

GRUR

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.

Köln, 25. November 2008

Stellungnahme der GRUR durch den Fachausschuss für Urheber- und Verlagsrecht

zum Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft KOM (2008) 466 endg.“

Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht ist eine deutsche wissenschaftliche Vereinigung, deren satzungsgemäßer Zweck die wissenschaftliche Fortbildung des gewerblichen Rechtsschutzes und die Unterstützung der Organe der Gesetzgebung und Ministerien in Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes ist. Ihr gehören Vertreter aller am gewerblichen Rechtsschutz und dem Urheberrecht interessierten Berufsgruppen an, Rechtsanwälte, Richter, Professoren, Beamte der Spezialbehörden und der mit den einschlägigen Fragen befassten Ministerien und Unternehmensvertreter. Bei der GRUR handelt es sich also nicht um eine Vereinigung nur bestimmter Interessenvertreter.

Im Rahmen seiner Sitzung am 4. November 2008 in München hat sich der Fachausschuss Urheber- und Verlagsrecht der GRUR mit dem Grünbuch auseinandergesetzt und nach eingehender Diskussion der dort aufgeworfenen Fragen die nachfolgenden Antworten formuliert.

I. Vorbemerkung

Die GRUR begrüßt grundsätzlich die Initiative der Kommission, sich mit Fragen des „Urheberrechts in der wissensbestimmten Wirtschaft zu befassen“. Damit wird der Fokus zum einen enger als bei der weit allgemeineren Regelung des Urheberrechts „in der Informationsgesellschaft“ vornehmlich auf die besonderen Fragen gerichtet,

die sich in der wissensbestimmten und wissensbasierten Wirtschaft in Bezug auf Zugang und Nutzung von Wissen als Grundlage zur Schaffung von neuem Wissen stellen. Zum anderen wird der Änderungsbedarf des Urheberrechts in der Gemeinschaft damit erstmals nicht vornehmlich aus dem Blickwinkel der Urheber und insbesondere der Inhaber abgetretener Rechte analysiert, sondern unter Einbeziehung der Interessen auch der Werkvermittler, der Werknutzer und der Allgemeinheit schlechthin.

Nach Ansicht der GRUR sind die Fragen des Grünbuchs zu Recht auf Fragen des Zugangs zu vorbestehendem Wissen und dessen Nutzung gerichtet. Denn dass mit dem zugänglich gemachten Wissen zum Wohle der Gemeinschaft tatsächlich weiteres Wissen erzeugt wird, kann nicht auf gesetzlichem Wege dekretiert werden. Das Recht kann hier – weit bescheidener – nur die Voraussetzungen schaffen, unter denen die Chancen für die Schaffung weiteren Wissens besonders günstig erscheinen. Insoweit stehen, wovon das Grünbuch zu Recht ausgeht, Fragen des Zugangs zu Wissen und der Nutzung von Wissen durch diejenigen im Vordergrund, die aus vorhandenem Wissen möglicherweise weiteres, neues Wissen generieren.

Damit ist ein Rahmen für rechtliche Vorschläge seitens der interessierten Kreise eröffnet, von dem die Kommission selbst betont, dass er sich nicht notwendig an den bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Rahmen geltender urheberrechtlicher Vorschriften halten muss. Aber auch wenn das Grünbuch betont, dass die Vorgaben des internationalen Rechts zu beachten sind, so sollte sich die EU doch nicht scheuen, ggf. auf eine sachangemessene Anpassung des internationalen Rechtsrahmens hin zu wirken, wenn bzw. soweit dieser einer im Hinblick auf die anvisierte „Fünfte Grundfreiheit“ zielführenden Lösung im Wege stehen sollte.

II. Zum Allgemeinen Teil des Grünbuchs

1. Allgemeine Anmerkungen

Der Allgemeine Teil des Grünbuchs bedarf zunächst einiger Vorbemerkungen insbesondere in Bezug auf die verwandte Terminologie, ehe die dazu gestellten Fragen beantwortet werden sollen.

Eine erste Vorbemerkung zielt auf die vom Grünbuch angesprochenen „vertraglichen Vereinbarungen“ ab. Damit in Zusammenhang steht die gewisse begriffliche Unschärfe des Begriffs der „Benutzer“. Hier differenziert das Grünbuch nach Auffassung der GRUR bislang nicht hinreichend zwischen denjenigen, die vorhandenes Wissen nutzen, um es als Mittler in unveränderter oder in aufbereiteter Form den Endnutzern zugänglich zu machen, und den Endnutzern selbst. Es versteht sich von selbst, dass die Frage nach der Möglichkeit vertraglicher Vereinbarungen unterschiedlich ausfällt, je nachdem, ob von vertraglichen Vereinbarungen zwischen Erst- und Zweitverwertern oder zwischen Erst- bzw. Zweitverwertern und Endnutzern die Rede ist. Vor allem gerät dabei der eigentliche Brennpunkt aus dem Blickwinkel, der nach Ansicht der GRUR auch im Rahmen der wissensbestimmten Gesellschaft vor

allem unterstützender gesetzgeberischer Maßnahmen bedarf, nämlich das Urhebervertragsrecht zwischen originärem Urheber und Erstverwerter.

Entsprechendes gilt auch hinsichtlich der Erforderlichkeit und den Auswirkungen etwaiger Schrankenregelungen. Auch insoweit ist zu unterscheiden, ob von den Schrankenbestimmungen Wissensvermittler oder aber Endnutzer begünstigt werden sollen. Die jeweilige Antwort ergibt sich dann freilich im Zusammenhang mit der Beantwortung der einzelnen von der Kommission im Grünbuch gestellten konkreten Fragen, so dass dieses Problem an dieser Stelle nicht weiter vertieft zu werden braucht.

In diesem Zusammenhang sei vor allem darauf verwiesen, dass Schrankenbestimmungen nicht nur eine Lösung des „alles oder nichts“ ermöglichen, bei denen das Ausschließlichkeitsrecht der Urheber und Rechtsinhaber entweder gänzlich erhalten bleibt oder aber eine bestimmte Nutzungshandlung zustimmungs- und vergütungsfrei gestellt wird. Als weitere Lösung kommt vielmehr insbesondere die mit einem Vergütungsanspruch gekoppelte gesetzliche Lizenz in Betracht. Diese vor allem für den Massenverkehr geeignete Lösung unter Einbeziehung von Verwertungsgesellschaften wird in einer Vielzahl von Mitgliedstaaten schon jetzt erfolgreich praktiziert. Als gesetzgeberische Maßnahme erscheint dieses Modell vor allem in denjenigen Situationen besonders geeignet, in denen es weniger um die Kontrolle des geschützten Wissens, als vielmehr um die Teilhabe der Rechteinhaber an den unter Verwendung ihrer Werke erzielten Erlösen geht. Das Ausschlussrecht hingegen behält seine Funktion in einer wissensbestimmten Gesellschaft vor allem dort, wo Verleger und Wissensvermittler zum Zweck der Amortisation ihrer Investitionen der Ausschließlichkeit bedürfen.

Schließlich sei hinsichtlich der künftigen Fortentwicklung des urheberrechtlichen Schrankensystems darauf verwiesen, dass die Schranken des sui-generis Datenbankschutzes nach der Richtlinie 96/9/EG tunlichst mit den urheberrechtlichen Schranken in dem Sinn abgeglichen werden sollten, dass eine in Bezug auf ein einzelnes urheberrechtlich geschütztes Werk nach den urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen zulässige Handlung nicht aufgrund eines etwa weiterreichenden Datenbankschutzes unzulässig sein darf. Insoweit bedarf es also einer „Synchronisation“ von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen und den Schrankenbestimmungen des Datenbankschutzes.

Zuletzt könnte in diesem Zusammenhang auch die Einführung einer generellen flexiblen Schrankenbestimmung nach dem Muster des „fair use“ oder des „fair dealing“ in Erwägung gezogen werden. Eine solche Schranke müsste sich selbstverständlich im Rahmen des nach dem Drei-Stufen-Tests Zulässigen halten, könnte immerhin jedoch als „Ventil“ für solche Fälle einer wirtschaftlich unbedeutenderen Werknutzung dienen, die sich bislang im abschließenden Katalog von Art. 5 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG nicht unterbringen lassen, weil sie bei Erlass dieser Richtlinie noch nicht vorhersehbar waren (z.B. Thumbnails und andere wirtschaftlich für sich genommen unbedeutende Nutzungshandlungen).

