§ 52a UrhG - Stellungnahme zum Evaluationsbericht der Bundesministerin der Justiz vom 30. April 2008

Einleitung

Der im Jahre 2003 neu geschaffene § 52a UrhG, der die genehmigungsfreie Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke bzw. Werkteile in den Intranets von Schulen, Hochschulen und Forschungseinrichtungen erlaubt, war ursprünglich bis zum 31.12.2006 befristet. Im Jahr 2006 ist diese Befristung bis zum 31.12.2008 erstreckt worden. Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat aufgrund einer Vorgabe des Rechtsausschusses des Bundestags die praktischen Auswirkungen des § 52a UrhG evaluiert und dazu einen Bericht erstellt. Dieser mündet in die Empfehlung, die Befristung des § 52a UrhG aufzuheben. Im Folgenden nimmt der Börsenverein zu Evaluationsbericht und Empfehlung des BMJ Stellung.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Der Evaluationsbericht des BMJ

- erscheint insgesamt nicht geeignet, den Gesetzgeber über die tatsächlichen Auswirkungen der Einführung von § 52a UrhG in angemessener Weise ins Bild zu setzen,
- fußt auf einer Befragung der beteiligten Kreise mit einem in mehrfacher Hinsicht ungeeigneten Fragebogen, der methodisch teilweise leider fehlerhaft ausgewertet wurde,
- lässt essentielle Tatsachenfragen zur Nutzung von § 52a UrhG ungeklärt,
- basiert auf Aussagen der befragten Kreise, die weder repräsentativ noch aussagekräftig und zudem teilweise widersprüchlich sind.

Die Empfehlung des BMJ zur Entfristung von § 52a UrhG

- stützt sich teilweise auf ungesicherte Annahmen und auf Behauptungen, deren Richtigkeit nicht hinterfragt wird,
- geht nicht auf die in der Norm angelegten verfassungsrechtlichen Probleme ein,
- diskutiert und bewertet keine alternativen Gestaltungsvorschläge,
- setzt sich nicht mit den Lösungen auseinander, die von anderen europäischen Staaten bei der Umsetzung der EU-Info-Richtlinie gefunden worden sind,
- läuft besorgniserregenden Entwicklungen bei wissenschaftlichen Publikationen – insbesondere im Lehrbuchmarkt – zuwider.

Zudem stellt sich die Frage, ob der sich ankündigende Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens zu § 52a UrhG formal und materiell einem voll ausgeformten demokratischen Prozess entspricht.

Der Börsenverein regt an,

- die Geltung von § 52a UrhG nicht zu verlängern bzw. die Norm nicht unbefristet zu stellen, sondern zum 31.12.2008 auslaufen zu lassen,
- hilfsweise entsprechend der bereits vorhandenen Regelung für Schulbücher eine Bereichsausnahme für wissenschaftliche Publikationen und Lehrbücher in den Text des § 52a UrhG aufzunehmen. Zugleich sollte die Vorschrift zwingend voraussetzen, dass in den begünstigten Einrichtungen die genutzten Werke erfasst werden. (Formulierungsvorschläge im Anhang)

1. Anmerkungen zu Einzelpunkten des Berichts

a) Methodik der Evaluierung

Die erste Evaluierung, die der 2006 erfolgten Verlängerung der Befristung des § 52a UrhG um zwei Jahre bis zum 31.12.2008 vorausging, hat sich - wie die beteiligten Kreise[1], aber auch das BMJ[2] selbst einräumen - als untaugliches Mittel erwiesen, belastbares Datenmaterial zu den Auswirkungen der Vorschrift zusammen zu tragen. Die vom Börsenverein schon seit Jahren beklagte Situation ist nämlich unverändert geblieben: Nach wie vor werden die von den Bildungs- und Forschungseinrichtungen unter § 52a UrhG genutzten Werke nicht erfasst - und auch über fünf Jahre (!) nach der Beschlussfassung über die Vorschrift warten die Rechtsinhaber noch immer auf die Zahlung angemessener Vergütungen durch die öffentliche Hand.

Obwohl es erkennbar nicht erfolgversprechend war, die 2006 durchgeführte Fragebogenaktion bei unveränderten Gegebenheiten ein weiteres Mal durchzuführen und sich davon neue Erkenntnisse zu erhoffen, hat sich das BMJ für diesen Weg entschieden. Der Frage, ob eine erneute, praktisch unveränderte Fragebogenaktion zur Beantwortung der vom Rechtsausschuss gestellten Frage geeignet war, wird in dem Bericht des BMJ nicht Rechnung getragen.

