

Teil 5 Mögliche Maßnahmen im Bereich der wissenschaftlichen Forschung

Die Evaluation ergab Defizite in der Wirksamkeit des Urheberrechts im Bereich der wissenschaftlichen Forschung. Diese betreffen sowohl die juristische als auch die tatsächliche Geltung des Rechts: Insbesondere sind die derzeitigen Regelungen in §§ 60c und 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG nicht mit den Vorgaben des Unionsrechts vereinbar; zudem besteht unter den adressierten Forschenden erhebliche Rechtsunsicherheit, welche u.a. zur festgestellten geringen Effektivität der derzeitigen Regelungen beiträgt.²⁹⁷³

Den beiden letztgenannten Defiziten kann sowohl durch Maßnahmen, die sich am traditionellen juristisch-dogmatischen Ansatz orientieren, als auch durch Maßnahmen tatsächlicher Art begegnet werden. Eine – am Stand der derzeitigen Diskussion orientierte – Auswahl dieser Maßnahmen soll im Folgenden vorgestellt und auf ihre Zulässigkeit sowie Opportunität untersucht werden.

Die Opportunität der vorgestellten Alternativen wird dabei auf Basis der derzeit vorhandenen Daten bewertet; dies schließt nicht aus, vor ihrer Implementierung weitere Untersuchungen zu ihrer Wirksamkeit anzustellen.

Die Zulässigkeit der vorgeschlagenen rechtlichen Maßnahmen bestimmt sich insbesondere nach deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.²⁹⁷⁴

Es gilt allerdings zudem zu beachten, dass jede Regelung legislativer Art stets Auswirkungen auf die zugrundeliegende tatsächliche Situation hat, wie folgende Aussage von *Mayer-Maly* zeigt:

„Die gegenwärtige Gesetzesinflation stellt sich ja zu einem guten Teil überhaupt nur als Reaktion auf die Verkümmern der Privatautonomie dar.

Da dem Gesetzgeber jene Sachnähe, die Kontrahenten eigen ist, abgeht, muss er versuchen, durch gesetzgeberische Vorwegnahme von

2973 Vgl. dazu die Ergebnisse der Evaluation in Teil 4 dieser Untersuchung.

2974 Vgl. zu den Vorgaben des höherrangigen Rechts die Darstellungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

möglicherweise praktisch werdenden Unterscheidungen der Eigenart möglicher Fallgestaltungen Rechnung zu tragen.

Es ist dies ein in Wahrheit aussichtsloses Unterfangen.

Die Zahl der legislativen Unterscheidungsversuche ist zwar längst zu groß, um das Recht noch durchschaubar zu halten; sie ist aber doch viel zu klein, um die privatautonome Anpassung an die konkreten Situationen ersetzen zu können. Zwar misstraut man der Privatautonomie, weil man fürchtet, die wirtschaftliche Schwäche von Kontrahenten könnte ausgenutzt werden; aber man erkaufte diese Sicherung um einen zu hohen Preis: um den der Hilflosigkeit gegenüber dem undurchschaubar gewordenen Recht.

Dem Bürger, den man sichern wollte, wird derart schlecht gegedient.²⁹⁷⁵

Die vorliegende Arbeit versucht diesem Dilemma durch ein auf drei Säulen gestütztes Konzept zu begegnen: So ist erstens das Wissenschaftsurheberrecht selbst in angemessener Weise zu modifizieren (A), zweitens die privatautonome Gestaltung zu fördern (B) und drittens die Urheberrechtskompetenz der Beteiligten zu stärken (C).

A. Gestaltung des Wissenschaftsurheberrechts

Mögliche Maßnahmen zum Ausgleich der dargestellten Defizite im Wissenschaftsurheberrecht könnten erstens Veränderungen des Rechts selbst sein.

In Betracht käme für das deutsche Recht ein vollständiger Ausschluss der Werke der Wissenschaft aus dem Anwendungsbereich des deutschen Urheberrechtsgesetzes, die Einführung einer kürzeren Schutzfrist für Werke der Wissenschaft, die Einführung einer fair-use- bzw. fair dealing-Regelung sowie die Modifikation des bestehenden § 60c UrhG mittels eines § 60c UrhG-E, der Nutzungshandlungen zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung einschließlich solche des Text und Data Minings²⁹⁷⁶ privilegiert.

2975 *Mayer-Maly*, Rechtskenntnis und Gesetzesflut, S. 81f.

2976 Die Legislative entschied sich bei Umsetzung der DSM-RL zu einer gesonderten Regelung des Text und Data Minings in der wissenschaftlichen Forschung in § 60d UrhG; eine solche wäre bei Einführung des vorgeschlagenen § 60c UrhG-E in Bezug auf die in Art. 3 DSM-RL privilegierten Forschenden nicht mehr erforderlich, sollte allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit

Darüber hinaus bestünde – insbesondere, da das deutsche Urheberrecht in erheblichem Umfang durch unionsrechtliche Gesetzgebung determiniert wird²⁹⁷⁷ – auch Potenzial für Lösungen im Wissenschaftsurheberrecht auf europäischer Ebene. Dieses ist allerdings in naher Zukunft lediglich theoretischer Natur: Das europäische Urheberrecht hat in der Vergangenheit stets ein hohes Schutzniveau für Urheber und Rechtsinhaber angestrebt und hält bisher weitgehend an dem abschließenden Schrankenkatalog der InfoSoc-RL fest. Auch wenn mittels der DSM-RL eine erste Ausweitung des Schrankenkatalogs stattfand, erscheint eine zeitnahe Änderung des Rechtsrahmens auf europäischer Ebene sehr unwahrscheinlich. Deshalb beschränken sich die Vorschläge dieser Untersuchung auf – mit dem derzeitigen Unionsrecht vereinbare – Änderungen des nationalen Rechts. Trotzdem darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass aufgrund der Internationalisierung der Forschung eine Lösung auf unionsrechtlicher oder gar internationaler Ebene in Zukunft – auch aus Sicht der Forschenden²⁹⁷⁸ – erstrebenswert wäre.

I. Ausschluss der Werke der Wissenschaft vom urheberrechtlichen Schutz

Erwägenswert wäre es, Werken der Wissenschaft im Sinne des § 1 UrhG den urheberrechtlichen Schutz vollständig zu versagen.

1. Mögliche Ausgestaltung

Derzeit genießen Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gemäß § 1 UrhG für ihre Werke Schutz nach Maßgabe des deutschen Urheberrechtsgesetzes. Um eine freie Zirkulation von Wissen zu ermöglichen, könnte erwogen werden, Werke der Wissenschaft vollständig vom urheberrechtlichen Schutz auszunehmen, indem § 1 UrhG künftig nur auf Werke der Literatur und Kunst beschränkt würde.

beibehalten werden. Vgl. dazu die Darstellungen zu § 60c UrhG-E in diesem Teil der Untersuchung.

2977 Vgl. dazu die Darstellungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

2978 Interview mit P_S2, Z. 29, 85; Interview mit P_L1 - Teil 1, Z. 4.

Eine derartige Idee brachte *Hilty* in Deutschland bereits im Jahr 2006 in den wissenschaftlichen Diskurs ein;²⁹⁷⁹ auch *Obly* wirft in seinem Gutachten zum Urheberrecht in der digitalen Welt die Frage nach der Notwendigkeit urheberrechtlichen Schutzes wissenschaftlicher Werke auf.²⁹⁸⁰

In eine ähnliche Richtung ging der bereits im Jahr 2003 veröffentlichte Vorschlag der US-amerikanischen “Sabo-Bill“, die zumindest öffentlich finanzierte Forschungsergebnisse vom Urheberrechtsschutz freistellen sollte.²⁹⁸¹ Auch eine derart eingeschränkte Schutzgewährung wäre theoretisch denkbar.

Dass beide Alternativen aber derzeit keine umsetzbaren Maßnahmen im deutschen Wissenschaftsurheberrecht darstellen, zeigen sowohl die Darstellung zur Zulässigkeit als auch zur Opportunität dieses Vorschlags:

2. Zulässigkeit einer derartigen Maßnahme

Eine Versagung der Gewährung urheberrechtlichen Schutzes für Werke der Wissenschaft verstieße gegen höherrangiges Recht.²⁹⁸²

Sowohl die europäische Grundrechtecharta als auch das deutsche Grundgesetz garantieren den grundsätzlichen Schutz geistigen Eigentums.²⁹⁸³ Beide unterliegen dabei zwar der Sozialbindung, die eine Einschränkung des Schutzes zugunsten der Allgemeinheit erfordert (Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh sowie Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG). Dabei darf aber keinesfalls der Wesensgehalt des Rechts angetastet werden.²⁹⁸⁴ Dies wäre allerdings der Fall, würden Werke der Wissenschaft vollständig aus dem urheberrechtlichen Schutz ausgeschlossen: Dem jeweiligen Urheber wäre nicht nur

2979 *Hilty*, GRUR Int 2006, 179 (185).

2980 *Obly*, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 76.

2981 *Hansen*, GRUR Int 2005, 378 (382).

2982 *Schack*, ZUM 2016, 266 (269); *Hansen*, GRUR Int 2005, 378 (382), der zudem einen Verstoß gegen das in § 7 UrhG verankerte Schöpferprinzip annimmt.

2983 Vgl. dazu die Darstellungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung sowie den Anforderungen des höherrangigen Rechts in Teil 4 dieser Untersuchung.

2984 So ausdrücklich Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh.

jede Verfügungsmöglichkeit genommen; er wäre mangels Zuordnung²⁹⁸⁵ des Ergebnisses seiner schöpferischen Leistung nicht einmal in einer eigentums- bzw. besitzähnlichen Position, die ihm eine selbstständige Ausübung der mit dieser Rechtsposition verbundenen Rechte ermöglichen sowie die Bezeichnung als „Privateigentum“ rechtfertigen würde.²⁹⁸⁶

Auch geltendes Völkerrecht, das zwar grundsätzlich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, aber gemäß § 121 Abs. 1 S. 1 UrhG gegenüber dem deutschen Urheberrechtsgesetz Vorrang genießt,²⁹⁸⁷ bedingt die Unzulässigkeit der Schutzversagung für Werke der Wissenschaft.²⁹⁸⁸ Zwar machen weder RBÜ noch WCT Vorgaben zum grundsätzlichen Umgang der Schutzgewährung im Inland.²⁹⁸⁹ Insoweit sie Mindestrechte für ausländische Urheber gewährleisten, ist dieser Anforderung jedenfalls Rechnung getragen, denn: Gewährt das Urheberrecht eines Verbandsstaats nicht die Mindestrechte, die die RBÜ fordert, können sich Urheber aus anderen Verbandsstaaten trotz fehlender Verankerung des Schutzes im nationalen Recht unmittelbar auf die in der RBÜ niedergelegten Rechte berufen und insofern unabhängig vom nationalen Schutzkonzept Schutz für Werke der Wissenschaft beanspruchen.²⁹⁹⁰ Dass diesen grundsätzlich Schutz zu gewähren ist, ergibt sich dabei zwar nicht unmittelbar aus Art. 1 RBÜ, der scheinbar nur den Schutz von „Werken der Literatur und Kunst“ beabsichtigt. Art. 4 RBÜ stellt allerdings klar, dass „überhaupt jedes Erzeugniß aus dem Bereiche der Literatur, Wissenschaft oder Kunst, welches im Wege des Drucks oder sonstiger Vervielfältigung veröffentlicht werden kann“

2985 Vgl. zur grundsätzlichen Zuordnung des wirtschaftlichen Wertes eines geschützten Werkes an den Urheber durch das Recht in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG: BVerfG, Beschl. v. 07.07.1971 - 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229 (240) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfG, Beschl. v. 25.10.1978 - 1 BvR 352/71, BVerfGE 49, 382 (392) – Kirchenmusik; BVerfG, Beschl. v. 11.10.1988 - 1 BvR 743/86 u. a., BVerfGE 79, 29 (40) – Vollzugsanstalten.

2986 Vgl. dazu die Darstellungen zu Art. 14 GG in Teil 2 dieser Untersuchung sowie zum Prüfungsmaßstab sowie den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

2987 Vgl. dazu die Ausführungen zu den völkerrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

2988 A.A. unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 RBÜ: *Schack*, ZUM 2016, 266 (269); *Hansen*, GRUR Int 2005, 378 (382).

2989 Vgl. dazu die Darstellungen zu den völkerrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

2990 Vgl. dazu die Darstellungen zu den völkerrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

vom Ausdruck „Werke der Literatur und Kunst“ erfasst ist. Folglich wäre – jedenfalls für ausländische Urheber – auch der Schutz von Werken der Wissenschaft sichergestellt.

Trotzdem ist bei Ausschluss der Werke der Wissenschaft aus dem urheberrechtlichen Schutz den Mindestanforderungen der RBÜ dahingehend unzureichend Rechnung getragen, als die RBÜ – genauso wie Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT sowie Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL – den Drei-Stufen-Test enthält, der Ausnahmen des Urheberrechts nur in bestimmten Sonderfällen gestattet, wobei die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigt und die berechtigten Interessen des Urhebers nicht unzumutbar verletzt werden dürften.²⁹⁹¹ Der vollständige Ausschluss wissenschaftlicher Werke aus dem urheberrechtlichen Schutz verletzt danach jedenfalls – aus den gleichen Gründen wie zur verfassungsrechtlichen Lage ausgeführt²⁹⁹² – die Interessen des Urhebers in ungebührlicher Weise.

3. Opportunität einer derartigen Maßnahme

Unter Berücksichtigung der in Teil 3 dargestellten Interessen von Forschenden erscheint ein Ausschluss von Werken der Wissenschaft aus dem urheberrechtlichen Schutz zudem nicht angemessen:

Zwar stünde das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht der schnellen, digitalen und langfristigen Verfügbarkeit von Forschungsliteratur – auch für Dritte – nicht mehr wie bisher im Wege, da wissenschaftliche Zeitschriftenbeiträge, Sammelbandbeiträge und Buchkapitel ohne Einschränkungen für die eigene digitale Bibliothek sowie Dritte vervielfältigt werden könnten.²⁹⁹³ Auch eine Weiterverbreitung von Darstellungen wissenschaftlicher Art in der wissenschaftlichen Gemeinschaft durch eine Präsentation auf Konferenzen oder durch einen Wiederabdruck in Zeitschriften wäre grundsätzlich ohne rechtliche Hindernisse möglich.²⁹⁹⁴

Dagegen blieben die Probleme bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Forschungsgegenstände (insbesondere Bilder aus Museen und

2991 Vgl. dazu die Darstellungen zu den völkerrechtlichen sowie unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

2992 Vgl. dazu bereits zuvor.

2993 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen sowie zur kollaborativen Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

2994 Vgl. dazu die Darstellungen zur Kommunikation von Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

Archiven sowie audiovisuelle Medien) weitgehend bestehen: Ihnen käme – wie bisher – urheberrechtlicher Schutz zu; die Entscheidung über die Nutzung würde daher zuvorderst dem jeweiligen Rechtsinhaber obliegen, weshalb die individuellen Forschenden auf dessen Verhandlungsbereitschaft angewiesen wären.²⁹⁹⁵ Auch wäre mit einem Ausschluss der Werke der Wissenschaft nicht zwangsläufig eine Reproduzierbarkeit und eine langfristige Archivierbarkeit von Forschungsergebnissen sichergestellt; vielmehr bedürfte es dafür auch einer Freistellung der Forschungsmaterialien als solche.²⁹⁹⁶

Viel gewichtiger ist allerdings der Umstand, dass dem Interesse an Einzelanerkennung bei Ausschluss der Werke der Wissenschaft vom urheberrechtlichen Schutz in keiner Weise Rechnung getragen werden kann.²⁹⁹⁷ Da bei Werken der Wissenschaft kein Anspruch auf Anerkennung der Urheberschaft gemäß § 13 S. 1 UrhG mehr bestünde, würde eine solche Maßnahme dem der Wissenschaft immanenten Bedürfnis nach Namensnennung sowie dem Streben nach Reputation zuwiderlaufen.²⁹⁹⁸ Eine Aufgabe der Urheberpersönlichkeitsrechte, die mit einem vollständigen Ausschluss von Werken der Wissenschaft vom urheberrechtlichen Schutz verbunden wäre, liefe den berechtigten Interessen wissenschaftlicher Urheber diametral entgegen.²⁹⁹⁹ Des Weiteren könnte sie die Authentizität des wissenschaftlichen Diskurses beeinträchtigen.³⁰⁰⁰

Auch dem Interesse an Rechtssicherheit kann durch den Ausschluss von Werken der Wissenschaft aus dem urheberrechtlichen Schutz nur unzureichend Rechnung getragen werden.³⁰⁰¹ Zwar ließe sich argumentieren, dass die bestehende Unsicherheit in Bezug auf das Bestehen urheberrechtlichen Schutzes an bestimmten Werken infolge der Einschränkung des Anwen-

2995 Vgl. dazu die Darstellungen zur Forschung an Ursprungsmaterialien in Teil 3 dieser Untersuchung sowie im Rahmen der Überprüfung der Regelungen in Teil 4 dieser Untersuchung.

2996 Vgl. dazu die Darstellungen zur kollaborativen Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

2997 Vgl. zu diesem Interesse die Darstellungen in Teil 3 dieser Untersuchung.

2998 Vgl. dazu die Darstellung zum Interesse an Einzelanerkennung in Teil 3 dieser Untersuchung.

2999 *Obly*, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 76.

3000 *Obly*, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 76.

3001 Vgl. zu diesem Interesse die Darstellungen in Teil 3 dieser Untersuchung.

dungsbereichs des Urheberrechts eliminiert würde.³⁰⁰² Bei näherer Analyse der Maßnahme offenbaren sich allerdings erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten: Der Begriff der Werke der Wissenschaft entbehrt bisher einer gesetzlichen Definition; die deutsche Legislative folgte mit dessen Einführung in das Urheberrechtsgesetz im Jahr 1965 lediglich den Vorgaben in Art. 2 Abs. 1 RBÜ sowie Art. 3 WCT, die den Begriff ebenfalls nicht definieren.³⁰⁰³ Bisher war eine solche Definition auch nicht erforderlich, da der urheberrechtliche Schutz unabhängig von einer Einordnung in diese Kategorien immer dann bestand, wenn ein Werk die Schutzvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 UrhG erfüllte.³⁰⁰⁴ Möchte man nun allerdings Werke der Wissenschaft einer anderen urheberrechtlichen Behandlung unterwerfen als Werke der Literatur und Kunst, so bedürfte es einer derartigen Definition. In der Literatur wurde dahingehend ein Definitionsversuch unternommen, dass unter diesen Begriff alle Geisteserzeugnisse fallen, die ihrem „gedanklichen Inhalt nach auf die systematische und überprüfbare Vermittlung von Erkenntnis (Wissen) gerichtet und aus der Sicht [ihres] Autors auf die Verfolgung eines belehrenden Zwecks angelegt“ sind.³⁰⁰⁵ Dabei stellt sich die Frage, ob es sich um kumulative Merkmale handelt oder ein Werk der Wissenschaft bereits vorliegt, wenn es zwar einem belehrenden Zweck dient, mangels Verfügbarmachung von Forschungsdaten und -methode aber beispielsweise keinen überprüfbaren Inhalt aufweist. Nach dem obigen Begriffsverständnis wären zudem beispielsweise auch Schulbücher und Sprachlernsoftware von dem Begriff des Werkes der Wissenschaft erfasst. Eine solch weite Auslegung wäre angesichts der zu erwartenden, ungebührlichen Auswirkungen auf den Primärmarkt legislativ allerdings sicherlich nicht intendiert.

Der Versuch einer selbstständigen Definition des Werkes der Wissenschaft ist im Übrigen von Anfang an ohne Aussicht auf Erfolg: Eine wissenschaftliche Ausarbeitung kann auch bei objektiver Sichtweise – abhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung – ebenso ein Werk der Literatur,

3002 Vgl. zu der diesbezüglich bestehenden Rechtsunsicherheit die Darstellungen zur Rechtssicherheit im Rahmen der Überprüfung der Regelungen in Teil 4 dieser Untersuchung sowie den Vorschlag im Interview mit P_N4, Z. 119.

3003 *Bajon*, Interessenausgleich im Wissenschaftsurheberrecht?, S. 26f.

3004 *Ahlberg*, in: *Ahlberg/Götting*, § 2 UrhG Rn. 50ff.; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 UrhG Rn. 6ff.; *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim/Leistner/Ohly*, § 2 UrhG Rn. 30ff.; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 2 UrhG Rn. 5ff.; *Nordemann*, in: *Nordemann/Nordemann/Czychowski*, § 2 UrhG Rn. 11ff.

3005 *Moltke*, Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft, S. 32.

ja sogar ein Werk der Kunst darstellen.³⁰⁰⁶ Einem individuellen Forschenden wird es – ggf. mit Ausnahme eines objektive Forschungsergebnisse wiedergebenden Zeitschriftenartikels – häufig schwerfallen, eindeutig zu entscheiden, ob es sich um ein Werk der Wissenschaft handelt; die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit würde folglich lediglich auf eine andere Ebene verlagert.³⁰⁰⁷

4. Fazit

Der Ausschluss von Werken der Wissenschaft aus dem Schutz des Urheberrechts wäre weder mit den Vorgaben höherrangigen Rechts vereinbar noch unter Berücksichtigung der Interessen der Forschenden opportun und sollte daher als Maßnahme für ein künftiges Wissenschaftsurheberrecht nicht erwogen werden.

II. Einführung einer kürzeren Schutzfrist für wissenschaftliche Werke

Alternativ könnte die Einführung einer – im Vergleich zu den übrigen urheberrechtlich geschützten Werken – kürzeren Schutzfrist für Werke der Wissenschaft erwogen werden.³⁰⁰⁸

1. Mögliche Ausgestaltung

Derzeit erlischt das Urheberrecht gemäß § 64 UrhG siebzig Jahre nach dem Tod des Urhebers: Erst nach Ablauf dieser Frist kann das jeweilige Werk ohne die Zustimmung des Urhebers bzw. dessen Erbberechtigten genutzt werden.³⁰⁰⁹

3006 *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Leistner/Ohly*, § 1 UrhG Rn. 2.

3007 Vgl. dazu die Darstellungen zur Rechtssicherheit im Rahmen der Überprüfung der Regelungen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3008 Vgl. dazu den Vorschlag im Interview mit P_G4, Z. 135.

3009 *Freudenberg*, in: *Ahlberg/Götting*, § 64 UrhG Rn. 36ff.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 64 UrhG Rn. 3ff.; *Katzenberger/Metzger*, in: *Loewenheim/Leistner/Ohly*, § 64 UrhG Rn. 60ff.; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 64 UrhG Rn. 13ff.

Denkbar wäre eine Verkürzung der Schutzfrist³⁰¹⁰ auf zwölf Monate entsprechend der Frist in § 38 Abs. 4 UrhG, auf 15 Jahre entsprechend der Schutzfrist des § 87d S. 1 UrhG, auf 25 Jahre entsprechend der Schutzfrist in §§ 70 Abs. 3 S. 1, 71 Abs. 3 S. 1, 82 Abs. 2 UrhG bzw. auf 50 Jahre entsprechend der Schutzfrist in §§ 72 Abs. 3 S. 1, 76 S. 1, 82 Abs. 1 S. 2, 85 Abs. 3 S. 2, 87 Abs. 3 S. 1, 94 Abs. 3 UrhG.

Darüber hinaus wäre eine auf empirischen Daten beruhende eigenständige Bestimmung einer angemessenen – kürzeren oder längeren – Schutzfrist möglich. Auch eine kurze (ca. 5-jährige) Schutzfrist mit Verlängerungsoption wäre denkbar.³⁰¹¹

2. Zulässigkeit einer derartigen Maßnahme

Eine Grenze zieht einer solchen Verkürzung der Schutzfrist das höher-rangige Recht: Art. 1 Abs. 1 Schutzdauer-RL bestimmt für Werke der Literatur und Kunst im Sinne des Art. 2 RBÜ, zu denen – wie bereits ausgeführt³⁰¹² – auch Werke der Wissenschaft zählen, eine siebzigjährige Schutzfrist.³⁰¹³ Eine Verkürzung der Schutzfrist für Werke der Wissenschaft würde daher unabhängig von der konkret bestimmten Länge gegen geltendes Unionsrecht verstoßen.

Auch läge bei fast allen zuvor vorgeschlagenen Ausgestaltungen zur Verkürzung der Schutzfrist ein Verstoß gegen Völkerrecht vor, das in Art. 7 Abs. 1 RBÜ eine mindestens 50-jährige Schutzfrist vorsieht, worauf Art. 9 Abs. 1 TRIPS sowie Art. 1 Abs. 4 WCT Bezug nehmen.³⁰¹⁴

Aber auch verfassungsrechtliche Erwägungen lassen eine derart beschränkte Urheberrechtsgewährung unzulässig erscheinen: Denn mit Ablauf der urheberrechtlichen Schutzfrist endet sowohl die wirtschaftliche Verwer-

3010 Vgl. dazu auch den – letztlich abgelehnten – Vorschlag von *Hansen*, GRUR Int 2005, 378 (386).

3011 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 368ff.

3012 Vgl. dazu die Darstellungen zur Zulässigkeit des Ausschlusses der Werke der Wissenschaft vom urheberrechtlichen Schutz in diesem Teil der Untersuchung.

3013 Vgl. dazu die Darstellungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

3014 Vgl. dazu die Darstellungen zu den völkerrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

tungsmöglichkeit als auch das individuelle Recht auf Anerkennung der Urheberschaft.³⁰¹⁵ Bestimmt man nun eine sehr kurze Frist (z.B. 12 Monate) für die Schutzdauer, ist die verfassungs- und unionsrechtlich garantierte Eigentumsfreiheit jedenfalls verletzt, da dem Urheber – anders als durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geboten – der wirtschaftliche Wert seines geschützten Werkes lediglich für eine sehr kurze Zeitspanne zugeordnet ist.³⁰¹⁶ Eine Fruchtzüchtung auf Lebenszeit wird ihm dadurch verwehrt, dass er sein Werk der Allgemeinheit nach Ablauf eines Jahres vergütungsfrei zur Verfügung stellen muss.

Die kurze Schutzfrist tritt des Weiteren mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Konflikt, da nach Ablauf der Schutzfrist keine Urhebernennung mehr erforderlich ist und damit Persönlichkeitsinteressen nicht mehr angemessen Rechnung getragen werden kann.³⁰¹⁷ Dieser Konflikt wird im Bereich der Wissenschaft insoweit entschärft, als die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis trotz fehlenden urheberrechtlichen Schutzes eine Angabe des geistigen Urhebers gebieten.³⁰¹⁸ Dieses außerurheberrechtliche Erfordernis rechtfertigt dennoch nicht den grundsätzlich erheblichen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.³⁰¹⁹

3. Opportunität einer derartigen Maßnahme

Ebenso wenig wie die Einführung einer kürzeren urheberrechtlichen Schutzfrist für Werke der Wissenschaft rechtlich zulässig ist, erscheint sie unter Berücksichtigung der beteiligten Interessen opportun:

3015 *Ahlberg*, in: *Ahlberg/Götting*, § 2 UrhG Rn. 77ff.; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 2 UrhG Rn. 78ff.; *Loewenheim/Leistner*, in: *Loewenheim/Leistner/Ohly*, § 2 UrhG Rn. 94ff.; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 2 UrhG Rn. 45ff.

