

KOMMENTAR (Fundstelle: WRP Nr. 6/2014)

- 1 Die Nutzungszahlen elektronischer Lehrmaterialien explodieren in den letzten Jahren, E-Learning und E-Science sind in den Arbeitsabläufen an den Hochschulen etabliert (vgl. *Hartmann*, FAZ v. 04.12.2013, S. N5). Schon 2003 machte der deutsche Gesetzgeber von der in Art. 5 Abs. 3 lit. a RL 2001/29/EG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, mit § 52 a UrhG eine neue Schrankenregelung zugunsten von Unterricht und Wissenschaft einzuführen. Seitdem liefern sich die Hochschulen und Wissenschaftsverlage erbitterte Auseinandersetzungen. Ein Rechtsgutachten im Auftrag des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels (*Goumalakis*, Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52 a UrhG) im Lichte der Verfassung, 2003) hegt Zweifel an der Verfassungs- und Europarechtskonformität des § 52 a UrhG. Dringenden Überarbeitungsbedarf mahnten auch die deutschen Hochschulen an (*Pflüger*, ZUM 2012, 444; *ders.*, ZUM 2010, 938). „Um den Befürchtungen aus der Mitte des Bundestages und seitens der wissenschaftlichen Verleger vor unzumutbaren Beeinträchtigungen durch die neue Regelung Rechnung zu tragen“ (BT-Drs. 17/11317, S. 1) befristete der Gesetzgeber § 52 a UrhG bis Ende 2006, dann bis Ende 2008, abermals bis 2012 und zuletzt bis zum 31.12.2014.
- 2 Umstritten sind die tatbestandlichen Grenzen der Schrankenprivilegierung. Die konkreten Vorgaben des BGH-Urteils waren angezeigt, nachdem die Vorinstanzen und die Literatur (*Hoeren/Neubauer*, ZUM 2012, 636; *Jani*, GRUR-Prax 2012, 223; *Rauer*, K&R 2012, 440; *Kianfar*, GRUR 2012, 691; *Steinhauer*, K&R 2011, 311; *Berger*, GRUR 2010, 1058; *Suttorp*, Die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung, 2005) divergierende Auslegungen vorgeschlagen haben. Für die Anwendung von § 52 a Abs. 1 Nr. 1 UrhG stellt der BGH klar:
 - Die „kleinen Teile eines Werkes“ leg. cit. unterstellt der BGH ab Rn. 24 einer doppelten Höchstgrenze bestehend aus einer absoluten Deckelung auf 100 Seiten. Daneben dürfen maximal zwölf Prozent eines Werkes im elektronischen Semesterapparat bereitgestellt werden. Die vor allem in der Literatur geforderte einzelfallabhängige Bestimmung von Obergrenzen ist damit zurückgewiesen und im Interesse der Handhabbarkeit an den Hochschulen zu begrüßen.
 - Auch die zeitlich und örtlich von der „Veranschaulichung im Unterricht“ leg. cit. losgelöste Ergänzung und Vertiefung der Lehrinhalte ist erfasst. Einen engen inhaltlichen Bezug der Lehrmaterialien zur Unterrichtsstunde, wie es der Zitierzweck für die Zitierfreiheit des § 51 UrhG darstellt, fordert der BGH für § 52 a UrhG in Rn. 38 ausdrücklich nicht. Den nicht kleinlichen Maßstab begründet der BGH auch mit der Freiheit der Lehre aus Art. 5 Abs. 3 GG.
 - Mit Benutzernamen und Passwort und damit nach Rn. 39 ausschließlich für einen „bestimmt abgegrenzten Teil von Unterrichtsteilnehmern“ leg. cit. zugänglich waren im gegenständlichen Fall die online bereitgestellten Auszüge des Buchs „Meilensteine der Psychologie“, auch wenn dies an der Fernuniversität Hagen einen Teilnehmerkreis von mehr als 4.000 Studierenden des Bachelorstudiengangs Psychologie umfasst.
 - Hochschulen verfolgen nach Rn. 42 „nicht kommerzielle Zwecke“ i. S. v. § 52 a UrhG, wenn ihre Lehre und die Online-Bereitstellung der Materialien nicht der Gewinnerzielung dienen.
- 3 Bis dahin fällt das BGH-Urteil überwiegend zugunsten der Hochschulen aus. Insoweit verharrende Einschätzungen (z. B. *Grübler*, GRUR-Prax 2014, 206) gehen jedoch fehl, denn der BGH stattet Lizenzangebote grundsätzlich mit einem Vorrang aus. Lizenzfreie Schrankennutzungen auf Basis von § 52 a UrhG sollen aus Sicht des BGH lediglich dann geboten und zulässig sein, falls Rechteinhaber Lizenzen zu unangemessenen Lizenzgebühren und unzumutbar versteckt anbieten. Diese einschneidende, jedenfalls in ihrer Deutlichkeit unerwartete Rechtsprechung bedarf in dogmatischer und praktischer Hinsicht einer kritischen Würdigung.
- 4 Der Anwendungsbereich der Schranke § 52 a UrhG dürfte sich marginalisieren, denn schon ihr Unternehmenssinn sollte es den Rechteinhabern verwehren, den eigenen Vertrieb mit kundenfernen Zugangsbedingungen zu blockieren. Wissenschaftsverlage waren prädigital integraler Bestandteil der wissenschaftlichen Arbeits- und Publikationsprozesse. Ebenso eingebettet verstehen Verlage auch heute und morgen ihre Rolle als Partner der Wissenschaftler und Wissenschaftseinrichtungen.
- 5 Eine Angemessenheitskontrolle der Lizenzangebote durch Gerichte erweist sich rechtsdogmatisch als ungeeignetes Instrument: Nicht zuletzt die mündliche Verhandlung beim I. Zivilsenat zeigte, wie schwer sich Gerichte mit Preiskontrollen tun. Dies gilt insbesondere für spezielle und junge Märkte, wie den für digitale Publikationen in den einzelnen Fachrichtungen. Es fehlen etablierte Preisregelmäßigkeiten aus vergleichbaren Märkten, an die Gerichte anknüpfen könnten. Die angeführte Parallele zu Schulbüchern überzeugt nicht, empirische Nachweise vergleichbarer Marktstrukturen fehlen weiterhin. So kann und darf eine gerichtliche Angemessenheitskontrolle von Lizenzgebühren nur evident krasse Ausreißer zurückweisen.
- 6 Vertraut man wie der BGH darauf, dass für Wissenschaftspublikationen auch ohne Schrankenprivileg ein funktionierender Markt besteht, wären gerichtliche Preiskontrollen ein systemischer Fremdkörper. Störungen auf Angebots- oder Nachfrageseite wie insbesondere auf nur einzelne Großverlage konzentrierte Marktstrukturen können zwar mit dem monopolartigen Wesen des Urheberrechts zusammenhängen, unterfallen jedoch zugleich den Schutzziele und dem Rechtsinstrumentarium des Kartellrechts. So beschreibt es *Hilty* als Paradoxon, dass die Verfügbarkeit von Wissenschaftspublikationen in Zeiten ihrer (nur noch) digitalen Verfügbarkeit nicht zu-, sondern abnimmt (*Hilty*, GRUR 2009, 633). Dem trug zuletzt auch der deutsche Gesetzgeber Rechnung, indem er mit § 38 Abs. 4 UrhG im Urhebervertragsrecht ein unabdingbares Zweitveröffentlichungsrecht zugunsten öffentlich geförderter Wissenschaft neu eingeführt hat. In der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/13423, S. 9) heißt es: „Der Markt wissenschaftlicher Publikationen wird von wenigen großen Wissenschaftsverlagen dominiert. (...) Soweit die Wissenschaftsverlage dabei über Inhalte verfügen, die für Wissenschaft und Forschung

