

Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (Zweiter Korb) – ein Beitrag aus Wissenschaftssicht

Die wissenschaftsrelevanten Veränderungen des Urheberrechts durch den Zweiten Korb sind kritisch zu bewerten. Die bestehende Abhängigkeit des Wissenschaftlers vom Zugang zu der von ihm benötigten Information ist eine Besonderheit des »Wissenschaftsurheberrechts«, welche gerade im Rahmen der digitalen Vermarktung von wissenschaftlichen Werken immer stärker zum Tragen kommt. Entsprechend bestehen erhebliche Zweifel, ob der bis heute allein über urheberrechtliche Schrankenregelungen versuchte Ausgleich der involvierten Interessen überhaupt zu erreichen ist. Dies gilt umso mehr, als die wissenschaftsspezifischen Schrankenbestimmungen auf dem Ansatz beruhen, den Verlagsangeboten Vorrang einzuräumen; in Wahrheit fehlt auf dem Wissenschaftsmarkt jedoch der dafür notwendige Wettbewerb. Über eine Analyse der Praxistauglichkeit der neuen oder angepassten Schrankenbestimmungen hinaus lohnt es sich daher, über weitere Lösungsansätze nachzudenken, dies zum einen bezogen auf das Urhebervertragsrecht, zum andern aber auch im Bereich des Wettbewerbsrechts.

The latest changes in Germany's copyright law which are relevant to the scientific community are open to critical analysis. The dependency of scientists on access to information they need is a unique feature of the »scientific copyright« which at present is increasingly being strengthened within the context of digital marketing. Subsequently there are considerable doubts as to whether the attempts to balance the interests of all parties involved solely through limitations on copyright can be successful. This is all the more true since limitations specifically aimed at scientific works are based on the intent to give priority to publishing houses; but, in actual truth, the scientific market lacks the competitive environment which would be required. Hence, it is worth going beyond an analysis of the practicality of the new or revised limitations and considering further solutions. These would deal, on the one hand, with copyright contract law, but also, on the other hand, with the legal regulation of competition.

DER ZWEITE KORB – EIN WISSENSCHAFTSFREUNDLICHES URHEBERRECHT?

Es mag bedeutendere Faktoren für den Wissenschaftsstandort Deutschland geben als den Beitrag des Urheberrechts für die Rahmenbedingungen der wissenschaftlichen Informationsversorgung. Dennoch liegt es natürlich im Interesse der Wissenschaftsorganisationen, auch in diesem Bereich die aktuellen Entwicklungen zu begleiten und sie – nach ihrem wohl nur zwischenzeitlichen Abschluss durch den Zweiten Korb – zu bewerten. Das Resümee fällt dabei kritisch aus, und es überrascht nicht, dass sogar seitens der Politik schon vom Dritten Korb die Rede ist, bei dem dann die Bedürfnisse von Bildung und Forschung zu berücksichtigen sein sollen.¹ Das Urheberrecht wird in Bewegung bleiben, aber ob, wann und wie ein Dritter Korb kommen wird, ist alles andere als gewiss. Bis dahin müssen Wissenschaftler und Wissenschafts-

organisationen mit den Ergebnissen des Zweiten Korbs vorliebnehmen, wobei sich dessen Neuerungen aus kritischer Wissenschaftssicht auf vergleichsweise geringfügige Neugestaltungen im Bereich der Schrankenregelungen reduzieren lassen: Mit § 52b UrhG wurde eine neue Schranke für elektronische Leseplätze eingefügt, und § 53a UrhG kodifizierte erstmals ausdrücklich den Kopienversand durch Bibliotheken. Daneben wurde mit § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG die Regelung der Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch modifiziert, das Zitatrecht aus § 51 UrhG leicht umgestaltet, und schließlich während der Arbeiten am Zweiten Korb auch die Befristung der schon im Ersten Korb geschaffenen Schranke für die öffentliche Wiedergabe für Unterricht und Forschung in § 52a UrhG bis Ende 2008 verlängert. Nicht jede dieser Veränderungen ist aus Wissenschaftssicht wirklich eine Verbesserung, jedenfalls nicht, solange man sich der Meinung nicht anschließen will, »wissenschaftsfreundliches Urheberrecht« bedeute auch »wissenschaftsverlagsfreundliches Urheberrecht«.²



Reto M. Hilty

Foto privat



Benjamin Bajon

Foto privat

Wissen als besonderes Gut

Die Grundbedingungen auf dem Gebiet des »Wissenschaftsurheberrechts« sind durch Besonderheiten gekennzeichnet, die vereinfachende Parallelen mit anderen urheberrechtsgeschützten Bereichen wie der Entertainmentbranche gefährlich erscheinen lassen. Wissen in Form seiner nackten Information als dem eigentlichen Rohstoff des wissenschaftlichen Arbeitens ist ein wertvolles, aber auch sehr sensibles Gut. Der Zugang zu diesem Wissen ist *conditio sine qua non* für die wissenschaftliche Forschung, damit sie gestützt darauf neue Erkenntnisse schaffen kann. Das viel zitierte Bonmot, nach dem die eigene Weitsicht darauf beruhe, dass man selbst auf den »Schultern von Riesen« stand,³ dürfte nirgends mehr Gelung beanspruchen als in der Wissenschaft, die vom wechselseitigen Konsumieren und Produzieren – von »produktivem Werkgebrauch« im urheberrechtlichen Sinne – ganz entscheidend geprägt ist. Im Zeitalter elektronischer Datenbanken und technischer Schutzmaßnahmen greift auch der Einwand zu kurz, vom Urheberrecht geschützt werde lediglich die konkrete Form eines Werkes, nicht das Wissen an sich, weswegen Gedanken und Lehren frei blieben.⁴ Denn die viel