2. Zu den Fragen des Grünbuchs

Danach können die Fragen des Grünbuchs zu diesem Teil wie folgt beantwortet werden:

- (1) *Sollten vertragliche Vereinbarungen zwischen den Rechteinhabern und den Benutzern über die Anwendung der Ausnahmen gefördert oder hierfür Leitlinien festgelegt werden?*

In einer wissensbestimmten Gesellschaft sind vertragliche Vereinbarungen grundsätzlich zu fördern, bieten doch vor allem sie die Gewähr dafür, dass die regulierenden Kräfte des Marktes zum Zuge kommen können. Dort hingegen, wo zwischen den Beteiligten eine wesentliche, strukturelle Ungleichheit der Verhandlungsstärke besteht, sollten die Möglichkeiten der Aushandlung vertraglicher Regelungen beschränkt und kontrolliert werden.

Das Grünbuch richtet seine Aufmerksamkeit vor allem auf die vertraglichen Beziehungen zwischen den Rechteinhabern und den Benutzern von Werken und Leistungen, die Wissen repräsentieren. Damit ist jedoch nur ein Aspekt der vertragsrechtlichen Regulierung des Wissensflusses in einer wissensbestimmten Gesellschaft angesprochen. Wichtiger noch bedarf jedoch das vorgelagerte Verhältnis von Urheber und erstem Verwerter des flankierenden urhebervertragsrechtlichen Schutzes. Denn die originären Schöpfer finden sich den Verwertern gegenüber nur allzu oft in einer unterlegenen Verhandlungsposition.

- (2) *Sollten vertragliche Vereinbarungen zwischen den Rechteinhabern und den Benutzern über andere, nicht unter die Ausnahmen fallende Aspekte gefördert oder hierfür Leitlinien oder Musterlizenzen festgelegt werden?*

Auch hier gilt zunächst das bereits zu Frage (1) Ausgeführte.

Darüber hinaus vermögen gerade Mustervereinbarungen, die zwischen gleichstarken Gruppen und Verbänden von Interessenvertretern ausgehandelt werden, einen angemessenen Interessenausgleich herbeizuführen, der sich auf das gemeinsame Faktenwissen hinsichtlich der jeweils konkret zu regelnden Einzelfragen stützen kann.

Schließlich sollte an dieser Stelle auf die positive, kanalisierende Funktion verwiesen werden, die insbesondere Verwertungsge-

sellschaften in dem Bereich der Zugänglichmachung von Wissen schon jetzt spielen und auch künftig spielen können. Diese Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften wird im Grünbuch bislang nach Auffassung der GRUR nicht hinreichend gewürdigt.

- (3) *Ist es angesichts der kontinuierlichen Weiterentwicklung der Internet-Technologien und der weit verbreiteten Erwartungen von Wirtschaft und Gesellschaft noch angemessen, sich auf eine Liste nicht verbindlicher Ausnahmen zu stützen?*

Unter dem Blickwinkel eines wirtschaftlichen und kulturell einheitlichen gemeinsamen Marktes empfiehlt sich eine Harmonisierung des Urheberrechts, die nicht bei den Ausschließlichkeitsrechten halt macht, sondern die so weit wie möglich auch die Schrankenbestimmungen erfasst. Die gegenwärtige Regelung des weitgehend fakultativen Schrankenkatalogs in Art. 5 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG ist insoweit höchst unbefriedigend.

In diesem Zusammenhang sei vor allem darauf hingewiesen, dass der Gestaltungsspielraum, der dem Gesetzgeber zur Verfügung steht, mit den beiden Alternativen Ausschließlichkeitsrecht zum einen und zustimmungs- und vergütungsfreie Schrankenbestimmung zum anderen ebenso wenig ausgeschöpft ist wie mit der Wahl zwischen verbindlicher und nicht-verbindlicher Schrankenbestimmung:

- In Betracht kommt als weitere Möglichkeit nämlich, eine bestimmte Nutzung zwar zustimmungsfrei zu stellen, die Nutzung jedoch an die Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung zu koppeln. Diese vermittelnde Lösung bietet sich vor allem dort an, wo der Zugang zu geschütztem Wissen nicht blockiert, derjenige, der das geschützte Wissen zur Verfügung stellt, gleichwohl jedoch an den Erlösen beteiligt werden soll, die aus der Zurverfügungstellung und Nutzung generiert werden.
- In Betracht kommt weiterhin, eine Schrankenbestimmung nicht im Sinne einer Maximalfreistellung vom Urheberrecht zu umschreiben (so aber der bisherige Schranken-katalog der InfoSoc-Richtlinie, der es zulässt, dass einzelne Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht weniger freistellen als nach der Maximalgrenze der Richtlinie erlaubt), sondern zwischen einem minimalen und einem maximalen Gehalt einen „Korridor“ für mögliche nationale Regelungen zu definieren, wenn man Minimum und Ma-

ximum der Ausnahme nicht identisch umschreiben und damit eine für alle Mitgliedstaaten verbindliche einheitliche Schrankenbestimmung vorschreiben will.

Eine weitere Frage in diesem Zusammenhang ist, inwieweit ein funktionsfähiges Schrankensystem nicht einer Schranke nach dem Muster des „fair use“ bzw. des „fair dealing“ bedarf, um im Rahmen des Drei-Stufen-Tests flexibel auf neue Herausforderungen reagieren zu können. Allerdings betrifft diese Frage in ihrer Reichweite wohl das Urheberrecht insgesamt und geht über die Reichweite des Urheberrechts in der wissensbestimmten Gesellschaft hinaus.

- (4) *Sollten bestimmte Ausnahmekategorien verbindlich ausgestaltet werden, um ein größeres Maß an Rechtssicherheit zu gewährleisten und die Nutznießer dieser Ausnahmen besser zu schützen?*

Die Zielrichtung der Fragestellung scheint nicht ganz eindeutig. „Verbindlich“ ausgestalten kann zum einen bedeuten, dass die auf europäischer Ebene vorgeschriebene Schrankenbestimmung von allen Mitgliedstaaten verbindlich im nationalen Recht umgesetzt werden muss. Diese Frage ist jedoch bereits in Frage (3) gestellt und dort beantwortet worden.

Vermutlich ist die Frage nach einer „verbindlichen Ausgestaltung“ hier daher so verstehen, dass sie auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer *vertraglichen Abdingbarkeit* gesetzlicher Schrankenbestimmungen abzielt. Eine vertragliche Abdingbarkeit setzt jedoch voraus, dass zwischen den Vertragsparteien ein Gleichgewicht der Verhandlungsstärke herrscht. Wo das nicht gegeben ist, sollten vertragliche Abreden nicht dazu führen können, dass der vom Gesetzgeber für angemessen erachtete Interessenausgleich zwischen Rechteinhaber und Nutzer – letztlich einseitig – außer Kraft gesetzt werden kann. Damit dürften Schrankenbestimmungen insbesondere nicht im Wege allgemeiner Geschäftsbedingungen abdingbar sein. Zugleich spricht aber nichts dagegen, individuelle Abreden gleich starker Partner auch in Bezug auf die Regelung von Schrankenbestimmungen zuzulassen. Das gilt insbesondere für diejenigen Schrankenbestimmungen, die vornehmlich ein Marktversagen korrigieren.

Ohnehin hat der europäische Gesetzgeber eine Reihe von Schrankenbestimmungen davon abhängig gemacht, dass es nicht anderweitige vertragliche Regelungen (s. insbes. Art. 5 Abs. 1 der Computerprogramm-Richtlinie 91/250/EWG zum Um-

fang der Nutzungsrechte des berechtigten Nutzers eines Computerprogramms) oder organisatorisch technische Vorkehrungen gibt (s. etwa Art. 5 Abs. 2 der Computerprogramm-Richtlinie 91/250/EWG zu den Grenzen der Erstellung einer Sicherungskopie des Programms durch einen Nutzer).

Auch im nationalen Recht finden sich Modelle, die eine Schrankenbestimmung mit einer vertraglichen Gestattung koppeln und dem Rechteinhaber das Ausschließlichkeitsrecht belassen, wenn der Rechteinhaber die betreffende, von der Schrankenbestimmung erfasste Nutzung tatsächlich selbst und zu angemessenen Bedingungen anbietet (so etwa der neue § 53a des deutschen Urheberrechtsgesetzes zum Kopienversand).

