

URHEBERRECHT

Prof. Dr. Linda Kuschel, Darius Rostam*

Die Evaluierung des UrhWissG – Case closed?***

Bildung und Forschung stellen an das Urheberrecht besondere Anforderungen. Zum einen entstehen wissenschaftliche Werke, die vor allem für Bildung und Forschung relevant sind, häufig nicht allein aus ökonomischen Motiven. Wissenschaftler versprechen sich durch Veröffentlichungen Reputationsgewinne und ihre Forschung ist in der Regel institutionell finanziert.¹ Die Gefahr einer Unterproduktion von Werken besteht in der Wissenschaft deshalb nicht im selben Maße wie in anderen Bereichen – vielmehr spielen ökonomische Interessen erst im Rahmen der Distribution eine Rolle.² Zum anderen sind Nutzer in Bildung und Wissenschaft auf einen Zugang zu Werken besonders angewiesen: Unterricht bedarf einer (nicht notwendigerweise vergütungsfreien) Nutzungsmöglichkeit fremder Werke, um vorhandenes Wissen im Interesse gesellschaftlichen Fortschritts weiter zu vermitteln.³ Die Wissenschaft folgt dem Ideal des freien wissenschaftlichen Diskurses, der eine schnelle Verfügbarkeit von meist nicht-substituierbaren Erkenntnissen verlangt.⁴ Die Interessen von Wissenschaftlern als Urheber und als Nutzer fallen deshalb zusammen; Verlage wollen dagegen ihre Kosten im Zusammenhang mit der Publikation und Verbreitung amortisieren.

Mit dem „Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG)“, das am 1. März 2018 in Kraft trat,⁵ hat der Gesetzgeber einen neuen Versuch für diesen Interessenausgleich unternommen. Das UrhWissG versammelte erstmals Schranken

* Prof. Dr. Linda Kuschel, LL.M. (Harvard) ist Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht sowie Recht und Digitalisierung an der Bucerius Law School, Hamburg. Darius Rostam ist Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht sowie Recht und Digitalisierung, Bucerius Law School, Hamburg.

*** Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag der Verfasserin *Kuschel* auf der Göttinger Urheberrechtstagung am 08.11.2022.

1 *Bellia/Mosconi*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 21–27, S. 4.

2 Vgl. *Grünberger*, GRUR 2017, 1.

3 Vgl. GRUR-Stellungnahme, GRUR 2009, 135, 139.

4 *Grünberger*, GRUR 2017, 1.

5 BGBl. I 2017, 3346.

für Bildung, Wissenschaft und Institutionen in einem eigenen Unterabschnitt in den §§ 60a – 60h UrhG. Es war zunächst auf fünf Jahre befristet (§ 142 Abs. 2 UrhG a.F.) und sollte in seinen Auswirkungen nach vier Jahren durch die Bundesregierung evaluiert werden (§ 142 Abs. 1 UrhG).

Am 4. Mai 2022 hat das Bundeskabinett den Evaluierungsbericht zum UrhWissG beschlossen und veröffentlicht. Er stellt dem Gesetz insgesamt ein positives Zeugnis aus. Kann die Akte „Urheberrecht für Bildung und Forschung“ damit geschlossen werden? Zur Beantwortung dieser Frage geht der Beitrag in drei Schritten vor: Zunächst nimmt er kurz die Rechtslage vor Inkrafttreten des UrhWissG in den Blick (I.). Anschließend stellt der Beitrag Anspruch und Wirklichkeit des Gesetzes gegenüber (II.). Schließlich zeigt er fünf Bereiche auf, in denen der Gesetzgeber die Rechtslage für Bildung und Forschung mit geringem Aufwand entscheidend verbessern könnte (III.).

I. Ausgangslage

Um die Erfolge und Schwächen des UrhWissG besser einordnen zu können, muss zunächst die Ausgangslage in Erinnerung gerufen werden: Im Jahr 2017 konnte das UrhG bereits verschiedene Erlaubnisse zugunsten von Bildung, Wissenschaft und Institutionen – diese waren allerdings kleinteilig angelegt und über diverse Vorschriften im Abschnitt 6 verstreut. Die Unübersichtlichkeit sowie unbestimmte Rechtsbegriffe, wie insbesondere jener der „kleinen Teile eines Werkes“, führten zu erheblicher Rechtsunsicherheit.⁶ Daraus resultierte sowohl eine Unternutzung von Werken – von den gesetzlichen Erlaubnissen gedeckte Handlungen unterblieben – als auch eine Übernutzung, wenn die Grenze des gesetzlich erlaubten (unbewusst) überschritten wurde.⁷ Die Erlaubnistatbestände waren zudem stark auf analoge Werke und Nutzungen bezogen.⁸

Eine der wenigen Schranken, die explizit digitale Nutzungen in Forschung und Lehre erlaubte, § 52a UrhG a.F., wiederum war heillos umstritten, nicht zuletzt deshalb, weil die Norm im Laufe ihres Daseins mehrfach befristet (§ 137k UrhG a.F.) und erst 2014 entfristet wurde. Zentrale Streitpunkte waren zum einen der Umfang der erlaubten Nutzung (was sind „kleine Teile eines Werkes“ und wie bemessen sie sich?). Zum anderen bestand Uneinigkeit über die Höhe und Berechnung der Vergütung. Rechtsinhaber und Verwertungsgesellschaften plädierten für eine nutzungsbezogene Vergütung; Institutionen war an pauschalen Vergütungssätzen gelegen. Als eine Vereinba-

6 Vgl. etwa Sandberger, ZUM 2006, 818, 824; de la Durantaye, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 191; Stellungnahme Allianz der Wissenschaftsorganisationen, perma.cc/Y6LH-29VQ, S. 3.

7 Zur Unternutzung de la Durantaye (Fn. 6), S. 192 Fn. 1437.

8 So war etwa der Kopiersend durch Bibliotheken auf den Post- oder Faxweg begrenzt, vgl. § 53a Abs. 1 S. 1 UrhG a.F.

zung zwischen Verwertungsgesellschaften und Kultusministerkonferenz (KMK) in der Umsetzung scheiterte, drohten elektronische Semesterapparate gesperrt zu werden.⁹

Vor diesem Hintergrund wurden mehrere Studien in Auftrag gegeben, die die Möglichkeiten und Grenzen von (einer) Bildungs- und Wissenschaftsschranke(n) ausloten sollten. Die entwickelten Modelle reichten von einer sehr flexiblen Generalklausel,¹⁰ über Generalklauseln mit Regelbeispielen,¹¹ bis zu enumerativen Einzelerlaubnissen,¹² ggf. ergänzt um eine Auffangklausel.¹³ Nutzer wünschten sich dabei naturgemäß möglichst flexible und weitreichende Erlaubnisse zugunsten von Bildung und Wissenschaft.¹⁴ Rechtsinhaber auf der anderen Seite, insbesondere Wissenschaftsverlage, sahen ihr Geschäftsmodell bedroht und betonten die Leistungsfähigkeit von Lizenzlösungen und deren fairere Vergütungsmechanismen.¹⁵

II. Anspruch und Wirklichkeit des UrhWissG

Das UrhWissG ist Ausdruck eines Kompromisses zwischen diesen beiden Interessen. So konstatiert die Gesetzesbegründung: „Die in diesem Entwurf enthaltenen Regelungen sind das Ergebnis einer Abwägung der durch das Grundgesetz geschützten Rechte und Interessen der Rechtsinhaber und der Nutzer. Im Wege der praktischen Konkordanz ist allen betroffenen Rechtspositionen größtmögliche Wirkung zu verschaffen.“¹⁶ Bestandteil dieses Kompromisses war es, die durch das Gesetz geschaffenen Vorschriften zunächst auf fünf Jahre zu befristen (§ 142 Abs. 2 UrhG a.F.) und ihre Auswirkungen nach vier Jahren durch die Bundesregierung evaluieren zu lassen (§ 142 Abs. 1 UrhG). Die Vorschriften wurden zwischenzeitlich im Zuge der Umsetzung der DSM-RL entfristet (Art. 1 Nr. 46 Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes), die Evaluierungspflicht hingegen blieb bestehen. Am 4. Mai 2022 hat das Bundeskabinett den Evaluierungsbericht verabschiedet.¹⁷

- 9 Vgl. Humboldt-Universität zu Berlin, Neue Entwicklung im Kontext des VG Wort-Rahmenvertrags zu § 52a UrhG, perma.cc/9ZEQ-L8BW; Schack, ZUM 2017, 802, 807.
- 10 Vgl. Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“, Ein großer Schritt für Bildung und Wissenschaft – in Richtung einer allgemeinen Wissenschaftsschranke im Urheberrecht, perma.cc/U2Y3-DMEP.
- 11 *de la Durantaye* (Fn. 6), S. 201 ff.
- 12 Für eine Überarbeitung und vorsichtige Öffnung der Schranken allgemein *Poeppel*, Die Neuordnung der Schranken im digitalen Umfeld, 2005, S. 514.
- 13 So etwa *Schack*, ZUM 2016, 266, 279.
- 14 Vgl. Stellungnahme Allianz der Wissenschaftsorganisationen (Fn. 6), S. 1.
- 15 Vgl. Stellungnahme Börsenverein des Deutschen Buchhandels, perma.cc/8KUV-2TWP, S. 5, 10.
- 16 BT-Drs. 18/12329, S. 27.
- 17 BMJ, Evaluierungsbericht der Bundesregierung gemäß § 142 des Urheberrechtsgesetzes zu den durch das Urheberrechts-Wissenschaftsgesellschafts-Gesetz reformierten Vorschriften der §§ 60a bis 60h des Urheberrechtsgesetzes, perma.cc/DL2H-NVB4. Evaluiert wurde das Gesetz daneben auch im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung durch eine qualitative Interview-Studie von iRights.Law, hierzu *Denga*, in diesem Heft, II.2.

