem

Der in der rechtspolitischen Diskussion verwendete Begriff der Bildungs- und Wissenschaftsschranke hat keinen institutionalisierten Inhalt, sondern ist ein Sammelbegriff für Modelle für Forderungen, den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken für Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen lizenzfrei gegen eine Nutzungsentschädigung zu ermöglichen.<sup>58</sup>

##### a) Legislatisches Ziel

Als legislatisches Ziel haben die Länder zuletzt mit Beschluss des Bundesrats vom 18. März 2016 gefordert, noch fehlende Voraussetzungen für eine allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke (ABWS) zu schaffen.<sup>59</sup> Dabei nimmt der Bundesrat auf seine Entschlie-

52 „Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht“, die im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) von *Justus Haucap, Ina Loebert, Gerald Spindler* und *Susanne Thorwarth*, 2016, S.45 ff.

53 Die Vorgeschichte schildert anschaulich *Thomas Pflüger*, Ministerialrat im MWK Baden- Württemberg und Beauftragter der KMK in seinem Beitrag: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Reflexionen und Überlegungen aus Sicht der Kultusministerkonferenz, ZUM 2016, 484.

54 So *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 271, 282 im für den Börsenverein erstellten Gutachten.

55 So zutreffend *Spindler et al.*, aaO. S. 78.

56 *Schack, Heimo*, Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266 ff.

57 *De la Durantaye, Katharina*: Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Warum kurz springen, ZUM 2016, 475 ff. m.w. N.

58 Vgl. den zusammenfassenden Überblick bei *Kuhlen, Rainer*, Die Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, *De Gruyter, Information für Wissenschaft und Praxis* 2016-67 (1), 1 ff., 4 ff.

59 Stellungnahme zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Schritte zu einem modernen, europäischeren Urheberrecht COM(2015) 626 final; Ratsdok. 15264/15, BR-Dr. 15/16.



ßung vom 20. September 2013 Bezug, in der er die Einführung einer das bisherige Schrankenregime ersetzenden ABWS gefordert hat, allerdings ohne konkretere Zielvorgaben zu benennen.<sup>60</sup>

Die dazu vorliegenden Vorschläge variieren, wie u.a. die Studie von *Katharina de la Durantaye, Justus Haucap, Gerald Spindler* Spindler et al. und die Aufsatzserie im Heft 6 ZUM 2016 zeigen, von einer allgemeinen Bildungs- und Wissenschaftsschranke ohne und mit Regelbeispielen für erfasste Nutzer, Nutzungsarten und Nutzungszwecke, sog. mittleren Lösungen mit exemplarisch benannten Nutzungsarten und definierter Zweckbindung, bis zu Einzelfallregelungen mit Auffangklauseln. Ebenso variieren sie in der Frage des Verhältnisses zu kollektiven oder individuellen Verlagsangeboten und der Vergütungsmaßstäbe.

Exemplarisch für die erste Kategorie steht der Vorschlag der KMK<sup>61</sup>, ähnlich der Vorschlag von *Katharina de la Durantaye*<sup>62</sup>, für die mittlere Lösung von *Katharina Durantaye* in Betracht gezogene Optionen<sup>63</sup>, exemplarisch für die 3. Kategorie der Vorschlag von *Haimo Schack*.<sup>64</sup>

Es ist hier nicht der Raum, die im Detail stark variierenden Formulierungsvorschläge vorzustellen und einer Einzelanalyse zu unterwerfen.<sup>65</sup>

Stattdessen sollen nur die Grundelemente der Vorschläge, also betroffene Werke, privilegierte Nutzer, Nutzungsarten, Nutzungshandlungen, Nutzungszwecke und Nutzungsvergütung untersucht werden.

Ausgeklammert werden die unter dem Stichwort Bildungsschranke zusammengefassten Vorschläge für eine digitale Nutzung geschützter Werke im Schulunterricht und allgemeinen Bildungseinrichtungen.

#### b) Begünstigte Personen und Institutionen

Von den bestehenden Schrankenregelungen Begünstigte, d.h. zur Vornahme von Nutzungen Befugte sind bei der Vervielfältigung nach § 53 Abs.1 und 2 UrhG natürliche Personen zum privaten Gebrauch, zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch oder sonstigen eigenen Gebrauch, nach § 53

Abs. 3 UrhG auch Schulen, nichtkommerzielle Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie Berufsbildung für Zwecke der Veranschaulichung im Unterricht, Hochschulen einschließlich auch für Zwecke der Durchführung von Prüfungen.

Die gleichen Einrichtungen sind Begünstigte der Regelung über die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung nach § 52a UrhG.

Dagegen wird die Wiedergabe an digitalen Leseplätzen nach § 52b UrhG auf öffentliche Bibliotheken, Museen und Archive, der Kopienversand auf Bestellung auf öffentliche Bibliotheken beschränkt.

Die Vorschläge für eine Bildungs- Wissenschaftsschranke lassen bei der Bestimmung des begünstigten Adressatenkreises keine einheitliche Zielrichtung erkennen. Während Schack sich für eine einheitliche Regelung mit einem einheitlichen Adressatenkreis ausspricht, plädiert *de la Durantaye* für getrennte Regelungen für Bibliotheken, Archive und Museen, für die im Gegensatz zur allgemeinen Wissenschaftsschranke die privilegierten Nutzungsrechte ohne eine weitere Nutzungen erlaubende Generalklausel konkret beschrieben werden sollen.<sup>66</sup> Im Vorschlag der KMK werden als Privilegierte öffentliche Einrichtungen, denen Aufgaben in Bildung, Wissenschaft und Kultur übertragen sind, benannt.<sup>67</sup> Allerdings behält der Vorschlag der KMK daneben die bisherige Schranke des § 53 UrhG mit kleineren Modifikationen bei.<sup>68</sup>

Eine einheitliche Regelung mit einem einheitlichen Adressatenkreis erscheint nur dann sinnvoll, wenn für diese im Wesentlichen gleiche durch die Schrankenregelungen privilegierte Nutzungshandlungen gelten. Dies ist aber, wie *de la Durantaye* überzeugend dargelegt hat nicht der Fall. Deshalb erscheint es sinnvoll, die allgemeine Bildungsschranke und die Sonderregelung für die unter dem Sammelbegriff „Infrastruktureinrichtungen“ zusammengefassten Institutionen zu trennen.<sup>69</sup>

Dies kann aber nicht bedeuten, dass die allgemeine Bildungsschranke die Nutzung von urheberrechtlichen Werken zum Zwecke der Bildung und Wissenschaft durch jedermann regelt.<sup>70</sup>

60 BR-Dr. 643/13, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes.

61 Vgl. dazu *Pflüger, Thomas*, Positionen der Kultusministerkonferenz zum Dritten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – »Dritter Korb«, ZUM 2010, 938; *ders.* Die Bildungs- und Wissenschaftsschranke – Reflexionen und Überlegungen aus Sicht der Kultusministerkonferenz, ZUM 2016, 484 ff.