Etwas anderes sollte hingegen für diejenigen Schrankenbestimmungen gelten, die zu einem höheren Gemeinwohlzweck dienen (z.B. das Zitatrecht). Hier sollten einschränkende Privatabreden wenn überhaupt, so nur unter eingeschränkten Bedingungen zulässig sein.

(5) *Wenn ja, welche?*

Welche der bislang nach der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG zulässigen oder künftig mit dem Ziel eines verbesserten Zugangs zu vorhandenem Wissen ggf. noch zu schaffenden Schrankenbestimmungen für alle Mitgliedstaaten verbindlich und auch gegenüber abweichenden vertraglichen Regelungen zwingend ausgestaltet werden sollen, lässt sich nur im Zusammenhang mit den einzelnen Fragen beantworten, die das Grünbuch in Bezug auf die vier genannten Bereiche stellt. Insoweit sei also auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen.

III. Zu den vier vom Grünbuch angesprochenen Bereichen

1. Bibliotheken und Archive

a) Vorbemerkung

Im Mittelpunkt der Diskussion steht zweifellos die Frage, welcher Handlungsspielraum Bibliotheken und Archiven offensteht, wenn es darum geht, dass Zugangs- und Zugriffsmöglichkeiten auf Material geschaffen werden sollen, dessen Kenntnis und Verarbeitung zur Schaffung neuen Wissens führt.

Nach Auffassung der GRUR unterscheidet das Grünbuch insoweit jedoch nicht deutlich genug zwischen urheberrechtlich relevanten Handlungen der Bibliotheken, die der reinen *Bestandssicherung und -erhaltung* dienen, und Maßnahmen, mit denen Bibliotheken den *online-Zugriff* auf ihre analogen und/oder digitalen Bestände ermöglichen wollen. Zwar besteht auch der Zweck der Bestandssicherung und -erhaltung darin, dass die Bestände in Zukunft digital durchsucht und konsultiert werden können. Doch muss dieser Zugriff nicht notwendig online erfolgen. Eine Konsultation kann durchaus etwa nur auf eine Konsultation vor Ort und nur an eigens dazu eingerichteten Terminals für zulässig erklärt werden (s. bereits die Lösung des EU-Gesetzgebers in § Art. 5 Abs. 3 Buchst. n der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG). Überdies berührt die Bestandssicherung die Interessen der Rechteinhaber in weit geringerem Maße als die Ermöglichung des Online-Zugriffs auf Bibliotheksbestände.

b) Bestandserhaltung

Keine Bedenken hat die GRUR dagegen, Bibliotheken diejenigen urheberrechtsrelevanten Handlungen im Rahmen von Schrankenbestimmungen auch ohne Zustimmung zu gestatten, die zur Sicherung von deren Beständen erforderlich sind.

Zwar könnte man eine Beschränkung des Kreises derjenigen Einrichtungen in Erwägung ziehen, die unter Ausschluss der übrigen zur Bestandserhaltung in digitaler Form berechtigt sein sollen (etwa Nationalbibliotheken, staatliche Sammlungsbibliotheken). Doch erscheint eine solche Beschränkung angesichts der Vielzahl von Bibliotheken bis hin zu Archiven, die einmalige Bestände verwalten, unter dem Gesichtspunkt der Wahrung und Erhaltung des kulturellen Erbes nicht zielführend.

Entsprechend dieser Zielrichtung der Bestandssicherung und -erhaltung bedarf es nach Ansicht der GRUR auch keiner Einschränkungen, was die Formatveränderung, die Anzahl der Kopien oder das Einscannen von ganzen Bibliotheksbeständen angeht, immer vorausgesetzt, es geht allein um die Bestandssicherung.

c) **Online-Zugriff auf Bibliotheksbestände**

Anders sieht es hinsichtlich einer etwaigen zustimmungsfreien Zulässigkeit der Ermöglichung des Online-Zugriffs auf Bibliotheksbestände aus. Auf den ersten Blick mag es unter dem Blickwinkel der elektronischen Wissensgesellschaft einerseits konsequent erscheinen, den Zugang zu Werkexemplaren, die bislang aufgrund ihrer Körperlichkeit nur innerhalb der Bibliothek konsultiert werden konnten bzw. die nur im Wege der Fernleihe einsehbar waren, über das Netz auch über räumliche Grenzen hinweg gleichzeitig einer Vielzahl von Nutzern online zugänglich zu machen. Andererseits darf nicht außer acht bleiben, dass die öffentliche Zugänglichmachung ureigenstes Recht und Entscheidung der jeweiligen Inhaber der betreffenden geschützten Werke und Leistungen ist.

Mithin bedarf es auch hier zunächst wiederum der Differenzierung, je nachdem, ob der Online-Zugriff auf retrodigitalisierte analoge Altbestände, auf verlagsseitig parallel in Print und elektronisch angebotene Medien oder nur auf online existierende Bestände gewährt werden soll:

- sofern es sich um Bestände handelt, die der Verlag der Bibliothek bereits digital zur Verfügung stellt, kann in den zwischen den Parteien geschlossenen Verträgen geregelt werden, inwieweit die Bibliothek auch berechtigt sein soll, ihre Bestände den Nutzern online-zugänglich zu machen. Einer Einschränkung des Ausschließlichkeitsrechts bedarf es insoweit erst dann, wenn hier Missstände erkennbar werden sollten.
- Gleiches gilt, wenn die Inhalte den Bibliotheken von Seiten der Verlage sowohl analog als auch digital zugänglich gemacht werden.
- Damit verbleibt als einzig relevanter Fall, der für eine Regelung in Betracht kommt, dass eine Bibliothek ursprünglich analoge Bestände, die sie bereits zu Zwecken der Bestandssicherung digitalisiert hat, oder die sie allein mit dem Zweck der öffentlichen Zugänglichmachung zu digitalisieren beabsichtigt, ihren Nutzern zum online-Zugriff zugänglich machen will. Auch in diesem Fall ist es den Bibliotheken jedoch zuzumuten, zunächst einmal die Rechteinhaber zu konsultieren, ob sie mit einer Online-Zugänglichmachung einverstanden sind. Verweigert der Rechteinhaber seine Zustimmung, weil er selbst sein Angebot digital zugänglich machen will, so ist dagegen nichts einzuwenden. Ist ein eigenes digitales Angebot aus der Sicht des Rechteinhabers nicht interessant, so wird er in der Regel zustimmen oder aber das Digitalisierungsprojekt in Kooperation mit den Bibliotheken durchführen.

Überdies ist zu beachten, dass einer Online-Zugänglichmachung persönlichkeitsrechtliche Befugnisse (z.B. bei Sammlungen privater Briefe oder Fotos; bei bislang unveröffentlichten Werken) sowie im konkreten Einzelfall auch sonstige vertragliche Abreden (Archivschenkungen mit einer Zweckbestimmung, die den öffentlichen Zugriff ausschließt) entgegenstehen können.

Auch insoweit für einen online-Zugriff zu sorgen, also eine Pflicht zur Öffnung bislang verschlossener Archive zu statuieren, ist jedoch nicht Sache des Urheberrechts, sondern wäre ggf. durch andere Mittel wie etwa die Informationsfreiheitsgesetze u.ä. herbeizuführen.

d) Verwaiste Werke

Das Problem der verwaisten Werke – bei denen also der Urheber bzw. die Rechtsnachfolger entweder schon nicht bekannt, oder zwar bekannt, ihre Anschrift jedoch unbekannt ist – stellt sich auch in Deutschland, wenngleich wohl in geringerem Umfang als dies etwa für Großbritannien und in den USA geltend gemacht wird.

Das mag zum einen damit zusammenhängen, dass sich die Schadensersatzverpflichtung für den Fall der Rechtsverletzung in der Regel auf die ohnehin übliche Lizenzgebühr beschränkt (anders als das Recht der USA kennt das deutsche Recht keine sog. „statutory damages“ für jeden einzelnen Fall der Verletzung, die sich zu für den Verletzer unkalkulierbaren Beträgen aufsummieren können). Wer also rechtzeitig diejenigen Beträge zurückstellt, die er im Fall ordnungsgemäßer Lizenzierung ohnehin hätte zahlen müssen, der kann sein wirtschaftliches Risiko, das mit der Nutzung verwaister Werke verbunden ist, immerhin minimieren.