1. Klare Struktur und Systematik

Eines der größten Probleme der alten Rechtslage lag darin, dass die gesetzlichen Erlaubnisse zugunsten von Bildung und Wissenschaft über die §§ 46 – 53a UrhG a.F. verstreut geregelt waren. Nutzer konnten sie deshalb schwer auffinden und kaum im Zusammenhang nachvollziehen. Dieses Problem sollte das UrhWissG lösen, indem es die Erlaubnisse in einem eigenen Unterabschnitt konzentrierte und nach Nutzergruppen systematisierte.

Die strukturelle Neuordnung ist insgesamt gelungen. Die Stellungnahmen betonen, dass die neue Struktur zu mehr Normenklarheit und Verständlichkeit geführt habe.¹⁸ Verbesserungspotential besteht hier allenfalls im Hinblick auf die unterschiedlichen Formulierungen für die (nicht-)kommerzielle Ausrichtung einer Nutzungshandlung.¹⁹

2. Rechtssicherheit und Eindeutigkeit

Schwierigkeiten warf vor Erlass des UrhWissG auch die Bestimmung des zulässigen Nutzungsumfangs auf. Die Vorgängernormen erlaubten etwa, „kleine Teile eines Werkes“ zu nutzen. Dadurch wurde zwar Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit Rechnung getragen. Allerdings wirkte sich dies zulasten der Rechtssicherheit aus. Es lag an der Rechtsprechung, die Obergrenzen einzelfallbezogen zu konkretisieren.²⁰ Das UrhWissG sollte dem entgegenwirken, indem es klare prozentuale Nutzungsobergrenzen vorgibt und weitestgehend auf unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln verzichtet.

Auch wenn die Stellungnahmen diese Gestaltung weitgehend positiv bewerten, verbleibt eine Restunsicherheit, denn die Bezugsgröße der Prozentangaben ist nicht ausdrücklich festgelegt.²¹ Je nachdem, ob beispielsweise Inhalts- und Literaturverzeichnis hinzuzurechnen sind, steigt oder sinkt der zulässige Nutzungsumfang von Schriftwerken. Einige Stellungnahmen regen zudem an, klarzustellen, dass auch Institutionen der Erwachsenenbildung zu den „Bildungseinrichtungen“ des § 60a Abs. 4 UrhG zählen.²² Diese lassen sich allerdings auch ohne eine solche explizite Nennung unter den jetzigen Wortlaut fassen.²³ Denn Bildung ist in einer Wissensgesellschaft nicht nur auf den

18 Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 16.

19 § 60a Abs. 1 UrhG: „zu nicht kommerziellen Zwecken“, § 60c Abs. 1 UrhG: „zum Zweck der nicht kommerziellen wissenschaftlichen Forschung“, § 60d Abs. 2 S. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 UrhG: „nicht kommerzielle Zwecke verfolgen“, § 60e Abs. 1, § 60f Abs. 1 UrhG: „keine unmittelbaren oder mittelbaren kommerziellen Zwecke verfolgen“.

20 Vgl. BGH GRUR 2013, 1220 Rn. 35 f. – Gesamtvertrag Hochschul-Intranet; BGH GRUR 2014, 549 Rn. 22 ff. – Meilensteine der Psychologie.

21 So auch *Denga*, in diesem Heft, III.2.b).

22 S. etwa Stellungnahme des Schulausschusses der Kultusministerkonferenz, perma.cc/3JQY-MVPE, S. 3.

23 Vgl. auch Schrickler/Loewenheim/*Stieper*, 6. Aufl. 2020, § 60a UrhG Rn. 33; davon geht auch die VG Wort auf ihrer Webseite aus, s. perma.cc/EE9B-KJQG.

Erwerb von Schul- oder Hochschulabschlüssen beschränkt, sondern umfasst auch Unterricht und Lehre im Rahmen der Erwachsenenbildung.

3. Modernisierung

Das UrhWissG nahm sich außerdem zum Ziel, die gesetzlichen Erlaubnisse für Bildung und Forschung mit Blick auf die Potenziale von Digitalisierung und Vernetzung zu modernisieren. Dazu wurden etwa Erlaubnistatbestände erweitert, die zuvor auf analoge Nutzungen begrenzt waren: Der Kopienversand durch Bibliotheken ist gem. § 60e Abs. 5 UrhG nun nicht mehr an den Versand per Post oder Fax gebunden, sondern ermöglicht die Übermittlung auf beliebigem Weg;²⁴ Bibliotheken dürfen Werke aus ihrem Bestand nach § 60e Abs. 1 UrhG technologieunabhängig zur Bestandserhaltung vervielfältigen. Eine weitere wichtige Neuerung stellt die Erlaubnis für das Text und Data Mining in § 60d UrhG dar, die im Zuge der Umsetzung der DSM-Richtlinie noch einmal angepasst wurde.²⁵

Ausgeschöpft ist das Modernisierungspotential damit allerdings noch nicht. Ein ungehobener Schatz sind etwa die digitalisierten Kulturgut-Bestände von Bibliotheken, Museen und Archiven. Bibliotheken dürfen Vervielfältigungen von Werken zur Dokumentation ihres Bestandes zwar verbreiten, aber nicht öffentlich zugänglich machen – Abbildungen des Bestandes im Internet scheiden damit aus.²⁶ Auch hält die Terminal-Schranke in § 60e Abs. 4 UrhG mit den heutigen Informationsinfrastrukturen etwa von Hochschulbibliotheken nicht Schritt. Virtuelle Terminals, die auf Endgeräten der Nutzer in den Räumlichkeiten der Einrichtung abrufbar sind,²⁷ würden dem Bildungsauftrag der Einrichtungen stärker Rechnung tragen, ohne den Zugriff von außerhalb der Bibliothek zu ermöglichen oder den Nutzerkreis zu vergrößern. Dem steht derzeit aber wohl das Unionsrecht entgegen, was „eigens für die Nutzung eingerichtete“ (Art. 5 Abs. 3 lit. n InfoSoc-RL), also nur zu diesen Zweck zu verwendende Terminals verlangt.²⁸ Daneben verfügen Museen und Archive nicht über die erforderliche Erlaubnis, um eine inhaltliche Auseinandersetzung mit ihrem Bestand unabhängig von

24 Die Modernisierung gerät hier allerdings aufgrund des Vertragsvorbehalts in § 60g Abs. 2 UrhG ins Stocken: Der Gesamtvertrag „Kopienversand im innerbibliothekarischen Leihverkehr“ verlangt noch, dass digital vorliegende Quellen ausgedruckt und in Papierform an Nutzer ausgehändigt werden (§ 1 Abs. 1), perma.cc/2TMG-G963.

25 Art. 1 Nr. 18 Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes; eingehend hierzu *Denga*, in diesem Heft, II.2.

26 Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 62.

27 § 60e Abs. 5 UrhG wird bereits jetzt so ausgelegt, dass die Räume der jeweiligen Einrichtung auch über mehrere Gebäude verteilt sein dürfen, vgl. *Schricker/Loewenheim/Stieper*, § 60e UrhG Rn. 28.

