



Hält § 52 a UrhG dem urheberrechtlichen Dreistufentest stand?

Gabriele Beger

Dr. Gabriele Beger
Zentral- und Landesbibliothek Berlin
Breite Straße 32-36
10178 Berlin
beger@dgi-info.de

„Stellen Sie sich vor, Sie schreiben ein Buch und der Staat nimmt es Ihnen weg“, so lautete das Motto der Börsenverein-Kampagne gegen den Eingang des § 52 a in das deutsche Urheberrechtsgesetz in der Informationsgesellschaft.¹ Die Schlussfolgerung aus der Kampagne hieß „Enteignung“, da § 52 a mit dem urheberrechtlichen Dreistufentest aus der Berner Übereinkunft² nicht vereinbar wäre. Forschungseinrichtungen, Wissenschaftler und Bibliothekare verteidigten gemeinsam das Wissenschafts- und Bildungsprivileg mit Erfolg. § 52 a UrhG trat am 13. September 2003 in Kraft³ und wurde vom Gesetzgeber bis zum 31.12.2006 befristet⁴, um festzustellen, ob die Befürchtungen der Verlagsseite eintreten. Ein Novum in der Gesetzgebung, ein Ausnahmetatbestand für Wissenschaft, Forschung und Lehre mit Verfallsdatum. Anlass, die Zeit zu nutzen, um Überzeugungsarbeit zu leisten. Nicht wie die Verlagsseite mit Behauptungen, sondern mit den Mitteln der rechtlichen Würdigung.

1 Gegenstand des § 52 a UrhG

§ 52 a

Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

(1) Zulässig ist,

¹ Die Kampagne des Börsenvereins ist zwischenzeitlich vom Netz genommen.

² Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1886 – zuletzt revidiert in Paris am 24. Juli 1971 (BGBl II 1973, S. 1071, geändert durch Beschluss vom 2.10.1979, BGBl II 1985, S. 81).

³ Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. Sept. 2003 (BGBl I Nr. 46 vom 12. Sept. 2003, S. 1774).

⁴ § 137 k UrhG



1. veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nicht gewerblichen 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 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.

Gegenstand des § 52 a ist das Recht, im Rahmen des Unterrichts⁵ und der wissenschaftlichen Forschung Teile eines veröffentlichten Werkes an einen konkret bestimmten Kreis von Unterrichtsteilnehmern und wissenschaftlich Arbeitenden netzgestützt – unabhängig von Zeit und Ort – zugänglich zu machen, ohne dass es einer Zustimmung des Rechtsinhabers bedarf. Der Rechtsinhaber hat auch nicht die Möglichkeit diese Anwendung zu untersagen. Die Norm bestimmt, dass grundsätzlich keine vollständigen Werke wie Monographien, Sammelwerke, Datenbanken und Zeitschriftenjahrgänge digitalisiert und in ein Netz unter Anwendung des § 52 a eingespeist werden dürfen, sondern die vollständige Wiedergabe gilt nur für einzelne Beiträge aus Zeitungen und Zeitschriften und Werke geringen Umfangs, wie sie Broschüren mit geringer Seitenzahl, Bilder, Fotos und andere Abbildungen darstellen. Aus Monographien und Sammelwerke dürfen

⁵ Der Begriff Unterricht umfasst sowohl den Schulunterricht als auch den Unterricht an Schulen der Aus- und Weiterbildung und an Fach- und Hochschulen, soweit diese staatlich anerkannt bzw. nichtgewerblich sind.