62 *De la Durantaye, Katharina*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 214.

63 Optionen 2 und 3 bei *de la Durantaye, Katharina* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 200; vgl. auch *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 269 f.

64 *Schack, Haimo* Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266 ff., 282 ff.

65 Eine Zusammenstellung der Lösungsvorschläge findet sich bei *Haimo Schack*, Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266 ff., sein eigener Lösungsvorschlag auf S. 282 ff.

66 *Schack, Haimo* ZUM 2016, ZUM 2016, 266, 273.; *de la Durantaye, Katharina* ZUM 2016, 475, 477.

67 *Pflüger, Thomas* ZUM 2010, 938, 944.

68 Vgl. *Pflüger, Thomas* ZUM 2010, 938, 940.

69 Vgl. *de la Durantaye, Katharina* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 214.

70 So die unklare Formulierung und der irreführende Hinweis auf Schack bei *de la Durantaye, Katharina* ZUM 2016, 475, 477, Fn. 17; vgl. demgegenüber die eindeutigen Begrenzungen bei *Schack, Haimo* ZUM 2016, 266, 282.

Vielmehr sollte das Nutzungsprivileg, wie bisher in § 53 Abs. 2 UrhG für natürliche Personen nur für eigene, nicht kommerzielle wissenschaftliche Forschung beschränkt bleiben. Privilegierte Institutionen sollten Schulen, staatliche Hochschulen, öffentlich geförderte Forschungseinrichtungen und private Forschungs- und Bildungseinrichtungen ohne Erwerbszweck sein.

Die Einbeziehung der Forschung erwerbswirtschaftlicher Unternehmen würde dagegen den mit dem öffentlichen Interesse legitimierbaren Rahmen der Einschränkungen der Verwertungsrechte der Urheber sprengen.

#### c) Betroffene Werke

Schon das geltende Recht nimmt bei den Schrankenbestimmungen für die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch (§ 53 UrhG), für Lehr- und Forschungsplattformen (§52a UrhG), digitale Leseplätze (§ 52bUrhG) und für den Kopienversand eine Differenzierung nach Werkkategorien und zulässigem Umfang von Vervielfältigung, Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung und Kopienversand vor. Im Rahmen des § 53 UrhG wird dabei auf die verschiedenen Nutzungszwecke abgestellt. Ganze Werke können nur für den nicht kommerziellen privaten Gebrauch, mit Einschränkungen für den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch kopiert werden, während sich die Zulässigkeit des sonstigen eigenen Gebrauchs auf kleinere Teile eines erschienen Werks oder einzelne Beiträge in Zeitungen und Zeitschriften beschränkt.

§ 52a UrhG lässt lediglich die Einstellung kleinerer Teile eines Werkes oder von Einzelbeiträgen in Zeitschriften in eine Plattform zum Abruf für einen beschränkten Personenkreis und zur Veranschaulichung in konkreten Lehrveranstaltungen bzw. Nutzung für konkrete Forschungsprojekte zu. Dies schließt eine permanente Speicherung auf einer Lehr- und Forschungsplattform zum Abruf explizit aus.

§ 52b UrhG gestattet die Zulässigkeit der Wiedergabe ganzer Werke, bindet diese aber an die Voraussetzung, dass die Digitalisierung der Werke aus dem Bestand, d.h. vorhandener Printexemplare der Bibliothek, dem Archiv oder dem Museum erfolgt und limitiert die zulässigen Leseplätze auf die Zahl der vorhandenen Bestandexemplare.

§ 53a UrhG beschränkt dagegen sowohl den analogen als auch den digitalen Kopienversand auf kleinere Teile eines Werkes oder auf Einzelbeiträge in Zeitungen und Zeitschriften.

Mit dieser Differenzierung wird den konventionsrechtlichen und unionsrechtlichen Vorgaben, der sog. Dreischrankenklauseel Rechnung getragen, die fordern, dass Schranken nur in Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werkes, d.h. deren Verkauf auf dem Markt, nicht beeinträchtigt werden.<sup>71</sup>

In allen Schrankentatbeständen wird davon ausgegangen, dass das eingeräumte Nutzungsprivileg keine erheblichen Umsatzeinbuße des geschützten Werks zur Folge hat, weil der privilegierte Nutzer das Werk oder die einzelnen Beiträge nicht entgeltlich erwerben würde bzw. die privilegierte Einrichtung des Werk oder die Zeitschrift bereits in einem oder mehreren Exemplaren entgeltlich erworben hat und für den normalen Leihverkehr zur Verfügung stellen würde.

Ungeachtet dessen wird in allen Entwürfen für eine Wissenschaftsschranke die Aufhebung der Limitierung auf kleinere Teile eines Werkes aus Gründen der Rechtssicherheit verzichtet.<sup>72</sup> Eine Ausnahme bilden Schul- und Lehrbücher und Datenbanken, deren Elemente mithilfe elektronischer Mittel zugänglich sind.<sup>73</sup>

Schul- und Lehrbücher wären bei Zulässigkeit freier Zugänglichmachung und Nutzung besonders im Absatz betroffen, für Lehrbücher mit aufwendigem Herstellungsprozess wie anatomische Atlanten oder andere medizinische Lehrbücher bedeuten sie im Regelgefall das aus.

Die vollständige Verwendung eines Werkes für digitale Nutzungshandlungen bedarf daher aus unionskonventionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gründen besonderer Rechtfertigung. Die Behauptung von Kuhlen, der Begriff der normalen Verwertung müsse von der analogen auf die digitale Welt übertragen werden, wird dem Schutzzweck des sog. Dreistufentests nicht gerecht und würde diesen ins Leere laufen lassen.