unverzichtbar sind, können für diese Inhalte praktisch beliebig hohe Preise verlangt werden. Dementsprechend sind besonders seit Mitte der 90er-Jahre die Preise für Zeitschriften in den Bereichen Naturwissenschaft, Technik und Medizin stark angestiegen (...).“

- 7 So erinnert der vierte Leitsatz dieses BGH-Urteils an Zwangslizenzen. Sie durchbrechen zwar das Verbot, dennoch können die Rechteinhaber Lizenzen zu individuell verhandelten Bedingungen einräumen. Aus der Marktperspektive können Zwangslizenzen Wettbewerbsstörungen wie Ausbeutungsmissbrauch und massive Preissteigerungen (s. o.) eindämmen (ausführlich zu den Wirkungen von Zwangslizenzen siehe *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639).
- 8 Auch praktisch ist es Hochschulen nicht anzuraten, die Angemessenheit von Lizenzangeboten gerichtlich überprüfen zu lassen. Eine gerichtliche Überprüfung kann sich nur auf ein bestimmtes Verlagsprodukt in dem jeweils konkret-spezifischen Nutzungsszenario beziehen. An anderer Stelle heißt es in der Urteilsbegründung (Rn. 30) noch, dass „es aus Gründen der Rechtssicherheit nicht sachgerecht“ wäre, „in jedem Einzelfall aufgrund einer Abwägung sämtlicher Umstände im Wege einer wertenden Betrachtung zu bestimmen, ob ‚kleine Teile eines Werkes‘ vorliegen“. Die angesprochene Befürchtung einer nicht hinzunehmenden Rechtsunsicherheit besteht hinsichtlich der Angemessenheit einzelner Lizenzangebote nicht minder.
- 9 Den Vorrang von Lizenzangeboten stützt der BGH allein auf den Drei-Stufen-Test. Im Gesetzeswortlaut des § 52 a UrhG findet sich dafür allenfalls rudimentär das Einfallstor, dass die Schrankenutzung „zu dem jeweiligen Zweck geboten“ sein müsse. Andere Anknüpfungspunkte im UrhG, den Gesetzgebungsmaterialien oder (EU-)Rechtsvorschriften bleibt der BGH in der insofern ansonsten ausführlichen Urteilsbegründung weitgehend schuldig. In der bei Rn. 46 angeführten BT-Drs. 15/38 (S. 15) erkennt der deutsche Gesetzgeber in dem Drei-Stufen-Test „in erster Linie eine Gestaltungsanordnung gegenüber dem nationalen Gesetzgeber in Bezug auf die im Einzelnen zu konkretisierenden Schranken des Urheberrechts“. Auch nach nochmaliger Prüfung durch das Bundesjustizministerium hielt der Gesetzgeber im Jahr 2006 bei der Novellierung von § 52 a UrhG explizit davon Abstand, den Drei-Stufen-Test nach Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG als „Schranken-Schranke“ für die deutschen Urheberrechtsschranken vorzugeben, wie der im Urteil angeführten BT-Drs. 16/1828 (S. 21) zu entnehmen ist.
- 10 Als Rechtsgrundlage einer so weitgehenden richterlichen Rechtsfortbildung ist es abzulehnen, wenn der BGH in Rn. 63 versucht, aus einem fehlenden ausdrücklichen Anwendungsverbot des Drei-Stufen-Tests dessen gebotene Anwendung abzuleiten. Ebenso ins Leere laufen die vom BGH angeführten Erwägungsgründe 32 und 45 der RL 2001/29/EG, die lediglich allgemein die innerstaatlichen Handlungsspielräume für Schrankenregelungen beschreiben. Es verbleiben daher ernste Zweifel am Bestehen einer Rechtsgrundlage für die nun fortgesetzte Anwendung des Drei-Stufen-Tests durch den BGH. Zu den grundlegenden Problemen und Fehlenden bei der Anwendung des Drei-Stufen-Tests der h. M. kann auf die „Declaration on a balanced interpretation of the ‚Three Step-Test‘ in Copyright Law“ (IIC 2008, 707) verwiesen werden, die der BGH unbeachtet lässt.