28 Wenn Endgeräte der Nutzer Zugang zum Internet oder Intranet der Einrichtung bieten (*Schricker/Loewenheim/Stieper*, § 60e UrhG Rn. 28) oder Unterhaltungszwecken dienen (*Berger*, GRUR 2017, 953, 962), sind sie deshalb nicht „eigens für die Nutzung eingerichtet“, sondern können auch anderen Zwecken dienen.

einem Besuch vor Ort zu ermöglichen.²⁹ Auch im Bereich des Unterrichts steht die Begrenzung des § 60a Abs. 1 Nr. 1 UrhG auf geschlossene Lernverbände einem breiten digitalen Zugang entgegen. Nutzungen zur Veranschaulichung des Unterrichts sind danach nur für Teilnehmer der jeweiligen Veranstaltung erlaubt. Vielversprechende offene Formate digitalisierter Lehre, wie Massive Open Online Courses (MOOCs) oder Open Educational Resources, die fremde Werke zur Illustration des Unterrichts nutzen, sind folglich nicht von der Schranke des § 60a UrhG privilegiert. Nutzungen fremder Werke sind dort nur im engeren Rahmen der Zitatschranke möglich. Mit Blick auf Art. 5 DSM-RL, der ebenfalls eine Beschränkung auf Räumlichkeiten und Teilnehmerkreise vorsieht, sind dem deutschen Gesetzgeber allerdings auch hier die Hände gebunden. Aus Perspektive der Rechtsinhaber wiederum ist die Betreiberabgabe für Vervielfältigungen nach § 54c UrhG noch im analogen Zeitalter verhaftet. Sie erfasst nur Reproduktionen „im Wege der Ablichtung“, obwohl sich Nutzungen auf digitale Werkexemplare verlagert haben. Um eine Unterkompensation zu vermeiden, bietet sich eine technikneutrale Ausgestaltung von § 54c UrhG an.³⁰

4. Angemessener Interessenausgleich

Das Gesetzgebungsverfahren zum UrhWissG war geprägt von dem Interessenkonflikt zwischen Rechtsinhabern und Nutzern. Zentral für Gelingen und Akzeptanz des Gesetzes war es daher, sicherzustellen, dass Rechtsinhaber für die erlaubten Nutzungen eine angemessene Vergütung erhielten. Unklar war dabei allerdings, wie diese Vergütung zu bemessen sein sollte. Auf Rechtsinhaberseite sprach man sich für eine möglichst einzelnutzungsbezogene Vergütung aus, um eine gerechte Verteilung der Einnahmen zu ermöglichen. Die Nutzerseite befürchtete demgegenüber einen unzumutbar hohen Verwaltungsaufwand durch eine Einzelabrechnung. Dies hatten die Ergebnisse eines Pilotprojekts der Universität Osnabrück gemeinsam mit der VG Wort bestätigt, in dem Einzelmeldungen von Sprachwerknutzungen nach § 52a UrhG getestet wurden. Die Untersuchung zeigte, dass die Pflicht zur Einzelmeldung für viele Lehrende mit einem prohibitiv hohen Zeitaufwand einherging.³¹ Im UrhWissG strebte der Gesetzgeber deshalb einen Kompromiss an: Eine repräsentative Stichprobe der Nutzungen oder eine Pauschale sollten für die Berechnung der angemessenen Vergütung genügen – eine Erfassung einzelner Nutzungsvorgänge dagegen nicht erforderlich sein (§ 60h Abs. 3 S. 1 UrhG).

29 Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 18 f.

30 So auch *Denga*, in diesem Heft, III.6.b); vgl. dazu auch die Diskussion um eine Betreiberabgabe für Clouddienstleistungen *Müller*, ZUM 2014, 11, 15; *Leistner*, CR 2018, 436, 442 f.; *Flechsig*, ZGE 2022, 154, 161 ff. Das BMJ hat angekündigt, den Handlungsbedarf auf Grundlage einer Studie zu den gesetzlichen Vergütungsansprüchen zu prüfen, Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 42, 69.

31 Universität Osnabrück, Working Paper, 02/2015, virtUOS Zentrum für Informationsmanagement und virtuelle Lehre, perma.cc/Y8EF-6SVS, S. 6, 41 ff.

Dass § 60h Abs. 1 UrhG sich damit nicht zwischen Pauschalvergütung und Stichprobe der Nutzungen entscheidet, stößt auf Kritik und belastet die Verhandlungen über Verträge zur Vergütung.³² Die Rechtsinhaber bemängeln, dass ohne jede Nutzungserfassung eine angemessene Tarifgestaltung und ein gerechter Ausgleich nicht möglich sei.³³ Eine Pauschalvergütung würde das Ausmaß der Werknutzung nicht berücksichtigen und stünde im Konflikt mit dem Gebot, dass Verwertungsgesellschaften die zur Berechnung der Vergütung erforderlichen Nutzungsdaten möglichst genau erfassen sollen.³⁴ Die Nutzerseite lehnt eine Einzelerfassung dagegen weiterhin als nicht praxistauglich ab und begrüßt die Möglichkeit der Pauschalvergütung.³⁵

Umstritten war nach der alten Rechtslage zudem das Verhältnis der Schranken zu vertraglichen Lizenzen und Lizenzangeboten. Einerseits wurde dafür plädiert, dass vertragliche Abreden den Schrankenregelungen vorgehen sollten, weil eine Verhandlungslösung gegenüber einer hoheitlichen Regelung zu überlegenen Resultaten führe.³⁶ So sperrte bereits ein Vertragsangebot zu angemessenen Bedingungen aufgrund des Wortlauts (§ 53a Abs. 1 S. 3 UrhG a.F.) oder nach der Auslegung durch den BGH³⁷ (§ 52a Abs. 1 UrhG a.F.) die Schrankennutzung. Andererseits sah man die Effektivität der Schranken gefährdet, weil Rechtsinhaber dann unilateral über die Anwendbarkeit der Schranke disponieren könnten.³⁸ Im Anschluss an den EuGH³⁹ entschied der BGH für elektronische Leseplätze (§ 52b UrhG a.F.), dass ein Lizenzangebot keinen Vorrang begründen könnte – selbst, wenn eine Lizenz zu angemessenen Bedingungen zur Verfügung stünde.⁴⁰ Das UrhWissG sollte diesen Konflikt lösen, indem Schranken grundsätzlich vertraglichen Einschränkungen entzogen sind und Verträge nur ausnahmsweise für die Zugänglichmachung an Terminals oder den Versand von Vervielfältigungen auf Einzelbestellung vorgehen (§ 60g UrhG).

Von Seiten der Nutzer wurde dieser Vorrang der gesetzlichen Erlaubnisse als verständlich und anwendungsfreundlich begrüßt.⁴¹ Den Nutzungserfordernissen der Wissenschaft etwa könnten Lizenzmodelle nicht stets gerecht werden.⁴² Große Unsicherheit besteht aber hinsichtlich des Verhältnisses von gesetzlichen und vertraglichen Ver-

32 Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 24.

33 Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 24.

34 Vgl. BGH GRUR 2013, 1220 Rn. 76 – Gesamtvertrag Hochschul-Intranet; Evaluierungsbericht, S. 25; Heine/Holz Müller/Riemer, 2019, § 27 VGG Rn. 37 ff.

35 Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 25.

36 In diese Richtung *Schack*, ZUM 2016, 266, 281; *Herrmann*, ZUM 2016, 496, 498; so auch BGH GRUR 2013, 1220 Rn. 73 ff. – Gesamtvertrag Hochschul-Intranet.

37 BGH GRUR 2013, 1220 Rn. 39 ff. – Gesamtvertrag Hochschul-Intranet; BGH GRUR 2014, 549 Rn. 58 ff. – Meilensteine der Psychologie.

38 Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 23 f.

39 EuGH, GRUR 2014, 1078 Rn. 23 ff. – TU Darmstadt/Ulmer.

40 BGH GRUR 2015, 1101 Rn. 22 – Elektronische Leseplätze II.

41 Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 20 f. Vereinzelt kritisiert wird dagegen, dass die Übergangsvorschrift in § 137o UrhG so missverstanden werden könnte, dass für Verträge, die vor dem 1. März 2018 geschlossen wurden, kein Vorrang der Schranke gelte, s. etwa Stellungnahme Allianz der Wissenschaftsorganisationen, perma.cc/7FYM-T3WC, S. 5.

42 Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 20 f.

gütungsansprüchen: Soweit Lizenzverträge bestehen und den Umfang der gesetzlich erlaubten Nutzungen mitabdecken, ist unklar, ob dennoch eine gesetzliche Vergütung anfällt. Rechtsinhaber befürchten, dass Nutzer diese Unklarheit ausnutzen und sich den schwächeren Verhandlungspartner aussuchen könnten.⁴³ Gegenüber Verwertungsgesellschaften würden die Nutzer sich dabei mitunter auf Lizenzverträge berufen, deren Inhalt und Umfang nicht nachprüfbar seien.⁴⁴

III. Case closed?

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass das UrhWissG im Wesentlichen seinem Anspruch genügt hat. Auch von der Dringlichkeit und Leidenschaftlichkeit, mit der die Reform des Urheberrechts viele Jahre diskutiert wurde, ist kaum mehr etwas zu spüren. Es scheint eine gewisse „Erschöpfung“ im Urheberrecht eingetreten zu sein.⁴⁵ Können wir uns also zufrieden zurücklehnen – case closed?