Die Auswirkungen freier digitaler Nutzung ganzer Werke können bei der Anwendung des Dreistufentests daher nicht ausgeblendet werden. Viel spricht dafür, die bisherige Differenzierung betroffener Werke nach Nutzungshandlungen (Vervielfältigung, Zugänglichmachung, elektronischer Versand) wegen ihrer unterschiedlichen Auswirkungen auf die Rechte der Urheber und sonstiger Rechteinhaber beizubehalten.

#### d) Privilegierte Nutzungshandlungen und Nutzungszwecke

Die Digitalisierung ermöglicht neben der digitalen Vervielfältigung und Speicherung als Nutzungshandlungen

71 Art. 5 Abs. 3 RL 2001/29 EG, Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS.

72 *De la Durantaye, Katharina*, ZUM 2016, 475, 478, dies., *Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke*, 2014, S. 228 f.; *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 277, allerdings mit Einschränkungen beim Kopienversand; *Pflüger, Thomas* (MWK BW, KMK),

ZUM 2010, 938, 944; *Kuhlen, Rainer* (Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft) ZUM 2016, 507, 509.

73 Vgl. *Schack, Haimo*, ZUM 2016, 266, 282. Vorschlag zu § 52a Abs. 3 S. 2 bzw. § 52a Abs. 2 S. 1.

vor allem die öffentliche Zugänglichmachung und den Abruf von Werken, aber auch die digitale Recherche und das Zusammenführen von Daten und Texten.

Ein erheblicher Teil wird bereits in den bestehenden Schrankenbestimmungen der §§ 52a und b, 53 und 53a UrhG erfasst, aber mit den geschilderten zahlreichen Einschränkungen sachlicher, zeitlicher personeller und auf bestimmte Nutzungszwecke festgelegter Art verbunden.

Damit werden nach überwiegender Auffassung die mit der Digitalisierung möglichen Potentiale der Nutzung wissenschaftlicher Werke für Zwecke von Forschung und Lehre nicht ausgeschöpft und wegen der zahlreichen Unklarheiten der Tatbestände auch nicht genutzt.<sup>74</sup>

Als Konsequenz dessen wird in den einzelnen Vorschlägen entweder einer Generalklausel ein Katalog einzelner Nutzungszwecke und Nutzungshandlungen exemplarisch beigelegt<sup>75</sup> oder einem Einzelkatalog von Nutzungszwecken und Nutzungshandlungen eine generalklauselartige formulierte Auffangklausel für nicht erfasste Nutzungszwecke und Nutzungshandlungen angehängt.<sup>76</sup>

Die Debatte über die bessere Regelungstechnik wird überschätzt. Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit sind vorrangig von der begrifflichen Klarheit des Inhalts, der Nutzungszwecke und der Begrenzungen der Nutzungshandlungen abhängig, die zugleich die Auslegungskriterien für die Generalklauseln sind.<sup>77</sup>

Unter diesem Aspekt eröffnet der Vorschlag des Aktionsbündnisses »Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft«<sup>78</sup> wegen seiner nahezu unbegrenzten Nutzungsprivilegierungen nicht kommerzieller Lehre und Forschung zahlreiche Interpretationsspielräume und trägt damit nicht zu einer Verbesserung der bei den bisherigen Regelungen vermissten Rechtssicherheit bei.

Gleiches gilt für den Vorschlag der KMK.<sup>79</sup> Demgegenüber zeichnet sich der Vorschlag von Schack<sup>80</sup> durch eine klare Beschreibung der privilegierten Nutzungszwecke und Nutzungshandlungen aus.

Privilegierte Nutzungshandlungen sind nach dem Vorschlag von Schack die nicht kommerzielle Nutzung (Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe gemäß §§ 19 Abs. 4, 19a, 21, 22) von veröffentlichten Werken in einem durch den jeweiligen Zweck gerechtfertigten Umfang, ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen 1. zur Begleitung und Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrich-

tungen (Schulen, Hochschulen, Berufsschulen und Einrichtungen der frühkindlichen und Erwachsenenbildung), einschließlich des Fernunterrichts und der Prüfungen; 2. für deren eigene wissenschaftliche Forschung. Mit Ausnahme von Schul- und Lehrbüchern zulässig ist die nicht kommerzielle Vervielfältigung von Werken in einem durch den jeweiligen Zweck gerechtfertigten Umfang auch 1. zu privaten Bildungs- und Studienzwecken; 2. zur Sicherung und Erschließung der Bestände öffentlich zugänglicher Sammlungen (Bibliotheken, Museen, Archive), die keinen kommerziellen Zweck verfolgen.

Zulässig ist auf Einzelbestellung die Vervielfältigung und Übermittlung einzelner in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge sowie kleiner Teile eines erschienenen Werkes durch öffentliche Bibliotheken, sofern die Nutzung durch den Besteller nach dieser Vorschrift oder nach § 53 zulässig ist. Zur wissenschaftlichen Forschung und zu privaten Bildungs- und Studienzwecken dürfen Werke aus dem Bestand von öffentlich zugänglichen Sammlungen in deren Räumlichkeiten an eigens hierfür eingerichteten Terminals zugänglich gemacht werden, solange dadurch den Nutzern keine digitalen Vervielfältigungen ermöglicht werden.

Wesentlich ist, dass der zugelassene Download von dem privilegierten Nutzer nicht für eine Weiterverbreitung und öffentliche Zugänglichmachung genutzt werden dürfen.

Unter der Voraussetzung, dass die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigt und die berechtigten Interessen der Rechteinhaber nicht unzumutbar verletzt werden, können nach dem Gesetzesvorschlag von Schack zu den in Abs. 1 und 2 genannten Zwecken und im dort genannten Umfang in besonderen Fällen auch Werke in neuen Nutzungsarten und unter Beachtung von § 12 auch unveröffentlichte Werke genutzt werden.

Der Vorschlag von *de la Durantaye* beinhaltet einen Mittelweg zwischen den Vorschlägen der KMK und der Allianz.

