



Fragen und Antworten zum „Zweiten Korb“

Anmerkungen und Vorschläge des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels zu wichtigen Regelungspunkten im Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Übersicht

I Zusammenfassung der Vorschläge des Börsenverein

II Allgemeine Fragen

1. Warum sind die Leistungen von Autoren und Verlagen urheberrechtlich geschützt?
2. Welche wesentlichen Vorgaben für den Zweiten Korb enthält die EU-Richtlinie zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft?
3. Trifft es zu, dass der Staat wissenschaftliche Publikationen, die er von Verlagen teuer einkauft, zuvor selbst mehrfach subventioniert hat?
4. Trifft es zu, dass Wissenschaftsverlage unter Ausnutzung einer Monopolstellung den Zugang zu wissenschaftlicher Information künstlich verknappen, um überhöhte Preise zu erzielen?
5. Ist die Warnung berechtigt, dass die Verwendung technischer Schutzmaßnahmen durch Verlage dazu führen könnte, dass wissenschaftliche Erkenntnisse nicht mehr frei zugänglich sind?
6. Wie werden Wissenschaftsautoren von den Verlagen honoriert?
7. Kann man Bildungs- und Forschungseinrichtungen nicht einfach die freie Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke auf beliebige Weise gestatten, wenn dafür eine „angemessene Vergütung“ an Verwertungsgesellschaften gezahlt wird?

III § 52b UrhG-E (Terminalnutzung geschützter Werke in Bibliotheken, Museen und Archiven)

1. Worum geht es im § 52b UrhG-E?
2. Ist der Börsenverein grundsätzlich gegen § 52b UrhG-E?
3. Ist § 52b UrhG-E bildungs- und kulturpolitisch sinnvoll?
4. Wie ist die angekündigte Selbstverpflichtungserklärung zu bewerten, wonach die Bibliotheken ihr Anschaffungsverhalten nach Inkrafttreten von § 52b UrhG-E nicht verändern werden?
5. Was spricht gegen die Verwendung gesetzlicher Pflichtexemplare für eine Terminalnutzung unter § 52b UrhG-E?
6. Wie sollte § 52b UrhG-E umgestaltet werden?

IV § 53a UrhG-E (Dokumentversand durch Bibliotheken, „Subito“)

1. Worum geht es im § 53a UrhG-E?
2. Ist der von der Bundesregierung geplante § 53a UrhG-E durch die EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft vorgegeben?
3. Wollen Verleger den Dokumentversand generell unterbinden?
4. Bedarf der Dokumentversand durch Bibliotheken überhaupt einer gesetzlichen Regelung?
5. Worin besteht der Unterschied zwischen der Versendung einer Papierkopie und der Versendung einer digitalen Kopie?
6. Welche Auswirkungen hätte es, wenn der Gesetzgeber der Forderung nach einer grundsätzlichen gesetzlichen Erlaubnis des digitalen Dokumentversands durch Bibliotheken nachgeben



würde?

7. Welche Vorteile hat dem gegenüber die individuelle Lizenzierung des Versandes digitaler Dokumente?
8. Birgt diese nicht das Risiko der Monopolisierung von Wissen bzw. der Verteuerung des Informationszugangs?

V § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E (Nutzung von Kopien für den Schulunterricht)

1. Worum geht es im § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E?
2. Was möchte die Bundesregierung im § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E ändern?
3. Welche Leistungen erbringen Schulbuchverlage und Hersteller von Bildungsmedien für Schulen?
4. Welche Folgen hätte die von der Bundesregierung geplante Regelung?
5. Ist die geplante Änderung von § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG rechtlich zulässig?
6. Welche Formulierung von § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E empfiehlt der Börsenverein?

VI § 54 ff. UrhG-E (Kopiervergütung durch urheberrechtliche Geräte- und Betreiberabgaben)

1. Worum geht es in den §§ 54 ff. UrhG-E?
2. Wie beurteilt der Börsenverein die vorgesehene Neuregelung?

VII § 31 Abs. 4 UrhG (Übertragung von Rechten an unbekanntem Nutzungsarten)

1. Worum geht es im § 31 Abs. 4 UrhG bzw. den Vorschriften im Zweiten Korb, die diese Regelung ersetzen sollen (§§ 31a, 32c und 137 I UrhG-E)?
2. Ist die derzeitige Rechtslage hinsichtlich der Übertragung unbekannter Nutzungsarten tatsächlich grundlegend reformbedürftig?
3. Wie bewertet der Börsenverein die von der Bundesregierung vorgeschlagene Neuregelung?
4. Welchen Verbesserungsbedarf sieht der Börsenverein bei der vorgeschlagenen Neuregelung?
5. Wie bewertet der Börsenverein die von den deutschen Akademien der Wissenschaften geäußerte Kritik an dem geplanten § 137 I UrhG-E? Welchen Verbesserungsbedarf sieht der Börsenverein bei der vorgeschlagenen Neuregelung?

VIII § 63a UrhG-E (Unübertragbarkeit gesetzlicher Vergütungsansprüche)

1. Worum geht es im § 63a UrhG-E?
2. Wie verhalten sich die Verteilungsschlüssel der VG Wort zu den Einnahmesplits von Verwertungsgesellschaften im Ausland? Wie verhalten sich die Verteilungsschlüssel der VG Wort zu den Einnahmesplits von Verwertungsgesellschaften im Ausland?
3. Wird der vorgeschlagene § 63a UrhG-E zu sachgerechten Verteilungsschlüssel bei der VG Wort führen?

IX Open Access und Open Archive

1. Was ist unter *open access* und *open archive* zu verstehen?
2. In welchem Zusammenhang werden *open access* und *open archive* im Rahmen des Zweiten Korbes diskutiert?
3. Sind Börsenverein und Wissenschaftsverlage gegen *open access* und *open archive*?
4. Trifft die Kritik von *open access*-Befürwortern zu, dass Verlage den Zugang auf die von ihnen angebotenen Inhalte durch ihre Preispolitik künstlich verengen und dadurch die wissenschaftliche Literaturversorgung gefährden?
5. Kann die Tätigkeit von Wissenschaftsverlagen nicht einfach komplett auf *open access* und *open archive* umgestellt werden? Warum kein „Paradigmenwechsel“?



6. Welche Schwachpunkte haben *open access* und *open archive* Modelle?
7. Wie ist die vom Bundesrat empfohlene Änderung von § 38 UrhG zu bewerten, mit der sämtliche steuerfinanzierten Forschungsergebnisse sechs Monate nach Erscheinen für *open archives* verfügbar gemacht werden sollen?
8. Ist die zwangsweise Erschließung von Artikeln für *open archive* bzw. *open access* Veröffentlichungen rechtlich überhaupt zulässig?
9. Welche alternativen Handlungsmöglichkeiten hat die deutsche Politik?

I Zusammenfassung der Vorschläge des Börsenvereins

- Die neu eingeführte Urheberrechtsschranke zur Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven (**§ 52b UrhG-E**) ist durch die gegenüber dem ursprünglichen Referentenentwurf erfolgten richtlinien- und verfassungswidrig geworden. Sie müsste in den vorigen Stand zurückversetzt und mit einer Befristung versehen werden. Den Nutzern, Urhebern und Verlagen wäre noch besser gedient, wenn Deutschland wie Frankreich, Italien und England ganz von der Regelung absehen. Die Wissenschaftsverlage bieten an, für Bildung und Forschung in Deutschland eine privatwirtschaftliche Lösung zu schaffen, die einen qualitativ hochwertigeren und quantitativ weiter reichenden Zugang als § 52b UrhG-E gewährleistet.
- Der Dokumentversand durch Bibliotheken sollte auch im deutschsprachigen Raum auf der Basis von Lizenzvereinbarungen mit den Verlagen betrieben werden. Vorbild hierfür kann die von dem Dokumentversanddienst der deutschen Bibliotheken, Subito, und deutschen und internationalen Wissenschaftsverlagen für den Versand ins Ausland geschlossene Vereinbarung sein. Zumindest muss die im Zweiten Korb vorgesehene gesetzliche Regelung (**§ 53a UrhG-E**) im Hinblick auf die Vorgaben der EU-Richtlinie auf analoge und nicht-kommerzielle Versandwege beschränkt bleiben.
- Die Veränderungen im Wortlaut von **§ 53 III Nr. 1 UrhG-E** greifen in das Primärgeschäft der Schulbuchverlage ein und sind mit einer unzutreffenden Begründung versehen. Sie werden nur durch die Hinzufügung einer Bereichsausnahme für Schulbücher zulässig. Eine solche Bereichsausnahme könnte dem § 53 Abs. 3 UrhG als zweiter Satz angefügt und wie folgt formuliert werden: „Die Vervielfältigung von Teilen eines für den Unterrichtgebrauch oder die Veranschaulichung des Unterrichts in den in Nr. 1 genannten Einrichtungen bestimmten Werkes ist stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.“
- Die nun vorgesehene Neuregelung von Geräte- und Betreiberabgaben (**§§ 54 ff. UrhG-E**) steht in offenem Widerspruch zu den beiden Vergütungsberichten der Bundesregierung und hätte für Urheber und Rechtsinhaber katastrophale Auswirkungen. Es ist offensichtlich, dass sie nicht zu dem von der Bundesregierung angestrebten „fairen Kompromiss“ zwischen den Interessen von Urhebern und Geräteindustrie führt. Die im ursprünglichen Referentenentwurf enthaltenen Regelungsentwürfe sollten mit der Maßgabe wiederhergestellt werden, dass die Abgaben unter Berücksichtigung der Vergütungsberichte im Verordnungswege festgesetzt werden.
- Die Neuregelung zur Übertragung von Rechten an unbekanntem Nutzungsarten (Ersatz von § 31 IV UrhG durch **§§ 31a, 32c, 137I UrhG-E**) ist überzeugend gelungen. Im Hinblick auf die für Wissenschaft und Forschung erforderliche Retrodigitalisierung von Beiträgen zu Fachzeitschriften und Sammelwerken sollte Absatz 4 von § 137 I wie folgt gefasst werden: „Sind mehrere Werke zu einer Gesamtheit zusammengefasst, die sich in einer neuen Nutzungsart in angemessener Weise nur unter Verwendung sämtlicher Beiträge verwenden lässt, gilt Absatz 1 entsprechend. In diesem Fall kann der Urheber sein Widerspruchsrecht nicht wider Treu und Glauben ausüben.“
- **Ohne Veränderung durchgesetzt werden** sollte die Ergänzung des umstrittenen **§ 63a UrhG**.



II Allgemeine Fragen

1. Warum sind die Leistungen von Autoren und Verlagen urheberrechtlich geschützt?

Ein englischer Richter hat das Grundprinzip jeden Urheberrechtsschutzes einmal wie folgt formuliert: „*What is worth copying, is worth protecting*“ – nur wenn der Staat denjenigen schützt, der vervielfältigungswürdige Inhalte schafft, setzt er die nötigen Anreize dafür, dass solche Inhalte in einem Qualitätswettbewerb produziert und in ihre Veredelung und Zugänglichmachung investiert wird. Ein starker Urheberrechtsschutz ist gerade für Deutschland wichtig, weil es als Hochlohnland ohne Bodenschätze im internationalen Standortwettbewerb in besonderem Maße auf die geistigen Leistungen seiner Erwerbstätigen angewiesen ist. Deswegen ist das „geistige Eigentum“ der Urheber genau wie materielles Eigentum verfassungsrechtlich geschützt (Art. 14 Grundgesetz) und darf in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden.

Der Schutz der Leistungen von Verlagen beruht nach der Dogmatik des deutschen Urheberrechts darauf, dass Autoren ihnen ihre Werke zur Veröffentlichung anvertrauen und die entsprechenden Rechte in einem Verlagsvertrag übertragen. Damit rücken die Verlage teilweise in die Rechtsposition der Urheber ein. Sie werden in die Lage versetzt, in deren Werke zu investieren, diese zu veröffentlichen und zu verbreiten und den Autoren dadurch Einnahmen und/oder sonstige Gegenleistungen (Sichtbarmachung, Aufbau von Reputation etc.) zu verschaffen. Sowohl verfassungs- als auch europarechtlich genießen diese Leistungen der Verlage einen selbstständigen Schutz, weil sie als unverzichtbar für das Wohl der Gesellschaft gelten.

2. Welche wesentlichen Vorgaben für den Zweiten Korb enthält die EU-Richtlinie zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft?

Ziel der Richtlinie ist ein EU-weit einheitliches hohes Niveau des Urheberrechtsschutzes. Dies basiert auf der Anerkennung des geistigen Eigentums als Bestandteil des Eigentums.² Wo es möglich ist, sollen Exklusivrechte der Urheber und Rechtsinhaber gewahrt bleiben. Gleich in mehreren Erwägungsgründen hat der Richtliniengeber deshalb betont, dass vertragliche Beziehungen und freiwillige Maßnahmen Vorrang vor gesetzlichen Beschränkungen des Urheberrechts haben und zu fördern sind.³ Wo also Lizenzverträge abgeschlossen werden können und die Rechtsinhaber auch zum Abschluss von Lizenzverträgen bereit sind, bedarf es keiner Schrankenregelung. Dass dies gerade hinsichtlich digitaler Vervielfältigungen gilt, bei denen ein besonderer Schutz des Rechtsinhabers geboten ist, legt Erwägungsgrund 38 nahe. Danach „*sollte den Unterschieden zwischen digitaler und analoger privater Vervielfältigung gebührend Rechnung getragen und hinsichtlich bestimmter Punkte zwischen ihnen unterschieden werden.*“

Unterrichtszwecke und wissenschaftliche Zwecke, wie sie z.B. von Bibliotheken verfolgt werden, sind nach dem Willen des Richtliniengebers zu beachten.⁴ Sie dürfen aber nicht kommerziell sein. Außerdem sollen Ausnahmen nicht auf Online-Lieferungen von geschützten Werken erstreckt werden.⁵ Insgesamt gilt auch für den Bildungs- und Wissenschaftsbereich, dass dort, wo Lizenzvereinbarungen möglich sind und die Bereitschaft zu deren Abschluss besteht, das Exklusivrecht der Rechtsinhaber nicht beschränkt werden darf. Dies gilt erst recht dann, wenn die Rechtsinhaber durch konkurrierende entgeltliche Dienstleistungen in ihrem eigenen Tätigkeitsfeld behindert werden, wie dies bspw. beim umstrittenen Dokumentversand durch

² vgl. Erwägungsgrund 9 der Richtlinie EU 2001/29 zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (sog. Info-Richtlinie)

³ vgl. Erwägungsgründe 45, 51 und 52 der Info-Richtlinie

⁴ vgl. Erwägungsgrund 34 der Info-Richtlinie

⁵ vgl. Erwägungsgrund 40 der Info-Richtlinie



Bibliotheken der Fall ist.⁶

3. Trifft es zu, dass der Staat wissenschaftliche Publikationen, die er von Verlagen teuer einkauft, zuvor selbst mehrfach subventioniert hat?

Öffentliche Subventionierung der Forschung bedeutet nicht, dass der vom Autor und vom Verleger geschaffene Mehrwert damit bereits abgegolten ist. Für die Fahrt in einem Bus eines privaten Unternehmers müssen die Fahrgäste schließlich auch ein Beförderungsentgelt entrichten, obwohl diese über steuerfinanzierte Straßen fährt.

Mit den Preisen wissenschaftlicher Veröffentlichungen wird der „added-value“ abgegolten, den Verlage schaffen. Dieser Mehrnutzen besteht nicht in der Erbringung von Druckdienstleistungen, sondern im Schaffen und Bewirtschaften effizienter Märkte, für die lohnende Inhalte ermittelt und in optimaler Form vermittelt werden. Die mit öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungsergebnisse werden durch hochqualifizierte und –spezialisierte Verlagsmitarbeiter aufbereitet und für die jeweilige Zielgruppe sichtbar gemacht. Dabei spielt die herausgeberische Tätigkeit und die Organisation der sogenannten „Peer-review“ eine erhebliche Rolle. Hinzu kommen die Einspeisung und laufendes Fußnoten-Linking bei neuen Zitaten, Verbreitung, elektronische Vernetzung, Retrodigitalisierung und Neuformatierung, Erneuerung und Verbesserung der Hardware und Software für das elektronische Publizieren. Einen guten Überblick über die Leistungen von Verlagen und den von ihnen geschaffenen Mehrnutzen bietet die Website www.was-verlage-leisten.de.

4. Trifft es zu, dass Wissenschaftsverlage unter Ausnutzung einer Monopolstellung den Zugang zu wissenschaftlicher Information künstlich verknappen, um überhöhte Preise zu erzielen?

Wissenschaftsverlage sind daran interessiert, dass ihre Inhalte möglichst weite Verbreitung finden. Sie können nur dann im Wettbewerb um die besten Autoren und die besten Inhalte bestehen, wenn es ihnen gelingt, mit den von ihnen veröffentlichten Werken möglichst viele Fachkollegen des Autors möglichst rasch zu erreichen. Um dafür die Möglichkeiten moderner Digitaltechnologien optimal zu nutzen, haben die wissenschaftlichen Fachverlage in den vergangenen 10 Jahren ganz erheblich in die neuen Medien investiert. Mittlerweile sind viele Verlage im Stande, digitalisierte Fassungen ihrer Zeitschriften bis zurück ins 19. Jahrhundert anzubieten. Die entsprechenden Artikel werden dabei über „Digital Object Identifier“ miteinander verknüpft, die das Recherchieren wesentlich erleichtern und verlagsunabhängig möglich machen. So wird ein unkomplizierter Zugang zu möglichst vielen Informationen gewährleistet.

Insbesondere in den Jahren nach 1995 ist in den Aufbau einer leistungsstarken digitalen Infrastruktur viel investiert worden. Die Kosten für diese Maßnahmen mussten die Verlage an den Markt weitergeben. Dass sich diese Investitionen rentiert haben, beweist ein Vergleich: Wissenschaftler in den Bereichen Technik, Naturwissenschaften und Medizin (sog. STM-Segment) lesen heute 44% mehr Artikel als vor 25 Jahren und nutzen dabei doppelt so viele Zeitschriften. Haben sie 1977 im Schnitt 150 Artikel gelesen, sind es heute 216. Dabei sind die Kosten pro genutztem Artikel dramatisch gesunken.⁷ Die Artikel stammten 1977 aus 13 Zeitschriften, heute aus 23. Da keine Zeit mehr für Kopieren oder Scannen verloren geht und die Suche in der digitalen Version komfortabler ist, hat die Lektürezeit um 5% zugenommen. Zu der eingesparten Zeit gehört weiter, dass der Zugriff auf alle online-Zeitschriften, die eine Einrichtung bzw. deren Bibliothek abon-

⁶ so auch der sog. 3-Stufen Test in Art. 5(5) der Info-Richtlinie; vgl. im Einzelnen die Fragen und Antworten zu § 53a UrhG-E

⁷ Dies wird z.B. in der JISC-Studie zu den Auswirkungen sog. *big deals* von Ländern bzw. Bibliothekskonsortien mit großen Agenturen im Detail analysiert, http://www.nesli2.ac.uk/jwg_studies.htm



niert hat, vom heimischen Computer aus erfolgen kann. Für kleinere Bibliotheken, die früher im Schnitt 106 gedruckte Zeitschriften abonniert hatten, hat sich mit 1221 die Zahl der zugänglichen Zeitschriften vervielfacht.

Seit einigen Jahren sind die Anfangsinvestitionen in digitale Angebote, die im STM-Segment zu massiven Preissteigerungen aller Verlage geführt haben, weitgehend verarbeitet. Die durch eine Studie der amerikanischen Bibliotheken für die letzten Jahre belegte jährliche Teuerungsrate von 7.6% ergibt sich aus der Summe aus US-Inflation (3.1%) und Steigerungsrate des Publikationsvolumens (jährlich werden rund 3% mehr Artikel verfasst). Die Preissteigerungen sind also zum einen auf einen allgemeinen Anstieg des Preisniveaus zurückzuführen und zum anderen eine Folge der stets wachsenden Zahl von zu veröffentlichenden Beiträgen.⁸ Trotz dieser Rahmenbedingungen werden von den Fachverlagen im Abonnementsmodell Artikel teilweise zum Preis von weniger als 0,60 Euro angeboten.⁹

5. Ist die Warnung berechtigt, dass die Verwendung technischer Schutzmaßnahmen durch Verlage dazu führen könnte, dass wissenschaftliche Erkenntnisse nicht mehr frei zugänglich sind?

Professor Reto Hilty, Geschäftsführender Direktor des Max-Planck Instituts für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht in München, hat in mehreren Veröffentlichungen gemahnt, dass technische Schutzmaßnahmen dem Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen schädlich sein könnten.¹¹ Deshalb fordert er die ersatzlose Streichung des Artikels 6 Abs. 4 Ziffer 4 der Europäischen Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (29/2001). Nach dieser Vorschrift besteht kein Anspruch privilegierter Nutzer auf Zugang zu Inhalten, die ein Rechtsinhaber online anbietet und dafür mit Kopierschutzmaßnahmen versehen hat.

Die Besorgnis, auf der die von Hilty erhobene Forderung beruht, widerspricht den Realitäten im Wissenschaftsbereich. Es ist weltfremd, Rechtsinhabern bzw. Wissenschaftsverlagen ein Interesse daran zu unterstellen, den Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen zu erschweren oder unmöglich zu machen. Gerade wissenschaftliche Fachverlage und deren Autoren, um die Wissenschaftsverlage in einem harten Wettbewerb stehen, ermöglichen den freien (aber nicht kostenfreien) Zugang zu Erkenntnissen auf verschiedenartigsten Wegen. Ihr Erfolg hängt direkt davon ab, dass sie mit ihren Veröffentlichungen möglichst alle Angehörigen der jeweiligen wissenschaftlichen Zielgruppe erreichen. Wie durch die Website www.sherpa.com dokumentiert, gestatten es Wissenschaftsverlage Autoren vielfach, ihre Artikel auf ihrer Homepage bzw. der des jeweiligen Instituts frei zugänglich zu machen. So genannte „Pre-prints“ ermöglichen die Zirkulation von Erkenntnissen sogar noch vor erfolgter offizieller Publikation.

Verlage betrachten Bibliotheken und Wissenschaftler als vertrauenswürdige Partner. Technische Schutzmaßnahmen werden nur dort eingesetzt, wo Missbrauch tatsächlich festgestellt worden ist (Passwörter für elektronischen Zugang zu Datenbanken, Einzelartikelversand durch ausgelagerte Versanddienste zur Vermeidung unautorisierter Weiterverbreitung). Sie dienen letztlich dazu, die Kosten eines Artikels auf möglichst viele Nutzer zu verteilen und damit zu vereiteln, dass wenige Käufer für viele Trittbrettfahrer mitbezah-

⁸ Siehe für diese Angaben: „Journals and Scientific Productivity“ in <http://www.publishingresearch.org.uk>
<http://www.arl.org/stats/arlstat/graphs/2004/monser04.pdf>

⁹ vgl. die Stellungnahme der International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers (STM) zur „European Study of Science Publishing“ vom 31. März 2006 (STM Response to the EU Study on Science Publishing, Eingabe z.H. DG Research, Europäische Kommission, <http://www.stm-assoc.org/documents-statements-public-co/stm%20response%20to%20EU%20publishing.pdf>).

¹¹ Hilty: Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int Heft 3, Seite 1ff. und 189



len müssen. Selbst dort, wo sie eingesetzt werden, ist es dem Nutzer aber stets möglich, die geschützt übermittelten Artikeln auszudrucken und zu digitalisieren.

6. Wie werden Wissenschaftsautoren von den Verlagen honoriert?

Das hängt von der Art der Publikation, ihrem Preis, der Auflagenhöhe und dem jeweiligen Wissenschaftsbereich ab. Eine direkte Bezahlung - häufig in Form einer auf 10% des Nettoladenpreises festgesetzten Tantieme - erfolgt grundsätzlich bei Lehrbüchern. In manchen Segmenten – wie z.B. im RWS-Bereich (Recht, Wirtschaft, Steuern) – ist sie auch bei Zeitschriftenbeiträgen üblich.

Hingegen erhalten z.B. die Autoren von Fachzeitschriften im STM-Segment (Medizin, Ingenieur- und Naturwissenschaften) regelmäßig kein Honorar. Diese Autoren publizieren mit dem Ziel, ihre wissenschaftliche Reputation aufzubauen bzw. zu erhöhen. Die Bedeutung und Nachhaltigkeit ihrer wissenschaftlichen Leistung wird nämlich an der Zitierhäufigkeit ihrer Veröffentlichungen (*impact*) gemessen, die sich wiederum direkt auf ihre Chancen auswirkt, auf einen gut ausgestatteten Lehrstuhl oder in eine leitende Funktion eines Forschungsinstituts berufen zu werden oder neue Mittel für weitere Forschungsprojekte zu erhalten. Damit hängen ihre Karrierechancen eng damit zusammen, ob es ihnen gelingt, in einer renommierten, von Fachkreisen stark beachteten Zeitschriften mit hohem *impact factor* zu publizieren.

Wegen der überragenden Bedeutung des *impact factors* ist es für Wissenschaftsautoren vorrangig, dass die Verlage in die Qualität und Sichtbarkeit ihrer Zeitschriften investieren, statt Autorenhonorare auszuschütten. Um einen hohen *impact factor* erreichen zu können, müssen Verlage massiv in die Auswahl hoch qualifizierter Gutachter, die Organisation eines doppelten oder dreifachen anonymen *peer reviews* aller eingereichten Beiträge, die redaktionelle und herstellerische Aufbereitung der Inhalte und deren weltweiten Vertrieb investieren.¹² Am Ende solcher verlegerischen Tätigkeit stehen Zeitschriften, bei denen bis zu 95 Prozent der eingereichten und mit hohen Kosten begutachteten Artikel überhaupt nicht veröffentlicht werden und die publizierten Werke zum Teil erhebliche redaktionelle Überarbeitungen erfahren haben. Wollte man für die veröffentlichten Beiträge unter diesen Umständen Abdruckhonorare zahlen, müssten diese letztlich wohl über *submission fees* der abgelehnten Autoren finanziert werden.¹³ Abgesehen davon würden Honorarzah- lungen die wegen der geringen Auflagen ohnehin sehr hohen Gestehungskosten von wissenschaftlichen Zeitschriften im STM-Bereich erhöhen, ohne dass der Autor (bzw. die einzelnen Mitglieder eines Autorenteam) des einzelnen Beitrags auf relevante Einnahmen käme.

Üblich ist es im STM-Bereich dagegen, dass die Herausgeber wissenschaftlicher Zeitschriften vom Verlag für ihre Leistungen entgolten werden. Nicht selten werden diesen sechsstellige Euro-Beträge zur Unterhaltung von *editorial offices* und zur Deckung ihres sonstigen Aufwands gezahlt. Gängig sind auch Pachtmodelle, bei denen Verlage wissenschaftlichen Gesellschaften sehr hohe Zahlungen leisten, um deren Zeitschriften in Lizenz veröffentlichen zu dürfen. Abgesehen davon entfallen 40 Prozent des STM-Zeitschriftenmarkts auf *journals* gemeinnütziger Träger (insbesondere wissenschaftlicher Gesellschaften

¹² Übrigens ist der redaktionelle Aufwand in deutschen Fachverlagen besonders hoch, weil sie Zeitschriften für ihre Märkte nur oder auch in englischer Sprache veröffentlichen müssen. Da gerade in diesen Objekten oft Veröffentlichungen deutscher Wissenschaftler erfolgen, müssen die Fachredaktionen nämlich intensives *language polishing* betreiben, damit sich das Endprodukt im internationalen Wettbewerb behaupten kann.

¹³ Letztlich organisieren die Verlage nämlich den Korrektur- und Selektionsprozess der gesamten Forschung im STM-Bereich. Viele Autoren reichen ihre Beiträge nicht deshalb bei Zeitschriften wie *Lancet*, *Cell press* oder der *Angewandten Chemie* ein, weil sie ernstlich mit einem Abdruck rechnen, sondern weil sie wissen, dass diese Organe besonders renommierte und qualifizierte Wissenschaftler als Gutachter einsetzen. Deren Kritiken und Verbesserungsvorschläge nutzen sie, um die Aufbereitung ihrer Forschungsergebnisse so zu verändern, dass ihr Artikel bei einer Zeitschrift mit geringerem *impact factor* veröffentlicht wird und sie ihre wissenschaftliche Karriere fortsetzen.



und Universitäten). Auch bei diesen Objekten, die der Alimentierung der Trägereinrichtungen dienen, werden keine Autorenhonorare gezahlt.

7. Kann man Bildungs- und Forschungseinrichtungen nicht einfach die freie Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke auf beliebige Weise gestatten, wenn dafür eine „angemessene Vergütung“ an Verwertungsgesellschaften gezahlt wird?

Nein. Nicht nur auf den Gebieten Naturwissenschaft, Technik und Medizin vergrößert und erneuert sich das verfügbare Wissen in rasender Geschwindigkeit. Damit sie die notwendige Informationsselektion und -navigation für Wissenschaft und Forschung qualitativ voll leisten können, müssen Wissenschaftsverlage in hohem Ausmaß in Personal und technische Infrastruktur investieren. Die Kosten dafür wälzen sie entweder - bei traditionellen Publikationsmodellen - auf den Nutzer der Information oder - bei *open access*-Projekten - auf den Autor ab. Einnahmen aus den Ausschüttungen der Verwertungsgesellschaft Wort machen demgegenüber bei deutschen Fach- und Wissenschaftsverlagen weniger als 0,5 Prozent ihres Umsatzes aus. Wenn die so genannten „angemessenen Vergütungen“ aus gesetzlichen Lizenzen die Einnahmen der Wissenschaftsverlage aus ihren derzeitigen Primärmärkten vollständig ersetzen sollen, würden die Kosten für die Nutzer unter dem Strich steigen.¹⁴ Zugleich würde die Qualität der Publikationen sinken, weil es auf Anbieterseite keinen Wettbewerb mehr gäbe.

Deshalb sollte sich der Gesetzgeber auf den Vorrang der individuellen Lizenzierung vor der gesetzlichen Lizenz besinnen. Gesetzliche Lizenzen sind nicht dazu gedacht, die Entstehung eines Marktes neuartiger Werknutzungen erst gar nicht zuzulassen und die Rechteinhaber von vorneherein auf geringe Entschädigungen zu verweisen. Obwohl die deutschen Verwertungsgesellschaften fraglos zu den besten der Welt gehören, ist der Urheber mit einem Verbotstreit, das ihm individuelle Verfügungsmöglichkeiten schafft und für potentielle Partner verwertbar ist, regelmäßig besser bedient als mit der Wahrnehmung seiner Werke durch eine noch so effizient agierende Verwertungsgesellschaft. Bildung und Forschung profitieren am Ende davon, dass bei individueller Verwertung hochstehende Werke bedürfnisgerecht im Markt angeboten werden.

III § 52b UrhG-E (Terminalnutzung geschützter Werke in Bibliotheken, Museen und Archiven)

1. Worum geht es im § 52b UrhG-E?

Mit § 52b UrhG-E soll die Wiedergabe geschützter Werke an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven – die sog. *on-the-spot-consultation* – durch eine Urheberrechtsschranke gesetzlich erlaubt werden. Der ursprünglich vom Bundesjustizministerium vorgesehene Gesetzestext hat dabei im Entwurf der Bundesregierung folgende – hervorgehobene - Änderungen erfahren:

*„Zulässig ist, veröffentlichte Werke ~~aus Bibliotheksbeständen~~ ausschließlich in den Räumen öffentlicher zugänglicher Bibliotheken, **Museen oder Archive, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen**, an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertragli-*

¹⁴ Dies ist teilweise heute schon zu beobachten. So muss ein Student, der sich über den Dokumentversanddienst Subito im Eildienst einen Artikel aus einer Thieme-Zeitschrift bestellt, dafür 12-14 Euro bezahlen. Den Thieme-Verlag erreichen davon über die VG Wort weniger als 50 Cent. Hätte die Universitätsbibliothek vom Verlag eine Campus-Lizenz für den online-Zugriff auf die Zeitschrift erworben, lägen die durchschnittlichen Kosten des Zugriffs auf denselben Inhalt unter 2 Euro.



chen Regelungen entgegenstehen. ~~Es dürfen nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Bibliothek umfasst.~~ Für die Zugänglichmachung ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.“

Die Beschränkung der *on-the-spot-consultation* auf Werke, die im Bestand der begünstigten Einrichtung vorhanden sind, soll danach entfallen. Nach dem Wortlaut von § 52b UrhG-E könnte jede Bibliothek, jedes Museum und jedes Archiv in jedem Terminal sämtliche veröffentlichten Werke wiedergeben. Es wäre unerheblich, ob die jeweilige Einrichtung selbst ein Original oder Vervielfältigungsstück des Werks besitzt. (In-soweit soll nach einer Ankündigung der Bundesregierung und auf Empfehlung des Bundesrats der Wortlaut des § 52b UrhG-E allerdings wieder geändert werden.)