Vielleicht noch nicht ganz. Denn auch wenn der Evaluierungsbericht dem UrhWissG insgesamt ein gutes Zeugnis ausstellt, hat er doch auch Schwächen aufgezeigt. Dies sollte der Gesetzgeber zum Anlass nehmen, die aufgezeigten Mängel zu beheben⁴⁶ und damit ein Urheberrecht zu schaffen, das nicht nur den selbstformulierten Ansprüchen aus dem Jahr 2017 genügt, sondern auch denen an ein bildungs- und forschungsfreundliches Urheberrecht im 21. Jahrhundert.⁴⁷ Konkretes Verbesserungspotential besteht insbesondere in fünf Punkten:

1. (Begrenzte) Ausweitung der Erlaubnis zur Nutzung von Presseerzeugnissen

Dass Zeitungsartikel und Beiträge aus Publikumszeitschriften, anders als Aufsätze in Fachzeitschriften etwa, nicht vollständig genutzt werden dürfen, hat sich als äußerst hinderlich für Forschung und Lehre erwiesen und sollte korrigiert werden.⁴⁸ Die allermeisten Zeitungsverlage unterhalten kein eigenes Archiv⁴⁹ und auch die Rahmenver-

43 Vgl. Stellungnahme VG Bild Kunst, perma.cc/SD5U-GYF2, S. 3; Stellungnahme VG Wort, perma.cc/E2XB-FQX9, S. 4.

44 Evaluierungsbericht (Fn. 17), S. 21 f.

45 So *Matthias Schmid*, Leiter der Unterabteilung Bessere Rechtsetzung im Bundesministerium der Justiz, auf der Göttinger Urheberrechtstagung am 08.11.2022; vgl. auch *de la Durantaye*, IIC 2022, 1.

46 Ein paar „Schönheitsreparaturen“ vorzunehmen, so *Arne Upmeier*, Direktor der Bibliothek des Karlsruher Instituts für Technologie, auf der Göttinger Urheberrechtstagung am 08.11.2022.

47 Immerhin geht man auch im Koalitionsvertrag davon aus, dass beim Urheberrecht in Sachen Wissenschaftsfreundlichkeit noch Optimierungspotential besteht, s. Bundesregierung, perma.cc/G4M2-AC4J, S. 21: „Wir setzen uns für ein wissenschaftsfreundlicheres Urheberrecht ein“.

48 So auch *Denga*, in diesem Heft, III.3.b).

49 Eine Ausnahme ist etwa das Archiv der FAZ, das auch Lizenzmodelle für Nutzung in akademischer Lehre und Forschung anbietet, vgl. perma.cc/ZYT7-ST9Y.

träge⁵⁰ der VG Wort bestehen nur mit manchen Verlagen, so dass zu vielen Beiträgen kein Zugang besteht. Insbesondere historische Zeitungsartikel und solche, die in kleineren, regionalen oder gar nicht mehr existierenden Zeitungen erschienen sind, sind Forschung und Lehre somit entzogen. Dabei besteht gerade an diesen Beiträgen ein besonders hohes Forschungsinteresse,⁵¹ während die Monetarisierungschancen der Verlage auf der anderen Seite gering sind. Auch wenn die Grenze zur Europarechtswidrigkeit wahrscheinlich noch nicht überschritten ist,⁵² ist der *status quo* also äußerst unbefriedigend und sollte geändert werden. Um die Interessen der Rechtsinhaber hinreichend zu berücksichtigen, könnte etwa eine Sperrfrist festgelegt werden, die gewährleistet, dass ausreichend Gelegenheit für die Verlage besteht, ihre Produkte wirtschaftlich zu verwerten. Die Länge der Sperrfrist sollte dabei Ergebnis eines Diskurses unter Beteiligung beider Seiten – Rechtsinhaber und Nutzer – sein. Darüber hinaus wäre auch die erlaubte Nutzung von (ganzen) Zeitungsartikeln und Beiträgen aus Publikumszeitschriften selbstverständlich gem. § 60h UrhG zu vergüten, so dass Rechtsinhabern möglicherweise sogar mehr Vergütung zufließt als nach der derzeitigen Rechtslage, in der viele Nutzungen einfach gänzlich unterbleiben.

2. Umfang der erlaubten Nutzung: Rechtssicherheit bei Bemessung steigern

Dem UrhWissG ist es gelungen, durch prozentuale Nutzungsgrenzen die Rechtssicherheit für Nutzer zu erhöhen. Unklarheiten verbleiben aber, weil die Bezugsgröße für den zulässigen Nutzungsumfang nicht festgelegt ist. Die Vorschriften nehmen jeweils lediglich auf das „Werk“ Bezug. Nach wohl überwiegender Literaturmeinung ist darunter der Gesamtumfang des Werkes zu verstehen.⁵³ Bei Sprachwerken wären deshalb Inhalts- und Literaturverzeichnis, Vorwort, Einleitung und sämtliche Register einzubeziehen, wodurch der zulässige Nutzungsumfang steigt. Unter der alten Rechtslage wurde dagegen vorgebracht, dass diese Teile nicht zu berücksichtigen seien, wenn sie für den Nutzerkreis mit Blick auf den Zweck der Vorschrift nicht nützlich sind.⁵⁴ Weil es bisher auch nicht zu einer Klärung durch die Gerichte gekommen ist, laufen Nutzer Gefahr, bei einer Überschreitung eine Rechtsverletzung zu begehen.⁵⁵

50 Vgl. etwa den Gesamtvertrag Vervielfältigungen an Schulen v. 20.12.2018, perma.cc/BDS8-A8JH, sowie den Gesamtvertrag zur Einräumung und Vergütung von Ansprüchen aus der öffentlichen Zugänglichmachung und der öffentlichen Wiedergabe nach § 60a UrhG für Nutzungen an Schulen, perma.cc/G7YR-RCL9.

51 Vgl. Stellungnahme Allianz der Wissenschaftsorganisationen (Fn. 41), S. 4.

52 Dem deutschen Gesetzgeber belassen sowohl die InfoSoc-RL als auch die DSM-RL insofern einen ausreichend großen Umsetzungsspielraum, vgl. Henke, RuZ 2021, 27, 33 f. A.A. dagegen Stellungnahme Gesellschaft für Freiheitsrechte, perma.cc/ZEP2-EK5X, S. 6.

53 Dreier/Schulze/Dreier, 7. Aufl. 2022, § 60a UrhG Rn. 8; Schrickel/Loewenheim/Stieper, § 60a UrhG Rn. 14; in Anlehnung an BGH GRUR 2014, 549 Rn. 29 – Meilensteine der Psychologie, freilich zu § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG a.F.

54 So LG Stuttgart, GRUR-RR 2011, 419, 422.

55 Dabei ist strittig, ob lediglich der überschüssige Teil oder sogar die gesamte Nutzung rechtswidrig ist, vgl. Schrickel/Loewenheim/Stieper, § 60a UrhG Rn. 13.

Um einen unerwünschten nutzungshemmenden Effekt zu verhindern, bieten sich dem Gesetzgeber im Wesentlichen drei Optionen: Naheliegender wäre zunächst, die Bezugsgröße im Normtext klarzustellen. Das gestaltet sich angesichts der verschiedenen Werkarten, die genutzt werden können, allerdings schwierig. Die dann möglicherweise erreichte Rechtssicherheit ginge wahrscheinlich zulasten der Verständlichkeit der Normen. Ein einfacherer Weg, die Problematik zu entschärfen, wäre, den zulässigen Nutzungsumfang moderat zu erhöhen – im Fall von §§ 60a Abs. 1, 60c Abs. 1 UrhG etwa auf 25 Prozent.⁵⁶ Denn dann käme es seltener auf eine genaue Berechnung des zulässigen Nutzungsumfangs an, wenn Nutzer einen bestimmten Ausschnitt eines Werkes verwenden möchten. Gleichzeitig würde den Bedürfnissen von Unterricht und Lehre stärker Rechnung getragen, ohne die Interessen der Rechtsinhaber hintenanzustellen. Nicht umsonst wurde vor Erlass des UrhWissG ein deutlich höherer Nutzungsumfang als 15 Prozent für angemessen erachtet.⁵⁷ Der Gesetzgeber würde das erlaubte Maß also nur an den *status quo ante* angleichen. Schließlich ist bedenkenswert, die Vorschrift im Einklang mit den Regelungen anderer EU-Mitgliedsstaaten⁵⁸ von der starren prozentualen Grenze jedenfalls teilweise zu befreien. Schon im Rahmen des Gesetzgebungsprozess zum UrhWissG wurde die mangelnde Flexibilität der Grenzen ange-mahnt.⁵⁹ Die Schranken können Bedürfnissen von Forschung und Lehre nicht voll-ends Rechnung tragen, wenn sie *jede* Nutzung auf 15 Prozent begrenzen.⁶⁰ Was zulässig ist, muss sich aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mit Blick auf die *konkrete* freizustellende Nutzung beurteilen.⁶¹ In Betracht kommt deshalb auch, die Nutzung „im Regelfall“ in einem bestimmten prozentualen Umfang zu erlauben, damit aber auch Raum für eine flexible Anwendung in größerem Umfang zu lassen.⁶²