Zum anderen hat der deutsche Gesetzgeber die Problematik gerade für Archive im Zuge der Korrektur eines deutschen Sonderproblems durch das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (BGBl. 2007, I 2513) mit Wirkung zum 1.1.2008 bzw. zum 1.1.2009 zu einem großen Teil gelöst. Nach altem deutschem Urheberrecht (§ 31 Abs. 4 UrhG) waren nämlich Verträge über die Einräumung von Rechten hinsichtlich Nutzungsarten, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekannt waren, nichtig. Angesichts dessen hatten vor allem Verlage und Sendeunternehmen selbst dann keine digitalen Online-Rechte an ihrem Archivbestand erwerben können, wenn sie nach dem Willen der Vertragspartner die Rechte umfassend eingeräumt erhalten sollten. Um hier trotzdem eine digitale online-Auswertung alter Archivbestände zu ermöglichen, hat der deutsche Gesetzgeber in § 137I des deutschen Urheberrechtsgesetzes bestimmt, dass die Rechte auch in Bezug auf derartige neue unbekanntete Nutzungsarten dem Inhaber der sonstigen Nutzungsrechte ebenfalls als eingeräumt gelten, sofern der Urheber nicht dem anderen gegenüber der Nutzung widerspricht. Dieses Widerspruchsrecht erlischt nach Ablauf von drei Monaten, nachdem der Nutzungsrechtsinhaber die Mitteilung über die beabsichtigte Aufnahme der neuen Art der Werknutzung an den Urheber unter der ihm zuletzt bekannten Anschrift abgesendet hat, spätestens jedoch zum 1.1.2009. Nach Ablauf dieser Frist brauchen also digitale Rechte nicht mehr nachlizenzieren, sondern nur noch vergütet zu werden und wo der Urheber widerspricht, da wird sein Name und seine Anschrift bekannt.

Für die verbleibenden Fälle hat sich in Deutschland eine Lösung unter Federführung der Verwertungsgesellschaften entwickelt. So hat im Textbereich die Verwertungsgesellschaft VG Wort die Rolle des Sachwalters der Inhaber der Rechte an verwaist-

ten Werken übernommen (im Bildbereich sind entsprechende Regelungen in Vorbereitung). Danach können Nutzer die Rechte an verwaisten Werken von der VG Wort zwar nicht erwerben (da auch sie diese Rechte an sich nicht inne hat), die VG Wort stellt die Nutzer, die mit ihr über verwaiste Werke kontrahieren, jedoch vor eventuellen Ansprüchen der betreffenden Urheber verwaister Ansprüche frei. Dieses Lösungsmodell verschafft den Nutzern zum einen eine weitgehende Rechtssicherheit; zugleich bleiben die finanziellen Belange der Urheber verwaister Werke gewahrt. Auch hier zeigt sich wieder der Unterschied insbesondere zwischen den USA mit ihrer nur schwach ausgebildeten kollektiven Rechtswahrnehmung und denjenigen Europäischen Staaten, die über eine ausgebildete Struktur von Verwertungsgesellschaften verfügen. So wird ein Teil der Aufgaben, für die in den USA das Copyright Office zuständig ist, in Europa von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen bzw. kann in Europa von diesen wahrgenommen werden.

Da jedoch auch die Verwertungsgesellschaften vor einer strafrechtlichen Inanspruchnahme seitens der Urheber verwaister Werke nicht gänzlich sicher sein können, empfiehlt sich nach Auffassung der GRUR eine gesetzliche Regelung auf Ebene der EU, die derartige Modelle der Sachwalterschaft ermöglicht und von einer etwaigen strafrechtlichen Haftung freistellt.

e) Zu den Fragen des Grünbuchs

Danach können die Fragen des Grünbuchs zu diesem Teil wie folgt beantwortet werden:

- (6) *Sollte die Ausnahme für Bibliotheken und Archive unverändert bleiben, weil die Verlagshäuser selbst die notwendigen Entwicklungen durchführen werden, um einen Online-Zugang zu ihren Katalogen zu gewährleisten?*

Hier ist zu unterscheiden zwischen Maßnahmen, die allein der *Bestandssicherung und -erhaltung* dienen zum einen und Maßnahmen, durch die Bibliotheksbestände den Bibliotheksnutzern zum *Online-Zugriff* eröffnet werden sollen, zum anderen.

In diesem Zusammenhang ist übrigens der Begriff „Katalog“ missverständlich: Online-Zugang zu den „Katalogen“ der Bibliotheken i.S. einer öffentlichen Zugänglichmachung der bibliographischen Nachweise der Sammlungsbestände, die es den Bibliotheksnutzern ermöglicht, den Bestand von zu Hause aus recherchieren können, ist von vorne herein keine urheberrechtlich relevante Handlung, da die einzelnen bibliographischen Angaben urheberrechtlich nicht geschützt sind. Soweit ein Datenbankschutz an der Datenbank des Gesamtkatalogs besteht, ist Inhaber des Datenbankrechts in aller Regel die Bibliothek die den Katalog erstellt hat oder hat erstellen lassen. Überdies ist

fraglich, ob derjenige, der in einem Bibliothekskatalog recherchiert, dabei überhaupt das Datenbankrecht am Gesamtkatalog verletzt (s. EuGH, Rs. C-203/02, Slg. 2004, I-10415 - British Horseracing).

Soweit es um *Bestandssicherung und -erhaltung* geht, sollten entsprechende Schrankenbestimmungen den Bibliotheken und Archiven die dazu erforderlichen urheberrechtlich relevanten Handlungen zustimmungsfrei gestatten. Bibliotheken und Archive sollten hier nicht auf die vertragliche Erlaubnis seitens der Verlage angewiesen sein. Allerdings muss sichergestellt sein, dass auf diese Weise erstellte digitale Datensätze nicht zu einer nicht erlaubten Online-Zugänglichmachung der Bibliotheks- und Archivbestände benutzt werden.

Soweit es dagegen um die *Online-Zugänglichmachung* von Bibliotheks- und Archivbeständen geht, so sollten vertragliche Vereinbarungen mit den Inhabern der urheberrechtlichen Nutzungsrechte an den Bibliotheksbeständen grundsätzlich den Vorrang haben. Das gilt ohnehin für solche Bibliotheksbestände, die von den Rechteinhabern ausschließlich digital wie auch für solche, die von den Rechteinhabern sowohl analog als digital angeboten werden, aber auch für analoge Bestände, die die Bibliothek im Wege der Retro-Digitalisierung für einen Online-Zugang erschließen will. In all diesen Fällen sollte einer Regulierung durch den Markt die Grundlage durch eine Einschränkung des ausschließlichsrechts nicht entzogen werden.

- (7) *Sollten öffentliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen und Archive Lizenzvereinbarungen mit den Verlagshäusern schließen, um den Zugang zu ihren Werken zu erleichtern? Gibt es Beispiele für erfolgreiche Lizenzierungsmodelle für den Online-Zugang zu Bibliotheksbeständen?*

S. die Antwort zu Frage (6) unter *Online-Zugänglichmachung*.

- (8) *Sollte der Geltungsbereich der für öffentliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen und Archive geltenden Ausnahme in Bezug auf nachstehende Punkte präzisiert werden?*
- (a) *Formatänderungen,*
- (b) *Zahl der Kopien, die im Rahmen dieser Ausnahme angefertigt werden dürfen,*

(c) *Einscannen ganzer Bibliotheksbestände.*

Soweit es um die reine *Bestandssicherung und -erhaltung* geht, sollten zugunsten der Bibliotheken im Rahmen des vom Zweck Gebotenen keine Beschränkungen hinsichtlich irgendeines der genannten Kriterien bestehen. Soweit dies nach der geltenden Gesetzeslage nicht hinreichend klar sein sollte, ist nach Auffassung der GRUR eine gesetzliche Regelung angezeigt.

Dabei könnte auch klargestellt werden, dass diejenigen, die fremde Werke im Wege einer gesetzlichen Lizenz digitalisieren dürfen, die Digitalisate zugleich auch den Rechtsinhaberinnen zur Verfügung stellen müssen, damit vermieden bleibt, dass die von der Schranke Privilegierten aufgrund eines faktischen Monopols nachfolgend auch ein Preismonopol ausüben können.