Dazu hätte indes Veranlassung bestanden, um an zentralen Stellen nicht mit Ergebnissen wie

> *„Zu der Frage, ob es beabsichtigt sei, in Zukunft die Nutzung von Werken gemäß § 52a Abs. 1 Nr. 2 UrhG zu steigern oder aufzunehmen, differierten die Antworten der Hochschulen, ohne dass die Zahlen jedoch nach einzelnen Ländern aufgeschlüsselt worden wären. So antworteten in den Ländern 20 % bis 40 % der Hochschulen, dass sie beabsichtigten, die Nutzung zu intensivieren bzw. aufzunehmen. Mit „Nein“ antworteten zwischen 10 % und 25 % der Hochschulen und „weiß nicht“ gaben in den Ländern zwischen 30 % bis 70 % der Hochschulen an.“*[3]

oder

> *„Die an der FH Bund genutzten Werke stammen zu 9 % aus Büchern, 10 % aus wissenschaftlichen Zeitschriften und Zeitungen, 4 % Bildmaterial, 2 % Filmsequenzen und 8 % Internetinhalte. Über die Werksart der im Übrigen genutzten Werke (67 %) liegen keine Erkenntnisse vor.“*[4]

arbeiten zu müssen, deren Aussagequalität leider zu wünschen übrig lässt.

---

[1] Vgl. nur S. 13: *„Die Allianz [der deutschen Wissenschaftsorganisationen] vertritt die Ansicht, dass sich durch die Evaluierung keine ausreichende Datengrundlage ermitteln lasse, um festzustellen, ob Interessen der Rechtsinhaber durch die Schranke beeinträchtigt sind.“* oder – zu einer ähnlich gearteten Umfrage in Vorbereitung des Gesamtvertrags „Hochschulen“ - S. 18: *„Im November 2004 ließ die Kultusministerkonferenz bei den Universitätsbibliotheken eine Erhebung durchführen, die nach übereinstimmender Auffassung der Vertragsparteien jedoch keine statistisch belastbaren Ergebnisse erbracht hat.“*

[2] S. 1: *„Nach einer ersten Evaluierung über die Auswirkungen der Norm in der Praxis im Jahre 2006 war eine abschließende Bewertung nicht möglich“.*

[3] S. 8

[4] S. 7

b) Nicht verfolgte Untersuchungsalternativen

Wäre dem BMJ ernsthaft daran gelegen gewesen, relevante Erkenntnisse über die Auswirkungen des § 52a UrhG zu gewinnen, hätte es alternative Untersuchungsansätze wählen müssen. So hätte z.B. die Möglichkeit bestanden, die in den Intranets von Universitäten genutzten Werke im Rahmen eines Projekts durch deren sozialwissenschaftliche Lehrstühle erfassen und auswerten zu lassen. Denkbar wäre auch die Beauftragung eines professionellen Marktforschungsinstituts mit einer empirisch brauchbaren Sample-Erfassung der Nutzungen begünstigter Einrichtungen gewesen.[5]

c) Mängel in den Fragestellungen

Stattdessen hat sich das BMJ erneut auf einen Fragebogen gestützt, der bisweilen laienhaft konzipiert wirkt. Er enthält sehr viele offene Fragen, welche bekanntermaßen sowohl den Befragten als auch den Auswertenden vor größere Herausforderungen stellen als dies geschlossene Fragen tun. Oftmals werden offene Fragen aufgrund des höheren Aufwands von den Befragten auch gar nicht beantwortet. Bei vielen Fragestellungen wird nicht konkret angegeben, ob prozentuale oder absolute Angaben gewünscht sind, was die Beantwortung und spätere Auswertung erfahrungsgemäß erschwert. Bei anderen hätten erfahrene Umfragesteller den Befragten noch einmal die gesamten Optionen vor Augen geführt, weil die Möglichkeit der freien Erinnerung zu erheblichen Verzerrungen führen kann.