Gegenstand des Nutzungsprivilegs sind alle veröffentlichten Werke. In dem auf individuelle Personen ausgerichteten Vorschlag werden die Normadressaten nicht genannt. Zulässige Nutzungshandlungen sind „die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen oder für Zwecke der

74 So Kühlen, Rainer, aaO.

75 Favorisiert von *de la Durantaye*, Katharina ZUM 2016, 475, 477.

76 Favorisiert von Schack, Haimo ZUM 2016, 266, 277.

77 Vgl. dazu auch Staats, Roberts, Schranken für Bildung und Wissenschaft – Drei Anmerkungen aus Sicht der VG WORT, ZUM 2016, 499, zu den Vorschlägen von *de la Durantaye* und Schack,

aa. *de la Durantaye*, Katharina ZUM 2016, 475, 477, die eine Generalklausel mit Regelbeispielen vorzieht.

78 Kühlen, Rainer (Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft) ZUM 2016, 507, 509.

79 Pflüger, Thomas (MWK BW, KMK), ZUM 2010, 938, 944.

80 ZUM 2016, 266, 282.

wissenschaftlichen Forschung, wenn und soweit die Nutzung in ihrem Umfang durch den jeweiligen Zweck geboten ist und keinen kommerziellen Zwecken dient.“ Exemplarisch dafür werden genannt: „1. durch den Unterrichtenden zur Vor- und Nachbereitung des Unterrichts, 2. 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. Die eigene Unterrichtung über den Stand der wissenschaftlichen Forschung und 5. die automatisierten Analyse des Informationsgehalts auch ganzer, bereits in elektronischer Form befindlicher Werke, wenn die Vervielfältigung einen integralen und wesentlichen Teil des Verfahrens darstellt.“<sup>81</sup>

Zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung soll auch die Vervielfältigung unveröffentlichter Werke zulässig sein. §§ 12 bis 14 bleiben unberührt. Das bedeutet aber, dass dafür eine Zustimmung des Urhebers erforderlich ist.

Die Vorschläge stellen eine erhebliche Erweiterung der bisherigen Schranken dar. Z.B. wird die Nutzung elektronischer Lehrplattformen auf den Zweck der Nachbereitung des Unterrichts erweitert und damit eine zeitlich unbegrenzte Speicherung zum Abruf ermöglicht.

Die digitale Vervielfältigung ganzer Werke für wissenschaftliche Zwecke geht über den Rahmen des § 53 Abs. 2 und 3 UrhG geltender Fassung hinaus. Die Digitalisierung und Zugänglichmachung von Bibliotheksbeständen wird wie bisher auf Leseplätze in der Bibliothek beschränkt, aber nicht an die Zahl der Bestandsexemplare gebunden.

#### e) Neuerungen gegenüber den bisherigen Schrankenregelungen

Alle vorliegenden Vorschläge für eine Bildungs- und Wissenschaftsschranke greifen auf Begrifflichkeit, Formulierung der Tatbestände, Nutzungszweck, berechtigter Personenkreis, Nutzungshandlungen und Beschränkungen der bisherigen Schrankenregelungen zurück.

Die Neuerungen bestehen vor allem in der Zusammenfassung und Weiterentwicklung in einer, nur im Falle des Vorschlags von de la Durantaye in zwei Schrankenbestimmungen für Bildungs- Wissenschafts- und wissenschaftliche Infrastruktureinrichtungen.

Der Vorschlag des Aktionsbündnisses für Bildung und Wissenschaft,<sup>82</sup> der Vorschlags der KMK,<sup>83</sup> der Allianz<sup>84</sup> und von *la Durantaye*<sup>85</sup> stellt gegenüber den bestehenden Regelungen eine erhebliche Erweiterung der Nutzungsprivilegierung für nicht kommerzielle Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen dar. Dies gilt sowohl für die Erstreckung auf ganze Werke, als auch Nutzungszwecke neue Nutzungszwecke wie das Data-Mining und die an die Regelung des § 46 Abs. 1 UrhG angelehnte, auch auf Hochschulen ausgedehnte Aufnahme geschützter Werke in Sammlungen, die Werke einer größeren Anzahl von Urhebern vereinigt und die nach ihrer Beschaffenheit nur zur Veranschaulichung des Unterrichts an Bildungseinrichtungen bestimmt ist. Begrenzendes Merkmal ist bei diesen Vorschlägen nur das „Gebotensein“ für den jeweiligen Nutzungszweck.

Demgegenüber zeichnet sich der Vorschlag von Schack durch eine an den bisherigen Regelungen orientierte Beschreibung der Nutzungshandlungen und Nutzungszwecke aus.

Die generalklauselartig formulierten Vorschläge sind mit erheblichen Interpretationsspielräumen und deshalb auch mit erhöhter Rechtsunsicherheit verbunden.

#### f) Konventions- unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Legitimation

Die Ausweitung der Handlungsspielräume für den Wissenschaftsbetrieb zu Lasten der Urheber stellt einen Eingriff dar, der auf dem Prüfstand sowohl des Konventions- und Unionsrechts als auch des Verfassungsrechts unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots und der Vereinbarkeit mit Art.14 GG Bestand haben muss. Die Legitimation des Eingriffs ist dabei von der Frage der Entschädigung zu trennen.

Im Konventionsrecht und Unionsrecht sehen die meisten Autoren keine Hindernisse für die Einführung einer generalklauselartig gefassten Bildungs- und Wissenschaftsschranke. Teilweise wird sogar behauptet, Art. 5 der RL 2001/29 ermächtigt die Mitgliedstaaten dazu.<sup>86</sup> Damit wird die Funktion des sog. Dreistufentests verkannt, der für die Ausgestaltung der in Art. 5 Abs.1-4 der Richtlinie genannter Schrankenregelungen eingrenzende Voraussetzungen eines angemessenen von Urheberinteressen und Interessen der Allgemeinheit enthält, der auch eine wirtschaftliche Entschädigung für den Eingriff umfasst.<sup>87</sup> Sie widerspricht zudem ständiger Rechtsprechung des EuGH.<sup>88</sup>

81 § XX Abs. 1.