- (9) *Sollte in den einschlägigen Rechtsvorschriften geklärt werden, ob das Einscannen von Werken aus Bibliotheksbeständen mit dem Ziel, ihren Inhalt über das Internet durchsuchbar zu machen, über den Geltungsbereich der derzeitigen Ausnahmen hinausgeht?*

Soweit das Einscannen nicht zum Zweck der *Bestandssicherung und -erhaltung* erfolgt, sondern als Vorstufe einer nachfolgenden Online-Zugänglichmachung des Bibliotheksbestandes dient, sollte dies nur aufgrund vertraglicher Vereinbarung mit den betreffenden Rechteinhabern der eingescannten Werke zulässig sein.

- (10) *Ist in Bezug auf verwaiste Werke eine Legislativmaßnahme der Gemeinschaft erforderlich, die über die Empfehlung 2006/585/EG der Kommission vom 24. August 2006 hinausgeht?*

Das Problem der verwaisten Werke mag kleiner sein als gemeinhin angenommen. Dennoch ist nach Auffassung der GRUR eine gesetzliche Regelung zu begrüßen, die insbesondere eine kollektive Lösung des Problems der verwaisten Werke unter Einbeziehung der Verwertungsgesellschaften auf eine gesicherte rechtliche Grundlage stellt.

Darüber hinaus bedarf es einer Freistellung derjenigen, die verwaiste Werke im gesetzlich zulässigen Rahmen nutzen oder bei deren Nutzung mitwirken, von einer etwaigen strafrechtlichen

Verantwortlichkeit wegen einer Urheberrechtsverletzung.

- (11) *Wenn ja, sollte dann die Urheberrechtsrichtlinie aus dem Jahr 2001 geändert oder ein eigenständiger Rechtsakt erlassen werden?*

Der besseren Übersichtlichkeit halber empfiehlt sich nach Auffassung der GRUR wohl eher ein gesonderter Rechtsakt, der die Neuregelungen insgesamt enthält, als lediglich eine punktuelle Änderung der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG.

- (12) *Wie sollten die grenzübergreifenden Aspekte, die sich im Zusammenhang mit verwaisten Werken stellen, in Angriff genommen werden, um die EU-weite Anerkennung der Regelungen der einzelnen Mitgliedstaaten zu gewährleisten?*

Grenzüberschreitende Probleme sollten durch eine gemeinschaftsweit einheitliche Regelung entschärft werden.

2. Menschen mit Behinderungen

a) Allgemeine Überlegungen

Nach Ansicht der GRUR rechtfertigt das Ziel, Menschen mit Behinderungen die gleichen Chancen auf Zugang zu und Nutzung von urheberrechtlich geschütztem Wissen zu verschaffen wie Menschen ohne Behinderungen, die Schaffung von Sonderregelungen, die den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen entsprechen.

Einer besonderen Festlegung eines bestimmten Formats bedarf es dabei nach Ansicht der GRUR ebenso wenig wie einer Differenzierung nach der Art der Behinderung. So ist den Seh- und Hörbehinderungen etwa auch die Behinderung gleichzustellen, ein Buch nicht halten zu können. In der Praxis freilich wird sich eine einheitliche Regelung je nach Art der zu kompensierenden Behinderung unterschiedlich auswirken.

Aus der deutschen Praxis kann hier von einem Gesamtvertrag berichtet werden, den die Verwertungsgesellschaft WORT mit MEDIBUS (Mediengemeinschaft für Blinde und sehbehinderte Menschen e.V.) im Rahmen von § 45a UrhG (der deutschen Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 b der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG) geschlossen hat. Nachdem die VG WORT 2008 – im Einvernehmen mit den Autoren und Verlegern – ihren Wahrnehmungsvertrag entsprechend ergänzt hat, räumt sie den von MEDIBUS vertretenen Blindenbüchereien jetzt über die gesetzliche Lizenz von § 45a UrhG hinaus auch das Recht ein, Blindenschriftausgaben und Hörbücher für Blinde

und Sehbehinderte in elektronischer Form zu übermitteln.

Aufgrund der allgemeinen Zielsetzung derartiger Sondervorschriften sollte ihre Wirkung schließlich nicht allein auf einzelne urheberrechtlich geschützte Werke und Leistungen beschränkt bleiben. Vielmehr muss sichergestellt sein, dass die nach den entsprechenden urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen in Bezug auf einzelne Werke und Leistungen zulässigen Handlungen nicht durch Rechte des Datenbankherstellers gem. der Richtlinie 96/9/EG blockiert werden. Insoweit erscheint - wie eingangs bereits ausgeführt - eine „Synchronisation“ von urheberrechtlichen Schranken und den Schranken des Datenbankschutzes geboten. Das gilt in besonderem Maß, wenn die betreffenden Werke nur noch online angeboten werden.

b) Zu den Fragen des Grünbuchs

Danach können die Fragen des Grünbuchs zu diesem Teil wie folgt beantwortet werden:

- (13) *Sollten Menschen mit Behinderungen Lizenzvereinbarungen mit Verlagen schließen, um einen besseren Zugang zu geschützten Werken zu erhalten? Wenn ja, welche Formen der Lizenzierung wären am besten geeignet? Gibt es bereits Lizenzierungsmodelle, die darauf abzielen, behinderten Menschen den Zugang zu geschützten Werken zu erleichtern?*

Dort, wo Lizenzvereinbarungen in der Praxis mit Einverständnis der Beteiligten ohne Ausnutzung von Marktmacht zustande kommen, ist eine solche Lösung einer alle Situationen umfassenden Schrankenregelung im Grundsatz vorzuziehen.

Ohnehin bedarf es nach der bisherigen Gesetzeslage der Einwilligung der Rechteinhaber, wenn der Dienst, der die Behinderungen zu kompensieren sucht, „kommerzieller Art“ ist.

Insoweit kann aus Deutschland im Textbereich ein Lizenzierungsmodell berichtet werden, bei dem die Verwertungsgesellschaft VG Wort mit der Mediengemeinschaft für Blinde und sehbehinderte Menschen e.V. eine besondere Vereinbarung über die Übermittlung von Blindenschriftausgaben und Hörbücher für Blinde und Sehbehinderte in elektronischer Form geschlossen und zu diesem Zweck im Einvernehmen mit Autoren und Verlegern ihren Wahrnehmungsvertrag entsprechend erweitert hat.

- (14) *Sollte verbindlich vorgeschrieben werden, geschützte Werke in einem bestimmten behindertengerechten Format zur Verfügung zu stellen?*

Eine für alle Mitgliedstaaten verbindliche Schrankenbestimmung, nach der geschützte Werke und Leistungen Menschen mit Behinderungen zur Verfügung zu stellen sind, erscheint angesichts des Zwecks der Schaffung von Chancengleichheit hinsichtlich des Zugangs zu Informationen sicherlich wünschenswert.

- (15) *Sollte klargestellt werden, dass die derzeitige Ausnahme für Menschen mit Behinderung nicht nur für Seh- und Hörbehinderungen gilt?*

Der bisherige Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 Buchst. b der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG spricht insoweit schon jetzt darüber hinausgehend neutral nur von „behinderten Personen“ und der „betreffenden Behinderung“.

Durch eine Klarstellung wäre mithin nur in dem Fall etwas gewonnen, wenn die Schrankenregelung für die Mitgliedstaaten verbindlich gemacht würde.

- (16) *Wenn ja, welche anderen Behinderungen sollten für die Zwecke der Online-Wissensverbreitung in den Geltungsbereich dieser Ausnahmeregelung aufgenommen werden?*

In Betracht kommen insbesondere Personen, die nicht in der Lage sind, ein physisches Werkexemplar in Händen zu halten.

- (17) *Sollte in den nationalen Rechtsvorschriften klargestellt werden, dass Personen, die die Ausnahme für behinderte Menschen in Anspruch nehmen können, nicht zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet werden sollten, wenn sie ein Werk zur Übertragung in ein behindertengerechtes Format nutzen?*

Insbesondere wenn der Vergütungsanspruch durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht wird, kann bei der Festsetzung der Vergütung den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung getragen werden.