Nach der Begründung der Norm (Regierungsentwurf, S. 57) soll es ausdrücklich zulässig sein, auch Werke in Terminals einzuspeisen, die von Bibliotheken nicht gekauft, sondern als gesetzliches Pflichtexemplar erlangt wurden.

Der zweite Satz von § 52b RefE: „*Es dürfen nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Bibliothek umfasst.*“ wurde aus dem Text der Norm entfernt. Danach könnten Bibliotheken z.B. besonders stark nachgefragte Lexika, Lehrbücher oder Kommentare an beliebig vielen Terminals gleichzeitig zugänglich machen, auch wenn diese im Bestand der Einrichtung gar nicht oder nur in geringer Zahl vorhanden sind.

2. Ist der Börsenverein grundsätzlich gegen § 52b UrhG-E?

Die Einführung neuer Urheberrechtsschranken liegt naturgemäß nie im Interesse der Rechtsinhaber. Dennoch hatten die im Börsenverein zusammengeschlossenen Verlage signalisiert, dass sie sich dem Wunsch der Bibliotheken nach Verankerung der *on-the-spot-consultation* im Urheberrechtsgesetz nicht prinzipiell widersetzen würden. Damit wollten sie einen Beitrag zu dem gemeinsamen Ziel leisten, die Bibliotheken als Versammlungsort zu stärken. Gerade in einer Zeit, in der Bibliotheksetats in unverantwortlicher Weise gekürzt werden und die verschwenderische Förderung unausgeglichener open access-Modelle gewachsene Publikationsstrukturen zerstört, schien es den Verlagen sinnvoll, die Zugriffszeit auf Bücher in Bibliotheksdepots zu verkürzen.

Die Zustimmung des Börsenvereins stand unter der Bedingung, dass die Formulierung des Gesetzestextes einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen von Bibliotheken und Rechtsinhabern gewährleistet. Dies war in der ursprünglich vom Bundesjustizministerium vorgeschlagenen Fassung der Norm weitgehend der Fall. Schon bei dieser hatte der Börsenverein allerdings darauf hingewiesen, dass

- die Nutzung von Werken in den Terminals im Hinblick auf den Dreistufentest der Richtlinie (Art. 5 Abs. 5) immer dann entfallen muss, wenn das fragliche Werk vom Rechtsinhaber (auch) in digitaler Form angeboten wird. Ein in der Bibliothek vorhandenes Buch sollte also nur dann gescannt werden dürfen, wenn dies erforderlich ist, um seinen Inhalt für die Terminalverwendung zu erschließen. Sobald der Verlag den Inhalt hingegen selbst in elektronischer Form anbietet, kann das Terminal problemlos durch den Erwerb einer Lizenz bzw. den Kauf einer CD-ROM o.ä. gefüllt werden. Ein vormals gescanntes Werk, wäre dementsprechend auch wieder vom Terminal zu entfernen. Diese Vorbehalte müssen im Interesse der Werkberechtigten Vorrang haben.
- die Einspeisung von Bestandswerken in Bibliotheksterminals zu einer Verdoppelung der Zugriffs-



möglichkeit auf jeden angeschafften Titel führt. Daher ist die Gefahr groß, dass die Einführung der neuen Schrankenbestimmung von den Bibliotheksträgern als Instrument zur weiteren Absenkung der Anschaffungsetats missverstanden wird. Um diesem von der Richtlinie gerade nicht beabsichtigten Effekt entgegenzuwirken, sollte der Gesetzentwurf – mindestens in der Begründung – die Festlegung enthalten, dass als angemessene Vergütung für die Terminalnutzung von Bibliotheksbeständen mindestens 75 Prozent des Kaufpreises des jeweiligen Titels an die zuständige Verwertungsgesellschaft zu zahlen sind.

- die tatsächlichen Konsequenzen des § 52b UrhG-E nicht absehbar sind. Durch die ständige Weiterentwicklung zunehmend nutzerfreundlicher elektronischer Lesegeräte birgt der §52b UrhG-E die Gefahr, in kurzer Zeit auch neue Lesermärkte erheblich und über Gebühr zu beschneiden. Daher empfiehlt es sich, die Norm unter den Vorbehalt einer späteren Überprüfung zu stellen.

3. Ist § 52b UrhG-E bildungs- und kulturpolitisch sinnvoll?

Insbesondere im Wissenschaftsbereich gibt es viele Verlage, deren Kunden ganz überwiegend Bibliotheken, Museen und Archive, also die durch § 52b RegE begünstigten Einrichtungen, sind. Wenn jede dieser Einrichtungen ihren Nutzern deren Veröffentlichungen unabhängig davon, ob sie bzw. wie viele Vervielfältigungsstücke sie erworben hat, beliebig oft zugänglich machen könnte, gäbe es für diese Werke in Deutschland keinen Markt mehr. Besonders gute und gefragte Bücher müssten nicht öfter angeschafft werden als durchschnittliche und die Leistung eines Bibliothekars ließe sich nicht mehr daran ablesen, dass er durch eine intelligente Erwerbungspolitik die Bedürfnisse der Bibliotheksnutzer zu befriedigen vermag.

Die Schaffung eines weiten, nicht an den Bestand gekoppelten Zugangs würde für die Bibliotheken zudem einen Anreiz setzen, statt innovativer digitaler Inhalte lieber günstigere Printprodukte zu kaufen und diese selbst zu digitalisieren. Sie könnten ihren Lesern dann zwar beliebig viele Kopien zur Verfügung stellen, die aber technisch unstrukturiert wären und keine zusätzlichen Funktionalitäten wie Suchfunktionen, Linking etc. aufweisen würden. Zugleich würden Urheber und Verlage davon abgehalten, Produkte mit solchen Mehrwerten zu entwickeln, weil sie aufgrund der urheberrechtlichen Rahmenbedingungen keinen Investitionsanreiz hätten. § 52b UrhG-E würde also der Innovation und Entwicklung neuer Produkte entgegen wirken und sein Ziel verfehlen, die begünstigten Einrichtungen in die Lage zu versetzen, Anschluss an die Entwicklung der Neuen Medien zu behalten.

Momentan wird auf europäischer Ebene geprüft, ob es möglich ist, in Antwort auf groß angelegte Digitalisierungsprogramme wie Google Buchsuche die kompletten Inhalte von Bibliotheken zu digitalisieren und Nutzern am Bildschirm zugänglich zu machen (sog. i2010-Initiative der Europäischen Kommission zum Aufbau einer europäischen digitalen Bibliothek). Es besteht Einvernehmen darüber, dass ein solches Digitalisierungsprojekt bei geschützten Werken aufgrund der Vorgaben des EU-Urheberrechts nur mit Zustimmung der Rechtsinhaber möglich ist. Der Börsenverein und die in ihm organisierten Verlage stellen derzeit gerade das mit sehr hohen Investitionen verbundene Projekt „Volltextsuche online“ auf die Beine, um die Nachfrage von Nutzern nach Volltextsuche in Buchinhalten mit der ausschließlichen Befugnis der Autoren, über die Nutzung ihrer Werke individuell zu entscheiden, in Einklang zu bringen. Solchen Vorhaben würde der Boden entzogen, wenn sich die öffentliche Hand in ihren Kultureinrichtungen zu Lasten von Urhebern und Verlagen genehmigungs- und weitgehend kostenfrei sämtlicher nur denkbaren künstlerisch-literarischen und wissenschaftlichen Leistungen bedienen könnte, ohne diese zuvor bei den Berechtigten erworben zu haben.



4. Wie ist die angekündigte Selbstverpflichtungserklärung zu bewerten, wonach die Bibliotheken ihr Anschaffungsverhalten nach Inkrafttreten von § 52b UrhG-E nicht verändern werden?

Das Vorliegen einer rechtswidrigen Enteignung von Urhebern und Verlage kann nicht dadurch beseitigt werden, dass die Bibliotheken sich verpflichten wollen, ihr Anschaffungsverhalten nicht zu verändern. Für die Werkberechtigten geht es bei § 52b RegE um den vollständigen Verlust von Ausschließlichkeitsrechten in ihrem Primärmarkt, also eine rechtliche Einbuße. Ob ihre Kunden in diesem Markt zukünftig mehr, weniger oder gleich viel Bücher kaufen, ist rechtlich irrelevant: Würde § 52b Bibliotheken, Museen und Archive berechtigen, bei Bildschirmherstellern, in Computerläden und Supermärkten beliebig viele Bildschirme zu requirieren und als Terminals für ihre Nutzer aufzustellen, dann würde dies auch dann eine Enteignung aller Hersteller und Händler bleiben, wenn die Einrichtungen gesetzlich verpflichtet würden, ihre Anschaffungs- etats für Bildschirme beizubehalten.

Davon abgesehen unterliegt das Anschaffungsverhalten von Bibliotheken gleichsam von Natur aus permanenten Änderungen, da es das veränderte Verhalten von Bibliotheksnutzern widerspiegelt. So haben Studien aus den USA eindrucksvoll belegt, wie massiv sich das Anschaffungsverhalten von Bibliotheken auch bei gleich bleibenden oder steigenden Erwerbungssetats durch die Einrichtung von Bildschirmarbeitsplätzen gewandelt hat.

5. Was spricht gegen die Verwendung gesetzlicher Pflichtexemplare für eine Terminalnutzung unter § 52b UrhG-E?

Es begegnet grundsätzlichen Bedenken, das Recht zur on-the-spot-consultation auf Pflichtexemplare zu erstrecken, die von den Berechtigten auf eigene Kosten hergestellt und aufgrund gesetzlicher Anordnungen bei Sammelbibliotheken abgeliefert werden. Der Sinn der Ablieferungspflicht besteht darin, das kulturelle Erbe unserer Gesellschaft durch Archivierung auf Länder- und Bundesebene zu bewahren. Die Pflichtexemplare sollen nicht dazu dienen, Bibliotheken bzw. ihren Trägern Ausgaben zu ersparen.

Dass Pflichtexemplare nicht von der Ermächtigung der Richtlinie erfasst sind, wird auch an einer weiteren Überlegung deutlich. Mit dem derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindlichen (und vom Börsenverein unterstützten) Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek und parallelen Landesgesetzen wird die Ablieferungspflicht der Verlage zu Archivierungszwecken auch auf online-Publikationen erstreckt. Damit verliert die aus der Richtlinie in den Text von § 52b UrhG-E übernommene Einschränkung, dass der Zugänglichmachung der Werke keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen dürfen, ihre Bedeutung. Denn selbst eine an sich kopiergeschützte online-Publikation eines Verlages, bei der vertraglich die Zahl der zugriffsberechtigten Bildschirmarbeitsplätze fixiert wird, könnte als pflichtabgelieferte Netzwerkpublikation unter § 52b UrhG-E auf beliebig vielen Terminals wiedergegeben werden.

6. Wie sollte § 52b UrhG-E umgestaltet werden?

Sämtliche nationalen und internationalen (Wissenschafts-)Verlage sind bereit, sich bindend zu verpflichten, den deutschen Bibliotheken, Museen und Archiven ihre Inhalte für die Nutzung in Terminals in einem vereinfachten Verfahren – ggf. unter Einschaltung des Börsenvereins oder einer Verwertungsgesellschaft – zu angemessenen, d.h. marktgerechten Preisen zu lizenzieren. Mit der Abgabe und Umsetzung solcher Selbstverpflichtungserklärungen würde es vollständig entbehrlich, mit dem § 52b UrhG-E eine neue Schranke im deutschen Urheberrecht zu verankern. Das Ziel der vorgesehenen Regelung könnte auf diesem Wege wesentlich schneller und effizienter erreicht werden als mit einer gesetzlichen Regelung.



Dass solche Selbstverpflichtungen und Lizenzlösungen vorzuziehen sind, zeigt sich an der Umsetzung der EU Richtlinie in Frankreich, England, und Italien. Keines dieser Länder hat für eine sogenannte „On-the-spot“ Schranke optiert. Spanien und Ungarn beschränken diese Schranke auf Fälle, in denen Kauf und Lizenzbedingungen nichts anderes vorsehen, wobei Spanien zusätzlich fordert, dass das Werk zum Bibliotheksbestand gehören muss.

Hilfsweise ist an die Wiederherstellung des vom Bundesjustizministerium ursprünglich für § 52b UrhG-E vorgesehenen Textes zu denken. Dabei wären allerdings die oben (unter 2.) aufgeführten Hinweise zu beachten.

IV § 53a UrhG-E (Dokumentversand durch Bibliotheken, z.B. „Subito“)

1. Worum geht es im §53a UrhG-E?

Ein Verbund großer deutscher Bibliotheken bietet über die Website www.subito-doc.de den Versand urheberrechtlich geschützter Dokumente an. Der Besteller kann dabei aus einem Katalog von mehreren Millionen Büchern und Zeitschriften online einzelne Aufsätze oder Kapitel bestellen. Die bestellten Titel werden in einer der Bibliotheken gescannt und dem Besteller gegen eine geringe Gebühr in der Regel per e-Mail oder über ähnliche Versandwege (Internet-Download, FTP aktiv) in digitaler Form unverzüglich übersandt. Auf diese Weise wurden in den vergangenen Jahren mehrere Millionen Artikel in die ganze Welt versendet.

Es ist umstritten, ob der Versand digitaler Dokumente durch nicht-kommerzielle Einrichtungen nach geltender Rechtslage gesetzlich gestattet ist und die Erhebung von Gebühren dafür dementsprechend durch urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften zu erfolgen hat (sog. kollektive Lizenzierung). Im juristischen Schrifttum wird überwiegend die Meinung vertreten, dass der Versand digitaler Kopien nur mit Genehmigung von Autoren und Verlagen erfolgen darf (sog. individuelle Lizenzierung). Die Bundesregierung sieht in § 53a des „Zweiten Korbs“ eine ausdrückliche gesetzliche Erlaubnis des Dokumentversands durch nicht-kommerzielle Versanddienste wie Subito vor. Allerdings sollen Dokumente, die vom Verlag online zu angemessenen Bedingungen angeboten werden, nur per Post oder Telefax versandt werden dürfen.

2. Ist der von der Bundesregierung geplante § 53a UrhG-E durch die EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft vorgegeben?

Nein. Die Richtlinie nimmt im Bereich der Schranken des Urheberrechts keine echte Harmonisierung vor, sondern bietet den nationalen Gesetzgebern bei der Umsetzung erhebliche Spielräume. Eine Gleichbehandlung analoger und digitaler Privatkopien wird darin aber gerade nicht nahe gelegt. Vielmehr heißt es in Erwägungsgrund 38:

„... Die digitale private Vervielfältigung dürfte hingegen [im Vergleich zur analogen privaten Vervielfältigung] eine weitere Verbreitung finden und größere wirtschaftliche Bedeutung erlangen. Daher sollte den Unterschieden zwischen digitaler und analoger Vervielfältigung gebührend Rechnung getragen und hinsichtlich bestimmter Punkte zwischen ihnen unterschieden werden.“

Erwägungsgrund 40 verstärkt diesen Gedanken wie folgt (Hervorhebung hinzugefügt):

"Die Mitgliedstaaten können eine Ausnahme oder Beschränkung zugunsten bestimmter nicht kommerzieller Einrichtungen, wie der Öffentlichkeit zugängliche Bibliotheken und ähnliche Einrichtungen sowie Archive vorsehen. Jedoch sollte diese Ausnahme oder Beschränkung auf bestimmte durch das Vervielfältigungs-



recht erfasste Sonderfälle begrenzt werden. Eine Nutzung im Zusammenhang mit der Online-Lieferung von geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen sollte nicht unter diese Ausnahme fallen. [...]"

Auch diese Erwägung macht deutlich, dass der Richtliniengeber den Versand digitaler oder digitalisierter Werke klar vom Versand analoger Kopien unterschieden wissen will.

Die von der Bundesregierung vorgeschlagene Regelung ist aufgrund ihrer Auswirkungen für Autoren und Verlage zudem nicht mit dem in Artikel 5 Abs. 5 der Richtlinie verankerten sog. Drei-Stufen-Test vereinbar. Danach darf die Anwendung von Urheberrechtsschranken niemals dazu führen, dass die normale Verwertung eines Werkes beeinträchtigt wird.

3. Wollen Verleger den Dokumentversand generell unterbinden?

Nein, im Gegenteil. Der Börsenverein arbeitet seit je eng mit den deutschen Bibliotheken zusammen und unterstützt diese bei der Erfüllung ihres Informationsauftrages. Er hat das Projekt Subito von Beginn an gefördert und auf rechtlicher Ebene überhaupt erst möglich gemacht, weil es der Wunsch vieler Wissenschaftlern und Studenten ist, sämtliche nur denkbaren Artikel im Idealfall im *one-stop-shop*-Verfahren erwerben zu können. Der Börsenverein und die in ihm organisierten Verlage sind jedoch der Ansicht, dass Erfolg und Nutzen des Subito-Geschäftsmodells noch steigen werden, wenn es hinsichtlich digitaler Kopien konsequent von kollektiver auf individuelle Lizenzierung umgestellt wird.

Die Verlage möchten deshalb den Versand von Dokumenten im Rahmen der normalen Literaturversorgung zu akzeptablen Bedingungen mittels Individuallizenz gestatten. Deshalb haben sie mit Vertretern deutscher Bibliotheken einen Mustervertrag ausgehandelt, der von allen relevanten inländischen und ausländischen Wissenschaftsverlagen mit Subito abgeschlossen wird. Dieser Mustervertrag betrifft derzeit nur die Versendung von Dokumenten ins nicht-deutschsprachige Ausland. Die Verleger sind jederzeit bereit, Subito zu gestatten, unter diesem Vertrag auch sämtliche Nutzer in den deutschsprachigen Ländern mit Inhalten ihrer Zeitschriften und Bücher zu versorgen.

4. Bedarf der Dokumentversand durch Bibliotheken überhaupt einer gesetzlichen Regelung?

Der Börsenverein begrüßt es, dass der Kopienversand auf Bestellung gesetzlich geregelt werden soll. § 53a UrhG-E sieht zu Recht vor, dass Artikel, die Verlage oder deren Lizenznehmer einzeln zum Download anbieten, von Bibliotheken nicht ohne Genehmigung online bzw. per e-Mail verbreitet werden dürfen. Die Bundesregierung verkennt indes, dass dieses Grundprinzip nicht nur auf online-Versendeformen Anwendung finden muss. Der (online-)Vertrieb einzelner Artikel („Artikelgeschäft“) gehört nämlich inzwischen zum Primär- und Kerngeschäft vieler Wissenschaftsverlage und hat bei ihnen teilweise den Verkauf von Zeitschriftenabonnements substituiert. Daher greift jede Urheberrechtsschranke zur Ermöglichung konkurrierender Angebote in die normale Werkverwertung ein und verstößt gegen den sog. Drei-Stufen-Test (s.o.). Eine derartige Konkurrenz liegt beispielsweise auch beim Dokumentversand per Fax vor.

5. Worin besteht der Unterschied zwischen der Versendung einer Papierkopie und der Versendung einer digitalen Kopie?

Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass der Empfänger eines nicht mit technischen Schutzmaßnahmen versehenen digitalen Dokuments dieses ohne jeden Aufwand und Qualitätsverlust beliebig oft vervielfältigen und weiterverbreiten kann, z.B. per e-Mail, Bereitstellung zum Internet-Download oder mittels



von File-Sharing-Systemen. Da digitalisierte Print-Dokumente zudem beliebig oft ausgedruckt werden können, ist die Gefahr einer Absatzbeeinträchtigung für das Originalwerk ungleich größer als bei den ebenfalls schädlichen Papierkopien. Hinzu kommt, dass sich der Austausch von Informationen in der modernen Wissensgesellschaft rapide von der analogen zur digitalen Übermittlung verschiebt. Die Erstellung und Versendung digitaler Kopien hat somit ein vielfach höheres Störpotential für die normale Auswertung urheberrechtlich geschützter Werke als die Erstellung und Versendung analoger Kopien. Deswegen sollte der § 53a UrhG-E zumindest um eine Bestimmung ergänzt werden, die den Bibliotheken die Pflicht auferlegt, digitale Kopien mit Kopierschutzmechanismen zu versehen, um deren problemlose Weiterverbreitung zu verhindern.

6. Welche Auswirkungen hätte es, wenn der Gesetzgeber der Forderung nach einer grundsätzlichen gesetzlichen Erlaubnis des digitalen Dokumentversands durch Bibliotheken nachgeben würde?

Mit einer Entscheidung für die Zulässigkeit des digitalen Dokumentversands würden Autoren und Verlage die rechtliche und preisliche Kontrolle über den wichtigsten Marktbereich der Zukunft verlieren. Dies hätte vielfältige Auswirkungen:

- Der Verkauf der Bücher bzw. Zeitschriften in gedruckter Form ginge dramatisch zurück. Da dies nur teilweise durch Preiserhöhungen aufgefangen werden kann, würden Autoren und Verlage erhebliche Einnahmeverluste erleiden. Auch die Fachbuchhandlungen als wichtiger Absatzmarkt wissenschaftlicher Verlage würden stark betroffen, zumal diesen keine Einnahmen aus dem Kopienversand der Bibliotheken zufließen. Um den flächendeckenden Absatz ihrer Printprodukte sicherzustellen, müssten die Verlage den Fachbuchhandlungen höhere Rabatte gewähren. Dies würde den Druck auf ihre Ertragslage erhöhen.
- Die Verlage hätten faktisch keine Chance, mit eigenen Angeboten zur Auswertung ihrer Werke in digitaler Form online zu gehen, da sie damit automatisch in Konkurrenz zu den von der öffentlichen Hand betriebenen, nicht auf Gewinnerzielung angelegten Versanddiensten treten müssten, die weder mit Herstellkosten noch mit unternehmerischen Risiken belastet sind. Im Extremfall würden die Verlage also dazu degradiert, auf eigene Kosten „Kopiervorlagen“ für die öffentlichen Bibliotheken herzustellen, die sie angesichts von deren Konkurrenz weder in digitaler noch in Papierform im Markt absetzen könnten.
- Die Verlage könnten ihre eigenen Werke nicht mehr selbst kostenlos elektronisch versenden (z.B. an Rezensenten, Fachkollegen des Autors etc.) oder Werbeaktionen mit Mailversand von Probeartikeln durchführen; sie müssten vielmehr für jede nicht-kommerzielle Versendung eigener Artikel eine Abgabe an die VG Wort zahlen.
- Auf der Einnahmenseite würden die starren Tarife der Verwertungsgesellschaft die Kostenstrukturen der Verlage nicht abbilden. Geisteswissenschaftliche oder juristische Publikationen, die vergleichsweise kostengünstig produziert werden können, generieren aufgrund dieser Tarife nämlich dieselben Einnahmen wie Aufsätze aus naturwissenschaftlichen Journalen, für die große Redaktionsstäbe unterhalten und aufwändige peer-review-Systeme finanziert werden müssen. Es kommt vor, dass sich die Herstellkosten pro Seite bei verschiedenen von Subito versandten Artikeln um den Faktor 2000 und mehr unterscheiden – „angemessen“ soll aber nach der derzeitigen Abrechnungspraxis eine (niedrige) Einheitsgebühr sein.
- Die Tarife der Verwertungsgesellschaft sind zudem nicht in der Lage, den Verlagen eine Mischfinanzierung zu ermöglichen. Während beim Verkauf einer Zeitschrift oder eines Fachbuches der Kaufpreis die Herstellung aller Artikel gleichmäßig abdeckt, fließen beim Kopienversand nur für die besonders nachgefragten Spitzenaufsätze Einnahmen, während die anderen Titel leer ausgehen. Ohne die Möglichkeit einer Mischkalkulation ist verlegerische Tätigkeit aber weder unternehmerisch möglich noch kulturell



produktiv.

Im Ergebnis würde daher niemand von der geforderten gesetzlichen Lizenz für den digitalen Dokumentversand profitieren. Die Investitionen, die Verlage geleistet haben, um elektronische Inhalte anzubieten, würden der Dumpingkonkurrenz eines Unternehmers ausgesetzt, der die Kosten für Neuerscheinungen nicht trägt, da er nur versendet, was ohnehin schon publiziert ist. Auch die Leser profitieren langfristig nicht, da sich die Informationsbeschaffung künstlich verlangsamt und die Kosten für wissenschaftliche Zeitschriften auf immer weniger Abonnenten überwälzt werden müssen. Die Autoren gingen ebenfalls leer aus und müssten sich gegebenenfalls damit begnügen, wenig wahrgenommen *open access* oder in nur einigermaßen rezensierten Zeitschriften zu publizieren.

Die Frage der Notwendigkeit einer gesetzlichen Lizenz hat übrigens nichts mit der Diskussion um die sog. Open-Archive-Bewegung zu tun, der es darum geht, dass auch verlegte Texte nach einer bestimmten Zeit im Internet kostenlos und allgemein zugänglich zur Verfügung gestellt werden. Wenn ein Autor seine Werke für open-archive-Nutzung bereitstellen möchte, kann er jederzeit entsprechende vertragliche Abreden mit seinem Verlag treffen oder von vorneherein selbst gemeinfrei publizieren.

7. Welche Vorteile hat dem gegenüber die individuelle Lizenzierung des Versandes digitaler Dokumente?

Von einer Individuallizenzierung, die in den elektronischen Medien auch bei Massenvorgängen sinnvoll ist (Abnahme der Transaktionskosten, fortschreitende Automatisierung der Such- und Bestell-Abläufe), würden starke Anreize zu neuen urheberischen und verlegerischen Leistungen bei der Erschließung von Inhalten zur optimalen Nutzung technischer Möglichkeiten ausgehen. Durch die Einführung eines solchen Systems kann sich eine echte win-win-Situation herausbilden: Die Anbieter von Fachinformationen behalten die Kontrolle über die Auswertung ihrer Werke und sind dadurch überhaupt erst in der Lage, hochqualitative Informationen aufzubereiten und bereitzustellen. Nicht-kommerzielle Anbieter wie Bibliotheksverbände können aber zugleich entsprechend ihrer Bestimmung die Möglichkeiten der Digitaltechnologie optimal für die moderne Informationsgesellschaft erschließen.

8. Birgt die Umstellung des digitalen Dokumentversands durch Bibliotheken auf individuelle Lizenzierung das Risiko der Monopolisierung von Wissen bzw. der Verteuerung des Informationszugangs?

Nein. Da Autoren und Verlage ein natürliches Eigeninteresse an der intensiven Nutzung und leichten Zugänglichkeit ihrer Bücher und Zeitschriften haben, ist bei individueller Lizenzierung weder mit der Monopolisierung von Wissen noch mit einer prohibitiven Verteuerung des Informationszugangs zu rechnen. Vielmehr werden die Verlage für jede ihrer Zeitschriften den optimalen Punkt auf der Preis/Absatz-Skala für den Verkauf per Dokumentversand suchen. Der Preis der Einzelinformation würde also vom Markt gesteuert: So könnte ein juristischer Aufsatz zur Umsetzung der EU-Copyright-Richtlinie wegen der Vielzahl von Nachfragern unter Umständen günstiger angeboten werden als bei der jetzigen kollektiven Lizenzierung, während bspw. die Ergebnisse einer chemischen Großstudie für interessierte Unternehmen zu einem sehr hohen und für Wissenschaftler an Universitäten zu einem deutlich niedrigeren Preis versendet werden könnten.

Nicht-kommerzielle Anbieter wie Subito wären zugleich in der Lage, ihre Aktivitäten ohne rechtliches Risiko in die ganze Welt ausdehnen und – gegen höhere Gebühren – auch Unternehmen und sonstige kommerzielle Nachfrager beliefern. Damit hätten sie z.B. die Möglichkeit, die Versandgebühren für Studenten im



Wege der Mischfinanzierung abzusenken.

V § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E (Nutzung von Kopien für den Schulunterricht)

1. Worum geht es im § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E?

§ 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG regelt die Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke für den Unterricht an allgemein- und berufsbildenden Schulen sowie in der Erwachsenenbildung. Als die Vorschrift im Jahre 1985 geschaffen wurde, hatte der Gesetzgeber daran gedacht, Lehrern die Aufnahme einzelner Gedichte, Kurzgeschichten und insbesondere aktueller Informationen (durch Kopien von Zeitungsartikeln) in den Unterricht zu ermöglichen. Seitdem sind nicht nur die tatsächlichen Zahlen der in Schulen gefertigten Kopien massiv gestiegen, sondern heute schon über 60 Prozent der (regelmäßig in Klassenstärke erstellten) Ablichtungen solche aus Schulbüchern. Aus Sicht der Schulträger hat die Vorschrift des § 53 Abs. 3 in Zeiten leerer Kassen anscheinend leider vor allem den Sinn, den Kauf von Schulbüchern und Unterrichtsmaterialien zu ersetzen.

2. Was möchte die Bundesregierung im § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E ändern?

Der Regierungsentwurf sieht folgende (hervorgehobene) Änderungen am Wortlaut von § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG vor:

„Zulässig ist, Vervielfältigungsstücke von kleinen Teilen eines Werkes, von Werken von geringem Umfang oder von einzelnen Beiträgen, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen oder öffentlich zugänglich gemacht worden sind, zum eigenen Gebrauch

1. ~~im Schulunterricht~~ **zur Veranschaulichung des Unterrichts in Schulen**, in nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie in Einrichtungen der Berufsbildung in der für ~~eine Schulkasse~~ **die Unterrichtsteilnehmer** erforderlichen Anzahl [...]

herzustellen oder herstellen zu lassen, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist.“

Dazu heißt es in der Begründung des Gesetzentwurfs (S. 59): „Mit der Änderung in § 53 Abs. 3 Nr. 1 wird der Sprachgebrauch den anderen Schranken für Unterrichtszwecke (§ 52a sowie § 87c) angepasst.“

Diese Begründung legt die Vermutung nahe, dass es sich bei den vorgenommenen Änderungen lediglich um unwesentliche redaktionelle Korrekturen handele. In Wirklichkeit soll hingegen eine wesentliche Erweiterung des Tatbestandes der Urheberrechtsschranke erfolgen. Sind bis zum heutigen Tag nämlich nur Vervielfältigungen tatbestandlich zulässig, die im Unterricht selbst eingesetzt werden, erfasst die neue Formulierung auch Kopien, die den Unterrichtsteilnehmern zur häuslichen Vor- und Nachbereitung mitgegeben werden. Mit dieser Ausweitung werden z.B. Übungsbücher und Arbeitshefte miteingefasst, die ausschließlich oder primär als Unterrichtsergänzung außerhalb des Schulgebrauchs konzipiert sind. Dies wird übrigens zumindest vom Sprachgebrauch des § 52a UrhG („zur Veranschaulichung **im Unterricht**“) nicht abgedeckt, so dass von einer „Anpassung“ an diesen nicht die Rede sein kann.



3. Welche Leistungen erbringen Schulbuchverlage und Hersteller von Bildungsmedien für Schulen?

Die Leistungen von Schulbuchverlagen hat der VdS Bildungsmedien vor kurzem sehr anschaulich beschrieben:

„Die Herstellung von Schulbüchern und Unterrichtsmaterialien ist eine hochkomplexe, finanziell sehr aufwendige und allein von den Verlagen initiierte, gesteuerte und finanzierte Angelegenheit. [...]“

Allein der Verlag entscheidet über die Herausgabe eines neuen Schulbuches. Die Verlage stellen regelmäßig Schulbuchreihen her, bestehend aus mehreren Bänden bezogen auf die einzelnen Klassen, bei welchen ein Band jeweils auf der vorangegangenen Klassenstufe aufbaut. Nur die Redaktionen der Schulbuchverlage verfügen über das zur Konzeptionierung solcher Reihen-Bände notwendige Know-how. Denn die Herausgabe eines erfolgreich zu vermarktenden Schulbuches erfordert die genaue Kenntnis der Gesamtkonzeption der Reihe, in die sich jeder Einzelband einfügen muss, sowie der Lehrpläne sämtlicher Bundesländer, der am Markt erhältlichen Wettbewerbswerke, der aktuellen bildungspolitischen beziehungsweise didaktisch-methodischen Diskussionen sowie der sonstigen Rahmenbedingungen des Schulbuchmarktes.