3016 BVerfG, Beschl. v. 07.07.1971 - 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229 (240) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfG, Beschl. v. 25.10.1978 - 1 BvR 352/71, BVerfGE 49, 382 (392) – Kirchenmusik; BVerfG, Beschl. v. 11.10.1988 - 1 BvR 743/86 u. a., BVerfGE 79, 29 (40) – Vollzugsanstalten.

3017 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 64 UrhG Rn. 3; *Freudenberg*, in: *Ahlberg/Götting*, § 64 UrhG Rn. 37; *Katzenberger/Metzger*, in: *Loewenheim/Leistner/Ohly*, § 64 UrhG Rn. 54; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 64 UrhG Rn. 13.

3018 *Deutsche Forschungsgemeinschaft*, Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis - Kodex.

3019 Vgl. zu den Gewährleistungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Darstellungen in Teil 3 dieser Untersuchung.

Zwar wirkt sie bei teleologischer Betrachtung der Schutzfristbestimmung zunächst adäquat: Der derzeitigen, 70 Jahre langen Schutzgewährung liegt der Gedanke zugrunde, dass eine Fruchtziehung infolge der Werkschaffung – auch für die Nachkommen – ermöglicht werden soll, bevor das Werk „nach einer die geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Urhebers und seiner Erben angemessen berücksichtigenden Frist der Allgemeinheit frei zugänglich sein“ soll.³⁰²⁰

In der Wissenschaft schaffen viele Forschende Werke allerdings weniger aus ökonomischen Gründen als vielmehr aus intrinsischen Motiven sowie zur Reputationssteigerung.³⁰²¹ Das Werk dient häufig nicht vorrangig dem Lebensunterhalt; Publikationsvergütungen sind in vielen Disziplinen insgesamt unüblich.³⁰²² Angesichts dieses Umstands kann die Begründung für eine derart lange Schutzdauer für Werke der Wissenschaft kaum Gültigkeit beanspruchen; eine Verkürzung der Schutzfrist läge aus teleologischen Gründen nahe.

Ebenfalls kann argumentiert werden, dass Forschende – wie kaum eine andere Gruppe Werkschaffender – zur Werkkreation auf die Nutzung bestehender Werke zwingend angewiesen sind und die bisherige lange Dauer vor diesem Hintergrund inadäquat erscheint.³⁰²³ Eine kürzere Schutzfrist würde jedenfalls eine frühere Nutzung von Werken der Wissenschaft ermöglichen, wodurch die digitale und langfristige Verfügbarkeit von Forschungsliteratur sowie die Weiterverbreitung von Materialien zumindest gefördert würde.³⁰²⁴

Um allerdings deren rechtzeitige Wahrnehmung sicherzustellen, müsste die Schutzfrist entsprechend dem kürzeren Wahrnehmungs- und Nutzungszyklus in der Wissenschaft sehr kurz (ca. 12 Monate) gewählt werden. Dies gilt allerdings nicht uneingeschränkt: Denn Studien haben ge-

3020 RegE UrhG, S. 33.

3021 *De la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 206; *Obly*, in: Depenheuer/Peifer, S. 141, 148; vgl. dazu die Darstellungen zu den Forschenden in Teil 3 dieser Untersuchung.

3022 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Forschenden in Teil 3 dieser Untersuchung.

3023 Vgl. dazu die Darstellungen zum Wesen der Wissenschaft in Teil 1 dieser Untersuchung sowie die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3024 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

zeigt, dass – abhängig von der Disziplin – auch Literatur, die älter als 15 bzw. 30 Jahre alt ist, noch rezipiert wird, was wiederum eine individuelle längere Schutzfrist rechtfertigen könnte.³⁰²⁵ Die Bestimmung einer einheitlichen, angemessenen Schutzfrist für Werke der Wissenschaft steht folglich vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Arbeitsweisen in den Disziplinen vor Hindernissen, die für die Legislative, der die erforderliche Sachnähe fehlt, nahezu unüberwindbar sein dürften.³⁰²⁶ Während beispielsweise Berichte über Forschungsergebnisse, die durch spätere Studien widerlegt wurden, mit den Jahren an Relevanz verlieren können, existieren sowohl in den Geistes- als auch in den Naturwissenschaften Werke, die bis heute Gültigkeit und Schutz beanspruchen dürfen.³⁰²⁷

Eine solch kurze Schutzfrist träte schließlich jedenfalls in Widerspruch mit dem – in der Wissenschaft stark ausgeprägten – Interesse an Einzelanerkennung.³⁰²⁸ Mit Ablauf der Schutzfrist besteht – wie zuvor bereits ausgeführt – kein Recht auf Anerkennung der Urheberschaft mehr (§ 13 UrhG), sodass eine Namensnennung bei Nutzung des Werkes nicht mehr erfolgen müsste.³⁰²⁹ Das Aufbauen auf bestehendes Wissen könnte – aus rein urheberrechtlicher Perspektive – folglich unter Rückgriff auf Werke Dritter ohne eine entsprechende reputationssteigernde Bezugnahme auf deren Urheber erfolgen.³⁰³⁰ Selbst eine Zitation müsste nicht mehr erfolgen, da eine Nutzung ohne urheberrechtliche Einschränkungen möglich wäre.³⁰³¹

3025 *Tenopir u. a.*, Learned Publishing 2012, 279 (285f.); *Nicholas u. a.*, Journal of Documentation 2010, 409 (431) m.w.N. *Borgman*, Scholarship in the digital age, S. 157.

3026 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3027 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3028 Vgl. dazu die Darstellungen zum Interesse an Einzelanerkennung in Teil 3 dieser Untersuchung.

3029 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 64 UrhG Rn. 3; *Freudenberg*, in: *Ahlberg/Götting*, § 64 UrhG Rn. 37; *Katzenberger/Metzger*, in: *Loewenheim/Leistner/Ohly*, § 64 UrhG Rn. 54; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 64 UrhG Rn. 13.

3030 Aus den Grundsätzen der guten wissenschaftlichen Praxis kann sich Anderes ergeben.

3031 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 64 UrhG Rn. 3; *Freudenberg*, in: *Ahlberg/Götting*, § 64 UrhG Rn. 37; *Katzenberger/Metzger*, in: *Loewenheim/Leistner/Ohly*, § 64 UrhG Rn. 54; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 64 UrhG Rn. 13.

Eine derartige Nutzung liefe dem unter Forschenden stark ausgeprägten Interesse an Einzelanerkennung zuwider.³⁰³²

4. Fazit

Die Einführung einer kürzeren Schutzfrist für Werke der Wissenschaft ist mangels Vereinbarkeit mit Vorgaben des höherrangigen Rechts sowie dem insbesondere in der Wissenschaft auftretenden Konflikt mit dem Recht auf Anerkennung der Urheberschaft jedenfalls nicht als Alternative zu erwägen.

III. Einführung einer fair use- bzw. fair dealing-Regelung oder einer Allgemeinen (Bildungs- und) Wissenschaftsschranke

In Betracht käme die Einführung einer allgemeineren Schrankenregelung nach dem Vorbild des US-amerikanischen fair use-Konzepts.³⁰³³

Die Idee einer grundsätzlichen allgemeinen Wissenschaftsschranke, die bereits vor Einführung des UrhWissG durch eine Vielzahl von Vorschlägen in die Diskussion zur Rechtssetzung im Wissenschaftsurheberrecht eingeführt wurde,³⁰³⁴ geht in eine ähnliche Richtung.³⁰³⁵ Eine im Rahmen der Interviews befragte Person sieht darin sogar die einzige Möglichkeit zur Lösung der aufgezeigten Defizite des Urheberrechts im wissenschaftlichen Bereich:

3032 Vgl. dazu die Darstellungen zum Interesse an Einzelanerkennung in Teil 3 dieser Untersuchung.

3033 Vgl. dazu die Vorschläge im Interview mit P_G1, Z. 133f. und im Interview mit P_S2, Z. 89.

3034 *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 517–537; *Förster*, Fair Use, S. 211ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 409f.; *Pflüger*, ZUM 2010, 938 (944); *Alexander von Humboldt-Stiftung u. a.*, Neuregelung des Urheberrechts, S. 8ff.; *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, S. 67, 100; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 519ff.; *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 214; *Ohly*, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 81f.; *Kuhlen*, ZGE 2015, 77 (118); *Schack*, ZUM 2016, 266 (282).

3035 Interview mit P_S2, Z. 7, 25, 87; hlb-Stellungnahme, S. 1.

„Also im Prinzip eine allgemeine Wissenschaftsschranke ist, glaube ich, wirklich das Einzige, was uns in irgendeiner Form retten kann im Digitalen. Weil einfach wir sonst, ja sonst, immer hinterherhinken mit der Gesetzgebung und weil wir auch die Realitäten nicht abbilden, die da sind, und die Nutzungen und Umgänge nicht da sind.“³⁰³⁶

1. Mögliche Ausgestaltung

In 17 U.S.C. § 107 sind vier grundsätzlich gleichrangige Faktoren genannt, die die Zulässigkeit der urheberrechtlichen Nutzung nach US-amerikanischem Recht bestimmen:³⁰³⁷ „The Purpose and Character of the Use“, „The Nature of the Copyrighted Work“, „The Amount and Substantiality of the Portion Used“, „The Effect of the Use upon the Potential Market for or Value of the Copyrighted Work“. Jeder dieser Faktoren – der Zweck und Charakter der Nutzung, die Natur des genutzten Werkes, der Umfang und die Bedeutung des verwendeten Werkteils sowie die Auswirkungen der Nutzung auf den Markt(-wert) des Werkes – wird dabei von US-amerikanischen Gerichten im Einzelfall abgewogen und bestimmt nach einer abschließenden Gesamtabwägung die Zulässigkeit einer urheberrechtlich relevanten Nutzung mit.³⁰³⁸

Ähnlich funktionieren auch die fair dealing-Regelungen in Kanada³⁰³⁹ und dem Vereinigten Königreich:³⁰⁴⁰ Anders als die US-amerikanische

3036 Interview mit P_S2, Z. 85.

3037 *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 105; *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 163ff.; *Schack*, ZUM 2016, 266 (270); für zusätzliche Faktoren vgl. U.S. District Court for the Southern District of New York, Urt. v. 24.09.1968 - 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968) – Time Incorporated / Bernard Geis Associates: „public interest“ als zusätzliches Kriterium; U.S. Supreme Court, Urt. v. 07.03.1994 - 510 U.S. 569, – Campbell aka Skyywalker et.al. / Acuff-Rose Music Inc.: „good / bad faith“ als zusätzlicher Faktor; U.S. District Court, D. Nevada, Urt. v. 19.01.2006 - 412 F.Supp. 2nd 1106 (D. Nev. 2006) – Field / Google Inc.: ebenfalls „good / bad faith“ als zusätzlicher Faktor.

3038 *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 105–107.

3039 Section 29 Canadian Copyright Act (R.S.C., 1985).

3040 Section 29 Copyright, Designs and Patents Act (CDPA), 1988.

Regelung sind sie allerdings auf bestimmte Zwecke beschränkt.³⁰⁴¹ Zu diesen zählt die Forschung³⁰⁴² – allerdings darf auch diese Freistellung nicht als „Freibrief“ für jegliche urheberrechtlich relevanten Nutzungen im Bereich der wissenschaftlichen Forschung missverstanden werden. Vergleichbar dem US-amerikanischen Recht, orientieren sich beispielsweise die fair dealing-Regelungen in Kanada an sechs Kriterien, die es im Rahmen der Zulässigkeit abzuwägen gilt: „[T]he purpose of the dealing, the character of the dealing, the amount of the dealing, the nature of the work, available alternatives to the dealing, and the effect of the dealing on the work.“³⁰⁴³ Die britische fair dealing-Regelung fragt, ob eine „fair minded and honest person“ das Werk für den jeweiligen Zweck in derselben Art und Weise genutzt hätte.³⁰⁴⁴

Diesen ausländischen Vorbildern folgen Förster und Kleinemenke, die eine Schrankengeneralklausel nach US-amerikanischer Art vorschlagen.³⁰⁴⁵ Mittels Regelbeispielen modifiziert wurden ähnliche Vorschläge auch von *de la Durantaye*³⁰⁴⁶ und *Ohly*³⁰⁴⁷ sowie dem Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“³⁰⁴⁸ entworfen: Sie sehen eine allgemeine Zulässigkeit von Nutzungen im Bereich der wissenschaftlichen Forschung vor und bieten mit der ausdrücklichen Erwähnung von typischen – vor allem im bisherigen Recht bereits festgehaltenen – Nutzungshandlungen Orientierung für die Rechtsanwendung. Der Vorschlag von Hansen baut dagegen auf die bestehenden Normen und ergänzt sie lediglich durch eine

3041 Katz, in: Balganesch/Wee Loon/Sun, S. 113; Song, IDEA 2011, 453 (454); *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 124f.; Brenncke, Is „fair use“ an option for U.K. copyright legislation?, S. 9.

3042 “For the purposes of research“, „for the purpose of research“ bzw. „for the purposes of private study.“

3043 Supreme Court of Canada, Urt. v. 04.03.2004 - [2004] 1 SCR 339, 2004 SCC 13, 236 DLR (4th) 395, 30 CPR (4th) 1, 247 FTR 318, 1 (Rn. 53) – CCH Canadian Ltd. / Law Society of Upper Canada.

3044 High Court of England and Wales, Urt. v. 05.11.2007 - [2007] EWHC 2755 (Ch) 1 – Controller of HM Stationery Office & Anor / Green Amps Ltd; *Intellectual Property Office UK*, Exceptions to copyright; *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 130.

3045 Förster, Fair Use, Teil 3; Kleinemenke, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, Teil 3.

3046 *De la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 207ff.; Schack, ZUM 2016, 266 (266).

3047 *Ohly*, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 78.

3048 *Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke; Schack, ZUM 2016, 266 (267).

Auffangklausel zugunsten der wissenschaftlichen Forschung, die durch die Vorgaben des Drei-Stufen-Tests beschränkt wird.³⁰⁴⁹

2. Zulässigkeit einer derartigen Maßnahme

Anders als eine generelle Schrankenregelung im Urheberrecht, der jedenfalls der abschließende Katalog fakultativer Schranken in Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-RL entgegenstehen würde,³⁰⁵⁰ wäre eine Generalklausel für den wissenschaftlichen Bereich grundsätzlich mit dieser Vorgabe vereinbar: Denn Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL bietet den Mitgliedsstaaten einen weiten Umsetzungsspielraum für Ausnahmen und Beschränkungen für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung.³⁰⁵¹ Das beweist bereits die Situation im Vereinigten Königreich, das – nach kleineren Anpassungen – nach Einführung der InfoSoc-RL grundsätzlich an der fair dealing-Regelung im Urheberrecht festhalten konnte, während es Mitglied in der Europäischen Union war.³⁰⁵²

Eine derartige Generalklausel wäre allerdings wohl nur unter ganz bestimmten Umständen der Ausgestaltung mit dem völkerrechtlich wie unionsrechtlich verankerten Drei-Stufen-Test (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT sowie Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL)³⁰⁵³ vereinbar, da die Beschränkung auf „bestimmte Sonderfälle“ auch im Falle einer wissenschaftlichen Generalklausel fraglich erscheint.³⁰⁵⁴ Sieht man die wissenschaftliche Forschung als einen hinreichend qualifizierten Zweck an, lässt sich jedoch – anders als bei einer Schrankenregelung zugunsten der „Bildung“ – grundsätzlich ein bestimmter Sonderfall annehmen.³⁰⁵⁵

3049 Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 409f.; Schack, ZUM 2016, 266 (270).

3050 Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, S. 227; Schack, ZUM 2016, 266 (270).

3051 Vgl. dazu die Darstellungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung sowie *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 206.

3052 *De la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 120f.

3053 Vgl. dazu die Darstellungen zu den völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

3054 Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, S. 227; *Obly*, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 77; *Obly*, in: Depenheuer/Peifer, S. 160; offengelassen von Schack, ZUM 2016, 266 (270).

3055 *De la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 205; Schack, ZUM 2016, 266 (274).

Abhängig von der konkreten Formulierung einer solchen Generalklausel für die wissenschaftliche Forschung könnte des Weiteren das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot verletzt sein: Danach muss der Inhalt von Regelungen mit hinreichender Sicherheit feststellbar sein, um normkonformes Handeln gewährleisten zu können.³⁰⁵⁶ Damit geht weder ein grundsätzliches Verbot des Erlasses von Generalklauseln noch ein Verbot des Erlasses auslegungsbedürftiger Normen einher; ist jedoch eine Vorhersage zur Zulässigkeit eines Verhaltens unter Nutzung herkömmlicher juristischer Auslegungsmethoden nicht mehr möglich – wie es beispielsweise mangels Anhaltspunkten in Wortlaut und Normhistorie bei einer Schrankengeneralklausel nach US-amerikanischer Art der Fall wäre –, liegt jedenfalls ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot vor.³⁰⁵⁷ Insbesondere, wenn die Bewertung der Zulässigkeit eines Handelns ausschließlich der Rechtsprechung überlassen bliebe, gerät der rechtsstaatliche Grundsatz der Gewaltenteilung unzulässigerweise ins Wanken.³⁰⁵⁸ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Strafbewehrung in § 106 UrhG i.V.m. Art. 103 Abs. 2 GG.³⁰⁵⁹

3. Opportunität einer derartigen Maßnahme

Bei näherer Analyse einer derartigen Generalklausel erweist sich auch diese Maßnahme unter Berücksichtigung der Interessen der Forschenden nicht hinreichend opportun:

Zwar kann dem Interesse an Zugang zu bestehendem Wissen angemessener Rechnung getragen werden als mit dem bisherigen § 60c UrhG, da eine Nutzung von Zeitschriftenartikeln bzw. Buchkapiteln und Sammel-

3056 *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, Art. 20 GG Rn. 182f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 20 GG Rn. 129ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG Rn. 82ff.; *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 GG Rn. 289ff.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Art. 20 GG Rn. 56ff.; *Kotzur*, in: Münch/Kunig, Art. 20 GG Rn. 148ff.; *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 204f.

3057 BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 (145) – Indizierung eines pornographischen Romans („Josefine Mutzenbacher“).

3058 *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, S. 227.

3059 *Schack*, ZUM 2016, 266 (274).

bandbeiträgen zur Wissensgenerierung im Rahmen von Forschungsprojekten und darüber hinaus in der Regel als eine „faire“ Nutzung gelten dürfte.³⁰⁶⁰

Gleiches gilt in Bezug auf die Forschung an Ursprungsmaterialien:³⁰⁶¹ Wird ein urheberrechtlich geschützter Roman sprachwissenschaftlich untersucht, ist angesichts der Verwendung neuer Technologien im Forschungsprozess häufig eine vollständige digitale Vervielfältigung zur wissenschaftlichen Bearbeitung sowie zur gemeinsamen Auseinandersetzung mit dem Werk innerhalb der Forschungsgruppe zwingend erforderlich.³⁰⁶² Unter geltendem Recht wäre eine solche nicht ohne Einwilligung des Urhebers zulässig;³⁰⁶³ im Rahmen einer fair use- bzw. fair dealing-Regelung wäre eine derartige Nutzung allerdings angesichts des verfolgten wissenschaftlichen Zwecks und der fehlenden Auswirkungen auf den Primärmarkt in der Regel gerechtfertigt: Forschende wären damit in der Wahl ihrer Forschungsgegenstände frei; die Forschungsfreiheit wäre dem Grunde nach sichergestellt.³⁰⁶⁴

Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund des Interesses an Replizierbarkeit: In der vorangegangenen Untersuchung wurde festgestellt, dass die Wahl der Forschungsgegenstände teilweise dadurch beeinträchtigt wird, inwieweit eine spätere Zurverfügungstellung der Forschungsdaten erfolgen kann.³⁰⁶⁵ Falls eine Zurverfügungstellung aus urheberrechtlichen Gründen nicht zulässig ist, kommt es in der Regel zu einem Verzicht auf die Beforschung des betreffenden Gegenstands.³⁰⁶⁶ Dieser indirekten

3060 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 2 dieser Untersuchung sowie die Darstellungen zur Überprüfung der Regelungen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3061 Dazu bereits *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 206.

3062 Vgl. dazu die Darstellungen zur Forschung an Ursprungsmaterialien in Teil 3 dieser Untersuchung.

3063 Vgl. dazu die Darstellungen zur kollaborativen Forschung bzw. die Darstellung zur Forschung an Ursprungsmaterialien im Rahmen der Überprüfung der Regelungen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3064 Vgl. zu den Auswirkungen des derzeitigen § 60c UrhG auf die Forschungsfreiheit die Darstellungen zu den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3065 Vgl. dazu die Darstellungen zu den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3066 Vgl. dazu die Darstellungen zur Qualitätssicherung von Forschung bei der Überprüfung des § 60c Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 UrhG in Teil 4 dieser Untersuchung.

Beeinträchtigung der Forschungsfreiheit könnte durch Einführung einer fair use- bzw. fair dealing-Regelung begegnet werden.

Ein weiterer Vorteil der fair use- bzw. fair dealing-Regelung zeigt sich im Vergleich zu den vorstehenden Maßnahmen der – zumindest zeitweisen – Nichtgewährung urheberrechtlichen Schutzes: Während bei diesen³⁰⁶⁷ mangels Bestehens von Urheberpersönlichkeitsrechten eine Anerkennung der Urheberschaft durch Namensnennung nicht sichergestellt werden kann, kommt dem Werk im Rahmen einer fair use- bzw. fair dealing-Regelung der übliche Urheberrechtsschutz zu; folglich besteht auch das Urheberpersönlichkeitsrecht gemäß § 13 UrhG weiter. Dem Interesse an Einzelanerkennung, das wegen der reputationssteigernden Wirkung insbesondere in der Wissenschaft stark ausgeprägt ist, kann (und muss) folglich durch entsprechende Quellenangabe Rechnung getragen werden.³⁰⁶⁸

Trotzdem kann eine fair use- bzw. fair dealing-Regelung für den wissenschaftlichen Bereich im deutschen Urheberrechtsgesetz nicht als opportun angesehen werden:

Zunächst gilt es in Bezug auf die bisherigen Vorschläge im deutschen Urheberrecht zu beachten, dass diese ausnahmslos Bildung und Wissenschaft in einer Klausel zusammenfassen.³⁰⁶⁹ Bereits diese Verbindung erscheint zweifelhaft vor dem Hintergrund, dass sich in den Interviews eine eindeutige Differenzierung zwischen den Nutzungshandlungen im Bereich der Lehre gegenüber denen im Bereich der Forschung zeigte.³⁰⁷⁰

3067 Vgl. dazu die vorstehenden Darstellungen zur Gestaltung des Wissenschaftsurheberrechts in diesem Teil der Untersuchung.

3068 Vgl. zu diesem Interesse die Darstellungen zur Einzelanerkennung in Teil 3 dieser Untersuchung.

3069 *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 517–537; *Förster*, Fair Use, S. 211ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 409f.; *Pflüger*, ZUM 2010, 938 (944); *Alexander von Humboldt-Stiftung u. a.*, Neuregelung des Urheberrechts, S. 8ff.; *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, S. 67, 100; *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 519ff.; *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 214; *Obly*, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 81f.; *Kuhlen*, ZGE 2015, 77 (118); *Schack*, ZUM 2016, 266 (282).

3070 Interview mit P_G1, Z. 79, 85; Interview mit P_S1 und WissMit_S1, Z. 93; Interview mit P_S2, Z. 3, 7; Interview mit P_S3 - Teil 1, Z. 47, 57; Interview mit P_L1 - Teil 1, Z. 22; Interview mit P_L1 - Teil 2, Z. 5; Interview mit P_L2, Z. 17, 160; Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 1, Z. 7, 154; Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 2, Z. 63; Interview mit P_N3, Z. 3, 51, 73, 93;

Auch die Auswirkungen auf den Primärmarkt des Werkes sind in Forschung und Lehre durchaus unterschiedlich zu bewerten: Während ein Werk im Bildungswesen in der Regel von großen Gruppen mit ca. 20 bis 300 Personen genutzt wird, ist der in der Forschung erreichte Personenkreis in der Regel erheblich kleiner. Insbesondere in der institutions-internen Forschungsgruppe, aber auch bei institutionsübergreifender Zusammenarbeit werden regelmäßig in der Regel ca. 5 bis max. 30 Personen erreicht.³⁰⁷¹ Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich verankerten Gleichheitsgrundsatzes ist es folglich angezeigt, für beide Bereiche grundsätzlich unterschiedliche Schrankenregelungen zu schaffen.³⁰⁷² Das bestätigt auch das legislative Vorgehen im Rahmen des UrhWissG, das mit § 60a UrhG und § 60c UrhG bewusst Forschung und Lehre trennt.³⁰⁷³

Auch wenn im Rahmen wissenschaftlicher Konferenzen teilweise ein größerer Personenkreis mit der Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes in einer Präsentation erreicht wird, kann an der grundsätzlichen Bewertung der Nutzung als fair use bzw. fair dealing festgehalten werden: Zwar besteht bei derart großen Publikumsveranstaltungen angesichts der Verbreitung neuer, omnipräsenter Technologien (wie z.B. das Smartphone mit Kamera in der Hosentasche) die Gefahr einer „unfairen“ Verbreitung unter dem „Deckmantel“ des fair use bzw. fair dealing; alle Teilnehmenden der Konferenz haben infolge der Präsentation potenziell die Möglichkeit, das Werk zu vervielfältigen.³⁰⁷⁴ Zudem erfolgt – zur Dokumentation einer Konferenz auf Social Media – häufig eine öffentliche Zugänglichmachung des Werkes auf Twitter oder ähnlichen Plattformen.³⁰⁷⁵ Diese ggf. „unfaire“ Nutzung des Werkes stellt jedoch eine selbstständige Nutzungshandlung dar, die mangels Zurechenbarkeit bei der Abwägung der Fairness der Ursprungshandlung – des Zeigens eines urheberrechtlich geschützten Werkes im Rahmen einer Forschungspräsentation –

Interview mit P_N4, Z. 27; Interview mit P_N5 und Bib_N5, Z. 53; Interview mit P_IN2, Z. 97.

3071 Vgl. dazu die Darstellungen zur kollaborativen Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

3072 Zur gleichen Behandlung von wesentlich Ungleichem vgl. *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, Art. 3 GG Rn. 15; *Heun*, in: Dreier, Art. 3 GG Rn. 20; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 GG Rn. 12; *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 118ff.