**Conditio sine qua non
für die Forschung**

**Auf dem Weg zum
»Dritten Korb«?**

bemühte Dichotomie zwischen freiem Inhalt und geschützter Form läuft aus Sicht des Zugang suchenden Wissenschaftlers dann leer, wenn die dringend benötigten Forschungsergebnisse seiner Kollegen nur eingebettet in einem urheberrechtsfähigen Artikel vorliegen.⁵ Bei exklusiver Rechteeinräumung an einen Verlag verfügt dieser unweigerlich auch über den Inhalt exklusiv, was sich dann auswirkt, wenn ein Artikel einzige noch über eine zugangsgeschützte elektronische Datenbank zum Abruf bereitgehalten wird. Dieser Trend zu »e-only« hält an,⁶ wobei die daraus resultierenden »Single-Source«-Situationen dadurch weiter verschärft werden, dass eine Substitutionsmöglichkeit in der Regel nicht gegeben ist: Der Wissenschaftler kann nicht einfach auf Studie B als Alternative zu Studie A zurückgreifen, wenn einzige jene die für seine eigenen Ansätze entscheidenden Erkenntnisse enthält.⁷ Die Preiselastizität ist vor diesem Hintergrund sehr gering.⁸ Die für den Unterhaltungsbereich nachvollziehbare »Pay-Per-View-Mentalität« greift folglich zu kurz – sie droht zur eigentlichen »Achillesferse« des Systems zu werden.⁹ Gewiss sind kommerzielle Interessen der Wissenschaftsverlage grundsätzlich berechtigt, doch erweist sich das Vertrauen in den Markt als trügerisch, wenn wohl zwischen einzelnen Wissenschaftsverlagen Wettbewerb besteht, nicht aber auf der Nachfrageseite, weil die Zugangsproblematik zu einer einzige vorhandenen, unersetzblichen Quelle für den Forscher letztlich zur Existenzfrage wird.¹⁰

Neugestaltung der Schrankenregelungen: Vorrang des Marktes?

Vor diesem Hintergrund erscheint der allein auf gewisse Schrankenregelungen aufbauende Ansatz des Zweiten Korbes zu eng, um den angestrebten Interessenausgleich zu verwirklichen.¹¹ Dies liegt zum Teil am grundsätzlichen Bedeutungsverlust von Schrankenregelungen, sobald sie von technischen Schutzmaßnahmen und deren eigenständigem Rechtsschutz überlagert werden; der Schrankengebrauch wird damit nicht nur faktisch, sondern letztlich sogar rechtlich legitimiert ausgeschlossen.¹² Selbst die an sich durchsetzungskraft ausgestalteten Schranken in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und § 52a UrhG¹³ gelten wegen der Ausnahme für den Onlinebereich in § 95b Abs. 3 UrhG just dort nicht, wo in Zukunft mehr und mehr die Musik der wissenschaftlichen Informationsversorgung spielen wird, während die übrigen wissenschaftsrelevanten Schranken (einschließlich der Zitatschranke) gegenüber technischen Schutzmaßnahmen generell das Nachsehen haben. »Schuld« daran ist freilich nicht der deutsche Gesetzgeber allein; vielmehr lassen schon die restriktiven Vorgaben der umzusetzenden InfoSoc-Richtlinie

wenig zusätzlichen Spielraum.¹⁴ Doch auch die konkrete Ausgestaltung der Schrankenregelungen im deutschen Recht ignoriert die besondere, eben beschriebene Situation des Wissenschaftsurheberrechts. Denn zumindest im elektronischen Bereich drohen sie leer zu laufen, wenn das Prinzip des Marktes gilt.

Beim Kopienversand geschieht dies über das gesetzlich verankerte Verlagsprivileg in § 53a S. 3 UrhG, wonach dieser (in elektronischer Form) dann ausscheidet, wenn »offensichtliche« und »angemessene« Einzelabrufangebote des jeweiligen Verlages bestehen. So erstrebenswert die Entwicklung solcher – preislich angemessener – Eigenangebote der Verleger wäre, so wenig wird diese Regelung dazu beitragen.¹⁵ Während die »Offensichtlichkeit« inzwischen in Vereinbarungen zwischen Verlegern und Bibliotheken näher definiert wurde,¹⁶ verkommt die durch die Gesetzesmaterialien nur unscharf definierte Angemessenheit¹⁷ zur Leerformel. Denn was im Einzelfall ein – preislich – angemessenes Eigenangebot der Verlage darstellt, bedarf letztlich höchstrichterlicher Klärung. Keine (öffentliche) Bibliothek wird das damit verbundene Prozessrisiko auf sich nehmen. Auch eigentlich unangemessene Angebote werden den elektronischen Kopienversand in der Praxis deshalb blockieren.

Bei § 52a UrhG betreffend die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung droht sodann eine entsprechende Einschränkung – selbst ohne ein ausdrückliches Verlagsprivileg – über ein restriktives Verständnis der »Gebotenheit«. Denn wird jene Voraussetzung so interpretiert, dass ein Rückgriff auf § 52a UrhG nur zulässig ist, wenn das Werk nicht durch den jeweiligen Verlag in »zumutbarer« Weise – insbesondere zu angemessenen Bedingungen – unter Lizenz angeboten wird,¹⁸ so muss der durch die Schranke Begünstigte nicht nur im Einzelfall prüfen, ob überhaupt ein solches Lizenzangebot besteht; darüber hinaus trägt er – wie bei § 53a UrhG – das Risiko der Beurteilung der Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit eines solchen Angebots. Oft wird er stattdessen ganz auf die Verwendung des fraglichen Werkes verzichten, oder er wird in Zweifelsfällen notgedrungen auf letztlich »unzumutbare« Verlagsangebote zurückgreifen müssen, um sich nicht der Gefahr einer Klage durch den Verleger auszusetzen – was beides schwerlich als wissenschaftsfreundliche Urheberrechtspolitik zu werten ist.