Auch die Konzepterstellung eines neuen Werkes erfolgt zunächst ausschließlich durch den Verlag. Dieser entwickelt zunächst ein Grobkonzept für die Gesamtreihe. Erst dann sucht die Redaktion des Verlages ein für das geplante Werk passendes Autorenteam, mit dem die Konzeption umgesetzt werden soll. Es erfolgt in diesem Team unter Leitung des Verlages die Feinkonzeptionierung. Gegenstand dieser Feinkonzeptionierung ist unter anderem die Art der Wissensvermittlung, der Steilheitsgrad der Progression sowie der Werkaufbau im Detail. Diese Arbeit wird von der Redaktion gesteuert.

Die Redaktion teilt das geplante Werk in verschiedene Kapitel, Kapitelteile oder auch zusätzliche Sonderseiten auf. Die Manuskripterstellung für diese Teile vergibt sie an einzelne Autoren des Autorenteam zu Erarbeitung. Die Autoren stellen diese Abschnitte in enger Abstimmung mit der Redaktion her. Die Redaktion hat während des gesamten Herstellungsprozesses auf eine Harmonisierung der Einzelbeiträge hinzuwirken und entsprechend auch in die Texte einzugreifen; denn der Leser darf dem Werk später nicht ansehen, dass es von verschiedenen Autoren erstellt wurde.

Darüber hinaus finanziert der Verlag die gesamten Entwicklungskosten eines neuen Schulbuches vor. Er übernimmt damit ein erhebliches Investitionsrisiko. Denn zusätzlich zu dem allgemeinen Marktrisiko existiert in vielen Bundesländern nach wie vor ein spezielles Zulassungsverfahren für Schulbücher. Nur Werke, die von dem jeweiligen Kultusministerium als Schulbuch zugelassen werden, können für den Unterricht auch angeschafft werden. Scheitert die Zulassung eines neuen Schulbuches, so sind die Investitionen bereits aus diesem Grund verloren.“

4. Welche Folgen hätte die von der Bundesregierung geplante Regelung?

Mit der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Fassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E würde es gesetzlich erlaubt, nicht nur im Schulunterricht, sondern auch bei dessen Vor- und Nachbereitung ausschließlich



Kopien aus Schulbüchern zu verwenden. Schulen und Einrichtungen der Berufs- und Erwachsenenbildung könnten beliebig oft „kleine Teile“ von Bildungsmedien vervielfältigen und an die Unterrichtsteilnehmer kostenlos ausgeben.

Dies birgt die Gefahr, dass die Zahl der Schul- und Lernmedien, die regulär erworben werden, sinkt. Insbesondere die durch die Schranke *de facto* vorgesehene Erfassung von Lehrmitteln, die zur häuslichen Vor- oder Nachbereitung eingesetzt werden, schädigt die Verleger solcher Werke ganz erheblich (Lese- und Schreibübungen, Mathematikaufgaben etc). Damit die Verlage ihre hohen Produktionskosten weiterhin decken können, müssten sie die Ladenpreise heraufsetzen. Damit würden zunächst die Käufer von Schulbüchern und Bildungsmedien die Zeche für diejenigen zahlen, die es vorziehen, die geplante Neuregelung von § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E auszunutzen. Im weiteren Verlauf der Entwicklung würde es sich für die Verlage in Nischenbereichen nicht mehr lohnen, in die Erstellung neuer, besserer Produkte zu investieren. Daneben würden sich auch in den großen Märkten die Produktionszyklen verlangsamen. All dies würde wiederum dazu führen, dass das Niveau der Ausbildung in Schulen, Berufsschulen und Einrichtungen der Erwachsenenbildung sänke, weil die Anreize für einen intensiven Qualitätswettbewerb bei den Bildungsmedien nicht mehr hinreichend wären.

Ein zentraler Faktor, der die geschilderte Entwicklung dramatisch beschleunigen würde, bestünde in der Schwierigkeit, überhaupt noch geeignete Pädagogen als Autoren für Schulbücher und Bildungsmedien zu gewinnen. Die Arbeit an solchen Projekten ist extrem zeitraubend und muss neben der normalen Lehrtätigkeit geleistet werden. Wenn die Autoren feststellen, dass jeder potenzielle Käufer die von ihnen in Freizeit und Urlaub erstellten Werke beliebig vervielfältigen kann und dies direkt auf die Höhe ihrer Honorare durchschlägt, wird ihre Bereitschaft, werkschaffend tätig zu sein, rapide sinken. Stehen die Fähigkeiten der besten Pädagogen, Lehrstoff zeitgemäß didaktisch aufzuarbeiten, nicht mehr für die Erstellung von Bildungsmedien zur Verfügung, trägt dies entscheidend zum Absinken des Bildungsniveaus in Deutschland bei.

5. Ist die geplante Änderung von § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG rechtlich zulässig?

Nein. In der vorgesehenen Form ist der § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E weder mit Verfassungs- noch mit Europarecht vereinbar. Urheberrechtsschranken, die zur Substitution normaler Nutzungsvorgänge dienen, sind nach dem urheberrechtlichen Dreistufentest (Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft) gerade nicht zulässig. Auch die durch Artikel 14 des Grundgesetzes gewährte Garantie des Wesensgehaltes geistigen Eigentums ist verletzt, wenn die normale Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke durch Eingriffe des Gesetzgebers unmöglich wird.

Der Börsenverein hat im Übrigen ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, in dem die verfassungs- und europarechtliche Problematik der geplanten Gesetzesänderung untersucht werden soll. Dieses Gutachten wird voraussichtlich Ende September vorliegen.

6. Welche Formulierung von § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG-E empfiehlt der Börsenverein?

Wenn der Anwendungsbereich des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG auch noch auf Kopien zur häuslichen Vor- und Nachbereitung erstreckt werden soll, dann ist in Analogie zur Regelung des § 52a Abs. 2 UrhG die Einfügung einer Bereichsausnahme für Schulbücher und Bildungsmedien auch in den § 53 Abs. 3 UrhG zwingend geboten. Eine solche Bereichsausnahme könnte dem § 53 Abs. 3 UrhG als zweiter Satz angefügt und wie folgt formuliert werden:



„Die Vervielfältigung von Teilen eines für den Unterrichtsgebrauch oder die Veranschaulichung des Unterrichts in den in Nr. 1 genannten Einrichtungen bestimmten Werkes ist stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.“

Mit dieser klarstellenden Einschränkung könnte der Zweckentfremdung und Deformation, die der § 53 Abs. 3 UrhG in der Praxis erfahren hat, wirksam begegnet werden. Zugleich würde damit sichergestellt, dass Verlage auch weiterhin in hochwertige, optimal aufbereitete Schulbücher und Bildungsmedien investieren und diese preisgünstig anbieten können.

VI § 54 ff. UrhG-E (Kopiervergütung durch urheberrechtliche Geräte- und Betreiberabgaben)

1. Worum geht es in den §§ 54 ff. UrhG-E?

Autoren und andere Rechteinhaber müssen dulden, dass ihre Werke zu privaten Zwecken oder zum Gebrauch in Wissenschaft oder Schule vervielfältigt werden. Derartige Kopien hat der Gesetzgeber in § 53 UrhG für zulässig erklärt. Damit diese gesetzliche Erlaubnis nicht zu einer verfassungswidrigen entschädigungslosen Enteignung der Werkberechtigten führt, sehen die §§ 54 ff. UrhG vor, dass Hersteller von Vervielfältigungsgeräten (z.B. Kopierern, Scannern oder CD-Brennern) und Betreiber von Einrichtungen zur Anfertigung derartiger Kopien (z.B. Copy-Shops) mit einer Abgabe („angemessene Vergütung“) belegt werden. Diese wird von Verwertungsgesellschaften wie GEMA, VG Wort oder VG Bild-Kunst erhoben und entsprechend ihrer jeweiligen Verteilungspläne unter den Berechtigten aufgeteilt.

Dieses System, insbesondere aber die Höhe und die Art der Ermittlung der „angemessenen Vergütung“, ist seit seiner Einführung umstritten. Mit den im Zweiten Korb enthaltenen §§ 54 ff. UrhG-E unternimmt die Bundesregierung einen Anlauf zur Neuregelung der Abgaben. Vorgesehen ist insbesondere, dass die Geräteabgaben bei 5 Prozent des Gerätepreises gedeckelt werden sollen.

2. Wie beurteilt der Börsenverein die vorgesehene Neuregelung?

Der Börsenverein ist entsetzt darüber, dass die Bundesregierung aufgrund einer Intervention der Geräteindustrie an höchster politischer Stelle den diskutablen ursprünglichen Gesetzentwurf einer Neuregelung der §§ 54 ff. UrhG in katastrophaler Weise verändert hat. Er hat sich deshalb mit Autoren, Übersetzern, Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen, Verwertungsgesellschaften und vielen anderen zusammengeschlossen, um gemeinsam gegen die geplanten Änderungen zu kämpfen. Dieses „Aktionsbündnis Kopiervergütung“ hat auf einer eigenen Website (www.faire-kopierverguetung.de) ausführlich dargestellt, warum es die Pläne der Bundesregierung ablehnt und welche Regelungen es für sachgerecht hält.

VII § 31 Abs. 4 UrhG (Übertragung von Rechten an unbekanntem Nutzungsarten)

1. Worum geht es im § 31 Abs. 4 UrhG bzw. den Vorschriften im Zweiten Korb, die diese Regelung ersetzen sollen (§§ 31a, 32c und 137 I UrhG-E)?

Derzeit erklärt der § 31 Abs. 4 UrhG die Einräumung von Nutzungsrechten für noch nicht bekannte Nutzungsarten sowie Verpflichtungen hierzu für unwirksam. Dem Urheber soll bei neuen technischen Nutzungsformen stets die Entscheidung darüber vorbehalten bleiben, ob und zu welchen Bedingungen er mit der Nutzung seines Werks (auch) auf die neu erfundene Art einverstanden ist.



Beispiel: Ein Unternehmen hat im Jahre 1994 mit einem Grafiker einen Vertrag über die Entwicklung eines Firmenlogos und dessen umfassende, ausschließliche und zeitlich unbegrenzte Nutzung geschlossen. Dafür zahlt das Unternehmen ein sehr hohes Einmalhonorar, mit dem alle Ansprüche des Grafikers abgegolten sein sollen. Im Jahre 1998 möchte die Firma mit einer Website für sich werben und dabei ihr neues Logo verwenden. Da das Internet von der Rechtsprechung erst seit dem Jahr 1995 als „bekannte Nutzungsart“ eingestuft wird, konnte das Unternehmen mit dem 1994 abgeschlossenen Vertrag nicht das Recht zur online-Verwendung seines Logos erwerben. Es muss deshalb einen ergänzenden Vertrag mit dem Grafiker abschließen und diesen ggf. erneut vergüten. Dies gilt auch bei sämtlichen anderen Nutzungsformen, die erst nach dem Vertragsschluss erfunden worden sind bzw. werden.

Nach der in § 31a UrhG-E vorgesehenen Neuregelung ist es Urhebern künftig möglich, Rechte an Nutzungen zu übertragen, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (technisch) noch unbekannt sind. Voraussetzung hierfür ist, dass die Parteien dies ausdrücklich schriftlich vereinbaren und der Verwerter dem Urheber eine angemessene Vergütung zahlt, sobald er dessen Werk auch auf ursprünglich unbekannter Weise zu nutzen beginnt (§ 32c UrhG-E). Der Urheber hat jederzeit das Recht, die Übertragung unbekannter Nutzungsarten bzw. seine Verpflichtung dazu zu widerrufen, es sei denn der Vertragspartner hat schon begonnen hat, das Werk in der neuen Nutzungsart zu nutzen (§ 31a UrhG-E). Um den Verwertungstau von älteren Werken in digitalen Medien zu lösen („Hebung der Archivschätze“), wird in § 137 I UrhG-E eine Übergangsregelung für solche Nutzungsarten eingeführt, die zwischen dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1966 und der jetzigen Novelle neu erfunden worden sind. Zur Nutzung berechtigt werden dabei solche Vertragspartner, denen ein Urheber alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt hat, sofern der Urheber der Nutzung nicht widerspricht.

2. Ist die derzeitige Rechtslage hinsichtlich der Übertragung unbekannter Nutzungsarten tatsächlich grundlegend reformbedürftig?

Die in der Gewerkschaft ver.di organisierten Schriftsteller und Übersetzer und vereinzelte andere Stimmen haben gefordert, die Regelung des Rechts der unbekannteren Nutzungsarten unverändert zu lassen. Sie behaupten, der § 31 Abs. 4 UrhG habe sich bestens bewährt. Wenn überhaupt, gebe es Änderungsbedarf allenfalls im Filmbereich, nicht aber bei Sprachwerken.

Die praktischen Erfahrungen fast aller Autoren und Verlage beweisen indes, dass tatsächlich genreunabhängig eine durchgreifende Reform des § 31 Abs. 4 UrhG geboten ist.

Beispiel: Das Standardwerk zum Bibliographieren von Büchern (sowohl für den Handel als auch für Wissenschaftler oder Privatleute) ist das „Verzeichnis lieferbarer Bücher (VLB)“, das über eine Million lieferbarer deutschsprachiger Buchtitel mit allen relevanten Informationen nachweist. Es wird als Dienstleistung für die Branche von einer Tochterfirma des Börsenvereins in Zusammenarbeit mit der Deutschen Bibliothek herausgegeben und an jedes interessierte Unternehmen – von Amazon bis zur Kleinstbuchhandlung – verkauft bzw. lizenziert. Inzwischen findet überwiegend das elektronische VLB Verwendung, das viele Buchhandlungen als CD-ROM oder online-Version verwenden und das von verschiedenen Internetbuchhändlern als Datenbank eingesetzt wird.

Seit Anfang 2004 bietet das elektronische VLB ein neues Feature an, nämlich das Hinzufügen eines digitalisierten Ausschnitts (z.B. Cover oder eine Leseprobe von ein bis zwei Kapiteln) zu den bibliographischen Informationen zu einem Buchtitel. Bücher, die dem Kunden ein solches „look into the book“ ermöglichen, werden nach Statistiken aus Amerika in Internetbuchhandlungen 8,4 Prozent besser verkauft



als Titel ohne diese Informationsmöglichkeit. Zudem sinkt die Remissionsquote dieser Werke im Handel, weil der Kunde von vorneherein weiß, was ihn bei der Bestellung eines nicht am Lager des Händlers befindlichen Buchs erwartet. Aufgrund dieser Vorteile sind viele Verlage bereit, die erheblichen Mehrkosten für diesen Service zu tragen und ihren Katalog im VLB dergestalt aufzuwerten. Bei den meisten „Backlist“-Titeln können sie diese Investition allerdings nicht tätigen, da sie wegen § 31 Abs. 4 UrhG nicht über die erforderlichen Rechte für die Digitalisierung und CD-ROM- bzw. DVD- bzw. online-Nutzung von Buchausschnitten verfügen.

Das Beispiel zeigt die ganze Absurdität der geltenden Rechtslage. Einem Verlag ist es verwehrt, in eine Werbemaßnahme zu investieren, die vom Handel sowie vom Buchkäufer dringend gewünscht wird und die durch ihre absatzfördernde Wirkung dem Autor zugute kommt, da das Risiko, damit in eine kostenträchtige anwaltliche Abmahnung zu laufen, unüberschaubar hoch ist. Zugleich kann der Verlag aber auch nicht in sinnvoller Weise die entsprechenden Rechte für sämtliche aktiven Backlist-Titel nacherwerben. Einerseits ist die Anzahl der Berechtigten (Autoren, Übersetzer, ggf. externe Lektoren, Grafiker, Fotografen bzw. Fotoagenturen bzw. deren jeweils vielköpfige Erbschar) zu groß, andererseits der administrative Aufwand insbesondere im Hinblick darauf zu hoch, dass das elektronische VLB möglicherweise alsbald auf einem neuen Medium vertrieben wird, für das dann wiederum allüberall Rechte eingeholt werden müssten.

3. Wie bewertet der Börsenverein die von der Bundesregierung vorgeschlagene Neuregelung?

Der Börsenverein begrüßt es sehr, dass der dringende Änderungsbedarf, der bei § 31 Abs. 4 UrhG besteht, von der Bundesregierung erkannt und durch eine grundsätzlich hervorragend gelungene Neuregelung beseitigt worden ist. Wie oben an einem Beispiel gezeigt wurde, erzeugt die Vorschrift des § 31 Abs. 4 UrhG hohe Rechtsunsicherheit (da das Vorliegen einer „neuen Nutzungsart“ oft jahrelang umstritten ist), führt zu unnötiger Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit von geistigem Eigentum und verhindert, dass „Archivschätze“ für Nutzungen in modernen Techniken zur Verfügung stehen. Damit schadet die Regelung Urhebern, Verwertern und Allgemeinheit in gleicher Weise.

Die Umformung der seit 1966 geltenden strikten Unwirksamkeit der Übertragung unbekannter Nutzungsarten in eine genau gegenteilige Regelung, die zudem unter Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben Rückwirkung entfalten soll, ist vermutlich das schwierigste Problem, das die Bundesregierung im Zweiten Korb zu lösen hat. Es überrascht deshalb nicht, dass der vorgeschlagene Lösungsweg auf Kritik gestoßen ist.¹⁶ Auch der Börsenverein glaubt, dass sich der Vorschlag in Details noch verbessern lässt (s. unten). Diese Einwände sollten indes nicht den Blick dafür trüben, dass die §§ 31a, 32c und 137 I UrhG-E wohl die beste urheberrechtliche Neuregelung seit der großen Urheberrechtsreform 1985 sind. Mit ihnen hat die Bundesregierung ein ebenso mutiges wie überzeugendes Lösungskonzept für die Problematik erarbeitet. Dieses setzt zu Recht auf den Primat individueller vertraglicher Vereinbarungen. Da der Urheber durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch gesichert wird, ist es richtig, ihm die freie Verfügung über sein Werk auch hinsichtlich noch nicht bekannter Nutzungsarten zu überlassen.

4. Welchen Verbesserungsbedarf sieht der Börsenverein bei der vorgeschlagenen Neuregelung?

Auf den Verlagsbereich bezogen löst die von der Bundesregierung vorgesehene Lösung die meisten der

¹⁶ Unter den Kritikern hat sich namentlich der Göttinger Urheberrechtler Prof. Dr. Spindler hervorgetan, der auch als juristischer Experte der Union der deutschen Akademien der Wissenschaften fungiert. Spindler bringt im Detail durchaus hörenswerte Einwände gegen den Ansatz der Bundesregierung. Ob die von ihm vorgeschlagenen Formulierungsergänzungen zu § 137 I UrhG-E wirklich weiterführend sind, erscheint indes fraglich (vgl. dazu auch Frage 5).



vom bisherigen § 31 Abs. 4 UrhG geschaffenen Probleme sachgerecht. Nicht ermöglicht wird die ersehnte Hebung der „Archivschatze“ allerdings hinsichtlich der großen Zahl zusammengesetzter Werke, an deren Bestandteilen die Verlage nur einfache Nutzungsrechte erworben haben. Dies gilt insbesondere für den Bereich der wissenschaftlichen Zeitschriften. Zeitungs- und Zeitschriftenjahrgänge vor 1995 könnten auch nach Inkrafttreten der Reform nicht in rechtssicherer Weise digitalisiert und online angeboten werden.

Es ist weder für die Autoren älterer Beiträge zu wissenschaftlichen Zeitschriften noch für die an diesen Forschungsergebnissen interessierten Wissenschaftler akzeptabel, dass deutsche Wissenschaftsverlage diese Bestände nicht in legaler Weise digital aufbereiten und per online-Zugriff erschließen können. Als die DFG vor einigen Monaten für deutsche Universitäten und Forschungseinrichtungen online-Lizenzen für den Zugriff auf digital erschlossene ältere Jahrgänge von Hunderten wissenschaftlicher Zeitschriften erwarb (www.nationallizenzen.de), war darunter wegen des § 31 Abs. 4 UrhG kein einziges in Deutschland verlegtes Journal. Bibliotheken, Verlage und VG Wort haben in den vergangenen Jahren *contra legem* Zeitschriften in dem gemeinsamen Projekt „DigiZeitschriften“ retrodigitalisiert. Dieses Vorgehen sollte rückwirkend legalisiert werden, damit über das Internet auch traditionsreiche deutsche wissenschaftliche Periodika und nicht nur ihre amerikanischen, englischen, französischen oder niederländischen Pendant für jedermann weltweit zugänglich sind.

Um die Retrodigitalisierung von Zeitungen, Zeitschriften und sonstigen Sammelwerken zu ermöglichen, schlägt der Börsenverein vor, Absatz 4 von § 137 I wie folgt zu fassen:

„Sind mehrere Werke zu einer Gesamtheit zusammengefasst, die sich in einer neuen Nutzungsart in angemessener Weise nur unter Verwendung sämtlicher Beiträge verwenden lässt, gilt Absatz 1 entsprechend. In diesem Fall kann der Urheber sein Widerrufsrecht nicht wider Treu und Glauben ausüben.“

5. Wie bewertet der Börsenverein die von den deutschen Akademien der Wissenschaften geäußerte Kritik an dem geplanten § 137 I UrhG-E?

Die Union der deutschen Akademien der Wissenschaften hat sich mehrfach öffentlich gegen die von der Bundesregierung geplante Neuregelung des Rechts der unbekanntem Nutzungsarten gewandt. Insbesondere hat sie kritisiert, dass die für bestehende Werke vorgesehene Rechtsübertragungsfiktion des § 137 I UrhG-E zur Folge habe, dass bislang unbekannte Nutzungsrechte automatisch den Verlagen zufallen würden, ohne dass die Interessen der Urheber und der intermediären Wissenschaftsorganisationen hinreichend beachtet würden. Die Umsetzung des Gesetzentwurfs würde die Akademien dazu zwingen, die Rechte an einer Veröffentlichung der eigenen, steuerfinanzierten Forschungsergebnisse von kommerziellen Verlagen zurückzukaufen, wenn sie diese im Internet veröffentlichen wollten. Ihr Auftrag, gewonnenes Wissen der Öffentlichkeit schnell und zuverlässig zu vermitteln, werde so vereitelt, zumal der Rechteezuwachs bei den Verlagen nicht gleichzeitig mit einer Verpflichtung zur digitalen Publikation verbunden sei.

Diese Einwände gegen die Neuregelung erscheinen bei näherer Betrachtung indes als nicht stichhaltig. Die Pläne der Bundesregierung führen weder für die betroffenen Urheber noch für Förderorganisationen wie die deutschen Akademien der Wissenschaften zu wesentlichen Nachteilen gegenüber dem Ist-Zustand. Einerseits bleibt dem Urheber neben dem in § 137 I UrhG-E vorgesehenen Widerrufsrecht – das bei bestehenden Werken ein Jahr nach Inkrafttreten der Neuregelung erlischt – dauerhaft die in § 41 UrhG verankerte unwiderrufliche Möglichkeit, vom Verleger nicht ausgeübte Nutzungsrechte zurückzurufen. Ein Verlag, der ein



Werk selbst nicht digital veröffentlichen möchte, kann den Autor also schon kraft geltenden Gesetzes nicht daran hindern, dies an seiner Statt zu tun. Andererseits arbeiten intermediäre Förderorganisationen wie die Akademien der Wissenschaften deshalb mit Verlagen zusammen, weil sie von dem Nutzen, den die verlegerische Betätigung für die veröffentlichten Werke und ihre Autoren bietet, profitieren möchten. Aus ihrer eigenen Rechtsposition und gegen den Willen der Verlage könnten sie regelmäßig nur unlektorierte, ungesetzte Manuskripte im Internet veröffentlichen lassen, die sowohl für die Autoren als auch für die Forschung – wenn überhaupt - von äußerst zweifelhaftem Nutzen wären.

Es bleibt deshalb sowohl nach bestehendem Recht wie auch nach der geplanten Neuregelung dabei, dass Autoren, Intermediärorganisationen und Verlage partnerschaftlich über digitale Angebote bestehender Printveröffentlichungen entscheiden müssen. Den Willen finanzkräftiger Förderorganisationen wie der Akademien der Wissenschaften werden Autoren und Verlage dabei schon deshalb kaum ignorieren können, weil sie auf eine Zusammenarbeit bei weiteren Projekten hoffen müssen bzw. angewiesen sind. Eine Digitalisierung wird bei Bestandsprojekten demnach stets dann erfolgen, wenn die Akademien – entsprechend ihrer Mission – die notwendigen Mittel, die der Markt nicht hergibt, dafür bereitstellen.¹⁷

VIII § 63a UrhG-E (Unübertragbarkeit gesetzlicher Vergütungsansprüche)

1. Worum geht es im § 63a UrhG-E?

Mit dem im Zuge der Neuregelung des Urhebervertragsrechts neu geschaffenen § 63a UrhG wollte der Gesetzgeber Urheber vor pauschalem Rechtsverlust durch Buy-out-Verträge und vor unangemessenen Refundierungsklauseln schützen. Deswegen hat er angeordnet, dass ein Vorabverzicht des Urhebers auf seine gesetzlichen Vergütungsansprüche unwirksam ist.

Obwohl der Gesetzgeber mehrfach betont hat, dass er damit keine Änderung der Verteilungspläne von Verwertungsgesellschaften – und namentlich nicht der VG Wort – bezweckt habe, führte der missglückte Wortlaut des § 63a UrhG in der VG Wort zu schweren Verwerfungen. Einige Autorenvertreter¹⁸ haben aus ihm die Forderung abgeleitet, dass die Verlage nicht mehr an den Einnahmen der VG Wort zu beteiligen seien. Dies begründeten sie damit, dass gesetzliche Vergütungsansprüche erst nach Erscheinen eines Werkes entstehen könnten. Im Moment des Vertragsabschlusses mit dem Urheber könnten Verlage diese aufgrund des § 63a UrhG noch nicht erwerben. Deshalb seien sie für Werke, die nach dem Jahre 2002 veröffentlicht worden seien, in der VG Wort nicht ausschüttungsberechtigt.

Mit ihrer Forderung fanden die Autorenvertreter Unterstützung bei der Aufsichtsbehörde der VG Wort, dem Deutschen Patent- und Markenamt. Dessen Präsident mahnte auf amtlichen Wege eine Änderung der Verteilungspläne der VG Wort an. Um die Problematik zu entschärfen, haben die deutschen Wissenschaftsverlage hinsichtlich der Ausschüttungen für wissenschaftliche Zeitschriften in eine vorübergehende Veränderung des Verteilungsplans zu ihren Lasten eingewilligt.¹⁹ Im Gegenzug hat das Bundesjustizministerium mit allen Beteiligten eine Klarstellung des Wortlauts des § 63a vereinbart, die nun im Rahmen des Zweiten

¹⁷ Soweit ersichtlich, war dies in der Vergangenheit kaum einmal der Fall. Gedruckt vorliegende Ergebnisse geförderter Akademieprojekte sind entweder auf Eigeninitiative der betreuenden Verlage oder auf Intervention externer Sponsoren – wie des amerikanischen Milliardärs Packard, der die Ergebnisse der Neuen Mozart- und Neuen Bach-Ausgabe open access zugänglich machen will – online veröffentlicht worden. Die öffentlichkeitswirksamen Aktivitäten der Union der Akademien im Rahmen des Zweiten Korbs geben Hoffnung, dass sich dies zukünftig ändern wird.

¹⁸ darunter auch Urheberrechtler wie Dr. Martin Vogel oder Professor Dr. Hoeren

¹⁹ Um die weiteren geforderten Änderungen in den Verteilungsplänen für wissenschaftliche und belletristische Bücher wird hingegen heute prozessiert.



Korbs erfolgt. Durch die neue Formulierung, die der Kieler Urheberrechtsprofessor Dr. Haimo Schack erarbeitet hat, wird sichergestellt, dass Verlage wie bisher an den Ausschüttungen der VG Wort angemessen beteiligt werden können.

2. Wie verhalten sich die Verteilungsschlüssel der VG Wort zu den Einnahmesplits von Verwertungsgesellschaften im Ausland?

Der Börsenverein hat vor einiger Zeit die Verteilungsschlüssel der VG Wort in den drei wichtigsten Gruppen (wissenschaftliche Zeitschriften, wissenschaftliches Buch, belletristisches Buch) mit den internationalen Durchschnittswerten verglichen.²⁰ Der zuerst angegebene Wert bezeichnet jeweils den Anteil des Verlags an der Ausschüttung, der zweite den des Urhebers:

	VG Wort (2005)	Internationaler Durchschnitt (1999)
Wissenschaftliche Zeitschriften	38 : 62	68 : 32
Wissenschaftliches Buch	50 : 50	62 : 38
Belletristisches Buch	30 : 70	58 : 42

Der Vergleich beweist, dass die Anteile der Verlage an den Ausschüttungen von Verwertungsgesellschaften in Deutschland deutlich niedriger als im internationalen Durchschnitt liegen. Auch nach der überfälligen Klarstellung des § 63a UrhG können die deutschen Verlage nicht ohne weiteres mit ihren internationalen Konkurrenten mithalten, sondern haben durch die Urheberrechtssituation in Deutschland einen gravierenden Standortnachteil.

3. Wird der vorgeschlagene § 63a UrhG-E zu sachgerechten Verteilungsschlüssel bei der VG Wort führen?

Der § 63a UrhG-E ist eine gelungene und begrüßenswerte Regelung. Aus Sicht der Verlage darf mit dieser die Entwicklung aber nicht enden, weil die Struktur der Verteilungspläne der VG Wort noch aus den siebziger Jahren stammt und dringend veränderungsbedürftig ist. Geboten ist eine höhere Differenzierung und größere Transparenz. Bei der Neugestaltung der Verteilungsschlüssel sollten folgende Kriterien stärker als bislang berücksichtigt werden:

- die **Werkkategorie** des zur Abrechnung stehenden Titels und das Ausmaß des jeweiligen Erfolgsbeitrags der verschiedenen Beteiligten
- die **Nutzungsart** und der Grad der **Gefährdung der jeweiligen Primärverwertung** des Werkes
- das **Alter** des genutzten Werkes
- die **Auswirkungen auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Verlage**
- die **grundsätzliche Beteiligung der jeweils anderen Seite**.

Die vorgenannten Überlegungen wären müßig, wenn die geplante Neuregelung der Geräteabgaben (§§ 54 ff. UrhG-E, vgl. oben VI) nicht verhindert werden kann. Dann würden die Einnahmen der VG Wort nämlich derart dramatisch sinken, dass die Art und Weise ihrer Verteilung irrelevant würde. Trotz des kaum überwundenen Zwistes um den § 63a UrhG haben sich die Autoren-, Übersetzer- und Verlegervertreter in der VG Wort deshalb gemeinsam mit vielen anderen zum „Aktionsbündnis Kopiervergütung“ zusammenschlossen, um gegen die vorgesehene Reform der urheberrechtlichen Geräteabgaben zu kämpfen.

²⁰ Das vollständige Dokument mit allen Einzeldaten kann bei der Rechtsabteilung des Börsenvereins, rechtsabteilung@boev.de, angefordert werden.



IX open access und open archive

1. Was ist unter *open access* und *open archive* zu verstehen?

Die Begriffe *open access* und *open archive* werden nicht einheitlich verwendet und auf vielfältige Weise definiert.²¹ Generell versteht man unter *open access* eine Werkveröffentlichung mit gleichzeitiger unwider-ruflicher Einräumung der Nutzungsrechte zum freien Gebrauch für jedermann. Unter *open archive* versteht man eine permanente Sammlung von Informationen, die öffentlich zugänglich und informationstechnisch interoperabel ausgestaltet ist²².

Während *open access* ein eigentliches Geschäftsmodell darstellt, welches die Publikationskosten dem Urheber (oder dem Forschungsprogramm) als Einmalzahlung zum Publikationszeitpunkt auferlegt, beruht das Prinzip des *open archive* auf der Forderung, es sei vom Urheber zu verlangen, eine Kopie seines (wie auch immer) veröffentlichten Beitrags nach einer kurzen Sperrzeit in einem „Repository“, einem für jeder-mann (kosten-)frei im Internet zugänglichen Archiv, abzulegen.