- (18) *Sollte die Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken eine Ausnahme vom Datenbank- und Sui-generis-Schutz speziell für Menschen mit Behinderung vorsehen?*

Auch in der Richtlinie 96/9/EG sollte dafür gesorgt sein, dass

das sui-generis Recht des Datenbankherstellers nicht den Zugang zu und die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken und Leistungen blockiert, der nach den besonderen urheberrechtlichen Schrankenbestimmung für Menschen mit Behinderungen in Bezug auf einzelne Werke und Leistungen zustimmungsfrei zulässig ist.

Eine derartige Synchronisation von Urheber- und Datenbankschutz sollte im Übrigen ganz generell geschaffen werden.

3. Unterricht und Forschung

a) Allgemeine Überlegungen

Nach Auffassung der GRUR ist zunächst strikt zu trennen zwischen Fragen des Zugangs und der Nutzung im *Unterricht* zum einen und des Zugangs, der Nutzung und der Weiterverwertung im Rahmen der *Forschung* zum anderen. Denn die Grundkonstellation und die Interessenlage sind in beiden Fällen nicht identisch:

- Beim Unterricht geht es vornehmlich um den Zugang zu einer Vielzahl von Arten fremder Werke und um deren Nutzung im Rahmen des Unterrichts (sei es vor Ort im Klassenraum, sei es im Wege des Fernunterrichts); ein Sonderproblem stellen hier die Schulbuchverlage dar, die ausschließlich für den Unterrichtsgebrauch produzieren.
- Bei der Forschung hingegen geht es vor allem um das Problem des Zugangs zu aktuellen Veröffentlichungen insbesondere auf naturwissenschaftlichem Gebiet, in dem die einzelne nicht substituierbare und zeitlich nur für eine begrenzte Zeit aktuelle wissenschaftliche Information jeweils nur von einem Verleger angeboten wird. Auf diese Weise kommt es in diesem Bereich zu Monopolsituationen, mit der Gefahr, dass die Informationsversorgung und der Informationszugriff aufgrund von überhöhten Preisen erschwert und mitunter unmöglich gemacht wird (wobei im Einzelfall zunächst überhöhte Preise zu einem Sinken der Nachfrage und diese wiederum zu einer weiteren Erhöhung der Preise führen).

Angesichts dieser in Unterricht und Forschung unterschiedlichen Problemlagen bedarf es auch urheberrechtlich einer unterschiedlichen Regelung.

b) Unterricht

Im Unterricht geht es vor allem darum, dass Materialien zu Unterrichts- und Lernzwecken zugänglich gemacht werden. Will man hier mit der vom Grünbuch angesprochenen „Fünften Grundfreiheit“ ernst machen, so wäre sicherzustellen, dass der Zugriff auf die zu Unterrichts- und Lernzwecken eingesetzten Materialien möglichst

reibungslos ermöglicht wird.

Da es sich insoweit um ein Massenproblem handelt (genutzt werden eine Vielzahl höchst unterschiedlicher Materialien und Teile geschützter Werke und Leistungen durch eine Vielzahl individueller Nutzer), scheidet eine individuelle Lizenzierung hier regelmäßig aus. Selbst Konsortiallizenzen, wie sie vor allem im Forschungsbereich anzutreffen sind, stellen angesichts der großen Zahl von Trägern der Unterrichts- und Bildungseinrichtungen letztlich keine realistische Alternative dar.

In Betracht kommt daher lediglich eine gesetzliche Schrankenbestimmung. Diese sollte den Zugriff in dem durch den Unterrichtszweck gebotenen Umfang jedoch nicht lediglich zustimmungsfrei stellen, sondern zugleich zwingend einen Vergütungsanspruch vorsehen, der die Verleger für die Beschränkung ihres Ausschließlichkeitsrechts in angemessenem Umfang entschädigt.

Wenn die Schrankenbestimmung aber mit einem Vergütungsanspruch gekoppelt ist, dann braucht sie nicht besonders eng gefasst zu werden, sondern kann in einem auf den Unterrichtszweck abgestimmten Umfang durchaus auch weiter formuliert werden. So sollte die Regelung sowohl den digitalen Vorort-Gebrauch im Klassenzimmer als auch den Online-Zugriff aus der Schule und auch von zu Hause aus ermöglichen. Auch die Beschränkung auf nicht-kommerzielle Einrichtungen, wie sie gegenwärtig Art. 5 Abs. 3 Buchst. a der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG vorsieht, kann dann entfallen. Diese Beschränkung ist in der Praxis – vor allem dann, wenn auch sie auch die Verfolgung indirekter kommerzieller Zwecke erfasst – äußerst schwierig und schließt letztlich einen zu großen Kreis von Unterrichtseinrichtungen von der Privilegierung aus. Dagegen erscheint eine Beschränkung auf Ausschnitte, kleine Werke und kleine Teile größerer Werke sachgerecht, verlangt der Unterricht doch nicht die Schaffung der Zugriffsmöglichkeit auf ganze größere Werke.

Eine Ausnahme von der Schrankenregelung sollte allerdings für diejenigen Verlage gemacht werden, deren Angebot von vorne herein ausschließlich auf den Unterrichtsgebrauch zugeschnitten ist (sog. Schulbuchverleger). Für sie ist der Gebrauch ihrer Werke im Unterricht der Primärmarkt, den sie in der Praxis ohnehin bedienen werden und für den es keiner Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts bedarf. Sollte ein Schulbuchverleger sein Material nur in Printform anbieten wollen oder können, so besteht hier durchaus die Möglichkeit, dass der Unterrichtsträger dieses Material durch das Material eines anderen Schulbuchverlegers ersetzt, der sein Material neben der Printform auch digital und online anbietet. Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie das wissenschaftliche Publizieren im Forschungsbereich kennzeichnen, sind im Bereich des Unterrichts also regelmäßig nicht zu befürchten.

c) Forschung

Im Bereich der Forschung hingegen stellt sich - wie zuvor unter a) bereits erläutert - insbesondere beim naturwissenschaftlichen Publizieren das Problem des gestörten bzw. fehlenden Wettbewerbs mit seinen negativen Auswirkungen auf die Preisgestaltung und mithin den Zugang zu wissenschaftlichen Informationen. Hier ist der Markt durch eine fehlende, oder allenfalls geringe Substituierbarkeit der einzelnen Artikel wie auch durch eine vergleichsweise hohe Konzentration von Anbietern gekennzeichnet. Das schafft selbst in Gegenwart großer Nachfrager (Universitäten, Großforschungseinrichtungen) kein Verhandlungsgleichgewicht, da die Nachfrager letztlich keine Wahlmöglichkeit in Bezug auf Anbieter oder doch zumindest hinsichtlich einzelner Produkte (Zeitschriften) haben.

Als Lösungen kommen grundsätzlich mehrere Ansätze in Betracht.

- Zum einen das Modell des Open Access, das Wert darauf legt, dass zumindest die Inhalte in wissenschaftlichen Journals veröffentlichter Artikel dem freien und gesicherten Zugriff durch diejenigen offen stehen, die als Forscher für die Schaffung neuen Wissens sorgen. Im Wege zumeist der Selbstorganisation, gestützt durch Rahmenbedingungen der Vergabe öffentlicher Forschungsmittel wird entweder auf die online-Zugänglichmachung von Preprints oder – mit einiger Verzögerung nach der Originalveröffentlichung – zum Teil auch von Post-print-Veröffentlichungen hingewirkt. Derartige Lösungen verlangen jedoch eine – ebenfalls zumeist aus öffentlichen Geldern geförderte – Server-Infrastruktur und eine institutionelle Absicherung der Pflege, Einarbeitung und Nachhaltigkeit der Vorrätighaltung des Datenbestandes. Soweit derartige Modelle auf der Freiwilligkeit der Mitwirkung der Beteiligten setzen, stellt sich immer auch das Problem der fehlenden Vollständigkeit des online verfügbaren Datenbestandes. Bei reinen Pre-print-Archiven stellt sich überdies das Problem der nicht garantierten Übereinstimmung von Pre-print und endgültiger Veröffentlichung sowie das Problem der fehlenden Möglichkeit des Zitierens nach dem Original. Post-Print-Archive vermögen diese Nachteile zwar auszugleichen, doch stellt sich hier vor allem das Problem des zeitlich verzögerten Zugangs zu Materialien, die vor allem im Zeitpunkt ihrer Originalveröffentlichung aktuell sind und danach recht rasch veralten.
- Eine andere Möglichkeit bestünde darin, mittels einer gesetzlichen Schrankenbestimmung für die Schaffung von Wettbewerb auf dem Markt der Verschaffung von Möglichkeiten des Informationszugriffs auf aktuelle wissenschaftliche Artikel zu sorgen. Allerdings müsste sich eine derartige Schrankenbestimmung angesichts der Schwere des damit verbundenen Eingriffs in das den Urhebern zustehende und den Originalverlegern abgetretene Ausschließlichkeitsrecht am Drei-Stufen-Test messen lassen. Diesen könnte eine solche Schrankenbestimmung aller Wahrscheinlichkeit ohnehin nur dann passieren, wenn die Regelung mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung gekoppelt wäre.