Demgegenüber kommt es bei § 52b UrhG darauf an, ob in Bezug auf das jeweilige Werkstück eine vertragliche Regelung seiner Verwendung für die Zugänglichmachung entgegensteht.¹⁹ Bloße Verlagsangebote allein dürften demgegenüber noch keine generelle Sperrwirkung entfalten. Während diese Regelung mit

Bezug auf bereits erworbene Werkexemplare einen gewissen Spielraum gewähren mag, dürfte jedenfalls die Werkvermittlung im digitalen Bereich regelmäßig an entsprechende vertragliche Nutzungsbeschränkungen geknüpft werden.²⁰ Doch selbst der Vertrieb klassischer Bücher kann fortan unter der Vertragspflicht erfolgen, von der Schrankenbestimmung nicht Gebrauch zu machen.

Diese überaus restriktive Ausgestaltung der gegenwärtig im Gesetz enthaltenen Schrankenbestimmungen und ihre üblicherweise enge Auslegung dürfte letztlich auf das noch immer vorherrschende Verständnis des zu beachtenden völkerrechtlichen Rahmens für Schrankenregelungen zurückzuführen sein: Jenes des sog. Drei-Stufen-Tests.²¹ Danach darf unter anderem durch eine Schranke die »normale Auswertung des Werkes« nicht beeinträchtigt werden. Wenn dieser Drei-Stufen-Test darüber hinaus einzige Berücksichtigung der Interessen der Rechteinhaber – welches in der Praxis durchwegs die Urheberrechtsverwerter sind – verlangt, wird die Reichweite solcher Schrankenregelungen gerade im digitalen Bereich unweigerlich massiv beschränkt: insbesondere ein – wie auch immer geartetes – Verlagsangebot lässt die Schranken weitgehend leerlaufen. Konsequenz ist, dass das Feld im Wissenschaftsbereich den Verlegerinteressen überlassen bleibt, womit die Chance verpasst wird, Schrankenregelungen als Instrument dafür zu nutzen, um Verleger dazu zu motivieren, ihre Angebote nicht bloß »zumutbar« auszustalten, sondern sie so attraktiv durch Mehrwerte anzureichern, dass der Nutzer solche Angebote gegenüber den gestützt auf die Schranken möglichen Alternativen ohne weiteres als die bessere Wahl erkennt. Ansatzpunkte dafür gibt es viele: Verlagsangebote erweisen sich für den Nutzer sehr schnell als komfortabler im Vergleich etwa zu dem reinen Einstellen von Printprodukten. Qualitative Mehrwerte sind dann auch schnell geschaffen, sobald die Nutzungsmöglichkeiten über jene engen Grenzen hinausgehen, welche durch die Schrankenregelungen gesteckt wurden. Vor allem aber müssen Verlagsangebote zu einem Preis erhältlich sein, der im Vergleich zu den Möglichkeiten, die sich auf Schrankenregelungen stützen, insgesamt attraktiver erscheint. Denn dass vernünftige Gewinnerwartungen der Verlage befriedigt werden müssen, um ausreichende Anreize für die notwendigen Investitionen zu schaffen, versteht sich von selbst. Das Urheberrecht darf jedoch nicht dem Schutz bloßer Monopolrenten dienen – zumal dann nicht, wenn diese aus öffentlichen Mitteln gespeist werden.

DIE PRAKТИSCHE BEDEUTUNG DER SCHRANKENBESTIMMUNGEN

Die praktische Bedeutung der neuen bzw. teilweise neu gestalteten Schranken, welche den Belangen der wissenschaftlichen Informationsversorgung in der Informationsgesellschaft dienen sollen, ist insgesamt als eher gering einzustufen;²² im Wesentlichen bleiben sie dem analogen Zeitalter verhaftet.

§ 52b UrhG: Leseplatzprivileg

Die Aufmerksamkeit, die § 52b UrhG als neuem »Leseplatzprivileg« im Gesetzgebungsverfahren zuteil wurde, dürfte in Anbetracht des Endergebnisses in keinem gesunden Verhältnis zu seiner zukünftigen praktischen Bedeutung stehen.²³ Die mehrfach veränderte Norm hat am Ende langer Diskussionen einen auch im Vergleich mit der Richtlinie derart engen Anwendungsbereich²⁴ erhalten, dass der für den gesetzeskonformen Schrankengebrauch zu erbringende große Aufwand seitens der durch die Schranke Begünstigten sich häufig kaum lohnen dürfte. Grund zu derartigen Zweifeln gibt neben der Begrenzung der Nutzung auf die Räumlichkeiten der jeweiligen Bibliothek vor allem die durch die Richtlinie keineswegs vorgegebene strenge Bestandsakzessorietät,²⁵ nach der »grundsätzlich« nur so viele Exemplare gleichzeitig an den dafür vorgesehenen Terminals zugänglich gemacht werden dürfen, wie sich im Bestand der jeweiligen Einrichtung befinden. Eine am Ende gefundene »Kompromisslösung« sieht zwar vor, dass bei »Belastungsspitzen« auch Ausnahmen, d. h. bis zu vier Nutzungen pro vorhandenem Werkexemplar möglich sein sollen.²⁶ Will man diesen Kompromiss technisch umsetzen, dürfen freilich aufwändige, auf DRM gestützte netzbasierte Steuerungen erforderlich sein, ähnlich wie bei Mehrplatzlizenzen für Software. Ganz allgemein stellt sich aber die Frage, ob nicht bereits das regelmäßig erforderliche Digitalisieren durch jede einzelne Bibliothek angesichts der letztlich doch eng begrenzten Nutzungsmöglichkeiten einen von vornherein unverhältnismäßig großen Aufwand bedeutet.²⁷ Statt die unpraktikable Schranke überhaupt zu nutzen, dürfen es oft »effizienter« erscheinen, selbst übererte Lizenziungsangebote der Verlage zu nutzen, zumal diese zumindest nicht an die engen Beschränkungen des § 52b UrhG gebunden sind – wohl aber den (möglicherweise ebenfalls engen) Vertragsbedingungen des jeweiligen Anbieters unterliegen. In Frage kommen dafür etwa Campus- und Mehrfachlizenzen. Ob die Schrankenregelung allenfalls in Nischenanwendungen (wie das schonende Bereitstellen empfindlicher antiquarischer – häufig dann aber inzwischen ohnehin urheberrechtsfreier! – Originalschriften) und

Der »Drei-Stufen-Test«

Verlegerinteressen oder Motivation zur Erschaffung von Mehrwert

Urheberrecht als Schutz der Monopolrenten?

gewissen Anwendungen in der akademischen Ausbildung praktischen Nutzen entfalten wird, bleibt dem gegenüber abzuwarten. Sie als Beleg für ein wissenschaftsfreundliches Urheberrecht zu nehmen, wäre jedenfalls vermessens.