3073 RegE UrhWissG, S. 2.

3074 Vgl. dazu die Darstellungen zur Kommunikation von Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

3075 Vgl. dazu die Darstellungen zur Kommunikation von Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

keine Berücksichtigung finden darf; illegale Folgenutzungen dürfen in die Abwägung der Zulässigkeit urheberrechtlicher Schrankenregelungen nicht eingestellt werden.³⁰⁷⁶

Der entscheidende Grund, warum eine fair use- bzw. fair dealing-Regelung für das deutsche Urheberrechtsgesetz nicht in Betracht gezogen werden sollte, ist schließlich die mit einer derartigen Regelung verbundenen Rechtsunsicherheit: Bereits die derzeit vorhandenen, im Vergleich zu einer fair use- bzw. fair dealing-Regelung sehr konkreten Regelungen in § 60c UrhG lassen eine Unsicherheit über die Zulässigkeit bestimmter, urheberrechtlich relevanter Handlungen unter Forschenden zu Tage treten.³⁰⁷⁷ Diese Unsicherheit führt dazu, dass bereits heute das „Maß des Möglichen“ von Forschenden nicht genutzt wird.³⁰⁷⁸ Wird die Regelung nun im Sinne von fair use bzw. fair dealing ausgeweitet, ist voraussichtlich eine Steigerung der Rechtsunsicherheit zu erwarten; das bestätigen die Erfahrungen der ausländischen Jurisdiktionen mit fair use- bzw. fair dealing-Regelung.³⁰⁷⁹ So bedurfte es zur Konkretisierung der Zulässigkeitskriterien in allen Rechtssystemen zunächst eines (oder mehrerer) klärender Urteile. Mit der Einführung einer fair use- bzw. fair dealing-Regelung erhöhen sich daher zunächst die Transaktionskosten für Forschende sowie Rechteinhaber, da für die Erlangung eines Mindestmaßes an Rechtssicherheit klärende Musterprozesse notwendig sind.³⁰⁸⁰ Dennoch bleibt die Subsumtion unter die Merkmale – und folglich der Ausgang etwaiger Gerichtsverfahren – für juristische Laien, zu denen nahezu alle Forschenden gehören, bis heute nur schwer vorhersehbar.³⁰⁸¹

3076 Vgl. dazu bereits die Darstellungen zu den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3077 Vgl. dazu die Darstellungen zur Rechtssicherheit in Teil 3 sowie Teil 4 dieser Untersuchung.

3078 Vgl. noch zur alten Rechtslage bei §§ 52a, 53 UrhG a.F.: *Obly*, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 77.

3079 Für fair use vgl. statt vieler *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, S. 226f.; *Peifer*, Schriftliche Stellungnahme: Antworten zum Fragenkatalog der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft des Deutschen Bundestags: „Entwicklung des Urheberrechts in der Digitalen Gesellschaft vom 28.10.2010“, Ausschussdrucksache 17(24)009-D zur Öffentlichen Anhörung am 29.11.2010, S. 19; *Hartmann*, LIBREAS. Library Ideas 2013, 5 (10); für fair dealing vgl. statt vieler *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 131.

3080 *Schack*, ZUM 2016, 266 (270).

3081 Insofern widersprüchlich: *Kleinemenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 563f.; häufig sind Einzelpersonen ohne urheberrecht-

Daran ändert auch die zunehmende Bildung von Fallgruppen in der Rechtsprechung, die zumindest eine gewisse Orientierung erlauben, nichts.³⁰⁸² So zeigt beispielsweise die Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten von Amerika eindrücklich, dass höchstrichterliche Rechtsprechung keinen verbindlichen Rahmen für die Bewertung der urheberrechtlichen Zulässigkeit von Nutzungshandlungen schafft: Vielmehr legt eine Studie, die 215 Urteile mit Bezug zu fair use unter jeweiliger Berücksichtigung etwaiger abweichender Voten aus den Jahren 1976 bis 2005 auswerte- te, nahe, dass die unterinstanzlichen Gerichte lediglich teilweise auf die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien Bezug nehmen und im Übrigen erheblich von diesen abweichen – was wiederum die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen und damit die Rechtssicherheit begrenzt.³⁰⁸³

Vergleichbar der Situation im US-amerikanischen Recht sind die sechs fair dealing-Kriterien in Kanada, die es im Rahmen der urheberrechtlichen Zulässigkeit abzuwägen gilt, in ihrer Interpretation infolge der diversen Rechtsprechung in der dortigen Literatur ebenfalls hoch umstritten.³⁰⁸⁴ Der damit verbundenen Rechtssicherheit versuchen kanadische Universitäten und Hochschulen – teilweise unter Zuhilfenahme der Unterstützung des Verbandes „Universities Canada“ – durch Veröffentlichung von „Fair Dealing Guidelines“ zu begegnen, die Universitätsangehörige über die Rechtslage informieren sollen.³⁰⁸⁵ In ihnen ist eine quantitativ begrenzte Freistellung der Nutzung von bis zu 10 Prozent eines Werkes ebenso vorgesehen wie die Zulässigkeit der Nutzung bestimmter Werkarten als Ganzes; im Gegensatz zum deutschen Recht nehmen diese Guidelines ausdrücklich auch Bezug auf ein vollständiges Buchkapitel sowie einen ganzen Zeitungsartikel.³⁰⁸⁶ Beides darf trotzdem nur insoweit genutzt werden, als es für Forschungszwecke erforderlich ist.³⁰⁸⁷ Diese Vorgehensweise verschafft den individuellen Forschenden zwar ein gewisses Maß an Rechtssicherheit; mangels demokratischer Legitimation sind derartige

liche Detailkenntnisse Adressaten urheberrechtlicher Schrankenregelungen, vgl. *Ohly*, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 77.

3082 *Kleinmenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 563f.

3083 *Beebe*, University of Pennsylvania Law Review 2008, 549 (549); *Brenncke*, Is „fair use“ an option for U.K. copyright legislation?, S. 14.

3084 *Henderson u. a.*, Partnership 2019, 1 (5).

3085 *Henderson u. a.*, Partnership 2019, 1 (17).

3086 Vgl. statt vieler: Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12) | Copyright @ York.

3087 Vgl. Nr. 3 der Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12) | Copyright @ York.

Guidelines allerdings nicht bindend – sie vermitteln lediglich scheinbare Rechtsicherheit.

Die fehlende demokratische Legitimation ist bei Anwendung aller fair use- bzw. fair dealing-Regelungen zu beobachten: Eine derartige Generalklausel mit unbestimmten Rechtsbegriffen („fair“) ist zwingend auf ihre Konkretisierung durch die Rechtsprechung angewiesen.³⁰⁸⁸ Erhält die Justiz keine legislativen Anhaltspunkte für eine urheberrechtliche Bewertung, gleicht das Vorgehen der Judikative einer – durch konkretere Rechtsetzung vermeidbaren – Willkür. Dabei erfordert gerade das Urheberrecht infolge seiner Nähe zum Sachenrecht eine möglichst präzise Umschreibung der Rechte und Schranken.³⁰⁸⁹

Diesen rechtsstaatlichen Mangel gleicht auch nicht die andere Seite der Medaille – der unbestrittene Vorteil der gesteigerten Flexibilität – aus, die infolge Technologieneutralität der Regelung auch in Zukunft ohne eine notwendige Gesetzesänderung ein hohes Maß an Einzelfallgerechtigkeit sicherstellen kann.³⁰⁹⁰

Sofern Vorschläge für eine allgemeine Wissenschaftsschranke versuchen, durch Regelungsbeispiele ein Mehr an Rechtssicherheit zu ermöglichen,³⁰⁹¹ kann dies lediglich zugunsten bereits bekannter tatsächlicher Situationen geschehen und erfolgt zulasten der Übersichtlichkeit der Regelung, wie beispielsweise der Vorschlag eines § 45b UrhG-E der *Allianz deutscher Wissenschaftsorganisationen* aus dem Jahr 2010 zeigt.³⁰⁹² Denn Rechtsetzung erfolgt stets nachträglich und häufig unangemessen detailliert, wodurch die Einführung einer allgemeinen Wissenschaftsschranke mit Regelungsbeispielen trotz subsidiärer Auffangklausel ebenfalls mit Rechtsunsicherheit verbunden ist.³⁰⁹³

3088 Kleinemenke, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 563f.

3089 Spindler, GRUR 2002, 105 (115); Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, S. 227.

3090 Obly, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 77; Schack, ZUM 2016, 266 (270); Kleinemenke, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, S. 563; de la Durantaye, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 204.

3091 So beispielsweise de la Durantaye, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 234ff.

3092 Alexander von Humboldt-Stiftung u. a., Neuregelung des Urheberrechts, S. 8–10; Schack, ZUM 2016, 266 (267); de la Durantaye, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 200f.

3093 Schack, ZUM 2016, 266 (273).

4. Fazit

Wegen der ausgeführten unions- und verfassungsrechtlichen Bedenken sowie des mit einer allgemein gestalteten Klausel einhergehenden niedrigen Maßes an Rechtssicherheit wird eine Schrankenregelung entsprechend der fair use- bzw. fair dealing-Regelung für den wissenschaftlichen Bereich nicht empfohlen.

IV. Einführung eines veränderten § 60c UrhG-E mit Erforderlichkeitskriterium und Möglichkeiten zu dessen Konkretisierung

Eine gangbare Alternative wäre die Veränderung des geltenden Rechts in der Weise, dass die sowohl rechtlich als auch tatsächlich problematische quantitative Begrenzung der Regelungen in § 60c UrhG durch ein Erforderlichkeitskriterium ersetzt würde.³⁰⁹⁴

Indem der folgende Vorschlag weitgehend auf legislativ verankerte Spezialisierungen und Differenzierungen verzichtet, schließt er an systematisch ähnliche Entwürfe an, die bereits unter Geltung von § 52a und § 53 UrhG veröffentlicht wurden: So schlug beispielsweise *Schack* eine Schrankenregelung in § 52a UrhG-E vor, die grundsätzlich eine Nutzung veröffentlichter Werke in einem durch den jeweiligen Zweck beschränkten Umfang zulässt.³⁰⁹⁵ In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag der Kultusministerkonferenz für § 52a UrhG-E, der die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes durch öffentliche Einrichtungen grundsätzlich für zulässig erachtet, soweit dies im Rahmen der Aufgabenstellung in Bildung, Wissenschaft und Kultur gerechtfertigt und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke geboten ist, wobei ein zulässiger Zweck u.a. die Forschung ist.³⁰⁹⁶

Der im Folgenden vorgestellte Vorschlag verspricht darüber hinaus – im Vergleich zur bisherigen Rechtsetzung in § 60c UrhG sowie anderen Vorschlägen – eine gesteigerte Sachnähe sowie folglich ein höheres Maß

3094 Vgl. zu den bestehenden Problemen bei § 60c UrhG die Darstellungen zur Überprüfung der Regelungen in Teil 4 dieser Untersuchung. Zum Normgehalt des § 60c UrhG vgl. die Darstellungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

3095 *Schack*, ZUM 2016, 266 (282f.).

3096 *Pflüger*, ZUM 2010, 938 (944); *Schack*, ZUM 2016, 266 (267).

an Einzelfallgerechtigkeit.³⁰⁹⁷ Er ist zudem mit den derzeit geltenden Vorgaben des höherrangigen Rechts vereinbar.³⁰⁹⁸

1. Mögliche Ausgestaltung

a. Wortlaut der vorgeschlagenen Privilegierung

§ 60c UrhG-E (Gesetzlich erlaubte Nutzungen für die nicht kommerzielle wissenschaftliche Forschung in Deutschland) könnte wie folgt lauten:

(1) Zulässig sind die Vervielfältigung, Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes, soweit dies für Zwecke der überwiegend nicht kommerziellen wissenschaftlichen Forschung, ihrer Darstellung oder der Überprüfung ihrer Qualität erforderlich ist.

(2) Werden Werke in den Bestand einer in §§ 60e und 60f UrhG genannten Institution zur dauerhaften Aufbewahrung aufgenommen, ist deren Nutzung entsprechend § 60c Abs. 1 UrhG-E zulässig.

(3) Das Bundesministerium für Bildung und Forschung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Kriterien zur Bestimmung der Erforderlichkeit im Sinne von § 60c Abs. 1 UrhG-E festzulegen. Vor Erlass einer Rechtsverordnung gibt das Bundesministerium für Bildung und Forschung den in den Geltungsbereich der Rechtsverordnung fallenden Vereinigungen von Urhebern, Rechtsinhabern und Werknutzenden sowie dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb von 6 Wochen ab dem Tag der Bekanntmachung des Entwurfs der Rechtsverordnung.

3097 Vgl. dazu ausführlich sogleich die Darstellungen zur Opportunität der Maßnahme in diesem Teil der Untersuchung.

3098 Vgl. dazu ausführlich sogleich die Darstellungen zur Zulässigkeit der Maßnahmen in diesem Teil der Untersuchung.

b. Erläuterungen zur Normsystematik des § 60c UrhG-E

aa. Intranormsystematik

§ 60c UrhG-E gliedert sich wie folgt:

§ 60c Abs. 1 UrhG-E enthält die Grundregel zur Zulässigkeit der Nutzung von urheberrechtlich geschützten Materialien zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung. Diese Norm enthält die privilegierten Nutzungshandlungen, das Objekt der Privilegierungshandlung sowie eine Zweckbestimmung. Sie verzichtet auf die Privilegierung eines bestimmten Personenkreises.

§ 60c Abs. 2 UrhG-E trifft eine Regelung zur Zulässigkeit der Nachnutzung von urheberrechtlich geschützten Materialien, die – wie zuvor in § 60d Abs. 3 S. 2 UrhG a.F. und nun in § 60d Abs. 5 UrhG vorgesehen – in den Bestand von in §§ 60e und 60f UrhG bzw. § 60d Abs. 2 und 3 Nr. 1 UrhG genannten Institutionen aufgenommen wurden. Hierbei ist grundsätzlich auch eine Nutzung unveröffentlichter Werke möglich.

§ 60c Abs. 3 UrhG-E sieht die Möglichkeit zur Konkretisierung des Kriteriums der Erforderlichkeit im Sinne von § 60c Abs. 1 UrhG-E durch Rechtsverordnung vor.

Darüber hinaus wäre – anders als im hier vorgeschlagenen Wortlaut der Privilegierung – in § 60c Abs. 4 UrhG-E zusätzlich die Verankerung einer Löschungspflicht nach Abschluss der Qualitätsüberprüfung für Dritte möglich, wie sie bereits derzeit im Rahmen von Peer Review-Prozessen praktiziert wird.³⁰⁹⁹

bb. Internormensystematik

§ 60c UrhG-E wird – wie der bisherige § 60c UrhG – im Unterabschnitt 4 des Abschnitts 6 des Urheberrechtsgesetzes verankert.

3099 Vgl. dazu die Darstellungen zur Qualitätssicherung von Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

Neben § 60c Abs. 1 UrhG-E wäre § 60d UrhG in seiner bisherigen Fassung nicht erforderlich, da die unionsrechtlich zu privilegierenden Nutzungshandlungen zum Zwecke des Text und Data Minings bereits von § 60c Abs. 1 UrhG-E erfasst wären. Die Nutzungshandlungen, die im Rahmen des wissenschaftlichen Text und Data Minings vorgenommen werden, würden durch § 60c UrhG-E bereits privilegiert. Auf § 60d UrhG könnte daher – bei Einführung des § 60c Abs. 1 UrhG-E – vollständig verzichtet werden. Lediglich aus Gründen der Rechtssicherheit könnte die grundsätzliche Beibehaltung der ausdrücklichen Regelung zum Text und Data Mining erwogen werden.³¹⁰⁰

§ 60g UrhG und § 60h UrhG könnten und sollten in ihrer bisherigen Form grundsätzlich beibehalten werden.³¹⁰¹ Denn § 60g UrhG stellt die über die gesetzliche Schrankenregelung hinausgehende Möglichkeit der individuellen Lizenzierung zugunsten der Forschenden sicher; lediglich § 60g Abs. 2 UrhG sollte dahingehend erweitert werden, dass Vereinbarungen gemäß § 60c Abs. 2 UrhG-E ebenfalls Vorrang vor der gesetzlichen Erlaubnis genießen, um eine Wahrung der Persönlichkeitsrechte, deren Wahrnehmung den Einrichtungen übertragen wurde, sicherzustellen. § 60h UrhG ermöglicht durch sein Erfordernis der Vergütung der Nutzung grundsätzlich einen angemessenen Interessenausgleich.

Auch die Notwendigkeit der Quellenangabe in § 63 UrhG sollte bestehen bleiben.

Eine Befristung des § 60c UrhG-E ist nicht vorgesehen.³¹⁰²

3100 Allein die Existenz einer Norm wird von Forschenden als Ursache zur Erhöhung der Rechtssicherheit angesehen, vgl. dazu die Darstellungen zur Rechtssicherheit in Teil 3 und 4 dieser Untersuchung. Mit einer Beibehaltung des § 60d UrhG wäre jedenfalls auch die Konformität mit der unionsrechtlichen Vorgabe der ausschließlichen Privilegierung von Werken, zu denen rechtmäßig Zugang besteht, sichergestellt.

3101 Zu ihrem Normgehalt vgl. die Darstellungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

3102 Eine solche sah § 142 Abs. 2 UrhG a.F. noch für den derzeit geltenden § 60c UrhG vor, obwohl bereits in Bezug auf dessen Vorgängernorm in § 137k UrhG a.F. eine Entfristung angeregt wurde, vgl. dazu *Obhy*, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 82.

c. Erläuterungen zu den Voraussetzungen der gesetzlich erlaubten Nutzung

aa. Zweckbestimmung

Die Zweckbestimmung „für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung“ wird dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL entnommen, um Unionsrechtskonformität sicherzustellen.³¹⁰³

Die unionsrechtlich gebotene Einschränkung auf die Nicht-Kommerzialität wird mit dem festen Bezugspunkt der wissenschaftlichen Forschungstätigkeit in die Norm eingeführt, wie dies bereits bisher in § 60c Abs. 1 UrhG der Fall ist.³¹⁰⁴

Um öffentlich-private Partnerschaften³¹⁰⁵ zu privilegieren, ohne eine Auslegung entgegen dem nationalen Wortlaut einer Norm vornehmen zu müssen, wird das Merkmal der Nicht-Kommerzialität insofern modifiziert, als eine „überwiegend“ nicht kommerzielle wissenschaftliche Forschung als für die Privilegierung des § 60c Abs. 1 UrhG-E ausreichend angesehen wird. Eine Beteiligung von Unternehmen in Forschungsprojekten ist daher grundsätzlich zulässig; lediglich die Forschungstätigkeit selbst darf nicht nur mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden.³¹⁰⁶ In den Gesetzgebungsmaterialien sollte explizit auf die Zulässigkeit von öffentlich-privaten Partnerschaften hingewiesen werden.

Des Weiteren wird die Darstellung der Forschungsergebnisse explizit in den Tatbestand der gesetzlich erlaubten Nutzung aufgenommen, um etwaige Auslegungsfragen des deutschen Rechts³¹⁰⁷ bereits mittels eines klaren Wortlauts zu beantworten. Denn Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-

3103 Vgl. zu den unionsrechtlichen Vorgaben die Darstellungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

3104 Vgl. dazu die Darstellungen zur Zweckbestimmung des § 60c Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

3105 Deren ausdrückliche Privilegierung ist inzwischen in der DSM-RL unionsrechtlich vorgesehen; vgl. dazu die Darstellungen zur Zweckbestimmung des § 60c Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

3106 Dies würde sonst unionsrechtlichen Vorgaben zuwiderlaufen, vgl. dazu die Darstellungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

3107 Vgl. dazu die Darstellungen zum Begriff der wissenschaftlichen Forschung bei § 60c Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

RL gestattet explizit die Nutzung zu Illustrationszwecken;³¹⁰⁸ auch §§ 19, 21 LUG a.F. sahen bereits die Privilegierung der Aufnahme einzelner Aufsätze von geringem Umfang oder einzelner Gedichte nach dem Erscheinen in eine selbständige wissenschaftliche Arbeit vor und legen damit nahe, dass die Darstellung von Forschungsergebnissen für die wissenschaftliche Forschung wesentlich ist.

Zusätzlich wird die Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung ausdrücklich in die Zweckbestimmung des § 60c Abs. 1 UrhG-E aufgenommen: Nutzungshandlungen zu einem derartigen Zweck sind bereits unter § 60c Abs. 1 Nr. 2 UrhG grundsätzlich gestattet.³¹⁰⁹ Dies gebietet das Unionsrecht in Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL.³¹¹⁰ Im Gegensatz zur bisherigen Regelung ist allerdings in der Regel eine vollständige Nutzung von Werken zur Überprüfung der Qualität zulässig.³¹¹¹

Die Einbeziehung der Unterrichtung über den Stand der Forschung in den Begriff der wissenschaftlichen Forschung erfolgt – wie bereits oben ausgeführt³¹¹² – stets „zum Zweck“ der methodisch-systematischen Erkenntnisgewinnung und ist folglich auch ohne ausdrückliche Erwähnung von der Privilegierung in § 60c Abs. 1 UrhG-E erfasst.

bb. Privilegierte Nutzungshandlungen

Durch die Privilegierung des § 60c UrhG-E eingeschränkt werden das Recht der Vervielfältigung im Sinne des §§ 15 Abs. 1 Hs. 2 Nr. 1, 16 UrhG, der Verbreitung im Sinne des § 15 Abs. 1 Hs. 2 Nr. 2, 17 UrhG sowie der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des § 15 Abs. 2 UrhG.

3108 Vgl. dazu die Darstellungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

3109 Vgl. dazu die Darstellungen zu § 60c Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

3110 Vgl. dazu die Darstellungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

3111 Vgl. zu den Defiziten der bestehenden Regelung die Darstellungen zur Überprüfung der Regelung des § 60c Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 UrhG in Teil 4 dieser Untersuchung.

3112 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen im Rahmen der Überprüfung des § 60c Abs. 2 und Abs. 3 UrhG in Teil 4 dieser Untersuchung.

Die privilegierten Nutzungshandlungen werden in der Norm nicht durch die Nutzung von Modalverben („dürfen vervielfältigt werden“), sondern substantivisch aufgeführt, da bereits im Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft³¹¹³ versucht wurde, einen einheitlichen Wortlaut herzustellen.

Das Recht der Vervielfältigung sowie das Recht der Verbreitung sind im bisherigen Recht bereits für Nutzungen im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung sowie in Forschungsgruppen und bei der Qualitätsüberprüfung privilegiert.³¹¹⁴ Insofern ergeben sich in Bezug auf die Nutzungshandlungen keine Veränderungen.

Anders als im bisherigen Recht wird zusätzlich nicht die öffentliche Zugänglichmachung privilegiert, sondern die öffentliche Wiedergabe.

cc. Objekt der Privilegierungshandlung

Objekt der Privilegierungshandlung ist bei § 60c Abs. 1 UrhG-E – anders als im bisherigen Recht³¹¹⁵ – nur das veröffentlichte Werk. Für etwaige Vervielfältigungen unveröffentlichter Werke muss eine Einwilligung des jeweiligen Rechtsinhabers eingeholt werden. Bei § 60c Abs. 2 UrhG-E wird dagegen grundsätzlich auch eine Nutzung von unveröffentlichten Werken ermöglicht; zur Wahrung der beteiligten Interessen, insbesondere solcher persönlichkeitsrechtlicher Art, besteht hier allerdings gemäß § 60g UrhG kein absoluter Vorrang der gesetzlich erlaubten Nutzung gegenüber vertraglichen Regelungen.

Die Privilegierung des § 60c UrhG-E gilt werkartunabhängig; insbesondere werden Zeitungen und Publikumszeitschriften vollständig in die neue Privilegierung miteinbezogen.³¹¹⁶ Auch auf die Differenzierung aus Beiträ-

3113 RegE: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drs. 15/38, S. 19.

3114 Vgl. dazu die jeweiligen Darstellungen zu den privilegierten Nutzungshandlungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

3115 Vgl. dazu die Darstellungen zum Objekt der Privilegierungshandlung des § 60c Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

3116 Anders als bisher, vgl. dazu die Darstellungen zu den Ausnahmen des 15 Prozent-Grundsatzes in § 60c Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

gen „derselben“ Zeitung, die in der Vergangenheit mit Rechtsunsicherheit verbunden war, wird verzichtet.³¹¹⁷

Anders als bisher in § 60c UrhG³¹¹⁸ werden die quantitativen Begrenzungen entfernt. Stattdessen soll eine Erforderlichkeitsschwelle eingeführt werden, die den Umfang der urheberrechtlich relevanten Handlung begrenzt.

Die Berücksichtigung von vorhandenen Angeboten zur Einräumung von Nutzungsrechten wird durch das Erforderlichkeitskriterium insofern sichergestellt, als die Forschenden die für sie bestehenden Möglichkeiten in ihre Entscheidung über die Erforderlichkeit miteinzubeziehen haben. Ist eine Nutzungsrechtseinräumung gegen Entgelt in zumutbarer Weise möglich, z.B. über Plattformen wie RightsLink, ist eine Inanspruchnahme der Privilegierung des § 60c UrhG-E nicht erforderlich.³¹¹⁹ Dem Rechteinhaber wird so grundsätzlich die Möglichkeit zur individuellen Lizenzierung gegeben. Erst, wenn eine solche nicht vorhanden oder schwer zugänglich ist, ist eine Inanspruchnahme der gesetzlichen Privilegierung gerechtfertigt.

Auf eine ausdrückliche Beschränkung des Tatbestands auf Werke, zu denen rechtmäßiger Zugang besteht, wird verzichtet.³¹²⁰ Dieser Verzicht erfolgt aus folgenden Gründen: Erstens ist die Einschätzung der Rechtmäßigkeit eines Zugangs für den einzelnen Forschenden nicht zweifelsfrei bestimmbar und birgt erhebliche Rechtsunsicherheit. Nur im Falle einer für den Forschenden offensichtlichen Rechtswidrigkeit könnte das Merkmal eines rechtmäßigen Zugangs rechtssicher angewandt werden; diesbezüglich ist allerdings auch der grundsätzliche Schutz der Forschungsfrei-

3117 Anders als bisher, vgl. dazu die Darstellungen zu den Ausnahmen des 15 Prozent-Grundsatzes in § 60c Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

3118 Vgl. dazu die jeweiligen Darstellungen zum Objekt der Privilegierungshandlung in Teil 2 dieser Untersuchung.

3119 Vgl. zur Funktionsweise von RightsLink die Darstellungen zur Förderung der Privatautonomie in diesem Teil der Untersuchung.