- Denkbar sind daher auch Mischkonstruktionen zwischen Ausschließlichkeitsrecht und Schrankenbestimmung, sei es, dass die Schrankenbestimmung lediglich für den Fall angedroht wird, dass vertragliche Vereinbarungen zwischen den Beteiligten nicht zu Stande kommen oder unzureichend sind, sei es, dass eine zunächst eingeführte Schrankenbestimmung bei Abschluss hinreichend wirksamer vertraglicher Vereinbarungen außer Kraft tritt. Für beide dieser Modelle gibt es bereits Vorbilder im nationalen Recht. Allerdings sind beide auch mit gewissen Nachteilen verbunden. So müsste im ersten Fall überprüft werden, ob eine Vereinbarung unzureichend ist, und im zweiten fehlte bei Bestehen einer Schrankenbestimmung wohl der Anreiz für die Beteiligten, eine aus ihrer Sicht ungünstigere vertragliche Regelung zu treffen.
- Zu denken – und zumindest in den Staaten, die über funktionierende Verwertungsgesellschaften verfügen, möglicherweise noch am einfachsten zu realisieren – wäre auch an eine kollektive Ausübung des ausschließlichen Rechts auf *Zweit*verwertung wissenschaftlicher Artikel durch Verwertungsgesellschaften. Diese sind nicht nur zum Abschluss mit jedermann verpflichtet, sondern hier lässt sich (mittels einer Regelung nach dem Vorbild etwa von § 11 Abs. 2 des deutschen Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes) sicherstellen, dass bei einem Streit über die Höhe der angemessenen Vergütung der Nutzer mit der Auswertung bereits dann beginnen kann, wenn er die geforderte Summe hinterlegt.
- Weiter gehend könnte man nach patentrechtlichem Vorbild auch an eine Zwangslizenz denken, bei denen das Ausschließlichkeitsrecht dem Originalverleger zwar erhalten bliebe, er im Rahmen von Verhandlungen seine Zustimmung allerdings nicht versagen, immerhin jedoch auf die Erzielung eines angemessenen Preises hinwirken könnte. Auch eine derartige Lösung ließe sich ggf. koppeln mit dem Recht der Nachfrager, mit der Nutzung beginnen zu dürfen, sobald sie die geforderte oder zumindest eine für angemessen erachtete Vergütung hinterlegt haben. Auf diese Weise lassen sich möglicherweise etwaige Probleme hinsichtlich der zeitlichen Dauer des Verfahrens zur Feststellung der Voraussetzungen des Eingreifens der Zwangslizenzregelung entschärfen. Offen bliebe einstweilen jedoch, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Zwangslizenz denn überhaupt eingreifen sollte.
- Schließlich könnte die Lösung wettbewerbsrechtlicher Probleme auch im Bereich des wissenschaftlichen elektronischen Publizierens der kartellrechtlichen Kontrolle vorbehalten bleiben. Allerdings dürften die Probleme, die sich im Bereich des wissenschaftlichen elektronischen Publizierens und des online-Zugriffs in diesem Bereich für den Wettbewerb stellen, mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts wohl kaum in den Griff zu bekommen sein. Die bislang vom EuGH entschiedenen Fälle (Magill, IMS-Health und Microsoft) betrafen jedenfalls besonders gelagerte Einzelfälle, die auf die vorliegend angesprochene Problematik nicht ohne weiteres übertragbar sind.

d) Zu den Fragen des Grünbuchs

Danach können die Fragen des Grünbuchs zu diesem Teil wie folgt beantwortet werden:

- (19) *Sollte die Wissenschafts- und Forschungsgemeinschaft Lizenzregelungen mit den Verlagen treffen, um den Zugang zu geschützten Werken zu Unterrichts- oder Forschungszwecken zu erleichtern? Gibt es Beispiele für erfolgreiche Lizenzierungsmodelle, die die Online-Nutzung geschützter Werke für Unterrichts- oder Forschungszwecke ermöglichen?*

Wie ganz generell, so sind auch hier vertragliche Vereinbarungen nach Auffassung der GRUR grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings erscheint fraglich, ob vertragliche Vereinbarungen den Zugriff und die Nutzung zu Zwecken des Unterrichts und der Forschung tatsächlich entscheidend zu verbessern vermögen.

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen unter b) und c) in diesem Abschnitt ist hier zwischen *Unterricht* zum einen und *Forschung* zum anderen zu trennen:

- Im Bereich des *Unterrichts* handelt es sich vor allem um ein Massenproblem (eine Vielzahl einzelner kleiner Werke wird durch eine Vielzahl nutzender Dozenten in einer Vielzahl von Unterrichtsstätten online zugänglich gemacht). Angesichts dessen erscheinen Lösungen auf individueller vertraglicher Basis selbst bei teilweiser Konzentrierung (sei es auf Seiten der Verleger, sei es auf Seiten der Schulträger) unrealistisch.

Praktikabel dürfte demnach lediglich eine Lösung sein, die eine gesetzliche Lizenz unter Einschaltung von Verwertungsgesellschaften mit einem Vergütungsanspruch koppelt. Auf diese Weise ist zum einen sichergestellt, dass die Dozenten die für ihren Unterricht nützlichen Materialien den Unterrichtsteilnehmern online zugänglich machen können. Zum anderen erhalten die Verleger einen angemessenen Ausgleich für die Nutzung der Teile ihrer Verlagsprodukte. Eine solche Lösung verwehrt es den Verlegern im Übrigen auch nicht, mit eigenen unterrichtsbegleitenden Materialzusammenstellungen (etwa nach dem Muster der Case-books) an den Markt zu kommen. Sind diese Produkte attraktiv genug, so dass sie es den Dozenten ersparen, das einzustellende Material selbst zu suchen, ggf. einzuscannen und online zu stellen, so werden sie sich am Markt auch durchsetzen.

- Im Bereich der *Forschung* hingegen geht es vor allem um die Herstellung von Wettbewerb in den Bereichen, in denen der Zugang zu den an sich schutzrechtsfreien wissenschaftlichen Informationen aufgrund fehlenden Wettbewerbs und dadurch resultierenden überhöhten Preise der Anbieter nicht oder nur eingeschränkt zugänglich sind.

Will man diese Problemfälle lösen, so bieten sich grundsätzlich wohl mehrere, jeweils gänzlich unterschiedliche Alternativen an. Die wichtigsten von ihnen sind: Open Access-Modelle; die gesetzliche Anordnung einer Schrankenbestimmung bei Nichtzustandekommen und/oder unzureichenden vertraglichen Vereinbarungen; die Einführung einer Schrankenbestimmung, die bei Abschluss hinreichend wirksamer vertraglicher Vereinbarungen außer Kraft tritt; eine Zwangslizenz oder eine Wahrnehmung der ausschließlichen Nachdruck- und Nachverwertungsrechte durch Verwertungsgesellschaften, möglicherweise gekoppelt mit dem Recht der Wettbewerber, mit der Nutzung zu beginnen, sobald sie die geforderte oder zumindest eine für angemessen erachtete Vergütung hinterlegt haben.

Jede dieser Alternativen hat ihre Vor- und ihre Nachteile. Einige von ihnen sind in diesem Abschnitt unter Buchst. c) näher umrissen worden. Das Hauptproblem dürfte in einer hinreichend präzisen Umschreibung des Eingriffstatbestandes liegen. Für eine endgültige Lösung im Wege der Gesetzgebung bedarf es hier nach Ansicht der GRUR jedoch noch der weiteren vertieften Diskussion.