56 So war es auch schon im Referentenentwurf vorgesehen, s. RefE UrhWissG, perma.cc/RW9C-VR6F, S. 33.

57 Vgl. etwa den Gesamtvertrag Hochschule mit allen Verwertungsgesellschaften mit Ausnahme der VG Wort von September 2007: 33 Prozent eines Druckwerks; bezüglich der dort ausgenommenen Schriftwerke hat eine Schiedsstelle max. 25 Prozent vorgeschlagen, das OLG München hat auf 33 Prozent eines Werkes, vgl. OLG München, ZUM-RD 2011, 603, und der BGH auf 25 Prozent erkannt. S. dazu im Detail *Wildgans*, Urheberrecht in der wissenschaftlichen Forschung: Ein „Window of Opportunity“, 2022, S. 191 ff.

58 Zur Besonderheit der deutschen Prozentgrenze *Priora/Jütte/Mezei*, IIC 2022, 543, 560: „The indication of a precise percentage is an atypical legislative design across the EU copyright landscape and represents a distinctive feature of the German teaching exception“; s. aber Sec. 57 (3) des irischen *Copyright and Related Rights Act* (in der durch den *Copyright and Other Intellectual Property Law Provisions Act 2019* geänderten Fassung): „Not more than 5 per cent of any work may be copied by or on behalf of an educational establishment under this section in any calendar year“.

59 *Würtenberger/Freischem*, GRUR 2017, 594, 595.

60 Beispielsweise kann eine Qualitätsüberprüfung nicht im erforderlichen Umfang stattfinden, vgl. *Wildgans*, Urheberrecht in der wissenschaftlichen Forschung (Fn. 57), S. 349 ff., 364 f.; *Würtenberger/Freischem*, GRUR 2017, 594, 595.

61 Hervorgehoben von *Schack*, ZUM 2017, 802, 804.

62 So schon *Würtenberger/Freischem*, GRUR 2017, 594, 595.

3. Erlaubte Nutzungsarten: Regelung des E-Lending

Dass das Unionsrecht den Verleih von Werken durch öffentliche Bibliotheken nicht nur für körperliche Werkexemplare, sondern auch in digitaler Form erlaubt, ist seit 2017 mit der Entscheidung des EuGH in *Stichting Leenrecht* geklärt.⁶³ Voraussetzung dafür, dass das E-Lending einem Verleih i.S.d. Vermiet- und Verleih-RL (VV-RL)⁶⁴ entspricht, ist, dass das Werkexemplar nach dem sog. „One copy, one user“-Modell stets nur einem Nutzer zur Zeit zur Verfügung steht.

Das deutsche Urheberrecht sieht eine Erlaubnis für Bibliotheken, unkörperliche Werke zu verleihen, bislang nicht vor und schöpft damit das Potential der Digitalisierung für die Wissensgesellschaft in einem wichtigen Bereich nicht aus.⁶⁵ Dass das EuGH-Urteil in *Stichting Leenrecht* nicht automatisch zu einer Erlaubnis des E-Lending in Deutschland geführt hat, liegt an der derzeitigen Konzeption des Verleihrechts: Der Verleih ist explizit in § 27 UrhG geregelt, der allerdings nur eine Vergütungsregel für den Verleih vorsieht, nicht hingegen eine Schranke. Einer solchen bedarf es deshalb nicht, weil der Verleih (nicht das Vermieten) als Verbreitungshandlung mit Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach § 17 Abs. 2 UrhG zulässig wird. Das Verbreitungsrecht (und folglich auch die Erschöpfung) setzt aber seinerseits ein körperliches Werkexemplar voraus;⁶⁶ das stellte auch der EuGH in seiner Entscheidung *Tom Kabinet* fest.⁶⁷ Folglich kann sich der Verleih digitaler Werkexemplare nicht auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts stützen und ist, mangels einer entsprechenden Schranke, derzeit nur mit Erlaubnis des Rechtsinhabers zulässig.⁶⁸ Entsprechende Lizenzmodelle haben sich in den vergangenen Jahren teilweise auch etabliert. Sie sind allerdings nicht geeignet, einen flächendeckenden digitalen Zugang zu Bibliotheksbeständen zu gewährleisten, weil zum einen nicht alle Werke als E-Books publiziert werden und zum anderen der elektronische Vertriebsweg meist erst nach einer gewissen Zeit beschränkt wird (sog. Windowing).⁶⁹

Eine gesetzgeberische Lösung ist also dringend erforderlich und laut Koalitionsvertrag der Bundesregierung auch anvisiert.⁷⁰ Dabei liegen verschiedene Regelungsoptionen auf dem Tisch,⁷¹ insbesondere: die vom Bundesrat in der vergangenen Legislatur-

63 EuGH GRUR 2016, 1266 Rn. 30 ff., 66 ff. – *Stichting Leenrecht*.

64 Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums.

65 Vgl. auch *Peifer*, LMK 2017, 385298; *Stieper*, in: FS Schulze, 2017, S. 107, 109.

66 Vgl. *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*, § 17 Rn. 6 f.; *Schack*, GRUR 2007, 639, 643; *Dreier/Schulze/Schulze*, § 17 Rn. 5 f.

67 EuGH GRUR 2020, 179 Rn. 39 ff. – *Tom Kabinet*.

68 So auch *Henke*, E-Books im Urheberrecht, 2018, S. 150.

69 *de la Durantaye*, ZUM 2022, 585, 588 f. m.w.N.

70 S. Koalitionsvertrag (Fn. 47), S. 121.

71 Eingehend dazu *de la Durantaye*, ZUM 2022, 585, 588 ff.; *Henke*, Bestandsaufnahme und Perspektiven des Verleihrechts, in: *Hennemann/Sattler*, Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 183, 192 ff.

periode vorgeschlagene Zwangslizenz (§ 42b UrhG-E);⁷² eine entsprechende Anwendung von § 17 Abs. 2 UrhG auf digitale Werkexemplare, angeordnet in § 27 Abs. 2 UrhG⁷³ oder eine Erweiterung der Bibliotheksschranke in § 60e UrhG, die den Verleih – sowohl körperlicher als auch unkörperlicher Werkexemplare – explizit regelt.⁷⁴ Eine Zwangslizenz könnte dabei nur dort Wirkung entfalten, wo Werke überhaupt als elektronische Version angeboten werden; eine entsprechende Anwendung von § 17 Abs. 2 UrhG wiederum würde den digitalen Verleih an Verbreitung und Erschöpfung knüpfen, obwohl es sich zweifellos nicht um eine körperliche Verwertung handelt.⁷⁵ Am vielversprechendsten und dogmatisch überzeugendsten erscheint daher die Erweiterung der Bibliotheksschranke.⁷⁶ Konkret müsste die Schranke es Bibliotheken erlauben, Werke aus ihrem Bestand Nutzern in körperlicher oder digitaler Form zur Verfügung zu stellen und ggf. die für den digitalen Verleih erforderlichen Vervielfältigungshandlungen vorzunehmen. Die Bibliotheken müssten dabei technisch sicherstellen, dass ein Werkexemplar stets nur einem Nutzer zur Zeit zur Verfügung steht und dürfen nicht mehr Exemplare in Umlauf bringen, als sie (digital oder analog) erworben haben. Für den Verleih wäre dem Urheber – wie auch schon jetzt beim analogen Verleih und durch Art. 6 Abs. 1 VV-RL vorgegeben – eine angemessene Vergütung zu zahlen. Abgeschlossene Lizenzverträge über den digitalen Verleih sollten der Schranke vorgehen – wie auch bei Terminalnutzungen und Kopienversand (§ 60g Abs. 2 UrhG).

4. Vergütung: Bekenntnis zu Berechnungsmethode und Verhältnis zu Lizenzen

Die Regelungen zur Vergütung werden von Nutzer- und Rechtsinhaberseite wohl am kontroversesten beurteilt. Einerseits ist dabei die Bemessungsmethode umstritten, andererseits wirft das Verhältnis von (vergütungspflichtigen) Schranken und vertraglichen Nutzungserlaubnissen, insbesondere bei Creative Commons-Lizenzen, noch Fragen auf.