d) Fehlende Fragestellungen

Weit schwerer als die Mängel in der Art der Fragestellung wiegt indes, dass der Fragenkatalog selbst unvollständig und damit letztlich nur sehr eingeschränkt brauchbar ist. Um die Auswirkungen der Norm überprüfbar zu machen, hätte beispielsweise ermittelt werden müssen, welche Inhalte überhaupt durch wen und in welchem Umfang in den begünstigten Einrichtungen genutzt werden. Es fehlen z.B. aber auch Fragen nach der Größe und Abgrenzung der „bestimmt abgegrenzten Kreise“ von Unterrichtsteilnehmern (§ 52a Abs. 1 Nr. 1) bzw. Forschern (§ 52a Abs. 1 Nr. 2) oder nach dem Umfang der genutzten Werke und der zeitlichen Dauer der Nutzung. Dabei ist offensichtlich, dass das Intranet-Angebots eines *course packs* mit längeren Ausschnitten verschiedener Lehrbücher für 500 Studierende über 4 Semester ganz andere Auswirkungen auf die Bereitschaft zum Kauf der entsprechenden Bücher hat als eine Zusammenstellung von Aufsätzen aus wissenschaftlichen Zeitschriften für ein einsemestriges Seminar mit 12 Teilnehmern.

So kann nicht überraschen, dass sich zu der zentralen Frage, welche Werkarten in den Intranets der begünstigten Einrichtungen genutzt werden, lediglich folgende Aussage findet:

> *„Nach Angaben der Kultusministerkonferenz entfallen etwa 75 % der Nutzungen in den Verwertungsbereich der VG Wort und 25 % in den Bereich anderer Verwertungsgesellschaften. Im Übrigen wurde bei Zählung der Werkarten nicht weiter differenziert.“*[6]

---

[5] Der Börsenverein ist jederzeit bereit, gemeinsam mit dem BMJ an einer realitätsnahen Erfassung der 52a-Nutzungen zu arbeiten, und bietet insoweit ausdrücklich seine Hilfe an.

[6] S. 3, bezogen auf Nutzungen im Hochschulunterricht; vgl. auch das Parallelzitat zu Nutzungen in Forschungseinrichtungen auf S. 6 des Berichts

Es drängt sich von daher leider die Frage auf, ob sich die Auswirkungen der Einführung von § 52a UrhG auf Urheber und Verlage auf einer solchen Faktenbasis[7] wirklich sachgerecht ermitteln lassen und dem Gesetzgeber eine valide Handlungsempfehlung gegeben werden kann.

e) Verwendung von Suggestivfragen

Das BMJ jedenfalls beurteilt die Einschätzung der begünstigten Institutionen, dass § 52a UrhG zu einer gesteigerten Aktualität der Lehre, einer besseren Vermittlung von Lehrinhalten, einer Verbesserung der Medienkompetenz der Studierenden und einer Förderung der Konkurrenzfähigkeit deutscher Hochschulen führe, als „überzeugend". Tatsächlich sind die in den Antworten der Kultusministerkonferenz[8] aufgeführten angeblichen 52a-Vorteile jedoch – bis auf die „geringe Kostenintensität" - solche, die allgemein mit der Nutzung elektronischer Medien in Intranets zu tun haben und auf lizenzierte online-Angebote von Verlagen genauso bzw. erst recht[9] zutreffen. Wenn an allen Hochschulen – wie es ausweislich des Berichts[10] aber nur teilweise der Fall ist – zusätzlich selbst erarbeitete Manuskripte und Werke bzw. open access-Inhalte genutzt würden, dann wäre ein Wegfall von § 52a UrhG wohl weder eine *„absolute Katastrophe"* noch ein *„Rückfall in die Steinzeit"* bzw. *„ins Mittelalter"*[11]. Das BMJ kommt also letztlich zu genau dem Ergebnis, das es bei der Formulierung der Fragen an die begünstigten Einrichtungen nahe gelegt hat, indem dort nach dem Wegfall von § 52a UrhG statt nach dem Ersatz von 52a-Intranetnutzungen durch Intranetnutzungen lizenzierter Verlagsangebote gefragt wurde.

f) Nutzungserfassung und angemessene Vergütung

Ein weiteres Beispiel dafür, wie der Leser des Berichts bei seiner Meinungsbildung vom BMJ gelenkt wird, ist die Darstellung der Problematik der angemessenen Vergütung von 52a-Nutzungen. Damit Urheber und Rechteinhaber, deren Werke unter § 52a UrhG genutzt werden, über die Verwertungsgesellschaften eine angemessene Vergütung erhalten können, muss in den Bildungs- und Forschungseinrichtungen erfasst werden, welche Werke bzw. Werkteile in die Intranets eingestellt werden. Der Bericht mündet hierzu in der Behauptung:

> *„§ 52a UrhG ist aber nicht nur die Grundlage für in der Praxis erfolgende Werknutzungen. Auch die Mechanismen, die nach den Vorstellungen des Gesetzgebers für die Konkretisierung der Norm bei der Anwendung auf Einzelfälle sowie für die Festlegung der Vergütung zum Tragen kommen sollten, sind in der Praxis etabliert bzw. zumindest in der Entwicklung begriffen."*[12]

---

[7] Wie viele Hochschullehrer die Kultusministerkonferenz dabei befragt hat, wurde dem BMJ nicht mitgeteilt. Für manche Bundesländer, die sich gar nicht erst die Mühe einer Befragung ihrer Professoren gemacht haben, wurden die Nutzungen schlicht hochgerechnet (vgl. S. 2 / 3).

[8] vgl. S. 5, 6, 8

[9] so S. 13: *„10 % der Intranet nutzenden Schulen nutzen auch für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmte Werke und haben dementsprechend Nutzungsrechte erworben; die Erfahrungen an den Schulen waren wegen der Anschaulichkeit und praktischen Einsetzbarkeit der Angebote überwiegend positiv."* oder – bezogen auf Forschungseinrichtungen – *„Der überwiegende Teil der Nutzungen laufe […] heute ohnehin über Lizenzvereinbarungen."*, ebenda.

[10] S. 5, 7

[11] so S. 6

[12] S. 22

Diese Darstellung passt schlichtweg nicht zu dem Umstand, dass im Hochschulbereich bis heute weder einzelne Werknutzungen erfasst noch Tantiemen für Textwerke – und damit für drei Viertel der genutzten Werke![13] - gezahlt wurden. Zu bedenken ist dabei auch, dass der Wortlaut der Norm – und damit die Pflicht der Hochschulen zur Erfassung der 52a-Nutzungen und Zahlung von Tantiemen - seit Frühjahr 2003 feststeht. An der Spitze der öffentlich-rechtlichen „Erfüllungsverweigerer" steht übrigens der Bund selbst, wie der Bericht ausweist:

> *„Die FH Bund gab an, bislang keine Vergütung für die Nutzungen entrichtet zu haben."*[14]

Die vom BMJ zustimmend wiedergegebene Begründung der Kultusministerkonferenz für die Verweigerung einer angemessenen Vergütung der Urheber, es müsse zunächst ein Schiedsstellenverfahren hinsichtlich des von der VG Wort aufgestellten Tarifs durchgeführt werden, ist offensichtlich vorgeschoben. Der entsprechende VG Wort-Tarif wurde nämlich bereits vor über drei Jahren[15] aufgestellt, das angeblich notwendige Schiedsstellenverfahren seitens der KMK aber bis heute nicht eröffnet.

g) Werkbezogene Einzelabrechnungen

Mit ebenso bemerkenswerter Kritiklosigkeit macht das BMJ auf S. 17/18 des Berichts Glauben, dass bei einer Entfristung der Vorschrift ab 1.1.2009 allenthalben „*werksbezogene Einzelabrechnungen*" gewährleistet seien. Nach den Erkenntnissen des Börsenvereins werden bislang noch in keiner Hochschule oder Forschungseinrichtung Vorkehrungen getroffen, um 52a-Nutzungen zu erfassen und gegenüber den Verwertungsgesellschaften werkbezogen abrechnen zu können. Die vergangenen fünf Jahre haben nachhaltig bewiesen, dass weder die Verantwortlichen in den Einrichtungen noch die finanzierungszuständigen Kultusministerien an dem Aufbau eines funktionierenden Erfassungs- und Abrechnungssystems Interesse haben. Welche Anzeichen dafür zu erkennen sind, dass sich dieser Zustand ändern könnte, behandelt der Evaluationsbericht leider nicht.[16]

h) Vom Börsenverein vorgeschlagenes Lizenzierungsmodell

In seiner im Rahmen der Evaluation abgegebenen Stellungnahme hatte der Börsenverein angeregt, über den Dokumentlieferdienst *subito* der deutschen Bibliotheken ein „one stop shop"-Modell für die individuelle Lizenzierung von Inhalten für die Netzwerke von Forschungs- und Bildungseinrichtungen einzuführen. Dabei hatte er darauf hingewiesen, dass eine Umsetzung dieses Angebots folgende Vorteile vereint:

- Die nutzenden Einrichtungen können jedes für ihre Netzwerke gewünschte Dokument über die Subito-Bibliotheken auf einem ihnen vertrauten Bestellweg einfach und rasch beschaffen (one-stop-shop-Modell).
- Die für die Nutzung fällige Gebühr lässt sich anhand von nur vier Parametern (Seitenumfang des genutzten Dokuments, Zahl der berechtigten Nutzer im

[13] Siehe Zitat oben mit Verweis auf Seiten 3 und 6 des Berichts.
[14] S. 4
[15] 20. Mai 2005, s. S. 4 und 15/16
[16] Bislang ist der Dokumentlieferdienst Subito die einzige Einrichtung im Wissenschaftsbereich, deren Infrastruktur es ermöglicht, Verwertungsgesellschaften und Verlagen Nutzungen urheberrechtlich geschützter Werke titelgenau abzurechnen. Die zur Abwicklung des sog. innerbibliothekarischen Leihverkehrs gegründeten Bibliotheksverbünde der Länder verweigern den Urhebern diese Selbstverständlichkeit hingegen bis heute, obwohl sie der Gesetzgeber bereits bei der großen Novelle des Urheberrechts im Jahre 1985 (!) dazu in der Gesetzesbegründung ausdrücklich verpflichtet hat.

Netzwerk, Dauer der Nutzung, Preis pro Seite und Nutzer und Zeiteinheit) ermitteln. Sie kann von Subito bei der nutzenden Einrichtung mitsamt eines geringen Entgelts für die entstandenen Administrationskosten eingezogen und dem lizenzierenden Verlag unter Angabe der Titelinformationen abgerechnet werden. Der entstehende Aufwand unterscheidet sich nicht oder nur geringfügig von demjenigen beim elektronischen Dokumentversand.

- Urheber und Verlag erhalten eine angemessene Vergütung, die – im Gegensatz zum System des § 52a UrhG - exakt den genutzten Werken zugeordnet ist. Die Verlage erfahren zudem, an welchen Einrichtungen welche Nachfrage nach ihren Inhalten besteht. Auf der Basis dieser Informationen können sie ggf. passgenaue elektronische Angebote für die entsprechenden Nutzer entwickeln.

Leider hat sich das BMJ in seinem Bericht nicht ernstlich mit diesem Vorschlag auseinander gesetzt. Insbesondere geht es bei seiner Bewertung nicht auf die Frage ein, in welchen Fällen bei Verwirklichung des Selbstverpflichtungsangebots des Börsenvereins 52a-Nutzungen in Hochschulen und Forschungseinrichtungen überhaupt noch „geboten“ im Sinne von § 52a Abs. 1 letzter Halbsatz sein können.

Stattdessen flüchtet sich das BMJ in urheberrechtliche Darlegungen zur „Schrankenschranke“ des § 95b UrhG und behauptet, dass § 52a UrhG beim Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen seitens der Verlage nicht durchgesetzt werden könne.[17] Diese Darstellung des Ministeriums geht indes an den Verhältnissen im Wissenschaftsbereich vorbei. Texte sind nämlich schlichtweg immer (auch) offline verfügbar, sei es weil sie aufgrund der Bedürfnisse des Marktes vom Verlag „hybrid“ angeboten werden oder aus einer DRM-geschützt übermittelten Datei durch Ausdruck generiert werden können. Die Verlage haben also tatsächlich nie die Möglichkeit, die von ihnen veröffentlichten Werke über die technische Gestaltung ihres online-Angebots der Nutzung unter § 52a UrhG zu entziehen. Wenn die öffentliche Hand aber aus Kostengründen Werke unter § 52a UrhG nutzt, dann bildet sich unter Umständen erst gar kein Markt für hochwertige digitale Produkte, den die Verlage bedienen könnten. Es ist gerade das Fehlen eines solchen Marktanreizes, das tatsächlich zu einem „*Rückfall ins Mittelalter*“ bzw. zum Attraktivitätsverlust für den Wissenschaftsstandort Deutschland führen könnte.