3120 Eine solche wird lediglich in der unionsrechtlichen Grundlage zum Text und Data Mining (Art. 3 Abs. 1 DSM-RL) gefordert, vgl. dazu die Darstellungen zum Objekt der Privilegierungshandlung des § 60c Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

heit zu berücksichtigen.³¹²¹ Zweitens – und entscheidender – sollte die Rechtmäßigkeit des Zugangs nicht die Zulässigkeit der – insoweit nachgelagerten – urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlung bestimmen. Unrechtmäßigen Zugangsverschaffungen sollte nicht mittels des Urheberrechts, sondern vielmehr mittels insoweit einschlägiger vertrags- oder sanktionsrechtlicher Regelungen begegnet werden.

dd. Privilegierter Personenkreis

Auf jegliche Einschränkungen zum privilegierten Personenkreis wird in diesem Vorschlag aus Gründen der Rechtssicherheit verzichtet. Damit werden Nutzungshandlungen zum Zweck der nicht kommerziellen wissenschaftlichen Forschung, die ohnehin häufig innerhalb der wissenschaftlichen Gemeinschaft stattfinden, grundsätzlich ermöglicht.³¹²² Zwar sind diese grundsätzlich im urheberrechtlichen Sinne öffentlich; es wird allerdings auch ohne explizite Erwähnung meist nur ein begrenzter Personenkreis erreicht, wodurch die Auswirkungen der Privilegierungen auf den Primärmarkt als sehr gering einzuschätzen sind.³¹²³

ee. Verordnungsermächtigung

§ 60c Abs. 3 UrhG-E ermächtigt das Bundesministerium für Bildung und Forschung, u.a. selbst Ober- und Untergrenzen einer zulässigen Nutzung festzusetzen.

§ 60c Abs. 3 UrhG-E ist eine Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung im Sinne des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG. Damit bedient sich der Regelungsentwurf dem verfassungsrechtlich nicht definierten Begriff der

3121 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Anforderungen des Verfassungsrechts sowie den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3122 Vgl. dazu die Darstellungen zum urheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriff in Teil 1 dieser Untersuchung sowie zur kollaborativen Forschung im Rahmen der Überprüfung der Regelung des § 60c Abs. 1 Nr. 1 UrhG in Teil 4 dieser Untersuchung.

3123 Vgl. dazu die Darstellungen zum urheberrechtlichen Öffentlichkeitsbegriff in Teil 1 dieser Untersuchung sowie zur kollaborativen Forschung im Rahmen der Überprüfung der Regelung des § 60c Abs. 1 Nr. 1 UrhG und den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

Rechtsverordnung. Aus materieller Sicht handelt es sich dabei um „ein[en] von der Exekutive auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erlassene[n] Rechtssatz [...], der grundsätzlich allgemeine, für jedermann verbindliche Regelungen enthält“ und als „Rechtsverordnung“ bezeichnet ist.³¹²⁴ Eine solche Rechtsetzung durch Rechtsverordnung ist dem Urheberrecht nicht fremd: So sieht § 36a Abs. 8 UrhG die Möglichkeit des Erlasses einer Rechtsverordnung zur Regelung weiterer Einzelheiten des Verfahrens vor der Schlichtungsstelle vor, § 45c Abs. 5 UrhG ermächtigt zum Erlass einer Rechtsverordnung zur Festlegung der Pflichten der zur Umwandlung von Werken in ein barrierefreies Format befugten Stellen, § 105 Abs. 1 und 2 UrhG ermächtigen zum Erlass einer Rechtsverordnung zur Regelung der Gerichtszuständigkeit für urheberrechtliche Streitigkeiten in den Ländern und § 138 Abs. 5 UrhG ermöglicht den Erlass einer Rechtsverordnung zu Bestimmungen über die Führung des Registers anonymer und pseudonymer Werke.

Zum Erlass einer Rechtsverordnung können gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG durch Gesetz grundsätzlich die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden (1). Dabei müssen gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden (2), da sich die Legislative nicht vollständig ihrer Rechtsetzungsbefugnis entäußern darf.³¹²⁵

(1) Zuständig für den Erlass einer solchen Rechtsverordnung im Sinne des § 60c Abs. 3 UrhG-E ist nicht – wie das Urheberrechtsgesetz an anderer Stelle vorsieht³¹²⁶ – das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) als das Ministerium, zu dessen Ressort das Urheberrecht als solches zu zählen ist. Vielmehr verfügt das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) in diesem Fall über eine größere Sachnähe zum Urheberrecht im Bereich der wissenschaftlichen Forschung. So war es beispielsweise das BMBF, das im Nachgang des Erlasses des UrhWissG eine Website mit FAQ zum Urheberrecht in der Wissenschaft

3124 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland - Band 2, S. 653; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Art. 80 GG Rn. 28 und 32; *Danwitz*, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, S. 27f.

3125 BVerfG, Urt. v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14 (60) – Südweststaat; BVerfG, Beschl. v. 10.10.1972 - 2 BvL 51/69, BVerfGE 34, 52 (60) – Hessisches Richtergesetz; *Dietlein*, in: Beckmann/Mann/Durner/Röckinghausen, § 4 BImSchG Rn. 10.

3126 Vgl. §§ 36a Abs. 8, 45c Abs. 5, 121 Abs. 3, 138 Abs. 5 UrhG.

bereitstellte, auf der adressatengerecht dargestellt wird, „was Forschende und Lehrende wissen sollten.“³¹²⁷ Trotzdem soll die Expertise des BMJV durch Anhörung bzw. Gelegenheit zur Stellungnahme beim Erlass der Rechtsverordnung Berücksichtigung finden.³¹²⁸

Gleiches gilt für die unmittelbar durch die Rechtsverordnung betroffenen Verbände und Interessengruppen, die das BMBF vor Erlass der Rechtsverordnung anzuhören verpflichtet ist: Zur Ermöglichung fachgerechter Lösungen, die zur Stärkung der Rechtssicherheit in bestimmten Fächern beitragen, wäre es wünschenswert, dass die wissenschaftlichen Fachgesellschaften als sachkundige Vertretung ihres Faches eine aktive Rolle in der Gestaltung des Rechts einnehmen, da sie über Kenntnisse von den Abläufen des wissenschaftlichen Forschungsprozesses im jeweiligen Fach verfügen.³¹²⁹ Diese Konsultationsverpflichtung hat sich bereits in anderen Bereichen, z.B. in § 7 und 11 AEntG, als sehr hilfreich erwiesen.³¹³⁰

Sollten in künftigen Legislaturperioden Zuständigkeiten innerhalb der Bundesregierung verändert werden, behält diese Zuweisungskompetenz trotzdem ihre Wirksamkeit: Gemäß § 1 Abs. 1 ZustAnpG führt dies zu einem Übergang der zugewiesenen Zuständigkeiten auf die nach der Überführung zuständige oberste Bundesbehörde.³¹³¹

Die Ermächtigung des Ministeriums in § 60c Abs. 3 UrhG-E statt des in Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ermächtigten Ministers ist auf die in der Gesetzgebung beabsichtigte gendergerechte Sprache zurückzuführen.³¹³²

(2) Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG fordert für die Ermächtigung zum Erlass derartiger Rechtssätze, dass sie Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung genau bestimmen.³¹³³

3127 Abrufbar unter: <https://www.bmbf.de/de/was-forschende-und-lehrende-wissen-sollten-9523.html>.

3128 *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Art. 80 GG Rn. 12 m.w.N.

3129 Vgl. dazu bereits die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft in Teil 3 dieser Untersuchung.

3130 Vgl. dazu ausführlich *Franzen*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, § 7 AEntG Rn. 11 und § 11 AEntG Rn. 3.

3131 *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Art. 80 GG Rn. 78; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Art. 80 GG Rn. 7.

3132 *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Teil B 1.8 Rn. 110-123.

3133 *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Art. 80 GG Rn. 63ff.; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Art. 80 GG Rn. 13ff.

Inhalt der zu erlassenden Rechtsverordnung sind objektiv bestimmbare Kriterien, die den Forschenden Orientierung bei der Entscheidung über die urheberrechtliche Zulässigkeit der jeweils beabsichtigten Nutzung geben sollen. Dabei kann es sich um werkartspezifische Mindest- oder – wie im bisherigen Recht vorgesehen³¹³⁴ – Maximalumfänge handeln. Es können und sollten jedoch auch nicht-messbare Kriterien, wie beispielsweise die Umstände der Verfügbarkeit des Werkes und etwaiger Vervielfältigungsstücke, die Umstände der Nutzung des Werkes sowie die Umstände der Forschungsarbeit als Ganzes und ihr Öffentlichkeitsbezug Berücksichtigung finden. Insbesondere kann differenziert werden zwischen der Erforderlichkeit einer Nutzung im Rahmen des Umgangs mit urheberrechtlich geschützten Materialien in der Literaturrecherche, in der unmittelbaren Forschungstätigkeit, in der forschungseinrichtungsinternen sowie -externen Zusammenarbeit sowie Regelungen zur Erforderlichkeit einer Nachnutzung von urheberrechtlich geschützten Materialien in der wissenschaftlichen Forschung.³¹³⁵ So kann eine öffentliche Zugänglichmachung in einer größeren Forschungsgruppe bis zu 50 Personen zum Zwecke der Zusammenarbeit in einer Disziplin ebenso erforderlich sein wie die vollständige Vervielfältigung einzelner Werke zur Ermöglichung der individuellen mobilen Forschungsarbeit und des Einsatzes moderner Forschungsmethoden in einer anderen Disziplin. Beispielsweise könnten auf diese Weise für Forschungsgegenstände, die lediglich in einem Museum verfügbar sind, von denen aber bereits heute nach Verhandlungen seitens der Museen Vervielfältigungen zur Nutzung außerhalb des Museums angefertigt werden, einheitlichere Regelungen gefunden werden, die den fachspezifischen Anforderungen Rechnung tragen, ohne ungebührlich in die Interessen der Rechtsinhaber einzugreifen. Auch könnte unter Berücksichtigung der Entwicklung moderner Kommunikationsmedien auf diese Weise fachübergreifend eine Lösung für die Darstellung von Forschungsergebnissen anhand der vollständigen, ursprünglichen Forschungsdaten, z.B. dem untersuchten Werk der Musik in voller Länge, gefunden werden. Die Bestimmung der Erforderlichkeit in Bezug auf die Forschungsliteratur, die derzeit fachübergreifend auf Kritik stößt,³¹³⁶ könnte fachspezifisch auf

3134 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Normen des nationalen Wissenschaftsurheberrechts in Teil 2 dieser Untersuchung.

3135 Vgl. dazu die jeweiligen Darstellungen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3136 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen im Rahmen der Überprüfung der Regelungen in Teil 4 dieser Untersuchung.

ein angemessenes Maß reduziert bzw. erweitert werden, ohne die Rechte der Urheber unangemessen zu beschneiden.

Zweck der Rechtsverordnung ist die Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit aus § 60c Abs. 1 UrhG-E. Dies schließt nicht aus, dass in Bezug auf verschiedene Nutzungshandlungen verschiedene Kriterien für die Erforderlichkeit festgelegt werden können.

Das Ausmaß der Ermächtigung beschränkt sich auf die Regelung dieses einen Tatbestandsmerkmals. Es ist beispielsweise nicht gestattet, darüber hinaus weitere Nutzungshandlungen (wie z.B. das Ausstellungsrecht in § 18 UrhG) oder andere Gruppen von Nutzenden mittels Rechtsverordnung zu privilegieren. Auch ist es nicht gestattet, die Zweckbestimmung in § 60c Abs. 1 UrhG-E durch eine erweiternde Rechtsverordnung zu unterlaufen.

2. Zulässigkeit einer derartigen Maßnahme

§ 60c UrhG-E ist in seiner vorgeschlagenen Ausführung mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar:

Da Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL eine sehr großzügige Privilegierung gestattet, kann § 60c UrhG-E trotz seiner weiten Formulierung („soweit erforderlich“) dessen Anforderungen Rechnung tragen.³¹³⁷ Denn Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL erlaubt die Einführung von Ausnahmen und Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts, des Verbreitungsrechts sowie des Rechts der öffentlichen Wiedergabe für die Nutzung zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, sofern grundsätzlich die Quelle angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.³¹³⁸

Soweit § 60c UrhG-E den Wortlaut der Richtlinienbestimmung übernimmt (beispielsweise in Bezug auf „Zwecke der wissenschaftlichen Forschung“), sind unzulässige Diskrepanzen zwischen nationalem und unionalem Recht ausgeschlossen. Gleichzeitig ermöglicht der Gleichlauf mit

3137 Vgl. dazu die Darstellungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

3138 Vgl. dazu die Darstellungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

dem Wortlaut der InfoSoc-RL eine erleichterte unionsrechtskonforme Auslegung.

Über den Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL hinaus enthält der Wortlaut des § 60c UrhG-E zwei zulässige, klarstellende Ergänzungen: Die Darstellung wissenschaftlicher Forschung ist bereits nach dem Wortlaut der englischen und französischen Sprachfassung der InfoSoc-RL in die urheberrechtliche Privilegierung der wissenschaftlichen Forschung miteinzubeziehen; gleiches gilt für die Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung, die explizit von Art. 15 DSM-RL in den Begriff der wissenschaftlichen Forschung einbezogen wird.³¹³⁹

Durch die Einbeziehung der überwiegend (!) zu nicht-kommerziellen Zwecken dienende wissenschaftliche Forschung ist die grundsätzliche Privilegierung der Forschungstätigkeit von öffentlich-privaten Partnerschaften in § 60c Abs. 1 UrhG-E sichergestellt. Damit werden etwaige Auslegungsdifferenzen (auch in Bezug auf § 60d UrhG, der durch Art. 3 DSM-RL beeinflusst wird) vermieden, die letztlich zu einer Unvereinbarkeit mit geltendem Unionsrecht führen könnten.³¹⁴⁰

Eine Unvereinbarkeit mit geltendem Unionsrecht ergibt sich auch nicht infolge des Erfordernisses der Quellenangabe bei Nutzung im Rahmen wissenschaftlicher Forschung. Zwar sieht § 60c UrhG-E kein solches Erfordernis einer Quellenangabe vor; § 63 Abs. 1 UrhG garantiert aber – insoweit „hinter die Klammer gezogen“ – auch weiterhin durch Verweis die Quellenangabe bei Nutzung eines Werkes im Sinne von § 60c UrhG-E.

Die Beschränkung in Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL a.E. („soweit“) wird ebenfalls durch § 60c UrhG-E übernommen. Dadurch wird eine grundsätzliche quantitative Beschränkung ermöglicht – anders als im bisherigen Recht bleibt gemäß § 60c Abs. 1 UrhG-E darüber hinaus allerdings auch die vollständige Nutzung eines Werkes möglich.³¹⁴¹

3139 Vgl. zu beidem die Darstellungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben in Teil 2 dieser Untersuchung.

3140 Vgl. dazu die Darstellungen zur Zweckbestimmung des § 60c Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

3141 Vgl. zum Normgehalt des bisherigen § 60c UrhG die Darstellungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

Auch ist § 60c UrhG-E mit den Vorgaben des Drei-Stufen-Tests vereinbar: Es handelt sich um einen bestimmten Sonderfall im Sinne von Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL, der – infolge der bestehenden Möglichkeit zur individuellen Lizenzierung – die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt, wodurch in der Folge die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers ebenfalls nicht ungebührlich verletzt werden.³¹⁴² Für Rechtsinhaber besteht ungeachtet der Schrankenregelung weiterhin die Möglichkeit der Lizenzierung; es wird sogar ein zusätzlicher Anreiz für Verhandlungen mit Nutzenden geschaffen, was eine Steigerung rechtmäßiger Transaktionen zur Folge haben kann. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass – sofern einfach zugängliche Lizenzierungsmöglichkeiten bestehen (wie z.B. bei RightsLink) – diese auch bereitwillig von Forschenden in Anspruch genommen werden.³¹⁴³ In solch einem Fall besteht kein Grund für eine gesetzliche Privilegierung.

Auch aus dem Wegfall des einschränkenden Kriteriums des bestimmt abgegrenzten Kreises von Personen, das in § 60c UrhG noch enthalten ist, ergibt sich keine Unvereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorgaben: Eine solche ist weder in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL geboten, da die unionsrechtliche Bestimmung den Zweck für entscheidend erachtet und die Privilegierung nicht personenbezogen ausgestaltet ist.³¹⁴⁴ Noch ergibt sich – aufgrund der grundsätzlich abgeschlossenen wissenschaftlichen Community – eine solche Notwendigkeit aus Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL.³¹⁴⁵ Auch wenn Art. 3 DSM-RL eine Beschränkung auf Institutionen nahelegt, bedarf es einer Anpassung des nationalen Rechts in § 60c UrhG-E nicht, solange sichergestellt ist, dass auch diese privilegiert werden.³¹⁴⁶ Dies ist im Falle der Beibehaltung des § 60d UrhG jedenfalls der Fall.

3142 Vgl. zum Drei-Stufen-Test die Darstellungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

3143 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft in Teil 3 dieser Untersuchung.

3144 Vgl. dazu die Darstellungen zu Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL in Teil 2 dieser Untersuchung.

3145 Vgl. dazu die Darstellungen zu Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL in Teil 2 dieser Untersuchung.

3146 So allerdings angeregt von Interview mit P_S1 und WissMit_S1, Z. 51, die eine Abgrenzung des privilegierten Personenkreises durch Institutionenbezug vorschlagen.

Durch die vorgeschlagene Gestaltung des § 60c UrhG-E ist des Weiteren sichergestellt, dass die in Art. 14 GG sowie Art. 17 GRCh garantierte Eigentumsfreiheit nicht verletzt wird.³¹⁴⁷ In dem vorgeschlagenen § 60c UrhG-E liegt eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, der das Ausschließlichkeitsrechts des Urhebers bzw. des Rechtsinhabers aus Gründen der Sozialbindung – insbesondere zur Förderung der verfassungsrechtlich ebenfalls geschützten Wissenschaft – einschränkt und die verfassungsrechtlich geschützten Güter in praktische Konkordanz bringt.³¹⁴⁸ Der Schutz der Eigentumsfreiheit wird auch durch die grundsätzliche Vergütungspflicht, die bereits jetzt in § 60h Abs. 1 S. 1 UrhG verankert ist, sichergestellt; urheberrechtlich geschützte Werke können auf diese Weise gerade nicht „Selbstbedienungsläden für die Wissenschaft“³¹⁴⁹ sein.

Auch andere verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht. Insbesondere gibt § 60c Abs. 3 UrhG-E an, „welche Sachfragen (Inhalt) in welchem Umfang (Ausmaß) und mit welcher Zielrichtung (Zweck) von der Exekutive durch Verordnung geregelt werden können oder müssen.“³¹⁵⁰ Die Verordnungsermächtigung in § 60c Abs. 3 UrhG-E erfüllt damit die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.³¹⁵¹

Auch tritt § 60c UrhG-E nicht in Konflikt mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht: Anders als die bisherigen § 60c Abs. 1 bis 3 UrhG³¹⁵² ist die Privilegierung in § 60c Abs. 1 UrhG-E lediglich auf veröffentlichte Werke beschränkt. § 60c Abs. 2 UrhG-E erweitert diese Erlaubnis – wie von der Legislative durch das UrhWissG beabsichtigt³¹⁵³ – zwar grundsätzlich auf unveröffentlichte Werke, die sich im Bestand von Archiven oder ähnlichen Institutionen befinden; da sich diese Erlaubnis allerdings

3147 Vgl. zum jeweiligen Schutzgehalt die Darstellungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

3148 Vgl. dazu ausführlich die Darstellungen zum Prüfungsmaßstab sowie den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3149 So *Schack*, ZUM 2016, 266 (271).

3150 *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Art. 80 GG Rn. 63.

3151 Vgl. dazu bereits die Darstellungen zu Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zuvor in diesem Teil der Untersuchung.

3152 Vgl. dazu die Darstellungen zum Objekt der Privilegierungshandlung sowie zur Forschung an unveröffentlichten Werken in Teil 3 dieser Untersuchung.

3153 RegE UrhWissG, S. 42.

nur auf die Verwertungsrechte und nicht auf die Persönlichkeitsrechte bezieht, besteht keine Gefahr für deren Verletzung. Soweit Institutionen die Wahrnehmung von Rechten übertragen wurde, die über die urheberrechtlichen Verwertungsrechte hinausgehen, ist deren Durchsetzung nicht Aufgabe des Urheberrechts; in vielen Fällen wird allerdings im Rahmen der Zugangsverhandlungen insbesondere bei Archivmaterialien ohnehin grundsätzlich eine ausdrückliche Erlaubnis eingeholt werden.³¹⁵⁴ Im Fall der Nichtfeststellbarkeit des Urhebers bzw. Rechtsinhabers kann auf die bestehenden Regelungen für verwaiste Werke zurückgegriffen werden (§§ 61 ff. UrhG).

3. Opportunität einer derartigen Maßnahme

Die offene Formulierung des § 60c Abs. 1 UrhG-E ermöglicht den grundsätzlichen Zugang zu bestehendem Wissen und die Durchführung von Forschung an Ursprungsmaterialien. Insbesondere die Privilegierung der öffentlichen Wiedergabe ermöglicht durch ihre Technologieneutralität die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke auch mittels neuer, derzeit noch unbekannter Technologien;³¹⁵⁵ damit einher geht eine mangels künftigen Anpassungsbedürfnis gesteigerte Beständigkeit des Rechts, die ebenfalls die Rechtssicherheit fördert.³¹⁵⁶

Des Weiteren ermöglicht der Verzicht auf die quantitativen Beschränkungen die rechtssichere Nutzung urheberrechtlich geschützter Materialien im Umfang des jeweils im konkreten Projekt Erforderlichen.³¹⁵⁷

Die weite Privilegierung des § 60c Abs. 1 UrhG-E schafft aber gleichzeitig – anders als die bisherige restriktive Nutzungsregelung in § 60c UrhG – Anreize für individuelle Lizenzierungen seitens der Rechtsinhaber von Werken ganz unterschiedlicher Art. Auf diese Weise werden sie dazu angehalten, sich zur Sicherstellung einer angemessenen Vergütung auf individualvertragliche Lösungen einzulassen, die ihnen die Möglichkeit der

3154 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft in Teil 3 dieser Untersuchung.

3155 Vgl. im Gegensatz dazu die Darstellungen zu den privilegierten Nutzungshandlungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

3156 Vgl. dazu die Darstellungen zur Rechtssicherheit in Teil 3 und 4 dieser Untersuchung.

3157 Anders als bisher, vgl. dazu die Darstellungen zu den Ausnahmen des 15 Prozent-Grundsatzes in § 60c Abs. 3 UrhG in Teil 3 dieser Untersuchung.

Gewinnabschöpfung bieten. Diese im Vergleich zur bisherigen Lage³¹⁵⁸ verstärkte Verhandlungsbereitschaft wird vermutlich den Zugang zu bestehendem Wissen ebenfalls fördern.

Dem Interesse an der Kommunikation von Forschung wird durch § 60c Abs. 1 UrhG-E in zweifacher Hinsicht Rechnung getragen:³¹⁵⁹ Erstens wird der Zweck der Darstellung explizit in den Wortlaut der Norm aufgenommen; zweitens wird auf das im bisherigen § 60c Abs. 1 Nr. 1 und 2 und Abs. 3 UrhG enthaltene Merkmal eines bestimmt abgegrenzten Kreises von Personen verzichtet. Beides hat zur Folge, dass die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke im Rahmen von Präsentationen auf wissenschaftlichen Konferenzen und Publikumsveranstaltungen jedenfalls vom Privilegierungstatbestand erfasst wird und dies für alle Forschenden bei der reinen Lektüre des Gesetzestextes erkennbar ist.³¹⁶⁰ Damit wird zugleich zur Klarheit des Normgehalts beigetragen.³¹⁶¹

Diese Steigerung der Normklarheit wurde auch mit der Einführung des § 60c Abs. 2 UrhG-E bezweckt. Die Regelung trägt zugleich dem Interesse an der Replizierbarkeit von Forschungsergebnissen Rechnung, indem sie die Nachnutzung von Werken im Bestand der in §§ 60e und 60f UrhG genannten Institution gewährleistet.³¹⁶² Bei Gestattung derartiger Nachnutzung ist besonderes Augenmerk auf die Wahrung der Urheberpersönlichkeitsrechte zu richten: Vielfach befinden sich in den Institutionen im Sinne von §§ 60e und 60f UrhG auch unveröffentlichte Werke.³¹⁶³ Deren Veröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG) liegt allein beim Urheber und ist grundsätzlich nicht übertragbar. Würde § 60c Abs. 2 UrhG-E nun die öffentliche Zugänglichmachung derartiger Werke erlauben, läge ein erheblicher Eingriff in das Urheberpersönlichkeitsrecht vor. Da sich der Verweis in § 60c Abs. 2 UrhG-E allerdings lediglich auf die in § 60c Abs. 1 UrhG-E

3158 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft bei der Forschung an Ursprungsmaterialien in Teil 3 dieser Untersuchung.

3159 Vgl. dazu die Darstellungen zur Kommunikation von Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

3160 Vgl. zu dieser Art der Nutzung die Darstellungen zur Kommunikation von Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

3161 Vgl. dazu die Darstellungen zur Rechtssicherheit und Effektivität in Teil 3 und 4 dieser Untersuchung sowie sogleich.

3162 Vgl. dazu die Darstellungen zur Replizierbarkeit in Teil 3 dieser Untersuchung.

3163 Vgl. dazu beispielsweise die Darstellungen zu den Archivalien in Teil 3 und 4 dieser Untersuchung.

privilegierten Nutzungshandlungen bezieht, wahrt auch die gesetzlich erlaubte Nachnutzung in § 60c Abs. 2 UrhG-E das Urheberpersönlichkeitsrecht. Die Nutzung unveröffentlichter Werke, die mit einer Veröffentlichung einhergehen, bedarf – wie zuvor³¹⁶⁴ – einer Erlaubnis des jeweiligen Rechtsinhabers.

Das in der Wissenschaft so bedeutsame Interesse an Einzelanerkennung wird – ebenso wie im bisherigen Recht³¹⁶⁵ – durch die in § 63 Abs. 1 UrhG verankerte Notwendigkeit der Quellenangabe bei Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke im Rahmen von § 60c Abs. 1 UrhG-E sichergestellt.

Der wohl bedeutsamste Vorteil des Normvorschlags in § 60c UrhG-E gegenüber der bisherigen Regelung in § 60c UrhG tritt bei Betrachtung des Interesses an Rechtssicherheit zutage: Diesem wird in mehrfacher Hinsicht durch die Neuregelung besser Rechnung getragen.

Zunächst findet sich die Grundregel zur urheberrechtlich zulässigen Nutzung direkt zu Beginn in Abs. 1 des § 60c UrhG-E, wodurch sie selbst für Forschende gut auffindbar ist. Die Norm selbst wird dazu – wie der bisherige § 60c UrhG – im Unterabschnitt 4 des Abschnitts 6 des Urheberrechtsgesetzes verankert.³¹⁶⁶ Dies hat den Vorteil der Zentralisierung und der besseren Auffindbarkeit für Normadressaten.