72 BR-Drs. 142/21, S. 7 f.

73 Vgl. Deutscher Bibliotheksverband e.V., Stellungnahme zum Verleih von E-Books durch Bibliotheken, perma.cc/59WN-YHN6, S. 10; vgl. auch Henke, Bestandsaufnahme und Perspektiven des Verleihrechts (Fn. 71), S. 183, 193 f.

74 Kleinkopf/Pflüger, ZUM 2021, 643, 650. Vgl. überdies Hofmann, ZUM 2018, 107, 113; de la Durantaye, ZUM 2022, 585, 592. Für eine E-Lending Schranke auch Henke, Bestandsaufnahme und Perspektiven des Verleihrechts (Fn. 71), S. 183, 194 ff.

75 Vgl. hierzu de la Durantaye, ZUM 2022, 585, 590 ff.; Stieper, in: FS Schulze, 2017, S. 107, 108 ff.

76 Idealerweise sollte der Gesetzgeber bei dieser Gelegenheit das Verleihrecht, ebenso wie das Vermietrecht, als eigenständige, vom Verbreitungsrecht unabhängige Verwertungsrechte regeln, vgl. hierzu Grünberger, in FS Schulze, 2017, S. 67, 68. Kritisch Henke, Bestandsaufnahme und Perspektiven des Verleihrechts (Fn. 71), S. 183, 193.

a) Pauschale Vergütung anhand repräsentativer, anonymer Stichprobe

Einigkeit besteht dahingehend, dass die Alternativität von pauschaler Vergütung und repräsentativer Stichprobe in § 60h Abs. 3 UrhG missglückt ist und jedenfalls nicht zum Gelingen von Einigungen über die Vergütung beiträgt.⁷⁷ Einerseits ist eine Pauschalierung erforderlich, weil eine Einzelerfassung aufgrund des bürokratischen Aufwands ausscheidet.⁷⁸ Andererseits hat das den Nachteil, dass ohne jegliche empirische Grundlage keine leistungsbezogene Verteilung von Einnahmen durch die Verwertungsgesellschaften möglich ist. Vielversprechend erscheint daher eine Verbindung beider Elemente, wie sie auch in einzelnen Stellungnahmen gefordert wird: eine pauschale Vergütung, die anhand repräsentativer, anonymer Stichproben bemessen wird.⁷⁹ Die Rahmenbedingungen der Stichproben, etwa die Orientierung an Art und Umfang der Nutzungen und Person des Nutzers, können Nutzervereinigungen und Verwertungsgesellschaften privatautonom nach den §§ 34 ff. VGG regeln.⁸⁰ Auf dieser Grundlage ist dem Interesse der Verwertungsgesellschaften Rechnung getragen, die Erlöse im Einklang mit §§ 27, 46 VGG willkürfrei und mit verhältnismäßigem Aufwand zu verteilen.

b) Auswirkungen individueller Vereinbarungen auf gesetzliche Vergütungsansprüche

Problematischer ist dagegen, wie sich vertragliche Nutzungserlaubnisse zu den Schrankenregelungen und Vergütungsansprüchen verhalten. Zu Kollisionen kommt es, weil Nutzungen nicht nur auf Schrankengrundlage, sondern auch auf Grundlage von Lizenzvereinbarungen erfolgen. Das ist der Fall, wenn Nutzer Verträge mit kommerziellen Verwertern schließen, etwa über die Lizenzierung von Datenbanken oder E-Books. Den gesetzlichen Vergütungsansprüchen der Verwertungsgesellschaften halten Nutzer dann womöglich entgegen, dass die Nutzung auf vertraglicher Grundlage erfolge und damit der gesetzliche Vergütungsanspruch nicht zu bedienen sei.

Nach Intention des Gesetzgebers und Teilen der Literatur soll sich die Vergütung ausschließlich nach dem Lizenzvertrag richten.⁸¹ Denn § 60g Abs. 1 UrhG ist bewusst so gefasst, dass vertragliche Vereinbarungen im Geltungsbereich der Schranken grund-

77 S. etwa die Stellungnahmen der VG Wort (Fn. 43), S. 6, und des Hochschulausschusses der KMK, perma.cc/EQY6–8Y5G, S. 8 f.

78 Die Einzelerfassung wirft außerdem Fragen zum Datentracking im Wissenschaftsbereich auf, vgl. Ausschuss für Wissenschaftliche Bibliotheken und Informationssysteme der Deutschen Forschungsgemeinschaft, Datentracking in der Wissenschaft: Aggregation und Verwendung bzw. Verkauf von Nutzungsdaten durch Wissenschaftsverlage, perma.cc/9RR2-GAZA.

79 Vgl. etwa Stellungnahme der Allianz der Wissenschaftsorganisationen (Fn. 41), S. 5; so auch *Denga*, in diesem Heft, III.6.c).

80 Spindler/Schuster/*Anton*, 4. Aufl. 2019, § 60h UrhG Rn. 15 f.; BT-Drs. 18/12329, S. 47.

81 BT-Drs. 18/12329, S. 45; jüngst auch im Kontext der DSM-RL BT-Drs. 19/27426, S. 92; aus der Literatur Wandkte/Bullinger/*Jani*, Rn. 5; BeckOK/*Hagemeier*, Rn. 5; *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558, 563; a.A. *Denga*, in diesem Heft, III.5., der zwar den Vertrag, nicht aber eine darin enthaltende Vergütungsregelung für wirksam erachtet.

sätzlich möglich sind.⁸² Lediglich auf Vereinbarungen, die erlaubte Nutzungen zum Nachteil von Nutzungsberechtigten beschränken, kann sich der Rechtsinhaber nicht berufen – im Gegenschluss sind solche Vereinbarungen wirksam, die Nutzungen mindestens im gesetzlich vorgesehenen Umfang erlauben. Weil Grundlage der Nutzung dann nur die vertragliche Vereinbarung und nicht die §§ 60a ff. UrhG sind, müssten keine Zahlungen an die Verwertungsgesellschaften fließen.

Dieses Verständnis könnte mit Blick auf die EuGH-Rechtsprechung zum gerechten Ausgleich, die auch für §§ 60a ff. UrhG zu beachten ist,⁸³ in Zweifel gezogen werden. Durch den gerechten Ausgleich sollen Rechtsinhabern „Schäden“ (besser: Nachteile⁸⁴) kompensiert werden, die sie durch nicht autorisierte Verwertungshandlungen nehmen.⁸⁵ Wenn aufgrund der Schranke der Rechtsinhaber nicht mehr befugt ist, Nutzungen zu genehmigen (sog. Ausschluss), läuft eine vertragliche Vereinbarung ins Leere. Sie hat dann keine Auswirkungen auf den Nachteil, der Rechtsinhabern entsteht, und kann daher auch auf den Anspruch auf gerechten Ausgleich keinen Einfluss nehmen.⁸⁶ Wenn die Befugnis der Rechtsinhaber, Nutzungen zu genehmigen, dagegen nicht völlig ausgeschlossen ist (sog. Beschränkung), kommt es darauf an, ob der nationale Gesetzgeber das Ausschließlichkeitsrecht aufrechterhalten wollte.⁸⁷ Strittig ist nun, ob im Rahmen der §§ 60a ff. UrhG das Ausschließlichkeitsrecht ausgeschlossen oder über § 60g Abs. 1 UrhG aufrechterhalten wurde.

Der EuGH sieht eine Aufrechterhaltung des Ausschließlichkeitsrechts gegeben, wenn eine Nutzung „ohne Zustimmung des Urhebers nicht erlaubt“ ist⁸⁸ – mit anderen Worten: wenn Rechtsinhaber Nutzungen *verbieten* können. Ein gesetzlicher Vergütungsanspruch ist im Umkehrschluss also geboten, wenn das Verbotsrecht entzogen ist.⁸⁹ Weil die §§ 60a ff. UrhG Nutzungen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers erlauben, ist nach Teilen der Literatur das Ausschließlichkeitsrecht dort *nicht* aufrechterhalten.⁹⁰ Folglich bestünde für den gesetzlich erlaubten Nutzungsumfang ein Anspruch auf gerechten Ausgleich.

82 *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558, 563; *Schack*, ZUM 2017, 802, 807; nach dem Referententwurf sollten Vereinbarungen, die eine Nutzung nach dem Unterabschnitt betreffen, noch unwirksam sein, s. RefE UrhWissG (Fn. 56), S. 11.

83 Die Mitgliedsstaaten sind an die unionsrechtlichen Vorgaben zum gerechten Ausgleich gebunden, wenn sie einen solchen anordnen (*Pflüger*, Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 54; *Schricker/Loewenheim/Stieper*, § 60g UrhG Rn. 7) – auch wenn dieser für die §§ 60a ff. UrhG nicht zwingend vorgesehen ist (vgl. Art. 5 Abs. 2, 3 InfoSoc-RL).