2. In welchem Zusammenhang werden *open access* und *open archive* im Rahmen des Zweiten Korbes diskutiert?

Auslöser für die gegenwärtige Diskussion ist die Behauptung, dass die Wissenschaft an der so genannten Zeitschriftenkrise leide: Wissenschaftliche Zeitschriften seien zu teuer, die Preissteigerungen der letzten Jahre zu hoch. Dies führe dazu, dass die Budgets der Bibliotheken und Forschungseinrichtungen nicht mehr für die Anschaffung der notwendigen Literatur ausreichen. Deshalb stände diese (deutschen) Wis-senschaftlern nicht in angemessener Weise zur Verfügung. Aus Sicht von Systemkritikern ist die Zeitschrif-tenkrise maßgeblich durch überkommene Publikationssysteme für wissenschaftliche Arbeiten ausgelöst, die sich durch das geltende Urheberrecht entwickelt hätten. Das Urheberrecht ermögliche es Autoren und Ver-lagen, wissenschaftliche Arbeiten zu monopolisieren, statt zum Entstehen einer freien Allgemeinverfügbar-keit wissenschaftlicher Erkenntnisse (Wissensallmende) beizutragen. An den von international tätigen Fachverlagsgruppen erzielten Gewinnen zeige sich zudem, dass das Gemeinwesen durch urheberrechtli-che Monopole mit überzogenen Publikationskosten belastet werde.

Diese Kritiker fordern, dass der Gesetzgeber als Alternative zu den herkömmlichen Geschäftsmodellen der Wissenschaftsverlage *open archive* und *open access*-Publikationen verordnen solle. Deren Befürworter und Anbieter versprechen, dem Leser wissenschaftliche Beiträge zum Nulltarif zur Verfügung stellen zu können. Dies soll mit einer massiven Senkung der Publikationskosten und ohne Abstriche bei der Qualität oder Benutzerfreundlichkeit einhergehen. Entsprechend hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Zweiten Korb vom 19. Mai 2006 der Bundesregierung empfohlen, §38 Abs. 1 UrhG zu erweitern. Bei in Periodika erscheinenden wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen von öffentlich finanzierten For-

²¹ Folgende Definition wird im sog. Bethesda Statement verwendet: *“Open Access Publication: An Open Access Publication[1] is one that meets the following two conditions: The author(s) and copyright holder(s) grant(s) to all users a free, irrevocable, worldwide, perpetual right of access to, and a license to copy, use, distribute, transmit and display the work publicly and to make and distribute derivative works, in any digital medium for any responsible purpose, subject to proper attribution of authorship[2], as well as the right to make small numbers of printed copies for their personal use. A complete version of the work and all supplemental materials, including a copy of the permission as stated above, in a suitable standard electronic format is deposited immediately upon initial publication in at least one online repository that is supported by an academic institution, scholarly society, government agency, or other well-established organization that seeks to enable open access, unrestricted distribution, interoperability, and long-term archiving (for the biomedical sciences, PubMed Central is such a repository). Notes: 1. Open access is a property of individual works, not necessarily journals or publishers. 2. Community standards, rather than copyright law, will continue to provide the mechanism for enforcement of proper attribution and responsible use of the published work, as they do now”* Diese ist mit der Definition der sog. Berlin Declaration vergleichbar.

²² Siehe zu den Begriffen “open” und “archive”: <http://www.openarchives.org/documents/FAQ.html>



schungsprojekten entstanden sind, soll der Urheber trotz einer ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung zu Gunsten eines Verlages das unverzichtbare Recht behalten, den Inhalt nach Ablauf von sechs Monaten jedermann unentgeltlich zugänglich zu machen. Mit dieser Urheberrechtsschranke soll der Aufbau von *open archives* für Forschungsergebnisse, deren Entstehung staatlich gefördert wurde, angeregt werden.

3. Sind Börsenverein und Wissenschaftsverlage gegen *open access* und *open archive*?

Nein. Verleger und der Börsenverein stehen *open access* und *open archive* offen und liberal gegenüber. Viele Wissenschaftsverlage experimentieren selbst mit *open access*-Geschäftsmodellen und/oder verständigen sich mit ihren Autoren über die Einspeisung von Verlagspublikationen in *content repositories*.²³ Es ist durchaus möglich, dass die Verbreitung wissenschaftlicher Erkenntnisse über vom Nutzer bezahlte Zeitschriften in bestimmten Wissenschaftssegmenten mittel- und langfristig durch vom Autor finanzierte, frei zugängliche Veröffentlichungen ersetzt wird.

Verlage und Börsenverein sind allerdings der Meinung, dass der Markt das jeweils angemessene Publikationssystem bestimmen soll. Entscheidet sich ein Autor bewusst für eine Veröffentlichung auf traditionelle Weise, etwa in einer bestimmten wissenschaftlichen Zeitschrift, dann ist es zu respektieren, dass die Entscheidung darüber, ob und ggf. wann dieser Artikel kostenlos im Internet angeboten wird, vom Verlag im Einvernehmen mit dem Urheber getroffen wird. Weil der Verlag bei traditionellen Publikationen regelmäßig darauf verzichtet, dem Autor die Kosten der Veröffentlichung seines Werks aufzuerlegen, ist er darauf angewiesen, seine Investitionen von den Lesern bzw. Nutzern des Artikels über Abonnementsgebühren und/oder Einnahmen aus online-Verwertungen (sowie ggf. durch Anzeigenerlöse) zurückzuerzielen. Dies setzt voraus, dass er seinen Nutzern das jeweilige Werk zumindest für einen gewissen Zeitraum exklusiv vermitteln kann. Es ist kein Zeichen einer mangelnden Begeisterung für *open access* und *open archive*, wenn Wissenschaftsverlage bei Publikationen, die nicht oder nicht vollständig autorenfinanziert sind, während des zur Amortisierung ihrer Investitionen erforderlichen Exklusivitätszeitraums nicht an einer kostenlosen Zugänglichmachung ihrer Inhalte im Internet interessiert sind.

4. Trifft die Kritik von *open access*-Befürwortern zu, dass Verlage den Zugang auf die von ihnen angebotenen Inhalte durch ihre Preispolitik künstlich verengen und dadurch die wissenschaftliche Literaturversorgung gefährden?

Nein, im Gegenteil. Der Zugang zu wissenschaftlicher Literatur ist in Deutschland und weltweit auf einem absoluten Rekordniveau angekommen, wie die gemessenen Nutzungszahlen belegen. Die Kosten der Literaturversorgung sind angesichts der Tatsache, dass der Output an wissenschaftlichen Ergebnissen und Beiträgen stetig wächst, trotz der auf den ersten Blick überproportionalen Preisanstiege nicht überhöht. So ist im vergangenen Jahr (2005) allein bei den 86 wissenschaftlichen Zeitschriften des Verlages Wiley VCH die Zahl der von Autoren zur Begutachtung eingesandten Beiträge im Vergleich zum Vorjahr um 32 Prozent (sic!) gestiegen. Es hat nichts mit Verknappungsstrategien oder der Ausnutzung einer Monopolstellung zu tun, wenn sich dies im Preis(anstieg) der Zeitschriften abbildet. Auch abgelehnte Beiträge lösen nämlich Kosten beim Verlag aus, die über die Erlöse für die abgedruckten Artikel gedeckt werden müssen.

Die optimale Nutzung digitaler Medien erfordert andauernde und erhebliche Mehrinvestitionen der Verlage. Steigende Investitionen wiederum führen zwangsläufig zu steigenden Preisen. Dass sich diese Investitionen

²³ Einen Überblick über die Art und Weise, wie internationale und deutsche Verlage und Verlagshäuser mit Parallelveröffentlichungen von Beiträgen ihrer Autoren im Internet umgehen, bietet die oben bereits diskutierte Website www.sherpa.com.



für die Wissenschaft lohnen, beweist z.B. die Tatsache, dass Ingenieure, Mediziner und Naturwissenschaftler inzwischen weit mehr Zeit für die Analyse von Forschungsergebnissen als für das Bibliographieren verwenden können. Noch Mitte der 90er Jahre war das Verhältnis umgekehrt, weil die Literaturrecherche damals bspw. noch nicht durch Cross-Linking und Forward-Linking erleichtert wurde – also Technologien, deren Entstehung und Einsatz einzig massiven Investitionen von Verlagen zu verdanken ist.

5. Kann die Tätigkeit von Wissenschaftsverlagen nicht einfach komplett auf *open access* und *open archive* umgestellt werden? Warum kein „Paradigmenwechsel“?

Der Auftrag eines Wissenschaftsverlags – sein Paradigma – ist es, dem Leser und Wissenschaftler Fachliteratur mit dem größtmöglichen Nutzen anzubieten. Für ihn ist es von nur untergeordneter Bedeutung, welches Geschäftsmodell er dabei einsetzt, d.h. ob er seine Leistungen dem Autor oder dem Nutzer der Publikation oder beiden in Rechnung stellt. Wie erwähnt experimentieren viele Verleger aktiv mit den neuen Geschäftsmodellen. Allerdings besteht kein Grund, traditionelle, seit vielen Jahren effizient funktionierende Modelle der Literaturversorgung überstürzt zu verwerfen – erst recht nicht aufgrund einer unrichtigen Diagnose („Zeitschriftenkrise“) und demzufolge undifferenzierter Therapie.

Im Gegenteil: Jüngste Erfahrungswerte zeigen, dass vor allem hinsichtlich der entstehenden Kosten nicht alle Erwartungen an *open access* oder *open archive* erfüllbar sind. In einem in der Zeitschrift „Nature“ veröffentlichten Beitrag hat sich Declan Butler mit der Nachhaltigkeit und den wahren Kosten des *open access* Modells beschäftigt.²⁴ Dabei hat der Autor festgestellt, dass die Public Library of Science (PLoS) bereits in Finanzierungsschwierigkeiten steckt und weit von einer Kostendeckung entfernt von Stiftungsgeldern abhängig bleibt. Ein anderes, herausragendes *open access* Portal, BioMed Central, kündigte kürzlich eine Preisverdoppelung auf 1.700 US-Dollar pro Beitrag an (zum Vergleich: PLoS verlangt bis zu \$ 2.500 pro Beitrag). Über die *open access* Angebote von Oxford University Press wurde kürzlich berichtet, dass deren Kostendeckung eine Zahlung von US\$ 4.500 pro veröffentlichtem Beitrag voraussetzen würde – also mehr als der auf US\$ 3.000 festgesetzte Preis im *open choice* Experiment des Springer Verlags.

6. Welche Schwachpunkte haben *open access* und *open archive* Modelle?

Wie an den gerade wiedergegebenen Zahlen deutlich wird, ändern *open access* oder *open archive* Modelle letztlich nichts an den „first copy costs“ eines Artikels oder Buches. Sie verlagern nur deren Finanzierung vom Abnehmer (Nutzer) auf den Anbieter (Autor). Ist es eine staatliche Bildungs- oder Forschungseinrichtung, die ein *open access*-Angebot macht, entfällt gegenüber der traditionellen Verlagsveröffentlichung die unmittelbare Angebot-Nachfrage-Selektion durch den Abnehmermarkt. Auch auf Anbieterseite können im marktwirtschaftlichen Ausleseprozess Störungen auftreten; im Extremfall sind sogar Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit der Autoren denkbar. Schließlich wird der Ersatz traditioneller Veröffentlichungsformen durch steuerfinanzierte *open access* Angebote zumindest in Märkten, in denen es eine nennenswerte Nachfrage durch Unternehmen der privaten Wirtschaft oder aus dem Ausland gibt, für den Staat wenig sinnvoll sein. Gerade *open access* Initiativen, die von Einzelnen oder kleinen Gruppen massiv vorangetrieben werden, sollten zudem – dies hat zuletzt die ALPSP-Studie deutlich aufgezeigt²⁵ – immer besonders kritisch auf langfristige Kostenvorteile, Qualität und Dauerhaftigkeit geprüft werden.

²⁴ siehe auch <http://declanbutler.info/blog/?p=43>

²⁵ www.alpsp.org/publications/pub11.htm



Besonders problematisch ist es, wenn nicht die Verlagswirtschaft, sondern die öffentliche Hand *open access*-Angebote macht. Es ist nämlich durch nichts erwiesen, dass eine nicht hoheitliche Tätigkeit wie die wissenschaftliche Informationsversorgung von Hochschulen und Forschungseinrichtungen bzw. deren Bibliotheken oder Bibliotheksverbänden bei gleicher Qualität und Effizienz kostengünstiger erbracht werden kann als von Privaten. Im Gegenteil: Jede verlegerische Betätigung des Staates muss sich nicht nur am Subsidiaritätsprinzip, sondern an den Kriterien der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit messen lassen. Anhaltspunkte dafür, dass sich durch neue technische Möglichkeiten für die Verbreitung wissenschaftlicher Informationen etwas daran geändert haben könnte, wer der bestmögliche Informationsversorger ist, sind nicht ersichtlich. Es sei daran erinnert, dass Autorenverlage, bei denen sich die Urheber selbst um die Verbreitung ihrer Texte gekümmert haben, historisch durchgehend gescheitert sind.

7. Wie ist die vom Bundesrat empfohlene Änderung von § 38 UrhG zu bewerten, mit der sämtliche steuerfinanzierten Forschungsergebnisse sechs Monate nach Erscheinen für open archives verfügbar gemacht werden sollen?

Für die Einführung von *open access* und *open archive* Modellen ist keine Änderung des geltenden Urheberrechts erforderlich. Vielmehr genügt der bloße Wille eines Autors, sein Werk *open access* zugänglich zu machen oder in ein *content repository* einzustellen. Kein Verlag könnte oder wollte Wissenschaftlern vorgeben, wann, wo und wie sie ihre Forschungsergebnisse veröffentlichen. Vielmehr weiß jeder Autor selbst am besten, wo er sein Werk veröffentlichen möchte, weil es dort die angepeilte Zielgruppe am effizientesten erreicht.

Die Vorstellungen des (Kulturausschusses des) Bundesrats laufen darauf hinaus, sämtliche mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungsergebnisse – ohne Unterscheidung nach den Rezeptionsgewohnheiten in den verschiedenen Wissenschaften - sechs Monate nach Veröffentlichung in *open archives* kostenlos zugänglich zu machen. Dies würde hauptsächlich die ohnehin schon gebeutelten mittelständischen deutschen Verlage treffen, die geistes- oder sozialwissenschaftliche Zeitschriften (oft in deutscher Sprache) zu niedrigen Preisen veröffentlichen. Diese würden sich gehindert sehen, in den Auf- und Ausbau attraktiver online-Inhalte zu investieren. Die geistes- und sozialwissenschaftlichen Fachbereiche liefen in Folge dessen Gefahr, von den Möglichkeiten modernen online-Publizierens (Linking, Cross-Referencing, Digital Object Identifier, Volltextsuche etc.) nur unzureichend zu profitieren. Die geplanten frei zugänglichen universitären *content repositories* würden demgegenüber dauerhaft vermutlich weder eine befriedigende inhaltliche noch eine hohe technische Qualität erreichen. Ohnehin ist es in den seltensten Fällen sinnvoll, zwei verschiedene Fassungen der selben Veröffentlichung nebeneinander zugänglich zu machen. Die Anstrengungen des Staates sollten sich stattdessen darauf richten, möglichst allen interessierten Nutzern die zitierfähigen (und im Idealfall voll digital erschlossenen) Verlagsversionen zugänglich zu machen.

8. Ist die zwangsweise Erschließung von Artikeln für open archive bzw. open access Veröffentlichungen rechtlich überhaupt zulässig?

Nein. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Erweiterung des § 38 Abs. 1 UrhG führt zu einer Aushöhlung des dem Verlag einzuräumenden Nutzungsrechts und ist deshalb eine unzulässige Schrankenregelung. Außerdem greift die empfohlene Neufassung der Norm in den Primärmarkt der wissenschaftlichen Verlage ein, so dass sie auch gegen den urheberrechtlichen Dreistufentest verstoßen würde. Gegen die Empfehlung des Bundesrats bestehen also nicht nur verfassungsrechtliche Bedenken, sondern sie ist auch nicht mit den Vorgaben der vom deutschen Gesetzgeber umzusetzenden EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft vereinbar.



Für den Urheber bedeutet die beabsichtigte Regelung unter dem Strich nicht etwa eine Verbesserung seiner Rechtsstellung oder einen Schutz vor sich selbst und in seiner vertraglichen Beziehung zum Verlag. Verfolgt wird vielmehr das Ziel, alle in öffentlichen Beschäftigungsverhältnissen stehenden wissenschaftlichen Autoren separat (arbeitsvertraglich) zu verpflichten, ihre Beiträge in einem *repository* abzuliefern. Aus der vermeintlichen Freiheit würde dadurch ein in die Grundrechte angestellter Wissenschaftler eingreifender Zwang. Der bereits als verfassungswidrig verworfene Vorschlag einer Pflicht von Wissenschaftler in Anstellungsverhältnissen, ihrem Arbeitgeber sämtliche ihrer Werke zur Veröffentlichung anbieten zu müssen, würde so durch die Hintertür wieder in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt.

9. Welche alternativen Handlungsmöglichkeiten hat die deutsche Politik?

Solange die deutsche Politik und unsere Wissenschaftler davon ausgehen, dass ein erhöhter Forschungsausput zu erhöhtem Nutzen für die Gesellschaft führt, werden wir höhere Mittel zur Wissensaufbereitung aufbringen müssen, um unser Bedürfnis nach Teilhabe an der Informations- bzw. Wissensgesellschaft zu stillen. Die derzeit zur Verfügung stehenden Budgets für die Wissensaufbereitung (z.B. die bundesweit seit Jahren stagnierenden bzw. nicht ausreichend wachsenden Erwerbungsbudgets von Bibliotheken) sind schon zur Finanzierung traditioneller Publikationswege lange nicht mehr ausreichend. Sie würden erst recht nicht für einen Umstieg auf autorenfinanzierte Veröffentlichungen genügen, da *open access* und *open archive* – s.o. – keine Kostenvorteile bieten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass 43 Prozent der in wissenschaftlichen Zeitschriften publizierten Artikel von Wissenschaftlern aus der EU stammen, während die EU-Staaten gleichzeitig nur für 32 Prozent der Zeitschrifteneinnahmen der Verlage aufkommen. Bei gleich bleibenden (öffentlichen) Mitteln ließe sich eine flächendeckende Literaturversorgung in Deutschland deshalb nur durch eine drastische Verringerung des wissenschaftlichen Outputs erreichen, an die aber niemand ernsthaft denken mag.²⁶

Frankfurt, September 2006

Dr. Christian Sprang²⁷
Justiziar

²⁶ Zwischen 1999 und 2002 sind die Forschungsausgaben der öffentlichen Hand in Deutschland um 4,6 Prozent gestiegen, während das Wachstum der Erwerbungssetats der Bibliotheken in den meisten Bundesländern im Durchschnitt nur 0,5 Prozent betrug.

²⁷ unter Mitarbeit von RA Carlo Scollo Lavizzari und RAin Dr. Anne-Katrin Leenen

**Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen
Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven**

– Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte des
geplanten § 52b UrhG –

Rechtsgutachten

zu

§ 52b UrhG

nach dem Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des
Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

von

Prof. Dr. Christian Berger

Universität Leipzig

Oktober 2006

I. Einleitung

Mit dem am 13.09.2003 in Kraft getretenen Ersten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft hat Deutschland die zwingenden fristgebundenen Vorgaben der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (im folgenden: „Informations-Richtlinie“) in nationales Recht umgesetzt (sog. „Korb I“). Damit ist das Urheberrecht allerdings noch nicht vollständig an die Herausforderungen der modernen Informationstechnik angepaßt worden. Zur weiteren Ausgestaltung des Urheberrechts hat die Bundesregierung am 22.03.2006 den Gesetzentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft¹ beschlossen (sog. „Korb II“). Im Mittelpunkt steht insbesondere die Übernahme zahlreicher fakultativer Schrankenbestimmungen der Informations-Richtlinie. Nach dem geplanten § 52b des Regierungsentwurfs (im folgenden: „§ 52b UrhG-RegE-Korb II“) sollen Bibliotheken, Museen und Archive urheberrechtlich geschützte Werke an besonderen elektronischen Leseplätzen öffentlich zugänglich machen können, ohne dafür von den Rechteinhabern ein Nutzungsrecht einholen zu müssen. Dies erfolgt vor dem Hintergrund der Anpassung des Urheberrechts an digitale Nutzungsmöglichkeiten. Ein Kerngedanke der modernen Wissensgesellschaft ist der erleichterte Zugang zu Informationen in urheberrechtlich geschützten Werken. Gegen dieses Ziel lassen sich keine vernünftigen Bedenken formulieren. Fraglich ist indes der Weg dorthin. Das Urheberrecht bildet nach Art. 14 GG verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum, und die Rechte der Urheber dürfen nur nach Maßgabe der Informations-Richtlinie beschränkt werden. Der mit § 52b UrhG-RegE-Korb II für den Teilaspekt des Online-Zugangs in Bibliotheken, Museen und Archiven ermöglichte Zwangszugriff auf urheberrechtliche Werke wirft daher grundlegende verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen auf. Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., Frankfurt am Main, hat um ein wissenschaftliches Gutachten zur Vereinbarkeit des geplanten § 52b UrhG-RegE-Korb II mit dem Grundgesetz und europarechtlichen Vorgaben gebeten.

Die folgende Untersuchung besteht aus vier Teilen: Der Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 52b UrhG-RegE-Korb II (unter II) schließt sich zunächst die rechtliche Würdigung der Vorschrift als Schranke zu § 19a UrhG an (unter III); dem folgen Überlegungen zur Vereinbarkeit des § 52b UrhG-RegE-Korb II mit verfassungsrechtlichen (unter IV) und europarechtlichen (unter V) Vorgaben.

¹ BT-Drs. 16/1828 v. 15.06.2006.

II. Die Entwicklung des § 52b UrhG-RegE-Korb II

Nach § 52b UrhG-RegE-Korb II sollen Bibliotheken, Museen und öffentliche Archive urheberrechtlich geschützte Werke an elektronischen Leseplätzen zu Zwecken der Forschung und für private Studien zugänglich machen dürfen. Die Zustimmung der Rechteinhaber ist dazu nicht erforderlich. Dieses Leseplatzprivileg greift tief in das Urheberrecht ein. Es wurde während der Gesetzgebungsarbeiten stetig erweitert.

1. Erster Referentenentwurf 27.09.2004

Nach dem (ersten) Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27.09.2004 sollte § 52b UrhG folgenden Wortlaut erhalten:

„§ 52b Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken

Zulässig ist, veröffentlichte Werke aus Bibliotheksbeständen ausschließlich in den Räumen öffentlich zugänglicher Bibliotheken an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen. Es dürfen nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Bibliothek umfasst. Für die Zugänglichmachung ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.“

Das prägende Merkmal dieser ersten Entwurfsfassung ist die strenge Bestandsakzessorietät. Nur darauf bezog sich die in der Begründung zum Referentenentwurf betonte „allgemeine Zustimmung“² zu dem Leseplatzprivileg. Strenge Bestandsakzessorietät bedeutet, daß (1) nur solche Werke, die sich physisch im erworbenen Bestand der Bibliothek befinden, über die Leseplätze zugänglich gemacht werden. Strenge Bestandsakzessorietät bedeutet ferner, daß (2) die Zahl der gleichzeitig über elektronische Leseplätze möglichen Werknutzungen die Zahl der in der Bibliothek verfügbaren Präsenzexemplare nicht übersteigt.

Der Vorschlag des ersten Referentenentwurfs zum Leseplatzprivileg ist dem Prinzip strenger Bestandsakzessorietät unterworfen worden. Nach § 52b Satz 2 des Entwurfs darf die Zahl der Werkexemplare, die gleichzeitig an elektronischen Lese-

² Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27.09.2004, Begründung zu § 52b, S. 51; zu der ursprünglichen Fassung zustimmend beispielsweise die Stellungnahme des Börsenvereins vom 08.11.2004 (unter 3).

plätzen zugänglich gemacht werden, die Zahl der im Bestand der Bibliothek befindlichen Werkexemplare nicht übersteigen: Befindet sich das Werk nur einmal im Bestand der Bibliothek, darf darauf über elektronische Leseplätze nicht mehr als ein Leser gleichzeitig zugreifen.

Mit dieser Fassung des Leseplatzprivilegs wäre das eigentliche Ziel, es den Bibliotheksbesuchern zu ermöglichen, die Bücher der Bibliothek an elektronischen Leseplätzen „in gleicher Weise wie in analoger Form“³ zur Verfügung zu stellen, ohne weiteres zu erreichen gewesen.

2. Geänderter Referentenentwurf 03.01.2006

Vor der für den 26.01.2006 geplanten Anhörung der beteiligten Kreise zu dem Gesetzesvorhaben wurde der Referentenentwurf geändert. Ohne nachvollziehbare Begründung hob der geänderte Referentenentwurf die strenge Bestandsakzessorietät auf. Die Wiedergabe an elektronischen Leseplätzen sollte zahlenmäßig nicht länger auf die Anzahl der Werke im Bestand der Bibliothek beschränkt werden. Überdies hat man die Beschränkung auf Bibliotheken aufgegeben. Das Leseplatzprivileg wurde auf Museen und Archive erstreckt. In dieser erweiterten Fassung ist § 52b UrhG-RegE-Korb II in den Regierungsentwurf eingegangen.

3. Regierungsentwurf 22.03.2006

Der Regierungsentwurf vom 22.03.2006 gibt – wie schon der geänderte Referentenentwurf – die strenge Bestandsakzessorietät auf und erweitert den Kreis der zugelassenen elektronischen Leseplatzanbieter.

Danach soll § 52b UrhG folgenden Wortlaut erhalten (Änderungen gegenüber dem ersten Referentenentwurf hervorgehoben):

„§ 52b Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven

Zulässig ist, veröffentlichte Werke ~~aus Bibliotheksbeständen~~ ausschließlich in den Räumen öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen Erwerbszweck verfolgen, an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen. ~~Es dürfen nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich ge-~~

³ So die immer wiederkehrende Begründung zum Leseplatzprivileg, vgl. BMJ-Referentenentwurf vom 27.09.2004, S. 51, Regierungsentwurf BT-Drs. 16/1828, S. 25 f.

~~macht werden, als der Bestand der Bibliothek umfasst.~~ Für die Zugänglichmachung ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.“

Den noch im ersten Referentenentwurf festgeschriebenen Grundsatz der strengen Bestandsakzessorietät hat man damit nicht in den Regierungsentwurf übernommen⁴. Für den Leseplatzzugriff soll es genügen, daß es sich um ein „veröffentlichtes Werk“ handelt. Nach dem Wortlaut des § 52b UrhG-RegE-Korb II muß sich das am elektronischen Leseplatz zugängliche Werk nicht einmal im Bestand der Bibliothek (oder der anderen in § 52b UrhG-RegE-Korb II genannten Einrichtungen) befinden. Die anderslautende Interpretation des Gesetzesentwurfs in der Begründung zu § 52b UrhG-RegE-Korb II ist unzutreffend⁵. Insoweit wurde die Begründung vom ersten Referentenentwurf übernommen, ohne den grundlegend geänderten Wortlaut des § 52b Satz 1 UrhG-RegE-Korb II zu berücksichtigen.

Als noch gravierender erweist sich der Wegfall des im ersten Referentenentwurf des § 52b UrhG vorgesehenen Satzes 2, der wie folgt lauten sollte:

„Es dürfen nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Bibliothek umfasst.“

Mit der Streichung dieser Einschränkung wird die Bestandsakzessorietät vollständig aufgegeben. Konnte bislang eine Bibliothek, die 10 Exemplare eines Buchs erworben hatte, 10 Lesern gleichzeitig den Zugang ermöglichen, bedarf es jetzt allenfalls noch eines Exemplars, um 100 Leseplätze zu bedienen.

Der Regierungsentwurf beschönigt die damit für Autoren und Verlage verbundenen Einbußen unter Hinweis auf eine Selbstverpflichtungserklärung der Bibliotheken:

„Eine Beschränkung dahingehend, dass nicht mehr Exemplare eines Werks gleichzeitig an den elektronischen Leseplätzen zugänglich gemacht werden dürfen, als die Sammlung der jeweiligen Einrichtung umfasst, erscheint nicht erforderlich. Das Anschaffungsverhalten der Bibliotheken wird sich aufgrund

⁴ Von der Umsetzung eines „Konsenses“, wie die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 52b UrhG-RegE-Korb II beschönigend ausführt, kann keine Rede mehr sein.

⁵ Regierungsentwurf eines zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22.03.2006, BT-Drs. 16/1828, S. 26: „Satz 1 gestattet lediglich die Zugänglichmachung von Werken, die von den genannten Einrichtungen erworben wurden ...“

dieser Schrankenbestimmung nicht ändern. Die Bibliotheken werden dazu entsprechende Selbstverpflichtungserklärungen abgeben.“⁶

Jedenfalls im Ansatz hat damit auch der Regierungsentwurf die Fragwürdigkeit des Abschieds vom Grundsatz der Bestandsakzessorietät erkannt, ohne die damit verbundene Problematik jedoch bewältigt zu haben. Im Ausgangspunkt wird zutreffend gesehen, daß elektronische Leseplätze zu einer Vervielfachung der Nutzung eines Werks führen werden. Die Lösung verspricht man sich von der Erklärung der Bibliotheken, ihr „Anschaffungsverhalten“ nicht zu ändern, ein Versuch, der verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht ausreichend Rechnung trägt (dazu unter IV.2.b.dd).

Bemerkenswert ist auch die institutionelle Erweiterung des § 52b UrhG-RegE-Korb II durch den Regierungsentwurf. Während nach dem ersten Referentenentwurf nur öffentliche Bibliotheken entsprechende Leseplätze anbieten sollten, erstreckt der Regierungsentwurf – wie schon der geänderte Referentenentwurf – dieses Privileg auf Museen und nicht-gewerbliche Archive. Eine entsprechende Selbstverpflichtung dieser Einrichtungen erwähnt der Regierungsentwurf allerdings nicht.

4. Stellungnahme des Bundesrats und Gegenäußerung der Bundesregierung

Der Bundesrat forderte in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf – neben einer weitreichenden Erstreckung des § 52b auf alle „Bildungseinrichtungen“ – die Rückkehr zur strengen Bestandsakzessorietät⁷. Dementsprechend schlug er vor, § 52b UrhG-RegE-Korb II (wieder) dahin zu beschränken, daß nicht mehr Exemplare gleichzeitig zugänglich gemacht werden dürfen, als der Bestand der Einrichtung umfaßt.

Die Bundesregierung ist dem nicht gefolgt. Die sich aufdrängenden verfassungsrechtlichen Bedenken werden mit den Worten, die „Interessen der Verlagswirtschaft“ seien dadurch gewahrt, daß es sich um Werke aus dem Bestand handeln müsse⁸, übergangen. Diese Äußerung verkennt den verfassungsrechtlichen Rahmen fundamental: Es geht nicht nur um „Interessen“, sondern um verfassungsrechtlich verbürgte Grundrechte, und es geht nicht allein um die Verlagswirtschaft, sondern um die Autoren und anderen Urheber (zu verfassungsrechtlichen Fragen eingehend unter IV).

Zustimmen möchte die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung indes der Auffassung des Bundesrats, Schulbibliotheken seien „öffentlich zugängliche Bibliothe-

⁶ BT-Drs. 16/1828, S. 26.

⁷ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 16/1828, S. 40 (unter Nr. 10).

⁸ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 48.

ken“. Dies ist freilich überaus zweifelhaft – Schulbibliotheken stehen außerschulischen Nutzern gewöhnlich nicht zur Verfügung –, läßt aber die Erosionsanfälligkeit des § 52b UrhG-RegE-Korb II erkennen, der schon lange vor seinem Inkrafttreten alle Konturen verliert. Faßt man Schulbibliotheken unter § 52b UrhG-RegE-Korb II, liegt der mögliche Mißbrauch des Leseplatzprivilegs auf der Hand: Die Schule richtet formal eine kleine Bibliothek ein (ob diese von den Schülern genutzt wird, ist irrelevant), erwirbt das erforderliche Schulbuch und stellt es dann über die entsprechenden Leseplätze allen Schülern zur Verfügung! Eine Bereichsausnahme für Bildungsmedien ist bei § 52b UrhG-RegE-Korb II nicht vorgesehen (dazu unter III.2.e).