i) Verfassungsrechtliche Ausführungen

Bei seinen verfassungsrechtlichen Ausführungen[18] lässt das BMJ das grundlegende Rechtsgutachten von Prof. Dr. Georgios Gounalakis zur Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit des § 52a UrhG[19] gänzlich unbeachtet. Insbesondere setzt es sich nicht mit der dort aufgeworfenen Frage auseinander, warum die genannten Gründe des Gemeinwohls etc., die § 52a UrhG verfassungsrechtlich angeblich seine Rechtfertigung verleihen, zwar für den Einsatz von wissenschaftlichen Werken in Hochschulen gelten sollen, nicht aber für die Nutzung von Schulbüchern in Schulen bzw. Kinofilmen in Schulen / Hochschulen. Dort wurde nämlich – hinsichtlich der Schulbücher zu Recht - eine Bereichsausnahme geschaffen, weil der Primärmarkt dieser Werke gefährdet sei. Unklar bleibt, warum dieses Argument für die Nutzung wissenschaftlicher Werke in Hochschulen und Forschungseinrichtungen nicht gelten soll, obwohl diese nach den Ergebnissen der Befragung[20] drei Viertel der an Hochschulen genutzten Inhalte

[17] S. 22f.
[18] vgl. S. 23
[19] http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/Gounalakis-Guta_52a_UrhG.pdf
[20] S. 3, 6, vgl. auch oben Fn. 5 und 12

ausmachen und allein im Sommersemester 2007 in Forschung und Lehre bereits nahezu 900.000 Nutzungen unter § 52a UrhG erfolgten[21], wobei bei Entfristung der Norm eine deutliche Zunahme erwartet wird[22].

j) Europarechtliche Erwägungen

Nicht thematisiert wird in dem Bericht die Frage, in welchem Licht sich der § 52a UrhG im Hinblick auf die EU-Richtlinie 29/2001 zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft („Info-Richtlinie“) zeigt, deren Umsetzung in nationales Recht er dienen soll. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den in Art. 5(5) dieser Richtlinie enthaltenen sog. Dreistufentest, der zugleich ein Kernelement des internationalen Urheberrechts ist. Danach sind nur solche Urheberrechtsschranken zulässig, die besondere Ausnahmefälle betreffen und nicht in die normale Verwertung eines Werks eingreifen.

Zu dieser Überprüfung hätte deshalb Veranlassung bestanden, weil die Info-Richtlinie inzwischen in der gesamten EU in nationales Recht umgesetzt worden ist. Von der Möglichkeit, eine dem § 52a UrhG entsprechende Regelung zu schaffen, hat dabei nur ein geringer Bruchteil aller EU-Staaten überhaupt Gebrauch gemacht. Überwiegend wurde ein Regelungsbedürfnis hinsichtlich der Nutzungen geschützter Werke in Netzwerken von Bildungs- und Forschungseinrichtungen verneint. Aber auch in den Ländern, in denen es parallele Umsetzungen gegeben hat, zeigen sich wichtige, einer gewissenhaften Beachtung des Dreistufentests geschuldete Unterschiede:

- So hat der französische Gesetzgeber den § 122(5)(e) des *Code de la Propriété Intellectuelle* geschaffen, der aber lediglich als Basis einer – derzeit von Bibliotheks- und Verlegerverbänden erarbeiteten - freiwilligen Lizenz für die französischen Universitäten fungiert.
- Artikel 2 Abs. 2 des spanischen Urheberrechtsgesetzes stellt sicher, dass „akademische Werke“ nicht von der entsprechenden Schranke erfasst sind.
- In Ungarn ist ebenfalls eine Gegenausnahme ("Ausnahme von der Ausnahme") zu einer vom Wortlaut her weiten Schrankenbestimmung geschaffen worden, um diese noch vor dem Dreistufentest passieren zu lassen: Dort ist die sogenannte "on-the-spot" Schranke dadurch qualifiziert, dass vertraglich bestimmt werden kann, ein Werk dürfe nicht über das institutionelle Intranet zugänglich gemacht werden (§38(5)).

Es ist bedauerlich, dass der Bericht des BMJ eine solche rechtsvergleichende Betrachtung ausspart. Diese würde nämlich deutlich werden lassen, dass die Vereinbarkeit des § 52a UrhG mit den Vorgaben der Info-Richtlinie fragwürdig ist.