84 *Schack*, ZUM 2017, 802, 807.

85 Vgl. EuGH GRUR 2011, 50 Rn. 39, 45 – *Padawan*; EuGH GRUR 2013, 812 Rn. 31 – *VG Wort*.

86 EuGH GRUR 2013, 812 Rn. 37 – *VG Wort*; EuGH GRUR 2015, 478 Rn. 65, 67 – *Copydan/Nokia*.

87 Vgl. EuGH GRUR 2013, 812 Rn. 38 – *VG Wort*.

88 Vgl. EuGH GRUR 2013, 812 Rn. 39 – *VG Wort*.

89 Der gerechte Ausgleich soll gerade eine Entschädigung für Nutzungsregelungen sein, die das Verbotsrecht berühren, s. *Pflüger*, Gerechter Ausgleich (Fn. 83), S. 70.

90 So *Staats*, in: FS *Schack*, 2022, S. 353, 360; *Schricker/Loewenheim/Stieper*, § 60g UrhG Rn. 7.

Allerdings lassen sich die Ausführungen des EuGH zum gerechten Ausgleich auch so verstehen, dass es für ein „Aufrechterhalten“ ausreicht, wenn Rechtsinhaber Nutzungen wirksam *zustimmen* können.⁹¹ Denn es liegt unter Umständen kein Nachteil vor, wenn der Rechtsinhaber eine wirksame Genehmigung erteilt hat und ihm dafür ein individueller Vergütungsanspruch zusteht.⁹² Da vertragliche Vereinbarungen unter den Voraussetzungen des § 60g Abs. 1 UrhG wirksam geschlossen werden können, bestünde keine Notwendigkeit für einen gesetzlichen Vergütungsanspruch.⁹³

Für dieses Verständnis spricht, dass nicht aus jeder Beschränkung des Verbotsrechts ein Nachteil folgt, der einen gerechten Ausgleich erfordert: Nur weil Rechtsinhaber Nutzungen nicht *verbieten* können, heißt das nicht, dass Nutzungen immer ohne Genehmigung erfolgen und es damit zu einem Nachteil kommt. Andersherum besteht allerdings auch keine Gewissheit: Nur weil Rechtsinhaber einer Nutzung *zugestimmt* haben, haben sie nicht zwingend eine angemessene Vergütung dafür erzielt. Denn Nutzer könnten sich auf den Standpunkt zurückziehen, dass sie Nutzungen auch ohne Zustimmung auf Schrankengrundlage vornehmen dürften, was die Verhandlungsposition des Rechtsinhabers schwächen würde.⁹⁴ Indes werden beide Seiten vertragliche Vereinbarungen nur eingehen, wenn sie sich davon einen Vorteil versprechen, eine bloße Schrankennutzung und gesetzliche Vergütung also gerade nicht als Alternative in Frage kommen. Zwar besteht dann immer noch die Gefahr, dass bei einem Vorrang der vertraglichen Vereinbarungen die Urheber von den Erlösen nicht profitieren.⁹⁵ Ökonomische Interessen spielen im Bildungs- und Forschungsbereich aber – wie oben ausgeführt – in der Regel lediglich für die Distribution eine Rolle. Einem Vorrang vertraglicher Vereinbarungen steht schließlich auch nicht das Verbot des Vorausverzichts auf gesetzliche Vergütungsansprüche aus § 63a Abs. 1 UrhG entgegen, denn es erfolgt kein Verzicht, wenn der gesetzliche Vergütungsanspruch gar nicht erst entsteht.

- 91 So auch *Peukert*, GRUR 2015, 452, 453: „Hat ein Mitgliedstaat eine vergütungspflichtige Schranke („Beschränkung“) eingeführt, so soll es in seinem Belieben stehen, ob das ausschließliche Recht zumindest insoweit seine Bedeutung behält, dass eine *Individualgestaltung des Rechtsinhabers im Anwendungsbereich der Schranke wirksam ist* und zugleich einen Anspruch auf die gesetzliche Vergütung ausschließt (dann wurde das Vervielfältigungsrecht insoweit ‚aufrechterhalten‘) oder nicht. (...) Es kommt mit anderen Worten darauf an, ob ein Mitgliedstaat den Rechtsinhabern gestattet, eine kraft Gesetzes an sich zulässige Privatkopie vertraglich auszuschließen bzw. *von einer Vergütung abhängig zu machen*“ (Herv. v. Verf.); im Anschluss daran auch BGH GRUR 2016, 792 Rn. 53 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; dagegen *Staats*, in: FS Schack, S. 353, 360: „sehr zweifelhaft“.
- 92 Vgl. BGH GRUR 2016, 792 Rn. 53 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; s. zu den Grundlagen EuGH GRUR 2013, 812 Rn. 37, 39 – VG Wort; EuGH GRUR 2015, 478 Rn. 65, 67 – Copydan/Nokia.
- 93 Einen solchen Gestaltungsspielraum der Mitgliedsstaaten für die Schranken betont EuGH GRUR 2013, 812 Rn. 37 f. – VG Wort.
- 94 Zur Funktion des Unterlassungsanspruchs als Mittel zur Stärkung der Verhandlungsposition s. *Hofmann*, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 319 ff.
- 95 Sie sind zwar die originär Berechtigten des Anspruchs auf angemessenen Ausgleich, vgl. EuGH GRUR 2012, 489 Rn. 95 – Luksan; der gerechte Ausgleich kann aber durchaus auch aufgeteilt werden, vgl. *Pflüger*, Gerechter Ausgleich (Fn. 83), S. 85.

mungen ins Leere gehen.¹⁰⁰ Die Besonderheit der §§ 60a ff. UrhG, nämlich, dass gem. § 60g UrhG Vereinbarungen möglich sind, bilden die Lizenzbedingungen nicht ab. Will man diese Vertragslücke schließen, bietet es sich an, Entstehungsgeschichte und Zweck von Open Access-Lizenzen, die Förderung freien und einfachen Zugangs zu Wissen, zu berücksichtigen.¹⁰¹ Es spricht vor diesem Hintergrund viel dafür, dass vergütungspflichtige gesetzliche Schranken überall dort, wo es rechtlich möglich ist, durch einen freien Zugang über die kostenlose Lizenz ersetzt werden sollen. Dieser Gedanke findet sich auch in Abschnitt 2 lit. b Nr. 3 CC-BY 4.0: „Soweit wie möglich verzichtet der Lizenzgeber auf Vergütung durch Sie für die Ausübung der lizenzierten Rechte, sowohl direkt als auch durch eine Verwertungsgesellschaft unter welchem freiwilligen oder abdingbaren gesetzlichen oder Pflichtlizenzmechanismus auch immer eingezogen.“

Geht man also davon aus, dass auch Open Access-Lizenzen die Nutzungen nach §§ 60a ff. UrhG umfassen und den gesetzlichen Vergütungsanspruch verdrängen können, stellt sich nur noch die Frage, wie sich eine etwaige Mitgliedschaft der Urheber in einer Verwertungsgesellschaft hierzu verhält. Denn prinzipiell müssen individuelle Vereinbarungen mit Nutzern scheitern, soweit Rechtsinhaber ausschließliche Nutzungsrechte bereits an eine Verwertungsgesellschaft eingeräumt haben.¹⁰² Für Open Access-Lizenzen besteht allerdings aufgrund von § 11 VGG eine Möglichkeit, unter bestimmten Bedingungen dennoch gegenüber jedermann ein Nutzungsrecht für nicht-kommerzielle Zwecke einzuräumen. Diese Rechtseinräumung bezieht sich aber konsequenterweise nur auf solche Rechte, über die der Rechtsinhaber überhaupt disponieren kann. Soweit sein Ausschließlichkeitsrecht bereits durch Schranken eingeengt ist, kann er keine Nutzungsrechtseinräumung vornehmen und es bleibt insofern bei der Wahrnehmung (der gesetzlichen Vergütungsansprüche) durch die Verwertungsgesellschaft.¹⁰³ Die Wahrnehmungsbedingungen der VG Wort etwa stellen dementsprechend klar: „Die Wahrnehmung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen bleibt hiervon [der Befugnis nach § 11 VGG i.V.m. § 4 Wahrnehmungsvertrag VG Wort, d. Verf.] unberührt.“¹⁰⁴ Das bedeutet allerdings nicht, dass auch Vergütungsansprüche nach § 60h UrhG trotz Open Access-Lizenz von der Verwertungsgesellschaft einzuziehen sind.¹⁰⁵ Denn weil Vereinbarungen, die eine Nutzung im Umfang der §§ 60a ff. UrhG erlau-

100 Grundlegend *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 204 ff.

101 Vgl. nur die Declaration der Budapest Open Access Initiative: „By ‚open access‘ to this literature, we mean its free availability on the public internet, permitting any users to read, download, copy, distribute, print, search, or link to the full texts of these articles, crawl them for indexing, pass them as data to software, or use them for any other lawful purpose, *without financial*, legal, or technical barriers other than those inseparable from gaining access to the internet itself.“ (Herv. v. Verf.), perma.cc/DCY3-DRKT.