5. Fazit

Das Leseplatzprivileg wurde während der Gesetzgebungsarbeiten stetig erweitert. Von dem ursprünglichen Gedanken, den Nutzern die Printprodukte der Bibliothek digital zur Verfügung zu stellen, hat sich § 52b UrhG-RegE-Korb II völlig gelöst. Die Vorschrift erlaubt eine unbeschränkte Vielfachnutzung von Werken, die nicht einmal im physischen Bestand der Einrichtung vorhanden sein müssen.

Wie die folgenden Ausführungen ergeben, ist dieses weite Leseplatzprivileg mit Art. 14 GG nicht vereinbar (unter IV) und verstößt überdies gegen Art. 5 der Informations-Richtlinie (unter V). Diese Schlußfolgerung setzt zunächst Klarheit über die urheberrechtliche Einordnung des § 52b UrhG-RegE-Korb II voraus (unter III).

III. Urheberrechtliche Einordnung des § 52b UrhG-RegE-Korb II

1. Schrankenbestimmung zu § 19a UrhG

a) Allgemeines

Nach § 52b Satz 1 UrhG-RegE-Korb II sollen öffentliche Bibliotheken und andere privilegierte Einrichtungen wie Museen und nicht-kommerzielle Archive ihren Besuchern Werke an elektronischen Leseplätzen zugänglich machen dürfen. Die Vorschrift beschränkt die Rechte der Urheber und Verleger aus § 19a UrhG. Nach § 19a UrhG steht dem Urheber mit dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung das ausschließliche Recht zu, sein Werk dadurch zu nutzen, daß es über Netzwerke Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich gemacht wird⁹. Soweit Bibliotheken und andere Einrichtungen der Öffentlichkeit nach § 52b UrhG-RegE-Korb II Werke über elektronische Leseplätze zugänglich machen dürfen, entfällt das Ausschließlichkeitsrecht der Urheber.

⁹ *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 19a, Rn. 1.

Die elektronische Leseplatznutzung erfüllt insbesondere das Merkmal der „Öffentlichkeit“. In § 52b UrhG-RegE-Korb II ist zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, daß die Leseplätze für die Öffentlichkeit nutzbar sind. Dieses Kriterium ergibt sich indes mittelbar aus der weiteren Voraussetzung in § 52b UrhG-RegE-Korb II, wonach es sich um „öffentlich“ zugängliche Bibliotheken (oder andere Einrichtungen) handeln muß.

Der Eingriff in das Verwertungsrecht aus § 19a UrhG wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß Bibliotheken Öffnungszeiten haben und daher der Zugriff nicht „von Orten und zu Zeiten ihrer (d. h. der Nutzer) Wahl“ möglich ist, wie es der Wortlaut des § 19a UrhG voraussetzt¹⁰. Richtig ist zwar, daß nach § 52b UrhG-RegE-Korb II der Zugriff auf Werke nur in den Räumlichkeiten der Bibliothek und nur während der Öffnungszeiten zulässig sein wird. Das Merkmal in § 19a UrhG, wonach das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nur betroffen ist, wenn die Mitglieder der Öffentlichkeit Zeit und Ort völlig frei bestimmen können, ist aber nicht in dem Sinne zu verstehen, daß der Zugriff außerhalb von nicht unbeschränkt geöffneten Einrichtungen stattfinden muß. Mit dieser Formulierung sollte nur klargestellt werden, daß auch die „sukzessive Öffentlichkeit“ für eine öffentliche Zugänglichmachung ausreicht. Dies ist zu verstehen vor dem Hintergrund des früheren § 15 Abs. 3 UrhG, für den streitig war, ob „öffentliche Wiedergabe“ voraussetzt, daß das Werk *gleichzeitig* von den Mitgliedern der Öffentlichkeit wahrgenommen werde¹¹. Die Fassung des § 19a UrhG sollte sicherstellen, daß es auf die gleichzeitige Öffentlichkeit nicht ankommt, nicht aber sollte das Recht nach § 19a UrhG einer Beschränkung unterworfen werden. Davon, daß auch der Zugang in Bibliotheken unter das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung fällt, geht auch Art. 3 Abs. 1 der Informations-Richtlinie aus, denn andernfalls wäre die Schrankenermächtigung in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie entbehrlich.

b) Keine Bestandsakzessorietät

Wie bereits erwähnt folgt § 52b UrhG-RegE-Korb II nicht dem Gedanken der Bestandsakzessorietät (dazu unter II.1). Die Vorschrift erweist sich damit als eine besonders gravierende Beschränkung des § 19a UrhG. Unabhängig von der Zahl der erworbenen Werkexemplare darf die Bibliothek das Werk an beliebig vielen elektronischen Leseplätzen verfügbar machen. Die besondere Schwere der geplanten Schranke ergibt sich daraus, daß damit zeitgleich eine Vielzahl von Lesern das Werk wahrnehmen können, Urheber und Verleger aber nicht (so nach der

¹⁰ So aber das Positionspapier des Deutschen Bibliotheksverbandes zum Referentenentwurf von Korb II, abrufbar unter www.bibliotheksverband.de/dbv/pm/pm111004.html (12.10.2006), unter Nr. 5.

¹¹ Dazu *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 15, Rn. 42.

derzeitigen Fassung des § 52b UrhG-RegE-Korb II) oder nur für ein Exemplar (so nach der in der Gegenäußerung der Bundesregierung angekündigten Änderung¹²) vergütet werden. Übertragen auf den analogen Bereich würde § 52b UrhG-RegE-Korb II bedeuten, daß eine Bibliothek jedes Werk ohne zahlenmäßige Begrenzung physisch kopieren könnte und sämtliche Kopien zeitgleich den Nutzern zur Verfügung stellen dürfte. Eine solche Schrankenregelung war bislang niemals auch nur ansatzweise im Urheberrechtsgesetz enthalten. Weshalb im digitalen Bereich eine solche Eingriffstiefe zulässig sein soll, ist urheberrechtlich nicht nachvollziehbar. Zu den verfassungsrechtlichen Folgerungen dieses Befunds vgl. unter IV.

2. Offene Fragen

Im übrigen richten sich an den geplanten § 52b UrhG-RegE-Korb II zahlreiche offene Fragen, die die Bestimmung von Anfang an als praktisch nicht handhabbaren Fremdkörper im System der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes erscheinen lassen:

a) Vorrang vertraglicher Regelungen

§ 52b UrhG-Korb II-E steht unter dem Vorbehalt, daß der Werknutzung „vertragliche Regelungen entgegenstehen“. Diese Schranken-Schranke ist überaus unklar gefaßt. Im Ausgangspunkt versucht der Gesetzgeber damit wohl dem in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie verankerten Vorrang privater Regelungen Rechnung zu tragen. Dies ist mißglückt (dazu unter V.2). Völlig offen ist zudem, was gelten soll, wenn entsprechende vertragliche Regelungen nicht zustande kommen, weil Bibliotheken (oder andere in § 52b UrhG-RegE-Korb II genannte Einrichtungen) den Abschluß eines Lizenzvertrags verweigern. Ein Kontrahierungszwang ist nicht vorgesehen. Jedenfalls soweit der Verlag den Abschluß einer Lizenzvereinbarung zur Nutzung des Werkes an elektronischen Leseplätzen zu angemessenen Bedingungen anbietet, sollte die Einrichtung dies nicht ablehnen dürfen.

b) Kein Annex-Vervielfältigungsprivileg

In § 52b UrhG-RegE-Korb II nicht geregelt ist ferner die Frage, wie die Bibliothek, das Museum oder das Archiv das für die öffentliche Zugänglichmachung auf den Leseplätzen erforderliche *digitale* Werkexemplar erlangt. Das Scannen und Abspeichern auf dem Server der Bibliothek zum Zwecke der Nutzung des Werkes an elektronischen Leseplätzen ist nicht zustimmungsfrei möglich. Anders als in § 52a

¹² BT-Drs. 16/1828, S. 48.

Abs. 3 UrhG ist ein Recht zur Annex-Vervielfältigung¹³ in § 52b UrhG-RegE-Korb II nicht vorgesehen. Bedeutet das, daß nur digitale Werke unter § 52b UrhG fallen? Der Wortlaut und der Umkehrschluß zu § 52a Abs. 3 UrhG legen dies nahe, nicht aber das gesetzgeberische Anliegen.

c) Kein Anschlußnutzungsverbot

Nicht gesehen hat der Gesetzgeber ferner das Problem der Schrankenketten. Der durch § 52b UrhG-RegE-Korb II ermöglichte Werkzugriff und damit die erlaubnisfreie Werknutzung kann ohne weiteres perpetuiert werden, wenn sich der Bibliotheksnutzer seinerseits auf Schrankenbestimmungen berufen kann. Angenommen, die Bibliothek stellt aufgrund § 52b UrhG-RegE-Korb II ein Werk an einem elektronischen Leseplatz zur Verfügung; weil es sich dabei nicht um eine „offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage“ handelt, könnte der Leser (beispielsweise über einen USB-Stick) davon eine Privatkopie nach § 53 Abs. 1 UrhG anfertigen. Anders als bei § 53 Abs. 6 UrhG fehlt bei § 52b UrhG-RegE-Korb II eine Vorschrift, die eine Weiternutzung, insbesondere die Weitergabe des Werkes, verbietet.

Als noch gravierender erweist sich die sukzessive Schrankennutzung im wissenschaftlichen Bereich: Der Leser könnte von dem über § 52b UrhG-RegE-Korb II zugänglich gemachten Werk eine Vervielfältigung zu wissenschaftlichen Zwecken nach § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG erstellen und diese dann über § 52a UrhG in einer Universität zu Zwecken der Lehre und Forschung öffentlich zugänglich machen¹⁴. Die örtliche Begrenzung der Nutzung nach § 52b UrhG-RegE-Korb II, die durch die Bindung an die Räumlichkeiten der Bibliothek erreicht werden soll, läßt sich in diesen Fällen ohne weiteres unterlaufen. Die Notwendigkeit, § 52b UrhG-RegE-Korb II um eine Bestimmung zu ergänzen, die eine Anschlußnutzung des auf dem Leseplatz verfügbaren Werks durch Vervielfältigung, Weiterverbreitung und öffentliche Zugänglichmachung ausschließt (wie dies in § 53 Abs. 6 UrhG vorgesehen ist), liegt daher auf der Hand.

¹³ Zu diesem Begriff *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 52a, Rn. 16.

¹⁴ Ob das Erfordernis des „eigenen wissenschaftlichen Gebrauchs“ aus § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG hier eine Begrenzung zur Folge hat, ist jedenfalls dann zweifelhaft, wenn der Entschluß zur Nutzung nach § 52a UrhG erst später gefaßt wird. Und ob § 53 Abs. 6 Satz 1 UrhG auch eine Nutzung aufgrund einer Schranke (wie § 52a UrhG) verbietet, ist bislang nicht geklärt; verneinend wohl *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 54, Rn. 55 (bzgl. des Zitatrechts).

d) Zwecksetzung der Schranke des § 52b UrhG-RegE-Korb II

Nach § 52b UrhG-RegE-Korb II darf die Nutzung an den elektronischen Leseplätzen nur zu Zwecken der Forschung und zu privaten Studien erfolgen. Mit dieser Vorgabe eröffnet sich ein signifikanter Bruch zu den bisherigen urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen, der eine erhebliche Mißbrauchsgefahr zur Folge hat. Im Regelfall ist die Nutzung urheberrechtlicher Werke auf der Basis einer gesetzlichen Schrankenbestimmung nur zulässig, wenn der Nutzer damit besondere privilegierte Zwecke verfolgt. Beispiele bilden die Nutzung für den Kirchen-, Schul- und Unterrichtsgebrauch in § 46 UrhG, das Pressespiegelprivileg in § 49 UrhG oder der wissenschaftliche Gebrauch in § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG. Dabei ist es stets der Nutzer (Schulbuchverlag, Journalist, Wissenschaftler) selbst, der das Werk vervielfältigt. Der den Eingriff legitimierende Zweck wird vom privilegierten Nutzer selbst gesetzt und verfolgt.

Völlig anders ist die Regelung bei § 52b UrhG-RegE-Korb II: Die Bibliothek stellt die Möglichkeit zum Zugriff zur Verfügung, verfolgt damit selbst aber keine wissenschaftlichen Zwecke. Die wissenschaftliche Zielsetzung der Werknutzung erfolgt vielmehr durch den Nutzer des elektronischen Leseplatzes. Wie aber wird sicher gestellt, daß dessen Werknutzung wirklich ausschließlich zu Zwecken der Forschung und zu privaten Studien erfolgt? Wenn die Bibliothek den elektronischen Leseplatz einrichtet, ist völlig offen, wie er genutzt werden wird. Erfolgt die Nutzung später zu anderen als zu Forschungs- oder Studienzwecken, müßte der Zugriff sofort unterbunden werden. Wie aber soll dies bewerkstelligt werden? § 52b UrhG-RegE-Korb II sieht dafür keinerlei Möglichkeit vor. Der Gesetzgeber scheint das Problem auch nicht ansatzweise erkannt zu haben.

e) Verhältnis zu § 52a UrhG

Der geplante § 52b UrhG-RegE-Korb II wird auf der Basis von elektronischen Leseplätzen insbesondere im Schul- und Wissenschaftsbereich zu einer intensivierten Rechteverletzung führen, die die Grenzen der ohnehin fragwürdigen Bestimmung des § 52a UrhG sprengen wird. Nach § 52a Abs. 1 Nr. 2 UrhG können Werke einem abgegrenzten Kreis von Wissenschaftlern öffentlich zugänglich gemacht werden. Der § 52b UrhG-RegE-Korb II ermöglicht es darüber hinaus, sämtlichen Personen an Leseplätzen einer Universitätsbibliothek Werke zur Nutzung zur Verfügung zu stellen. Auf den abgegrenzten Kreis kommt es nicht mehr an. Vergleichbare Möglichkeiten bestehen bei Unterrichts- und Bildungsmedien. Insbesondere besteht die Gefahr, daß die Bereichsausnahme des § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG in den Schulbibliotheken über § 52b UrhG-RegE-Korb II unterlaufen wird.

3. Fazit

Die Untersuchung hat ergeben, daß § 52b UrhG-RegE-Korb II nicht nur einen Zugriff auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG ermöglicht, der in dieser Tiefe (keine zahlenmäßige Beschränkung der elektronischen Leseplätze!) ohne Vorbild ist. Überdies sind zahlreiche Fragen der Leseplatznutzung überhaupt nicht geregelt worden, insbesondere die Herstellung der digitalen Vorlage, die Sicherung der Zwecksetzung, der Ausschluß der Weitergabe des Werks und die Absicherung der Grenzen des § 52a UrhG beispielsweise durch eine Bereichsausnahme für Bildungsmedien. Diese Defizite werden weitere Verletzungen der Urheberrechte zur Folge haben; ein Aspekt, der auch bei der verfassungsrechtlichen Würdigung eine Rolle spielt (dazu sogleich unter IV).

IV. Verfassungsrechtliche Bewertung

1. Zum Prüfungsmaßstab: Europäisches Recht oder Grundgesetz?

Die geplante Schranke nach § 52b UrhG-RegE-Korb II beruht auf der europarechtlichen Grundlage des Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie (näher dazu unter V). Europäisches Recht genießt Vorrang gegenüber dem Recht der Mitgliedsstaaten¹⁵, auch gegenüber deren Verfassungen und den darin verbürgten Grundrechten¹⁶. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht ein Anwendungsvorrang freilich nur, solange das Gemeinschaftsrecht den unabdingbaren Grundrechtsstandard des Grundgesetzes wahrt¹⁷. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, scheiden Verfassungsbeschwerden aus¹⁸. Diese Rechtsprechung bezieht sich nicht nur auf europäisches Primärrecht und Verordnungen, sondern auch auf Richtlinien. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht ist also nicht am Maßstab der Grundrechte zu überprüfen, sondern unterliegt nur dem Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene. Für das nationale Recht folgt daraus: Soweit die mitgliedstaatliche Normsetzung zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben folgt, ist seine Überprüfung anhand der Grundrechte ebenfalls ausgeschlossen; andernfalls würde sekundäres Gemeinschaftsrecht mittelbar doch am Maßstab des Grundgesetzes überprüft werden. Verbleibt dem Gesetzgeber jedoch ein Spielraum bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht, ist er strikt an die Vorgaben des Grundge-

¹⁵ Abgeleitet wird der Vorrang aus den Gründungsverträgen und insbesondere Art. 249 Abs. 2 EG, *Degenhart*, Staatsrecht I, 21. Aufl. 2005, Rn. 244.

¹⁶ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Grundrechte, 21. Aufl. 2005, Rn. 190.

¹⁷ BVerfG NJW 1987, 577 – Solange II; BVerfGE 102, 147, 161 – Bananenmarkt.

¹⁸ BVerfG NVwZ 2004, 1346 (2. Kammer des Ersten Senats).

setzes gebunden¹⁹. Der entsprechende Gesetzesakt unterliegt in vollem Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle²⁰.

Für die Umsetzung der Informationsrichtlinie gilt daher folgendes: Art. 5 Abs. 3 der Informations-Richtlinie enthält nur fakultative Schranken. Sie belassen den Mitgliedsstaaten einen erheblichen Umsetzungsspielraum. Der nationale Gesetzgeber hat daher auf die Vereinbarkeit des geplanten § 52b UrhG mit den Grundrechten zu achten.

2. Vereinbarkeit des § 52b UrhG-RegE-Korb II mit Art. 14 GG?

Die folgende verfassungsrechtliche Prüfung beschränkt sich auf die Vereinbarkeit des § 52b UrhG-RegE-Korb II mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Ob die Bestimmung mit der Berufsfreiheit des Art. 12 GG und der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG in Einklang steht, soll im Rahmen dieser Untersuchung nicht vertieft werden.

a) Urheber- und Verlagsrechte als Eigentum nach Art. 14 GG

§ 52b UrhG-RegE-Korb II beschränkt das urheberrechtliche Verwertungsrecht und durchbricht das grundsätzliche Verbot der ungenehmigten öffentlichen Zugänglichmachung urheberrechtlich geschützter Werke. Die Nutzung eines Werkes in Bibliotheken, Museen und Archiven an elektronischen Leseplätzen ist entgegen § 19a UrhG nicht mehr der vertraglichen Genehmigung des Rechteinhabers unterworfen und der privatnützigen Verfügung entzogen (dazu unter III.1). Die in § 19a UrhG genannten Nutzungshandlungen unterliegen nicht mehr vollauf dem urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht. An ihre Stelle tritt ein reiner Geldzahlungsanspruch (§ 52b Satz 2 UrhG-RegE-Korb II), der zudem nicht dem einzelnen Urheber individuell zugeordnet ist, sondern nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann (§ 52b Satz 3 UrhG-RegE-Korb II). Das Individualeigentum wird damit zu einem kollektiv geprägten Ausschüttungsanspruch gegen eine Verwertungsgesellschaft herabgestuft. Seit der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 31, 229 *Kirchen- und Schulgebrauch* ist allgemein anerkannt, daß das Urheberrecht als ausschließliches Recht „Eigentum“ im Sinn von Art. 14 GG darstellt²¹. § 52b UrhG-RegE-Korb II greift damit in die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG ein.

¹⁹ BVerfG NVwZ 2004, 1346 (2. Kammer des Ersten Senats).

²⁰ BVerfG NJW 2001, 1267, 1268 (2. Kammer des Ersten Senats).

²¹ Vgl. auch BVerfGE 49, 382, 392.

Darüber hinaus erfolgt mit § 52b UrhG-RegE-Korb II auch ein Eingriff in urheberrechtliche Nutzungsrechte, insbesondere in Verlagsrechte. Diese Rechte räumen Urheber den Verlagen durch Vertrag in privatautonomer Ausgestaltung der nach Art. 14 GG verbürgten Eigentumsrechte ein. Die Verlage entrichten dafür typischerweise ein Entgelt, wobei der Entgeltanspruch infolge § 32 UrhG in jedem Falle eine angemessene Vergütung darstellt. Daher erwerben die Nutzungsrechtsnehmer bzw. Verlage ihrerseits grundrechtlich geschütztes Eigentum²². § 52b UrhG-RegE-Korb II greift damit auch in verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum der Verlage ein²³.

b) Inhalts- und Schrankenbestimmung

aa) Grundsatz: Verhältnismäßigkeit

Verfassungsrechtlich ist nicht jeder Eingriff in das Eigentum unzulässig. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ermächtigt den Gesetzgeber, Inhalt und Schranken des Eigentums auszugestalten. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des § 52b UrhG-RegE-Korb II ist daher davon auszugehen, daß der Gesetzgeber nicht nur Individualbelange der Urheber und Verlage zu sichern hat, sondern es ihm auch aufgetragen ist, den individuellen Berechtigungen die im Interesse des Gemeinwohls erforderlichen Grenzen zu ziehen²⁴. Der Gesetzgeber darf die Eigentumsordnung nicht nach Belieben ausgestalten. Grundsätzlich steht dem Gesetzgeber zwar ein weiter Ermessensspielraum zur Regelung der Eigentumsordnung zu²⁵. Das entbindet ihn aber nicht von der Verpflichtung, Beschränkungen nur aufgrund berechtigter Belange des Gemeinwohls vorzunehmen. Die Ausgestaltung eigentumskräftiger Positionen hat in gerechter Abwägung der Interessen der Eigentümer und der Belange der Allgemeinheit zu erfolgen²⁶. Die Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG muß einen sachgerechten Ausgleich der unterschiedlichen Interessen nach Verhältnismäßigkeitskriterien und insbesondere unter Beachtung des Übermaßverbots bewirken²⁷.

²² *Berger/Degenhart*, AfP 2002, 557, 559; *Gounalakis*, Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, 2003, S. 9.

²³ Das wird auch von der Bundesregierung nicht bestritten, vgl. den Hinweis auf die „verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Verlage“ in der Gegenäußerung der Bundesregierung BRat-Drs. 257/06, S. 5 (zu Nr. 8).

²⁴ BVerfG GRUR 1972, 481, 484 – Kirchen- und Schulgebrauch.

²⁵ BVerfGE 79, 29, 40.

²⁶ BVerfGE 81, 12, 17.

²⁷ BVerfGE 76, 220, 238.

bb) Regelungsziel

Grundvoraussetzung einer verfassungsrechtlich zulässigen Beschränkung des Eigentums ist zunächst ein legitimes Regelungsziel²⁸. Das ursprüngliche Anliegen des geplanten § 52b UrhG bestand ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs darin, die analogen Bestände der Bibliotheken an elektronischen Leseplätzen verfügbar zu machen. Der Nutzer soll Bücher über elektronische Leseplätze „in gleicher Weise wie in analoger Form“ nutzen können²⁹. Darin liegt eine konkrete und verfassungsrechtlich ohne Zweifel legitime Zielsetzung, die allerdings während der Gesetzgebungsarbeiten verwässert worden ist. Der Regierungsentwurf führt aus, § 52b UrhG-RegE-Korb II trage dem Bildungsauftrag der Bibliotheken und anderer öffentlicher Einrichtungen Rechnung und fördere die Medienkompetenz der Bevölkerung³⁰. In der Presseinformation der Bundesregierung vom 12.01.2006 wird zudem auf die Förderung des Wissenschaftsstandorts Deutschland abgestellt. Bereits die Erweiterung der Ziele des § 52b UrhG-RegE-Korb II – der mit der Aufgabe der Bestandsakzessorietät verbunden ist (dazu unter II.3) – erweckt Bedenken. Die neuen Zielsetzungen des § 52b UrhG-RegE-Korb II – Bildungsauftrag, Medienkompetenz, Wissenschaftsstandort – sind überaus abstrakt formuliert und erlauben in dieser weiten Fassung kaum mehr eine verfassungsrechtliche Kontrolle des § 52b UrhG-RegE-Korb II anhand eines konkreten Regelungsziels.

cc) Geeignetheit

Zweifelhaft ist ferner, ob die in § 52b UrhG-RegE-Korb II vorgesehene Beschränkung des Urheberrechts geeignet ist, diese sehr generellen Ziele zu fördern. § 52b UrhG-RegE-Korb II ist nicht auf digitale Werke beschränkt, sondern erfasst im Ausgangspunkt („Bibliothek“) insbesondere analoge Werke wie Bücher, Lexika usw. Bedenken gegen die Geeignetheit der Regelung zur Förderung des allgemeinen Bildungsauftrags bestehen insofern, als sich der *Inhalt* eines Werkes nicht ändert, gleich ob es in der Printfassung oder über § 52b UrhG-RegE-Korb II auf einem Bildschirm wahrgenommen wird. Es wechselt nur der Informationsträger, von dem aus die unmittelbare Wahrnehmung erfolgt, nicht aber der Wahrnehmungsgegenstand. Der Bildungsauftrag wird daher allenfalls formal-technisch, nicht aber materiell-inhalt-

²⁸ *Dreier/Dreier*, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 146.

²⁹ Vgl. die Begründung zum ersten Referentenentwurf des § 52b UrhG vom 27.09.2004, S. 51.

³⁰ Ansätze in diese Richtung finden sich auch schon im Referentenentwurf.

lich gefördert. Der Bildungsauftrag kann ohne weiteres auch über analoge Printprodukte erfüllt werden.

Soweit man den Bildungsauftrag inhaltlich neutral faßt und sich mit dem formal-technischen Einüben der Wahrnehmung digital dargestellter Inhalte in Bibliotheken und anderen öffentlichen Einrichtung begnügt, stellt sich die Frage, weshalb § 52b UrhG-RegE-Korb II einen spezifischen Forschungszweck verfolgt. Wer ernsthaft wissenschaftlich forscht, dürfte über die nötige formale „Bildung“ zur Nutzung digitaler Technik verfügen. Soweit es um die Förderung der Medienkompetenz „der Bevölkerung“ geht, ist die Beschränkung in § 52b UrhG-RegE-Korb II auf „Forschung“ und „private Studien“ zur Zielerreichung ungeeignet. Die Bevölkerung in ihrer Gesamtheit nutzt elektronische Leseplätze ohnehin nicht zu Forschungszwecken.

Hinsichtlich des Regelungsziels „Wissenschaftsstandort“ ist schließlich zu bemerken, daß § 52b UrhG-RegE-Korb II ambivalent wirkt. Es mag sein, daß der Werkzugriff zu wissenschaftlichen Zwecken im Einzelfall erleichtert wird. Geprägt wird ein Wissenschaftsstandort aber nicht dadurch, daß Bibliotheken elektronische Leseplätze aufgrund gesetzlicher Lizenzen vorhalten. Maßgeblich ist vielmehr das Vorhandensein einer großen Zahl wissenschaftlicher Werke. Insoweit besteht die konkrete Gefahr, daß Verlage die jetzt schon – auch wegen der Schrankennutzung nach § 52a UrhG – nicht immer rentable Produktion wissenschaftlicher Werke weiter reduzieren oder gar einstellen. Auf solche Seiteneffekte geht die Begründung zu § 52b UrhG-RegE-Korb II nicht ein.

dd) Erforderlichkeit

Erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit des § 52b UrhG-RegE-Korb II mit Art. 14 GG bestehen ferner unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Regelung. Das Gebot der Erforderlichkeit ist nur gewahrt, wenn kein milderes, das Grundrecht weniger intensiv beschränkendes Mittel zur Verfügung steht, mit dem das Ziel nicht minder effektiv erreicht werden kann. Eine Bestimmung ist nur erforderlich, „wenn der Gesetzgeber kein anderes das betreffende Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können“³¹.

Der Schwerpunkt des mit § 52b UrhG-RegE-Korb II verfolgten Eingriffs in das Eigentum liegt darin, daß die privilegierte Einrichtung auf der Basis (maximal) *eines* erworbenen Werkexemplars beliebig viele Leseplätze einrichten darf, falls auf den Erwerb eines Referenzexemplars nicht ganz verzichtet werden kann, wie es der Wortlaut des § 52b UrhG-RegE-Korb II nahe legt (vgl. dazu bereits unter II.3). Diese Intensität des Eingriffs ist offenkundig nicht erforderlich, um die mit § 52b UrhG-RegE-Korb II ver-

³¹ BVerfGE 70, 278, 286.

folgten Ziele – Bildungsauftrag, Medienkompetenz, Wissenschaftsstandort – zu fördern. Dafür würde es genügen, wenn ein erworbenes Exemplar auch nur einmal verfügbar ist, § 52b UrhG-RegE-Korb II also der Bestandsakzessorietät unterworfen würde (dazu unter II.1/3). Schon diese Lösung hätte eine Verdoppelung der Zugriffsmöglichkeiten zur Folge, weil die Bibliothek das Werk verleihen könnte und es zugleich über den Leseplatz abrufbar bliebe. Die in § 52b UrhG-RegE-Korb II vorgesehene gesetzliche Mehrfachlizenz geht sogar weit darüber hinaus. Sie zieht der Nutzung an Leseplätzen keine quantitative Schranke. Sie dient damit allein der Ersparnis finanzieller Mittel der Träger der durch § 52b UrhG-RegE-Korb II privilegierten Einrichtungen. Nur die Ausweitung des Bibliotheken-, Museen- und Archivangebots stärkt die Medienkompetenz und den Wissenschaftsstandort, nicht jedoch ein gleichzeitiger Abbau des Bestandserwerbs.

Überdies stünde dem Gesetzgeber mit dem Instrument der „Zwangslizenz“ ein sehr viel milderes Mittel zur Verfügung. § 52b UrhG-RegE-Korb II begründet eine gesetzliche Lizenz. Die Bestimmung gestattet die Werknutzung ohne Einholung der Einwilligung der Rechteinhaber. Die Zwangslizenz ist insofern ein milderes Mittel, als hier der Nutzer die Lizenz erwerben muß, der Rechteinhaber jedoch einem Kontrahierungszwang unterliegt³². Einigen sich die Beteiligten nicht, insbesondere nicht über die Höhe der Vergütung, kann der Nutzer die Lizenz zwangsweise durchsetzen. Die Zwangslizenz mag daher im Einzelfall zu einem gerichtlichen Verfahren führen. Gleichwohl ergeben sich keine allzu großen Hindernisse der Werknutzung, die eine gesetzliche Lizenz nach dem Modell des § 52b UrhG-RegE-Korb II erforderlich machten. Die Zwangslizenz könnte in Anlehnung an § 11 Abs. 2 UrhWG bis zur endgültigen Klärung der Angemessenheit der Vergütung fingiert werden, wenn die Einrichtung den streitigen Betrag hinterlegt.

In diesem Zusammenhang kommt der Bereitschaft der Verlage zu einer Selbstverpflichtung hinsichtlich der Lizenzierung besondere Bedeutung zu. Die Verlage haben ja grundsätzlich auch ein erhebliches eigenes Interesse an der Lizenz einräumung. Faktische Probleme der Lizenzbeschaffung stehen dem nicht entgegen. Jedenfalls hinsichtlich neuer Anschaffungen fällt ohnehin ein Erwerbsvorgang an, der dann auf den entsprechenden Rechteerwerb erstreckt werden muß. Für „Altwerke“ ließen sich Übergangsfristen einräumen. Daß der Rechteerwerb als solcher gewisse Aufwendungen zur Folge hat, ist selbstverständliche Folge des Urheberrechts.

³² *Schack*, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 435; *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 42a, Rn. 2.

ee) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne / Angemessenheit

(1) Den verfassungsrechtlichen Maßstab des § 52b UrhG-RegE-Korb II bildet schließlich das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Für die Angemessenheit des Eingriffs ist eine adäquate Mittel-Zweck-Relation erforderlich. Der Ausgleich zwischen der Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung und der Bedeutung des mit der Maßnahme verfolgten öffentlichen Belanges darf sich nicht als unangemessen erweisen³³. Dazu muß § 52b UrhG-RegE-Korb II einer Gesamtabwägung zwischen Eingriffsintensität und Gemeinwohlzweck standhalten. Abzuwägen sind die Ziele des § 52b UrhG-RegE-Korb II – Bildungsauftrag, Medienkompetenz, Wissenschaftsstandort – mit der Tragweite des Eingriffs in das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht.

