

PD Dr. Michael Denga\*

## Ein Erfolg für digitale Bildung, Wissenschaft und Forschung? – Zur Evaluation des UrhWissG

### I. Befriedung des Urheberwissenschaftsrechts durch das UrhWissG?

Am 1. März 2018 ist das „Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft“ (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz, im Folgenden kurz: UrhWissG) in Kraft getreten.<sup>1</sup> Die zeitlich zunächst auf fünf Jahre befristete Novelle hat zum Zweck, die durch die Mittel der Digitalisierung akzentuiert widerstreitenden Interessen von Rechtsinhabern und Nutzern in Hinblick auf Nutzungen urheberrechtlich geschützter Werke in Bildung, Wissenschaft und Forschung in angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>2</sup> Durch einen Basiszugang zu urheberrechtlich geschützten Inhalten sollen Bildung, Wissenschaft und Forschung gefördert werden;<sup>3</sup> ausgleichend ist eine angemessene Vergütung für die Urheber oder sonstige Rechtsinhaber vorgesehen.<sup>4</sup> Hierzu wurden durch das UrhWissG die §§ 60a bis 60h UrhG als Urheberrechtsschranken<sup>5</sup> neu eingefügt<sup>6</sup> und waren nach Vorgabe von § 142 UrhG nun im Jahr 2022 zu evaluieren.

Neben dem Evaluationsbericht der Bundesregierung<sup>7</sup> führte die Kanzlei iRights.Law im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF)

\* PD Dr. Michael Denga, LL.M. (London), Maîtr. en Droit (Paris), Humboldt-Universität zu Berlin; derzeit Lehrstuhlvertreter an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

1 BGBl. 2017 I, 3346.

2 AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 1, 29; dazu umfassend *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, insbes. S. 191 ff.; mit ersten Diskussionsansätzen bereits *Pflüger/Heeg*, ZUM 2008, 649 (656); zur Kritik an den Vorgängerregelungen der §§ 52a, 52b, 53a UrhG vgl. *Grünberger*, GRUR 2017, 1 (3 f.); *Schack*, ZUM 2017, 802 (803); *Pflüger/Hinte*, ZUM 2018, 153 (153).

3 AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 19 ff., 29.

4 AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 3.

5 Umfassend zur Schrankendogmatik *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, § 15; auch *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009.

6 Kehrseitig wurden die §§ 52a, 52b, 53a UrhG aufgehoben; zum Gesetzgebungsprozess *Pflüger/Hinte*, ZUM 2018, 153 (154); *Schack*, ZUM 2017, 802; *Rauc*, ZUM 2020, 172; *Wirth* in *Eichelberger/Wirth/Seifert*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2022, vor §§ 60a ff. Rn. 2.

7 „Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den durch das Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz reformierten Vorschriften der §§ 60a bis 60h des Urheberrechtsgesetzes“ von April 2022; abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Evaluierungsbericht\\_Urheberrechts-WissensgesellschaftsGesetz.pdf;jsessionid=FFD1E](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Evaluierungsbericht_Urheberrechts-WissensgesellschaftsGesetz.pdf;jsessionid=FFD1E)

eine unabhängige Studie durch.<sup>8</sup> Ausgehend von den wesentlichen Ergebnissen beider Evaluierungsberichte wird dieser Beitrag die Ansichten der interessierten Kreise zum UrhWissG mit der bei Einführung der Vorschriften 2018 geäußerten Kritik abgleichen, um so zu bewerten, inwieweit das UrhWissG einen Beitrag zur Befriedung des Urheberrechts leisten konnte.<sup>9</sup> Im Zentrum soll dabei die Frage stehen, ob sich die novellierten Vorschriften als praxistauglich erwiesen haben und Schnittstellen hervortreten, an denen ein gesetzgeberisches Eingreifen weiterhin erforderlich scheint.

## II. 2022: Evaluationen des UrhWissG

### 1. Evaluationsbericht der Bundesregierung

Über den „Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den durch das Urheberrechts-Wissengesellschafts-Gesetz reformierten Vorschriften der §§ 60a bis 60h des Urheberrechtsgesetzes“ von April 2022 wurde der Bundestag am 5. Mai 2022 unterrichtet.<sup>10</sup>

#### a) Arbeitsweise

Das für die Evaluierung verantwortliche Bundesministerium für Justiz (BMJ) hat zur Evaluierung ein öffentliches Konsultationsverfahren durchgeführt und dafür Stellungnahmen der interessierten Kreise und Landesministerien eingeholt. Insgesamt wurden dabei 56 Stellungnahmen berücksichtigt.<sup>11</sup> Der Evaluierungsbericht stellt die wesentlichen Ergebnisse der Konsultation zusammen und bildet neben „Querschnittfragen“ zu den evaluierten Vorschriften auch Erkenntnisse zu den „einzelnen gesetzlichen Erlaubnissen“ ab. Wesentliche Ausgangsfrage war dabei, ob sich die reformierten Vorschriften aus Sicht der Beteiligten als praxis- und zukunftstauglich erwiesen haben.<sup>12</sup> Darüber hinaus wurden die Angemessenheit der Vergütungssituation, inklusive der zur Ermittlung dienenden Berechnungsgrundlage, die wirtschaftliche Situation der Verlage und die Frage untersucht, inwieweit dem öffentlichen Interesse an der Nutzung geschützter Werke für Zwecke von Bildung und Wissenschaft Rechnung getragen wurde. Zuletzt wurde die Beteiligung von Verlegern an gesetzlichen Vergütungsansprüchen in den Blick genommen.<sup>13</sup>

36DB6F6CCB59DA37B0EE3BC048A.2\_cid289?\_\_blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

8 „Das Urheberrechts-Wissengesellschafts-Gesetz in der Praxis“; abrufbar unter: <https://irights.info/artikel/irights-law-veroeffentlicht-interview-studie-zum-urheberrechts-wissengesellschafts-gesetz/31433>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

9 Kuhlén, *Information – Wissenschaft & Praxis* 2017, 68 (4), 227 (227).

10 BT-Drs. 20/1825, 1 ff.

11 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 2.

12 Hagemeyer in *Beck OK, UrhR*, 35. Ed., § 142 Rn. 3.

13 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 9.

## b) Überblick über die Ergebnisse

Zusammenfassend zeichnet der Bericht ein überwiegend positives Bild der neuen Vorschriften.<sup>14</sup> Das BMJ stuft die §§ 60a – 60h UrhG als „grundsätzlich gelungen“ ein.<sup>15</sup> Insbesondere wird die systematische Zusammenführung der ehemals verstreut geregelten Schranken und die Formulierung einzelner, konkret ausgestalteter Erlaubnisse hervorgehoben. Aus Sicht der betroffenen Parteien sei eine inhaltliche Bewertung gleichwohl „differenziert“ ausgefallen. Denn während die Nutzer aus Kreisen von Forschung und Bildung die eingeführten Bestimmungen für „unverzichtbar“ halten und gar eine weiterführende Ausweitung anstreben, stehen die Rechtsinhaber der Reform „skeptisch“ gegenüber und beklagen die wirtschaftlichen Konsequenzen.<sup>16</sup> Das BMJ schließt von diesem anhaltenden Interessenkonflikt dennoch auf einen grundsätzlich gelungenen Ausgleich zwischen den konkurrierenden Interessen.<sup>17</sup> In der Anwendungspraxis sollen sich vorrangig bei der Bestimmung einer angemessenen Vergütung Schwierigkeiten ergeben.<sup>18</sup> Zuletzt betont der Bericht, dass die überwiegend positive Bewertung „Korrekturen und Nachjustierungen in Einzelfragen“ nicht ausschließt, indem solche letztlich „originär rechtspolitische Entscheidungen“ seien.<sup>19</sup>

## 2. Qualitative Studie von iRights.Law

Neben dem Evaluierungsbericht des BMJ ist 2022 eine im Auftrag des BMBF unabhängig durchgeführte „qualitative Studie zur Anwendung des UrhWissG“ durch die Kanzlei iRights.Law erstellt worden.

### a) Arbeitsweise

Die Studie wurde von BMBF beauftragt, um „bildungs- und forschungsbezogene Erkenntnisse und andere Einblicke in die Rechtspraxis, die Umsetzung des UrhWissG im Alltag sowie zukünftige Anforderungen an das UrhWissG aus Bildungs- und Wissenschaftssicht zu liefern“.<sup>20</sup> Die Kanzlei hat dahingehend einen qualitativ-explorativen Untersuchungsansatz gewählt, der überwiegend die Praxis in den Blick nimmt. Um grundlegende Informationen zur Praxiserfahrung im Umgang mit den reformierten Vorschriften zu gewinnen, wurden „problemzentrierte Interviews“ mit Praktikern aus verschiedenen Nutzergruppen geführt.<sup>21</sup> Im Rahmen der Studie werden die wesentli-

14 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 2.

15 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 3.

16 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 2.

17 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 3.

18 *Hagemeier in Becke OK*, UrhR, 35. Ed., § 142 Rn. 3.

19 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 3.

20 iRights, qualitative Studie, 1.