nur kleine Teile⁶ im Rahmen des Unterrichts und Teile eines Werkes⁷ für wissenschaftliche Zwecke einer Person bzw. einer Gruppe von wissenschaftlich Arbeitenden zugänglich gemacht werden, wenn dies zu diesem Zweck geboten, das heißt erforderlich⁸ ist und der Zugriffskreis konkret abgegrenzt wird. Auf Online-Publikationen, die mit technischen Maßnahmen versehen auf dem Wege eines Vertrages vom Rechtsinhaber der Öffentlichkeit angeboten werden, findet § 52 a keine Anwendung. Für die Zugänglichmachung ist eine angemessene Vergütung an die Verwertungsgesellschaft zu entrichten. Ein Ausnahmetatbestand, wie es ihn in ähnlicher Form für Unterricht und Wissenschaft zum Vervielfältigungsrecht gibt. So gestattet § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG die Vervielfältigung zum wissenschaftlichen Gebrauch einer Person oder einer Gruppe von Personen und in § 53 Abs. 3 ist es zum Zwecke der Unterrichtsgestaltung gestattet, kleine Teile eines urheberrechtlich geschützten Werkes für Prüfungszwecke oder in Klassenstärke im Schulunterricht ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zu kopieren. Die Weiterverbreitung außerhalb dieser definierten Gruppen ist gemäß § 53 Abs. 6 nicht zulässig. Neu ist, dass die Vervielfältigung eines urheberrechtlich geschützten Werkes bzw. Teil eines Werkes netzgestützt wiedergegeben werden darf und der Kreis der privilegierten Schuleinrichtungen um den Bereich der Hochschulen erweitert wurde.

⁶ Als kleine Teile gelten max. 20% eines Werkes. Vgl. dazu Löwenheim, Gerhard: Handbuch des Urheberrechts. Beck 2003, Rn 34 zu § 31 und Schrickler, Gerhard: Urheberrecht. Kommentar. Beck 1999, Rn 31 zu § 53 Abs. 4.

⁷ Der Begriff Teile eines Werkes wird nicht ausdrücklich in der Gesetzesbegründung und in den Kommentaren definiert. Die Verfasserin hält einen Umfang von bis zu max. 70% für gerechtfertigt, da nach den Kommentaren (vgl. Schrickler und Löwenheim) 90% eines Werkes als im Wesentlichen vollständiges Werk und kleine Teile bis zu 20% angesehen werden. Ein Teil ist also größer als 20% und muss kleiner als 90% sein. Bringt man einen kleinen Teil in Abzug von einem im wesentlichen vollständigen Werk, ergibt sich ein Werkteil von 70%.

⁸ Vgl. dazu Schrickler, Gerhard: Urheberrecht. Kommentar. 2. Neubearb. Aufl. Beck 1999, Rn 27 zu § 53 Abs. 2 Nr. 1 und 2 (nicht geboten, wenn Werk problemlos käuflich zu erwerben ist und dies zumutbar ist); Löwenheim, Gerhard: Handbuch des Urheberrechts. Beck 2003 Rn 27 zu § 31: Das Werk darf nicht problemlos auf andere Weise käuflich zu erwerben oder in einer Bibliothek ausgeliehen werden können.

2 Rechtliche Grundlagen des § 52 a UrhG

1996 wurde der WIPO-Urheberrechtsvertrag⁹ geschlossen. Gegenstand dieses internationalen Übereinkommens ist der rechtliche Schutz von elektronischen Werken und insbesondere die Wiedergabe in Netzen an einen unbestimmten Kreis von Mitgliedern der Öffentlichkeit. In ihm wurden zwei neue exklusive Rechte der Urheber begründet, das Recht der unkörperlichen Zugänglichmachung ihrer Werke zu erlauben oder zu verbieten und das Recht der technischen Maßnahmen zum Schutz vor unkontrollierter Nutzung. Als Hinweis auf erlaubte Ausnahmetatbestände verweist der Vertrag in Art. 10 auf die Revidierte Berner Übereinkunft¹⁰. Die RBÜ bestimmt in Art. 9 Abs. 2, dass Ausnahmen und Beschränkungen nur gestattet sind, wenn es sich um bestimmte Sonderfälle handelt (1), die normale Auswertung nicht beeinträchtigt wird (2) und die berechtigten Interessen der Urheber nicht übergebühlich verletzt werden (3).¹¹ Diese Voraussetzungen werden als Dreistufentest bezeichnet. Ähnlich formuliert auch das TRIPS-Übereinkommen in Art. 13 die Voraussetzungen für Schranken oder Beschränkungen.¹² Die Europäische Union hat zur Ratifizierung des WIPO-Vertrags in den Mitgliedsstaaten die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft¹³ erlassen. Hier