(2) Eine besondere Rolle spielt dabei die Intensität des Eingriffs. § 52b UrhG-RegE-Korb II ermöglicht nicht nur eine andere Form der Werknutzung (Bildschirmwahrnehmung) auf der Basis eines erworbenen Werkexemplars (Buch). Schon darin läge ein erheblicher Eingriff in die durch Art. 14 GG geschützten Urheberrechte, wird doch dieses Marktsegment einer privatautonomen Regelung entzogen. § 52b UrhG-RegE-Korb II geht sehr viel weiter: Als besonders eingriffsintensiv erweist sich die durch § 52b UrhG-RegE-Korb II eröffnete Möglichkeit, beliebig viele elektronische Leseplätze einrichten zu können. § 52b UrhG-RegE-Korb II erlaubt nicht nur eine Transformation analoger Werkbestände in ein digitales Umfeld (so noch der erste Referentenentwurf, dazu unter II.1). § 52b UrhG-RegE-Korb II gestattet vielmehr eine Potenzierung der Nutzung eines Werkes im digitalen Umfeld. Will eine Bibliothek den Nutzern 10 Bücher zur gleichzeitigen Nutzung vorhalten, mußte sie bislang 10 Exemplare erwerben. In Zukunft kann sie 100 Nutzern (und mehr) gleichzeitig die Wahrnehmung ermöglichen, muß aber (bestenfalls) nur noch ein Werkexemplar erwerben. Das Beispiel läßt erkennen, daß § 52b UrhG-RegE-Korb II keinesfalls als moderate Fortschreibung des Urheberrechts in Anpassung an das digitale Umfeld angesehen werden darf.

Die Ausgestaltung des § 52b UrhG-RegE-Korb II entfernt sich weit von dem Grundgedanken, die bislang analoge Nutzung von Büchern in das digitale Umfeld zu transformieren. Sogar noch die regierungsamtliche Begründung betont die Vorstellung, durch § 52b UrhG-RegE-Korb II solle der Besucher Sammlungen „in gleicher Weise wie in analoger Form nutzen können“³⁴. Dieses Ziel ist verfassungsrechtlich legitim (dazu unter IV.1.b.bb). § 52b UrhG-RegE-Korb II ermöglicht indes einen gravierend tieferehenden Eingriff in Eigentumsrechte. Die Bundesregierung scheint sich nicht deutlich vor Augen geführt zu haben, daß mit dem Abschied vom Gebot der

³³ *Dreier/Dreier*, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 149.

³⁴ BT-Drs. 16/1828, S. 26.

Bestandsakzessorietät (dazu unter II.1) die Dimension der Eingriffe in das Urheberrecht signifikant erweitert wurde. Daran wird zugleich erkennbar, daß die Zielsetzung des § 52b UrhG-RegE-Korb II ohne Bezug zum Eingriff erfolgt. Den Urhebern und Verlegern wird ein Sonderopfer auferlegt, das einer Enteignung nahe kommt. Wenn der Gesetzgeber Medienkompetenzen und Wissenschaftsstandorte fördern möchte, ist dagegen verfassungsrechtlich nichts einzuwenden. Finanziert werden muß dies aber aus dem allgemeinen Steueraufkommen und nicht durch maßlose Eingriffe in die Rechte der Urheber und Verleger.

(2) Der mit § 52b UrhG-RegE-Korb II verfolgte Eingriff ist nicht zuletzt deshalb für die Betroffenen schwer erträglich und damit unverhältnismäßig, weil der Gesetzgeber der Bereitschaft der Verlage zur Selbstverpflichtung keine Aufmerksamkeit schenkt, die in Aussicht gestellten Selbstverpflichtungserklärungen der Bibliotheken hinsichtlich ihres Anschaffungsverhaltens (dazu bereits unter II.3) indes eingriffsrechtfertigend hervorhebt³⁵. Weshalb wird die Selbstverpflichtung der Verlage ignoriert, die der Bibliotheken aber als Legitimationsgrundlage herangezogen? Dabei liegt es auf der Hand, daß Bibliotheken ihr Anschaffungsverhalten gar nicht verbindlich festlegen können. Dieses hängt entscheidend von der Mittelzuweisung ab. Darüber aber haben Bibliotheken nicht zu disponieren, sondern ihr jeweiliger Träger, insbesondere die öffentliche Hand. Wenn man eingriffsrechtfertigend überhaupt auf eine Selbstverpflichtung zurückgreifen möchte, müßte also eine Erklärung nicht der Bibliotheken, sondern aller Bibliotheksträger verlangt werden. Im übrigen sind Selbstverpflichtungserklärungen von Museen und Archiven nicht in Aussicht gestellt worden. Schließlich sind die Selbstverpflichtungserklärungen nicht klagbar und auch aus diesem Grunde völlig ungeeignet, die Angemessenheit des Grundrechtseingriffs zu begründen.

Selbst wenn aber die Selbstverpflichtungserklärung entgegen allen Erwartungen einen Rückgang des Ankaufsvolumens der Bibliotheken nicht zur Folge hätte, wäre damit jedoch das verfassungsrechtliche Grundproblem nicht gelöst: Selbstverpflichtungserklärungen, die nur die *unveränderte* Fortschreibung des bisherigen Ankaufsverhaltens sichern, genügen *erweiterten* Nutzungsmöglichkeiten von vornherein nicht. Die durch § 52b UrhG-RegE-Korb II ermöglichte theoretisch unbegrenzte Erhöhung der Zugriffszahlen auf nach Art. 14 GG urheberrechtlich geschützte Werke führte eben nicht zu dem verfassungsrechtlich gebotenen Anstieg der Einnahmen der Rechteinhaber. Die Selbstverpflichtungserklärung könnte daher überhaupt nur dann Bedeutung haben, wenn sie eine dauerhafte und signifikante Erhöhung des Ankaufsetats verbindlich zusagte, die den durch § 52b UrhG-RegE-Korb II gesteigerten Zugriffsmöglichkeiten wirklich Rechnung trägt.

³⁵ BT-Drs. 16/1828, S. 26.

(3) Die tatbestandliche Ausgestaltung des § 52b UrhG-RegE-Korb II vermag dem Eingriff die Schwere nicht zu nehmen. Die Beschränkung auf die Nutzung in den Räumlichkeiten der Bibliothek, des Museums oder des Archivs und der Forschungs- bzw. Studienzweck federn den Eingriff nicht signifikant ab. Eine Beschränkung auf kleine Teile oder Werke geringen Umfangs ist – anders als bei § 52a UrhG – schon überhaupt nicht vorgesehen.

(4) Die Unzumutbarkeit des mit § 52b UrhG-RegE-Korb II verbundenen Eingriffs resultiert ferner aus der großen Mißbrauchsgefahr und der fehlenden Kontrollmöglichkeiten der Rechteinhaber. Die Nutzung nach § 52b UrhG-RegE-Korb II darf nur in den Räumen der Bibliothek, des Museums oder des Archivs erfolgen. Der elektronische Leseplatz muß dementsprechend in den der Öffentlichkeit zugänglichen Räumlichkeiten eingerichtet werden. Diese Einschränkung ist überaus mißbrauchsanfällig. Elektronische Leseplätze sind im Grunde nichts anderes als Rechner. Wie aber wird verhindert, daß der Nutzer unter Mißbrauch von § 52b UrhG-RegE-Korb II das Werk weiterleitet oder unzulässig Kopien erstellt. Besonders brisant ist dies, wenn das Werk mit technischen Schutzmaßnahmen versehen wurde und die Gefahr besteht, daß diese durch den Bibliotheksnutzer – der über § 52b UrhG-RegE-Korb II Zugang zum Werk erlangt – unterlaufen werden. Insbesondere aber kann die Einhaltung der besonderen, auch europarechtlich gebotenen Zweckvorgabe des § 52b UrhG-RegE-Korb II (dazu unter V) – die Leseplatznutzung darf nur der Forschung oder privaten Studien dienen – schon von der Bibliothek (oder anderen privilegierten Einrichtungen) nicht sichergestellt werden (dazu bereits unter III.2.d). Die vom Eingriff betroffenen Rechteinhaber können die Zweckbindung noch viel weniger kontrollieren. Wie sollen sie zuverlässig überprüfen, ob die Nutzung eines Werkes wirklich zu Studienzwecken und nicht lediglich zum Vergnügen des Nutzers erfolgt? Vergleichbar der Bestimmung des § 52a UrhG³⁶, schafft der Gesetzgeber mit § 52b UrhG-RegE-Korb II ein weiteres Mal Voraussetzungen gesetzlicher Werknutzung, die weder staatlicher Überwachung noch der Kontrolle der begünstigten Einrichtung noch der der Urheber und Rechteinhaber unterworfen sind.

(5) Der in § 52b Satz 2 UrhG-RegE-Korb II vorgesehene Anspruch auf eine angemessene Vergütung kann den danach unangemessenen Eingriff auch nicht annähernd abmildern. Das Verbotsrecht des Urheberrechts wird auf diesem Wege zu einem bloßen Zahlungsanspruch herabgestuft. Schon darin liegt ein erheblicher Eingriff in das verfassungsrechtlich verbürgte Eigentum, das durch Verbotsrechte und nicht durch Geldansprüche konstituiert wird. Hinzu kommt, daß der gesetzliche Vergütungsanspruch kein marktgerechtes Entgelt sicher stellt, weil die Rechteinhaber die Höhe der Lizenzgebühren nicht aushandeln. Überdies ergeben sich praktische Schwierigkeiten, denn die tatsächliche Zahl der Leseplatz-Nutzungen dürfte kaum

³⁶ Vgl. *Gounalakis*, a.a.O., S. 47.

feststellbar sein. Zudem ist der Vergütungsanspruch eingebunden in die kollektive Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften (§ 52b UrhG-Satz 3 RegE-Korb II). Die Höhe richtet sich nach den Verteilungsplänen der Verwertungsgesellschaften, nicht nach individuellen Kriterien des Werkes und des Nutzerverhaltens. Vergütungsansprüche für Leseplatzgeräte sind nicht vorgesehen. Das in Art. 14 GG verfassungsrechtlich geschützte Eigentum des Urhebers und der Rechteinhaber wird danach dreifach entwertet: An Stelle des Verbotsrechts tritt ein Zahlungsanspruch, dessen Höhe nicht an Marktpreisen ausgerichtet ist, und dessen Durchsetzung kollektiviert ist.

(6) Daß nur kommerzielle Archive, nicht aber kommerzielle Bibliotheken und Museen von § 52b UrhG-RegE-Korb II ausgeschlossen werden, unterstreicht die Unangemessenheit und Unausgewogenheit des § 52b UrhG-RegE-Korb II.

(7) Anders als die Privatkopie-Schranke nach § 53 Abs. 1 UrhG dient § 52b UrhG-RegE-Korb II nicht dem Schutz und der Absicherung zwar rechtlich bedenklicher, aber faktisch weit verbreiteter Eingriffe in Urheberrechte durch Verbraucher und insbesondere auch durch Jugendliche. § 52b UrhG-RegE-Korb II richtet sich an etablierte Betreiber von Kultureinrichtungen, denen eine Rechteinholung ohne weiteres zumutbar ist.

(8) Mit § 52b UrhG-RegE-Korb II ist eine einschneidende Änderung des Verhältnisses von Bibliothek und Urheber bzw. Rechteinhaber verbunden. Bislang haben Bibliotheken ein Produkt (Buch) gekauft (oder als Pflichtexemplar erhalten), und sie haben dieses Produkt dann den Nutzern verfügbar gemacht; unter der Geltung des § 52b UrhG-RegE-Korb II sollen sie weiterhin das Produkt (Buch) kaufen, jedoch ein anderes (Online-Zugang) dem Nutzer anbieten. Nichts spricht gegen das Online-Angebot, aber alles dagegen, daß die Rechteinhaber für diesen Wandel aufkommen sollen. Wenn Bibliotheken Online-Angebote machen wollen, sollte ihre Beschaffungspolitik auch den rechtlichen Rahmenbedingungen moderner Informationstechnologien angepaßt werden.

c) Ergebnis

Die verfassungsrechtliche Untersuchung hat erhebliche Defizite des § 52b UrhG-RegE-Korb II aufgedeckt. Der Bestimmung fehlt schon ein konkretes Regelungsziel. Sie ist ferner kaum geeignet, Medienkompetenz zu fördern und den Wissenschaftsstandort zu stärken. Eine unbeschränkte gesetzliche Mehrfachlizenz ist ferner nicht erforderlich, zumal eine Zwangslizenz ein milderes Mittel darstellt. Insbesondere erscheint § 52b UrhG-RegE-Korb II als völlig unangemessener Eingriff in Eigentumsrechte am Werk. Ein Zugang zum Werk ist auf beliebig vielen Leseplätzen möglich, eine marktangemessene, werk- und nutzungsbezogene Vergütung wird auch nicht

annähernd bezahlt, der Nutzungszweck ist tatsächlich nicht kontrollierbar und nicht zuletzt ist es den Bibliotheken und anderen Einrichtungen ohne weiteres zumutbar, ihre Beschaffungspolitik nicht nur auf die technische Einrichtung elektronischer Leseplätze, sondern auch auf die erforderlichen Lizenzen auszurichten.

Neben diese verfassungsrechtlichen Bedenken treten europarechtliche Schwachpunkte des § 52b UrhG-RegE-Korb II:

V. Europarechtliche Bewertung: Richtlinienkonformität des § 52b UrhG-RegE-Korb II

1. Vorgabe in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie

Der deutsche Gesetzgeber ist bei der Errichtung von Schranken des Urheberrechts nicht frei, sondern an die Vorgaben der Informations-Richtlinie gebunden. Schranken, die in Art. 5 Informations-Richtlinie nicht ausdrücklich vorgesehen sind, dürfen die Mitgliedsstaaten nicht einführen. Art. 5 der Informations-Richtlinie wirkt im Sinne einer Ermächtigung zur Schrankensetzung. Der Gesetzgeber ist zwar frei, von den Schranken in Art. 5 Abs. 3 der Informations-Richtlinie Gebrauch zu machen. Wenn er aber Schranken regeln möchte, muß er sich streng an die Vorgaben der Informations-Richtlinie halten.

Die in § 52b UrhG-RegE-Korb II vorgesehene Leseplatzschranke beruht auf Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie. Diese Bestimmung ist ihrerseits unklar gefaßt. Sie ist in den Beratungen³⁷ zur Informations-Richtlinie erst zu einem sehr späten Zeitpunkt in den Richtlinien-Entwurf eingefügt worden³⁸. Weder im Kommissionsvorschlag vom 28.01.1998 noch im geänderten Kommissionsvorschlag vom 25.05.1999 ist ein entsprechendes Privileg vorgesehen. Es erscheint erstmals im Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlaß der Informations-Richtlinie vom 28.09.2000³⁹. Eine inhaltliche Begründung für das Leseplatzprivileg läßt sich dem Dokument nicht entnehmen; der Rat verweist eher nichtssagend auf „entsprechende Anträge von Mitgliedsstaaten“⁴⁰.

³⁷ Dazu *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 734 f.

³⁸ *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 740.

³⁹ ABI. EG C 344/1 vom 01.12.2000, S. 1.

⁴⁰ ABI. EG C 344/1 vom 01.12.2000, S. 18, unter Nr. 35.

2. Vorrang privater Regelungen

(1) § 52b UrhG-RegE-Korb II beruht auf Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie. Die Vorschrift lautet:

„Die Mitgliedsstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 und 3 vorgesehenen Rechte vorsehen:

...

n) für die Nutzung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen, für die keine Regelung über Verkauf und Lizenzen gelten und die sich in den Sammlungen der Einrichtungen gemäß Absatz 2 Buchstabe c) befinden, durch ihre Wiedergabe oder Zugänglichmachung für einzelne Mitglieder der Öffentlichkeit zu Zwecken der Forschung und privater Studien auf eigens hierfür eingerichteten Terminals in den Räumlichkeiten der genannten Einrichtungen;

...“

Besondere Beachtung verdienen im vorliegenden Zusammenhang die Worte:

„... für die keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten ...“.

Die Zulässigkeit der Nutzung von Werken an elektronischen Leseplätzen aufgrund einer gesetzlichen Schrankengrundlage steht danach europarechtlich unter dem Vorbehalt, daß keine Regelungen über Verkauf und Lizenzierung dieser Werke zu der entsprechenden Nutzung bestehen. Soweit Regelungen der Beteiligten die Nutzung in der entsprechenden Einrichtung ermöglichen, müssen diese der gesetzlichen Schranke vorgehen.

Der Vorbehalt und Vorrang privater Regelungen in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie liegt auf der auch an anderen Stellen in der Informations-Richtlinie zum Ausdruck kommenden Subsidiarität der Schrankenbestimmungen. Dementsprechend gehen Erwägungsgrund 45 und – in anderem Zusammenhang – Erwägungsgrund 52 der Informations-Richtlinie von einem Vorrang vertraglicher bzw. freiwilliger Beziehungen aus.

(2) Vor dem Hintergrund der Vorrangs privater Lösungsmodelle ergibt sich für § 52b UrhG-RegE-Korb II ein erhebliches Umsetzungsdefizit. Zwar trägt der Regierungsentwurf im Ansatz dem Vorrang vertraglicher Beziehungen Rechnung, faßt die Vorgabe aber zu eng, weil er auf einen *tatsächlich* geschlossenen Vertrag abstellt. Das ergibt sich aus folgendem:

§ 52b UrhG-RegE-Korb II stellt die Leseplatz-Schranke unter den Vorbehalt, daß dem Zugriff „keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen“. Die exakte Bedeutung dieser Worte ist unklar. Der naheliegende Sinn liegt wohl darin, daß die Schran-

kenbestimmung des § 52b UrhG-RegE-Korb II (nur dann) nicht eingreift, wenn der Rechteinhaber mit der Bibliothek eine dahingehende Ausschlußvereinbarung getroffen hat. Das würde aber voraussetzen, daß *tatsächlich* ein entsprechender Vertrag zustande kommt. In diese Richtung deutet auch die amtliche Begründung zu § 52b UrhG-RegE-Korb II:

„§ 52b gilt nicht für solche Werke, für die vertragliche Vereinbarungen über eine Nutzung in digitaler Form getroffen wurden. Die zulässige Nutzung richtet sich hier ausschließlich nach dem Vertrag.“⁴¹

Damit aber würde es die Bibliothek (und jede andere in § 52b UrhG-RegE-Korb II genannte Einrichtung) in der Hand haben, durch Verweigerung des Abschlusses einer entsprechenden Nutzungsvereinbarung die Bestimmung insoweit leerlaufen zu lassen. Einen Kontrahierungszwang, der die Bibliothek (und jede andere in § 52b UrhG-RegE-Korb II genannte Einrichtung) verpflichten würde, ein angemessenes Angebot des Verlags zur lizenzrechtlichen Gestaltung des Leseplatzzugriffs anzunehmen, sieht der Regierungsentwurf nicht vor.

Diese Lösung läßt die europarechtlichen Vorgaben außer Acht. § 52b UrhG-RegE-Korb II beruht – wie eben gesehen – auf der Schrankenermächtigung des Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie. Danach dürfen Rechte an Werken nur beschränkt werden, wenn „keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen“ gelten. Die Richtlinie spricht insofern gerade nicht davon, daß vertragliche Abreden tatsächlich zustande gekommen sind. Eine Schranke nach Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie darf daher nur dann geschaffen werden, wenn die entsprechenden Werke „weder käuflich noch zu Lizenzbedingungen erhältlich sind“⁴². Die *Möglichkeit* des Abschlusses eines entsprechenden Vertrags genügt⁴³. Weil § 52b UrhG-RegE-Korb II jedoch den *tatsächlich erfolgten* Abschluß einer vertraglichen Vereinbarung verlangt und die Geltung der Leseplatzschranke damit in die Hand der Bibliothek bzw. der anderen Einrichtungen legt, ist die Vorschrift nicht mit Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie vereinbar⁴⁴. § 52b UrhG-RegE-Korb II wird daher in der vorliegenden Ausgestaltung dem Grundanliegen der In-

⁴¹ Begründung zu § 52b UrhG-RegE-Korb II, BT-Drs. 16/1828, S. 26.

⁴² *Walter/Walter*, Europäisches Urheberrecht, 2001, Informations-Richtlinie, IV. Kapitel, Rn. 135.

⁴³ *Spindler*, GRUR 2002, 105, 114; wohl auch *Kröger*, CR 2001, 316, 320 (allerdings mit unklarer Ausrichtung auf Mehrplatzlizenzen, hiergegen *Spindler*, a.a.O., Fn. 151); offen *Hoeren*, MMR 2000, 515, 519.

⁴⁴ Ob § 52b UrhG-RegE-Korb II im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung europarechtskonform interpretiert werden kann, erscheint zweifelhaft.

formations-Richtlinie nicht gerecht, die von einem Vorrang individueller Nutzungsabrechnung vor der Pauschalvergütung ausgeht.

3. Drei-Stufen-Test

Nach dem in Art. 5 Abs. 5 der Informations-Richtlinie normierten Drei-Stufen-Test müssen die Schranken des Urheberrechts auf bestimmte Sonderfälle begrenzt sein, sie dürfen ferner die normale Werkverwertung nicht beeinträchtigen und sollen überdies berechnete Interessen der Rechteinhaber nicht ungebührlich verletzen. Die exakte Bedeutung des Drei-Stufen-Tests ist derzeit noch nicht abschließend geklärt⁴⁵. Einigkeit besteht insofern, als der Drei-Stufen-Test als „Schranken-Schranke“ den nationalen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Schranken des Urheberrechts bindet. Auch § 52b UrhG-RegE-Korb II muß danach dem Drei-Stufen-Test standhalten.

Die erste Stufe, die Begrenzung auf bestimmte Sonderfälle, soll verhindern, daß das Urheberrecht durch eine Schrankenbestimmung weitgehend ausgehöhlt wird. Für diese Frage dürfte nicht auf das Urheberrecht insgesamt, andererseits aber auch nicht nur auf das einzelne Nutzungsrecht, sondern – im Sinne eines Mittelwegs - auf das konkrete gesetzliche Verwertungsrecht abzustellen sein, das durch eine Schrankenbestimmung betroffen ist⁴⁶. § 52b UrhG-RegE-Korb II beschränkt das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG (dazu unter III.1), ohne allerdings dieses Verwertungsrecht dem Rechteinhaber vollauf zu entziehen. Auch ist die Vorschrift mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar.

Bedenken bestehen indes, ob § 52b UrhG-RegE-Korb II mit der zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests in Einklang steht. Danach darf eine Schrankenbestimmung die normale Werkverwertung nicht beeinträchtigen. Eine besondere Rolle spielt dabei, daß die von § 52b UrhG-RegE-Korb II betroffenen Werke häufig der Wissenschaft und dem Segment der Fachbücher zuzurechnen sind. Bislang wurden jedenfalls Standardwerke aus diesen Bereichen von den Bibliotheken mehrfach erworben, um sie dem Nutzerkreis zur Verfügung stellen zu können. Auf der Basis des § 52b UrhG-RegE-Korb II kann die Bibliothek in Zukunft nach dem derzeitigen Wortlaut auf den Erwerb ganz verzichten, nach den Äußerungen der Bundesregierung zur Änderung des § 52b UrhG-RegE-Korb II (unter II) sich auf den Erwerb eines Werkexemplars beschränken, zugleich aber den Nutzern eine unbeschränkte Zugriffsmöglichkeit einräumen.

⁴⁵ *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, vor § 44a, Rn. 21.

⁴⁶ Vgl. zu den Alternativen *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, vor § 44a, Rn. 21.

Bei der Bewertung des § 52b UrhG-RegE-Korb II ist überdies die Möglichkeit der öffentlichen Zugänglichmachung an Schulen, Hochschulen und anderen Bildungseinrichtungen nach § 52a UrhG mit einzubeziehen. Diese Schranke entzieht dem Rechteinhaber schon jetzt einen wichtigen Absatzmarkt. Im Zusammenspiel beeinträchtigen § 53a UrhG und § 52b UrhG-RegE-Korb II das Marktsegment⁴⁷ der Wissenschafts-, Fach- und Schulbücher drastisch. Die Gefahr, daß die ohnehin bedenkenlich weiten Grenzen des § 52a UrhG über § 52b UrhG-RegE-Korb II völlig unterhöhlt werden (dazu unter III.2.e), dürfte die europarechtlichen Bedenken gegen diese Bestimmung weiter verstärken. Hinsichtlich des besonderen Markts für Schulbücher und Bildungsmedien ist eine an § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG angelehnte Bereichsausnahme auch bei § 52b UrhG-RegE-Korb II unverzichtbar; andernfalls würde der Primärmarkt für diese Produkte zwar nicht über § 52a UrhG, wohl aber über § 52b UrhG-RegE-Korb II noch weiter beeinträchtigt.

Die dritte Stufe bindet den nationalen Gesetzgeber bei der Schrankenziehung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁴⁸. Wenngleich die (konventions- und) europarechtliche Rechtsnatur des Drei-Stufen-Tests eine unmittelbare Übernahme nationaler Auslegungskriterien verbietet, so dürfte ein Rückgriff auf die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit auch im Rahmen des Art. 5 Abs. 5 Informations-Richtlinie nicht ganz fern liegen. Insofern hat die verfassungsrechtliche Prüfung des § 52b UrhG-RegE-Korb II einen eklatanten Verstoß gegen die Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des § 52b UrhG-RegE-Korb II ergeben (dazu unter IV.2.b). Weder besteht eine unabdingbare Notwendigkeit der Leseplatzschränke nach § 52b UrhG-RegE-Korb II noch vermag der gesetzliche Vergütungsanspruch den Eingriff zu rechtfertigen⁴⁹.

Abschließend sei hervorgehoben, daß aus europarechtlichen Gründen nur der Präsenzbestand überhaupt von § 52b UrhG-RegE-Korb II erfaßt werden darf. Das auf dem Leseplatz öffentlich zugänglich gemachte Werk muß sich nach Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) der Informations-Richtlinie „in den Sammlungen der Einrichtungen ...

⁴⁷ Zu diesem Kriterium auf der zweiten Teststufe *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, S. 159, 182.

⁴⁸ *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, S. 159, 183.

⁴⁹ Insofern nicht zu folgen ist *Senftleben*, in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, S. 159, 184, wonach der Bibliotheksgebrauch geistig-schöpferische Prozesse fördern könne und daher die Urheber „spürbare Umsatzeinbußen“ hinnehmen müßten. Der Drei-Stufen-Test ist wohl kaum als Legitimation für Eingriffe in das Urheberrecht zu deuten, auch nicht zur Förderung kreativer Prozesse.

befinden“. Schon von daher ist es ausgeschlossen, in § 52b UrhG-RegE-Korb II nicht im Bestand befindliche Werke zu erfassen.

VI. Zusammenfassung und Gesamtergebnis

Das in § 52b UrhG-RegE-Korb II vorgesehene Privileg von Bibliotheken, Museen und Archiven, Werke an elektronischen Leseplätzen ohne Zustimmung der Rechteinhaber verfügbar zu machen, ist während der Gesetzgebungsarbeiten stetig erweitert worden (II). § 52b UrhG-RegE-Korb II hat den durchaus legitimen Ausgangspunkt, den Nutzern die Printprodukte der Einrichtung digital zur Verfügung zu stellen, völlig aus den Augen verloren. Als besonders gravierend erweist sich dabei der Abschied von der Bestandsakzessorietät (II.1/3).

Urheberrechtlich stellt § 52b UrhG-RegE-Korb II einen Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG dar, der in dieser Tiefe bislang beispiellos ist (III.1). Zahlreiche Fragen der Leseplatznutzung sind überhaupt nicht geregelt worden, insbesondere die Rechtsgrundlage der Herstellung der digitalen Vorlage, die Sicherung der Zwecksetzung, der Ausschluß der Weitergabe des Werks und die Absicherung der Grenzen des § 52b UrhG-RegE-Korb II beispielsweise durch eine Bereichsausnahme für Bildungsmedien (III.2).

§ 52b UrhG-RegE-Korb II verletzt die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG (IV.2). Die unbeschränkte gesetzliche Mehrfachlizenz ist insbesondere nicht erforderlich; die Zwangslizenz stellt ein schonenderes Mittel dar. § 52b UrhG-RegE-Korb II wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsprinzips insbesondere deshalb nicht gerecht, weil ein Zugang zum Werk auf beliebig vielen Leseplätzen möglich ist, eine marktangemessene und nutzungsbezogene Vergütung auch nicht annähernd bezahlt wird, der Nutzungszweck tatsächlich nicht kontrollierbar ist und es den Bibliotheken und anderen Einrichtungen ohne weiteres zumutbar ist, ihre Beschaffungspolitik zu ändern. Auf europarechtlicher Ebene berücksichtigt § 52b UrhG-RegE-Korb II weder den in der Informations-Richtlinie festgeschriebenen Vorrang vertraglicher Regelungen noch hält die Bestimmung dem Drei-Stufen-Test stand (unter V).

Die Untersuchung führt daher zu dem Ergebnis, daß § 52b UrhG-RegE-Korb II weder mit der in Art. 14 GG verbürgten verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie noch mit den engen Bindungen der Informations-Richtlinie in Einklang steht.

Die Erstellung von Fotokopien für den Schulunterricht

– Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte der geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG –

Rechtsgutachten

zu

§ 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG

nach dem Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

von

Prof. Dr. Christian Berger

Universität Leipzig

Oktober 2006

I. Fragestellung

Mit dem am 13.09.2003 in Kraft getretenen Ersten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft wurden die zwingenden fristgebundenen Vorgaben der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (im folgenden: „Informations-Richtlinie“) in nationales Recht umgesetzt (sog. „Korb I“). Damit ist das Urheberrecht allerdings noch nicht vollständig an die Herausforderungen der modernen Informationstechnik angepaßt worden. Zur weiteren Ausgestaltung des Urheberrechts hat die Bundesregierung am 22.03.2006 den Gesetzentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft¹ beschlossen (sog. „Korb II“). Im Mittelpunkt steht die Übernahme zahlreicher fakultativer Schrankenbestimmungen der Informations-Richtlinie.

Der Gesetzentwurf enthält darüber hinaus Bestimmungen, die keinen unmittelbaren Bezug zur Informations-Richtlinie aufweisen. Hierzu zählt die geplante Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG. Nach der bisherigen Fassung der Vorschrift können Lehrer Vervielfältigungsstücke von kleinen Werkteilen zum Gebrauch im Schulunterricht in der für eine Schulklasse erforderlichen Anzahl herstellen. Nach Nr. 12 d) des Regierungsentwurfs zu Korb II sollen die Vervielfältigungen der „Veranschaulichung des Unterrichts“ dienen und die Zahl der zulässigen Fotokopien an der Zahl der „Unterrichtsteilnehmer“ ausgerichtet werden. Diese Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG scheint nur der Anpassung des Sprachgebrauchs zu dienen, enthält bei näherem Hinsehen indes eine gravierende Erweiterung der Kopiermöglichkeiten für den Unterrichtsgebrauch (näher sogleich unter II), die tief in Urheber- und Verlagsrechte eingreift.

Das Urheberrecht ist nach Art. 14 GG verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum, und die Rechte der Urheber dürfen nur nach Maßgabe der Informations-Richtlinie beschränkt werden. Der mit der geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG verschärfte Zwangszugriff auf urheberrechtliche Werke und insbesondere auf Bildungsmedien liegt auf der Linie der in den vergangenen Jahren erreichten stetigen Erweiterung des Kopierprivilegs für den Unterricht (unter III). Sowohl die bisherige Fassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG als auch die geplanten Änderungen werfen grundlegende verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen auf.

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., Frankfurt am Main, hat um ein wissenschaftliches Gutachten zur Vereinbarkeit der geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG mit der Verfassung (unter V) und europarechtlichen Vorgaben (un-

¹ BT-Drs. 16/1828 v. 15.06.2006.

ter VI) gebeten. Das Gutachten führt zu dem Ergebnis, daß bereits die derzeitige Fassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG mit der verfassungsrechtlich verbürgten Eigentumsgarantie und der Informations-Richtlinie nicht in Einklang steht (unter IV).

II. Die Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG durch das zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Der Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft sieht neben vielen anderen Bestimmungen auch eine Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG vor. Die Änderung scheint allein der Anpassung an den Sprachgebrauch anderer Schranken des Urheberrechtsgesetzes zu dienen, in Wahrheit jedoch verbirgt sich dahinter eine einschneidende Erweiterung der Ermächtigung zu Fotokopien für den Schulunterricht.

1. § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG in der Fassung des zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Die bisherige Fassung des § 53 Abs. 3 UrhG lautet:

„Zulässig ist, Vervielfältigungsstücke von kleinen Teilen eines Werkes, von Werken von geringem Umfang oder von einzelnen Beiträgen, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen oder öffentlich zugänglich gemacht worden sind, zum eigenen Gebrauch

1. im Schulunterricht, in nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie in Einrichtungen der Berufsbildung in der für eine Schulklasse erforderlichen Anzahl oder
2. für staatliche Prüfungen und Prüfungen in Schulen, Hochschulen, in nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie in der Berufsbildung in der erforderlichen Anzahl

herzustellen oder herstellen zu lassen, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist.“

Nach Art. 1 Nr. 12 Buchstabe d) des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22.03.2006 soll § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG wie folgt geändert werden:

„In Absatz 3 Nr. 1 werden die Wörter „im Schulunterricht“ durch die Wörter „zur Veranschaulichung des Unterrichts in Schulen“ und die Wörter „eine Schulklasse“ durch die Wörter „die Unterrichtsteilnehmer“ ersetzt.“

Falls der Entwurf Gesetzeskraft erlangt, würde § 53 Abs. 3 UrhG daher in Zukunft wie folgt lauten (Änderungen hervorgehoben):

„Zulässig ist, Vervielfältigungsstücke von kleinen Teilen eines Werkes, von Werken von geringem Umfang oder von einzelnen Beiträgen, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen oder öffentlich zugänglich gemacht worden sind, zum eigenen Gebrauch

1. ~~im Schulunterricht~~ zur Veranschaulichung des Unterrichts in Schulen, in nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie in Einrichtungen der Berufsbildung in der für ~~eine Schulklasse~~ die Unterrichtsteilnehmer erforderlichen Anzahl oder
2. für staatliche Prüfungen und Prüfungen in Schulen, Hochschulen, in nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie in der Berufsbildung in der erforderlichen Anzahl

herzustellen oder herstellen zu lassen, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist.“

2. Bedeutung der Änderung

a) Erweiterung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG

Die Bedeutung der geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG wird in der Begründung des Regierungsentwurfs als rein formal-sprachliche Anpassung an den Wortlaut anderer gesetzlicher Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes gedeutet:

„Mit der Änderung in § 53 Abs. 3 Nr. 1 wird der Sprachgebrauch den anderen Schranken für Unterrichtszwecke (§ 52a sowie § 87c) angepasst.“²

Diese Einschätzung trifft schon für die vermeintliche Anpassung an § 52a UrhG nicht zu. § 52a UrhG lautet an der maßgeblichen Stelle nicht:

„zur Veranschaulichung des Unterrichts in Schulen“ (so die geplante Neufassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG),

sondern:

„zur Veranschaulichung *im* Unterricht *an* Schulen ...“.

Eine Änderung des § 52a UrhG ist durch das aktuelle Gesetzesvorhaben nicht beabsichtigt. Der Wortlaut des § 52a Abs. 1 UrhG ist und bleibt daher enger als der ge-

² Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22.03.2006, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

plante neue § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG. Bei § 52a UrhG wird mit dem Wort „im“ zum Ausdruck gebracht, daß die öffentliche Zugänglichmachung nur zulässig ist, wenn sie während der Unterrichtsveranstaltung im Beisein des Unterrichtenden stattfindet. Die geplante Neufassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG hingegen verzichtet auf diese Beschränkung. Es ist juristisch ein großer Unterschied, ob die Kopie der Veranschaulichung im Unterricht dient oder zur Veranschaulichung des Unterrichts erfolgt. Die „Veranschaulichung des Unterrichts“ (so § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG nach dem Regierungsentwurf zu Korb II) kann auch in der Vor- und Nachbereitung erfolgen, also außerhalb der gemeinsamen Unterrichtsstunde. Lehrer werden den Schülern kopiertes Unterrichtsmaterial zur Verfügung stellen können, das während der Unterrichtsstunde nicht behandelt wird. Die gesamte Vor- und Nachbereitung einschließlich der Wiederholung des Stoffes kann mit den auf der Basis der geplanten Neufassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG erstellten Kopien erfolgen. Die bislang bei § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG bestehenden faktischen Schranken, die sich aus den zeitlichen Vorgaben der Unterrichtsstunde und den räumlichen Grenzen des Klassenzimmers ergeben, sollen gesprengt werden. Die Begründung des Regierungsentwurfs, es handele sich bei der Neufassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG nur um eine sprachliche Anpassung an § 52a UrhG, trifft daher offensichtlich nicht zu. Die Änderung des Wortlauts wird eine massive Erweiterung der Zugriffsmöglichkeiten auf Unterrichtsmaterialien zur Folge haben. Insofern täuscht die Begründung des Regierungsentwurfs, die nur eine sprachlich-formale Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG behauptet. Die Modifikation des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG würde eine tiefgreifende materielle rechtliche Novellierung der Bestimmung zur Folge haben.

b) Interpretation der geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG durch die Bundesregierung

Die mit der Neufassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG verbundenen wirklichen Absichten der Bundesregierung werden deutlich in der Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs *Andreas Storm* auf die Frage des Mitglieds des Bundestages, Frau Abgeordnete *Grietje Bettin* vom 05. April 2006³. Auf die Frage, wie die Bundesministerin für Bildung und Forschung, *Dr. Annette Schavan*, die Möglichkeit der Nutzung digitaler Medien und Inhalte im Unterricht an öffentlichen Bildungseinrichtungen bewerte, antwortete *Storm*:

„Die Regelungen über Vervielfältigungen zum Gebrauch im Unterricht (§ 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG) sollen auf Unterrichtsvor- und -nachbereitung sowie auf variierende Lerngruppen ausgedehnt werden.“⁴

³ BT-Drs. 16/1098, Frage 12.

Diese Interpretation des geplanten § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG kommt den wahren Absichten der Bundesregierung sehr viel näher als die beschönigende Fassung in der Begründung des Regierungsentwurfs. Die Bundesregierung räumt ein, daß § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG, der bisher nur auf die Nutzung von Werken im Unterricht ausgerichtet ist, die gesamte Vor- und Nachbereitung des Unterrichts umfassen wird.

c) Interpretation der geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG durch den Bundesrat

Eindrucksvoll bestätigt wird dieses Verständnis zudem von der Stellungnahme des Bundesrats zum Regierungsentwurf. Für § 52a UrhG schlägt der Bundesrat vor, den geltenden § 52a UrhG an die im Regierungsentwurf zu Korb II vorgeschlagene Änderung des § 53 Abs. 3 UrhG anzupassen.

An der maßgeblichen Stelle lautet § 52a UrhG derzeit wie folgt:

„§ 52a Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

(1) Zulässig ist,

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

...

öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

(2) – (4) ...“

Nach dem Vorschlag des Bundesrates sollte § 52a UrhG in folgender Weise modifiziert werden⁵:

„§ 52a wird wie folgt geändert:

In Absatz 1 Nr. 1 werden die Wörter „im Unterricht“ durch die Wörter „des Unterrichts“ ersetzt.

...“

⁴ Antwort des Staatssekretärs *Storm* in der 31. Sitzung des Bundestags in der 16. Wahlperiode am 05.04.2006 (Anlage 9) (Hervorhebung nicht im Original).

⁵ Vgl. die Gegenäußerung des Bundesrats BT-Drs. 16/1828 S. 39 f. (unter Nr. 7).

In der Begründung zu dem Vorschlag der Änderung des § 52a UrhG führt der Bundesrat aus:

„Moderne Unterrichtsformen wie Vor- und Nachbereitung von Lerninhalten in der Schule, klassenübergreifende Projektarbeiten oder die ganztägige Förderung und Betreuung in der Schule bedingen eine Intranetnutzung auch über die einzelne Schulstunde hinaus. Die vorgeschlagene Formulierung entspricht dem Vorschlag der Bundesregierung zur Änderung des § 53 Abs. 3 UrhG. Eine unterschiedliche Behandlung der vergleichbaren Tatbestände ist nicht nachvollziehbar.“⁶

§ 52a UrhG soll danach an den Wortlaut der geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 UrhG angepaßt werden. Daher ist das Verständnis des Bundesrats hinsichtlich der von der Bundesregierung geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 UrhG auch für das Normverständnis von § 53 Abs. 3 UrhG interessant. Ebenso wie die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung des § 52a UrhG soll auch die geplante Änderung des § 53 Abs. 3 UrhG

- die Vor- und Nachbereitung von Lerninhalten
- klassenübergreifende Projektarbeiten
- die ganztägige Förderung
- die ganztägige Betreuung
- über die einzelne Schulstunde hinaus

ermöglichen.

Die oben zur von der Bundesregierung vorgeschlagenen Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG dargelegte Befürchtung, die geringfügige Modifikation des Wortlauts der Vorschrift diene keineswegs nur der sprachlichen Anpassung an andere Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes, sondern der substantiellen Erweiterung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG, findet darin eine Bestätigung. Die geplante Neufassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG erlaubt Vervielfältigungen auch zur Vor- und Nachbereitung, also zum Lernen außerhalb der gemeinsamen Unterrichtsstunde, zu klassenübergreifenden Projektarbeiten und zur ganztägigen Förderung und Betreuung. Die gesamte – auch häusliche – Vor- und Nachbereitung einschließlich der Wiederholung des Stoffes und der Erarbeitung neuen Stoffs außerhalb der Schulstunden soll in Zukunft mit auf der Basis von § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG erstellten Kopien erfolgen können.

⁶ BT-Drs. 16/1828, S. 40 (linke Spalte oben; Hervorhebung nicht im Original).

d) Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß die geplante Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG in der Begründung des Regierungsentwurfs als rein sprachliche Anpassung dargestellt wird, in Wahrheit jedoch gravierende Erweiterungen des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG vorgesehen sind. § 53 Abs. 3 UrhG wird damit ein weiteres Mal erweitert (unter III). Die Vorschrift ist in dieser Weite weder nach der derzeitigen Fassung (unter IV) und erst recht nicht nach den geplanten Änderungen durch den Regierungsentwurf zu Korb II mit verfassungsrechtlichen (unter V) und europarechtlichen (unter VI) Vorgaben vereinbar.

III. Stetige Erweiterung des Kopierprivilegs zu Unterrichtszwecken

Betrachtet man den Gesamtverlauf der Entwicklung, wurde das Kopierprivileg zu Unterrichtszwecken in den vergangenen 30 Jahren stetig erweitert. Dem korrespondiert die kontinuierliche Aushöhlung des Urheberrechts insbesondere an Bildungsmedien.

1. Die Entwicklung der gesetzlichen Grundlagen

a) Urheberrechtsgesetz 1965

Das Urheberrechtsgesetz des Jahres 1965 enthielt keine besondere Bestimmung über die Vervielfältigung zu Unterrichtszwecken. Geregelt war nur die Vervielfältigung zum persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch in §§ 53, 54 UrhG 1965. Die rechtliche Grundlage für die Erstellung von Kopien zu Unterrichtszwecken an Schulen bildete § 54 Abs. 1 Nr. 4a UrhG 1965. Die Bestimmung lautete wie folgt:

„§ 54 Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch

(1) Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen

1. – 3. ...

4. zum sonstigen eigenen Gebrauch,

a) wenn es sich um kleine Teile eines erschienenen Werkes oder um einzelne Aufsätze handelt, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind,

b) ...

(2) Dient die Vervielfältigung gewerblichen Zwecken des zur Vervielfältigung Befugten, so hat er dem Urheber hierfür eine angemessene Vergütung zu zahlen.

(3) ...“

Diese Schrankenbestimmung diene nach der Intention des Gesetzgebers nur der

„Anfertigung wissenschaftlicher und technischer Arbeiten zu beruflichen Zwecken“⁷.

Im Schulbereich hatte sich allerdings auf der Basis des § 54a Abs. 1 Nr. 4a UrhG 1965 die Übung entwickelt, Kopien zu Unterrichtszwecken *in Klassenstärke* herzustellen. § 54a Abs. 1 Nr. 4a UrhG 1965 wurde danach in doppelter Weise unterlaufen: Weder hat man die Beschränkung auf wissenschaftliche und technische Zwecke eingehalten noch eine zahlenmäßige Beschränkung bedacht. Der für sonstige Vervielfältigungen zum persönlichen oder eigenen Gebrauch geltenden Höchstgrenze von sieben Exemplaren⁸ wurde in den Schulen keine Beachtung geschenkt. Exemplarisch für die Mißachtung der Urheberrechte stand ein Runderlaß des Senators für Bildung der Freien Hansestadt Bremen, der das Kopieren „in Klassenstärke“ empfahl⁹. Eine Vergütung hierfür mußte nicht entrichtet werden, weil die Vervielfältigung zu Unterrichtszwecken nicht gewerblichen Zwecken dient (vgl. oben den Text von § 54 Abs. 3 UrhG 1965).

Dieser offensichtlich rechtswidrigen Praxis hatte der Bundesgerichtshof im Jahre 1978 eine klare Absage erteilt. Auch bei Vervielfältigungen im Schulbereich dürfe die Zahl von sieben Exemplaren nicht überschritten werden¹⁰.

b) 1983/85

Um den Schul- und Kultusverwaltungen die vom Bundesgerichtshof als rechtswidrig eingestufte Praxis dennoch zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 01.07.1985 das Urheberrechtsgesetz um den neuen § 53 Abs. 3 UrhG ergänzt:

„§ 53 Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch

(1) – (2) ...

⁷ Vgl. die Begründung zu § 54 Abs. 1 Nr. 4a UrhG, zitiert nach *Marcel Schulze*, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 1997, S. 497 (zu § 55 des UrhG-Entwurfs vom 23.03.1962).

⁸ Vgl. die Darstellung bei BGH GRUR 1978, 474, 476 – Vervielfältigungsstücke.

⁹ Vgl. den entsprechenden Runderlaß in Bremen bei BGH GRUR 1978, 474, 475 – Vervielfältigungsstücke; s. ferner *Neumann*, Urheberrecht und Schulgebrauch, 1994, S. 66.

¹⁰ BGH GRUR 1978, 474, 476 – Vervielfältigungsstücke.

(3) Zulässig ist, Vervielfältigungsstücke von kleinen Teilen eines Druckwerkes oder von einzelnen Beiträgen, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind, zum eigenen Gebrauch

1. im Schulunterricht, in nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie in Einrichtungen der Berufsbildung in der für eine Schulklasse erforderlichen Anzahl ...
2. ...

(4) – (6) ...“

Die durch den Bundesgerichtshof im Jahre 1978 verbotenen Eigenmächtigkeiten der Lehrer und der Schulverwaltungen hat der Gesetzgeber in den Jahren 1983/85 gebilligt. Der in § 54 Abs. 2 UrhG 1985 (auch) für Kopien zu Zwecken des Unterrichtsgebrauchs vorgesehene gesetzliche Vergütungsanspruch vermag die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht zu beseitigen (dazu unter IV.2.b.ee).

c) Korb I 2003

Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft des Jahres 2003 hat § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG nochmals erweitert¹¹: Die Bestimmung ist nicht mehr nur auf kleine Teile eines Druckwerkes oder einzelne Beiträge, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind, beschränkt. Erfasst werden seither vielmehr auch kleine Teile sämtlicher Werkarten sowie alle Werke geringen Umfangs. Der Kreis der Entnahmemedien wurde ferner dadurch erweitert, daß nicht mehr nur erschienene Werke, sondern auch öffentlich zugänglich gemachte Werke als Kopiervorlagen dienen dürfen.

Besondere Aufmerksamkeit verdient die gleichzeitige Einführung des § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG, wonach kleine Werkteile und Werke geringen Umfangs einschließlich einzelner Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträge zur Veranschaulichung im Schulunterricht öffentlich zugänglich gemacht werden dürfen. Den damit verbundenen Eingriff hat der Gesetzgeber in § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG durch eine Bereichsausnahme für zum Unterrichtsgebrauch bestimmte Werke abgemildert. Insbesondere Schulbücher und andere Bildungsmedien dürfen danach nicht ohne Zustimmung der Rechteinhaber öffentlich zugänglich gemacht werden. Obgleich § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG im digitalen Online-Bereich dieselben Zwecke verfolgt wie § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG im analogen Printbereich, hat es der Gesetzgeber versäumt, die Bereichsausnahme des § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG auch auf § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG zu erstrecken. Dieses Unterlassen ist vor dem Hintergrund des Art. 14 GG und des Art. 3 GG verfassungs-

¹¹ BGBl I 2003, 1774 (vgl. Nr. 15 c)).

rechtlich bedenklich (dazu unter IV), zumal angesichts der rechtlichen Auslegung (unter III.2) und der tatsächlichen Handhabung der Vorschrift (unter III.3).

2. Auslegung des geltenden § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG

a) Normzweck: Unterrichtsergänzung

Der Wortlaut des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG ist hinsichtlich der Zulässigkeit von Fotokopien für Unterrichtszwecke unscharf gefaßt. Die dadurch eröffneten Spielräume sind vor dem Hintergrund des Normzwecks, aber auch um verfassungsrechtlichen Vorgaben (dazu unter IV) und europarechtlichen Rahmenbedingungen (dazu unter VI) gerecht zu werden, eng auszulegen.

§ 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG erlaubt die Vervielfältigung zu Unterrichtszwecken, dient aber nicht dazu, den Ankauf von Schulbüchern und anderen Bildungsmedien zu substituieren. Die Norm hat eine Erwerbsergänzungs-, keine Erwerbsersetzungsfunktion. Das ergibt sich aus ihrer Entstehungsgeschichte. Solange in Schulen Vervielfältigungsgeräte (Kopierer) nicht zur Verfügung standen, bildeten die wesentlichen Unterrichtsunterlagen die klassischen Schulbücher. Mit dem Aufkommen preiswerter Vervielfältigungsgeräte wurden zunehmend Kopien als begleitendes Unterrichtsmaterial ausgegeben. Schulbücher selbst blieben jedoch die Basis des Unterrichts. In dieser Phase hatte der Bundesgerichtshof im Jahre 1978 das ausufernde schulische Kopierverhalten in die Schranken gewiesen, indem er es auf sieben Vervielfältigungen limitierte (vgl. dazu bereits unter III.1.a). In diesem Gerichtsverfahren hatte die beklagte Freie Hansestadt Bremen die hohe Zahl der Kopien zu Unterrichtszwecken wie folgt begründet:

„Diese Unterrichtsmethode (gemeint: Vervielfältigungen) stellt eine notwendige *Ergänzung* der vorhandenen Lern- und Schulbücher dar.“¹²

Die das Urteil des Bundesgerichtshofs wiederum korrigierende Einführung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG (dazu unter III.1.b) verfolgte das Ziel, die von der Rechtsprechung auf „sieben“ begrenzte Zahl zulässiger Kopien auf „Klassenstärke“ zu erhöhen, also die frühere Praxis der Unterrichtsergänzung zu legalisieren. In den amtlichen Materialien zu § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG findet sich an keiner Stelle ein Hinweis darauf, daß die Bestimmung den Erwerb von Bildungsmedien ersetzen darf. Vor diesem Hintergrund ist der Umfang zulässiger Kopien nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG eng zu ziehen: Die Bestimmung verfolgt lediglich eine Ergänzungs-, keine Erwerbsersetzungsfunktion.

¹² Vgl. BGH GRUR 1978, 474 – Vervielfältigungsstücke (Hervorhebung nicht im Original).

b) Der Umfang zulässiger Entnahmen: Aktualitätsbezug

Zulässig sind Kopien nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG ferner, falls die Vervielfältigung zum Gebrauch im Schulunterricht „geboten“ ist. Einigkeit herrscht darüber, daß Kopien für die Schulverwaltung ausscheiden. Auch bleibt es dem pädagogischen Ermessen des Lehrers überlassen, die Eignung des Kopiermaterials für den Schulunterricht zu beurteilen¹³. Nicht mehr „geboten“ ist die Vervielfältigung allerdings, wenn Originalexemplare erworben werden können¹⁴. § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG soll es dem Lehrer nur ermöglichen, anderweit nicht verfügbares Material für Unterrichtszwecke einzusetzen. Soweit die entsprechende Kopiervorlage käuflich erworben werden kann, ist die Vervielfältigung nicht „geboten“, und der Lehrer muß sie daher ankaufen. Ob der Erwerb zu einem vergleichbaren Preis wie die Kopie möglich ist, dürfte irrelevant sein¹⁵. § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG dient nicht der Ersparnis monetärer Mittel. Der Schulunterricht ist aus dem allgemeinen Steueraufkommen zu finanzieren, nicht durch ein Sonderopfer der Rechteinhaber. Kopien aus Bildungsmedien sind daher regelmäßig nicht „geboten“, falls der Ankauf der Kopiervorlage möglich ist. Wurde das Schulbuch oder das Unterrichtsmaterial zu Beginn eines Schuljahrs nicht rechtzeitig erworben, kann dieses Versäumnis über § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG nicht berichtigt werden.

Die einschränkende Auslegung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG erstreckt sich ferner auf die Inhalte der Entnahmemedien. Insofern diskutiert man bislang nur quantitative Grenzen. Aus der „Gebotenheit“ der Vervielfältigung läßt sich freilich auch ableiten, daß die Vervielfältigung allein dazu dienen darf, einen nicht planbaren Unterrichtsbedarf abzudecken. Besonders deutlich wird dieser Normzweck wiederum vor dem Hintergrund der Ausführungen des zuständigen Senators der Freien Hansestadt Bremen im Verfahren „Vervielfältigungsstücke“ (dazu bereits unter III.1.a), der die Notwendigkeit von Vervielfältigungen im Schulbereich damit begründete, sie dienen

„einem aktuellen und zeitnahen Lernangebot“¹⁶.

Daran wird der eigentliche Zweck des als Reaktion auf das Urteil des Bundesgerichtshofs (dazu unter III.1.b) geschaffenen § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG deutlich: Die Bestimmung soll es ermöglichen, im Unterricht (tages-)aktuelle Entwicklungen zeitnah aufzugreifen. Dieser tragende Gedanke des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG ist durchaus legitim, denn aktuelle Entwicklungen können bei der erforderlichen langfristigen Konzeption von Bildungsmedien nicht berücksichtigt werden. Folgerichtig erlaubt § 53

¹³ *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 53, Rn. 40.

¹⁴ *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 53, Rn. 41.

¹⁵ Anders *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 53, Rn. 41.

¹⁶ BGH, GRUR 1978, 474 – Vervielfältigungsstücke.

Abs. 3 Nr. 1 UrhG insbesondere auch die Vervielfältigung aus Zeitungen und Zeitschriften. Das darin angelegte Kriterium der Aktualität oder Unvorhergesehenheit beansprucht wegen der gebotenen engen Auslegung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG freilich auch bei anderen Entnahmemedien Geltung. Es verbietet sich danach eine Anwendung der Bestimmung auf Entnahmemedien, die nicht der Aktualität Rechnung tragen. Schon vor diesem Hintergrund scheiden Bildungsmedien als Kopiervorlagen für § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG weithin aus.

3. Die tatsächliche Handhabung des Kopierverhaltens zu Unterrichtszwecken

Das tatsächliche Kopierverhalten in Schulen steht mit diesen rechtlichen Vorgaben auch nicht ansatzweise in Einklang.

Nach Angaben der Verwertungsgesellschaft VG WORT, München, dienten in den 1990er Jahren in mehr als 60 % der auf der Basis des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG erstellten Fotokopien Schulbücher, Unterrichtsmaterialien und andere Bildungsmedien als Kopiervorlagen¹⁷. Die Vermutung, daß diese Zahl in den vergangenen Jahren noch weiter angestiegen ist, dürfte plausibel sein. Das bedeutet, daß in mehr als der Hälfte aller Fälle rechtswidrig Kopien erstellt werden, die nicht geboten sind, da sie weder erforderlich sind (die Kopiervorlagen können käuflich erworben werden) noch der Aktualität Rechnung tragen. Das führt zu der erschreckenden Feststellung, daß staatliche Stellen millionenfache Rechtsverletzungen tolerieren oder gar fördern! Dieser Befund spielt bei der folgenden verfassungsrechtlichen Analyse des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG eine besondere Rolle (dazu sogleich unter IV).

IV. Verfassungsrechtliche Bewertung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG bisheriger Fassung

1. Zum Prüfungsmaßstab: Europäisches Recht oder Grundgesetz?

Die Schranke des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG beruht auf der europarechtlichen Grundlage des Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a) der Informations-Richtlinie (dazu unter VI). Europäisches Recht genießt Vorrang gegenüber dem Recht der Mitgliedsstaaten¹⁸, auch gegenüber deren Verfassungen und den darin verbürgten Grundrechten¹⁹. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht ein Anwendungsvorrang freilich nur, solange das Gemeinschaftsrecht den unabdingbaren Grundrechtsstan-

¹⁷ Auskunft *Dr. Thoms*, VG WORT, vom 03.07.2006.

¹⁸ Abgeleitet wird der Vorrang aus den Gründungsverträgen und insbesondere Art. 249 Abs. 2 EG, *Degenhart*, Staatsrecht I, 21. Aufl. 2005, Rn. 244.

¹⁹ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Grundrechte, 21. Aufl. 2005, Rn. 190.

dard des Grundgesetzes wahr²⁰. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, scheidet Verfassungsbeschwerden aus²¹. Diese Rechtsprechung bezieht sich nicht nur auf europäisches Primärrecht und Verordnungen, sondern auch auf Richtlinien. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht ist also nicht am Maßstab der Grundrechte zu überprüfen, sondern unterliegt nur dem Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene. Für das nationale Recht folgt daraus: Soweit die mitgliedstaatliche Normsetzung zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben folgt, ist eine Überprüfung anhand der Grundrechte ebenfalls ausgeschlossen; andernfalls würde sekundäres Gemeinschaftsrecht mittelbar doch am Maßstab des Grundgesetzes überprüft werden. Verbleibt dem Gesetzgeber jedoch ein Spielraum bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht, ist er an die Vorgaben des Grundgesetzes gebunden²². Der entsprechende Gesetzesakt unterliegt in vollem Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle²³.

Für die Umsetzung der Informationsrichtlinie gilt daher folgendes: Art. 5 Abs. 3 der Informations-Richtlinie enthält nur fakultative Schranken. Sie belassen den Mitgliedsstaaten einen erheblichen Umsetzungsspielraum. Der nationale Gesetzgeber hat daher auf die Vereinbarkeit auch des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG mit der Verfassung und insbesondere den Grundrechten zu achten.

2. Vereinbarkeit des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG mit Art. 14 GG?

a) Urheber- und Verlagsrechte als Eigentum nach Art. 14 GG

§ 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG beschränkt das urheberrechtliche Verwertungsrecht und durchbricht das grundsätzliche Verbot der ungenehmigten Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke. Die Vervielfältigung zu Zwecken des Schulunterrichts ist entgegen § 16 UrhG nicht mehr der vertraglichen Genehmigung des Rechteinhabers unterworfen und der privatnützigen Verfügung entzogen. Die in § 16 UrhG genannten Nutzungshandlungen unterliegen nicht mehr vollauf dem urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht. An seine Stelle tritt ein reiner Geldzahlungsanspruch, der zudem nicht dem einzelnen Urheber individuell zugeordnet ist, sondern nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann. Das Individualeigentum wird damit zu einem kollektiv geprägten Ausschüttungsanspruch herabgestuft. Seit der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 31, 229 *Kirchen- und Schulgebrauch* ist allgemein anerkannt, daß das Urheberrecht als aus-

²⁰ BVerfG NJW 1987, 577 – Solange II; BVerfGE 102, 147, 161 – Bananenmarkt.

²¹ BVerfG NVwZ 2004, 1346 (2. Kammer des Ersten Senats).

²² BVerfG NVwZ 2004, 1346 (2. Kammer des Ersten Senats).

²³ BVerfG NJW 2001, 1267, 1268 (2. Kammer des Ersten Senats).

schließliches Recht „Eigentum“ im Sinne von Art. 14 GG darstellt²⁴. § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG greift damit in die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG ein.

Darüber hinaus erfolgt mit § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG auch ein Eingriff in urheberrechtliche Nutzungsrechte, insbesondere in Verlagsrechte. Diese Rechte werden den Verlagen von den Urhebern durch Vertrag in privatautonomer Ausgestaltung der nach Art. 14 GG verbürgten Eigentumsrechte eingeräumt. Die Verlage entrichten dafür typischerweise ein Entgelt, wobei der Entgeltanspruch infolge § 32 UrhG in jedem Falle eine angemessene Vergütung darstellt. Daher erwerben die Nutzungsrechtnehmer bzw. Verlage ihrerseits grundrechtlich geschütztes Eigentum²⁵. § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG greift damit auch in verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum der Verlage ein²⁶.

b) Inhalts- und Schrankenbestimmung

aa) Grundsatz: Verhältnismäßigkeit

Verfassungsrechtlich ist nicht jeder Eingriff in das Eigentum unzulässig. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ermächtigt den Gesetzgeber, Inhalt und Schranken des Eigentums auszugestalten. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG ist daher davon auszugehen, daß der Gesetzgeber nicht nur Individualbelange der Urheber und Verlage zu sichern hat, sondern ihm zugleich aufgetragen ist, den individuellen Berechtigungen die im Interesse des Gemeinwohls erforderlichen Grenzen zu ziehen²⁷. Der Gesetzgeber darf die Eigentumsordnung nicht nach Belieben ausgestalten. Grundsätzlich steht dem Gesetzgeber zwar ein weiteres Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung der Eigentumsordnung zu²⁸. Das entbindet ihn aber nicht von der Verpflichtung, Beschränkungen nur aufgrund berechtigter Belange des Gemeinwohls vorzunehmen. Die Ausgestaltung eigentumskräftiger Positionen hat in gerechter Abwägung der Interessen der Eigentümer und der Belange der Allgemeinheit zu erfolgen²⁹. Die Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG

²⁴ Vgl. auch BVerfGE 49, 382, 392.

²⁵ Berger/Degenhart, AfP 2002, 557, 559; Gounalakis, Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, 2003, S. 9.

²⁶ Das wird auch von der Bundesregierung nicht bestritten, vgl. der Hinweis auf die „verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Verlage“ in der Gegenäußerung der Bundesregierung BRat-Drs. 257/06, S. 5 (zu Nr. 8).

²⁷ BVerfG GRUR 1972, 481, 484 – Kirchen- und Schulgebrauch.

²⁸ BVerfGE 79, 29, 40.

²⁹ BVerfGE 81, 12, 17 f.

muß einen sachgerechten Ausgleich der unterschiedlichen Interessen nach Verhältnismäßigkeitskriterien und insbesondere unter Beachtung des Übermaßverbots bewirken³⁰.

bb) Regelungsziel

Verfassungsrechtlich zulässig ist die Beschränkung des Eigentums nur, wenn sie ein legitimes Regelungsziel verfolgt³¹. Aus der regierungsamtlichen Begründung läßt sich die genaue Zielsetzung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG nicht unmittelbar ableiten. Die Bundesregierung betont die fehlende Möglichkeit der Schüler, die für den Unterricht benötigten Kopien selbst herzustellen. Daraus ergebe sich die Notwendigkeit, die Vervielfältigungsfreiheit für das Herstellen von Fotokopien für den Schulunterricht gegenüber der durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1978 (dazu unter III.1.a) durchgesetzten Grenze zu erweitern. Vervielfältigungsstücke müßten in Klassenstärke hergestellt werden können³².

Diesen Ausführungen läßt sich entnehmen, daß § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG die Versorgung der Schüler mit Unterrichtsmaterial sicherstellen soll. Darin liegt zweifellos ein verfassungsrechtlich legitimes Regelungsziel. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an einer hohen Schulbildung und damit an entsprechenden Unterrichtsmaterialien. Ein Unterricht ohne entsprechend aufbereitete Inhalte ist nicht denkbar.

Kein legitimes Ziel des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG ist jedoch das fiskalische Interesse an der Senkung der Kosten des Schulunterrichts. Der Gedanke, den Schülerinnen und Schülern Informationen und Wissen kostengünstig anbieten zu können, rechtfertigt das Kopierprivileg nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG von vornherein nicht.

cc) Geeignetheit

Zur Versorgung mit Unterrichtsinhalten bedarf es Schulbücher und anderer Bildungsmedien, die in der Regel langfristig konzipiert und für eine mehrjährige Nutzung vorgesehen sind. Der Schulunterricht muß aber auch auf aktuelle Entwicklungen reagieren können. Die dafür erforderlichen Unterrichtsmaterialien können den Schulbüchern nur eingeschränkt entnommen werden. Zur aktuellen Ausrichtung des Unterrichts (darin liegt der eigentliche Normzweck des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG, vgl. unter III.2) kann es durchaus erforderlich sein, aus Zeitungen und Zeitschriften entsprechende Inhalte zu übernehmen.