- (20) *Sollte die für Unterricht und Forschung geltende Ausnahme präzisiert und um moderne Formen des Fernlernens erweitert werden?*

Das Problem des Fernlernens ist vornehmlich ein Problem des *Unterrichts*, nicht hingegen der *Forschung*.

Nach Auffassung der GRUR wäre es in der modernen Informationsgesellschaft jedoch anachronistisch, wollte man für eine Privilegierung des Zugangs und der Nutzung geschützter Werke und Leistungen zu Zwecken des Unterrichts zur Bedingung machen, dass eine online-Nutzung an das (physische) Unterrichtsgebäude gebunden sein müsse. Die für den Unterricht geltende Regelung sollte daher auch Formen des Fernzugriffs (ergän-

zend zum Präsenzunterricht wie auch im reinen Fernstudium) ermöglichen.

Zugleich sollte die Beschränkung auf nicht-kommerzielle Unterrichtseinrichtungen aufgrund der damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten aufgehoben werden. Dem mehr oder minder kommerziellen Charakter der jeweiligen Unterrichtsorganisation sollte stattdessen im Rahmen der Bemessung der im Einzelfall angemessenen Vergütung Rechnung getragen werden,

- (21) *Sollte klargestellt werden, dass die für Unterricht und Forschung geltende Ausnahme nicht nur für Materialien gilt, die in Klassenräumen oder Bildungsstätten verwendet werden, sondern auch deren Verwendung zu Hause zu Studienzwecken einschließt?*

Aus der Antwort zu Frage (20) a.E. ergibt sich, dass die Regelung selbstverständlich auch die Verwendung der von der Regelung erfassten urheberrechtlich geschützten Materialien zu Hause durch die jeweils Berechtigten zum Zwecke der Regelung erfassen sollte.

- (22) *Sollte es hinsichtlich der Länge der Werksauszüge, die vervielfältigt oder für Unterrichts- und Forschungszwecke zur Verfügung gestellt werden können, verbindliche Mindestvorschriften geben?*

Auch hier ist wiederum zwischen Unterricht und Forschung zu differenzieren:

- Für den *Unterricht* hat sich nach Auffassung der GRUR die einschränkende Reichweite der Regelung in § 52b Abs. 1 Nr. 1 des deutschen Urheberrechtsgesetzes - trotz gewisser verbleibender Abgrenzungsschwierigkeiten - im Großen und Ganzen bewährt. Von der Regelung (die ein öffentliches Zugänglichmachen geschützter Werke für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern zustimmungs-, aber vergütungsfrei ermöglicht) erfasst sind „veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften“.

Dagegen erscheint eine Bereichsausnahme (sog. „Schranken-Schranke“) für solche Werke erforderlich, die von vorne herein allein für den Unterrichtsgebrauch geschaffen worden sind (sog. Schulbücher). Denn insoweit

handelt es sich bei der Nutzung im Unterricht um den Primärmarkt der Schulbuchverleger.

- Für die *Forschung* hingegen erscheint die Schaffung von Wettbewerb in wettbewerbswidrigen Monopolsituationen das zentrale Problem. Soweit dieses Problem besteht, geht es darum, durch geeignete Maßnahmen auf die Schaffung von Wettbewerb hinzuwirken. Dieser Wettbewerb bezieht sich notwendig auf die Originalwerke insgesamt. Eine Beschränkung hinsichtlich deren Länge kommt im Hinblick auf die *Forschung* also von vorne herein nicht in Betracht.

(23) *Sollte es eine verbindliche Mindestanforderung im Hinblick darauf geben, dass die Ausnahme sowohl für den Unterricht als auch für die Forschung gilt?*

Die Frage ist insoweit zu verneinen, da Unterricht und *Forschung* eine andere Interessenlage betreffen.

Eine andere Frage ist hingegen, ob die jeweils für Unterricht und für *Forschung* vorgeschlagenen unterschiedlichen Regelungen für alle Mitgliedstaaten als verbindlich – oder zumindest hinsichtlich bestimmter Mindestanforderungen verbindlich – ausgestaltet werden sollten. Diese Frage ist nach Auffassung der GRUR angesichts des grenzüberschreitenden europäischen Forschungsraumes sicherlich für die Regelung zur *Forschung*, angesichts des zunehmend europäisierten Unterrichtsraumes aber auch für den Bereich *Unterricht* zu bejahen. Denn nur auf diese Weise lässt sich sicherstellen, dass nicht nur in der *Forschung*, sondern auch im Unterricht auf ausländische wie inländische Quellen gleichermaßen zugegriffen werden kann und dass in den einzelnen Mitgliedstaaten insoweit einheitliche Ausgangsbedingungen für die Ausbildung geschaffen werden.

4. User-generated content

a) Begriffsdefinition

Um Missverständnisse zu vermeiden, bedarf es zunächst einer genaueren Definition dessen, was unter „von Nutzern geschaffene Inhalte“ („user-generated content“) zu verstehen ist.

In einem weiten Sinn fallen darunter sämtliche Wissensmehrungen, die unter Zugriff auf und Nutzung von fremdem Wissen oder doch zumindest urheberrechtlich ge-

geschütztem Material geschaffen worden sind, gleichviel, ob dies nach geltendem Recht der Zustimmung des Inhabers der Rechte des benutzten Ausgangsmaterials bedarf oder ob es – wie etwa aufgrund des Zitatrechts – zustimmungsfrei zulässig ist. In diesem Sinn ist der Begriff jedoch zu unspezifisch, erfasst er doch traditionelle Bearbeitungen ebenso wie das Problem des Zugangs zu Forschungsergebnissen und deren Nutzung zur Schaffung neuen Wissens.

In einem engeren Sinn ist der Begriff „von Nutzern geschaffene Inhalte“ hingegen auf Inhalte beschränkt, bei denen fremde geschützte Werke und Leistungen ganz oder in Teilen übernommen, neu angeordnet, kombiniert oder einfach auch nur kommuniziert werden. Diesen Bereich scheinen die Fragen (24) und (25) des Grünbuchs im Auge zu haben (im englischsprachigen Umfeld wird dieser engere Problembereich unter dem Stichwort „transformative use“ diskutiert).

b) Lösungsvorschläge

Da es sich insoweit nach gegenwärtigem Recht um Bearbeitungen, mitunter sogar um Vervielfältigungen geschützter Werke und Leistungen handelt, sollte eine Lösung nach Auffassung der GRUR hier vorrangig im vertraglichen Bereich gesucht werden.

Darüber hinaus wird die Grenzlinie zwischen zulässiger und unzulässiger Nutzung durch die Unterscheidung von urheberrechtsrelevanter Bearbeitung zum einen und urheberrechtsfreier Benutzung (Übernahme lediglich ungeschützter Ideen; Übernahme nur ungeschützter Teile oder Verblässen des Ursprungswerkes hinter dem nachgeschaffenen Werk) zum anderen gezogen. Diese Grenze bietet den Gerichten in aller Regel einen hinreichenden Spielraum für angemessene flexible Lösungen. Das gilt umso mehr, wenn dabei zugleich mit dem Urheberrecht konfligierende verfassungsrechtlich garantierte Rechte (insbes. die Kunstfreiheit oder die Informationsfreiheit) berücksichtigt werden müssen.

Für die vom Grünbuch angesprochene Frage eines optimalen Zuschnitts des Urheberrechtsschutzes in der wissensbestimmten Wirtschaft ist die Frage nach eventuellen Sonderregelungen für „von Nutzern geschaffene Inhalte“ (im engeren Sinn) zuletzt weitgehend ohne Bedeutung, da Rechte an Informationen vom Urheberrecht ohnehin nicht erfasst sind. Für Sonderregelungen für „von Nutzern geschaffene Inhalte“ (in einem weiteren Sinn) vgl. bereits oben Ziff. III.3.

c) Zu den Fragen des Grünbuchs

Danach können die Fragen des Grünbuchs zu diesem Teil wie folgt beantwortet werden:

- (24) *Sollten genauere Vorschriften im Hinblick darauf erlassen werden, welche Handlungen bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Materialien zulässig bzw. unzulässig sind?*

Nein.

- (25) *Sollte die Richtlinie um eine Ausnahme für von Nutzern geschaffene Inhalte erweitert werden?*

Nein.

Dr. Kunz-Hallstein
Präsident

Dr. Loschelder
Generalsekretär