2. Markt für wissenschaftliche Publikationen bricht teilweise ein

Vor wenigen Wochen hat eine Umfrage unter deutschen Wissenschaftsverlagen[23] gezeigt, dass diese im Laufe der letzten drei Jahre deutliche Umsatzrückgänge im Lehrbuchmarkt zu

[21] S. 20
[22] S. 5, 8
[23] Die Umfrage wurde am 3. Juni 2008 – also leider erst nach Ablauf der vom BMJ gesetzten Evaluationsfrist – bei einer Tagung der „Arbeitsgemeinschaft wissenschaftlicher Verleger“ in Tübingen durchgeführt. Die Verlage wären bereit, dem BMJ bzw. dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags

verzeichnen hatten. Im Schnitt liegen die Einbrüche – trotz unveränderter bzw. wachsender Studentenzahlen – bei 15 – 20 Prozent.

Obwohl dieser Marktbereich auch von anderen Faktoren mit beeinflusst wird[24], liegt auf der Hand, dass § 52a UrhG eine wesentliche Ursache für dieses Phänomen ist. Dies belegt auch ein Blick in die USA. Dort haben eine Reihe von (nicht auf Gewinnerzielung ausgerichteten) Universitätsverlagen vor wenigen Wochen ein Verfahren gegen die Georgia State University eröffnet, mit dem sie sich gegen ausufernde ungenehmigte Intranet-Nutzungen (in Form sog. *course packs)* von Ausschnitten ihrer Werke zur Wehr setzen.[25]

Illustrativ ist insoweit auch ein kürzlich bekannt gewordener Fall aus einer süddeutschen Universität. Hier hatte ein Medizinprofessor ein von ihm verfasstes Skript für die Hörer seiner Anatomie-Vorlesung versehentlich nicht ins Intranet, sondern auf die Internetseite der Hochschule gestellt. Dabei zeigte sich, dass das Skript seinen Wert nicht zuletzt aus 260 zur Veranschaulichung eingebundenen Illustrationen bezog. Diese stammten jedoch nicht von dem – Jahre zuvor aus Kostengründen von der Universität entlassenen – Institutszeichner, sondern aus einem marktführenden Anatomie-Atlas, dessen Umsätze in der Universitätsstadt zugleich deutlich zurückgegangen waren[26].

Der Fall zeigt sehr deutlich die Gefahren, die § 52a UrhG schafft und die sich bereits jetzt in den Zahlen der Verlage niederschlagen. Diese Gefahren würden drastisch zunehmen, wenn der § 52a UrhG – wie vom BMJ gewünscht - tatsächlich entfristet würde und es daraufhin zu der vom Ministerium vermuteten Vervielfachung von Nutzungen käme. Ohnehin wird im Schrifttum[27] im Zusammenhang mit der Befristung des § 52a UrhG zu Recht betont, dass es sich dabei um einen im deutschen Urheberrecht bislang erstmaligen Fall einer sog. Sunset-provision handelt. Soll eine solche Regelung verlängert oder - wie hier - entfristet werden, so müssen die von ihr Begünstigten den Gesetzgeber davon überzeugen, dass den Rechteinhabern durch diese Ausnahme vom Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) kein Schaden entstanden ist - und nicht etwa umgekehrt die Rechteinhaber, dass ihnen durch die Vorschrift tatsächlich ein Schaden entstanden ist. Der Evaluationsbericht lässt diese "Umkehr der Beweislast" weitgehend unberücksichtigt.

3. Anmerkungen zum Gesetzgebungsverfahren

Der Bericht des BMJ datiert auf den 30. April 2008. Bereits am 9. Mai 2008 fand dem Vernehmen nach eine kurzfristig einberufene Sitzung der verantwortlichen Rechts- und Bildungspolitiker der Großen Koalition zu § 52a UrhG statt. Bis heute ist der Bericht hingegen weder veröffentlicht noch Urheber- bzw. Verwerterverbänden oder Verwertungsgesellschaften übermittelt worden.

---

ihre Umsatzstatistiken für Lehrbücher zur vertraulichen Information vorzulegen. Der Börsenverein wäre in der Lage, solche Nachweise auf Wunsch zu vermitteln.

[24] Genannt sei der seit der Einführung von Studiengebühren gewachsene Druck auf Hochschuldozenten, den Studierenden eigene Skripte anzubieten.