82 Wiedergegeben bei Schack, Haimo ZUM 2016, 266, 267.

83 Wiedergegeben bei Schack, Haimo ZUM 2016, 266, 267.

84 Wiedergegeben bei Schack, Haimo ZUM 2016, 266, 267.

85 Wiedergegeben bei Schack, Haimo ZUM 2016, 266.

86 So Haucap-Spindler et al., S. 80.

87 So auch Haucap-Spindler et al., aaO.

88 EuGH, Urt. v. 10.6.2016 – Rs. C 470/14 – Egeda-; Urt. v. 12.11.2015 – Rs. C-572/13 – Reprobel-.



Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG stellen das Urheberrecht und die mit ihm verbundenen Nutzungsrechte Eigentum i.S. von Art. 14 Abs. 1 GG dar.<sup>89</sup> Der Urheber hat nach dem Inhalt der verfassungsrechtlichen Garantie des geistigen Eigentums einen grundsätzlichen Anspruch auf Zuordnung des wirtschaftlichen Nutzens seiner geistig-schöpferischen Leistung.<sup>90</sup>

Dabei ist es nach dem Leitsatz des Beschlusses des BVerfG in Sachen Schulbuchverlag vom 7. Juli 1971 Aufgabe des Gesetzgebers, „im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu den Kulturgütern rechtfertigt es, dass geschützte Werke nach ihrem Erscheinen ohne Zustimmung des Urhebers in Sammlungen für den Kirchen-, Schul- und Unterrichtsgebrauch aufgenommen werden dürfen, nicht aber, dass der Urheber sein Werk hierfür vergütungsfrei zur Verfügung stellen muss (§ 46 UrhG).

Bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Schranke habe der Gesetzgeber nicht nur Individualbelange zu sichern, sondern er muss „den Bereich des Einzelnen und der Belange der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich bringen.

„Das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu den Kulturgütern rechtfertigt es, dass geschützte Werke nach ihrem Erscheinen ohne Zustimmung des Urhebers in Sammlungen aufgenommen werden dürfen, nicht aber, dass der Urheber sein Werk hierfür vergütungsfrei zur Verfügung stellen muss (§ 46 UrhG).<sup>91</sup>

#### g) Gesetzliche Vergütungsansprüche

Zu den Kernelementen des Urheberschutzes gehört nach § 11 S. 2 UrhG eine angemessene Vergütung des Urhebers und sonstigen Rechteinhabers für die Nutzung seines Werks. Dies gilt als Vorgabe sowohl für das Urhebervertragsrecht als auch für die erlaubnisfreie Nutzung im Rahmen von Schrankenregelungen. Dieses Prinzip ist im Konventionsrecht (Art. 9 Abs. 2 RBÜ). Unionsrecht (Art. 5 Abs.3 RL 2011/29 EU verankert, letztlich aber

Ausfluss des Eigentumsschutzes nach Art. 14 GG, Art. 17 RCh. In seiner Schulbuchentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die mit der Schranke verbundene Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Werts der geschützten Leistung zu einer wesentlichen Beeinträchtigung führe, „wenn die Möglichkeit der freien Honorarvereinbarung nicht durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch ersetzt wird. Daher könne der Ausschluss des Vergütungsanspruchs nicht durch jede Gemeinwohlerwägung gerechtfertigt werden, insbesondere reicht das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken nicht aus.“<sup>92</sup> Ein Ermessen des Gesetzgebers, eine Vergütungspflicht auszuschließen, besteht nur in einem engen Rahmen, z.B. in Fällen nicht messbarer oder geringer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten.<sup>93</sup>

Die von *Kuhlen*<sup>94</sup> und dem Aktionsbündnis Wissenschaft erhobene Forderung einer Vergütungsfreien Wissenschaftsschranke ist daher unionsrechts- und verfassungswidrig. Dass wissenschaftliche Autoren im Regelfall in öffentlich geförderten Wissenschaftseinrichtungen tätig sind, Rechtfertigt keine Freistellung von der Vergütungspflicht, da aufgrund der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) aus dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis keine gesetzliche Lizenz zur Nutzung ihrer Werke abgeleitet werden kann.

Dem gleichen Einwand sind Vorschläge ausgesetzt, die eine Vergütungspflicht nur auf bestimmte Nutzungshandlungen wie die öffentliche Zugänglichmachung, Aufnahme von Sammlungen und deren Verbreitung beschränken wollen.<sup>95</sup>

Für die Mehrzahl der Nutzungshandlungen sehen allerdings die Vorschläge von *de la Durantaye*, der KMK, der Allianz und *Schack*, wie die bisherigen Schrankenbestimmungen, eine angemessene Vergütung für den Urheber vor, die nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann.<sup>96</sup> *Schack* und die KMK schlagen dafür als Bemessungsmaßstab eine werk- und benutzungsbezogene, an den wirtschaftlichen Auswirkungen für die Rechteinhaber orientierte Regelung vor.<sup>97</sup> Das Ausmaß der Entschädigung ist damit vom Umfang der Beeinträchtigung der Verwertung der betroffenen Werke auf dem Markt abhängig.

89 Vgl. BVerfGE 31, 229 [239] = NJW 1971, 2163; BVerfGE 49, 382 [392] = NJW 1979, 2029; BVerfGE 77, 263 [270] = NJW 1988, 1371; BVerfGE 79, 29 [40f.] = NJW 1992, 1307; BVerfGE 81, 12 [16] = NJW 1990, 896.

90 Vgl. BVerfGE 49, 382 [400] = NJW 1979, 2029.

91 BVerfGE 31, 229 ff., 242 ff. – 1 BvR 765/66 –.

92 BVerfG aaO., 243.

93 BVerfG, Urteil v. 31.5.2016, – 1 BvR 1585/13 – „Sampling“-Rn. 79 ff.

94 Die Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, De Gruyter, Information für Wissenschaft und Praxis 2016-67 (1). 1 ff., 7 sowie deren Vorschlag zu § 45b Abs. 2 UrhG.

95 So der Vorschlag von *de la Durantaye*, *Katharina* §§ XX Abs. 4.

96 *De la Durantaye*, *Katharina* §§ XX, Abs. 4; KMK, § 52a Abs. 4, Allianz, § 45 b Abs. 4 UrhG, *Schack*, *Haimo* § 52a Abs. 6 UrhG.