⁹ WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT). Unterzeichnet in Genf am 20. Dez. 1996; vgl. hierzu Beschluss des Rates vom 16.3.2000 über die Zustimmung im Namen der Europäischen Gemeinschaft zum WIPO-Urheberrechtsvertrag und zum WIPO-Vertrag über Darbietung und Tonträger (Abl Nr. 89, S. 6).

¹⁰ Art. 10 Beschränkungen und Ausnahmen (1) Die Vertragsparteien können in ihren Rechtsvorschriften in Bezug auf die den Urhebern von Werken der Literatur und Kunst nach diesem Vertrag gewährten Rechten Beschränkungen oder Ausnahmen in bestimmten Sonderfällen vorsehen, die weder die normale Auswertung der Werke beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzen. (2) Bei der Anwendung der Berner Übereinkunft begrenzen die Vertragsparteien in Bezug auf die darin vorgesehenen Rechte Beschränkungen oder Ausnahmen auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Auswertung beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzen.

¹¹ Art. 9 Abs. 2 Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen unter der Voraussetzung zu gestatten, dass eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt.

¹² Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS-Übereinkommen) vom 15.4.1994 (BGBl II S. 1730)

¹³ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der

wurden die beiden ausschließlichen Grundrechte des Urhebers aus dem WIPO-Urheberrechtsvertrag übernommen(Art. 3 und 6) und in einem Katalog von fakultativen Ausnahmen (Art. 5) auch das Privileg der Wissenschaft und Lehre (Art. 5 Abs. 3 a)¹⁴ ausgestaltet. Der deutsche Gesetzgeber übernahm das Privileg aus Art. 5 Abs. 3 a und formulierte daraus § 52 a als Ausnahme zu dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19 a.

In Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 5, der vorschreibt, dass keine Ausnahmen in den nationalen Urheberrechtsgesetzen zulässig sind, wenn sie nicht mit Art. 9 Abs. 2 RBÜ vereinbar sind, schränkte der deutsche Gesetzgeber das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung allein auf ein Wissenschafts- und Bildungsprivileg ein. Darüber hinaus ist die Zugänglichmachung ohne Zustimmung auf Teile eines Werkes beschränkt, die nur an einen konkret abgegrenzten berechtigten Zugriffskreis erlaubt wird und die eine angemessene Vergütung für die Anwendung voraussetzt. Damit erfüllt § 52 a die Voraussetzungen des Dreistufentests.

3 Der Dreistufentest

Der Dreistufentest verlangt im ersten Tatbestand die Begrenzung einer Ausnahme auf bestimmte Sonderfälle. Nach der Entstehungsgeschichte, niedergeschrieben in den Protokollen der Stockholmkonferenz¹⁵ zur Entstehung des Dreistufentest, wird deutlich, dass es sich hier nicht um vereinzelte Nutzungen, sondern um eine konkrete Definition handeln muss, was unter einem bestimmten Sonderfall zu verstehen ist. Das zweite Kriterium schreibt vor, dass die normale Verwertung nicht behindert werden darf, so dass jede Ausnahme, die derart gravierend in das Marktgeschehen eingreift, dass die originären Verwerter kein Interesse mehr an diesem Produkt haben können, nicht zulässig ist. Für das Prüfungsergebnis ergibt sich

Informationsgesellschaft vom 22. Mai 2001 (ABL Nr. L 167, S. 10) ber. ABL Nr. L 6, 2002 S. 71)