§ 53a UrhG: Kopienversand

Durch § 53a UrhG erfährt der schon durch die Rechtsprechung legalisierte²⁸ Kopienversand auf Bestellung nun eine ausdrückliche Regelung. Diese Kodifizierung allein jedoch als eine wissenschaftsfreundliche Maßnahme zu verstehen, ginge an der Problematik vorbei. Denn zum einen greift der schrankengestützte Kopienversand nur auf gedruckte Vorlagen zurück und hilft deshalb gerade im problematischen »e-only«-Bereich nicht, wo Verbesserungen angesichts der dort regelmäßig anzutreffenden Single-Source-Situation am dringlichsten gebraucht würden. Zum anderen handelt es sich mit Blick auf die bereits dargestellte Privilegierung der Verlagsinteressen in Wahrheit um eine Einschränkung der bisherigen Praxis.²⁹ Für die angestrebte Umsetzung des Kopienversandurteils des Bundesgerichtshofs hätte es nämlich ausgereicht, die dort im Wege der Analogie hergeleitete Vergütung gesetzlich zu verankern.³⁰ Die über das Urteil hinausgehende Regelung des elektronischen Kopienversands sodann fällt derart restriktiv aus, dass eine entsprechende Praxis gar nie aufleben dürfte.³¹ Nebst der wohl zunehmenden Verbreitung der Eigenangebote durch Verlage wird einziger beschwerlicher Weg per Post und Fax übrig bleiben, obwohl selbst für den elektronischen Versand grafischer Dateien der zeitliche Aufwand erheblich ist und die Nutzungsmöglichkeiten gegenüber qualitativ hochstehenden Verlagsangeboten derart beschränkt bleiben, dass deren Geschäftsmodelle wahrlich ausreichend faktisch geschützt gewesen wären.³²

An die Stelle der Schranke tritt beim elektronischen Kopienversanddienst »subito« nun offenbar eine Lizenzlösung, die im Einzelnen in einem Nachtrag zum entsprechenden Rahmenvertrag mit der Verlagsseite besteht und die jeweils individuelle Lizenzvereinbarungen mit den einzelnen Verlagen voraussetzt. Vorgesehen sind darin zwar durchaus preisgünstigere Lieferungen an privilegierte Nutzergruppen, jedoch gelten hierfür quantitative und zeitliche Beschränkungen und recht weitreichende Kündigungsrechte seitens der Verleger.³³ Inwieweit derartige – letztlich freiwillige – lizenzbasierte Regelungsmodelle wirklich ernst zu nehmende Alternativen zu den eigenen Abrufangeboten der Verlage darstellen, nachdem die Rückfallposition des »echten« Kopienversanddienstes durch die einengende gesetzliche Regelung weitestgehend entwertet wurde, bleibt abzuwarten.

**restriktive Handhabung
des elektronischen
Kopienversands**

InfoSoc-Richtlinie

§ 52a UrhG: Öffentliche Zugänglichmachung für die Forschung

Die inhaltlich unverändert gebliebene Schranke zugunsten der öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung hat wegen ihres Sachzusammenhangs, aber auch wegen der ursprünglichen Befristung auf den 31. Dezember 2006 (§ 137k UrhG) im Rahmen der Diskussionen zum Wissenschaftsurheberrecht im Zweiten Korb erneut eine Rolle gespielt.³⁴ Die weiterhin heftig kritisierte Schrankenregelung³⁵ mit zwischenzeitlich bis zum Ende des Jahres 2008 verlängerter Geltungsfrist bleibt freilich eine »Sunset Provision«.³⁶ An der Rechts- und Planungsunsicherheit hat sich also (noch) nichts geändert, auch wenn Bundestag und Bundesrat in ihren Entschließungen das Bundesministerium der Justiz aufgefordert haben, die bestehende Regelung und ihre Befristung zu überprüfen bzw. diese aufzuheben.³⁷ Es bleibt Aufgabe des Gesetzgebers, hier möglichst bald Klarheit zu Gunsten der Schrankenregelung zu schaffen, selbst wenn die Norm aus Sicht der Wissenschaft wegen ihrer engen Voraussetzungen kaum als gelungen bzw. ausreichend bezeichnet werden kann.³⁸ Der Widerstand der Verlegerseite jedenfalls dürfte kaum in einem rationalen Verhältnis zur ökonomischen Bedeutung der Norm stehen.³⁹