- 11 Als missverständlich erweist sich in Rn. 51 die Befürchtung des BGH, dass die normale Werkverwertung für Schulbücher und Lehrbücher „in vergleichbarer Weise“ beeinträchtigt werden könnte. In der vom BGH benannten BT-Drs. 15/837 (S. 34) steht, dass mit § 52 a Abs. 2 UrhG eine Bereichsausnahme zum Schutz des Primärmarkts der Schulbuchverlage vorgesehen wird. Für Lehrbücher erkennt der Gesetzgeber in der zeitgleich verabschiedeten Vorschrift des § 52 a UrhG aber gerade kein vergleichbares Schutzbedürfnis. Die in der Urteilsbegründung angedeutete Parallele ist in Gesetzeswortlaut, -begründung und -systematik nicht ersichtlich, zudem empirisch (s. o.) nicht belegt.
- 12 Die gesetzgeberische Absicht wird zudem rechtssystematisch deutlich in der Kaskade der §§ 53 a, 52b und 52a UrhG, die der Gesetzgeber zur korbweisen Modernisierung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft geschaffen hat (vgl. BT-Drs. 15/38, S. 20). In § 53 a UrhG hat der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt, dass schon Lizenzangebote die Schranke zurücktreten lassen. Bei § 52 b UrhG folgt aus seinem Wortlaut, dass ein Lizenzangebot per se die Schrankenprivilegierung noch nicht verdrängt (*Hartmann*, Anm. GRUR 2013, 507; a. A. *Völzmann-Stickelbrock*, WRP 2013, 843). Davon geht auch der BGH aus in seinem Vorlagebeschluss (20.09.2012 – I ZR 69/11, WRP 2013, 511 – *Elektronische Leseplätze*; vgl. dazu *Hartmann*, FAZ v. 26.09.2012, S. N5). Vergleichbare Maßgaben des Gesetzgebers für § 52 a Abs. 1 UrhG fehlen. Vor dem Hintergrund der Zweifel, die der BGH vor kurzem in der ersten Vorlagefrage zu § 52 b UrhG (BGH 20.09.2012 – I ZR 69/11, WRP 2013, 511 – *Elektronische Leseplätze*) formulierte, ist es zudem wenig überzeugend, dass er nun in Rn. 77 eine Vorlage verwirft.
- 13 Offenbar wächst sowohl beim Gesetzgeber als auch beim BGH das Unbehagen darüber, dass für die Schrankennutzungen des § 52 a UrhG schon seit Jahren keine Vergütung an die VG WORT fließt. Zwar besteht der Vergütungsanspruch der Verwertungsgesellschaften in § 52 a Abs. 4 UrhG losgelöst von den Nutzungsprivilegierungen in § 52 a Abs. 1 UrhG – gerade das ist ein wesentlicher Unterschied zu „echten“ Zwangslizenzen (s. o.). Diese Betrachtung ist dem I. Zivilsenat wohl aber zu theoretisch. Stärker noch als es aus der Urteilsbegründung ersichtlich ist, erinnerte der I. Zivilsenat bei der mündlichen Verhandlung an die ausstehende Vergütung und den dazu andauernden Grundsatzstreit zwischen VG WORT und den Bundesländern (BGH 20.03.2013 – I ZR 84/11, WRP 2013, 1626 – *Gesamtvertrag Hochschul-Intranet*, zurückverwiesen an das OLG München). Dieses Grundsatzverfahren zu Vergütungshöhe und deren Berechnungsweise greift auch die Gesetzesbegründung zur letztmaligen Verlängerung von § 52 a UrhG im November 2012 auf. Der Gesetzgeber zeigt sich zumindest insoweit fest entschlossen „die Voraussetzungen für eine angemessene Vergütung im Hochschulbereich“ herzustellen (BT-Drs. 17/11317, S. 2).