¹⁴ Art. 5 Abs. 3 Die Mitgliedstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 und 3 vorgesehenen Rechte vorsehen:

a) für die Nutzung ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, sofern – außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist – die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, wann immer dies möglich ist, angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

¹⁵ WIPO Records of the Intellectual Property Conference at Stockholm June 11 to July 14, 1967

aus den Stockholmprotokollen keine heilende Alternative. Und der dritte Tatbestand bestimmt, dass die unverhältnismäßige Verletzung von berechtigten Interessen der Urheber durch eine angemessene Vergütung zu heilen ist. Schließlich bleibt zu prüfen, inwieweit § 52 a sich in Übereinstimmung mit dem Dreistufentest befindet.

§ 52 a im Dreistufentest

Die erste Stufe erfordert die Definition eines Sonderfalls. § 52 a privilegiert allein Wissenschaft, Lehre und Bildung. Eine weitergehende Anwendung ist durch den Wortlaut ausgeschlossen. Wissenschaft, Forschung und Lehre stehen unter dem Schutz des Grundgesetzes. Art. 5 Abs. 3 GG¹⁶ erklärt die Freiheit der Wissenschaft und Lehre zu einem Grundrecht des freiheitlich demokratischen Staates im Kontext mit der Informations- und Meinungsbildungsfreiheit. Freiheit der Wissenschaft und Lehre bedeutet das Recht der ungehinderten Meinungsäußerung und Meinungsbildungsfreiheit aus allgemein zugänglichen Quellen. Von der Systematik des Art. 5 GG ist abzuleiten, dass das allgemeine Recht auf Informations- und Meinungsbildungsfreiheit eines jeden Bürgers in Abs. 1 ausgestaltet, durch die Bestimmung, dass die Informationsfreiheit ihre Grenzen in den allgemeinen Gesetzen findet (Abs. 2), beschränkt wird. Abs. 3, die Freiheit der Wissenschaft und Lehre betreffend, hebt jedoch diese Beschränkung für den privilegierten Kreis wieder auf und beschränkt diese Freiheit allein mit der Gebundenheit der Lehre an das Grundgesetz. Das Grundrecht der Freiheit der Wissenschaft und Lehre stellt eine rechtliche Schranke des Urheberrechts dar. Eine Schranke im Urheberrechtsgesetz ist demnach erforderlich, wenn sie dem Allgemeininteresse und im Besonderen einer Personengruppe, wie sie Unterrichtsteilnehmer und wissenschaftlich Forschende darstellen, entspricht. Die Weiterverbreitung außerhalb dieser definierten Gruppe ist gemäß § 53 Abs. 6 nicht zulässig.¹⁷

Gesetzliche Beschränkungen der allgemeinen Informationsfreiheit nach Abs. 2 finden zum Beispiel im Strafgesetzbuch und dem Urheberrechtsgesetz eine Ausgestaltung. Das Strafgesetzbuch stellt jedoch ausdrücklich sicher, dass die Freiheit der Wissenschaft und Kunst gewahrt bleibt (§ 86 Abs. 3 StGB) und erlaubt die Unterrichtung und Behandlung von strafrechtlichen Verbreitungsverboten in diesem Rahmen. Das Urheberrecht beschränkt durch

¹⁶ Art. 5 Abs. 3 GG Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

¹⁷ Vgl. dazu auch Löwenheim, Ulrich: Handbuch des Urheberrechts. Beck 2003 Rn 9 zu § 30

die ausschließlichen Verwertungsrechte des Urhebers die Nutzung von nicht veröffentlichten und erschienenen Werken und in den Ausnahmen wird zwischen veröffentlichten, nichtveröffentlichten und erschienenen Werken in den einzelnen Normen unterschieden. Aus der besonderen grundgesetzlichen Stellung von Wissenschaft und Lehre ist abzuleiten, dass auch das Urheberrechtsgesetz - nach der Hierarchie der Gesetze an die Übereinstimmung mit dem GG gebunden -, keine grundsätzliche Beschränkung der Wissenschaft und Lehre zulassen kann. Damit erfüllen Wissenschaft und Lehre durch ihre explizite Erwähnung in § 52 a die Voraussetzung eines bestimmten Sonderfalls.