97 KMK § 52a Abs. 4 UrhG, *Schack*, *Haimo* § 52 a Abs. 6 UrhG.

Wie die Erfahrungen mit den Kopiervergütungen, vor allem für die Vergütungen für elektronische Plattformen und digitale Leseplätze gezeigt haben, stoßen diese Kriterien an die Grenze der Praktikabilität. Mit den Geräteabgaben und an Seitenzahlen bemessenen Kopiervergütungen werden Hilfsgrößen eingeführt, die zwar einen Zusammenhang zum Nutzungsumfang, aber nicht zu den schwer einzuschätzenden Absatzeinbußen herstellen. Auf diese Hilfsgrößen wurde deshalb auch bei den Gesamtverträgen zu §§ 52a und b UrhG Bezug genommen.

Erhebliche Missverständnisse und scharfe Kritik hat die Feststellung der Studie von Haucap und Spindler ausgelöst, die Einführung einer allgemeinen Wissenschaftsschranke führe nicht zu ökonomischen Einbußen für Verlage und Urheber, weil die Verlage die Absatzeinbußen durch Preiserhöhungen oder Verlagerungen auf den Zugang zu Datenbanken oder einmaligen Content-Angeboten kompensieren könnten.<sup>98</sup> Diese These wurde zu Recht als realitätsfremd kritisiert, da allenfalls Verlage mit einer marktbeherrschenden Position unter Voraussetzung geringer Angebots- und Nachfragesubstituierbarkeit eine Preiserhöhung durchsetzen können.<sup>99</sup>

h) Subsidiarität gegenüber Verlagsangeboten bzw. vertraglichen Vereinbarungen

Die Frage der Subsidiarität einer gesetzlichen Wissenschaftsschranke gegenüber Verlagsangeboten oder vertraglichen Vereinbarungen zwischen Verlegern, Verlegervereinigungen, Wissenschaftseinrichtungen oder deren Vereinigungen wird nach den Erfahrungen mit den bestehenden Schrankenregelungen, die zu langwierigen Rechtsstreitigkeiten geführt haben,<sup>100</sup> kontrovers beurteilt.<sup>101</sup>

Für eine Lösung spricht vordergründig, dass eine privatautonome Regelung einer gesetzlichen Regelung vorzuziehen ist, weil sie – Gleichheit der Verhandlungsposition der Vertragsparteien vorausgesetzt – zu einem Interessenausgleich führt. Dagegen spricht allerdings, dass keine der Parteien ohne flankierende gesetzliche Regelungen wie den Bestimmungen über Wahrnehmungsverträge zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzervereinigungen zu einem Vertragsschluss gezwungen werden können.

Die Subsidiarität einer Wissenschaftsschranke gegenüber Vertragsangeboten von Verlagen hätte zur Folge, dass die Nutzerseite ohne das Erfordernis angemesse-

ner Vertragskonditionen dem Diktat der Verlage ausgesetzt wäre. Wie die Erfahrungen mit der Regelung der §§ 52a und b sowie § 53a UrhG gezeigt hat, ist die Angemessenheit für den Nutzer mangels Vergleichsbasis entweder schwer zu beurteilen oder wird kontrovers beurteilt. Eine Regelung dieses Inhalts führt entweder dazu, dass eine Nutzung unterbleibt oder jahrelange Rechtsstreitigkeiten zur Folge hat.

Das spricht dafür, in einer Wissenschaftsschranke von der Subsidiarität von Verlagsangeboten Abstand zu nehmen.<sup>102</sup>

Eine gesetzliche Wissenschaftsschranke sollte aber kein Hindernis sein, für die Nutzerseite gegenüber der gesetzlichen Regelung günstigere Nutzungsregelungen abzuschließen.

#### IV. Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft.<sup>103</sup>

Der am 13. Januar 2017 vorgelegte Referentenentwurf folgt der hier vorgeschlagenen Linie, die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen, nach Nutzungsberechtigten, Nutzungsgegenstand und Nutzungsarten zu regeln.

Dieses Vorgehen wird zutreffend mit einer sorgfältigen Analyse der bestehenden konventions- und unionsrechtlichen Vorgaben für gesetzlich erlaubte Nutzungen begründet.<sup>104</sup> Im Hinblick auf die noch nicht absehbare Revision der unionsrechtlichen Bestimmungen zu erlaubnisfreien Nutzungen durch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über das Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt vom 14. September 2016 hat das Bundesjustizministerium entschieden, die Reform der Vorschriften über gesetzliche Erlaubnisse auf Grundlage des derzeit geltenden Unionsrechts durchzuführen.<sup>105</sup>

Im Kern enthält der Referentenentwurf eine systematische Neuordnung der derzeit auf eine Vielzahl gesetzlich erlaubter Nutzungen zugunsten von Unterricht und Wissenschaft verstreuter Einzeltatbestände der §§ 44a UrhG. Soweit nach derzeitigem Unionsrecht zulässig, erweitert der Entwurf zugleich die Erlaubnistatbestände, um insbesondere die Potenziale von Digitalisierung und Vernetzung für Unterricht und Wissenschaft besser zu erschließen. Zu-

98 Haucap-Spindler et al. S. 122 ff., 133.

99 Siebeck, Georg, Die Verleger wurden gar nicht erst gefragt, FAZ v. 10.9.2016.

100 Vgl. BGH GRUR 2013, 503- Elektronische Leseplätze I.

101 Vgl. dazu insbesondere Ohly, Ansgar, Gutachten für den DJT 2014, F 79 ff.

102 So zutreffend Ohly, Gutachten F 80.

103 Abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_UrhWissG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_UrhWissG.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

104 Referentenentwurf unter IV, S. 20 ff.

105 Referentenentwurf unter IV 2 g, S. 24.

gleich werden die Nutzungstatbestände auf weitere Werkskategorien und verwandte Schutzrechte erweitert.

#### 1. Übersicht<sup>106</sup>

Die §§ 60a bis 60h UrhG in der Entwurfsfassung (UrhG-E) umfassen die Vorschriften für Unterricht und Lehre (§ 60a), Unterrichts- und Lehrmedien (§ 60b), Wissenschaftliche Forschung (§ 60c), eine neue Vorschrift für das sog. Text und Data Mining, (§ 60d) und Institutionen wie Bibliotheken (§ 60e) und Archive (§ 60f).

Jede Anwendergruppe findet also künftig einen eigenen Tatbestand mit konkreten Angaben zu Art und Umfang der gesetzlich erlaubten Nutzungen vor. Gleichzeitig entfallen diverse, bislang für sie bestehende Bestimmungen entweder vollständig (§§ 47, 52a, 52b, 53a UrhG) oder teilweise (z. B. in § 46 UrhG sowie in der „Privatkopierschranke“ des § 53 UrhG). Viele Begrenzungen aus dem früheren Recht entfallen, z.B. das Tatbestandsmerkmal der „Gebotenheit“ in § 52a UrhG.