Zudem wurde in der Formulierung des § 60c Abs. 1 UrhG-E auf die Regelung von Überflüssigem verzichtet: So ist die Unterrichtung über den Stand der Forschung beispielsweise nicht explizit in § 60c Abs. 1 UrhG-E aufgenommen worden, da – auch nach dem Verständnis der Forschenden als Normadressaten³¹⁶⁷ – die dafür erforderlichen Nutzungshandlungen zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung erfolgen und somit durch § 60c Abs. 1 UrhG-E auch ohne explizite Erwähnung privilegiert sind. Bei gleichbleibender Rechtssicherheit für die von der Norm Betroffenen wird dadurch der Normtext weitgehend im Sinne einer beabsichtigten Abstraktion entschlackt.

3164 Vgl. dazu die Darstellungen zu den unveröffentlichten Werken in Teil 4 dieser Untersuchung.

3165 Vgl. dazu die Darstellungen zur Einzelanerkennung in Teil 4 dieser Untersuchung.

3166 Vgl. dazu die Darstellungen zur Internormensystematik der § 60c UrhG-E in diesem Teil der Untersuchung.

3167 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

Dennoch ist eine ausschließliche Nennung der wissenschaftlichen Forschung als Normzweck in § 60c Abs. 1 UrhG-E nicht ausreichend. Zum Zwecke der Klarheit des Rechts ist vielmehr neben dem Zweck der wissenschaftlichen Forschung eine explizite Aufnahme der Normzwecke der Darstellung und Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung angezeigt, um Unklarheiten in der Rechtsanwendung, die das derzeitige Recht birgt, aufzulösen.³¹⁶⁸

Gleiches gilt für die neben § 60c UrhG-E beizubehaltende Regelung des § 60d UrhG: Dessen Regelungsgehalt wird zwar weitgehend von der Privilegierung des § 60c UrhG-E erfasst;³¹⁶⁹ dennoch empfiehlt sich aus Gründen der Klarheit des Rechts für Forschende eine ausdrückliche Regelung des Text und Data Minings zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung.³¹⁷⁰

Zudem wird durch den Verzicht auf das Merkmal eines bestimmten Personenkreises, das in § 60c Abs. 1 Nr. 1 UrhG³¹⁷¹ enthalten ist, die rechtssichere Verfügbarkeit urheberrechtlich geschützter Gegenstände für die wissenschaftliche Community gefördert: Die vorangegangene Untersuchung hat gezeigt, dass das gesetzliche Merkmal des Personenkreises ungenau und daher der Rechtssicherheit nicht förderlich ist.³¹⁷²

Die Rechtssicherheit wird – im Vergleich zur bisherigen Regelung in § 60c UrhG – ebenfalls gesteigert durch den Einsatz des Erforderlichkeitskriteriums in § 60c Abs. 1 UrhG-E unter Eliminierung der bisher in § 60c UrhG verankerten quantitativen Grenzen. Diese haben sich in der praktischen Umsetzung – insbesondere bei den für die wissenschaftliche Forschung bedeutsamen Werkarten sowie bei der Qualitätsüberprüfung von Forschung – als untauglich erwiesen und Rechtsunsicherheit erzeugt.³¹⁷³

3168 Vgl. dazu die Darstellungen zur Rechtssicherheit in Teil 4 dieser Untersuchung.

3169 Vgl. dazu die Darstellungen zur Internormensystematik des § 60c UrhG-E in diesem Teil der Untersuchung.

3170 Auch ist auf diese Weise jedenfalls eine Beschränkung der Privilegierung des Text und Data Minings auf Werke möglich, zu denen rechtmäßiger Zugang besteht (vgl. dazu Art. 3 DSM-RL).

3171 Zum Normgehalt vgl. die Darstellungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

3172 Vgl. dazu die Darstellungen zur Rechtssicherheit bei § 60c Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 UrhG in Teil 4 dieser Untersuchung.

3173 Vgl. dazu die Darstellungen zur Rechtssicherheit in Teil 4 dieser Untersuchung.

Anders als im Fall des Gebotenheitskriteriums, das in der Vorgängernorm des § 52a Abs. 1 Nr. 2 UrhG a.F. zur Abgrenzung diente, bietet das Erforderlichkeitskriterium den Vorteil, dass für die Forschenden in der Regel jeweils auch im Rahmen eines Prozesses darleg- und beweisbar ist, welcher Umfang der Nutzung für die Forschungstätigkeit tatsächlich benötigt wird.³¹⁷⁴ Während die Gebotenheit durch Umstände bestimmt wurde, die auch außerhalb des Einflussbereichs der Forschenden lagen, ermöglicht das Erforderlichkeitskriterium eine Einschätzung durch den Forschenden selbst.³¹⁷⁵ Die Erforderlichkeit bestimmt sich vorrangig nach den Bedürfnissen und Möglichkeiten der Forschenden, deren Kenntnis in ihrem Wirkungsbereich liegen. Auch ohne juristische Ausbildung ist ihnen eine Entscheidung über die Zulässigkeit eines Verhaltens auf diese Weise überwiegend möglich. Dies legen zumindest die Aussagen in den Interviews nahe:

„Und ich glaube auch immer, ich kann sagen, ich brauche das für meine Arbeit. Ich weiß, das wäre wahrscheinlich für Richter nicht so ganz überzeugend. Aber sozusagen, ich glaube, es ist etwas Anderes, ob man so etwas verbreitet über kommerzielle Seiten, womit man Geld verdient. Oder ob man so etwas hat, um daran wissenschaftlich zu arbeiten. Also, und das ist sozusagen so ein bisschen die Bottom Line, die ich mir versuche, immer zu setzen.“³¹⁷⁶

Damit einher geht das – lediglich scheinbare – Problem der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Erforderlichkeit im konkreten Fall: Häufig verfügen die Gerichte nicht über ausreichend Expertise zum Ablauf des Forschungsalltags in den verschiedenen Disziplinen. Trotzdem werden jedenfalls – unter Berücksichtigung der Wissenschaftsfreiheit, die bei einer verfassungsrechtskonformen Auslegung und Anwendung des Urheberrechts Beachtung finden muss – angemessene Entscheidungen möglich sein.³¹⁷⁷ Das ermöglicht also grundsätzlich Einzelfallgerechtigkeit im Forschungsalltag.

3174 Vgl. dazu bereits die Darstellungen zur möglichen Ausgestaltung des § 60c UrhG-E in diesem Teil der Untersuchung.

3175 Dazu ausführlich: *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, 4. Aufl. 2014, § 52a UrhG Rn. 10 und 15.

3176 Interview mit P_S2, Z. 23.

3177 Vgl. zu den verschiedenen Ausprägungen der Wissenschaftsfreiheit die Darstellungen zum Prüfungsmaßstab sowie den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

Um die Rechtssicherheit weiterhin zu stärken, wird die Erforderlichkeitsschwelle auf alle Werkarten gleichermaßen angewendet. Es werden weder einzelne Werkarten pauschal freigestellt (vgl. bisher in § 60c Abs. 3 UrhG³¹⁷⁸) noch bestimmte Werkarten vollständig von der Privilegierung ausgenommen (vgl. bisher nur in § 60a Abs. 3 Nr. 2 UrhG). Bereits bisher bestand im Bereich der wissenschaftlichen Forschung beispielsweise kein sachlicher Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Behandlung von Publikumszeitschriften und Zeitungsartikeln³¹⁷⁹ im Vergleich zu Blogartikeln oder – in der Wissenschaft bedeutensamerer – Zeitschriftenartikeln.

Mit dem Verzicht auf Spezialisierungen und Differenzierungen ist zwar zwangsläufig eine Vergrößerung verbunden.³¹⁸⁰ Diese prinzipielle Vereinfachung des Rechts durch „gekonnte Abstraktion“ geht allerdings nicht zwingend mit einer Steigerung der Rechtsunsicherheit einher, wie beispielsweise der bis heute bestehende Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Bundesrepublik Deutschland zeigt.³¹⁸¹

Zudem kann den möglicherweise verbleibenden Subsumtionsproblemen mittels des in § 60c Abs. 3 UrhG-E vorgesehenen Erlasses einer Rechtsverordnung begegnet werden. Damit besteht die Möglichkeit der zeitnahen Konkretisierung des Erforderlichkeitskriteriums in § 60c Abs. 1 UrhG-E durch die Exekutive. Anders als die bisherige Rechtsetzung im Urheberrecht, die sich in der Vergangenheit als sehr träge erwiesen hat, sind mittels des Regelungsinstruments der Rechtsverordnung grundsätzlich schnellere und flexiblere Reaktionen möglich, die das Recht an sich verändernde Verhältnisse anpassen kann.³¹⁸²

Ferner hat die vorstehende Untersuchung gezeigt, dass die Anforderungen an urheberrechtliche Regelungen so vielfältig sind, dass es nicht möglich erscheint, die Kriterien der Erforderlichkeit im Gesetz selbst durch

3178 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Ausnahmen des 15 Prozent-Grundsatzes in § 60c Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

3179 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Ausnahmen des 15 Prozent-Grundsatzes in § 60c Abs. 3 UrhG in Teil 2 dieser Untersuchung.

3180 *Mayer-Maly*, Rechtskenntnis und Gesetzesflut, S. 81.

3181 *Mayer-Maly*, Rechtskenntnis und Gesetzesflut, S. 81.

3182 BVerfG, Beschl. v. 09.06.1971 - 2 BvR 255/69, BVerfGE 31, 145 (176) – Milchpulver; *Dietlein*, in: Beckmann/Mann/Durner/Röckinghausen, § 4 BImSchG Rn. 10.

fachübergreifende, generelle Merkmale zu umschreiben.³¹⁸³ Bereits zum heutigen Zeitpunkt erscheint eine enumerative Aufzählung zulässiger Nutzungshandlungen, die allen Disziplinen gerecht wird, nicht umsetzbar.³¹⁸⁴ Eine gesetzliche Umschreibung der zulässigen Nutzungshandlungen wird gar unmöglich, möchte man zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Gegenwart die künftig möglichen Nutzungshandlungen in eine gesetzliche Regelung aufnehmen.³¹⁸⁵ In derartigen Situationen bedient sich die Legislative sinnvollerweise dem Regelungsinstrument einer oder mehrerer Rechtsverordnungen, die die fachliche Besonderheiten der verschiedenen Disziplinen angemessen berücksichtigen können, wie auch das Vorgehen bei Erlass des § 4 BImSchG zeigt.³¹⁸⁶

Durch die verpflichtende Konsultation von Verbänden und Interessengruppen sollen die unmittelbar von der Regelung Betroffenen Gelegenheit zur Einflussnahme auf die Rechtssetzung erhalten, um jeweils eine fachgerechte Lösung und Entscheidung der verordnungsgebenden Exekutive in Kenntnis aller betroffenen Interessen sicherzustellen. Fachspezifisch können auf diese Weise zum Beispiel absolute Unter- bzw. Obergrenzen für die gesetzlich erlaubte Nutzung urheberrechtlich geschützter Materialien festgelegt werden. Verzichtet werden sollte dagegen auf absolute werkübergreifende Obergrenzen: Die Regelung des bisherigen § 60c UrhG zeigt, dass jede Werkart individuelle Festlegungen erfordert.³¹⁸⁷

Den wissenschaftlichen Fachgesellschaften kommt im Rahmen des Verordnungserlasses eine sehr wichtige Bedeutung zu. Ihre Expertise und ihre Kenntnisse zu Umständen der wissenschaftlichen Forschung sowie Anforderungen im jeweiligen Fach können im Rahmen des Verordnungserlasses genutzt werden, da sie eine gewisse Legitimation unter Forschenden ihres Fachs besitzen. Anders als Einrichtungen (Universitäten, Bibliotheken),

3183 Vgl. dazu beispielsweise die urheberrechtlich relevante Nutzung von Forschungsgegenständen in den Geistes- und Sozialwissenschaften, die teilweise auch eine vollständige Privilegierung erfordern, während in den Naturwissenschaften eine solch vollständige Privilegierung selten erforderlich ist.

3184 Vgl. dazu beispielsweise die Kritik an den Vorschlägen für eine allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke mit Regelungsbeispielen bei *Schack*, ZUM 2016, 266 (270ff.).

3185 *Schack*, ZUM 2016, 266 (279).

3186 Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge - Bundes-Immissionsschutzgesetz, BT-Drs. 7/179, S. 31.

3187 Vgl. dazu die Darstellungen zum jeweiligen Objekt der Privilegierungshandlung in Teil 2 dieser Untersuchung.

die bisher einen Großteil der Verhandlungen im Lizenzrecht übernehmen, können sie aufgrund ihrer Fachkenntnis auf allgemeine Anforderungen der Erforderlichkeit im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung aufmerksam machen. Dadurch kann eine Sachnähe, die der Legislative grundsätzlich fremd ist, sichergestellt werden.³¹⁸⁸

Mangels individueller und kollektiver Urheberrechtskompetenz bzw. Kenntnisse im Vertragsrecht bei Forschenden³¹⁸⁹ kann die Bestimmung der Erforderlichkeit dagegen derzeit nicht vollständig in die Hände der Forschenden und Vereinigungen von Urhebern bzw. Rechtsinhabern gelegt werden: Anders als in § 36 Abs. 1 UrhG, der die Möglichkeit zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln unmittelbar durch Vereinigungen von Urhebern und Vereinigungen von Werknutzenden vorsieht, kann § 60c Abs. 3 UrhG-E nicht den Weg der kollektiven Vereinbarung wählen, da wissenschaftliche Fachgesellschaften – anders als Verwertungsgesellschaften – nicht durch Wahrnehmungsvertrag zur Wahrnehmung der Rechte ihrer Mitglieder befugt sind.

Bei der Bewertung der vorgeschlagenen Regelung in § 60c UrhG-E darf darüber hinaus nicht außer Acht gelassen werden, dass neben der Schrankenregelung stets die Möglichkeit individueller Verhandlungen über die Erforderlichkeit der jeweiligen Nutzung besteht. Bereits unter Geltung des § 60c UrhG haben einige Disziplinen, insbesondere diejenigen, die in ihrer Forschungsarbeit zwingend auf urheberrechtlich geschützte Forschungsgegenstände angewiesen sind, eine solche Verhandlungspraxis praktiziert.³¹⁹⁰ Solche Bestrebungen sollten auch in Zukunft nicht konterkariert, sondern vielmehr gefördert werden. Denn im Einzelfall kann die Regelung komplexer Sachverhalte durch Vertrag besser ermöglicht werden als durch Gesetz.³¹⁹¹ Da bisher die Urheberrechtskompetenz auf Seiten der Forschenden allerdings als sehr gering einzuschätzen ist, bedarf es zum Schutz der

3188 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft in Teil 3 dieser Untersuchung.

3189 Vgl. dazu die Darstellungen zur Stärkung der Urheberrechtskompetenz in diesem Teil der Untersuchung.

3190 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft in Teil 3 dieser Untersuchung.

3191 *Mayer-Maly*, Rechtskenntnis und Gesetzesflut, S. 81.

Forschenden – zumindest vorübergehend – weiterhin der Regelung in § 60c UrhG-E i.V.m. § 60g UrhG.³¹⁹²

Schließlich trägt die fehlende Befristung der Norm des § 60c UrhG-E zur Steigerung der Rechtssicherheit bei, indem sie die Beständigkeit der Regelungen sicherstellt.³¹⁹³ Zwar wird durch die Verordnungsermächtigung ein Regelungsinstrument gewählt, das jederzeit geändert werden kann, wodurch eine gewisse Rechtsunsicherheit entsteht. Die dargestellten Vorteile einer derartigen Regelung, insbesondere die gegenüber der bisherigen Rechtsetzung gesteigerte Flexibilität, überwiegen allerdings, weshalb die Einführung eines veränderten § 60c UrhG-E unter Berücksichtigung der Interessen der Forschenden jedenfalls opportun erscheint.

B. Förderung der Privatautonomie

Neben gesetzlichen Maßnahmen im nationalen Urheberrechtsgesetz könnten ebenso Maßnahmen zur Förderung der grundsätzlich gemäß Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 16 GRCh geschützten Privatautonomie die derzeit im Wissenschaftsurheberrecht bestehenden Defizite ausgleichen.

I. Individuelle Lizenzierungen für Forschungsmaterialien

So könnte beispielsweise die verstärkte Verwendung individueller Lizenzierungen eine Alternative zu einer gesetzlich erlaubten Nutzung darstellen.

1. Mögliche Ausgestaltung

Individuelle Verhandlungen über Verwertungsrechte sind bereits unter Geltung des derzeitigen Urheberrechtsgesetzes möglich. Zwar ist das Urheberrecht als solches gemäß § 29 Abs. 1 UrhG nicht übertragbar.

3192 Zur bestehenden Urheberrechtskompetenz von Forschenden vgl. die Darstellungen zur Effektivität und Rechtssicherheit in Teil 3 und 4 dieser Untersuchung.

3193 Vgl. zum Einfluss der Beständigkeit auf die Rechtssicherheit die Darstellungen zur Rechtssicherheit in Teil 3 und 4 dieser Untersuchung.

§ 29 Abs. 2 UrhG bestimmt allerdings, dass sowohl die Einräumung von Nutzungsrechten (§ 31 UrhG) als auch die Erteilung schuldrechtlicher Einwilligungen sowie Vereinbarungen zu Verwertungsrechten und die in § 39 UrhG geregelten Rechtsgeschäfte über Urheberpersönlichkeitsrechte zulässig sind.³¹⁹⁴

Bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung ist insbesondere die Einräumung von Nutzungsrechten, allen voran das Vervielfältigungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, von Relevanz.³¹⁹⁵

a. Sonderfall: Buy-Outs für Abbildungen

Einen Sonderfall der individuellen Lizenzierung stellen sog. Buy-Outs dar, die insbesondere im Bereich der Nutzung urheberrechtlich geschützter Abbildungen von Bedeutung sein können. So bietet bereits heute die *Harvard University Library* einen Service mit derartiger Lizenzierungsmöglichkeit: Sie fertigt Vervielfältigungen von Werken in ihrem Bestand und räumt den Forschenden auf Anfrage nicht nur Zugang, sondern umgehend auch ein kostenpflichtiges Nutzungsrecht zur Vervielfältigung und anschließenden öffentlichen Zugänglichmachung zu wissenschaftlichen Zwecken ein.³¹⁹⁶

b. Sonderfall: Lizenzierungsplattform analog „RightsLink“

Individuelle Lizenzierungen können des Weiteren mittels einer eigens dafür programmierten Plattform erfolgen. So wird von den Forschenden eine Plattform vorgeschlagen, auf der „mit einem Klick“ Literatur für den Bereich der Forschung (und der Lehre) zugänglich und nutzbar gemacht wird.³¹⁹⁷

3194 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 29 UrhG Rn. 15–18; Spautz/Götting, in: Ahlberg/Götting, § 29 UrhG Rn. 9; Hoche, in: Wandtke/Bullinger, § 29 UrhG Rn. 34–35; Nordemann, in: Nordemann/Nordemann/Czychowski, § 29 UrhG Rn. 13a; Ohly, in: Loewenheim/Leistner/Ohly, § 29 UrhG Rn. 19ff.

3195 Vgl. dazu die Darstellungen zu den tatsächlichen Anforderungen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3196 Interview mit P_G4, Z. 15.

3197 Interview mit P_S2, Z. 85; GermanU15-Stellungnahme, S. 4.

Eine vergleichbare Plattform existiert in einigen Fächern bereits: „RightsLink“, ein Service des *Copyright Clearance Centers* (CCC), ermöglicht digitale Rechtelizenzierungen im Auftrag von Verlagen. Der Verlag und CCC gehen dazu eine Partnerschaft ein, um in der Folge Nutzenden an zentraler Stelle und innerhalb von Minuten urheberrechtlich geschützte Materialien anbieten zu können.

Infolge des urheberrechtlichen Territorialitätsprinzips wäre eine solche Plattform primär auf nationaler Ebene anzusiedeln;³¹⁹⁸ die Möglichkeit einer weitergehenden Lizenzierung sollte dennoch bestehen.

c. Sonderfall: Quantitative Begrenzung von Lizenzvereinbarungen

Unabhängig von einer etwaigen Plattformlösung wird vorgeschlagen, durch Rechtsetzung auf Lizenzvereinbarungen Einfluss zu nehmen: Ein Vorschlag zielt auf eine quantitative Zeichenbegrenzung in Lizenzvereinbarungen,³¹⁹⁹ um eine Verständlichkeit seitens der vertragsschließenden, forschenden Person sicherzustellen.

Eine solche Regelung wäre im Urhebervertragsrecht (§§ 31 ff. UrhG) zu verankern.

2. Zulässigkeit derartiger Maßnahmen

Sowohl das Völkerrecht als auch das Unionsrecht klammern das Urhebervertragsrecht bisher weitgehend aus, weshalb sich für individuelle Lizenzierungen im Bereich der wissenschaftlichen Forschung unmittelbar keine Zulässigkeitsanforderungen aus höherrangigem Recht ergeben, denen eine mögliche Ausgestaltung zuwiderlaufen könnte.³²⁰⁰

Die Eigentumsgarantie steht der individuellen Lizenzierung grundsätzlich nicht entgegen: Im Falle individueller Lizenzierungen ist die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leis-

3198 Interview mit P_S2, Z. 85.

3199 Interview mit P_IN4 - Teil 2, Z. 10.

3200 *Ohly*, in: Loewenheim/Leistner/Ohly, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 15-16f.; *Nordemann*, in: Nordemann/Nordemann/Czychowski, § 31 UrhG Rn. 4; nur in Bezug auf das Unionsrecht: *Wandtke/Grunert*, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 2.

tung zum Urheber sichergestellt, wodurch der Urheber im Wege privatrechtlicher Normierung und in seiner eigenen Verantwortung über Rechte an seinem geistigen Eigentum verfügen kann.³²⁰¹

Allein die quantitative Begrenzung von Lizenzvereinbarungen könnte mit dem in Deutschland vorherrschenden und in Art. 2 Abs. 1 GG als Bestandteil der verfassungsrechtlich geschützten Handlungsfreiheit³²⁰² verankerten Prinzip der Vertragsfreiheit unvereinbar sein: Danach haben Parteien das Recht, den Inhalt sowie die Abschlussmodalitäten eines Vertrags nach ihren Wünschen frei zu gestalten.³²⁰³ Allerdings gilt auch dieses Recht nicht schrankenlos: Vielmehr müssen Parteien beispielsweise die gesetzlichen Grenzen der §§ 134, 138 BGB sowie des AGB-Rechts (§§ 307 ff. BGB) einhalten.³²⁰⁴ Eine quantitative Begrenzung von Lizenzvereinbarungen im Urhebervertragsrecht käme einer AGB-rechtlichen Regelung gleich, der es zum Schutz der (noch) nicht ausreichend informierten Forschenden als Marktteilnehmenden bedarf. Ihre Situation entspricht der eines Verbrauchers im Sinne des § 13 BGB; es besteht eine sowohl sachliche als auch rechtliche Informationsasymmetrie im Vergleich zu den gleichfalls verhandelnden Rechtsinhabern, die es auszugleichen gilt, wozu eine derartige Einschränkung der Privatautonomie erforderlich erscheint.

3201 Vgl. dazu die Darstellungen zum Prüfungsmaßstab sowie zu den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3202 BVerfG, Beschl. v. 12.11.1958 - 2 BvL 4/56, 2 BvL 26/56, 2 BvL 40/56, 2 BvL 1/57, 2 BvL 7/57, BVerfGE 8, 274 (328) – Verfassungsmäßigkeit von § 2 Preisges; BVerfG, Beschl. v. 16.05.1961 - 2 BvF 1/60, BVerfGE 12, 341 – Zur Verfassungsmäßigkeit von § 54 Abs. 1 der Durchführungsbestimmungen zum Umsatzsteuergesetz vom 23.12.1938; BVerfG, Beschl. v. 04.05.1982 - 1 BvL 26/77 und 1 BvL 66/78, BVerfGE 60, 329 (339) – Zur Verfassungsmäßigkeit des § 1587o Abs. 2 S. 3 BGB; BVerfG, Beschl. v. 19.10.1983 - 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, 196 (210) – Zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Versorgungsanspruch eines Arbeitnehmers gegen eine betriebliche Unterstützungskasse.; BVerfG, Beschl. v. 04.06.1985 - 1 BvL 12/84, BVerfGE 70, 115 (123) – § 23 Abs. 2 Nr. 6 AGB-Gesetz; BVerfG, Beschl. v. 23.04.1986 - 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261 (270) – Auslegung von Sozialplänen; BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 (231) – Bürgschaftsverträge; BVerfG, Ur. v. 08.04.1997 - 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267 (303) – Altschulden der Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften der DDR.

3203 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 (231) – Bürgschaftsverträge.

3204 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 (231) – Bürgschaftsverträge.

3. Opportunität derartiger Maßnahmen

Die rein individuelle Lizenzierung von Forschungsmaterialien stellt jedoch bei Berücksichtigung der Interessen der Forschenden eine derzeit nicht in allen Disziplinen opportune Alternative zur Behebung der Defizite im Wissenschaftsurheberrecht dar.

Verhandlungen ermöglichen zwar in der Regel individuellere Lösungen, die skalierbar und transparent die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke ohne Rückgriff auf gesetzlich erlaubte Nutzungen sicherstellen können.³²⁰⁵ Sie gewährleisten zudem die theoretische Möglichkeit, dass Wissenschaft auf geltende Regelungen Einfluss nehmen kann; dies ist für angemessene Lösungen erforderlich.³²⁰⁶

Ein weiterer Vorteil individueller Verhandlungen ist die – dem Gedanken des absoluten Schutzes des Urheberrechts entsprechende – Risikoverteilung: Ein Verbotrecht gewährt den Rechtsinhabern die Entscheidungsfreiheit über die Nutzung des Werkes; dieses würde auch im Falle individueller Verhandlungen – anders als bei gesetzlich erlaubten Nutzungen – aufrechterhalten bleiben.³²⁰⁷ Würde eine forschende Person das Werk ohne Erlaubnis nutzen, müsste der Rechtsinhaber dagegen vorgehen. Eine gesetzliche Freistellung würde ihm diese Möglichkeit von vornherein versagen.³²⁰⁸

Die individuelle Verhandlung ist derzeit allerdings lediglich eine theoretische Möglichkeit, da den Forschenden (noch) die Kompetenz zur Verhandlung fehlt. So differenzieren sie beispielsweise nur ungenügend zwischen Zugangs- bzw. Eigentums- und Nutzungsrechten, insbesondere dem Vervielfältigungsrecht.³²⁰⁹ Sofern allerdings bereits Erfahrungen

3205 *Reilly*, Tensions between Intellectual Property and Knowledge Discovery in the Digital Age, S. 56. Vgl. dazu auch die Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft in Teil 3 dieser Untersuchung.

3206 MPI-Stellungnahme, S. 8f.; Interview mit P_S1 und WissMit_S1, Z. 51.

3207 Vgl. zum System des Urheberrechts die Darstellungen zu den Regelungen des nationalen Urheberrechts in Teil 1 dieser Untersuchung.