Diese Aussage findet auch ihre Bestätigung in der EU-Richtlinie in der Informationsgesellschaft, in der explizit in Erwägungsgrund 34 ausgeführt wird, dass „die Mitgliedstaaten die Möglichkeit erhalten sollen, Ausnahmen oder Beschränkungen für bestimmte Fälle, etwa für Unterrichtszwecke und wissenschaftliche Zwecke ... vorzusehen“. Und Erwägungsgrund 42 zu Art. 5 Abs. 3 a schränkt ein, dass die nationalen Gesetzgeber „bei Ausnahmen oder Beschränkungen für nicht kommerzielle Unterrichtszwecke und nicht kommerzielle wissenschaftliche Forschungszwecke einschließlich Fernunterricht ... die nicht kommerzielle Art der betreffenden Tätigkeit“ ausdrücken sollen. Aber bereits im Erwägungsgrund 14 zum Grundanliegen der Richtlinie wird darauf verwiesen, dass es auch „Ziel dieser Richtlinie (ist), Lernen und kulturelle Aktivitäten durch den Schutz von Werken und sonstigen Schutzgegenständen zu fördern; hierbei müssen allerdings Ausnahmen oder Beschränkungen im öffentlichen Interesse für den Bereich Ausbildung und Unterricht vorgesehen werden“. Unterricht und Wissenschaft sind damit zwei durch die EU-Richtlinie anerkannte und konkret bezeichnete Sonderfälle im Sinne des Dreistufentests.

Die Würdigung des zweiten Tatbestands, die Beeinträchtigung der normalen Auswertung, stellt die Juristen vor eine Herausforderung, da zum Zeitpunkt der Formulierung des Dreistufentests, eine digitale Verwertung noch nicht stattfand. Die netzgestützte Wiedergabe und die damit verbundenen Technologien beinhalten eine völlig neue Qualität und Quantität in der Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke. Faktisch in Sekunden können Werke ohne Qualitätsverlust im sog. Schneeballeffekt weltweit weiterverbreitet und bearbeitet werden. Diese Tatsache ist das Hauptargument der Verlagsseite aber auch vieler wissenschaftlicher Autoren, dass Ausnahmen für digitale Anwendungen keine Gültigkeit mehr haben dürfen. Tritt der Schneeballeffekt tatsächlich ein, so fallen potenzielle Käufer und Abonnenten aus. „Von einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung

kann gesprochen werden, wenn die infrage stehende Beschränkung die Rechtsinhaber einer aktuellen und potenziellen Einnahmequelle beraubt, die typischerweise ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung von Werken einer betroffenen Werkart hat.“¹⁸ Dies wäre unbestritten der Fall, wenn § 52 a direkt in den online-Markt der Urheber und Verleger derart eingreifen würde, dass originäre online-Werke unmittelbar nach der Veröffentlichung im Rahmen einer Schranke genutzt werden dürften. Hier aber hat sowohl die Richtlinie der EU in Art. 6 Abs. 4, als auch der deutsche Gesetzgeber in § 95 b Abs. 3 Vorkehrungen getroffen. Danach findet § 52 a keine Anwendung auf Online-Werke, die durch technische Maßnahmen geschützt und die der Öffentlichkeit mittels eines Vertrages, in der Regel eines Lizenzvertrags, zugänglich gemacht werden. Ein Eingriff in den Online-Markt kann somit von jedem Rechtsinhaber wirksam unterbunden werden. Diese gesetzliche Vorkehrung wurde ohne Marktanalyse, also auf den bloßen Verdacht hin, es könnte die normale Auswertung beeinträchtigt werden, erlassen. In der eingangs erwähnten Kampagne wurde darüber hinaus die Behauptung aufgestellt, dass das elektronische Publizieren den Verlegern durch § 52 a künftig unmöglich gemacht wird, weil die Berechtigten aus § 52 a - letztendlich ihre Kunden - sich nunmehr kostenlos durch Einscannen der gedruckten Beiträge aus wissenschaftlichen Fachbüchern und Fachzeitschriften selbst das Produkt herstellen würden. Hier stellt sich die Frage, warum der Verlag das betreffende Werk nicht gleich elektronisch und unter dem Schutz der technischen Maßnahmen auf dem Markt anbietet und sich somit den Schutz des Gesetzes zu Eigen macht? Dessen ungeachtet haben Vertreter des Deutschen Bibliotheksverbandes und des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels in einer Charta zum gemeinsamen Verständnis zu § 52 a¹⁹ vereinbart, dass Bibliotheken § 52 a nicht anwenden werden, wenn der Rechtsinhaber den betreffenden Werkteil selbst elektronisch zu zumutbaren Bedingungen lizenziert anbietet. Das heißt auch, dass die Bibliotheken sich verpflichtet haben, den gesetzlichen Schutz aus § 95 b Abs. 3 auch dann zu gewähren, wenn neben dem Lizenzvertrag keine technische Maßnahme vom Anbieter ergriffen wurde, soweit die Lizenzbedingungen zumutbar sind. Das Gleiche gilt für Offline-Werke, die nicht den Schutz des § 95 b Abs. 3 genießen. Zumutbar sind Lizenzbedingungen, wenn der gewünschte Werkteil schnell und unkompliziert verfügbar ist und die Lizenz sich allein auf den bestimmten Teil des Werkes bezieht, das heißt, keine Lizenz für das gesamte Werk erworben werden muss. Eine entsprechende Definition wird auch Eingang in den zur Zeit verhandelten Gesamtvertrag

¹⁸ Senftleben, Martin: Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests. - In: GRUR Int.2004, H. 3, S. 209; Senftleben, Martin: Fn. 53, S.180-189

¹⁹ www.52a.de

zwischen den berufenen Verwertungsgesellschaften und der Kultusministerkonferenz finden.²⁰

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass durch die Neufassung des Urheberrechtsgesetzes sowohl in § 95 b Abs. 3 als auch durch die Charta weitgehende Vorkehrungen getroffen wurden, dass das Recht der Digitalisierung und netzgestützten Zugänglichmachung im Rahmen des Unterrichts und der wissenschaftlichen Forschung nicht zu einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung führen kann. Abschließend sei angemerkt, dass bereits weit vor Inkrafttreten des § 52 a urheberrechtliche Werkteile im Rahmen des Unterrichts und der wissenschaftlichen Forschung digital wiedergegeben wurden und bislang keine Beeinträchtigung des elektronischen Verlagsmarktes zu verzeichnen ist. Dies belegen u.a. eindrucksvoll die Gewinne des Verlages Elsevier im Jahr 2003 in Höhe von 5 Milliarden Dollar. Vielmehr sind Abbestellungen von gedruckten und elektronischen wissenschaftlichen Fachzeitschriften den ständig steigenden Preissteigerungen und gleichzeitig stagnierenden Erwerbungssetats der wissenschaftlichen Bibliotheken geschuldet.