21 Insgesamt wurden dabei 21 qualitative Interviews mit Vertretern aus Bibliotheken, Bildung, Wissenschaft und Verlagen absolviert.

chen Erkenntnisse der Interviews dargestellt und anschließend „persönliche Eindrücke und Erfahrungen mit Methode und Vorgehensweise der Studie“ geschildert.<sup>22</sup>

## b) Überblick über die Ergebnisse

Wesentliche Erkenntnisse der Untersuchung werden getrennt zwischen den beiden Gruppen von Nutzern und Rechtsinhabern dargestellt.<sup>23</sup>

Praktiker auf Seiten der Werknutzer sehen in den reformierten Vorschriften eine Verbesserung zur alten Rechtslage und bescheinigen ihnen eine große Praxisrelevanz.<sup>24</sup> Neben einer besseren Verständlichkeit und der positiven Bewertung der Klärung des Verhältnisses zwischen Lizenzierungsangeboten und Nutzungserlaubnissen (§ 60g UrhG) wird dabei die gesteigerte Rechtssicherheit gelobt. Diese werde besonders durch Verwendung klarer prozentualer Obergrenzen für den Nutzungsumfang gewährleistet. Demnach spielt die Rechtssicherheit „die entscheidende Rolle für den Nutzwert einer gesetzlichen Schrankenbestimmung“.<sup>25</sup> Begründet wird dies mit einer grundlegenden Risikoaversion auf Seiten zahlreicher Werknutzer, die im Zweifelsfall zur Vermeidung der Nutzung des geschützten Materials führe.<sup>26</sup> Den Umfang der Nutzungserlaubnisse schätzen die Nutzer im Wesentlichen als „bedarfsgerecht“ ein.<sup>27</sup>

Die Perspektive der Rechtsinhaber, insbesondere der Verlage, unterscheidet sich grundlegend von der der Werknutzer, indem sie die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen der Reform beklagen.<sup>28</sup> Sie stehen den neuen Vorschriften kritisch gegenüber und beanstanden die gegenüber der vorherigen Rechtslage erweiterten Nutzungserlaubnisse. Hierin wird eine Einschränkung der unternehmerischen Freiheit und die Bedrohung bestimmter Geschäftsmodelle gesehen. Insbesondere wird der Absatzrückgang bei Lehrbüchern und die als prekär beschriebene Situation der Fachverlage angeführt. Deren konstitutive Rolle für Bildung und Forschung sei gefährdet.<sup>29</sup>

## III. Gelungener Interessenausgleich durch das UrhWissG?

Im Wesentlichen geben die Evaluationen den bekannten Stand der Kontroverse um die Bildungs-, Wissenschafts- und Forschungsschranke wieder; gänzlich neue Impulse gehen nicht aus ihnen hervor. Im Folgenden sollen allerdings die wesentlichen Ein-

22 iRights, qualitative Studie, 5.

23 Aufteilung: Bibliotheken, Bildung, Wissenschaft und Verlage;– im vorliegenden Beitrag wird die Darstellung auf einen Überblick über Erkenntnisse der Nutzer (Bibliotheken, Bildung, Wissenschaft) und der Rechtsinhaber (Verlage) heruntergebrochen.

24 iRights, qualitative Studie, 7, 14, 18.

25 iRights, qualitative Studie, 8.

26 iRights, qualitative Studie, 8, 15.

27 iRights, qualitative Studie, 19.

28 iRights, qualitative Studie, 23.

29 iRights, qualitative Studie, 24.

zulaspekte der weiterhin kontroversen Evaluationsschwerpunkte kontextualisiert und kritisch gewürdigt werden.

## 1. Keine Generalklausel

Ausgangspunkt grundsätzlicher Kritik ist auch in den Evaluationen die gewählte Regelungstechnik der §§ 60a ff. UrhG – statt einer Generalklausel wurden nutzerspezifische Schrankenbestimmungen geschaffen.<sup>30</sup> Bis heute wird von Nutzerseite die Einführung einer offenen Generalklausel nach Vorbild der „Fair use“-Klausel des § 107 U.S.C. (US Copyright Act 1976) gefordert, um eine möglichst große Technik- und Zukunftsoffenheit zu gewährleisten. Die Literatur schlägt etwa eine eng begrenzte Auffangklausel vor, die beispielsweise „in besonderen Fällen auch die Nutzung von Werken in neuen Nutzungsarten“ ermöglicht.<sup>31</sup> Allerdings wäre diese Flexibilität zu Lasten der Rechtssicherheit erkauft<sup>32</sup> – denn das Konzept von „fair use“ beruht auf einer ausgeprägten Kasuistik von Präjudizien, welche den speziellen Schrankenregelungen einer Kodifikation wesensmäßig gleichen, indes weniger vorhersehbar sind. Eine Generalklausel würde der gesetzgeberischen Intention klar zuwiderlaufen, mit der Schrankenregelung ein größtmögliches Maß an Rechtssicherheit herzustellen.<sup>33</sup> Zudem gebietet auch das Europarecht eine differenzierte Regelung.<sup>34</sup> Schließlich treffen die beiden Evaluationen über vier Jahre nach Inkrafttreten des UrhWissG keine evidenten Anwendungsschwierigkeiten an, die aus der Entwicklung neuer Technologien hervorgingen.<sup>35</sup>

## 2. Quantitative Bestimmung des zulässigen Nutzungsumfangs

### a) Verwendung starrer Prozentgrenzen

Der Gesetzgeber hat durch Einführung starrer Prozentgrenzen<sup>36</sup> eine Präzisierung der ursprünglich unbestimmten Rechtsbegriffe („kleine Teile“) angestrebt.<sup>37</sup> Die hieraus folgende Einbuße an Einzelfallgerechtigkeit und Flexibilität nahm der Gesetzgeber bewusst in Kauf.<sup>38</sup> Aus der qualitativen Studie von iRights.Law, ebenso wie aus dem

30 AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 21.

31 Vorschlag von *Schack*, ZUM 2016, 279 (283); *Schack*, ZUM 2017, 802 (804).

32 *Schack*, ZUM 2017, 802 (804).

33 AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 35.

34 Vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. c, Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie; Art. 6 Abs. 2 lit. b und Art. 9 lit. b der Datenbankrichtlinie 96/9/EG; AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 24, 27.

35 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 84; BT-Drs. 20/1825, 54.

36 Z. Bsp. verwendet in: §§ 60a Abs. 1; 60b Abs. 1, 60c Abs. 1, 2; 60e Abs. 4 UrhG.

37 AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 24, 35, 52, 55, 59, 60; dazu auch *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 60a Rn. 8.

38 AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 21; dazu *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558 (564 f.); kritisch dazu *Schack*, ZUM 2017, 802 (804), mit Verweis Stufe drei des Drei-Stufen-Tests aus Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL; ähnl. *Nordemann*, NJW 2017, 1586 (1586); *Kuhlen*, Information. Wirtschaft & Praxis 2017, 68 (4), 227 (242).

Evaluierungsbericht des Bundes geht hervor, dass der Rechtssicherheit aus Perspektive der Nutzer tatsächlich entscheidende Bedeutung zukommt.<sup>39</sup> Anderenfalls wären die Schrankenregelungen für besonders risikoaverse Nutzergruppen aus Bildung und Wissenschaft nicht hinreichend nutzbar.<sup>40</sup>

Darüber hinaus werden die reformierten Vorschriften von Seiten der Nutzer selbst unter dem Gesichtspunkt der Zukunftstauglichkeit ihrer starren Prozentgrenzen zum Trotz als geeignet erachtet.<sup>41</sup> Vor dem Hintergrund des gesetzlichen Zweckes der Reform, eine möglichst hürdenlose Wissenschaft und Bildung, im Rahmen des digitalen Wandels, zu ermöglichen,<sup>42</sup> scheint die quantitative Bestimmung des Zulässigen damit trotz rechtsdogmatischer Bedenken zustimmungswürdig. Jedenfalls zum Stand der Evaluation wurde von Seiten der Nutzer keine maßgebliche Kritik dahingehend geltend gemacht, dass die Vorschriften nicht mehr zeitgemäß seien. Auch in den Stellungnahmen der Rechtsinhaber war hier keine grundlegende Kritik erkennbar. Sofern sich aber zukünftig Spannungsfelder aus der quantitativen Bestimmung gegenüber neuen technischen Entwicklungen ergeben, könnte ein weiterer gesetzgeberischer Eingriff erforderlich werden.

#### b) Bezugspunkt der quantitativen Bestimmung weiter konkretisierungsbedürftig

Bei Verabschiedung des UrhWissG herrschte Unklarheit über die konkrete Bezugsgröße zur Bestimmung des zulässigen Nutzungsumfangs. Insbesondere war fraglich, inwieweit Textseiten, Fußnoten, Abbildungen und Leerseiten bei der Prozentrechnung zu berücksichtigen waren.<sup>43</sup> Eine dahingehend anhaltende Unklarheit würde der gesetzgeberisch angestrebten Maxime größtmöglicher Rechtssicherheit tatsächlich entgegenstehen und wird auch von Seiten der Nutzer im Rahmen des Evaluierungsberichts des Bundes geltend gemacht.<sup>44</sup> Während die jeweilige Bezugsgröße in der Praxis überwiegend zuverlässig nach den Eigenheiten des jeweiligen Werkes bestimmt werden kann,<sup>45</sup> verbleibt gleichwohl ein gewisser Konkretisierungsbedarf.

### 3. Nutzungen in Unterricht und Lehre – § 60a UrhG

Nutzer aus Wissenschaft und Lehre werden durch die Schranke des § 60a UrhG privilegiert. Im Rahmen der Vorschrift wird neben der Differenzierung zwischen Schul-

39 Bsp.: iRights, qualitative Studie, 8, 9, 14, 22; BReg, Evaluierungsbericht 2022, 16, 18, 20.

40 iRights, qualitative Studie, 8, 15.

41 AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 17; beispielhaft: Stellungnahme der Allianz der Wissenschaftsorganisationen, Stellungnahme des Hochschulverbands, etc.

42 AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 1 f.

43 *Schack*, ZUM 2017, 802 (804); *Schack*, Urheberrecht, Rn. 576a; kritisch auch *Kuschel/Rost-am*, in diesem Heft, unter III. 2.