§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG: Wissenschaftskopie

§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG wurde zu Lasten der Wissenschaft durch den Zweiten Korb noch verschärft. Die Vervielfältigungsfreiheit zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch bleibt zwar grundsätzlich auch im digitalen Bereich erhalten, dies jedoch nur noch für den wissenschaftlichen Gebrauch zu nicht gewerblichen Zwecken – eine Einschränkung, die nach dem Wortlaut des deutschen UrhG zuvor allein für den Bereich elektronischer Datenbankwerke bestand.⁴⁰ Begründet wird dies – mit Recht – mit den insoweit klaren Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie, die kommerzielle Forschungszwecke ausschließt.⁴¹ Entsprechend muss sich die Kritik in diesem Punkt in erster Linie gegen den europäischen Richtliniengeber richten. Die Haltung des europäischen Gesetzgebers ist denn auch in der Tat unverständlich, ergeben sich daraus in Zukunft doch gerade im Bereich der immer wichtiger werdenden Drittmittelforschung größte Probleme.⁴² Davon abgesehen provoziert diese Einschränkung schwierige Abgrenzungsfragen, beispielsweise wenn es auch bei nicht gewerblich orientierter Forschung an Universitäten und anderen Forschungseinrichtungen im Einzelfall dann doch zu einer kommerziellen Auswertung der Ergebnisse kommt. Mit Blick auf die Gefahr unüberwindlicher Rechtsunsicherheit und eines völligen

Leerlaufens der Schranke kann es daher einzig auf den Charakter einer Forschungstätigkeit im Zeitpunkt der Nutzungshandlung ankommen, nicht hingegen darauf, ob daraus irgendwann in der Zukunft auch ein kommerzieller Ertrag entspringen könnte.⁴³ Immerhin stellt auch Erwägungsgrund 42 der zugrundeliegenden InfoSoc-Richtlinie auf die »Tätigkeit als solche« und nicht auf die Art der Finanzierung oder die organisatorische Struktur der Forschungseinrichtung ab.

Der kommerziellen Wissenschaft bleibt nach dem Zweiten Korb nur noch der Rückgriff auf die – nur analog oder im Wege der Reprographie⁴⁴ – gestattete Vervielfältigung zu sonstigen eigenen Zwecken nach § 53 Abs. 2 Nr. 4a) UrhG, die freilich engere quantitative Grenzen setzt als die Wissenschaftskopie.⁴⁵ Diese quantitative Schlechterstellung hätte der deutsche Gesetzgeber trotz der Richtlinievorgaben durchaus abmildern können, hätte er die Anregungen des Bundesrates aufgegriffen und auch im Bereich der kommerziellen Forschung eine zumindest im Umfang der sonstigen Wissenschaftskopie entsprechende analoge Schrankenregelung akzeptiert.⁴⁶ Ob der schon jetzt heillos komplizierte § 53 Abs. 2 UrhG nicht besser insgesamt einen Neuanfang erfahren hätte, bei welchem auch auf die Belange der Wissenschaft mehr Sorgfalt hätte verwendet werden können, braucht hier nicht erörtert zu werden.

§ 51 UrhG: Zitatrecht

Das Zitatrecht genießt insofern eine Sonderstellung unter den wissenschaftsrelevanten Schrankenregelungen, als es nicht auf der quasi vorgelagerten Ebene der erleichterten Werknutzung bzw. des Werkzugangs ansetzt, sondern es um die unmittelbare Bezugnahme auf vorbestehende Werke im eigenen Werk geht. Damit wird freilich auch gleich das eigentliche Problem deutlich: Die Nutzung des Zitatrechts setzt den Werkzugang voraus; ohne Zugang läuft das Zitatrecht leer, zumal es aufgrund der Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie gegenüber technischen Schutzmaßnahmen nicht durchsetzungsstark ausgestaltet wurde.

Blendet man dieses Grundproblem aus, ist die – aus Wissenschaftssicht eher geringfügige – Neuregelung beim Zitatrecht zu begrüßen. Die bisher enge kasuistische (und nach dem Wortlaut⁴⁷ für das sogenannte »Kleinzipat« der Nr. 2 auf Sprachwerke begrenzte) Regelung wurde in Form einer Generalklausel »vorsichtig erweitert«, dies jedoch ohne über die Schließung von zuvor bestehenden Lücken hinaus wesentliche inhaltliche Änderungen zu bewirken.⁴⁸ Sinnvoll ist diese flexiblere Regelung in erster Linie mit Blick auf die zunehmende Bedeutung von Multimediarbeiten so wie Bild- und Filmzitate, wobei das Zitat im Rah-

men eines selbständigen wissenschaftlichen Werkes nach Nr. 1 schon bislang keiner solchen Beschränkung unterlag.⁴⁹ Die neue Bezugnahme auf die »Veröffentlichung« statt das »Erscheinen« erstreckt den Anwendungsbereich des Wissenschaftszipats nun zweifelsfrei auch auf lediglich im Internet abrufbare Werke.⁵⁰ Die quantitative Privilegierung des »wissenschaftlichen Großzipats« bleibt gewahrt, weil wie bislang »einzelne Werke« – und nicht lediglich »(einzelne) Stellen eines Werkes« – aufgenommen werden dürfen. Die Nutzung muss zwar wie bisher »in ihrem Umfang durch ihren besonderen Zweck gerechtfertigt« sein, doch bleibt der Rechtsprechung die erforderliche Flexibilität, um gerade im Wissenschaftsbereich zu einem angemessenen Ausgleich der Interessen zu gelangen. Die besondere Bedeutung der Zitatschranke für den freien gedanklichen Austausch als Ausfluss der »produktiven Interdependenzen«⁵¹ lässt sich – von den erwähnten Zugangsproblemen abgesehen – also ausreichend berücksichtigen.