- 14 Aus der Perspektive der Wissenschaft ist dieses BGH-Urteil enttäuschend. Doch der Blick richtet sich nach vorn: Gemäß § 137 k UrhG gilt § 52 a UrhG nur noch bis zum 31.12.2014. Der Gesetzgeber hat angekündigt, die beiden BGH-Grundsatzentscheidungen zu Anwendungsvoraussetzungen und dem kollektiven Vergütungsanspruch abwarten zu wollen, um anschließend über den Inhalt einer dann endgültig entfristeten Regelung zu entscheiden. Dazu forderte der Deutsche Bundestag die Bundesregierung auf, „ein halbes Jahr vor Ablauf der Befristung des § 52 a UrhG einen Gesetzentwurf vorzulegen, mit dem die befristete Sonderregelung des § 52 a UrhG für Unterricht und Forschung in eine neu gefasste, dauerhafte Urheberrechtsschranke überführt wird. Zu prüfen ist, ob diese Regelung in eine neue einheitliche Wissenschaftsschranke überführt werden kann mit dem Ziel, Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen“ (BT-Drs. 17/11317, S. 2; dazu erschien vor kurzem eine vom Bundesministerium für Bildung und Forschung finanzierte Studie von *De la Durantaye, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke*, 2014; *Kuhlen*, bfp 2013, 35). Karlsruhe locuta, nunc Berlin constituendum est.

*Thomas Hartmann, LL.M., Berlin/München**

* Studium der Rechts- u. Wirtschaftswissenschaften, Rechtsinformatik. 2009–2011 Wissenschaftl. Mit. Humboldt-Universität zu Berlin, 2011–2012 Georg-August-Universität Göttingen, seit 2011 Max-Planck-Institut für Innovation u. Wettbewerb u. Max Planck Digital Library, München. Lehrbeauftragter f. Medien- u. Urheberrecht, Zivil-, Wirtschafts- u. Gesellschaftsrecht an Berliner Hochschulen. Promotionsfeld: Urheberrecht.