44 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 17.

45 Weiterführend *Dreier* in *Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz*, 7. Aufl. 2022, § 60a Rn. 8, zur Unterscheidung von Büchern und Sammelwerken.

und Lehrbüchern in § 60a Abs. 3 Nr. 2 UrhG vor allem die Bereichsausnahme für Publikumszeitschriften in § 60a Abs. 2 UrhG scharf kritisiert.<sup>46</sup>

a) Differenzierung zwischen Schul- und Lehrbüchern – § 60a Abs. 3 Nr. 2 UrhG

Zur Veranschaulichung des Unterrichts und der Lehre kennt § 60a Abs. 3 Nr. 2 UrhG anders als für Schulbücher keine Rückausnahme für die Nutzung von Lehrbüchern („Schranken-Schranke“). Rechtsinhaber kritisierten diese Differenzierung, weil sie den Primärmarkt für Lehrbücher beeinträchtigt.<sup>47</sup> Auch für Lehrbücher gebe es außerhalb des Bildungsbereichs keine nennenswerten Verwertungsmöglichkeiten, weshalb die Schulbuchausnahme auch auf diese auszuweiten sei.<sup>48</sup>

Die Beschränkung der Bereichsausnahme auf Schulbücher wird vom Gesetzgeber jedoch plausibel mit dem infolge der föderalen Struktur des Schulwesens sehr kleinen Primärmarkt für Schulbücher begründet.<sup>49</sup> Ohne die Bereichsausnahme wären eine Verschlechterung der Schulbuchqualität, eine Reduktion des Angebots oder Preissteigerungen zu befürchten.<sup>50</sup> Lehrbücher werden demgegenüber in einem oftmals den gesamten deutschsprachigen Raum umfassenden Markt gehandelt und neben der Lehre auch in Forschung und Praxis verwendet.<sup>51</sup> Damit sind für Lehrbücher sehr wohl auch außerhalb des Bildungsbereichs nennenswerte Verwertungsmöglichkeiten gegeben.<sup>52</sup>

b) Keine vollständige Nutzung von Publikumszeitschriften – § 60a Abs. 2 UrhG

§ 60a Abs. 2 UrhG erlaubt die vollständige Nutzung von „Beiträge[n] aus derselben Fachzeitschrift oder wissenschaftlichen Zeitschrift“, nicht allerdings aus sonstigen Zeitungen oder Publikumszeitschriften.<sup>53</sup> Diese auf den Rechtsausschuss zurückgehende Einschränkung<sup>54</sup> wird verbreitet als „widersinnig und skandalös“ und „absurd“ angesehen.<sup>55</sup> Denn über Abgrenzungsschwierigkeiten hinaus sei kein tragfähiger Grund für

46 *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558 (565); *Schack*, ZUM 2017, 802 (805); *Wandtke/Ostendorff*, Urheberrecht, 8. Aufl. 2021, S. 257.

47 *De la Durantaye*, GRUR 2017, 558 (565).

48 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 36; Stellungnahme Börsenverein, Stellungnahme Verband der Bildungsmedien.

49 *Schack*, ZUM 2017, 802 (804); *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558 (565); AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 38.

50 *Lüft* in *Wandtke/Bullinger*, *Urheberrecht*, 6. Aufl. 2022, § 60a, Rn. 17.

51 *Lüft* in *Wandtke/Bullinger*, *Urheberrecht*, 6. Aufl. 2022, § 60a, Rn. 47; *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558 (565).

52 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 36; Stellungnahme Städtetag.

53 *Schack*, ZUM 2017, 802 (804); *Dreier* in *Dreier/Schulze*, *Urheberrechtsgesetz*, 7. Aufl. 2022, § 60a Rn. 18.

54 *Schack*, ZUM 2017, 802 (804); BT-Drs. 18/13014, 28.

55 *Schack*, ZUM 2017, 802 (805); *Wandtke/Ostendorff*, *Urheberrecht*, 257; kritisch auch *Kuschel/Rostam*, in diesem Heft, unter III. 1.

eine Besserstellung der allgemeinen Presse ersichtlich.<sup>56</sup> Vielmehr stelle die Regelung einen Rückschritt zur bis 2018 bestehenden Rechtslage in Form des § 52a a.F. UrhG dar.<sup>57</sup>

Nach der Regierungsbegründung sei die Einschränkung geboten, weil eine weitergehende Nutzungsmöglichkeit für allgemeine Presseerzeugnisse einem unzumutbaren Eingriff in den Primärmarkt der Presseverleger darstellen würde.<sup>58</sup> Vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz wurde die Ausnahme darüber hinaus damit gerechtfertigt, dass die private Tages- und Publikumspresse die Inhalte vollständig über ihr eigenes Geschäftsmodell finanzieren muss und sie deshalb stärker als die Wissenschafts- und Fachverlage auf eine Nutzung auf Lizenzbasis angewiesen seien.<sup>59</sup> Zudem sei hier das Interesse der Lehre an der Werknutzung weniger stark ausgeprägt.<sup>60</sup>

Es scheint jedenfalls schon nicht plausibel, dass die Beschränkung den erhofften Effekt zugunsten der Presseverleger entfaltet. Statt das Archivgeschäft zu fördern, scheint es wahrscheinlicher, dass betroffene Zeitungen und Zeitschriften in Unterricht und Lehre keine Verwendung mehr finden und damit ihre Verbreitung verhindert wird.<sup>61</sup> Diese Annahme hat sich im Rahmen der Evaluation des Bundes bestätigt.<sup>62</sup> Denn indem eine individuelle Lizenzierung aus Praktikabilitätsgründen regelmäßig unterbleibe, würden Zeitungen und Publikumszeitschriften kaum noch genutzt.<sup>63</sup> Damit entgeht Schülern und Studenten Material für tagesaktuellen Unterricht; besonders in historischen, politik- und sozialwissenschaftlichen sowie sprachlichen Disziplinen kommt es so zu erheblichen Einschränkungen. Die Lizenzangebote der Presseverleger werden aus Reihen der Nutzer als unzureichend erachtet.<sup>64</sup> Damit vermag die Exklusion von Publikumszeitschriften aus § 60a Abs. 2 UrhG nicht zu überzeugen.<sup>65</sup> Seit dem

56 *Kuhlen*, Information - Wirtschaft & Praxis 2017, 68 (4), 227 (242); *Schack*, ZUM 2017, 802 (804); iRights, qualitative Studie, 10.

57 *Kuhlen*, Information - Wirtschaft & Praxis 2017, 68 (4), 227 (242).

58 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 35; *Pfeiffer*, NJW-aktuell 30/2017, 17 (Regelung „angemessen“); kritisch allerdings *Schack*, ZUM 2017, 802 (804); *ders.*, Urheberrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 576.

59 BT-Drs. 18/13014, 28; BT-Drs. 18/12329, 58.

60 BT-Drs. 18/13014, 28.

61 *Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022*, § 60a Rn.19; *Pflüger/Hinte*, ZUM 2018, 153 (159); kritisch auch *Schack*, ZUM 2017, 802 (804); so auch Vertreter der Bibliotheken in iRights, qualitative Studie, 10.

62 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 28.

63 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 28; Stellungnahme AdWissOrg, dvb, BB.

64 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 35.

65 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 35; Stellungnahme TIB; SUBHH; Verband Bildungsmedien; u.a.

1. Januar 2019 besteht immerhin für Schulen ein Gesamtvertrag i.S.d. § 35 VVG,<sup>66</sup> der eine Nutzung von Zeitungsartikeln im Rahmen des Schulunterrichtes ermöglicht.<sup>67</sup>

#### 4. Text- und Data Mining in Wissenschaft und Forschung – § 60d UrhG

Text- und Data Mining („TDM“) für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung wird durch § 60d UrhG privilegiert. In der Praxis ist dabei insbesondere der Einsatz von TDM zum Zwecke des KI-Trainings von großer Bedeutung.<sup>68</sup> Inwieweit Nutzungen im Rahmen des KI-Trainings eine urheberrechtliche Relevanz zukommt, ist zwar immer noch umstritten.<sup>69</sup> An dieser Stelle soll jedoch davon ausgegangen werden, dass es regelmäßig zur Vornahme urheberrechtlich relevanter Verwertungshandlungen kommt.<sup>70</sup> Die 2018 in Kraft getretene Vorgängernorm wurde wegen ihrer Beschränkung auf wissenschaftliche Zwecke und der bestehenden Vergütungspflicht scharf kritisiert.<sup>71</sup>

##### a) DSM-Richtlinie

Mit Inkrafttreten der vollharmonisierenden DSM-Richtlinie<sup>72</sup> wurde eine Anpassung der nationalen Schrankenregelung erforderlich.<sup>73</sup> Art. 3 Abs. 1 DSM-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten dabei zur Einrichtung einer zwingenden Schranke für das Recht der Vervielfältigung und Entnahme, wenn die Nutzung von TDM von „Forschungsorganisationen und Einrichtungen des Kulturerbes von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen, zu denen sie rechtmäßig Zugang haben, zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung“ vorgenommen wird. Art. 4 Abs. 1 DSM-Richtlinie wiederum verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Verabschiedung einer allgemeinen Schranke zugunsten „zum Zwecke des Text- und Data Mining vorgenommener Vervielfältigungen

66 Abrufbar unter: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjNwPf24Ob5AhUgVvEDHc8FBjsQFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.mk.niedersachsen.de%2Fdownload%2F61574%2FGesamtvertrag\\_zu\\_Kopien\\_und\\_Scans\\_an\\_Schulen\\_2018.pdf&usq=AOvVaw2x2dVk1UeLJatS8KcHEC\\_x](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjNwPf24Ob5AhUgVvEDHc8FBjsQFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.mk.niedersachsen.de%2Fdownload%2F61574%2FGesamtvertrag_zu_Kopien_und_Scans_an_Schulen_2018.pdf&usq=AOvVaw2x2dVk1UeLJatS8KcHEC_x), zuletzt abgerufen am 20.01.2023; aktuelle Fassung unter [https://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/Gesamtvertr%C3%A4ge/GesamtV\\_60a\\_Schulen.pdf](https://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/Gesamtvertr%C3%A4ge/GesamtV_60a_Schulen.pdf), zuletzt abgerufen am 20. 09.2022.