102 Die Rechtswahrnehmung bezieht sich auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Werke der Urheber, vgl. etwa § 2 Wahrnehmungsvertrag VG Wort.

103 Heine/Holz Müller/Holz Müller, § 11 VGG Rn. 16; Schricker/Loewenheim/Reinbothe, § 11 VGG Rn. 3.

104 § 4 Wahrnehmungsvertrag VG Wort.

105 So aber *Staats*, in: FS Schack, 2022, S. 353, 358 ff.

ben, nach § 60g Abs. 1 UrhG wirksam und vorrangig sind, fällt für diese Nutzungen gar kein gesetzlicher Vergütungsanspruch an (s.o.). Auch Urheber, die ihre Rechte durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lassen, können also Nutzungen ihrer Werke im Umfang der §§ 60a ff. UrhG kostenfrei im Wege einer Open Access-Lizenz erlauben.

5. Stärkung von Open Access und Open Science

In einigen Fachbereichen ist die Veröffentlichung in (bestimmten) Fachzeitschriften noch immer essenziell für Reputation und Wahrnehmung. Daraus kann die widersprüchliche Situation entstehen, dass Ergebnisse von mit öffentlichen Mitteln finanzierter Forschung den Institutionen nur unter erneuter Aufwendung öffentlicher Mittel zur Verfügung stehen. Um den Zugang zu solchen Publikationen zu sichern, wurde 2014 ein Zweitnutzungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG aufgenommen, das sich zugunsten des Urhebers auch gegenüber ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumungen durchsetzt. Aufgrund seiner engen und mitunter unklaren Tatbestandsvoraussetzungen hat das Zweitnutzungsrecht allerdings nicht zu der erhofften Zunahme von Open Access-Veröffentlichungen geführt.¹⁰⁶ So greift das Recht nur bei Beiträgen, die aus einer „mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden“ und in einer „periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen“ sind und erlaubt lediglich die Nutzung der akzeptierten Manuskriptfassung und auch das nur nach dem Ablauf einer Sperrfrist von 12 Monaten. Während die letzten beiden Einschränkungen aus Perspektive der Wissenschaft lästig sind – aus der Manuskriptfassung lässt sich kaum zitieren; nach 12 Monaten sind viele Beiträge, insbesondere in den Naturwissenschaften, schon wieder veraltet – sind es wohl die ersten beiden Voraussetzungen, die sich als größte Hemmnisse erwiesen haben. Die Begrenzung auf periodisch erscheinende Sammlungen schließt etwa sämtliche Beiträge aus, die in einmalig herausgegebenen Sammelbänden, Festschriften oder Tagungsbänden erschienen sind. Für diese Ungleichbehandlung ist kein Grund ersichtlich, sie sollte aufgegeben werden. Noch drängender ist ein gesetzgeberisches Tätigwerden allerdings in Bezug auf die Einschränkung auf eine „mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderte[] Forschungstätigkeit“. Denn diese Tatbestandsvoraussetzung ist laut Gesetzesbegründung so zu verstehen, dass Publikationen, die im Rahmen der regulären Forschungstätigkeit an einer öffentlichen Hochschule entstehen, nicht erfasst sind, sondern nur solche, die *gezielt* mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, etwa im Rahmen von Drittmittelprojekten.¹⁰⁷ Vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Zweitnutzungsrechts, breiteren Zugang zu öffentlich finanzierter Forschung herzustellen, ist diese Einschränkung unverständlich und sollte aufgehoben werden.

106 Vgl. auch Stellungnahme Gesellschaft für Freiheitsrechte (Fn. 52), S. 3 f.

107 Vgl. BT-Drs. 17/13423, S. 9; überzeugend dagegen Schricker/Loewenheim/Peukert, § 38 UrhG Rn. 45 ff; Wandtke/Bullinger/Wandtke/König, 6. Aufl. 2022, § 38 UrhG Rn. 19.

IV. Fazit

Den Anforderungen von Bildung und Wissenschaft ist das Urheberrecht vor Erlass des UrhWissG nur bedingt gerecht geworden. Die Erlaubnistatbestände waren unübersichtlich angelegt, vermochten keine Rechtssicherheit für Nutzungen zu erzeugen und orientierten sich an analogen Nutzungsformen. Der Evaluierungsbericht hat gezeigt, dass der Gesetzgeber durch das UrhWissG diese Probleme zu großen Teilen überwunden hat. Weil die Bestimmungen verständlicher sind, wird von Nutzungsmöglichkeiten stärker Gebrauch gemacht; zudem ist das Recht besser an sich stetig ändernde Umstände angepasst, indem das Gesetz in vielen Bereichen einen technikneutralen Ansatz verfolgt. Den Besonderheiten der Interessenlage bei Bildung und Forschung wird das Urheberrecht außerdem stärker gerecht, indem es einerseits die Grundlage für eine Vergütung bewahrt, andererseits dabei auf aufwändige, nutzungshemmende Verfahren der Nutzungserfassung verzichtet.

Der Evaluierungsbericht hat aber auch deutlich gemacht, dass es noch Verbesserungsbedarf gibt. Es besteht damit ein Momentum, die bisherigen Bemühungen durch folgende Maßnahmen zu vervollkommen: Zunächst sollte das E-Lending auf Schrankengrundlage ermöglicht werden, um Bibliotheken den Weg ins 21. Jahrhundert zu eröffnen. Daneben muss die bisher nur begrenzte Erlaubnis zur Nutzung von Presseergebnissen im Interesse von Forschung und Lehre vervollständigt werden. Weitere nutzungshemmende Effekte kann der Gesetzgeber beseitigen, indem er die Bemessungsgrundlage der Prozentgrenzen flexibilisiert und sich zu einer Methode für die Berechnung der Vergütung in § 60h Abs. 3 UrhG bekennt. Schließlich sollte der Anwendungsbereich des Zweitnutzungsrechts aus § 38 Abs. 4 UrhG erweitert werden. Es gilt, den Schwung aus Evaluation und aktuellen Diskussionen zu nutzen und letzte Lücken mit einem kleinen Wurf zu schließen.

Zusammenfassung: Ziel des UrhWissG von 2018 war es, das Urheberrecht den Anforderungen von Bildung und Forschung anzupassen. Dem 2022 verabschiedeten Evaluierungsbericht der Bundesregierung zufolge hat das Gesetz dieses Ziel insgesamt erreicht. Der Beitrag geht der Frage nach, ob damit die Akte „Urheberrecht für Bildung und Forschung“ geschlossen werden kann. Er zeigt Möglichkeiten auf, mit denen der Gesetzgeber mit wenig Aufwand die bisherigen Bemühungen vervollkommen kann. Dazu gehört es, die Erlaubnis zur Nutzung von Presseerzeugnissen begrenzt auszuweiten, den prozentbasierten Umfang der erlaubten Nutzungen rechtssicher auszugestalten, eine Schrankengrundlage für das E-Lending zu schaffen, auf eine pauschale, aber stichprobenbasierte Vergütung in § 60h Abs. 3 UrhG umzustellen und Open Access-Publikationen über das Zweitnutzungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG zu stärken. Vertieft betrachtet wird zudem das umstrittene Verhältnis der gesetzlichen Erlaubnisse und Vergütungsansprüche zu vertraglichen Vereinbarungen, insbesondere im Fall von Open Access-Lizenzen.

Summary: In 2018 the UrhWissG was passed to align copyright law with the demands of education and research in a knowledge-based society. Four years later, the evaluation report of the German government has been published, which reflects positively on the law's impact. Does that mean that the case can be closed? Our article aims to answer this question and explores possibilities for further adjustment. It argues that the endeavour to build a modern copyright law apt for education and research could be achieved with only little effort by the German legislator. The necessary changes include: extending the permission to use press products, clarifying the percentage-based scope of permitted uses, creating a limitation for e-lending, switching to a flat-rate but sample-based remuneration in Section 60h (3) UrhG, and strengthening open access publications via the second publication right in Section 38 (4) UrhG. Moreover, the article looks in depth into the highly debated question of whether contractual agreements, particularly open access licenses, take precedent over statutory remuneration claims.



© Linda Kuschel und Darius Rostam