Die dritte Stufe erfordert die Prüfung, ob die Anwendung des § 52 a die berechtigten Interessen der Urheber nicht unverhältnismäßig verletzt. In dieser Formulierung ist enthalten, dass jede Ausnahme von den ausschließlichen Rechten die berechtigten Interessen der Urheber verletzt, aber erst eine unverhältnismäßige zur Kontrolle der Schranke führt. Eine unverhältnismäßige Verletzung liegt vor, wenn die Abwägung beider Interessenseiten eine unverhältnismäßige Belastung des Rechtsinhabers sichtbar macht. Die Abwägung erfordert auch die Prüfung nach dem Zweck der Ausnahme, der ggf. auch ohne Beschränkung des Rechtsinhabers erreicht werden kann. Anders gefragt, ist es im Unterricht geboten, bei jeder Wiedergabe den Rechtsinhaber um die Zustimmung zur Nutzung eines Werkteils zu ersuchen? Oder ist es einem Wissenschaftler zuzumuten, dass er erst um eine Lizenzierung ersucht, bevor er seine Forschung fortsetzen darf. In der Regel dürfte eine derartige Verfahrensweise zur Behinderung des Unterrichts und des wissenschaftlichen Arbeitens führen, z. B. das arbeitsaufwändige Herausfinden und Schriftwechsel mit Verlagen, Autoren, Herausgebern und Körperschaften, nur um ggf. ein paar Abbildungen zum Vergleich im Unterricht einfließen lassen zu können. Selbst die Feststellung der unverhältnismäßigen Verletzung der berechtigten Interessen führt nach dem Dreistufentest nicht zum Verbot der Ausnahme, sondern wenn beide

²⁰ Zum Zeitpunkt der Manuskriptabgabe lag ein erster unveröffentlichter Entwurf eines Gesamtvertrages vor, auf den sich die Aussage stützt.

vorangegangenen Stufen als zulässig befunden wurden, zu einer angemessenen Vergütung des Rechtsinhabers.²¹ Diese Vergütung soll den Rechtsinhaber für den Eingriff in sein ausschließliches Recht entschädigen. Bis auf wenige Ausnahmen führen alle Schranken des Urheberrechts zu einer angemessenen Vergütung des bzw. der Rechtsinhaber. So auch der neue § 52 a. Der deutsche Gesetzgeber hat durch Einführung der Vergütungspflicht in § 52 a vorsorglich diese Voraussetzung erfüllt.

4 Ausblick

§ 52 a war im Zuge der Gesetzesnovelle zur Umsetzung der EU-Richtlinie die umstrittenste Norm. Trotz einer fast wörtlichen Übernahme des Art. 5 Abs. 3 a, dem Privileg für Unterricht und wissenschaftliche Forschung aus der EU-Richtlinie in den Wortlaut des § 52 a sowie weitergehender Einschränkungen auf einen begrenzten Personenkreis und dem Recht, diesem nur Teile eines Werkes zugänglich zu machen, wurden verfassungsrechtliche Bedenken und Nichtvereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 5 Richtlinie (Dreistufentest) sowie Art. 13 TRIPS vorgetragen.²² Allen Bedenken ist gemein, dass sie in der Anwendung des § 52 a einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Primärverwertung der wissenschaftlichen Verlage befürchten und damit das zweite Prüfkriterium des Dreistufentests (Verletzung der normalen Auswertung) als beeinträchtigt ansehen. In dem ersten Urheberrechtskommentar, der den § 52 a behandelt, fordert der Autor, Thomas Dreier: „Soll die Regelung verlängert werden, so müssen die von ihr Begünstigten den Gesetzgeber davon überzeugen, dass den Rechtsinhabern durch diese Ausnahme vom Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a) kein Schaden entstanden ist (und nicht etwa umgekehrt, dass ihnen durch die Vorschrift tatsächlich ein Schaden entstanden ist).“²³ Dieser Beitrag soll dazu eine erste Anregung geben.

²¹ BGH-Urteil in Sachen Kopienversand TIB Hannover

²² Vgl. insbesondere Schack AfB 2003 1, S. 6; Gounalakis: Gutachten; Bernuth, von: ZUM 2003, S. 438; Ensthaler: K&R 2003, S. 209

²³ Dreier, Thomas, Gernot Schulze: Urheberrechtsgesetz. Kommentar. Beck 2004, Rn 3 zu § 52 a, S. 719