Schlechterstellung durch enge quantitative Grenzen

ZWEITVERWERTUNGSGESETZ IN § 38 ABS. 1 URHG BLEIBT UNGEREGLT

Nicht geregelt wurde im Zweiten Korb trotz entsprechender Forderungen des Bundesrates⁵² die Einführung urhebervertragsrechtlich verankerter Zweitverwertungsrechte im Lichte der Open-Access-Entwicklungen durch eine Änderung des § 38 Abs. 1 UrhG.⁵³ Die dagegen vorgetragenen rechtlichen Bedenken der Bundesregierung⁵⁴ überzeugen freilich in keiner Weise: Weder der abschließende Schrankenkatalog der Richtlinie noch der Drei-Stufen-Test kommen bei zwingenden urhebervertraglichen Regelungen zum Tragen. Ein Konflikt mit der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG sodann ist angesichts des damit bezweckten Schutzes des originären »Eigentums« – des Wissenschaftlers – erst recht nicht gegeben.⁵⁵ Eine entsprechende Neuregelung erscheint rechtlich also durchaus zulässig. Für die Entwicklung von Open-Access-Modellen vermöchte sie auch durchaus positive Impulse zu bewirken und damit zur Lösung des Single-Source-Problems im Wissenschaftsbereich beizutragen. Allerdings dürfen die offenen Fragen hinsichtlich des praktischen Nutzens von Open Access nicht unterschätzt werden. Zum einen ist es fraglich, ob damit wirklich ein effizienter Weg eingeschlagen wird, wenn man sich die zu übernehmenden »verlegerischen Aufgaben« durch die Wissenschaftsorganisationen und die damit verbundenen Kosten vor Augen hält.⁵⁶ Zum anderen sollte man von Open Access keine Wunder im Sinne einer Gesamtlösung des Problems erwarten, mag der immense persönliche Einsatz vieler Beteiligter noch so beeindrucken. Denn entscheidender Hemmschuh

ohne Zugang zum Zitat läuft das Zitatrecht leer

praktischer Nutzen von Open Access

dürfte am Ende die Tatsache sein, dass der einzelne Wissenschaftler für seine eigene wissenschaftliche Reputation zu vielem bereit sein muss, wenn er weiterkommen will. Tatsächlich gründet wissenschaftliche Reputation unvermindert zu einem Großteil in der Möglichkeit einer Veröffentlichung in den renommiertesten Zeitschriften der Forschungsdisziplin. Ein gesetzliches Zweitverwertungsrecht dürfte deshalb erst dann wirklich flächendeckend zum »Erfolg« von Open Access führen, wenn die Veröffentlichungsfreiheit des einzelnen Wissenschaftlers eingeschränkt wird. Bedenken dagegen wecken aber nicht nur gewisse offene rechtliche Fragen namentlich mit Blick auf die über Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit. Darüber hinaus dürften sich zwingende Regelungen einzelner Wissenschaftsorganisationen im globalen Wettbewerb um die besten Wissenschaftler sehr schnell als Bumerang erweisen. All dies soll gewiss nicht als Plädoyer gegen Open Access verstanden werden, dies gerade angesichts durchaus bestehender vielversprechender »Golden-Road«-Ansätze wie beispielsweise dem Scoap³-Projekt im Bereich der Hochenergiephysik.⁵⁷ Denkbar sind insbesondere auch sinnvolle Kooperationen zwischen Wissenschaft und Wissenschaftsverlagen. Das Open-Access-Potential zur Lösung der insgesamt bestehenden hoch komplexen Probleme an der Schnittstelle zwischen Urheberrecht und wissenschaftlicher Forschung sollte jedoch eher zurückhaltend eingeschätzt werden.

LIEGT DIE ZUKUNFT IM WETTBEWERBSRECHT?

Lösungsansätze im Wettbewerbsrecht

Mögen spezielle Wissenschaftsschranken wie auch Open Access einen gewissen Beitrag für ein wissenschaftsfreundliches Urheberrecht leisten, so stoßen sie nach dem Gesagten doch bald an Grenzen – dies gerade dort, wo die eigentlichen Probleme liegen: im digitalen Bereich. Wenn sich das alleinige Drehen an den Stellschrauben des Urheberrechts damit als unzureichend erweist, muss man sich ernsthaft die Frage stellen, ob neue Lösungsansätze nicht eher im Wettbewerbsrecht zu suchen sind. Erforderlich sein mag dafür ein sektorspezifisches Wettbewerbsrecht, selbst wenn konkrete Überlegungen dazu noch in den Kinderschuhen stecken mögen und die rechtlichen wie ökonomischen Zusammenhänge gewiss noch eingehender durchleuchtet werden müssen. Gerade die besorgniserregenden Preissteigerungstendenzen bei der elektronischen Informationsvermittlung lassen jedenfalls erahnen, dass Ansatzpunkte bestehen. Ob dies am Ende auf bestimmte Formen der Preiskontrolle – oder zumindest einer Preissteigerungskontrolle im Sinne einer entsprechenden Begründungspflicht

der Verlage – hinausläuft, wird sich erweisen müssen. Ebenso erwägenswert könnte ein kartellrechtlich motivierter Vertragszwang sein, der es weiteren Anbietern erlauben würde, identische Rohdaten im Wettbewerb mit dem eigentlichen Verleger eigenständig zu veredeln und anzubieten. Vermieden werden könnte so namentlich die problematische Single-Source-Situation hinsichtlich der für die weitere Forschung unerlässlichen und nicht substituierbaren Forschungsergebnisse. Zunächst besteht jedoch ein erheblicher rechts- wie wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsbedarf – im Interesse der Wissenschaft.

¹ Siehe nur die verschiedenen Stellungnahmen während der Verabschiedung des Zweiten Korbes im Bundestag, Plenarprotokoll 16/108 der 108. Sitzung vom 5. Juli 2007, S. 1114 ff.

² So die Äußerung des MdB Dr. Krings bei der Verabschiedung des Zweiten Korbes, a.a.O., S. 11149, die jedoch zu Recht nicht ohne Widerspruch geblieben ist; siehe beispielsweise die Erwiderung des MdB Müller, ebd. S. 11154.

³ Zur Herkunft dieses Gleichnisses siehe http://de.wikipedia.org/wiki/Auf_den_Schultern_von_Giganten. [Internetfundstellen jeweils mit Stand 11.06.2008]

⁴ Zur urheberrechtlichen Kontroverse dazu vgl. statt vieler *Loewenheim, Ulrich*, in: Schriener, Gerhard: Urheberrecht, Kommentar, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2006, § 2 Rn. 53 ff.; speziell zu wissenschaftlichen Werken Rn. 60 ff., jeweils m.w.N.