[25] http://www.aaupnet.org/news/press/AAUPonGSU.pdf

[26] Da das fragliche Buch mehrere 1000 Illustrationen enthält, wäre bei einer Intranet-Nutzung § 52a UrhG möglicherweise zum Tragen gekommen – jedenfalls aber dann, wenn der Dozent für sein Skript auch auf Illustrationen aus Konkurrenzwerken zurückgegriffen hätte. (Die von den Verlagen für solche Werke eingesetzten Illustratoren sind dabei freischaffende Künstler, die von ihren Buchhonoraren leben müssen.)

[27] vgl. zum Ganzen z.B. Dreier/Schulze, UrhG, § 52a Rdnr. 3

Dieses ungewöhnliche Prozedere könnte Anlass zu der Vermutung geben, dass das BMJ die von ihm gewünschte Aufhebung der Befristung des § 52a UrhG auf schnellstem Wege im Rahmen eines „Omnibusgesetzes“ ohne Anhörungen, Ausschussberatungen und sonstige intensive parlamentarische Befassung durchsetzen will. Der Börsenverein gibt zu bedenken, dass das Entstehen eines solchen Eindrucks ungünstig wäre. Die Bundesregierung ist gut beraten, gerade bei Fragen von hoher Wichtigkeit für den Forschungs- und Bildungsstandort Deutschland mit ihren Argumenten den Diskurs mit Parlament und Beteiligten zu suchen. Würde sich die Meinung bilden, bei der Einführung bzw. Beibehaltung von Urheberrechtsschranken ginge es in weiten Teilen um eine Selbstbegünstigung des „Tantiemeschuldners Staat“ und nicht um ein ernsthaftes Ringen um die bestmöglichen Rahmenbedingungen für Bildung und Wissenschaft in Deutschland, schadete dies gleichermaßen unserer Demokratie wie unserer Gesellschaft.

4. Regelungsvorschlag des Börsenvereins

Der Börsenverein ist der Ansicht, dass § 52a UrhG am besten am 31.12.2008 ersatzlos auslaufen sollte[28].

Im Falle einer Entfristung der Vorschrift sollten mindestens zwei notwendige Korrekturen erfolgen. Einerseits ist entsprechend der bereits vorhandenen Regelung für Schulbücher eine Bereichsausnahme für wissenschaftliche Publikationen und Lehrbücher in den Text des § 52a UrhG aufzunehmen.[29] Andererseits sollte der Text der Norm zwingend voraussetzen, dass in den begünstigten Einrichtungen die genutzten Werke erfasst werden. Gegen eine derartige Ergänzung können inhaltlich schon deshalb keine Einwände bestehen, weil Nutzungen unter § 52a UrhG ausweislich des Berichts des BMJ von den begünstigten Einrichtungen ab 1.1.2009 ohnehin lückenlos erfasst werden.[30]

Wir erlauben uns, im Anhang einen entsprechenden Formulierungsvorschlag – mit hervorgehobenen Änderungen – zu unterbreiten und würden es begrüßen, wenn dieser im weiteren Gang der Gesetzesberatungen Berücksichtigung fände.

Frankfurt, den 17. Juni 2008

Dr. Christian Sprang
Justiziar

[28] Siehe zur Begründung die auf der Website des Instituts für Urheber- und Medienrecht, www.urheberrecht.org, dokumentierten vielfachen Stellungnahmen zu § 52a UrhG, die der Börsenverein seit 2002 abgegeben hat.
[29] vgl. oben 1. i)
[30] vgl. oben 1. f) und g)

Anhang: Formulierungsvorschlag zu § 52a UrhG -[31]

§ 52a UrhG - Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

(1) Zulässig ist,

1. veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern oder

2. veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung

öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

(2) Die öffentliche Zugänglichmachung eines für den Unterrichtsgebrauch an Schulen, **Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung oder für wissenschaftliche Forschungszwecke** bestimmten Werkes ist stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig. Die öffentliche Zugänglichmachung eines Filmwerkes ist vor Ablauf von zwei Jahren nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern im Geltungsbereich dieses Gesetzes stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.

(3) Zulässig sind in den Fällen des Absatzes 1 auch die zur öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen.

(4) Für die öffentliche Zugänglichmachung nach Absatz 1 ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

(5) Mit der öffentlichen Zugänglichmachung nach Absatz 1 darf erst begonnen werden, wenn die begünstigte Einrichtung die Voraussetzungen zur Erfassung und Meldung der genutzten Werke an eine Verwertungsgesellschaft geschaffen hat.

[31] Mit fettgedruckten Hinzufügungen