##### a) Unterricht und Lehre (§ 60a UrhG-E)

Die Erlaubnis für die Vervielfältigungen (bisher § 53 Abs. 2 Nr.1 UrhG) und für die Nutzung über das Intranet für den Unterricht (§ 52a UrhG) wird für alle Bildungseinrichtungen – also Schulen und Hochschulen – in einer Norm zusammengefasst. Die Vorschrift bestimmt, dass 25 Prozent eines Werkes genutzt werden dürfen. Diese Grenze orientiert sich an bisherigen Gesamtverträgen für die öffentliche Zugänglichmachung. Begrenzungen aus dem bislang geltenden Recht entfallen, z. B. das Verbot, vervielfältigte Materialien öffentlich wiederzugeben.

##### b) Unterrichts- und Lehrmedien (§ 60b UrhG-E)

Für die Hersteller von Unterrichts- und Lehrmedien, wie z. B. Schulbücher, entfallen diverse Formvorschriften wie § 46 Abs.1 UrhG derzeitiger Fassung.

##### c) Wissenschaftliche Forschung (§ 60c UrhG-E)

Es wird im Vergleich zu § 52a UrhG derzeitiger Fassung eine separate Erlaubnis für die Herstellung von Kopien, deren Verteilung und die Online-Nutzung für die nicht-kommerzielle wissenschaftliche Forschung eingeführt; bis zu 25 Prozent eines Werkes dürfen hierbei grundsätzlich genutzt werden. In einigen Fällen sind darüber hinausgehende Nutzungen zulässig.

##### d) Text und Data Mining (§ 60d UrhG-E)

Der Entwurf regelt erstmals das Text und Data Mining, bei dem eine Vielzahl von Texten, Daten, Bildern und

sonstigen Materialien ausgewertet werden, um so neue Erkenntnisse zu gewinnen. Die Vorschrift erlaubt insbesondere die mit dieser Methode einhergehenden Vervielfältigungen, sofern diese in urheberrechtlich relevanter Weise das Vervielfältigungsrecht berühren, sowie die Aufbewahrung der ausgewerteten Materialien, insbesondere zur nachträglichen Überprüfung der Einhaltung wissenschaftlicher Standards.

##### e) Bibliotheken (§ 60e UrhG-E)

Für Bibliotheken wird ein eigener umfangreicher Erlaubniskatalog eingeführt, der ihnen für bestimmte Fälle erlaubt, Kopien herzustellen und diese im Zusammenhang mit Restaurierungen auch zu verbreiten und zu verleihen. Ausstellungsinformationen und Bestandsdokumentationen von Kunstwerken dürfen weitergegeben werden. Die überarbeitete Vorschrift zur Nutzung von Beständen der Bibliothek an Terminals enthält auch eine Regelung zu den erlaubten Anschlusskopien. Zudem reformiert die Norm den Kopienversand technologieneutral und ohne Vorrang von Verlagsangeboten. Damit entfällt die bisher notwendige Recherche der Bibliotheken.

##### f) Archive, Museen und Bildungseinrichtungen (§ 60f UrhG-E)

Auch anderen Einrichtungen, die bedeutsam sind für das kulturelle Erbe und die Bewahrung und Vermittlung von Wissen, nämlich den nicht-kommerziellen Archiven sowie den nicht-kommerziellen öffentlich zugänglichen Museen und Bildungseinrichtungen, werden im Wesentlichen die gleichen Nutzungen erlaubt wie den Bibliotheken. Lediglich der Kopienversand bleibt allein den Bibliotheken vorbehalten.

Die genannten Erlaubnistatbestände stehen nicht zur Disposition durch vertragliche Vereinbarungen, sondern sind nach § 60f E als zwingende Einschränkungen der Ausschließlichkeitsrechte der Urheber oder Inhaber verwandter Schutzrechte ausgestaltet.<sup>107</sup>

#### 2. Vergütungsregelungen

Zum Ausgleich für Nutzungen im Bereich der gesetzlichen Schranken erhält der Urheber nach § 60h UrhG-E grundsätzlich eine angemessene Vergütung, und zwar auch dort, wo das Unionsrecht eine Vergütung nicht zwingend verlangt. In Abweichung zum bisherigen § 54a UrhG ist vorgesehen, dass eine pauschale Festlegung der Vergütung auf Basis von Stichproben über die Werknutzung genügt, um eine angemessene Vergütung zu ermitteln. Damit versucht der Gesetzgeber den Erfah-

<sup>106</sup> Vgl. Referentenentwurf, unter III 2, S. 19 ff., Einzellexegese Referentenentwurf unter B 4, S. 34 ff.

<sup>107</sup> Referentenentwurf unter III 5, S. 20.

rungen mit der bisherigen Vergütungsregelung, insbesondere den Schwierigkeiten einer Abrechnung auf der Basis der Einzelerfassung Rechnung zu tragen.<sup>108</sup>

### 3. Bewertung

Der Entwurf stellt gegenüber der bisherigen Rechtslage einen erheblichen Fortschritt dar. Das legislatorische Ziel: Nutzerfreundliche, möglichst konkrete Tatbestände, Verzicht auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe wird erreicht. Die an Nutzern und Nutzungshandlungen orientierten Tatbestände verbessern die Transparenz erlaubter Nutzungshandlungen. Die am geltenden Konventionsrecht und Unionsrecht orientierte vorsichtige Erweiterung der Nutzungstatbestände bewegt sich innerhalb des gebotenen Rahmens eines fairen Interessenausgleichs zwischen Urhebern, Inhaber verwandter Schutzrechte, Verleger und Nutzer.

Die vorgesehene Vergütungsregelung kommt den Nutzerinteressen entgegen. Sie muss bei der Ausgestaltung den Grundsätzen des Bundesverfassungsgerichts zur Bemessung der Vergütungssätze genügen. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar betont, dass die Festlegung der Vergütungssätze im Einzelnen ein Akt wertender Entscheidung ist.