3208 Vgl. zu den Schranken des Urheberrechts die Darstellungen in Teil 1 dieser Untersuchung.

3209 Interview mit P_G1, Z. 25, 29; Interview mit P_G4, Z. 5–10, 15; Interview mit P_S1 und WissMit_S1, Z. 95; Interview mit P_S2, Z. 7, 17, 51; Interview mit P_S3 - Teil 1, Z. 43; Interview mit P_N1, Z. 27–28; Interview mit P_IN4 - Teil 1, Z. 31; anders: Interview mit P_G3, Z. 65, 109, 117; unklar: Interview mit P_N4, Z. 43.

mit Verhandlungen bestehen, schwinden diese Wissensdefizite³²¹⁰ und die Alternative der Kombination von Verhandlungen über Zugang und Nutzung wird insbesondere im Bereich der urheberrechtlich geschützten Forschungsmaterialien attraktiv: Anders als bei Forschungsliteratur sind für den ersten Zugang zu Forschungsmaterialien häufig ohnehin Verhandlungen zwischen den Forschenden selbst und Rechtsinhabern nötig; daher kann grundsätzlich in diesem Zuge auch bereits über die Nutzung, Wiederverwendung und Veröffentlichung von Forschungsmaterialien verhandelt werden.³²¹¹ Um eine künftige Replizierbarkeit der Forschung sicherzustellen, kann dabei ebenso über Nutzungsmöglichkeiten für Dritte zum Zwecke der Qualitätssicherung verhandelt werden. Dies würde die Beforschung von Gegenständen ermöglichen, auf die derzeit mangels Möglichkeit der Zugänglichmachung der Ergebnisse für Dritte verzichtet wird.³²¹²

Derzeit sind Forschende allerdings keine ausreichend belehrten Marktteilnehmenden, denen eine Verhandlung über Rechte ohne vorherige Aufklärung möglich wäre.³²¹³ Zudem mangelt es in vielen Bereichen (insbesondere in der Filmbranche) an einer Erreichbarkeit der Rechtsinhaber, weshalb individuelle Verhandlungen über Nutzungsrechte von vornherein ausscheiden.³²¹⁴ Viele Rechtsinhaber sind darüber hinaus nicht für Verhandlungen mit Forschenden sensibilisiert und fordern für den begehrten Nutzungsumfang unangemessene Preise.³²¹⁵

Die Möglichkeit der individuellen Verhandlung ist daher keine echte Alternative zu einer gesetzlich erlaubten Nutzung.

Dies gilt insbesondere in Bezug auf Nutzungshandlungen an Forschungsliteratur, sofern diese nicht als Forschungsmaterial genutzt wird:

3210 Interview mit P_G3, Z. 65.

3211 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft bei der Forschung an Ursprungsmaterialien in Teil 3 dieser Untersuchung.

3212 Vgl. dazu die Darstellungen zur Replizierbarkeit und Qualitätssicherung in Teil 3 sowie zur kollaborativen Forschung in Teil 4 dieser Untersuchung.

3213 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft bei der Forschung an Ursprungsmaterialien in Teil 3 dieser Untersuchung.

3214 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft bei der Forschung an Ursprungsmaterialien in Teil 3 dieser Untersuchung.

3215 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft bei der Forschung an Ursprungsmaterialien in Teil 3 dieser Untersuchung.

Anders als im Bereich des Text und Data Minings wird zwar verhältnismäßig weniger Forschungsliteratur als Ursprungsmaterial in urheberrechtlich relevanter Weise genutzt.³²¹⁶ Allerdings besteht ein erhebliches Interesse an dessen schneller Verfügbarkeit, was der häufige Verzicht auf die Lektüre im Falle der nicht sofortigen Verfügbarkeit zeigt.³²¹⁷ Eine individuelle Vertragsvereinbarung ist angesichts der Kürze der Zeit und der Vielzahl an nötigen Transaktionen mit Rechtsinhabern nicht möglich.³²¹⁸

Die Förderung privatautonomer Vereinbarungen ist daher höchstens als Alternative im Bereich der Forschung an urheberrechtlich geschützten Materialien zu berücksichtigen. Diese Erwägung schließt gleichwohl nicht aus, dass in Teilbereichen (z.B. aufgrund der Nichterreichbarkeit von Rechtsinhabern oder dem Fehlen für die Forschung geeigneter Angebote auf dem Markt) auch eine solche Verhandlungsmöglichkeit ausscheidet.³²¹⁹

Um individuelle Vertragsverhandlungen – auch im Bereich der Forschungsliteratur – zu erleichtern, erscheint eine Plattformlösung analog „RightsLink“ opportun: Eine solche Plattform könnte nach Ansicht der Forschenden in Zukunft schnelle, kostengünstige und unbürokratische Verfügbarkeit von Forschungsliteratur sowie die Darstellung, die Weiterverbreitung und Nachnutzung der Forschung ermöglichen.³²²⁰ Ein Vorteil der Plattformlösung wäre des Weiteren die Vermeidung stetiger Gesetzesänderungen, die den Veränderungen auf dem Markt stets nur verzögert Rechnung tragen können.³²²¹

3216 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3217 Vgl. dazu die Darstellungen zur schnellen Verfügbarkeit sowie zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft zur Befriedigung des Interesses an Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3218 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft zur Befriedigung des Interesses an Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3219 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft bei der Forschung an Ursprungsmaterialien in Teil 3 dieser Untersuchung.

3220 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft in Teil 3 dieser Untersuchung.

3221 Vgl. dazu die Darstellungen zur Digitalisierung als Herausforderung des Wissenschaftsurheberrechts in Teil 1 dieser Untersuchung.

Zu beachten ist bei Favorisierung einer Plattformlösung allerdings die Gewährleistung ihrer Nutzbarkeit in der Praxis:

„Es muss nur eben ein System sein, was praktikabel bleibt. Also meine Furcht ist, dass man wieder so ein Monster schafft, was dann allen mehr Arbeit macht, wo dann im Grunde das System selbst so viele Mittel verschlingt, dass am Ende auch bei niemandem, also ich sage mal, dass bei denen am Ende nichts anlangt, und dass es dann jemanden gibt, der diese Plattform betreibt, der (.) schlimmstenfalls ist das dann natürlich Elsevier oder Springer.“³²²²

Auch besteht eine Gefahr der Plattformlösung in einem möglichen Ausschluss kleinerer Marktteilnehmender, weshalb auch dieser Alternative kritisch gegenübergestellt werden sollte:

„Das sehen Sie ja an diesen Open Access Geschichten. Die Großkonzerne, DeGruyter und so was, die stehen sofort lobbymäßig auf der Matte und zwar ganz oben in der Politik und sagen, wir machen da mit, wir wollen auch von der öffentlichen Förderung profitieren. (*lacht*) Und dann bauen die – ist kein Witz – DeGruyter macht das so, die haben jetzt eine Open Access Infrastruktur aufgebaut und die bieten kleinen Verlagen an, die mit zu nutzen gegen Umsatzbeteiligung. Und dann gucken die sich das zwei Jahre an und dann kaufen den Verlag oder er geht pleite. (.) So läuft das. So macht das im Übrigen Amazon ja auch. (.)“³²²³

Die Möglichkeit eines Buy-Outs bei Abbildungen kann in Einzelfällen opportun erscheinen, da ein solcher Forschenden ermöglicht, ohne weitere Verhandlung alle erforderlichen, urheberrechtlich relevanten Nutzungen zur Durchführung und Darstellung von Forschung mit den Materialien vorzunehmen. Da diese Freiheit allerdings auch mit einem vergleichsweise hohen Preis einhergeht, der bei lediglich beabsichtigter Rezeption des Werkes nicht gerechtfertigt erscheint, wird es wohl auch in diesem Fall zu dem – die Forschungsfreiheit gefährdenden³²²⁴ – Verzicht auf Materialien kommen, der gerade nicht gewünscht ist.³²²⁵ Unabhängig von den jeweils zur Verfügung stehenden finanziellen Möglichkeiten ist zudem zu berücksichtigen,

3222 Interview mit P_S2, Z. 29.

3223 Interview mit P_G3, Z. 83.

3224 Vgl. dazu die Darstellungen zu den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3225 Vgl. dazu die Darstellungen zur schnellen Verfügbarkeit in Teil 3 dieser Untersuchung.

sichtigen, dass diese Lizenzierungsmöglichkeit das Vorhandensein guter Metadaten oder die eigene Kenntnis vom Gegenstand voraussetzt. Fehlen Metadaten und hat der Forschende keine Kenntnis aus vorangegangenen Projekten, gestaltet sich bereits der Zugang zum Material kostenintensiv oder es wird vollständig auf eine Kenntnisnahme verzichtet.³²²⁶ Das derzeit monierte Zugangsproblem aufgrund hoher Preise, das nicht mittels des Urheberrechts gelöst werden kann und soll, würde sich durch diese Maßnahme noch verstärken.³²²⁷ Trotzdem mag die Lösung des Buy-Outs wegen der damit verbundenen Rechtssicherheit in Teilbereichen wissenschaftlicher Forschung bereits jetzt eine angemessene Alternative darstellen.

4. Fazit

Die Möglichkeit individueller Lizenzierungen besteht bereits heute unabhängig von etwaigen gesetzlich erlaubten Nutzungen. Sie ist derzeit allerdings keine Alternative, die statt der Verankerung gesetzlich erlaubter Nutzungen für den Bereich der wissenschaftlichen Forschung in Betracht kommt. Dies ist insbesondere auf die fehlende Urheberrechtskompetenz der Forschenden zurückzuführen, weshalb diese jedenfalls eines AGB-Rechts-ähnlichen Schutzes bedürften. Trotzdem verbliebe die Gefahr des Verzichts auf urheberrechtlich geschützte Materialien, beispielsweise mangels finanzieller Mittel.

Durch künftige Aufklärung von Forschenden über die Bedeutung von Verträgen, die Bereitstellung von Musterverträgen und Empfehlungen an Marktteilnehmende auf Seiten der Rechtsinhaber³²²⁸ wird die vorstehende Alternative allerdings in Zukunft an Bedeutung gewinnen.³²²⁹

3226 Vgl. dazu die Darstellungen zur schnellen Verfügbarkeit in Teil 3 dieser Untersuchung.

3227 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3228 Interview mit P_G3, Z. 67.

3229 Vgl. zu den Möglichkeiten die Darstellungen zur Stärkung der Urheberrechtskompetenz in diesem Teil der Untersuchung.

II. Freie Lizenzierungen für Forschungsliteratur und -materialien

Mit einem verstärkten Einsatz von offen lizenzierten Materialien könnte den Defiziten im Bereich der urheberrechtlich relevanten Nutzung von Forschungsliteratur und -materialien begegnet werden: Offene Lizenzen ermöglichen grundsätzlich jeder interessierten Person eine urheberrechtlich relevante Nutzung und Nachnutzung der lizenzierten Materialien.³²³⁰

1. Mögliche Ausgestaltung

Zur Stärkung der Verfügbarkeit von urheberrechtlich geschützten Werken im Bereich der wissenschaftlichen Forschung könnte zum einen in tatsächlicher Hinsicht die Etablierung neuer, europäischer Open Access-Zeitschriften erwogen werden (a). Zum anderen könnte in rechtlicher Hinsicht eine Pflicht zur Open Access-Veröffentlichung (b) sowie ein gesetzliches Verbot zur Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte für Werke der Wissenschaft erwogen werden (c).

a. Etablierung von “Open Access European Science Journals”

Seitens der Forschenden wurde in den Interviews die Einführung von Online-Zeitschriften vorgeschlagen, welche durch eine europäische Initiative finanziert und im Open Access verfügbar gemacht werden („Open Access European Science Journals“).³²³¹

Möglich wäre eine Aufgliederung in etwa 40 – 50 Journals pro Fachkollegium, die jeweils spezielle Unterthemen behandeln.³²³² Deren Qualität könnte – wie bisher bei den traditionellen Journals – durch eine Form der Peer Review sichergestellt werden.

3230 *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, § 31 UrhG Rn. 21; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 32 UrhG Rn. 73; *Ohly*, in: *Loewenheim/Leistner/Ohly*, § 29 UrhG Rn. 17.

3231 Interview mit P_L1 - Teil 1, Z. 10.

3232 Interview mit P_L1 - Teil 1, Z. 22.

b. Pflicht zur Open Access-Veröffentlichung

Erwogen werden könnte die Einführung einer Pflicht zur Open Access-Veröffentlichung im wissenschaftlichen Bereich.

Eine derartige rechtliche Verpflichtung könnte auf Bundes-, Landes- oder Universitätsebene³²³³ eingeführt werden. In Betracht käme grundsätzlich eine urheberrechtliche, eine dienstrechtliche oder eine hochschulrechtliche Verankerung.³²³⁴

Daneben wäre eine Verpflichtung durch die Forschungsförderinstitutionen, wie beispielsweise derzeit durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft praktiziert³²³⁵, sowie durch Veranstaltende von Konferenzen³²³⁶ denkbar.³²³⁷

Sie könnte zu einer Open Access-Erstveröffentlichung oder zu einer Open Access-Zweitveröffentlichung neben einer regulären Closed Access-Verlagspublikation verpflichten.

Die Open Access-Verpflichtung könnte des Weiteren in ihrem Umfang beschränkt werden: Sie könnte sich lediglich auf die freie Verfügbarmachung von Forschungsliteratur beschränken oder auf Forschungsmaterialien ausgeweitet werden.

c. Verbot der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung bei Werken der Wissenschaft

Denkbar wäre darüber hinaus die Einführung eines gesetzlichen Verbots der ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung an Verlage für wissenschaftliche Werke, sofern keine angemessene Vergütung vereinbart wird.

3233 Vgl. für etwaige Bestrebungen an der Universität Konstanz: § 2 Abs. 2 der Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG vom 10. Dezember 2015 in der amtlichen Bekanntmachung der Universität Konstanz Nr. 90/2015.

3234 *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit: Überlegungen zu Open Access und Wissenschaftsfreiheit, S. 15–43.

3235 Vgl. dazu derzeit nur die Aufforderung zur Veröffentlichung im Open Access in den allgemeinen Verwendungsrichtlinien (DFG-Vordruck 2.00 – 1/20).

3236 Vgl. dazu Interview mit P_G1, Z. 123.

3237 *Kimminich*, *WissR* 1985, 116 (133); *Thieme*, *Deutsches Hochschulrecht*, S. 347 Rn. 474.

Ein solches ausdrückliches Verbot wäre in § 31 UrhG zu verankern, der die grundsätzliche Möglichkeit zur Einräumung eines einfachen sowie ausschließlichen Nutzungsrechts vorsieht. § 31 Abs. 3 S. 2 UrhG sieht bereits heute eine Ausnahme von der Ausschließlichkeit dahingehend vor, dass bestimmt werden kann, dass die Nutzung durch den Urheber vorbehalten bleibt. Dies müsste in Bezug auf wissenschaftliche Werke als Pflicht ausgestaltet werden, um eine freie Lizenzierung durch den urhebenden Forschenden – auch nach einer ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung an einen Verlag – zu gewährleisten.

Ein solches Verbot könnte in § 31 Abs. 3 S. 3 UrhG-E verankert werden und lauten:

„Bei Werken der Wissenschaft ist die Nutzung durch den Urheber auch ohne ausdrückliche Vereinbarung stets vorbehalten.“

Der bisherige § 31 Abs. 3 S. 3 UrhG würde folglich zu § 31 Abs. 3 S. 4 UrhG-E.

Bei Einführung eines § 31 Abs. 3 S. 3 UrhG-E wären gegenseitige Vereinbarungen wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB nichtig.

Alternativ wäre eine Unwirksamkeit der Vereinbarungen zur ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung infolge geltenden AGB-Rechts (§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) denkbar. Eine solche scheidet allerdings vorliegend aus: Eine Anwendung des § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB setzt voraus, dass es sich bei den Bestimmungen zur Nutzungsrechtsübertragung um AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB handelt, diese gemäß § 305 Abs. 2 BGB ordnungsgemäß in den Vertrag zwischen den Forschenden und den Verlagen einbezogen wurden und eine unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB vorliegt.

AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Die Verlagsverträge werden üblicherweise von den jeweiligen Verlagen entworfen; eine individuelle Verhandlung unter Einflussnahme des einzelnen Forschenden

findet – vor allem im Bereich der Zeitschriftenartikel – sehr selten statt.³²³⁸ Stattdessen handelt es sich meistens um Standardverträge, die für alle Publikationen des Verlags genutzt werden.³²³⁹ Es sind mithin AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB. Vereinzelt werden die Vereinbarungen um Individualvereinbarungen ergänzt; in einem solchen Fall werden nur die übrigen Teile als AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB angesehen.³²⁴⁰

Da die Forschenden in den Online-Portalen stets die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Bedingungen haben, in den meisten Fällen durch einen gut sichtbaren Link auf die Geltung der AGB hingewiesen werden und durch Mausclick ihre Zustimmung erteilen, kann in der Regel auch von einer wirksamen Einbeziehung in den jeweiligen Vertrag gemäß § 305 Abs. 2 BGB ausgegangen werden.³²⁴¹ Eine solche ist allerdings wegen § 310 Abs. 1 BGB meistens entbehrlich, da Forschende den Verlagsvertrag zu Zwecken abschließen, die überwiegend ihrer beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind (vgl. § 13 UrhG), weshalb sie als Unternehmer im Sinne des § 14 UrhG anzusehen sind.³²⁴² § 305 Abs. 2 und 3 BGB sowie § 308 Nr. 1, 2 bis 8 BGB und § 309 BGB finden daher in der Regel keine Anwendung.

Die Klauseln, die eine umfassende Nutzungsrechtsübertragung vorsehen, scheitern des Weiteren nicht an einer fehlenden Einbeziehung nach § 305c Abs. 1 BGB: Darauf, dass der Umfang der Nutzungsrechtsübertragung Forschende zum Teil subjektiv überrascht, kommt es dabei nicht an; vielmehr ist eine Bewertung nach objektiven Kriterien erforderlich: Diese ergibt allerdings, dass Klauseln zur ausschließlichen Nutzungsrechts-einräumung – wegen ihrer allgemeinen Üblichkeit und der generellen Zurückhaltung der Rechtsprechung bei der AGB-Prüfung im Medienbereich

3238 *Ohly*, in: Loewenheim/Leistner/Ohly, Vor §§ 31ff. UrhG Rn. 36; anders in Bezug auf übrige Lizenzverträge: *Castendyk*, ZUM 2007, 169 mit Verweis auf die Vorrangregel in § 305b BGB.

3239 *Ohly*, in: Loewenheim/Leistner/Ohly, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 36; BGH, Urt. v. 17.06.2004 - I ZR 136/01, GRUR 2005, 148 (151) – Oceano Mare.

3240 *Ohly*, in: Loewenheim/Leistner/Ohly, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 38; *Castendyk*, ZUM 2007, 169 (171); BGH, Urt. v. 06.03.1986 - III ZR 195/84, NJW 1986, 1803 (1803) – Zinsanpassungsklausel in Kreditverträgen; *Grüneberg*, in: Palandt, § 305 BGB Rn. 18.

3241 BGH, Urt. v. 14.06.2006 - I ZR 75/03, NJW 2006, 2976 (2977) – Kenntnisverschaffung von AGB bei Bestellung über das Internet; *Castendyk*, ZUM 2007, 169 (171); zum schriftlichen Vertragsschluss vgl. *Ohly*, in: Loewenheim/Leistner/Ohly, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 39; *Kuck*, GRUR 2000, 285 (286).

3242 So ausdrücklich: *Micklitz*, in: Schubert, § 13 BGB Rn. 93; *Micklitz*, in: Schubert, § 14 BGB Rn. 5; *Martinek/Heine*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, § 13 BGB Rn. 23; *Bauer/Kock*, DB 2002, 42 (43).

– trotz § 305c Abs. 1 BGB Vertragsbestandteil werden.³²⁴³ Denn die Nutzungsrechtsübertragung ist elementarer Bestandteil jedes Verlagsvertrags, prägt damit sein Leitbild und ist daher nach den Umständen keinesfalls so ungewöhnlich, dass Forschende, die ja gerade die Verwertung durch eine dritte Person anstreben und ihr dafür ein Nutzungsrecht einräumen möchten, nicht mit ihr zu rechnen brauchen.³²⁴⁴

Eine andere Frage ist allerdings, ob die umfassende Nutzungsrechtseinkäumung Forschende unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB benachteiligt.³²⁴⁵ Das wäre der Fall, wenn die Nutzungsrechtseinkäumung in Lizenzverträgen vom gesetzlichen Leitbild abweichen würde.³²⁴⁶ Leitbildcharakter könnte insofern dem Beteiligungsgrundsatz in § 11 S. 2 UrhG sowie dem Zweckübertragungsgrundsatz in § 31 Abs. 5 UrhG zukommen: Nach § 11 S. 2 UrhG soll das Urheberrecht dem Urheber eine angemessene Vergütung für die Nutzung seines Werkes sichern;³²⁴⁷ dies wird im Urhebervertragsrecht auch dadurch sichergestellt, dass die Rechteübertragung gemäß § 31 Abs. 5 UrhG bereits von Gesetzes wegen auf das für den zugrundeliegenden Vertragszweck Notwendige beschränkt wird.³²⁴⁸ Zu berücksichtigen ist zudem der Grundsatz des

3243 BGH, Urt. v. 18.02.1982 - I ZR 81/80, GRUR 1984, 45 (47f.) – Honorarbedingungen: Sendevertrag; *Castendyk*, ZUM 2007, 169 (171); *Ohly*, in: Loewenheim/Leistner/Ohly, Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 40; *Kuck*, GRUR 2000, 285 (286).

3244 *Grüneberg*, in: Palandt, § 305c BGB Rn. 3.

3245 Das im Rahmen einer Prüfung von § 138 BGB verneinend: OLG Celle, Urt. v. 05.03.1986 - 13 U 165/85, NJW 1987, 1423 (1424) – Verlagsrechte am Werk Arno Schmidts; für die Rechteübertragung in einem Musikproduktionsvertrag bejahend: OLG Zweibrücken, Urt. v. 07.12.2000 - 4 U 12/00, ZUM 2001, 346 (347f.) – AGB-Verstoß durch Übertragungsklausel in Komponistenverträgen des ZDF.

3246 BGH, Urt. v. 17.02.1964 - II ZR 98/62, NJW 1964, 1123 (1123) – Nichtigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben; BGH, Urt. v. 21.12.1983 - VIII ZR 195/82, NJW 1984, 1182 (1182) – Gebietsänderungsklausel eines Kfz-Herstellers gegenüber selbständigem Vertragshändler; *Grüneberg*, in: Palandt, § 307 BGB Rn. 28.

3247 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Drs. 14/7564) und zu dem Gesetzentwurf der Abgeordneten (Drs. 14/6433), BT-Drs. 14/8058, S. 18.

3248 BGH, Urt. v. 26.04.1974 - I ZR 137/72, GRUR 1974, 786 (787) – Kassettentfilm; BGH, Urt. v. 18.02.1982 - I ZR 81/80, GRUR 1984, 45 (48) – Honorarbedingungen: Sendevertrag; BGH, Urt. v. 22.09.1983 - I ZR 40/81, GRUR 1984, 119 (121) – Synchronisationssprecher; KG, Urt. v. 14.10.1983 - 5 U 3181/82, GRUR 1984, 509 (513) – Honorarbedingungen Urheber/Fernsehen; OLG Zweibrücken, Urt. v. 07.12.2000 - 4 U 12/00, ZUM 2001, 346 (347) – AGB-Verstoß durch Übertragungsklausel in Komponistenverträgen des ZDF;

§ 38 Abs. 1 UrhG, der bei Zeitschriften dem Verleger im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht überträgt.³²⁴⁹

Auf diese Frage kommt es indes gar nicht an, da die Vereinbarungen zur ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung gar nicht der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB unterliegen.³²⁵⁰ Denn diese darf gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nur insofern vorgenommen werden, als Bestimmungen vorliegen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.³²⁵¹ Leistungsbeschreibungen, wie die Vereinbarungen zur ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung, stellen Hauptpflichten der Vertragsparteien dar und sind daher nicht mittels der Inhaltskontrolle überprüfbar.³²⁵²

Dessen ungeachtet bleibt gemäß § 307 Abs. 3 S. 2 BGB das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB jedenfalls anwendbar: Erfolgt also ausnahmsweise eine pauschale Rechteeinräumung³²⁵³ in wissenschaftlichen Verlagsverträgen, kann eine unzulässige AGB-Klausel vorliegen; eine solche Klausel wäre aber – unabhängig davon,

OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.10.2001 - 20 U 19/01, ZUM 2002, 221 (223) – Das weite Land; *Castendyk*, ZUM 2007, 169 (173); a.A. inzwischen BGH, Urt. v. 31.05.2012 - I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 (1035) – Honorarbedingungen Freie Journalisten; KG, Urt. v. 26.03.2010 - 5 U 66/09, ZUM 2010, 799 (804) – AGB-Kontrolle zu Honorarregelungen für Journalisten; *Schippan*, ZUM 2012, 771 (773f.).

3249 *Schippan*, ZUM 2012, 771 (778).

3250 BGH, Urt. v. 31.05.2012 - I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 (1035) – Honorarbedingungen Freie Journalisten; BGH, Urt. v. 18.02.1982 - I ZR 81/80, GRUR 1984, 45 (48) – Honorarbedingungen: Sendevertrag; *Schippan*, ZUM 2012, 771 (774); *Kuck*, GRUR 2000, 285 (288); nicht ganz so klar: BGH, Urt. v. 22.09.1983 - I ZR 40/81, GRUR 1984, 119 (121) – Synchronisationssprecher; a.A. OLG Zweibrücken, Urt. v. 07.12.2000 - 4 U 12/00, ZUM 2001, 346 (347) – AGB-Verstoß durch Übertragungsklausel in Komponistenverträgen des ZDF; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.10.2001 - 20 U 19/01, ZUM 2002, 221 (223) – Das weite Land.

3251 Zur Rechtslage vor Inkrafttreten der §§ 305 ff. BGB vgl. *Kuck*, GRUR 2000, 285 (288).

3252 BGH, Urt. v. 31.05.2012 - I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 (1035) – Honorarbedingungen Freie Journalisten; BGH, Urt. v. 18.02.1982 - I ZR 81/80, GRUR 1984, 45 (48) – Honorarbedingungen: Sendevertrag; *Schippan*, ZUM 2012, 771 (774); *Kuck*, GRUR 2000, 285 (288); a. A. ZiF-Stellungnahme, S. 4, die in ihrer Stellungnahme anregt, „im Wege einer AGB- und Preiskontrolle der Nutzungsangebote der Rechteinhaber“ der „Gefährdung der Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre [entgegenzuwirken].“

3253 Diese kann beispielsweise in der Abtretung der „erforderlichen Rechte, z.B. [dem] Urheberrecht“ bestehen, vgl. OLG Frankfurt am Main, Urt. v.

ob sie in AGB enthalten oder individualvertraglich ausgehandelt ist – in den meisten Fällen ohnehin gemäß § 138 BGB sittenwidrig oder zumindest entsprechend § 31 Abs. 5 UrhG zu beschränken.³²⁵⁴

Es kann also festgehalten werden: Vereinbarungen zur ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung ohne Vereinbarung einer Vergütung sind nicht infolge der Verwendung unzulässiger AGB grundsätzlich unwirksam. Ein Verbot zur Vereinbarung der ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung ergibt sich also nicht vor dem Hintergrund des AGB-Rechts. Möglich wäre dagegen die ausdrückliche Regelung eines Verbots der ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung im Urhebervertragsrecht.