67 Vgl. dazu BReg, Evaluierungsbericht 2022, 35, dort den Hinweis auf die Stellungnahmen der Kultusministerkonferenz und des Bayerischen Staatsministeriums für Justiz.

68 Dazu *Spindler*, ZGE 2018, 273; *Hacker*, GRUR 2020, 1025 (1031); *ders.*, ZGE 2020, 239 (255 ff.); *Raue*, ZUM 2021, 793 f.; *Dornis*, 22 YALE J.L. & TECH. 1 (2020), 7.

69 Zur Betroffenheit der Datenbankrechte *Hacker*, GRUR 2020, 1025 (1028 ff.); s. auch BReg, Evaluierungsbericht 2022, 57.

70 Beispielhaft: Speichern und Ablegen einzelner Daten in Arbeitsspeichern, Modifikation von Ursprungsdaten; vgl. *Hacker*, ZGE 2020, 239 (256).

71 *Schack*, ZUM 2017, 802 (806); *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558 (561 f.); positiver *Spindler*, ZGE 2018, 273, 299 f.

72 Richtlinie 2019/790 vom 17. April 2019; abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

73 *Hacker*, ZGE 2020, 239 (256).

und Entnahmen von rechtmäßig zugänglichen Werken und sonstigen Schutzgegenständen“.<sup>74</sup>

Problematisch scheint bei Betrachtung dieser Regelungen einerseits die Beschränkung auf einen rechtmäßigen Erstzugang.<sup>75</sup> Denn die Höhe einer dahingehend verlangten Vergütung für den Erstzugang durch den Rechtsinhaber kann einer Nutzung potentiell hochwertiger Trainingsdaten wesentlich entgegenstehen.<sup>76</sup> Andererseits beschränkt sich die deutlich günstigere Vorschrift des Art. 3 DSM-Richtlinie auf „Forschungsorganisationen“ i.S.d. Art. 2 Nr. 1 DSM-Richtlinie, der ein gewinnorientiertes Agieren ausschließt. Zudem fallen „Organisationen, die unter dem bestimmten Einfluss gewerblicher Unternehmen stehen“, nicht unter Art. 3 DSM-Richtlinie.<sup>77</sup> Forschungsvorhaben in einem kommerziellen Kontext können sich damit nur auf Art. 4 DSM-Richtlinie berufen, wobei Abs. 3 den Rechtsinhabern einen „Nutzungsvorbehalt“ erlaubt. Diese „gesetzgeberisch gewünschte Blockierungsmöglichkeit“<sup>78</sup> könnte besonders im Kontext des KI-Trainings kleiner und mittlerer Unternehmen „potenziell fatale“ Folgen nach sich ziehen.<sup>79</sup>

## b) Die Umsetzung der DSM-Richtlinie 2021

Die DSM-Richtlinie wurde vom deutschen Gesetzgeber im Zuge des DSM-UrhR-AnpG 2021 umgesetzt.<sup>80</sup> Einerseits kam es dabei zur Implementierung der Vergütungsbefreiung für „Vervielfältigungen im Rahmen des TDM für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung“ im Rahmen des § 60h Abs. 2 Nr. 3 UrhG.<sup>81</sup> Während dies von Seiten der Rechtsinhaber naturgemäß kritisiert wurde,<sup>82</sup> wurde die Angleichung von Nutzern befürwortet, da eine Vergütungspflicht zu hohe Transaktionskosten generieren würde, „die in keinem Verhältnis zum Nutzen stehen“.<sup>83</sup>

Die in Art. 3 und Art. 4 DSM-Richtlinie angelegte Differenzierung zwischen kommerziellen und nicht-kommerziellen Forschungsvorhaben findet sich im deutschen Recht umgesetzt. § 44b UrhG privilegiert das TDM allgemein;<sup>84</sup> die Ausweitung der gesetzlichen TDM-Erlaubnis ist positiv zu bewerten, obwohl dem Rechtsinhaber in

74 *Hacker*, ZGE 2020, 239 (257).

75 *Hacker*, GRUR 2020, 1025 (1031).

76 Insbesondere bei „finanziell weniger stark aufgestellten Start-ups“; *Hacker*, GRUR 2020, 1025 (1031).

77 EG 12 zur DSM-Richtlinie; vgl. *Hacker*, ZGE 2020, 239 (257).

78 *Hacker*, ZGE 2020, 239 (257).

79 *Hacker*, GRUR 2020, 1025 (1031).

80 DSM-UrhR-AnpG, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz\\_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html), zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

81 *Bullinger* in *Wandtke/Bullinger, Urheberrecht*, 6. Aufl. 2022, § 60d Rn. 37.

82 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 57 f.; Stellungnahme Börsenverein; VG Wort; u.a.

83 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 57; Stellungnahme Universität Bayreuth; AdWissOrg; DNB; u.a.

84 Dazu *Raue*, ZUM 2021, 793, 795 ff; *Dreier* in *Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz*, 7. Aufl. 2022, § 44b Rn. 2.

§ 44 b Abs. 3 UrhG eine Obstruktionsmöglichkeit durch „Nutzungsvorbehalt“ offensteht.<sup>85</sup> Allein nicht-kommerzielle Forschung profitiert von der wesentlich weiteren Schranke des § 60d UrhG, gegen die auch kein Nutzungsvorbehalt eingewendet werden kann.<sup>86</sup> Beide TDM-Schranken setzen einen rechtmäßigen Erstzugang voraus und begründen diesen nicht.<sup>87</sup>

c) Lösungsvorschläge de lege ferenda

Auch wenn Einwendungen von Seiten der Rechtsinhaber gegen den „Schutz einer industriellen Ausbeutung“ ihrer Werke beachtlich scheinen,<sup>88</sup> sollte wegen des hohen Innovationspotentials der Nutzung geschützter Daten zum KI-Training durch TDM eine innovationsfreundliche Auslegung der Schranken in Erwägung gezogen werden.<sup>89</sup>

In der Literatur wird einerseits die Einführung einer *liability rule* vorgeschlagen, die Zugang zu Daten zu FRAND-Bedingungen gewährleisten soll, sofern ein berechtigtes Interesse vorliegt.<sup>90</sup> Diese soll auch für kommerzielle Akteure gelten. Andererseits betont *Hacker* die Ungleichbehandlung kommerzieller und nicht-kommerzieller Akteure entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 20 GrCh, die insbesondere aus § 44b Abs. 3 UrhG (Art. 4 Abs. 3 DSM-Richtlinie) hervorgeht.<sup>91</sup> So seien Situationen denkbar, in denen KI-Entwickler auf bestimmte Daten dringend angewiesen seien, Rechtsinhaber aber „trotz lediglich geringfügiger Berührung ihrer Verwertungsinteressen eine opportunistisch erhebliche Vergütung verlangen“ würden.<sup>92</sup> In diesen Ausnahmekonstellationen technischer Angewiesenheit auf bestimmte Datensätze solle eine primärrechtskonforme Auslegung auch kommerzielle Forscher in den Genuss von Art. 3 DSM-Richtlinie (bzw. § 60d UrhG) bringen.<sup>93</sup>

Inwieweit der Vorschlag einer unionsgrundrechtskonformen Auslegung der §§ 44b, 60d UrhG sich durchsetzen kann, bleibt jedoch abzuwarten, da durchaus sachliche Unterschiede zwischen den Gruppen kommerzieller und nicht-kommerzieller Nutzer

85 Bullinger in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 44b Rn. 10; ErwG. 18 DSM-Richtlinie; AmtlBegr. BT-Drs. 19/27426, 88 f.

86 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 58; AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 40; zu Einrichtungen des Kulturerbes, *Raue*, RuZ 2022, 4.

87 Bullinger in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 44b Rn. 7; in Bezug auf § 60d aF: AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 41. Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 DSM-Richtlinie ist insoweit eindeutig: „rechtmäßig zugängliche Werke“.

88 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 52; Stellungnahme Initiative UrhR.

89 *Hacker*, ZGE 2020, 239 (269).

90 *Hacker*, Intellectual Property Quarterly 2018, 45 (52 ff.); *ders.*, GRUR 2020, 1025 (1033); *Drexl*, Designing Competitive Markets for Industrial Data, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16–13, 2016, 30 (54 f., 62 ff.); *Schweitzer*, GRUR 2019, 569 (576).

91 *Hacker*, ZGE 2020, 239 (269).

92 *Hacker*, ZGE 2020, 239 (269).