³⁰ BVerfGE 70, 191, 200 f.; BVerfGE 76, 220, 238.

³¹ *Dreier/Dreier*, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 146.

³² BT-Drs. 10/837, S. 16.

Erstreckt man das Kopierprivileg nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG jedoch auf Schulbücher und andere Bildungsmedien als Entnahmemedien, unterläuft man diese Zielsetzung. Die Versorgung des Schulunterrichts mit Unterrichtsmaterialien basiert in erster Linie auf einem ausreichenden, qualifizierten und differenzierten Angebot an Schulbüchern und anderen Bildungsmedien. Qualität und Vielfalt der Bildungsmedien tragen wesentlich zu einem hohen Bildungsniveau bei. Für ein breites Angebot an Bildungsmedien sind wettbewerbsfähige Schulbuch- und Bildungsmedienverlage unabdingbar. Soweit Schulbücher und andere Bildungsmedien als Entnahmekategorie für Kopien nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG dienen, mag dies kurzfristig das Angebot im Unterricht erweitern, führt aber zu massiven Einnahmeausfällen bei den Bildungsmedienerlegern. Mittelfristig besteht daher die konkrete Gefahr, daß Verlage die jetzt schon nicht immer rentable Produktion von Bildungsmedien beschränken oder gar einstellen. Dies gefährdet die Vielfalt und Qualität der Unterrichtsmaterialien und damit ein hohes Unterrichts- und Bildungsniveau.

dd) Erforderlichkeit

Erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG mit Art. 14 GG bestehen ferner unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Regelung. Das Gebot der Erforderlichkeit ist nur gewahrt, wenn kein milderes, das Grundrecht weniger intensiv beschränkendes Mittel zur Verfügung steht, mit dem das gesetzgeberische Ziel nicht minder effektiv erreicht werden kann. Eine Bestimmung ist nur erforderlich, „wenn der Gesetzgeber kein anderes, das betreffende Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können“³³.

Falls mit der Vervielfältigung nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG der Tagesaktualität Rechnung getragen wird, kann der Eingriff in das Urheberrecht durchaus notwendig sein. Soweit die Erstellung der Vervielfältigungsstücke indes dazu dient, auf Wissens- und Informationsbestandteile jenseits der Tagesaktualität zurückzugreifen, ist der Eingriff nicht erforderlich. Die nicht allein durch die Tagesaktualität geprägten Unterrichtsmaterialien sind in Schulbüchern in ausreichendem Maße verfügbar. Falls dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, dürfen entsprechende Defizite nicht durch Kopien aus anderen Bildungsmedien ausgeglichen werden. Es ist vielmehr Aufgabe der Schulverwaltung, in Kooperation mit dem Bildungsmedienerlegern oder im Verfahren zur Genehmigung eines Schulbuchs auf eine entsprechende inhaltliche Ausrichtung und Gestaltung hinzuwirken. Versäumnisse im Genehmigungsverfahren lassen sich hingegen nicht auf der Basis des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG kompensieren.

³³ BVerfGE 70, 278, 286.

ee) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne/Angemessenheit

(1) Verfassungsrechtlicher Maßstab des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG ist schließlich das Prinzip der Angemessenheit des Eingriffs. Erforderlich ist eine adäquate Mittel-Zweck-Relation, ein angemessener Ausgleich zwischen der Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung und dem Gewicht des mit der Maßnahme verfolgten öffentlichen Belanges³⁴. § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG muß einer Gesamtabwägung zwischen Eingriffsintensität und Gemeinwohlzweck standhalten. Abzuwägen sind die Ziele des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG mit dem Eingriff in das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht.

Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit kommt der Intensität des Grundrechtseingriffs besondere Bedeutung zu. Soweit Vervielfältigungen auf der Basis von herkömmlichen Zeitungen und Zeitschriften oder aus anderen Büchern vorgenommen werden, berührt der entsprechende Eingriff nicht den primären Absatzmarkt dieser Werke. Die Buch-, Zeitungs- und Zeitschriftenverlage erleiden infolge § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG allenfalls geringe Einnahmeausfälle. Soweit jedoch Schulbücher, Unterrichtsmaterialien und andere Bildungsmedien als Kopiervorlagen dienen, ist damit ein Eingriff in den Primärmarkt verbunden: Wenn auf der Basis des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG an den Schulen für Schüler aus Bildungsmedien kopiert wird, entfällt der einzig mögliche Abnehmer.

Der durch § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG bewirkte Eingriff erweist sich überdies als besonders einschneidend. Der Primärmarkt für Bildungsmedien ist von Besonderheiten geprägt, die bei anderen Medienprodukten nicht in Betracht kommen. Aufgrund der Kulturhoheit der Länder zerfällt der Markt für Schulbücher und andere Bildungsmedien in Deutschland in 16 Teilmärkte. Diese sind auf der Nachfrageseite durch unterschiedliche Lehrpläne bestimmt. Innerhalb eines Bundeslandes zergliedert sich der Markt für Bildungsmedien wiederum in die verschiedenen Schulformen, Klassenstufen und Fächer. Auf der Angebotsseite führt diese Sektorierung notwendig zu einer geringen Auflage von Schulbüchern und anderen Bildungsmedien. Deren Herstellung und der Absatz erweisen sich daher als besonders kostenintensiv und risikoreich. Hinzu kommt, daß im Unterschied zu vielen anderen Produkten der Kultur- und Medienwirtschaft für Bildungsmedien ein Neben- oder Zweitmarkt nicht existiert. Die sonst beispielsweise bei der Buchproduktion möglichen Einnahmen aus Taschenbuchlizenzen und Verfilmungs-, Übersetzungs- oder Aufführungsrechten entfallen bei Bildungsmedien naturgemäß. Um so wichtiger ist der Primärmarkt.

Durch § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG wird der Primärmarkt überdies nicht nur am Rande getroffen. Mehr als 60 % der auf der Basis des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG erstellten Kopien greifen in den Primärmarkt für Schulbücher und andere Bildungsmedien ein (dazu

³⁴ *Dreier/Dreier*, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 149.

unter III.3). Es ist daher nicht nur die rechtliche Ausgestaltung, sondern insbesondere auch die tatsächliche Handhabung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG, welche die Bestimmung als unverhältnismäßig erscheinen läßt.

(2) § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG schenkt diesen Besonderheiten schon in der derzeitigen Fassung keine Aufmerksamkeit. Der entsprechende Eingriff in den einzigen Absatzmarkt läßt die Regelung als verfassungsrechtlich nicht mehr angemessenen Ausgleich zwischen Eigentum und Gemeinwohl erscheinen. Allenfalls eine weit gefaßte Bereichsausnahme für Bildungsmedien könnte die Unangemessenheit des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG aufheben.

Eine solche Bereichsausnahme scheitert nicht an der mangelnden Durchsetzbarkeit. Im Ausgangspunkt ist jeder Gesetzgeber sicher gut beraten, auf tatsächlich nicht durchsetzbare Regelungen zu verzichten, ein Gedanke, der beispielsweise im Rahmen der Privatkopieschranke des § 53 Abs. 1 UrhG eine Rolle spielt³⁵. Für eine Bereichsausnahme bei § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG treffen diese Bedenken indes nicht zu. Die Stoßrichtung der Bereichsausnahme zielt weniger auf die Lehrer und schon überhaupt nicht gegen die Schüler. Adressat ist vielmehr die Schulverwaltung, die durch entsprechende Richtlinien und Erlasse das Kopierverhalten in Schulen bestimmen kann.

(3) Der in § 54a UrhG vorgesehene Anspruch auf eine angemessene Vergütung kann die Intensität des durch § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG bewirkten Eingriffs in Urheberrechte auch nicht annähernd abmildern. Das Verbotserrecht des Urheberrechts wird darin zu einem bloßen Zahlungsanspruch herabgestuft. Schon darin liegt ein erheblicher Eingriff in das Eigentum. Hinzu kommt, daß auf diesem Wege gerade keine marktgerechte Vergütung erzielt wird, weil die Rechteinhaber die Höhe der Lizenzgebühr nicht aushandeln können. Der Betrag der Ausschüttung richtet sich nach den Verteilungsplänen der Verwertungsgesellschaften, nicht nach individuellen Kriterien des Werkes und des Nutzerverhaltens.

(4) Verfassungsrechtlich darf schließlich folgendes nicht übersehen werden: Urheberrecht dient wie Privatrecht allgemein dem angemessenen Ausgleich widerstreitender Interessen. Die Privatkopieschranke des § 53 Abs. 1 UrhG beispielsweise gleicht individuelle Urheberrechte mit privaten Nutzungsbelangen aus. Da der Schulunterricht im wesentlichen von staatlichen Stellen getragen wird – Privatschulen spielen eine eher untergeordnete Rolle – schafft sich der Staat mit § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG selbst eine Eingriffsermächtigung mit dem Ziel, die erforderlichen Unterrichtsinhalte kostengünstig zu beschaffen. § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG dient danach nicht dem Ausgleich widerstreitender privater Interessen, sondern begründet ein staatliches Entnahmerecht zu Bildungszwecken. Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung je-

³⁵ Vgl. nur *Hucko*, Festschrift Nordemann, 2004, S. 321, 323.

doch, die in erster Linie staatlichen Interessen dient, muß eine enge Ausnahme bleiben.

3. Vereinbarkeit des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG mit Art. 3 Abs. 1 GG

a) Allgemeines

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verbietet es der in Art. 3 Abs. 1 GG geregelte Gleichheitssatz, wesentlich Gleiches willkürlich ungleich zu behandeln³⁶. Die Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte bedarf eines rechtfertigenden Grundes. Für die Frage der Schranken von Urheberrechten zu Zwecken des Schulunterrichts fehlt es daran. Eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung besteht darin, daß Bildungsmedien aufgrund der Bereichsausnahme nach § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG ausnahmslos nur mit Einwilligung des Rechteinhabers im Schulunterricht öffentlich zugänglich gemacht werden dürfen, eine Vervielfältigung für den Schulunterricht nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG jedoch ohne die Zustimmung des Berechtigten stets möglich ist. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

b) Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung

Die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken im Schulunterricht ist nach § 52a UrhG möglich, indem sie den Schülern zur Veranschaulichung im Unterricht zugänglich gemacht werden. Insbesondere die digitale Online-Nutzung von Werken im Schulunterricht ist dem Verbot des Urhebers entzogen. Im analogen Umfeld erlaubt § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG die Vervielfältigung von urheberrechtlichen geschützten Werken, die in der Regel durch Kopien von Texten oder Bildern erfolgt, welche den Schülern dann zur Verfügung gestellt werden. § 52a Abs. 1 UrhG und § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG verfolgen also dasselbe Ziel: Durch eine Beschränkung des Urheberrechts an den Entnahmemedien soll der Schulunterricht mit Lehrangeboten versorgt werden. Soweit jedoch Schulbücher und andere Bildungsmedien als Entnahmemedien dienen, werden sie einer Ungleichbehandlung unterworfen: Die Zugänglichmachung von Bildungsmedien im Unterricht auf Bildschirmen darf nach § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG ausnahmslos nur mit Zustimmung des Rechteinhabers erfolgen. Die Vervielfältigung von Bildungsmedien auf Papier ist stets ohne Zustimmung des Rechteinhabers möglich. Will der Lehrer beispielsweise eine geographische Karte im Unterricht verwenden, kann er sie ohne weiteres einem Schulatlas im Wege der Kopie in der erforderlichen Zahl entnehmen und die Kopie den Schülern individuell zur Verfügung stellen. Will der Lehrer dieselbe Karte auf den

³⁶ BVerfGE 98, 365, 385.

Schülern zur Verfügung stehenden Bildschirmen sichtbar machen, muß er hingegen stets die Einwilligung des Rechteinhabers einholen. Die Bereichsausnahme für Bildungsmedien nach § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG hat mithin eine signifikante Ungleichbehandlung von im wesentlichen gleichen Sachverhalten zur Folge, nämlich die erlaubnisfreie Nutzung von Bildungsmedien im Schulunterricht.

c) Keine Rechtfertigung

aa) Kein sachlicher Grund

Diese unterschiedliche Behandlung der jeweiligen Darstellungsform von Bildungsmedien zu Unterrichtszwecken ist durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Ungleichbehandlung im wesentlichen gleicher Sachverhalte nur zulässig, falls sie zur Erreichung eines legitimen Ziels geeignet und erforderlich ist sowie in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck steht³⁷. Die Differenzierung muß auf sachgerechten Erwägungen beruhen³⁸. Der Beurteilungsmaßstab richtet sich nach der Eigenart des jeweiligen Sachgebiets³⁹.

Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob die fehlende Bereichsausnahme für Bildungsmedien in § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG auf einer durch die Eigenart der Werknutzung gestützten sachgerechten Erwägung beruht. Als mögliche Begründung der Ungleichbehandlung könnte die unterschiedliche Nutzung im analogen (§ 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG) bzw. digitalen (§ 52a UrhG) Umfeld in Betracht gezogen werden. Eine Rechtfertigung ergibt sich daraus jedoch nicht. Sowohl die digitale Nutzung von Bildungsmedien nach § 52a UrhG als auch die analoge Vervielfältigung nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG ermöglichen einen unmittelbaren Zugriff auf den Primärmarkt für Bildungsmedien. Es ist nicht dargetan, daß der Eingriff durch analoge Vervielfältigungen geringer als durch die öffentliche Zugänglichmachung ist. Für den Bereich der Bildungsmedien dürfte zur Zeit vielmehr noch die tatsächliche Zugriffsintensität durch Fotokopien um ein Vielfaches größer sein als durch Zugänglichmachen auf Bildschirmen in Klassenzimmern. Die für die digitale Nutzung in § 52a UrhG bestehende Bereichsausnahme müßte für die analoge Nutzung nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG „erst recht“ vorgeschrieben werden.

³⁷ BVerfGE 105, 73, 110; BVerfGE 107, 205, 214; zusammenfassend *Dreier/Heun*, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 3, Rn. 26 f.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 21. Aufl. 2005, Rn. 440.

³⁸ BVerfGE 80, 109, 118.

³⁹ BVerfGE 93, 319, 348 f.; zusammenfassend *Dreier/Heun*, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 3, Rn. 35.

Die Ungleichbehandlung läßt sich ferner nicht mit dem Gedanken rechtfertigen, die Schüler seien an moderne technische Möglichkeiten der Wissensvermittlung im digitalen Umfeld heranzuführen. Wenn es sogar im digitalen Nutzungsbereich eine Bereichsausnahme gibt, spricht unter dem Gesichtspunkt der Förderung moderner Techniken im Schulunterricht nichts dagegen, eine entsprechende Bereichsausnahme auch für die Herstellung von Fotokopien vorzusehen.

Schließlich vermag auch der Gesichtspunkt zulässiger Typisierung und Pauschalierung⁴⁰ die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen. Die analoge bzw. digitale Nutzung von Bildungsmedien im Schulunterricht unterscheiden sich hinsichtlich des freien Zugriffs auf Entnahmemedien in keiner Weise. Darin findet sich kein zulässiges Differenzierungskriterium. Es ist nicht verständlich, wieso ein und derselbe Primärmarkt hinsichtlich der digitalen Nutzung geschützt wird, nicht aber hinsichtlich der analogen Vervielfältigung.

bb) Gebot der Folgerichtigkeit

Aus Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich das Gebot der Folgerichtigkeit⁴¹. Man versteht darunter die innere Systemgerechtigkeit gesetzlicher Regelungen. Der Gesetzgeber ist gehalten, in einem bereits geregelten Lebensbereich die von ihm selbst gewählten Vernünftigkeitkriterien und Wertungen folgerichtig zu konkretisieren⁴². Sachverhalte sind in sich konsequent zu gestalten⁴³.

Für die schrankengestützte Nutzung von Bildungsmedien im Schulunterricht bedeutet dies: Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Bereichsausnahme hinsichtlich von Bildungsmedien, unterliegt er dem Gebot der Systemgerechtigkeit. Mit § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG hat der Gesetzgeber die Primärmarktproblematik bei Bildungsmedien zutreffend erkannt und geregelt. Seine Lösung beschränkt sich bislang indes auf die digitale Nutzung im Unterricht. Das sehr viel gravierendere Problem der analogen Nutzung von Bildungsmedien durch Fotokopien ist nicht bewältigt worden, obgleich sich der Primärmarkteingriff insoweit rechtlich nicht anders darstellt, faktisch sogar um ein Vielfaches intensiver erscheint. Der Gesetzgeber darf daher nicht auf halbem Wege stehen bleiben, schon um Ausweichnutzungen im analogen Bereich (die geographische Karte wird fotokopiert und nicht digital zugänglich gemacht) zu verhindern. Es ist in sich nicht folgerichtig und verstößt daher gegen das aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete verfassungsrechtliche Gebot der Systemgerechtigkeit, wenn

⁴⁰ Dazu *Dreier/Heun*, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 3, Rn. 33.

⁴¹ *Dreier/Heun*, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 3, Rn. 36.

⁴² BVerfG NJW 1982, 2599, 2600.

⁴³ *Dreier/Heun*, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 3, Rn. 36.

der Gesetzgeber in § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG die besondere Gefährdungslage des Primärmarkts für Bildungsmedien durch eine Bereichsausnahme anerkennt, diese Linie in dem geplanten neuen § 46 Abs. 1 Satz 2 UrhG sogar bestätigt⁴⁴, für § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG indes einen entsprechenden Schutz verweigert. Das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot bindet den Gesetzgeber, auch in § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG eine Bereichsausnahme für Bildungsmedien vorzusehen.

V. Verfassungsrechtliche Bewertung der geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 UrhG durch den Regierungsentwurf zu Korb II

1. Neuregelung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG

Ist nach den vorstehenden Ausführungen § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG bereits in seiner gegenwärtigen Fassung mit Art. 14 GG und Art. 3 GG nicht vereinbar, so werden die durch Korb II beabsichtigten Änderungen die Kollisionen nicht beseitigen, sondern im Gegenteil noch vertiefen.

Wie dargestellt bedeutet die geplante Neufassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG keineswegs nur eine sprachliche Anpassung an § 52a UrhG und § 87c UrhG, sondern erweitert die Zugriffsmöglichkeiten im Wege analoger Vervielfältigungen auch auf den Bereich außerhalb des eigentlichen Schulunterrichts (dazu unter II.2). Die „Veranschaulichung des Unterrichts“ (so § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG nach dem Regierungsentwurf zu Korb II) kann auch in der häuslichen Vor- und Nachbereitung erfolgen, also außerhalb der gemeinsamen Unterrichtsstunde. Die gesamte Vor- und Nachbereitung einschließlich der Wiederholung des Stoffes ist auf der Basis der geplanten Neufassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG mit erlaubnisfrei erstellten Kopien möglich.

2. Vereinbarkeit der geplanten Änderung mit Art. 14 GG

Die verfassungsrechtliche Analyse des geltenden § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG hat ergeben, daß die Vorschrift schon in der derzeitigen Fassung mit Art. 14 GG nicht in Einklang steht, weil sie den Primärmarkt für Bildungsmedien unverhältnismäßig beschneidet. Verschärft wird die Verletzung des verfassungsrechtlich verbürgten Eigentums durch die tatsächliche und von den Schulverwaltungen noch geförderte Handhabung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG, die sich in der Praxis insbesondere gegen

⁴⁴ Vgl. Art. 1 Nr. 8 des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drs. 16/1828, S. 5, worin eine Bereichsausnahme für die öffentliche Zugänglichmachung eines für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmten Werks vorgesehen ist. Damit soll – wie die Begründung ausführt (a.a.O., S. 25) – ein Eingriff in den Primärmarkt vermieden werden.

Schulbücher und andere Bildungsmedien richtet. Der gesetzliche Vergütungsanspruch vermag den Verstoß gegen Art. 14 GG nicht zu rechtfertigen (unter IV.2).

Vor diesem Hintergrund liegt es auf der Hand, daß die geplante Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG durch den Regierungsentwurf zu einer weiteren Intensivierung der verfassungsrechtlichen Problematik der Bestimmung führen wird. Bislang ist § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG immerhin darauf beschränkt, daß die erstellten Fotokopien „im“ Schulunterricht Verwendung finden. Damit ist jedenfalls eine räumliche Grenzziehung erreicht. Dem Lehrer ist es nicht erlaubt, den Schülern Fotokopien zur häuslichen Vor- und Nachbereitung des Unterrichts auszugeben. Nach der geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG wird diese Beschränkung fallen. Während bislang der Schulunterricht rein faktisch aufgrund seiner räumlichen Begrenzung auf das Klassenzimmer und seiner zeitlichen Begrenzung auf die einzelne Schulstunde reflexartig auch eine Beschränkung des Zugriffs auf Kopiervorlagen, insbesondere Bildungsmedien, zur Folge hatte, sollen diese Schranken jetzt aufgehoben werden. Danach wird es möglich sein, daß Lehrer den Schülern kopiertes Unterrichtsmaterial zur Verfügung stellen, das in der Unterrichtsstunde nicht behandelt wird. Ohne zeitliche Begrenzung und außerhalb der eigentlichen Räumlichkeiten der Schule können Fotokopien genutzt werden. Nach dem Wortlaut der geplanten Neuregelung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG könnte auf den Erwerb irgendwelcher Bildungsmedien durch die Schule bzw. die Schüler sogar vollständig verzichtet werden, wenn der Lehrer durch eine geschickte und planmäßige Kombination von Werkteilen, kleinen Werken und sonstigen Beiträgen aus verschiedenen Bildungsmedien und anderen Entnahmemedien den Unterricht inhaltlich ausfüllt. Die geplante Verschärfung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG vertieft mithin die bislang schon bestehenden erheblichen Zweifel an der Vereinbarkeit der Bestimmung mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.

3. Vereinbarkeit der geplanten Änderung mit Art. 3 GG

Die durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigte Ungleichbehandlung von § 53 Abs. 3 UrhG und § 52a UrhG hinsichtlich der Bereichsausnahme für Bildungsmedien (unter IV.3) wird durch die geplante Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG noch weiter intensiviert.

Das Gebot der Gleichbehandlung und Systemgerechtigkeit verpflichtet den Gesetzgeber dazu, die digitale und die analoge Nutzung ein und desselben Entnahmemediums nicht willkürlich unterschiedlich zu behandeln. Die Erstreckung der analogen Nutzung auf den Bereich außerhalb des Unterrichts verletzt erneut die durch § 52a UrhG vom Gesetzgeber selbst gesetzten Systemvorgaben. Die Zugänglichmachung beispielsweise eines Gedichts aus einem Gedichtband ist nach § 52a UrhG nur „im Unterricht“ zulässig; erstellt der Lehrer Kopien desselben Gedichts auf Papier, könn-

te er diese nach der geplanten Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG den Schülern auch zur häuslichen Vor- und Nachbereitung überlassen. Der Gesetzgeber ist gehalten, im Rahmen der mit Korb II verbundenen Überarbeitung des Urheberrechts die Bereichsausnahme des § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG nicht nur auf § 46 Abs. 1 Satz 2 UrhG, sondern auch auf § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG zu erstrecken.

VI. Europarechtliche Vorgaben der Informations-Richtlinie

1. Vorgabe in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a) Informations-Richtlinie

Der Gesetzgeber ist bei der Errichtung von Schranken des Urheberrechts nicht nur an die Verfassung, sondern zudem an die Vorgaben der europäischen Informations-Richtlinie gebunden. Schranken, die in Art. 5 der Informations-Richtlinie nicht ausdrücklich vorgesehen sind, dürfen die Mitgliedsstaaten nicht einführen. Art. 5 der Informations-Richtlinie wirkt im Sinne einer Ermächtigung zur Schrankensetzung. Der Gesetzgeber ist zwar nicht gezwungen, von den Schranken in Art. 5 Abs. 3 der Informations-Richtlinie Gebrauch zu machen. Wenn er aber Schranken regeln möchte, muß er sich streng an die Vorgaben der Informations-Richtlinie halten.

§ 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG findet eine Grundlage in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a) der Informations-Richtlinie. Die Vorschrift lautet:

„Die Mitgliedsstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 und 3 vorgesehenen Rechte vorsehen:

für die Nutzung ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, sofern – außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist – die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, wann immer dies möglich ist, angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist;

...“

Besondere Beachtung verdienen im vorliegenden Zusammenhang die Worte:

„... zur Veranschaulichung im Unterricht ...“.

Allein aufgrund dieser Richtlinienvorgabe erweist sich die im Regierungsentwurf zu Korb II vorgeschlagene Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG als nicht europarechtskonform. Die bisherige Fassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG („im Schulunterricht“) steht immerhin dem Wortlaut nach in Einklang mit der Informations-Richtlinie. Die geplante Änderung, wonach Vervielfältigungen auch „zur Veranschaulichung des Unterrichts“ angefertigt werden können, gibt die Beschränkung auf den Klassenraum

und den Zeitrahmen der Schulstunde auf. Die geplante Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG ist daher evident europarechtswidrig.

2. Drei-Stufen-Test

Nach dem in Art. 5 Abs. 5 Informations-Richtlinie normierten Drei-Stufen-Test müssen die Schranken des Urheberrechts auf bestimmte Sonderfälle begrenzt sein, sie dürfen ferner die normale Werkverwertung nicht beeinträchtigen und überdies berechnete Interessen der Rechteinhaber nicht ungebührlich verletzen. Die exakte Bedeutung des Drei-Stufen-Tests ist derzeit noch nicht abschließend geklärt⁴⁵. Einigkeit besteht insofern, als der Drei-Stufen-Test als „Schranken-Schranke“ den nationalen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Schranken des Urheberrechts bindet. Auch § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG muß danach dem Drei-Stufen-Test standhalten.

Die erste Stufe, die Begrenzung auf bestimmte Sonderfälle, soll verhindern, daß das Urheberrecht durch eine Schrankenbestimmung weitgehend ausgehöhlt wird. Für diese Frage dürfte nicht auf das Urheberrecht insgesamt, aber auch nicht nur auf das einzelne Nutzungsrecht, sondern – im Sinne eines Mittelwegs – auf das konkrete gesetzliche Verwertungsrecht abzustellen sein, das durch die Schrankenbestimmung betroffen ist⁴⁶. § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG beschränkt das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG, ohne allerdings dieses Verwertungsrecht dem Rechteinhaber vollauf zu entziehen. Auch steht die Vorschrift mit dem Bestimmtheitsgebot in Einklang.

Zweifelhaft ist indes, ob § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG schon in der derzeitigen Fassung mit der zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests vereinbar ist. Danach darf eine Schrankenbestimmung die normale Werkverwertung nicht beeinträchtigen. Da aber § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG jedenfalls hinsichtlich von Bildungsmedien den Primärmarkt massiv betrifft (dazu unter IV.2.b.aa), ist die „normale“ Werkverwertung beeinträchtigt. § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG verletzt in der derzeitigen Fassung die Kriterien des Drei-Stufen-Tests; die geplante Neufassung wird den Verstoß weiter vertiefen.

Die dritte Stufe bindet den nationalen Gesetzgeber bei der Schrankenziehung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁴⁷. Wenngleich die (konventions- und) europarechtliche Rechtsnatur des Drei-Stufen-Tests eine unmittelbare Übernahme nationaler Auslegungskriterien verbietet, so dürfte ein Rückgriff auf die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit auch im Rahmen des Art. 5 Abs. 5 der Informa-

⁴⁵ *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, vor § 44a, Rn. 21.

⁴⁶ Vgl. zu den Alternativen *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, vor § 44a, Rn. 21.

⁴⁷ *Senftleben*, in: Hilty/*Peukert* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, 159, 183.

tions-Richtlinie nicht ganz fern liegen. Insofern hat die verfassungsrechtliche Prüfung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG sowohl in der derzeitigen Fassung (dazu unter IV.2.b) als auch hinsichtlich der durch den Regierungsentwurf zu Korb II geplanten Neufassung einen eklatanten Verstoß gegen die Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des § 52b UrhG-RegE-Korb II ergeben (dazu unter V.2).

3. Bestandsschutz nach Art. 5 Abs. 3 Buchstabe o) Informations-Richtlinie

Eine Art Bestandsschutz für vor dem Inkrafttreten der Informations-Richtlinie etablierte Schranken enthält Art. 5 Abs. 3 Buchstabe o) der Informations-Richtlinie. Die Vorschrift lautet:

„Die Mitgliedsstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 und 3 vorgesehenen Rechte vorsehen:

a) – n) ...

o) für die Nutzung in bestimmten anderen Fällen von geringer Bedeutung, soweit solche Ausnahmen oder Beschränkungen bereits in einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen sind und sofern sie nur analoge Nutzungen betreffen und den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Gemeinschaft nicht berühren; ...“

Nach dieser Vorschrift können Mitgliedsstaaten bereits bestehende Schrankenbestimmungen beibehalten, auch wenn diese in dem Katalog des Art. 5 Abs. 3 der Informations-Richtlinie im übrigen keine Grundlage finden. Freilich gilt dies nur für Schranken von „geringer Bedeutung“.

Art. 5 Abs. 3 Buchstabe o) der Informations-Richtlinie vermag die geplante Erweiterung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG nicht zu rechtfertigen. Die genannte Bestimmung schützt nur den bei Inkrafttreten der Informations-Richtlinie vorgefundenen Bestand an Schrankenbestimmungen. Eine Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG läßt sich daher von vornherein nicht auf Art. 5 Abs. 3 Buchstabe o) der Informations-Richtlinie stützen.

Aber auch die bisherige Fassung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG findet in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe o) der Informations-Richtlinie keine Grundlage, denn die Vorschrift gilt nur für Nutzungen von „geringer Bedeutung“. Angesichts des gravierenden Eingriffs des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG in den Primärmarkt für Bildungsmedien (dazu unter IV.2.b. ee) kann von einer geringen Nutzung jedenfalls bei Bildungsmedien als Kopiervorlagen nicht die Rede sein. Art. 5 Abs. 3 Buchstabe o) der Informations-Richtlinie mag allenfalls eine Nutzung von anderen Entnahmemedien als Bildungsmedien stützen, nicht aber den Zugriff auf Bildungsmedien selbst. Damit ergibt sich auch aus europarechtli-

chen Gründen die Notwendigkeit einer Bereichsausnahme für Bildungsmedien in § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG.

VII. Zusammenfassung und Gesamtergebnis

Die durch Korb II geplante Änderung des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG bewirkt entgegen der regierungsamtlichen Begründung keineswegs nur eine formale Anpassung des Sprachgebrauchs der Vorschrift an andere Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes. Während nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG bislang nur zur Nutzung „im“ Unterricht kopiert werden durfte, soll nach der Neufassung eine Nutzung zur Veranschaulichung „des“ Unterrichts möglich sein. Die räumlichen und zeitlichen Grenzen der Unterrichtsstunde werden damit entfallen, wodurch eine Nutzung der auf der Basis des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG erstellten Kopien auch zur häuslichen Vor- und Nachbereitung des Unterrichts möglich wird (unter II). Die bereits in den vergangenen Jahrzehnten stetig erweiterte Befugnis zur Erstellung von Fotokopien für den Schulunterricht (unter III.1) wird damit unter Verletzung des auf aktuelle Entwicklungen zugeschnittenen § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG (unter III.2) ein weiteres Mal ausgedehnt und die bislang schon tatsächlich intensive Nutzung von Bildungsmedien als Kopiervorlagen weiter vertieft (unter III.3). § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG verstößt schon in der gegenwärtigen Fassung gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, soweit er die Kopie aus Bildungsmedien zulässt, weil deren Primärmarkt massiv beeinträchtigt wird (unter IV.2). Mit Art. 3 GG steht § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG nicht in Einklang, weil die Vorschrift, anders als der den gleichen Zweck verfolgende § 52a UrhG, eine Bereichsausnahme für Bildungsmedien nicht enthält (unter IV.3). Die geplante Reform des § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG wird die Verletzung der Grundrechte der Urheber und Verleger vertiefen (unter V). Mit den Vorgaben der Informations-Richtlinie und dem Drei-Stufen-Test ist sie nicht vereinbar (unter VI.). Allenfalls eine Erstreckung der in § 52a Abs. 2 Satz 1 UrhG enthaltenen Bereichsausnahme auf § 53 Abs. 3 Nr. 1 UrhG könnte den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Prämissen Rechnung tragen.