⁵ Siehe dazu ausführlicher *Hilty, Reto M.*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, in: GRUR Int 2006, S. 179, 181, sowie ders., in: Stellungnahme zuhanden des Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, Anhörung vom 8. November 2006, S. 12 f., abrufbar unter www.bundestag.de/ausschuesse/ao6/anhoerungen/08_3Urheberrecht_III/o4_StN/index.html.

⁶ Vgl. *Snyder, Thomas*, Pricing and pricing policies from the perspective of a subscription agent, in: *Information Services & Use* 27 (2007), S. 229, 232.

⁷ Siehe zu diesem Problem *Hilty, Reto M.*, in: *Torremans, Paul* (Hrsg.), Copyright Law, A Handbook of Contemporary Research, Cheltenham, Elgar, 2007, S. 328; *Kuhlen, Rainer*, Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, Bozenburg, Verlag Werner Hülsbusch, 2008, S. 189.

⁸ *Wellcome Trust* (Hrsg.), Economic Analysis of Scientific Research Publishing, A report commissioned by the Wellcome Trust, 2003, S. 15, abrufbar unter: www.wellcome.ac.uk>About-us/Publications/Books/Biomedical-science/WTD003181.htm.

⁹ Vgl. *Hilty, Reto M.*, Five Lessons about copyright in the information society: Reaction of the scientific community to over-protection and what policy makers should learn, in: *Journal of the Copyright Society of the USA* 53 (2006), S. 103, 138.

¹⁰ *Hilty, Reto M.*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, supra (Endnote 5), S. 180.

¹¹ Vergleiche die Präambel zum WIPO Copyright Treaty: »Recognizing the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention«; WCT abrufbar unter: www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/.

¹² Vgl. dazu kritisch *Hilty, Reto M.*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, supra (Endnote 5), S. 180 f.

¹³ Vgl. die Regelung in § 95b UrhG.

¹⁴ Siehe Art. 6 Abs. 4, insbesondere Unterabsatz 4 der Richtlinie 2001/9/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-Richtlinie).

¹⁵ Zu optimistisch erscheint deshalb die Einschätzung der Bundesregierung, angemessene Bedingungen lägen letztlich auch im Interesse der Verlage; siehe die entsprechende Gegenäußerung der Bundesregierung, Anlage 3 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 48.

¹⁶ Vgl. den Nachtrag Nr. 1 zum Subito-Rahmenvertrag, Punkt 2.2.3, abrufbar unter www.boersenverein.de.

¹⁷ Siehe die Begründung der Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/5939, S. 45.

¹⁸ Siehe die Gemeinsame Charta der Bibliotheksverbände, der Arbeitsgemeinschaft wissenschaftlicher Verleger und des Börsenvereins zum Verständnis von § 52a UrhG aus dem Jahr 2003, dort Grundsatz Nr. 2, abrufbar unter www.bibliotheksverband.de/dbv/rechtsgrundlagen/Charta-UrhG.pdf; kritisch dazu schon *Kuhlen, Rainer*, supra (Endnote 7), S. 357; vgl. auch den Gesamtvertrag zur Vergütung von

besorgniserregende Preisseigerungstendenzen

Ansprüchen nach § 52a UrhG aus dem Jahr 2007, § 2 Abs. 3 des Vertrages, abgedruckt als Anhang G bei *Beger, Gabriele*, Urheberrecht für Bibliothekare, Eine Handreichung von A bis Z, 2. Aufl., München, Verlag Medien und Recht, S. 157 ff.

¹⁹ Begründung zum Regierungsentwurf zum Zweiten Korb, BT-Drs. 16/1828, S. 26; *Hoeren, Thomas*, Der Zweite Korb – Eine Übersicht zu den geplanten Änderungen im Urheberrechtsgesetz, in: MMR 2007, S. 615, 617; vgl. zu dieser dennoch teilweise umstrittenen Frage *Spindler, Gerald*, Reform des Urheberrechts im Zweiten Korb, in: NJW 2008, S. 9, 13; *Berger, Christian*, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven – Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte des geplanten § 52b UrhG, in: GRUR 2007, S. 754, 756, 759 f.

²⁰ So auch *Kreutzer, Till*, Das Spannungsfeld zwischen Wissen und Eigentum im neuen Urheberrecht, in: Hofmann, Jeanette (Hrsg.), Wissen und Eigentum, Geschichte, Recht und Ökonomie stoffloser Güter, Bonn, Bundeszentrale für Politische Bildung, 2006, S. 109, 123.

²¹ Siehe neben Art. 10 WCT bereits Art. 9 Abs. 2 der Revidierten Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst sowie Art. 13 TRIPS (WTO Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), beide abrufbar unter www.wipo.org, aber auch Art. 5 Abs. 5 der InfoSoc-Richtlinie. S. aber auch die »Declaration on a balanced interpretation of the 'Three-Step Test' in Copyright Law«, 39 IC 707–713 (2008), bzw. www.ipmpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_steps.pdf, welche den Drei-Stufen-Test im Sinne eines Ausgleichs aller involvierten Interessen interpretiert.

²² Kritisch schon *Hilty, Reto M.*, Sündenbock Urheberrecht, in Ohly, Ansgar (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Schriftenreihe Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Bd. 11, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, S. 121.

²³ Vgl. die insgesamt kritischen Ausführungen und Verweise bei *Kuhlen, Rainer*, supra (Endnote 7), S. 368 ff.

²⁴ Siehe zu den Schrankeneinschränkungen schon *Hilty, Reto M.*, Urheberrecht und Wissenschaft, in: Sieber, Ulrich/Hoeren, Thomas (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – Anforderungen an das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Beiträge zur Hochschulpolitik 2/2005, Bonn, Hochschulektorenkonferenz, 2005, S. 182 f.

²⁵ Grundsätzlich kritisch dazu *Hoeren, Thomas*, Die Schranken des Urheberrechts in Deutschland, in: *Hilty, Reto M./Geiger, Christophe* (Hrsg.), Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts, Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog, Berlin, Springer, 2007, S. 280.

²⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs 16/5939, S. 44.

²⁷ In diese Richtung auch *Kreutzer, Till*, supra (Endnote 20), S. 123.

²⁸ BGH NJW 1999, S. 1953 ff.

²⁹ Vgl. *Hoeren, Thomas*, supra (Endnote 19), S. 617.

³⁰ Vgl. dazu und insgesamt *Grassmann, Ferdinand*, Der elektronische Kopiaversand im Rahmen der Schrankenregelungen, Baden-Baden, Nomos, 2006, S. 163.

³¹ Vgl. *Hoeren, Thomas*, supra (Endnote 25), S. 286.

³² Kritisch zum wirtschaftlichen Schädigungspotential schon *Hilty, Reto M.*, Stellungnahme zuhanden des Rechtsausschusses, supra (Endnote 5), S. 10 f.

³³ Siehe im Einzelnen den Nachtrag Nr. 1 zum Rahmenvertrag zwischen »subito. Dokumente aus Bibliotheken e.V.«, abrufbar auf den Seiten des Börsenvereins, www.boersenverein.de.

³⁴ Vgl. *Sandberger, Georg*, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, in: ZUM 2006, S. 818, 824; vgl. für eine grundlegende und umfassende Untersuchung des § 52a UrhG *Suttorp, Anke*, Die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG), Münster, LIT, 2005.

³⁵ Vgl. nur den recht polemischen Vorwurf der »Wissenschaftspiraterie« bei *Gounalakis, Georgios*, Ein neuer Morgen für den Wissenschaftsparagrafen: Geistiges Eigentum weiter in Piratenhand, in: NJW 2007, S. 36 ff.

³⁶ *Gounalakis, Georgios*, a.a.O, S. 36.

³⁷ Im letzteren Sinne der Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 582/07, S. 2; zumindest eine Überprüfung empfiehlt die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/5939, S. 3.

³⁸ *Sandberger, Georg*, supra (Endnote 34); vgl. auch die ausführliche Kritik bei *Kuhlen, Rainer*, supra (Endnote 7), S. 334 ff., sowie bei *Kreutzer, Till*, Geistiges Eigentum – Immateriagüter in der Wissensgesellschaft. Ein Überblick über die Entwicklung der Gesetze zum geistigen Eigentum in Deutschland, Europa und international, Berlin, DGB-Gutachten, 2007, abrufbar unter: www.dgb.de/themen/themen_a_z/abisz_doks/i/immateriaguetterrechte_wissensgesellschaft.pdf/file_view_raw.

³⁹ Siehe schon *Hilty, Reto M.*, supra (Endnote 24), S. 188.

⁴⁰ Siehe § 53 Abs. 5 S. 2. UrhG.

⁴¹ Siehe Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-Richtlinie. Die Begründung des Regierungsentwurfs vom 15.06.2006, BT-Drs. 16/1828, S. 26, spricht von einer »Klarstellung«.

⁴² *Hoeren, Thomas*, supra (Endnote 25), S. 284.

⁴³ So *Spindler, Gerald*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, in: GRUR 2002, S. 105, 114.

⁴⁴ Wie dies im Einzelnen auszulegen und abzugrenzen ist, ist jedoch durchaus umstritten, vgl. *Grassmann, Ferdinand*, supra (Endnote 30), S. 92 ff.

⁴⁵ Vgl. beispielsweise die Kommentierung durch *Loewenheim, Ulrich*, in: *Schricker*, supra (Endnote 4), § 53 Rn. 30 ff.

⁴⁶ Siehe zu den entsprechenden Erwägungen die Gegenäußerung der Bundesregierung, Anlage 3 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 48. Eine solche Schranke hätte sich zwar nicht auf Art. 5 Abs. 3 a), wohl aber auf Art. 5 Abs. 2 a) der InfoSoc-Richtlinie stützen können.

⁴⁷ Die Rechtsprechung hat sich hier schon nach altem Recht mit einer entsprechen weiten Auslegungen beholfen, vgl. nur BGHZ 99, S. 162 ff. – Filmzitat.

⁴⁸ So die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/1828, S. 25; *Spindler, Gerald*, supra (Endnote 19) S. 15.

⁴⁹ Vergleiche dazu *Hoeren, Thomas*, supra (Endnote 25), S. 276, m.w.N.

⁵⁰ Vgl. die entsprechende Forderung schon bei *Hilty, Reto M.*, supra (Endnote 24), S. 178; ebenso Stellungnahme Aktionsbündnis »Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft«, ebd. S. 142.

⁵¹ *Krause-Ablaß, Günter B.*, Zitate aus Aufführungen, Tonaufnahmen, Filmen und Sendungen in Film und Rundfunk, in: GRUR 1962, S. 231.

⁵² Stellungnahme des Bundesrates, abgedruckt als Anlage 2 zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 39.

⁵³ Siehe dazu *Hansen, Gerd*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen – Alternative urheberrechtliche Ansätze, in: GRUR Int 2005, S. 378 ff.; *Hilty, Reto M.*, supra (Endnote 24), S. 189 ff.

⁵⁴ Siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, abgedruckt als Anlage 3 zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1828, S. 47.

⁵⁵ Siehe schon die Begründung bei *Hilty, Reto M.*, Stellungnahme zuhanden des Rechtsausschusses, supra (Endnote 5), S. 23 f.

⁵⁶ Dazu schon *Hilty, Reto M.*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, supra (Endnote 5), S. 184.

⁵⁷ Siehe zu dieser internationalen Initiative <http://scoap3.org>.

DIE VERFASSER

Prof. Dr. Reto M. Hilty ist Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum,

Benjamin Bajon ist Doktorand und Stipendiat am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Marstallplatz 1, 80539 München

hilty@ip.mpg.de

bajon.benjamin@ip.mpg.de