93 *Hacker*, ZGE 2020, 239 (269); Bejahend auch *Obergfell* in: Festschrift für Wolfgang Büscher, 2018, 223 (230f.); *Schack*, ZUM 2016, 266 (269); wohl a. A. *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, 239.

bestehen. Der Vorschlag zur Implementierung einer *liability rule* scheint im Hinblick auf einen angemessenen Ausgleich zwischen Innovationsinteresse von Gesellschaft und Wettbewerbern und dem Amortisierungsinteresse der Trainingsdaten-Entwickler grundsätzlich richtig.<sup>94</sup> Vor dem Hintergrund einer rechtssicheren Handhabung scheint gleichwohl ein gesetzgeberisches Eingreifen in die §§ 44b, 60d UrhG und auf unionsrechtlicher Ebene notwendig. Insbesondere gilt es dabei, die etwaige Hürde eines rechtmäßigen Erstzugangs in den Blick zu nehmen. Letztendlich ist der TDM-Zugang die rechtspolitische Stellschraube für Reichweite und Wirkung künstlicher Intelligenz,<sup>95</sup> weshalb weitere gesellschaftliche Interessen in die Feinjustierung der Schranke einfließen müssen; insbesondere scheint ein sektorspezifischer Ansatz angemessen, der nach den Bezügen der Inhalte zu besonders sensiblen personenbezogenen Daten i.S.d. Art. 9 DSGVO differenziert.

## 5. Das Verhältnis von Schranken und Vertrag

§ 60g UrhG regelt die für den „Interessenausgleich zentrale Frage des Verhältnisses von Schranke zu Lizenzlösung“.<sup>96</sup> Abs. 1 geht dabei von der Zulässigkeit vertraglicher Regelungen aus, soweit sie den in §§ 60a – 60f UrhG festgehaltenen Nutzungsumfang der Berechtigten nicht beschränken oder untersagen.<sup>97</sup>

Anders als die ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehene Fassung, nach der eine den Nutzungsumfang der §§ 60a – 60f UrhG betreffende vertragliche Regelung „unwirksam“ sein sollte,<sup>98</sup> kann sich der Rechtsinhaber nach § 60g Abs. 1 UrhG lediglich nicht auf diese „berufen“. Damit „wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass auch bei Bestehen eines Lizenzvertrags die betreffende Nutzung im gesetzlich bestimmten Umfang erlaubt bleibt, der Lizenzvertrag aber Grundlage des Entgelts für die Nutzung sein kann.“<sup>99</sup> Denn die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen wird von § 60g Abs. 1 UrhG gerade nicht berührt.<sup>100</sup> Wie vom Gesetzgeber hervorgehoben, betrifft die Vorschrift damit lediglich das Verhältnis der §§ 60a – 60f UrhG zu Lizenzverträgen, nicht indes das grundsätzliche Verhältnis von Schranken und vertraglichen Vereinbarungen.<sup>101</sup>

Im regierungsseitigen Evaluierungsbericht lassen sich hinsichtlich der Ausgestaltung des § 60g Abs. 1 UrhG konträre Standpunkte ausmachen.<sup>102</sup> Auch wenn in einigen Stellungnahmen erhebliche Kritik geäußert wird bzw. das Verhältnis von gesetzlichen

94 So auch *Hacker*, GRUR 2020, 1025 (1033).

95 Dazu m.w.N. *Denga*, GRUR 2022, 1113, 1117.

96 *Berger*, GRUR 2017, 953 (955).

97 *Berger*, GRUR 2017, 953 (955).

98 *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558, 563 ff.; *Anton in Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, UrhR, § 60g Rn. 4.

99 AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 45.

100 *Stieper in Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 60g Rn. 2.

101 *Bullinger/Jani in Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, vor §§ 60a ff. Rn. 9.

102 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 20.

Erlaubnistatbeständen und vertraglichen Vereinbarungen als „unklar und nicht abschließend geklärt“ angesehen wird,<sup>103</sup> ist dem gesetzgeberischen Kompromiss im Ergebnis zuzustimmen. Während § 60g Abs. 1 UrhG sicherstellt, dass den privilegierten Adressatengruppen ein gesetzlicher Mindeststandard für Nutzungen nicht durch vertragliche Bestimmungen genommen wird und damit die Wissenschaftsfreiheit grundlegenden Schutz erfährt, besteht weiterhin ein Anreiz auf Seiten der Verlage zur Entwicklung attraktiver Lizenzprodukte.<sup>104</sup> Insbesondere ist sichergestellt, dass Lizenzvereinbarungen inhaltlich eine den §§ 60a – 60f UrhG entsprechende Nutzung gewährleisten, jedoch eine individuelle Vergütung vereinbaren können.<sup>105</sup> Vertragliche Vereinbarungen haben dabei gegenüber gesetzlichen Schranken insbesondere den Vorteil, territorial nicht auf das Schutzland begrenzt zu sein.<sup>106</sup> Umgekehrt muss ein privilegierter Nutzer nicht das Bestehen eines Lizenzvertrages überprüfen, sofern er lediglich eine in den Schrankenregelungen vorgesehene Nutzung anstrebt.<sup>107</sup> Die Regelung trägt damit überzeugend zum Ziel eines europäischen Mindeststandards an Nutzerrechten auf Grundlage unionsrechtlicher Vorgaben bei.<sup>108</sup>

Lange Zeit umstritten war der Umgang mit *Lizenzangeboten*, die vom Wortlaut der Norm grundsätzlich nicht umfasst sind.<sup>109</sup> Letztlich gilt jedoch klarzustellen, dass der Nutzer auch auf angemessene Angebote nicht eingehen muss. Denn wenn selbst abgeschlossene Verträge eine Berufung des Nutzers auf gesetzliche Erlaubnisse nicht verhindern können, „muss dies erst recht für Lizenzangebote gelten“.<sup>110</sup>

Bei der Vergütungsberechnung ist die Auswirkung von Vereinbarungen sowohl für die Schrankennutzung als auch darüber hinaus kritisch; nach richtiger Ansicht kann sich der Nutzer für Schrankennutzungen auf die vertragliche Nutzungsberechtigung berufen, ohne an ihre Vergütungsbestimmung gebunden zu sein. Ansonsten wäre nicht sichergestellt, dass eine Berufung auf die Vereinbarung nicht doch zum Nachteil des Nutzers ausfällt.<sup>111</sup>

## 6. Eine Angemessene Vergütung – punctum saliens des UrhWissG?

§ 60h UrhG bestimmt die angemessene Vergütung für Nutzungen im Rahmen der Schrankenbestimmungen. Unionsrechtlich vorgesehen ist eine Vergütungspflicht

103 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 21; Stellungnahme VG Bild-Kunst; VG Wort; VG Musikedition.

104 Hagemeyer in Beck OK, UrhR, 35. Ed., § 60g Rn. 1 ff.

105 Bullinger/Jani in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, vor §§ 60a ff. Rn. 9.

106 Schack, Urheberrecht, Rn. 576g, Schack, ZUM 2016, 281 (281).

107 Hagemeyer in Beck OK, UrhR, 35. Ed., § 60g Rn. 1 ff.

108 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 21; Stellungnahme GFF.

109 Anton in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, UrhR, § 60g Rn. 2 ff.

110 Anton in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, UrhR, § 60g Rn. 2 ff.; AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 45; vgl. dazu auch Kuschel/Rostam, in diesem Heft, unter III. 4.

111 Zutr. de la Durantaye, GRUR 2017, 558 (564); A.A. Berger, GRUR 2017, 953 (955).

außerhalb der Art. 5 Abs. 2 lit. a, b InfoSoc-RL nicht, sondern ist der freien Entscheidung der Mitgliedstaaten überlassen.<sup>112</sup>

Zweck der angemessenen Vergütung ist es, den Rechtsinhabern einen Ausgleich für den durch die Nutzung hingenommenen Eingriff zu erbringen und damit insbesondere den Vorgaben des Drei-Stufen Tests nach Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL nachzukommen.<sup>113</sup> Ein Abweichen von einer Vergütungspflicht kommt daher nur zugunsten gesteigerter öffentlicher Interessen in Betracht. Gerade dies greift § 60h Abs. 2 UrhG auf.<sup>114</sup> Forderungen dahingehend, das „Ob“ einer Vergütung auf den Prüfstand zu stellen und Zugang zu publiziertem Wissen für Wissenschaft und Forschung möglichst kostenfrei zu gewährleisten,<sup>115</sup> scheinen vor diesem Hintergrund kaum tragfähig.

#### a) „Angemessene Vergütung“ – eine unsichere Formulierung?

Die Evaluationen greifen die an § 60h UrhG geübte Kritik auf, die Vorschrift sei zu offen und rechtsunsicher formuliert: „Zahlung einer *angemessenen* Vergütung“.<sup>116</sup> Die Evaluationen zeigen allerdings auf, dass Nutzer das UrhWissG jedoch gerade wegen der gesteigerten Rechtssicherheit begrüßen, die sich positiv auf den tatsächlichen Nutzwert auswirke.<sup>117</sup> Auch wenn im Rahmen der Vergütungsfragen vereinzelt Unsicherheiten auftreten, ist grundlegend die Kritik aus rechtspraktischer Perspektive widerlegt. Zudem scheint fraglich, wie eine konkretisierte, starre Regelung, wie sie in den Schranken der §§ 60a – 60f UrhG ersichtlich wird, einer Vielzahl verschiedenster Konstellationen gerecht werden könnte. Daher hat sich zu Recht die offene Formulierung der Angemessenheit zur Vergütungsbestimmung im gesamten UrhG durchgesetzt.<sup>118</sup>

#### b) Vergütung von Vervielfältigungen

Auch wenn § 60h UrhG keine Ausführungen zur konkreten Höhe des Vergütungsanspruches macht, ist der Verweis auf das bestehende System der Geräteabgaben nach den §§ 54 – 54c UrhG zu beachten.<sup>119</sup> Damit bleibt die Rechtslage für Vervielfältigungen, die schon vor Einführung des UrhWissG nach § 53 UrhG vergütungspflichtig zu-

112 Vgl. ErWG 36 InfoSoc RL; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 60h Rn. 1; Luft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 60h Rn. 1.