2. Zulässigkeit derartiger Maßnahmen

Die freie Lizenzierung von Forschungsliteratur und -materialien kann durch die vorgeschlagenen Maßnahmen nur erreicht werden, wenn diese mit höherrangigem Recht vereinbar wären.

Mangels Vorgaben im Unionsrecht kann es im Fall offener Lizenzierungen grundsätzlich nicht zu Konflikten mit europäischem Sekundärrecht kommen.³²⁵⁵

Da jede der auf dem deutschen Markt verfügbaren Standardlizenzen jedenfalls die Urhebernennung erfordert, tritt die freie Lizenzierung bei Verwendung von Standardlizenzen jedenfalls auch nicht in Konflikt mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht (§ 13 UrhG).³²⁵⁶

08.12.1983 - 6 U 82/83, GRUR 1984, 515 (516) – AGBG - Übertragung von Nutzungsrechten.

3254 BGH, Urt. v. 27.09.1995 - I ZR 215/93, GRUR 1996, 121 (122) – Pauschale Rechtseinräumung; *Kuck*, GRUR 2000, 285 (288).

3255 Vgl. zu den unionsrechtlichen Vorgaben die Darstellungen in Teil 2 dieser Untersuchung.

3256 Vgl. zum Urheberpersönlichkeitsrecht die Darstellungen in Teil 1 dieser Untersuchung sowie den verfassungsrechtlichen Implikationen die Darstellungen in Teil 4 dieser Untersuchung.

a. Etablierung von “Open Access European Science Journals”

Im Fall der Etablierung von “Open Access European Science Journals” bestehen keine Bedenken der Unvereinbarkeit mit geltendem, höherrangigem Recht. Es handelt sich vielmehr um eine rein tatsächlich bestehende Möglichkeit, die von Forschenden in Anspruch genommen werden kann, womit allerdings keine Verpflichtung einhergeht.

b. Pflicht zur Open Access-Veröffentlichung

Eine Pflicht zur Open Access-Veröffentlichung stellt lediglich eine echte Alternative zum Ausgleich der Defizite im Wissenschaftsurheberrecht dar, wenn sie mit sonstigem Recht, insbesondere verfassungsrechtlichen Grundsätzen, vereinbar ist.³²⁵⁷

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Open Access-Veröffentlichungspflicht ist in der Literatur heftig umstritten:³²⁵⁸ Auf der einen Seite wird eine Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich garantierten, individuellen Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 GG moniert, da die Freiheit eingeschränkt werde, darüber zu entscheiden, in welchen Zeitschriften eine Publikation veröffentlicht werde;³²⁵⁹ so argumentieren unter anderem die Unterzeichnenden des Heidelberger Appells sowie die Forschenden, die vor dem VG Konstanz gegen die Einführung einer Open Access-Zweitverwertungspflicht an der Universität Konstanz klagen.³²⁶⁰

3257 Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit einer Open Access-Förderung im nationalen und internationalen Kontext, vgl. *Goldberg*, Open Access im Wettbewerbsrecht, S. 19–49.

3258 Für einen Überblick über die Diskussion vgl. *Eisentraut*, OdW 2020, 177; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit: Überlegungen zu Open Access und Wissenschaftsfreiheit, S. 79; *Peukert/Sonnenberg*, Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems, 1 (23).

3259 *Sandberger*, OdW 2017, 75 (80); *Fehling*, OdW 2014, 179 (212); *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit: Überlegungen zu Open Access und Wissenschaftsfreiheit, S. 60; dem mit Blick auf das „Ob“ der Publikation widersprechend: *BMBF*, Open Access in Deutschland - Strategie, S. 7.

3260 Appell abrufbar unter: <http://www.textkritik.de/urheberrecht/appell.pdf>; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 26.09.2017 - 9 S 2056/16, 1 (3) Rn. 28 – Verfassungswidrigkeit einer landesrechtlichen Regelung zum Recht auf nicht-kommerzielle Zweitveröffentlichung; vgl. auch Christoph Schönberger im Deutschlandfunk, vgl. *Hartmann*, LIBREAS. Library Ideas 2017, 1 (4).

Dieses Argument kann allerdings bestenfalls in Bezug auf eine Erstveröffentlichungspflicht gehört werden; eine Pflicht zur Open Access-Zweitveröffentlichung von Forschungsliteratur wird dagegen bei Einführung auf Landesebene aus verfassungs- und unionsrechtlicher Sicht durchaus als zulässig bewertet.³²⁶¹ Dies gilt insbesondere, da die individuelle Wissenschaftsfreiheit der forschenden und veröffentlichenden Person auf verfassungsrechtlicher Ebene in Widerstreit zur Wissenschaftsfreiheit anderer forschender Personen tritt.³²⁶² Zur Herstellung praktischer Konkordanz mit anderen verfassungsrechtlichen Gütern kann daher ein etwaiger, mit der Zweitveröffentlichungspflicht verbundener Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit durchaus gerechtfertigt sein.³²⁶³

Trotzdem sprechen sich Personen – auch solche, die Open Access grundsätzlich befürworten – gegen eine Open Access-Zweitveröffentlichungspflicht aus: Der Grund dafür liegt weniger in einer befürchteten rechtlichen Unzulässigkeit als vielmehr in der systematischen Wissenschaftsinadäquanz, auf die sogleich einzugehen sein wird.³²⁶⁴

3261 *Eisentraut*, OdW 2020, 177 (183ff.); a.A. *Sandberger*, OdW 2017, 75 (80), der auch die Zweitveröffentlichungspflicht angesichts der Gefahr, dass ausländische Verlage infolge des obligatorischen Zweitveröffentlichungsrechts eine (Erst-)Publikation ablehnen würden, als verfassungswidrig ansieht; ebenso: *Fehling*, OdW 2014, 179 (212).

3262 *Eisentraut*, OdW 2020, 177 (186); *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit: Überlegungen zu Open Access und Wissenschaftsfreiheit, S. 71f.; *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage: zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, S. 21; *Peukert/Sonnenberg*, Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems, 1 (23); *Bäuerle*, in: Britz, S. 14; a.A. *Schmidt*, Open Access, S. 93; diesen Aspekt vollständig außer Acht lassend: *Sandberger*, OdW 2017, 75 (79f.); lediglich auf die objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit abstellend: *Fehling*, OdW 2014, 179 (212).

3263 Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Implikationen bereits die Darstellungen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3264 *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage: zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, S. 23; *Peukert/Sonnenberg*, Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems, 1 (23).

c. Verbot der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung bei Werken der Wissenschaft

Die Verankerung eines gesetzlichen Verbots der ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung an Verlage für Werke der Wissenschaft erscheint dagegen vor dem Hintergrund des höherrangigen Rechts durchaus problematisch.

Die die Werke verfassenden Forschenden werden durch dieses Verbot zunächst der grundrechtlich geschützten freien Verfügungsmöglichkeit beraubt, indem die ausschließliche Nutzungsrechtseinräumung unmöglich gemacht wird.³²⁶⁵ Damit wird in die gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistete Eigentumsgarantie eingegriffen.³²⁶⁶ Zwar wird dem Grundrecht dadurch nicht jeglicher Schutz entzogen; auch der Kernbereich des Eigentumsrechts ist vermutlich nicht angetastet, da darüber hinausgehende Verfügungsmöglichkeiten bestehen bleiben.

Trotzdem ist die gesicherte Rechtsposition dahingehend beeinträchtigt, dass eine selbstständige Ausübung des Rechts nur noch eingeschränkt möglich ist.

Dies kann jedoch vor dem Hintergrund der unions- wie verfassungsrechtlich verankerten Sozialbindung des Eigentums gerechtfertigt sein, soweit ein solches Verbot zum Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist: Zwar fördert diese Maßnahme die Verfügbarkeit von Forschungsliteratur sowie -materialien für Forschende und Gesellschaft, da infolge nicht-ausschließlicher Nutzungsrechtseinräumung eine weitere Verbreitung im Rahmen des Open Access – verfügbar für die Allgemeinheit – ermöglicht wird; das trägt zur Wissensgenerierung innerhalb und außerhalb der Wissenschaft bei. Allerdings ist eine solch tiefgreifende Maßnahme nicht zum Wohl der Allgemeinheit erforderlich, da andere, gleich wirksame Mittel verfügbar sind. So kann die Aufklärung über die Reichweite von ausschließlichen Nutzungsübertragungen die Open Access-Verfügbarkeit von Forschungsliteratur und -materialien fördern, da derzeit überwiegend das Unwissen der Forschenden und nicht so sehr der Druck der Verlage bei Publikationsverträgen die weit verbreiteten, ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragungen bedingen. Auch die staatliche Bereitstellung ge-

3265 Vgl. zur Verfügungsmöglichkeit die Darstellungen zum Prüfungsmaßstab sowie den verfassungsrechtlichen Implikationen in Teil 4 dieser Untersuchung.

3266 Vgl. dazu und zum Folgenden die Darstellungen zu Art. 14 GG in Teil 4 dieser Untersuchung.

eigener Open Access-Publikationsmedien kann zur Steigerung der Verfügbarkeit beitragen. Angesichts der Intensität eines Verbots der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung erscheint ein so weitgehender Eingriff in das Eigentumsrecht nicht gerechtfertigt.

Zudem wäre ein solches Verbot auch mit der gegenüber Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG subsidiären, gemäß Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten Privatautonomie unvereinbar. Die Privatautonomie garantiert eine grundlegende Möglichkeit zur freien Entfaltung der Persönlichkeit, insbesondere das Recht, die eigenen rechtlichen Verhältnisse nach eigenen Vorstellungen zu gestalten.³²⁶⁷ Dieses Recht wird durch die gesetzliche Reglementierung ausschließlicher Nutzungsrechtsübertragungen sowohl seitens der Verfassenden als auch seitens der Verlage eingeschränkt, da ersteren nicht mehr die vollständige Verfügung über ihr Werk und letzteren nicht mehr die ausschließliche Verwertung möglich ist und so die Willensfreiheit der Vertragsschließenden ungerechtfertigt eingeschränkt wird.³²⁶⁸

3. Opportunität derartiger Maßnahmen

Die verstärkte freie Lizenzierung von Forschungsmaterialien hätte zur Folge, dass beispielsweise urheberrechtlich geschützte Abbildungen zur Darstellung von Forschung rechtssicher auch auf öffentlichen Veranstaltungen gezeigt werden könnten.³²⁶⁹ Forschungsliteratur könnte in der Regel in Forschungsgruppen jeglicher Größe und Zusammensetzung „geteilt“ werden.³²⁷⁰ Eine Qualitätsüberprüfung und Nachnutzung von Forschungsergebnissen wäre anhand der für die Forschungstätigkeit verwendeten Materialien möglich.³²⁷¹

3267 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 101; BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 (231) – Bürgschaftsverträge.

3268 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 102.

3269 Vgl. dazu die Darstellungen zur Kommunikation von Forschung in Teil 3 und 4 dieser Untersuchung.

3270 Abhängig von der jeweils gewählten Lizenz. Vgl. zum „Teilen“ von Forschungsliteratur die Darstellungen zur kollaborativen Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

3271 Vgl. dazu die Darstellungen zur Replizierbarkeit und Qualitätssicherung in Teil 3 und 4 dieser Untersuchung.

Auch die bestehende Rechtsunsicherheit³²⁷² würde vermindert, da davon auszugehen ist, dass – sofern für die offene Lizenzierung Standardlizenzen (wie z.B. Creative Commons) verwendet werden – den Forschenden eine leichte rechtliche Orientierung gelingt.³²⁷³ Auch ein nachträglicher Rückzug der Lizenz wäre nicht möglich.³²⁷⁴

Viele der vorgenannten Defizite des Wissenschaftsurheberrechts könnten daher infolge einer verstärkten offenen Lizenzierung ausgeglichen werden.

Eine Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes mittels einer offenen Lizenz setzt allerdings eine offene Lizenzierung voraus; diese findet – ebenso wie ihre Nutzung – derzeit selten statt.³²⁷⁵ Zurückgeführt wird dies zum einen auf den geringen Kenntnisstand³²⁷⁶ der Forschenden, um angemessene Lizenzierungen zur Ermöglichung von Nachnutzung vorzunehmen. Aufklärung ist hierzu also dringend erforderlich, bevor die freie Lizenzierung als echte Alternative zum Ausgleich der bestehenden Defizite des Wissenschaftsurheberrechts angesehen werden kann.³²⁷⁷

Auch eine Aufklärung von Forschenden wird allerdings nicht dazu führen, dass in Zukunft sowohl Forschungsliteratur als auch Forschungsmaterialien ausschließlich frei lizenziert vorliegen. Denn die Entscheidung zur Lizenzierung liegt jeweils beim individuellen Urheber. Die wissenschaftliche Gemeinschaft ist hier selbst in der Pflicht, ihren Bedürfnissen in Bezug auf die Verfügbarkeit von Forschungsliteratur Rechnung zu tragen.³²⁷⁸ Insbesondere im nicht-wissenschaftlichen Bereich ist stets – aufgrund der anderen Interessenlage – eine proprietäre Lizenzierung zu erwarten. Zudem ist eine freie Lizenzierung grundsätzlich nur für Materialien möglich, an denen die Rechte bisher nicht ausschließlich übertragen wurden. In Bezug auf ältere Materialien bestehen die Defizite auch bei dieser Alternative fort.

3272 Vgl. dazu die Darstellungen zur Rechtssicherheit in Teil 3 und 4 dieser Untersuchung.

3273 Interview mit P_IN4 - Teil 1, Z. 7.

3274 Vgl. dazu beispielsweise Abschnitt 6 der Creative Commons-Lizenzen, die eine Laufzeit der Public License bis zum Ablauf der urheberrechtlichen Schutzfrist vorsehen.

3275 Diese verwendend: Interview mit P_N2, Z. 41; Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 1, Z. 14.

3276 Interview mit P_S2, Z. 33, 45; Interview mit P_IN3, Z. 69.

3277 Vgl. dazu die Darstellungen zur Stärkung der Urheberrechtskompetenz so gleich in diesem Teil der Untersuchung.

3278 Vgl. dazu die Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

Des Weiteren werden fehlende³²⁷⁹ finanzierbare³²⁸⁰ Open Access-Publikationsmöglichkeiten für Forschungsliteratur und -materialien seitens der Forschenden moniert.

„Ja. Das ist natürlich auch die Einnahmequelle der Verlage. Es wird immer weniger, wahrscheinlich, an Abos geben am Ende. Sondern am Ende wird es eben so sein, dass dann eben die Autoren selbst zahlen. Was eigentlich pervers ist, dass man sagt, dafür, dass man etwas schreibt, muss man Geld zahlen. Eigentlich müsste man dafür Geld bekommen. Man macht ja die Arbeit.“³²⁸¹

Neben diesen allgemeinen Bedenken gegen die freie Lizenzierung von Forschungsliteratur und -materialien bestehen auch bei den speziellen Ausgestaltungen einige Bedenken gegen deren Opportunität:

a. Etablierung von “Open Access European Science Journals”

Durch die flächendeckende Einführung von Open Access Journals könnte zwar dem wahrgenommenen Problem der Verfügbarkeit der Forschungsliteratur begegnet werden.³²⁸² So sind Open Access-Publikationen meist über Internet-Suchmaschinen schnell und in digitaler Form auffindbar; die häufig als fehlend monierte Filterfunktion zur Qualitätsauslese, die bisher bekannte Journals in den Disziplinen übernommen haben, könnte durch zunehmende Verbesserung der Suchmaschinen-Algorithmen sichergestellt werden.³²⁸³

Die Einrichtung auf länderübergreifender Ebene würde den Open Access-Journals bereits zu ihrer Einführung einen gewissen Einfluss und eine gewisse Durchsetzung im fachlichen Diskurs verleihen. Als Beispiel eines länderübergreifenden Infrastrukturprojekts könnte das bis heute er-

3279 Interview mit P_G4, Z. 45; Interview mit P_S2, Z. 35.

3280 Interview mit P_S2, Z. 37; Interview mit P_S3 - Teil 2, Z. 2; Interview mit P_L1 - Teil 1, Z. 20; Interview mit P_L2, Z. 31; Interview mit P_L3, Z. 138; Interview mit P_N2, Z. 67; Interview mit P_N3, Z. 37; Interview mit P_IN1, Z. 80; Interview mit P_IN2, Z. 35, 37.

3281 Interview mit P_N2, Z. 79.

3282 Vgl. dazu die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3283 Interview mit P_S2, Z. 39; Interview mit P_L1 - Teil 1, Z. 22.

folgreiche Projekt „Europeana“ dienen.³²⁸⁴ Allerdings ist nicht zu leugnen, dass es zu einer Etablierung derartiger, neuer Journals einer tiefgreifenden Transformation der bisher im wissenschaftlichen Publikationswesen vorherrschenden Überzeugungen bedarf: Die heute – auch international – dominierende Differenzierung der Forschungsqualität nach „Journal Impact Factor“ müsste aufgegeben werden.³²⁸⁵

Die Einrichtung von „Open Access European Science Journals“ setzt zudem voraus, dass auf europäischer Ebene eine Einigung über die Zukunft und die Finanzierung von Open Access-Publikationen getroffen wird.³²⁸⁶ Dass diese derzeit nicht absehbar ist, muss im Rahmen der Opportunität dieses Vorschlags negativ berücksichtigt werden.

b. Pflicht zur Open Access-Veröffentlichung

Eine Open Access-Veröffentlichungspflicht würde einige der festgestellten Defizite ausgleichen: Eine Open Access-Erstveröffentlichungspflicht könnte sich insofern positiv auswirken, als die Forschenden im Fall ihres Bestehens eine Verpflichtung hätten, die dort veröffentlichten Preprints als Stand der Forschung anzuerkennen, und ein „Ideenklau“ nicht so einfach möglich wäre.³²⁸⁷ So könnte dem Interesse der Forschenden nach Schutz der eigenen Forschung angemessener und zumindest mittelbar mit Mitteln des Urheberrechts Rechnung getragen werden.³²⁸⁸ Allerdings würde sich eine solche Pflicht nur auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland beschränken, weshalb die Gefahr des internationalen „Ideenklau“ bestehen bliebe.

Zudem bestehen Bedenken hinsichtlich des Interesses an Einzelanerkennung: Angesichts des – technologisch bedingt – jüngeren Alters von Open

3284 Weitere Informationen dazu unter: <https://www.europeana.eu/de>.

3285 Diese wird ohnehin bereits eher negativ beurteilt, vgl. Interview mit P_L1 - Teil 1, Z. 10; Interview mit P_L3, Z. 144; Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 1, Z. 29; Interview mit P_N2, Z. 43.

3286 Interview mit P_G1, Z. 19; Interview mit P_G4, Z. 135; Interview mit P_S2, Z. 33, 87; Interview mit P_S3 - Teil 1, Z. 57; Interview mit P_L1 - Teil 1, Z. 4, 6, 20; Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 2, Z. 47; Interview mit P_IN2, Z. 35.

3287 Interview mit P_N2, Z. 13.

3288 Vgl. dazu die Darstellungen zur Einzelanerkennung in Teil 3 dieser Untersuchung.

Access-Zeitschriften werden Open Access-Zeitschriften zum Teil von Forschenden (immer noch) negativ wahrgenommen; eine Reputationssteigerung durch Publikation in einer Open Access-Zeitschrift wird in Teilbereichen der Forschung bis heute als unmöglich wahrgenommen.³²⁸⁹ Vor dem Hintergrund der Internationalität der Forschung kann sich in der Folge aus einer Open-Access-Pflicht ein Wettbewerbsnachteil ergeben: So sei die Pflicht für Nachwuchsforschende, die zur Förderung der Karriere eine Erstveröffentlichung in ganz bestimmten Zeitschriften anstreben müssen, schwierig umzusetzen.³²⁹⁰ Würde man sie zu einer Open Access-Erstveröffentlichung zwingen, bestünde die Gefahr, dass Nachwuchsforschende im internationalen Wettbewerb mit der Konkurrenz nicht mehr mithalten könnten.³²⁹¹ Denn nicht nur das Berufungsverfahren, sondern auch spätere Bewertungsverfahren sind derzeit noch stark an Publikationen orientiert. Forschende wären daher – auch im späteren Verlauf ihrer Karriere – kaum mehr konkurrenzfähig, da sie die Bewertungskriterien von Wissenschaft nicht mehr erfüllen könnten.³²⁹²

Ebenfalls wird einer Open Access-Erstveröffentlichungspflicht mit Bedenken dahingehend begegnet, dass die Qualitätssicherung bei Open Access-Veröffentlichungen nur unzureichend gewährleistet ist.³²⁹³ Aus ökonomischer Perspektive mag aufgrund der verbreiteten Author Processing Charges seitens der Verlage ein größerer Anreiz zur Publikation qualitativ minderwertiger Arbeiten in Open Access-Zeitschriften bestehen, als dies im Rahmen herkömmlicher Printzeitschriften der Fall war: Waren die Verlagsserträge früher von der Anzahl der Abonnements abhängig (die umso größer war, je qualitativ hochwertiger die Zeitschriftenbeiträge), besteht dieser unmittelbare Zusammenhang zwischen Qualität der Zeitschrift und Einnahmen des Verlags inzwischen nicht mehr; es besteht theoretisch die Möglichkeit, sich in eine Zeitschrift „einzukaufen.“³²⁹⁴

3289 Müller, Peer-Review-Verfahren zur Qualitätssicherung von Open-Access-Zeitschriften - Systematische Klassifikation und empirische Untersuchung, S. 60; *Over u. a.*, Publikationsstrategien im Wandel?, S. 49.

3290 Interview mit P_S3 - Teil 1, Z. 68; Interview mit P_L3, Z. 144.

3291 Interview mit P_S3 - Teil 1, Z. 68; Interview mit P_L3, Z. 144.

3292 Interview mit P_L1 - Teil 1, Z. 10; Interview mit P_L3, Z. 144.

3293 *Over u. a.*, Publikationsstrategien im Wandel?, S. 49.

3294 Müller, Peer-Review-Verfahren zur Qualitätssicherung von Open-Access-Zeitschriften - Systematische Klassifikation und empirische Untersuchung, S. 59.

Problematisch erscheint auch, dass manche Fächer kein Open Access-Journal aufweisen.³²⁹⁵ Eine Pflicht zur Open Access-Erstveröffentlichung von Forschungsliteratur wird daher von den Forschenden in manchen Fächern als faktisch unmöglich bewertet.³²⁹⁶

Eine Pflicht zur Zweitverwertung im Open Access wäre in Deutschland hingegen jedenfalls grundsätzlich denkbar.

Zwar kann eine rechtliche Pflicht nur Wirksamkeit entfalten, wenn sie von ihren Adressaten auch innerlich bejaht wird.³²⁹⁷ Dieser grundsätzlich notwendigen Akzeptanz steht es allerdings nicht entgegen, dass die von der Norm adressierte Person im Einzelfall mit der konkreten Normanwendung nicht einverstanden ist.³²⁹⁸ Daher kann nicht allein aus der äußerst positiven Bewertung des anhängigen Verfahrens zur Zweitveröffentlichungspflicht an der Universität Konstanz vor dem VG Konstanz³²⁹⁹ auf eine tatsächliche Unwirksamkeit einer möglichen künftigen Verpflichtung geschlossen werden. Trotzdem gilt es, diesen vorhandenen Unmut der Forschenden gegen eine Open Access-Verpflichtung nicht ungewürdigt zu übergehen: Denn auch wenn eine solche flächendeckend eingeführt würde, würde dieses Unbehagen einer tatsächlichen Erreichung des Normzwecks – der Steigerung von Open Access-Publikationen – vermutlich entgegenstehen; Umgehungspraktiken und Normignoranz könnten sich herausbilden.³³⁰⁰

Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass die Forschenden den wirtschaftlichen Schaden und die negativen Auswirkungen für die Verlage als Grund gegen die Einführung einer Open Access-Veröffentlichungspflicht hervorheben:

„Wir können nicht alles Open Access stellen. Weil wir dann die Verlage zerstören. Also deren Existenz zerstören. Aber wir brauchen ja aber die Verlage, weil die immer als (.) weil die das, was wir denen als Dokument dann vorlegen, das machen sie dann ja lesbar, verwendbar. Die archivieren das ja auf ihre Art und Weise, machen das haltbar, nachhaltig sichern, ja.

3295 Interview mit P_G3, Z. 165.

3296 Interview mit P_G3, Z. 165; Interview mit P_L2, Z. 123.

3297 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, S. 120.

3298 *Drefs*, Öffentlichkeitsarbeit und Akzeptanz, S. 200 m.w.N.