„Richtlinien, aus denen „das“ angemessene Gesamtaufkommen nach Art einer Berechnung pfenniggenau abgeleitet werden könnte und die allein schon wegen der Verlässlichkeit ihrer Prämissen eine angemessene Zuordnung der privaten Werknutzung garantieren würden, gibt es nicht.“ Gleichwohl fordert das Bundesverfassungsgericht für eine Verfassungskonforme Gestaltung eine Vergütung, „die der Nutzung in etwa angemessen ist“.<sup>109</sup>

## V. Fazit

Der Zugang zu veröffentlichten Ergebnissen wissenschaftlicher Forschung ist essentiell für den Fortschritt und die Selbstkontrolle der Wissenschaft.

Die Digitalisierung hat die gesamte arbeitsteilige Wertschöpfungskette wissenschaftlicher Forschung von der Entstehung bis zur Publikation ihrer Ergebnisse nachhaltig verändert.

Sie eröffnet für das wissenschaftliche Publikationswesen neue Chancen und erfordert eine Anpassung der Herstellung und ihres Vertriebs von Publikationen.

Ungeachtet weitreichender Umstellungen auf der Seite der wissenschaftlichen Autoren, der wissenschaftlichen Verlage und der Bibliotheken werden die Potentiale der Digitalisierung für den Zugang zu den Ergebnis-

sen wissenschaftlicher Forschung für Zwecke von Forschung und Lehre nicht ausgeschöpft.

1. Als Hindernis wird vor allem das Geschäftsmodell des entgeltlichen Vertriebs von Zeitschriften angesehen (sog. Bezahlschranke), das aufgrund exponentieller Preissteigerungen führender marktmächtiger Wissenschaftsverlage die traditionelle Literaturversorgung durch wissenschaftliche Bibliotheken überfordert.

Die weltweit organisierte Open-Access-Bewegung fordert deshalb eine Umstellung der bisherigen Geschäftsmodelle mit dem Ziel eines freien Zugangs.

Es besteht Einigkeit über die Ziele, aber erhebliche Uneinigkeit über die Wege.

Eine realistische Einschätzung der Handlungsmöglichkeiten der Wissenschafts- und Wissenschaftsförderinstitutionen sollte zur Erkenntnis führen, dass diese Umstellung nur in Kooperation mit den etablierten Wissenschaftsverlagen erfolgen kann.

Dies gilt für den sog. goldenen Weg, d.h. die Publikation in elektronischen Zeitschriften mit freiem Zugang, die statt der Vertriebsentgelte durch Publikationsentgelte bezahlt werden.

Dies gilt auch für den in einer längeren Übergangsphase erforderlichen grünen Weg, bei dem der Verzicht auf Vertriebsentgelte möglich ist, wenn die Autoren oder Wissenschaftseinrichtungen Publikationsentgelte an den Verlag entrichten.

Wie die Erfahrungen mit Universitätsverlagen zeigen, sind einzelne Universitäten mit der Aufgabe eines wissenschaftlichen Verlages personell und finanziell überfordert.

Dies trifft im Grundsatz auch für wissenschaftliche Fachgesellschaften zu, die sich aus gleichen Gründen aus dem Betrieb eigener Verlage zurückgezogen, ihre Rechte auf kommerzielle Verlage übertragen haben und nur noch als Herausgeber fungieren.

Eine Verbesserung des Open-Access ist auch durch die sog. Zweitveröffentlichung in einer öffentlich oder für nicht kommerzielle Wissenschaftseinrichtungen erreichbar.

Die Verankerung eines obligatorischen Zweitveröffentlichungsrecht zugunsten wissenschaftlicher Autoren nach § 38 Abs. 4 UrhG ist dafür eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung. Adressatenkreis und Gegenstand des Zweitveröffentlichungsrechts bedürfen einer Änderung, die die Diskriminierung der Wissenschaft und Wissenschaftler wissenschaftlicher Hochschulen beseitigt.

Eine gesetzlich angeordnete oder in Förderbedingungen öffentlich finanzierter Forschungsfördereinrich-

108 Begründung unter III 5. S.20.

109 BVerfGE 79, 1, 25.



tungen zwingend vorgeschriebene Zweitveröffentlichungspflicht ist verfassungsrechtlich nicht zulässig. Die individuelle Wissenschaftsfreiheit umfasst nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auch die Entscheidung des Autors über das Publikationsorgan, da von dessen Ansehen und Reichweite der Erfolg wissenschaftlicher Arbeit abhängt.

Wegen ihrer Rückwirkung auf die Erstveröffentlichung gilt dies auch für die Modalitäten Zweitveröffentlichung.

Die grundsätzlich anzustrebende Zweitveröffentlichung ist daher nur im Konsens mit dem Autor möglich, der aber durch geeignete Anreize, vor allem durch Einrichtung entsprechender Datenbanken mit wissenschaftlicher Qualität und wissenschaftlichem Ansehen gefördert werden kann.

2. Open-Access und Wissenschaftsschranke stehen in einer Wechselbeziehung. Mit dem Fortschritt der Open-Accessmodelle wird eine Wissenschaftsschranke entbehrlich.

Die in der Koalitionsvereinbarung vereinbarte, vom Bundesrat schon in der vergangenen Legislaturperiode geforderte Einführung einer Bildungs- und Wissen-

schaftsschranke ist als rechtspolitisches Anliegen angesichts der aufgezeigten Defizite der bisherigen Schrankenregelungen der §§ 52a und b, 53, 53a UrhG zwar grundsätzlich berechtigt. Die Inhalte der dazu vorliegenden Vorschläge weisen auch in die richtige Richtung, bedürfen aber eines weiteren Abgleichs, um eine angemessene Balance der Verlegerinteressen und Nutzerinteressen zu erreichen. Vorzuziehen ist ein Regelungsmodell, in dem die Nutzungshandlungen auf der Basis der bisherigen Regelungen konkret beschrieben werden und das eine Öffnungsklausel für unbekannte Nutzungen enthält.

Eine angemessene, am zu erwartenden Nutzungsumfang orientierte Vergütung ist aus unions- und verfassungsrechtlichen Gründen unabdingbar.

Die gesetzliche Regelung darf nur durch für die Nutzerseite günstigere Vertragsregelungen ersetzt werden.

Georg Sandberger ist Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät und Kanzler a.D. der Eberhard Karls Universität Tübingen.