113 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 60h, Rn. 1; Wandtke, NJW 2018, 1129 (1143).

114 Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 60h, Rn. 6 f.

115 Kublen, Information – Wissenschaft & Praxis 2017, 68 (4), 227 (242); so auch Stellungnahmen im Evaluierungsbericht des Bundes, die fordern, dass im Bereich öffentlich finanzierter Wissenschaft keine Vergütung erforderlich sein sollte, vgl. BReg, Evaluierungsbericht 2022, 23, Stellungnahme Aktionsbündnis.

116 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 2; dazu auch Berger, GRUR 2017, 953 (965).

117 iRights, qualitative Studie, 8.

118 Vgl. etwa § 11 S. 2 UrhG.

119 Hagemeyer in BeckOK, UrhR, 35. Ed., § 60h Rn. 4.

gelassen waren, grundsätzlich unverändert.<sup>120</sup> Jegliche anderen Nutzungen, wie die öffentliche Zugänglichmachung von Werken, sind von diesem Verweis nicht umfasst.<sup>121</sup> Dies wird mit Hinblick auf eine mangelnde Praktikabilität kritisiert, indem „einheitliche Nutzungsarten künstlich aufgespalten würden“ und ein Rechtsinhaber so zwei Vergütungsschuldern gegenüberstehen würde.<sup>122</sup> Dadurch würden Vertragsverhandlungen verkompliziert.<sup>123</sup>

Gegenstimmen heben hingegen die Eindeutigkeit des § 60g Abs. 1 UrhG positiv hervor.<sup>124</sup> Auch die Stimmen der Praxis äußern kaum grundlegende Kritik an der Aufspaltung im Rahmen des § 60h Abs. 1 UrhG. So betrifft ein dahingehender Einwand lediglich Vervielfältigungen im Rahmen von § 60f Abs. 1 i.V.m. § 60e Abs. 3 UrhG.<sup>125</sup> Diese sollen nicht über den Verweis auf die §§ 54 bis 54c UrhG abgewickelt werden, da eine Trennung zwischen Vervielfältigung und Verbreitung nicht sinnvoll sei.<sup>126</sup> Durchaus kritikwürdig scheint jedoch die fehlende Vergütungspflicht für digitale Vervielfältigungen in § 54c UrhG.<sup>127</sup> Die Norm sollte technologieneutral über „Ablichtungen“ hinaus erweitert werden, um den unionsrechtlichen gerechten Ausgleich sicherzustellen.<sup>128</sup>

### c) Einzelfallvergütung oder Pauschale?

Die Frage des geltenden Abrechnungsmodus behandelt § 60h Abs. 3 UrhG. Mit Ausnahme des S. 2 hat sich der Gesetzgeber in § 60h Abs. 3 S. 1 UrhG dafür entschieden, eine pauschale Vergütung, bzw. repräsentative Stichproben der Nutzung im Grundsatz ausreichen zu lassen, eine Einzelfallerfassung bleibt möglich, kann gleichwohl nicht verlangt werden.<sup>129</sup>

Von Seiten der Rechtsinhaber wird diese Ausgestaltung als „unverständlich und inakzeptabel“ kritisiert.<sup>130</sup> Denn indem pauschale oder stichprobenbasierte Vergütungen stets zu niedrig ausfallen würden, könne der Zweck von § 60h UrhG, einen angemessene-

120 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 60h Rn. 5.

121 Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 60h Rn. 4; BT-Drs.18/12329, 46.

122 de la Durantaye, GRUR 2017, 558 (566); Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 60h Rn. 4; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 60h Rn. 5.

123 de la Durantaye, GRUR 2017, 558 (566); Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 60h Rn. 4; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 60h Rn. 5.

124 Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 60h Rn. 4.

125 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 76.

126 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 76; Stellungnahme VG Bild-Kunst.

127 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 26, 67.

128 Loewenheim/Stieper in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 54c Rn. 3a.

129 Dazu etwa Anton in Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, UrhR, § 60h Rn. 14; Insofern ist die Rechtsprechung des BGH bezüglich § 52a UrhG a.F. obsolet, BGH, Urt. v. 20.03.2013 – I ZR 84/11, GRUR 2013, 1220, Rn. 73 ff. – Gesamtvertrag Hochschultranet: Hier hatte der BGH festgehalten, dass eine Vergütung grundsätzlich auf Basis der einzelnen erfolgten Nutzung zu berechnen ist.

130 iRights, qualitative Studie, 25.

nen Ausgleich für die hinzunehmenden Nachteile zu ermöglichen, nur über eine Einzelfallvergütung erreicht werden.<sup>131</sup>

Hintergrund der gesetzgeberischen Entscheidung war die Entscheidung des BGH Gesamtvertrag Hochschultranet<sup>132</sup>, die festhielt, dass eine „pauschalisierende Erfassung von Daten der Werknutzung gerechtfertigt sei, wenn die vielzähligen Nutzungsvorgänge nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand individuell erfasst werden können“.<sup>133</sup> Nach der Gesetzesbegründung ist eine Ermittlung auf Grundlage von Pauschalen oder Stichproben zulässig, da die Kosten für eine Einzelfallermittlung gerade erheblich seien und darüber hinaus die Nutzungsbereitschaft deutlich absenke, da Lehrkräfte den zeitlich-organisatorischen Aufwand fürchten würden.<sup>134</sup> Zurückzuführen ist diese Begründung auf das Ergebnis des Modellprojekts der *Universität Osnabrück*, wonach sich Aufwand und Kosten einer Einzelfallermittlung als erheblich darstellten und eine Unternutzung geschützter Werke hervorriefen.<sup>135</sup> Diese Annahmen bestätigen sich auch im Rahmen der Evaluierungsberichte.<sup>136</sup>

Dem ist gleichwohl entgegenzuhalten, dass eine nutzungsbezogene Vergütung zumindest im digitalen Umfeld umsetzbar scheint und bereits erfolgreich praktiziert wurde.<sup>137</sup> Darüber hinaus scheint das im Zuge einer Pauschalvergütung hervorgerufene Ausbleiben „marktwirtschaftlicher Signale für die Neu- und Weiterentwicklung von Lehrwerken und wissenschaftsnahen Sachbüchern“ durchaus problematisch.<sup>138</sup> Zuletzt wird von interessierten Kreisen in Bezug auf die Vergütungshöhe angebracht, dass sich diese keinesfalls an haushaltspolitischen Erwägungen orientieren könne, weshalb die karge Finanzierung privilegierter Einrichtungen für die Höhe oder die Ermittlungsart der Vergütung keine Rolle spielen dürfe.<sup>139</sup>

In Anbetracht der verschiedenen Einwände scheint eine Klarstellung des § 60h Abs. 3 S. 1 UrhG de lege ferenda dahingehend angebracht, dass die bestehende Formulierung „durch die Anordnung einer pauschalen Vergütung *aufgrund einer repräsentativen Stichprobe*“ ersetzt wird.<sup>140</sup> Damit wäre nicht nur der bestehenden Kritik an der Alternativformulierung („pauschale Vergütung oder eine repräsentative Stichprobe“) abgeholfen und ein höheres Maß an Rechtssicherheit erzeugt,<sup>141</sup> sondern auch ein an-

131 iRights, qualitative Studie, 25; Berger, GRUR 2017, 953 (959); Grünberger, GRUR 2017, 1 (8).

132 Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 60h Rn. 11.

133 Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 60h Rn. 11.; Stieper in Schricke/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 60h Rn. 8.

134 Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 60h Rn. 12.

135 Stieper in Schricke/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 60h Rn. 8; AmtlBegr. BT-Drs. 18/12329, 47.

136 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 24; iRights, qualitative Studie, 16.

137 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 25; Stellungnahme Springer Nature; GEMA. Die Wahrung der DSGVO muss dabei selbstverständlich sein.

138 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 25; Stellungnahme Beck.

139 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 26; Stellungnahme VG Bild-Kunst; Verband Bildungsmedien.

140 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 24; Stellungnahme AdWissOrg; dbv; u.a.

141 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 24; Stellungnahme VG Wort.

gemessener Ausgleich zwischen Interessen der Nutzer und Rechtsinhaber gefunden. Denn während eine Einzelfallerhebung besonders außerhalb eines digitalen Umfeldes unbestritten einen unangemessenen Aufwand auf Seiten der Nutzer darstellen würde, könnte die Vergütung auf Grundlage repräsentativer Stichproben dazu beitragen, adäquate marktwirtschaftliche Signale zu senden und so eine leistungsgerechte Vergütung über die Verwertungsgesellschaften zu ermöglichen. Die Pflicht zur Vollerhebung würde jedoch zu weit gehen. Sie wurde vom Gesetzgeber durch § 60 h Abs. 3 S. 2 UrhG lediglich für zwei Tatbestände vorgesehen, kann darüber hinaus aber nicht überzeugen.<sup>142</sup>

#### d) Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Vergütungsanspruches

Der Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung ist nach § 60h Abs. 4 UrhG verwertungsgesellschaftspflichtig.<sup>143</sup> Dadurch soll die Abwicklung der Vergütung für Nutzer und Rechtsinhaber gleichermaßen vereinfacht werden;<sup>144</sup> die Vergütungshöhe wird durch Gesamt- und Rahmenverträge zwischen den Verwertungsgesellschaften und Nutzervereinigungen bestimmt.<sup>145</sup> Bei Neueinführung der §§ 60a ff. UrhG wurde eine Neuverhandlung bestehender Gesamt- und Rahmenverträge erwartet.<sup>146</sup> Für die Effektivität der neuen Vorschrift können in der Evaluation noch keine belastbaren Aussagen getroffen werden.<sup>147</sup> Insbesondere war 2022 eine Einigung zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzervereinigungen noch nicht in allen Bereichen zustande gekommen,<sup>148</sup> so beispielsweise im Bereich der Hochschulen<sup>149</sup> oder des Text- und Data Mining.<sup>150</sup> Nutzer kritisieren die überlangen Aushandlungsprozesse.<sup>151</sup>

Rechtsinhaber kritisieren bei der Regelung vorrangig, dass eine leistungsgerechte Verteilung der Vergütungen durch die Verwertungsgesellschaften nicht möglich sei.<sup>152</sup> Denn weil die Vergütung nach § 60h Abs. 3 S. 1 UrhG pauschal bzw. auf Basis von Stichproben berechnet wird, erstreckt sich die Auskunftspflicht der Nutzer gegenüber den Verwertungsgesellschaften nach § 41 VGG nicht auf die §§ 60a ff. UrhG. Folglich

142 Anton in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, UrhR, § 60h Rn. 17.

143 Dreier in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 60h Rn. 11; Anton in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, UrhR, § 60h Rn. 18.