3299 Interview mit P_G1, Z. 71; Interview mit P_G3, Z. 237, 239.

3300 Vgl. dazu die Darstellungen zur Effektivität in Teil 4 dieser Untersuchung.

Und alles das, wer soll das sonst machen?³³⁰¹

So müsse die ökonomische Handlungsgrundlage der Verlage bestehen bleiben, damit Verlage jeglicher Größe auch in Zukunft ihren Aufgaben (insbesondere der Archivierung³³⁰² und der Organisation des Peer Review-Verfahrens³³⁰³) nachkommen könnten.³³⁰⁴

„Und wie immer eine Verpflichtung ist eigentlich im Unibereich schwierig umzusetzen, weil es immer Gründe gibt, warum ich der Verpflichtung nicht folge.“³³⁰⁵

Geeigneter erscheint eine Verpflichtung durch die Forschungsförderinstitutionen, wie beispielsweise die DFG.³³⁰⁶ Würden die Förderungsbedingungen, die bereits gegenwärtig die Bedingung der Open Access-Stellung der im Rahmen des jeweils geförderten Forschungsprojekts verfassten Publikationen sowie produzierten Forschungsdaten enthalten, durchgesetzt, würde der Anteil von Open Access-Publikationen in Deutschland vermutlich erheblich steigen.³³⁰⁷

Bei Einführung einer verpflichtenden Open Access-Zweitveröffentlichung muss allerdings berücksichtigt werden, dass in allen Fächern unterschiedliche Entwicklungsstände und Standards in Bezug auf Open Access etabliert sind.³³⁰⁸ Daher bedarf es vor der Einführung einer Open Access-Pflicht jedenfalls des Ausbaus der Infrastruktur (insbesondere im Bereich der Repositorien).³³⁰⁹ Denn besteht keine Publikationsmöglichkeit, kann auch keine (Open Access-) Publikation erfolgen; die Verpflichtung zu einer faktisch unmöglichen Handlung kann keine Wirkung entfalten.³³¹⁰

Ein ebenfalls zu berücksichtigender Faktor ist die Sinnhaftigkeit eines ggf. einzuführenden Fristerfordernisses, wie es derzeit bereits in § 38 Abs. 4 UrhG in Bezug auf das Zweitverwertungsrecht (12 Monate nach der Erstveröffentlichung) verankert ist. Die Idee des Open Access entstand

3301 Interview mit P_G2, Z. 57.

3302 Interview mit P_G2, Z. 57.

3303 Interview mit P_IN3, Z. 69.

3304 Interview mit P_G2, Z. 57; Interview mit P_G3, Z. 83; Interview mit P_IN3, Z. 69.

3305 Interview mit P_L2, Z. 123.

3306 Interview mit P_G1, Z. 66, 69.

3307 Anders als derzeit vgl. Interview mit P_G1, Z. 67.

3308 Interview mit P_L2, Z. 123.

3309 Interview mit P_S2, Z. 35.

3310 *Goldberg*, Open Access im Wettbewerbsrecht, S. 18.

gerade aus der Notwendigkeit, schnell Zugang zu Wissensressourcen zu schaffen.³³¹¹ Führte man eine Karenzzeit ein, liefe das der ursprünglichen Idee der raschen Verfügbarkeit erheblich zuwider.³³¹²

In Bereichen, in denen die Forschungsgegenstände selbst zum Teil urheberrechtlich geschützt sind, wird eine Open Access-Veröffentlichungspflicht ebenfalls negativ bewertet: Hier wird befürchtet, dass Bereiche der Forschung ausgeschlossen würden, da eine spätere Publikation nicht möglich sei (und niemand etwas erforsche, das er nachher nicht veröffentlichen könne).³³¹³ Diesem Argument kann allerdings mit dem Argument entgegengetreten werden, dass in diesen wenigen Fällen bereits eine Beschreibung der Methoden und Daten für die Replizierbarkeit ausreichend sei und daher auch nur diese publiziert werden müsse.³³¹⁴

c. Verbot der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung bei Werken der Wissenschaft

Mangels Zulässigkeit eines Verbots der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung soll auf deren Opportunität lediglich in gebotener Kürze eingegangen werden.³³¹⁵

Wäre eine ausschließliche Nutzungsrechtsübertragung infolge eines Verbots nicht mehr möglich, wären mehr Forschende als bisher zu einer freien Lizenzierung von Forschungsliteratur und -materialien im Stande. Denn ihnen würde – trotz grundsätzlicher Verwertung des Werkes durch einen Verlag – ein einfaches Nutzungsrecht verbleiben, wodurch jedenfalls ein Austausch von Materialien innerhalb der wissenschaftlichen Gemeinschaft ermöglicht würde.³³¹⁶ Dadurch würde der freie Zugang zu Wissen

3311 Vgl. zur schnellen Verfügbarkeit auch die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3312 *Goldberg*, Open Access im Wettbewerbsrecht, S. 17.

3313 Interview mit P_G3, Z. 43.

3314 *Deutsche Forschungsgemeinschaft*, Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis - Kodex, S. 15.

3315 Vgl. dazu bereits zuvor die Darstellungen zur Zulässigkeit des Verbots in diesem Teil der Untersuchung.

3316 Zu dem dahingehenden Interesse vgl. die Darstellungen zur kollaborativen Forschung in Teil 3 dieser Untersuchung.

sowie eine Nutzung der Werke durch den urhebenden Forschenden selbst gefördert.³³¹⁷

Allerdings dürfen bei einer Bewertung dieser Alternative die mit einer vertraglichen Lösung stets verbundenen hohen Transaktionskosten, die durch die in jedem Einzelfall notwendige gerichtliche Kontrolle entstehen, nicht außer Acht gelassen werden.³³¹⁸

4. Fazit

Die verstärkte freie Lizenzierung von Forschungsliteratur und -materialien könnte die Verfügbarkeit von Forschungsliteratur und Forschungsgegenständen sowie ihre Weiterverbreitung und Nachnutzung grundsätzlich sicherstellen. Auch wären durch die in Deutschland verbreiteten Standardlizenzen jedenfalls die Urheberpersönlichkeitsrechte und somit das Interesse an Einzelanerkennung gewahrt. Mit steigender Verbreitung frei lizenzierter Materialien würde zudem die Rechtssicherheit in Bezug auf die Nutzung urheberrechtlich geschützter, aber frei lizenzierter Materialien steigen.

Allerdings begegnen einige zur Förderung frei lizenzierter Materialien vorgeschlagenen Maßnahmen jeweils erheblichen – rechtlichen sowie tatsächlichen – Bedenken: Ein Verbot der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung für Werke der Wissenschaft ist nicht mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere der Eigentumsfreiheit sowie der subsidiär gewährleisteten Privatautonomie, vereinbar und daher als Alternative abzulehnen. Letzteres gilt ebenso für die Pflicht zur Open-Access-Veröffentlichung, die zudem derzeit wissenschaftsinadäquat ist.

C. Stärkung der Urheberrechtskompetenz

Eine entscheidende Maßnahme zum Ausgleich der vorhandenen Defizite im Wissenschaftsurheberrecht, die unabhängig von dem Ergebnis der Evaluation seitens der Legislative im Jahre 2022 (§ 142 UrhG) in Zukunft jedenfalls angestrebt werden sollte, ist die Stärkung der Urheberrechtskompetenz der Normadressaten.

3317 Zu dem dahingehenden Interesse vgl. die Darstellungen zum Zugang zu bestehendem Wissen in Teil 3 dieser Untersuchung.

3318 Dazu und für weitere Argumente vgl. ZiF-Stellungnahme, S. 4.

„Das ist insgesamt ein gewaltiger Punkt – ich denke auch, über den reden wir noch – dass viel Kommunikation noch geführt werden muss, damit die Kollegen tatsächlich alles an dieser Stelle verstehen. Es gibt viele Sachen, die noch viel schwammiger sind oder zum Teil noch viel gefährlicher.“³³¹⁹

Diese Maßnahme tatsächlicher Art ist mithin die wichtigste, die auch im Falle der Umsetzung zuvor genannter Alternativen ergriffen werden sollte.

„Natürlich ist das jetzt nicht Aufgabe des Gesetzes, das am Ende auch zu kommunizieren. Aber es gibt sicherlich andere Stellen, die sich das als Aufgabe stellen könnten.“³³²⁰

Die Stärkung der Urheberrechtskompetenz ist vor dem Hintergrund des Bestehens eines starken Wissensdefizits³³²¹ auf Seiten der Forschenden dringend erforderlich. Denn ein solches schließt eine subjektive Verhaltenssteuerung aus.³³²²

Zwar könnte mit *Lubmann* argumentiert werden, dass Unkenntnis der Individuen kein Problem sei; die Ausbreitung des Rechts sei eine evolutionäre Errungenschaft, bei der die Unkenntnis des Individuums in Kauf genommen werden müsse; es genüge, wenn „alles Recht aufgeschrieben und irgendwie bei Bedarf feststellbar“³³²³ sei. Bezüglich ersterem bestünde folglich mit Blick auf das derzeitige Wissenschaftsurheberrecht kein direkter Handlungsbedarf. Bezüglich letzterem wurde bereits festgestellt, dass auch im Bedarfsfall keine ausreichenden Informationen zur Unterrichtung über die Rechtslage zur Verfügung stehen.³³²⁴

Fraglich wäre daher zunächst, welche Stellen derartige Informationen zur Verfügung stellen sollten und auf welchen Kanälen diese Informationen die Normadressaten erreichen. Die finale Beantwortung dieser Frage liegt in den Händen der Informationswissenschaften. Einblicke in bestehende Informationskanäle wurden bereits im Rahmen dieser Arbeit dargestellt: Es zeigte sich dabei, dass entweder zeitliche oder finanzielle Ressourcen

3319 Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 1, Z. 49.

3320 Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 2, Z. 63.

3321 Vgl. dazu die Darstellungen zur Effektivität und zur Rechtssicherheit in Teil 3 und 4 dieser Untersuchung.

3322 Vgl. dazu die Darstellungen zur Effektivität in Teil 4 dieser Untersuchung.

3323 *Lubmann*, Rechtssoziologie, S. 254.

3324 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft zur Rechtssicherheit in Teil 3 dieser Untersuchung.

oder juristisch ausgebildetes Personal fehlen, das in der Lage wäre, Zusatzinformationen zur aktuellen Rechtslage im Wissenschaftsurheberrecht bereitzustellen und konkrete Fragen zu beantworten.³³²⁵

Zur Stärkung der Urheberrechtskompetenz wird daher vor dem Hintergrund der Erkenntnisse der vorliegenden Untersuchung ein System aus drei Bestandteilen vorgeschlagen: Das Angebot von Workshops zu Beginn der wissenschaftlichen Karriere, die Erstellung von Handreichungen für Standardfragen und für den Fall von Gesetzesänderungen sowie die Einsetzung einer juristisch geschulten Ansprechperson für Forschende.

Allerdings darf die Wirkung von Informationsarbeit nicht überschätzt werden:

„Also es gibt sicherlich Leute in der Uni, die solche Fragen beantworten könnten, wenn sie denn gestellt würden.
Aber ich nehme an, dass die meisten Kollegen einfach tun, was sie für richtig halten und nicht fragen, ob sie denn jetzt auf ihrer Website dies und das machen dürfen.“³³²⁶

Auch bei einer Bereitstellung von Informationen ist daher nicht zu erwarten, dass alle Forschenden diese zur Kenntnis nehmen, um in der Folge rechtskonform zu handeln.³³²⁷ Deswegen ist es erforderlich, – bestenfalls bereits zu Karrierebeginn – Aufmerksamkeit für urheberrechtliche Fragestellungen zu erregen.

I. Workshops zu Beginn der wissenschaftlichen Karriere

Zunächst sollte zu Beginn der wissenschaftlichen Karriere, d.h. in der Promotionsphase, spätestens in der Post-Doc-Phase, ein Workshop zu den urheberrechtlichen Grundlagen im Bereich der wissenschaftlichen Forschung besucht werden.³³²⁸ In einem solchen eintägigen Workshop könnten die Grundlagen des Urheberrechtsschutzes (Werkarten, Schutzvoraussetzungen) sowie die gesetzlich erlaubten Nutzungshandlungen im

3325 Vgl. dazu die Darstellungen zu den Maßnahmen der wissenschaftlichen Gemeinschaft zur Rechtssicherheit in Teil 3 dieser Untersuchung.

3326 Interview mit P_N4, Z. 121.

3327 Interview mit P_L2, Z. 103.

3328 Interview mit P_IN2, Z. 101.

Bereich der wissenschaftlichen Forschung und die Bedeutung und die Möglichkeiten einer Lizenzierung erläutert werden.

Damit würde den Forschenden die Möglichkeit zu einer besseren Beurteilung des Bestehens urheberrechtlichen Schutzes und einer zulässigen Nutzung während ihrer wissenschaftlichen Laufbahn gegeben werden. Die bestehende Rechtsunsicherheit bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Materialien könnte auf diese Weise durch Sensibilisierung für problematische Aspekte gemindert werden. Denn nach *Röhl* bedarf es keiner wirklichen Kenntnis der Normen; es genügt ein „Gefühl für die Notwendigkeit, sich in bestimmten Situationen nicht auf die eigene Rechtskenntnis zu verlassen, sondern sich um Auskunft und Beratung zu bemühen.“³³²⁹

Als geeigneter Zeitpunkt für derartige Workshops kristallisiert sich die Promotionsphase heraus.³³³⁰ Während Veranstaltungen während des Studiums mangels Berührung mit der Forschungspraxis als zu früh empfunden werden,³³³¹ werden diese aufgrund des Zeitmangels von Forschenden im späteren Karriereverlauf – insbesondere im Fall von Neuberufungen³³³² – als unpassend empfunden.³³³³

II. Handreichungen für Standardfragen und bei Gesetzesänderungen

Zusätzlich sollten die bereits bestehenden Bestrebungen seitens der politischen Entscheidungstragenden sowie der wissenschaftlichen Gemeinschaft unterstützt und ausgeweitet werden: Online-Handreichungen sollten dazu genutzt werden, prägnant und zeit- und ortsunabhängig über gewisse (insbesondere fachspezifische) Standardprobleme und neue Gesetzesänderungen zu informieren.³³³⁴

3329 *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 262.

3330 Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 2, Z. 78.

3331 Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 1, Z. 19.

3332 Interview mit P_IN1, Z. 120.

3333 Interview mit P_S1 und WissMit_S1, Z. 45.

3334 Interview mit P_G2, Z. 117 (formuliert explizit den Wunsch nach einer Handreichung); Interview mit P_S2, Z. 47 (hat bereits Erfahrungen mit juristischen Handreichungen in der Vergangenheit); Interview mit P_S3 - Teil 1, Z. 57 (nimmt Bezug auf eine bereits existierende Handreichung der Fachgesellschaft); Interview mit P_L2, Z. 103 (formuliert explizit den Wunsch nach einer Handreichung); Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 1, Z. 19 (nimmt Bezug auf eine bereits existierende Handreichung der Universität); bereits

Die Handreichungen sollen nach Ansicht der Forschenden bestimmte Standardprobleme behandeln, die im Forschungsalltag regelmäßig auftreten.³³³⁵ Beispielhaft wurden genannt: Die Rechte der Forschenden in Bezug auf eigene Publikationen³³³⁶, die Rechte der Forschenden in Bezug auf die Verwendung und Weitergabe von Publikationen Dritter³³³⁷, die Wiederverwendung von Datensätzen und Abbildungen in Review-Artikeln,³³³⁸ der rechtssichere Umgang mit Netzanwendungen während der Forschungstätigkeit³³³⁹, der rechtssichere Umgang mit Abbildungen in der Forschungstätigkeit³³⁴⁰, das effektive und rechtssichere Vorgehen bei der Suche nach Rechtsinhabern und das Vorgehen in Bezug auf verwaiste Werke bzw. Werke eines nicht feststellbaren Urhebers.³³⁴¹

Durch derartige Handreichungen könnte die Möglichkeit der freien Lizenzierung stärker unter Forschenden beworben werden. So könnten verschiedene Lizenzen erläutert werden, wie dies derzeit bereits beim arXiv der Fall ist.³³⁴²

Die Handreichungen sollten angesichts des stetigen Zeitmangels „kurz“, „knapp“ und „sehr eindeutig“ sein.³³⁴³ Bestenfalls sind diese über das Internet abrufbar, da Forschende dort Informationen suchen.³³⁴⁴

Ein frei lizenziertes Muster einer solchen Handreichung, das im Rahmen der vorliegenden Untersuchung entwickelt wurde, ist online abrufbar.³³⁴⁵

in diese Richtung argumentierend: Ohly, Gutachten F: Urheberrecht in der digitalen Welt, S. F 82.

3335 Interview mit P_S2, Z. 47.

3336 Interview mit P_S2, Z. 47; Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 1, Z. 46.

3337 Interview mit P_S3 - Teil 1, Z. 49; Interview mit P_N2, Z. 81.

3338 Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 1, Z. 49.

3339 Interview mit P_S2, Z. 47.

3340 Interview mit P_L2, Z. 7.

3341 Interview mit P_N4, Z. 5.

3342 Vgl. dazu die Darstellungen zu Preprint-Servern in Teil 2 dieser Untersuchung.

3343 Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 1, Z. 19.

3344 Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 1, Z. 19; Interview mit P_N4, Z. 21; Interview mit P_IN1, Z. 4; zumindest auf das umfangreiche Webangebot der Universitätsbibliothek für Forschende hinweisend: Interview mit P_N5 und Bib_N5, Z. 47, 49.

3345 Abrufbar unter: <https://madoc.bib.uni-mannheim.de/59995>.

III. Juristisch geschulte Ansprechperson für Forschende

Als dritter und wichtigster Bestandteil – insbesondere, wenn der derzeitige Rechtsrahmen beibehalten wird – wird die Einführung einer urheberrechtlich geschulten Ansprechperson für Forschende empfohlen.

Diese kann – entsprechend der DFG-Leitlinie 10, nach der Hochschulen und außerhochschulische Forschungseinrichtungen Verantwortung für die Regelkonformität des Handelns ihrer Mitglieder und ihrer Angehörigen tragen und diese durch geeignete Organisationsstrukturen befördern sollen³³⁴⁶ – im Justizariat / Legal Office der jeweiligen Universität eingegliedert sein.³³⁴⁷

Aufgrund der aufgezeigten Differenzen zwischen den Fächerkulturen erscheint allerdings eine universitätsübergreifende Bündelung der juristischen Kompetenzen in nationalen oder – zum Zwecke der Sicherstellung der Finanzierung geeigneteren – länderspezifischen Infrastruktur-Projekten sinnvoll, die mit finanzieller Förderung „Clearing-Stellen“ oder „Help-desks“ bereitstellen, welche mit juristisch ausgebildetem Personal besetzt sind.³³⁴⁸

Wichtig ist dabei eine „direkte Interaktion zwischen Forschern und Juristen.“³³⁴⁹ Ein solcher Versuch wird derzeit im Rahmen der NFDI-Initiative in Bezug auf Forschungsdaten gestartet; ein (ggf. auch fachspezifischer) Ausbau des Angebots erscheint denkbar.³³⁵⁰

Als Beispiel könnte des Weiteren das vom BMBF geförderte, von der Universität Konstanz geleitete Verbundprojekt *open-access.network*, das eine Kompetenz- und Vernetzungsplattform ins Leben rufen und so Informationen und Kompetenzen vermitteln soll, dienen.³³⁵¹ Daneben bietet auch der nationale Kontaktpunkt *Open Access* fachübergreifend Hilfestellungen sowie Workshops, allerdings beschränkt auf den Bereich des *Open*

3346 *Deutsche Forschungsgemeinschaft*, Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis - Kodex, S. 16.

3347 Interview mit P_N5 und Bib_N5, Z. 166.

3348 Interview mit P_G1, Z. 137 (mit Bezug auf CLARIN, DARIAH); Interview mit P_S2, Z. 47 (mehrere Verbundprojekte ansprechend); Interview mit P_G3, Z. 15 (mit Bezug zur NFDI-Initiative).

3349 Interview mit P_G3, Z. 31.

3350 Vgl. für einen Überblick und mehr Informationen <https://www.nfdi.de/>.

3351 Mehr Informationen unter <https://open-access.net/startseite>.

Access.³³⁵² Auch die auf die Geisteswissenschaften konzentrierten Initiativen CLARIN und DARIAH bieten bereits entsprechende Helpdesks.³³⁵³

Die darüber hinaus einzurichtenden Stellen sollten in der Lage sein, über die Rechtslage aufzuklären sowie zeitnah³³⁵⁴ konkreten und möglichst verbindlichen³³⁵⁵ juristischen Rat in bestimmten Forschungsprojekten und -planungen zu geben. Angestrebt werden sollte die juristische Begleitung des Forschungsprojekts über seinen Verlauf hinweg, um durch Vertrautheit mit dem Forschungsprojekt schnelleren rechtlichen Rat erteilen zu können.

Denn „[g]erade Forschung ist sehr schnell, sehr schnellebig.

Und wenn wir uns durch administrieren und dadurch extrem behindern, ist es relativ (Bib_L4: Sind die Chinesen schon fertig.) klar, dass es Kollegen gibt in dieser Welt, zum Beispiel Chinesen, die das schon längst getan haben, die nicht nur mit anderem Personal, sondern auch mit anderem und mehr Geld diese Sachen dann am Ende umgesetzt haben. Und dann brauche ich mich wirklich nicht zu wundern, wenn das Land der Dichter und Denker es einmal nicht mehr sein wird. (.)
Wäre sehr schade.“³³⁵⁶

Zudem wäre eine Anfertigung von Musterverträgen durch solche Beratungsstellen möglich, insbesondere zur Nutzung von Materialien im Rahmen der Forschungstätigkeit.³³⁵⁷ Denn eine forschende Person stellt fest:

„[A]lso was wir jetzt verhandeln, ist ein Mustervertrag im Grunde. Solche, so eine Art Vertrag gibt es im Moment noch gar nicht.

Wir sind die ersten, die das in diesem, also in diesem Zusammenhang vollständig gleich in einem Vertrag verhandeln.

Alle anderen haben das scheinbar irgendwie verhandelt und sind zum Teil auch noch gar nicht fertig. Nur wenn man das mal hat, dann gibt das natürlich irgendwann auch Standards, auf die man

3352 Interview mit P_S2, Z. 47.

3353 Interview mit P_G1, Z. 137 sowie mehr Informationen unter <https://www.clar-in-d.net/de/schulungen-und-support/rechtliche-fragestellungen> und <https://www.dariah.eu/activities/working-groups/ethics-and-legality-in-the-digital-arts-and-humanities-eldah/>.

3354 Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 2, Z. 75.

3355 Interview mit P_S2, Z. 47.

3356 Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 2, Z. 76.

3357 Nach dem Vorbild von Interview mit P_G3, Z. 53.

gucken kann. Und die man dann nur noch modifiziert und nicht mehr vollkommen neu baut.“³³⁵⁸

Diese Musterverträge sollten jeweils fachspezifisch unter Mithilfe der betroffenen Personen und unter Berücksichtigung der fachspezifischen Probleme ausgearbeitet werden.³³⁵⁹ Damit könnten individuell geeignetere Lösungen gefunden werden, die den Belangen der einzelnen Fächer Rechnung tragen.³³⁶⁰

Ebenfalls im Rahmen solcher Infrastruktur-Projekte könnten technische Lösungen für juristische Fragestellungen gefunden werden (wie z.B. eine Rechteklärung nach dem RightsLink-Prinzip), um fachübergreifende Synergien herzustellen.³³⁶¹

Denkbar wäre in diesem Zusammenhang ebenfalls eine Angliederung an die Fachinformationsdienste, die zum Teil ohnehin bereits über juristische Expertise verfügen und die Strukturen der Fächer kennen.³³⁶² Dies würde der Forderung nach Problemorientierung statt Institutionsorientierung der Beratung³³⁶³ nachkommen.

Ein Aufbau derartiger juristischer Beratungsstellen könnte das – juristisch nicht ausreichend geschulte – Personal der Universitätsbibliothek sowie des Justiziariats entlasten und hätte den Vorteil, dass nicht jedes einzelne Forschungsprojekt finanzielle Ressourcen für juristischen Rat vorsehen müsste.

Die Beratungsstelle sollte als Angebot ausgestaltet werden: Forschende sollten nicht verpflichtet sein, vor bestimmten Tätigkeiten Kontakt mit dieser Stelle aufnehmen zu müssen. Eine Empfehlung dahingehend wird als ausreichend eingeschätzt.³³⁶⁴

3358 Interview mit P_G3, Z. 53.

3359 Interview mit P_G3, Z. 45, 67.

3360 Interview mit P_G3, Z. 213.

3361 Interview mit P_G1, Z. 139; Interview mit P_G3, Z. 67.

3362 Interview mit P_G1, Z. 137.

3363 Interview mit P_G3, Z. 13, 15.

3364 Interview mit P_L4 und Bib_L4 - Teil 2, Z. 75.

D. Fazit

Im Rahmen der Evaluation der §§ 60c und 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG wurde festgestellt, dass das derzeit geltende Wissenschaftsurheberrecht Forschende in ihrer Zusammenarbeit, in ihrem freien Zugang zu vorhandenem Wissen und in ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit als solcher – insbesondere unter Berücksichtigung der veränderten Nutzungsgewohnheiten im Digitalen – grundsätzlich behindern kann. Tatsächlich entgegen steht es Forschenden in Ausübung der Forschungsfreiheit dagegen nie.

Trotzdem können die Regelungen der §§ 60c und 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG für Teilbereiche der Forschung derzeit als inadäquat und wenig praxistauglich beschrieben werden.

Daher wurden vorstehend sowohl Maßnahmen tatsächlicher als auch rechtlicher Art vorgestellt, mit denen den im Rahmen der Evaluation festgestellten Defiziten im Wissenschaftsurheberrecht begegnet werden könnte.

Die Zukunft des Wissenschaftsurheberrechts liegt dabei mit Blick auf die Diversität der Wissenschaftsdisziplinen in einer angemessenen Differenzierung: Während die urheberrechtlich relevante Nutzung von Forschungsliteratur unter Angabe des Urhebers mittels einer gesetzlichen Erlaubnis auf rechtssichere Art disziplinübergreifend ermöglicht werden kann, öffnet sich das „Window of Opportunity“ für die Forschung an urheberrechtlich geschützten Materialien grundsätzlich erst durch individuelle Verhandlungen.

Diese setzen zunächst Vertragsschlusskompetenzen voraus, die es in den kommenden Jahren zu schaffen gilt.

Die nach dem jetzigen Stand der Erkenntnisse vorzugswürdige Lösung wäre daher die Einführung eines veränderten § 60c UrhG-E unter gleichzeitiger Stärkung der Urheberrechtskompetenz.

Die Regelung des § 60c UrhG-E³³⁶⁵ ermöglicht dabei durch ihre offene Gestaltung, einer Vielzahl möglicher Fallgestaltungen des Wissenschaftsur-

3365 Vgl. dazu die Darstellungen zu § 60c UrhG-E in diesem Teil der Untersuchung. Unabhängig von der für die nationale Rechtsetzung in Deutschland vorgeschlagenen Alternative legislativer Art gilt es allerdings zu betonen, dass eine nationale Regelung jedenfalls nur eine Übergangsregelung darstellen kann, bis die europäische Legislative die Vorgaben für ein nutzendenzentrier-

heberrechts Rechnung zu tragen und gleichzeitig ein hohes Schutzniveau für den Urheber zu wahren. Sie kann und soll allerdings die privatautonome Gestaltung nicht ersetzen, die im Einzelfall insbesondere im Bereich der Nutzung von urheberrechtlich geschützten Gegenständen in der Forschungstätigkeit infolge individueller Verhandlungen – auch für Forschende – interessengerechtere Ergebnisse und sachnahe Entscheidungen erwarten lässt.

Zur künftigen Förderung der Privatautonomie bedarf es allerdings jedenfalls einer Stärkung der Urheberrechtskompetenz der Forschenden: Es gilt, sie für die geltende, urheberrechtliche Rechtslage im Bereich der wissenschaftlichen Forschung zu sensibilisieren und ihnen für konkrete Fragen und rechtsverbindliche Antworten eine kompetente Ansprechperson zur Seite zu stellen.

Denn nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass das Urheberrecht in der wissenschaftlichen Forschung seitens der Forschenden in Zukunft nicht als Barriere in der Kreation neuen Wissens wahrgenommen wird, sondern trotz veränderter Nutzungsgewohnheiten im Digitalen Wirksamkeit entfaltet und einen sicheren Rechtsrahmen für moderne wissenschaftliche Forschungsarbeit auf Basis vorbestehenden Wissens zum allgemeinen Nutzen bietet.

teres Urheberrecht schafft oder die Maßnahmen zur Stärkung der Urheberrechtskompetenz – insbesondere durch erfolgreiche Aufklärung der Forschenden über bestehende Möglichkeiten – Wirkung zeitigen.