144 Dreier in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 60h Rn. 11; BT-Drs. 18/12329, 47; zu den ökonomischen Vorzügen kollektiver Rechteverwertung vgl. Denga, Legitimität und Krise urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften, 2015, S. 25 ff.

145 Stieper in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 60h Rn. 7.

146 Anton in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, UrhR, § 60h Rn. 18.

147 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 30 ff.

148 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 30 ff.

149 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 50; Stellungnahme AdWissOrg; Universität Bayreuth; VG Wort.

150 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 58.

151 iRights, qualitative Studie, 10.

152 iRights, qualitative Studie, 26 (von Seiten der Verlage).

können Rechtsinhaber gegenüber den Verwertungsgesellschaften keine Verletzung treuhänderischer Wahrnehmungspflichten geltend machen, wenn sich diese auf Pauschalabgeltungen eingelassen haben.<sup>153</sup> Hieraus begründet sich das Risiko einer unangemessen geringen Vergütung, und werkbezogene, auf den einzelnen Urheber abgestimmte Ausschüttungen werden a priori ausgeschlossen, womit „der Ausgleichsanspruch weiter verwässert“ werde.<sup>154</sup>

Konsequenterweise äußern die Verwertungsgesellschaften in der Evaluation den Wunsch, §§ 41 ff. VGG auch auf gesetzliche Vergütungsansprüche nach §§ 60a ff. UrhG zu erstrecken.<sup>155</sup> Von Seiten der Nutzer wird dem entgegengehalten, dass sich die Aushandlung von Gesamtverträgen auf Basis von Pauschalen oder Stichproben zumindest im Bereich von Unterricht und Lehre bewährt habe.<sup>156</sup>

Anknüpfend an den obigen Ansatz, die Alternativformulierung des § 60h Abs. 3 S. 1 UrhG auf die „Anordnung einer pauschalen Vergütung *aufgrund einer repräsentativen Stichprobe*“ zu begrenzen,<sup>157</sup> könnte diese als Grundlage einer leistungsgerechten Verteilung herangezogen werden. Die Auskunftspflicht des § 41 VGG könnte sich daher auf diese Stichprobe erstrecken und so ein konkreter Leistungsbezug hergestellt werden. Dadurch könnte ein angemessener Ausgleich zwischen dem Interesse einer leistungsbezogenen Vergütung und der Gefahr eines unangemessenen Aufwandes auf Seiten der Nutzer hergestellt werden.

#### e) Vergütungshöhe

§ 60h UrhG enthält keine konkreten Aussagen zur Höhe der angemessenen Vergütung. Aus den analysierten Evaluationsberichten ergeben sich konträre Meinungen zu der Frage, ob eine nach § 60h Abs. 3 S. 1 UrhG pauschal ermittelte Vergütung angemessen sein kann.<sup>158</sup> Letztlich ist im Zuge des erst relativ kurzen Bestehens der Regelungen auf die Einschätzung des Bundes dahingehend zu rekurrieren, dass noch keine belastbaren Aussagen zur Angemessenheit der Vergütungshöhe getätigt werden können.<sup>159</sup> Im Ergebnis ist sicherzustellen, dass Rechtsinhaber infolge der Einschränkung ihrer Urheberrechte eine angemessene Vergütung erhalten, die gleichzeitig eine freie Wissenschaft und Bildung gewährleistet. Andernfalls bestünde die Gefahr, gegen die europa- und völkerrechtliche Vorgabe des Drei-Stufen-Tests zu verstoßen.<sup>160</sup> Natürlich darf sich die Höhe der Vergütung dabei nicht an haushaltspolitischen Erwägungen

153 Ausführlich dazu *Berger* GRUR, 2017, 953 (957 f.).

154 *Berger*, GRUR 2017, 953 (957); *Grünberger*, GRUR 2017, 1 (8).

155 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 80; Stellungnahme GEMA; VG Wort.

156 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 25; Stellungnahme SN.

157 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 24; Stellungnahme AdWissOrg; dbv; u.a.

158 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 22 ff.; iRights, qualitative Studie, 9, 11, 24.

159 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 30 ff.; zur Situation der Verlage sogleich.

160 So etwa *Schack*, ZUM 2017, 802 (804); *Nordemann*, NJW 2017, 1586 (1586); zum Drei-Stufen-Test umfassend *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 38 ff.

orientieren, sondern an einer grundlegenden Angemessenheit.<sup>161</sup> Ob die Vergütungshöhe in der Praxis angemessen umgesetzt wird, muss einer weiteren Evaluation vorbehalten bleiben.

## 7. Auswirkung auf die wirtschaftliche Situation der Verlage

Von Seiten der Verlage werden durch Einführung des UrhWissG „starke Einschränkung(en) der Verwertungsrechte von Urhebern und Verlegern“ und massive Einschnitte in den Primärabsatzmarkt geltend gemacht, die zu erheblichen Auswirkungen auf ihre wirtschaftliche Situation führten.<sup>162</sup> Insbesondere wird ein Rückgang des Ab- und Umsatzes von Lehrbüchern beklagt. Darüber hinaus sei die Vergütungshöhe „nicht angemessen und schon gar nicht marktgerecht“.<sup>163</sup> Zuletzt sei die erst seit 2021 im Zuge der DSM-Richtlinie wieder hergestellte Verlegerbeteiligung zu gering, obwohl die Schranken des UrhWissG insbesondere in die Rechte der Verlage und deren Primärmarkt eingriffen.<sup>164</sup>

Diesem Vorbringen werden im Rahmen des Evaluierungsberichts zwei Stellungnahmen entgegengehalten, die den Bedeutungsverlust des klassischen Lehrbuchmodells als „Folge eines grundlegenden Wandels der Lehr- und Lernformate“ einordnen, der schon vor Einführung des UrhWissG eingetreten sei.<sup>165</sup> Zwar seien sowohl der Umsatz als auch der Absatz von Lehrbüchern im deutschsprachigen Raum erheblich zurückgegangen, was durch Inkrafttreten des UrhWissG „weiter verschärft und beschleunigt“ worden sein könnte.<sup>166</sup> Gleichwohl bleibt unklar, ob bzw. wie weit zwischen dem Rückgang und der Gesetzesreform ein kausaler Zusammenhang bestehe.<sup>167</sup> Überzeugend führt der Bericht hier auf, dass der Rückgang nicht nur bereits vor Inkrafttreten des UrhWissG ersichtlich war, sondern dieses darüber hinaus weit geringer in die Lizenzierungs- und Kaufpraxis des bestehenden Primärmarktes eingreife, als von den Verlagen geltend gemacht.<sup>168</sup> Denn während der Kauf gedruckter Werke und die Nutzung auf Lizenzbasis einen Zugang zu vollständigen Inhalten ermögliche, gewährleiste eine Nutzung im Rahmen der Schrankenbestimmungen der §§ 60a ff. UrhG „le-

161 BReg, Evaluierungsbericht 2022, 26; Stellungnahme VG Bild-Kunst; Verband Bildungsmedien.

162 BReg, Evaluierungsbericht, 28; Stellungnahme Börsenverein; Verband Bildungsmedien.

163 BReg, Evaluierungsbericht, 28; Stellungnahme Börsenverein; Verband Bildungsmedien.

164 BReg, Evaluierungsbericht, 28; Stellungnahme STM; Springer Nature; Börsenverein; VDZ.

165 BReg, Evaluierungsbericht, 29, Stellungnahme AdWissOrg; dbv.

166 BReg, Evaluierungsbericht, 29; Lehrbuch-Monitoring durch Verlagsconsulting Dr. Bertram Salzmann für den Börsenverein, Auswertung für den Gesamt-Untersuchungszeitraum 2017–2020, abrufbar über <https://www.boersenverein.de/politik-positionen/urheberrecht>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023; Umsatzrückgänge: Umsatzrückgang 2017 auf 2018: – 5,93 Prozent; Umsatzrückgang 2018 auf 2019: – 7,57 Prozent; Umsatzrückgang 2019 auf 2020: – 8,74 Prozent; Absatzrückgang 2017 auf 2018: – 6,57 Prozent; Absatzrückgang 2018 auf 2019: – 10,64 Prozent; Absatzrückgang von 2019 auf 2020: – 11,35 Prozent.

167 BReg, Evaluierungsbericht, 30.

168 BReg, Evaluierungsbericht, 30.

diglich einen meist nur auszugsweisen Basiszugang“.<sup>169</sup> Mithin würden die Schrankenbestimmungen „insbesondere dort genutzt, wo attraktive Lizenzmodelle fehlen“.<sup>170</sup> Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Verlage ihren Spielraum zur Schaffung attraktiver Lizensierungen nicht adäquat nutzen. Im Rahmen von Nutzungen, die einen vollumfänglichen Zugang benötigen, besteht damit weiterhin ein weitestgehend uneingeschränkter Primärmarkt zugunsten der Verlage. Darüber hinaus führt der Bericht an, dass die öffentliche Hand weiterhin erhebliche Summen für den Erwerb von Druckwerken und die Lizensierung elektronischer Angebote aufbringe<sup>171</sup> und die Autoren im Bildungs- und Wissenschaftsbereich häufig selbst von staatlich finanzierten Bildungsinrichtungen kämen, bei denen sie ihr Wissen erworben hätten.<sup>172</sup>

Die aus dem Evaluierungsbericht hervorgehenden Informationen stehen damit dem Vorbringen der Verlage wesentlich entgegen. So besteht auch nach Einführung des UrhWissG ein weitreichender Primärmarkt der Verlage zur Lizensierung von vollumfänglichen Zugängen zu urheberrechtlich geschützten Werken. Insbesondere im Bildungs- und Wissenschaftsbereich ist ein solcher Zugang oftmals auch für die Zwecke der Schüler, Studierenden und Wissenschaftler erforderlich. Im Zuge der Wiedereinführung der Verlegerbeteiligung 2021 besteht damit kein Anhaltspunkt dafür, dass die Interessen der Verlage unangemessen beeinträchtigt werden. Die Gesetzesreform hat vielmehr einen weitestgehend rechtssicheren Rechtsrahmen geschaffen, der es Verlagen weiterhin ermöglicht, im Zuge innovativer Lizensierungsangebote Vergütungen zu generieren. Erst wenn diese Möglichkeit nicht adäquat ausgeschöpft wird, können Nutzer aus Unterricht und Wissenschaft auf die gesetzlichen Schrankenbestimmungen zurückgreifen.

Letztlich bleibt abzuwarten, wann belastbare Informationen zur wirtschaftlichen Situation von Verlagen, insbesondere von Wissenschaftsverlagen, verfügbar werden. Das UrhWissG kann jedenfalls einen geeigneten Rechtsrahmen für ihren Fortbestand darstellen, auch wenn er sie zur Entwicklung und Anpassung an innovative Geschäftsmodelle zwingt.

#### IV. Resümee

Die beiden Evaluationen bestätigen trotz einiger Kritikpunkte das UrhWissG als gelungen. Insbesondere bestätigen sie, dass „die Rechtssicherheit für alle Beteiligten durch die Zusammenführung und Systematisierung der Schranken deutlich erhöht“

169 BReg, Evaluierungsbericht, 30.

170 BReg, Evaluierungsbericht, 30.

171 BReg, Evaluierungsbericht, 30: Ausgaben im Jahr 2020 von über 350 Millionen Euro (Datenbestand der Deutschen Bibliotheksstatistik, abrufbar unter: <https://www.bibliothekssstatistik.de>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023).

172 BReg, Evaluierungsbericht, 30.

wurde.<sup>173</sup> Der avisierte Interessenausgleich zwischen Nutzern und Rechtsinhabern wird bestätigt, wenngleich hinsichtlich der Vergütungspraxis und der wirtschaftlichen Folgen für Verlage belastbare Zahlen noch ausstehen.<sup>174</sup> Richtigerweise wird hier allerdings betont, dass die gefundene Balance letztlich als „originär politische Entscheidung“ einzuschätzen ist,<sup>175</sup> bei der rechtliche Erwägungsgründe nur sekundären Rang einnehmen können. Dabei sind aus Nutzerperspektive durchaus Rückschritte erkennbar; etwa bleibt die Ausnahme einer genehmigungsfreien Verwendung für Publikumszeitschriften aus § 60a Abs. 2 UrhG hinter der vorherigen Rechtslage nach § 52a UrhG a.F. zurück. Neue Impulse gehen aus den Evaluationen allerdings nicht hervor, sie geben vielmehr den Stand der Diskussion zur Bildungs- und Wissenschaftsschranke wieder.

Die Entscheidung für eine quantitative Bestimmung des gesetzlichen Nutzungsumfanges durch starre Prozentgrenzen wurde in der Literatur bislang vielfach kritisiert;<sup>176</sup> hier tragen die Evaluationen maßgeblich dazu bei, die gesetzgeberische Lösung aus rechtspraktischer Perspektive zu bestätigen. Gleichwohl bleibt abzuwarten, wie geeignet die quantitative Bestimmung für künftige technische Entwicklungen ist.<sup>177</sup>

Vor dem Hintergrund des enormen Innovationspotentials von KI-Technologien, welches zuletzt durch *ChatGPT* prominent aufgezeigt wurde, ist die TDM-Schranke des § 60d UrhG für wissenschaftliche Forschung von besonderer Bedeutung. Hier greifen die Evaluationen im Rahmen der Angleichung an die DSM-Richtlinie 2021 vorgebrachte Kritik kommerzieller Nutzer auf: Diese monieren weiterhin, dass der rechtmäßige Erstzugang von den Schranken vorausgesetzt wird; zudem stehe der „Nutzungsvorbehalt“ des § 44b Abs. 3 S. 1 UrhG einer effektiven Schrankennutzung durch kommerzielle Forschungseinrichtungen entgegen. Ausschlaggebend für diese Lösungen sind allerdings letztendlich die Vorgaben des EU-Gesetzgebers, der die Bedeutung der Datengrundlagen für Reichweite und Wirkung von KI in der Gesellschaft bei der Entscheidung berücksichtigt hat; die nationale Regelung wird als gelungen eingestuft.

Die Evaluierungen betrachten insbesondere die wirtschaftlichen Auswirkungen des UrhWissG. Trotz erheblicher Kritik seitens betroffener Verlage hinsichtlich einer unangemessenen Einschränkung fehlt es bis dato allerdings nicht nur an belastbaren Zahlen, sondern es gibt auch Hinweise darauf, dass den Verlagen weiterhin wirtschaftlicher Spielraum für innovative Lizenzangebote bleibt. Um gleichwohl eine zumindest ansatzweise leistungsbezogene Vergütungsabwicklung zu ermöglichen, wird in diesem Beitrag die zwingende Koppelung pauschaler Vergütung an repräsentative Stichproben in § 60h Abs. 3 S. 1 UrhG vorgeschlagen.

173 Stieper in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, vor §§ 60a ff. Rn. 6; *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558 (567); *Pflüger/Hinte*, ZUM 2018, 153 (158); *Schack*, ZUM 2017, 802 (803); *Berger*, GRUR 2017, 953 (958).

174 BReg, Evaluierungsbericht 2020, 27; dazu auch *Kuschel/Rostam*, in diesem Heft, unter II. 4.

175 BReg, Evaluierungsbericht 2020, 3.

176 *Kuhlen*, Information – Wissenschaft & Praxis 2017, 68 (4), 227 (237).

177 *Kuhlen*, Information – Wissenschaft & Praxis 2017, 68 (4), 227 (237).

Ob die reformierten Vorschriften mit der technischen Entwicklung mithalten können, bleibt abzuwarten. Letzten Endes kann das nationale UrhWissG indes nur ein Zwischenschritt zu einer Vereinheitlichung des Urheberrechts und seiner Schranken im Rahmen des Unionsrechts sein.<sup>178</sup> Denn auch gelungene Schrankenbestimmungen haben den signifikanten Nachteil, in ihrem Anwendungsbereich auf den jeweiligen Nationalstaat beschränkt zu sein. In Hinblick auf einen europäischen Binnenraum für Wissenschaft und Forschung ist der europäische Gesetzgeber in ständig aktualisierter Verantwortung, einen interessengerechten Nutzungsrahmen vorzugeben.

178 *Schack*, ZUM 2017, 802 (808).

**Zusammenfassung:** Die Evaluationen des Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetzes von 2022 zeichnen ein positives Bild von dessen Wirkung für digitale Wissenschaft und Bildung. Die beiden Berichte von BMJ und iRights.Law/BMBF greifen dabei breit und empirisch fundiert die Einschätzungen von Rechtsinhabern und Nutzern auf. Sie gehen auch auf die kontroversen Punkte der Gesetzgebungsgeschichte ein. Der Beitrag stellt die Ergebnisse der beiden Berichte dar und geht ausführlich auf die fortbestehenden Kontroversen um die §§ 60a ff. UrhG ein: Insbesondere sollten unter § 60a UrhG auch Publikumszeitschriften in Unterricht und Lehre vollständig genutzt werden können; eine pauschale Vergütung für Schrankennutzungen unter § 60h UrhG sollte stets an repräsentative Stichproben gekoppelt werden; die TDM-Schranken der §§ 44b, 60d UrhG sollten als rechtspolitisches Instrument zur Begrenzung bzw. Ermöglichung künstlicher Intelligenz verstanden werden.

**Summary:** The evaluations of the *Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz* („Copyright Knowledge Society Act“) of 2022 paint a positive picture of its impact on digital science and education. The two reports by the BMJ and iRights.Law/BMBF take up the assessments of rights holders and users in a broad and empirically sound manner. They also address the controversial points of the legislative history. The article presents the results of the two reports and goes into detail about the continuing controversies surrounding Sections 60a et seq. UrhG (German Copyright Act): in particular, under Section 60a UrhG, it should also be possible to use general-interest magazines in their entirety for teaching and learning purposes; a lump-sum payment for use of the copyright under Section 60h UrhG should always be linked to representative samples; the TDM limitations of Sections 44b, 60d UrhG should be understood as a legal policy instrument for limiting or enabling artificial intelligence.



© Michael Denga