

**Dr. Stefanie Hauk und Dr. Thomas Pflüger\***

## **Die Umsetzung der DSM-RL in das Urheberrecht – Neujustierung der urheberrechtlichen Rahmenbedingungen für Hochschulen, Forschungs- und Kultureinrichtungen in der digitalen Welt**

*Mit der DSM-RL beginnt eine neue Phase der beschleunigten Anpassung der nationalen Urheberrechtsregime an die Erfordernisse einer im Vergleich mit 2001 bereits weit fortgeschrittenen digitalisierten und vernetzten Welt. In der nun unmittelbar bevorstehenden Anpassung und perspektivischen Neuausrichtung des Urheberrechtsgesetzes sollte sich der Gesetzgeber in Deutschland nicht nur an den zwingend umzusetzenden Vorgaben der EU ausrichten, sondern darüber hinaus alle möglichen Spielräume nutzen, die vor allem den Institutionen des „kulturellen Gedächtnisses“ einen raschen Anschluss an den Stand, der an Hochschulen und Forschungseinrichtungen bereits erreicht und weiter zu entwickeln ist, ermöglicht. Auf Basis der seit einigen Jahren von den Ländern mit langfristiger Perspektive entwickelten Reformbedarfe werden entsprechende Desiderate für die jetzt mögliche und erforderliche Neujustierung der urheberrechtlichen Rahmenbedingungen für die Hochschulen, Wissenschaft und Kultur entwickelt und konkrete Umsetzungsvorschläge formuliert.*

### **I. Einführung**

Mit dem Inkrafttreten der DSM-RL<sup>1</sup> Anfang Juni 2019 hat die EU nach teilweise heftigen und kontroversen politischen Diskussionen eine neue Stufe der strukturellen und inhaltlichen Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse der Digitalisierung in Wirtschaft, Wissenschaft und Kultur erreicht. Aus Sicht der für die Hochschulen, Forschungs- und Kultureinrichtungen verantwortlichen Gebietskörperschaften in der Bundesrepublik Deutschland stehen dabei weder das Presseverleger-Leistungsschutzrecht noch die Verlegerbeteiligung oder auch die „Upload-Filter“ im Fokus des Interesses. Bezugspunkt für die Bewertung der DSM-RL ist vielmehr der mit dem zum 1.3.2018 in Kraft getretenen UrhWissG erreichte Stand des nationalen Rechts und, daraus abgeleitet, die Frage, welche

---

\* Die Verfasserin *Hauk* ist Richterin und derzeit an das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst des Landes Baden-Württemberg abgeordnet, wo sie als Referentin mit ressortspezifischen Fragen des Urheberrechts befasst ist. Der Verfasser *Pflüger* ist Ministerialrat und leitet das Referat „Grundsatzfragen der wissenschaftlichen Bibliotheken und Urheberrecht“ im Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst des Landes Baden-Württemberg. Er koordiniert die Position der Länder in Fragen des Hochschul- und Kultururheberrechts über die KMK in den einschlägigen Gesetzgebungsverfahren und ist Mitglied der Kommission Bibliothekstantieme der KMK, die die Vergütungen mit den Verwertungsgesellschaften für den Bereich der Hochschulen, Forschungs- und Kultureinrichtungen verhandelt. Die Verfasser geben ihre persönliche Auffassung wieder.

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (ABl. 2019 L 130, 92).

Möglichkeiten die Richtlinie für den Kreis der oben genannten Institutionen eröffnet. Dabei spielen die vom Bundesrat schon seit geraumer Zeit und zuletzt im Gesetzgebungsverfahren zum UrhWissG eingebrachten, aber vom nationalen Gesetzgeber noch nicht umgesetzten Desiderate eine wichtige Rolle. Nachfolgend soll darüber hinaus auch ein Blick auf zwei ganz unterschiedliche, in ihrem Kern aber auf die fortgeschrittene Digitalisierung von wissenschafts- und kulturelevanten Inhalten und auf das Rezeptionsverhalten der Nutzer zurückzuführende Entwicklung und den sich daraus perspektivisch absehbaren Herausforderungen geworfen werden. Welche Folgen ergeben sich mittelfristig daraus, wenn mehr als 50 % der wissenschaftlichen Informationsversorgung an Hochschulen und Forschungseinrichtungen über lizenzierte und ausschließlich digitale Formate erfolgt? Und umgekehrt, kann die Generation der sogenannten „digital natives“ über einen gesetzlich erst noch zu schaffenden Rechtsrahmen eines weitgehenden nichtkommerziellen Zugangs zu digitalisierten Kulturgütern insbesondere der Museen und Theater gleich in welcher Form erneut oder auch erstmals an das dort repräsentierte „kulturelle Gedächtnis“ herangeführt werden?

## II. Reichweite der DSM-RL

Am 17.4.2019 wurde die DSM-RL erlassen; sie ist am 7.6.2019 in Kraft getreten.<sup>2</sup> Die Mitgliedsstaaten der EU haben zwei Jahre Zeit, die Vorgaben, soweit sie verpflichtend sind, in das jeweilige nationale Recht umzusetzen. Aus Art. 5 Abs. 3 EUV und dem darin verankerten Subsidiaritätsprinzip folgt, dass die Mitgliedsstaaten im Hinblick auf die Unionsziele zur *Solidarität verpflichtet sind. Aus dem Subsidiaritätsprinzip ergibt sich ferner, dass die EU* in den Bereichen der geteilten Zuständigkeit mit den EU-Ländern nur tätig werden darf, sofern die in den Verträgen festgelegten Ziele auf EU-Ebene besser als in den Mitgliedsstaaten zu verwirklichen sind. Ganz generell betrifft das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne die Frage des „Ob“ eines Tätigwerdens der EU, mit anderen Worten die Frage, ob ein Bedarf für ein Unionshandeln besteht, ob die Union also tätig werden „soll“.<sup>3</sup> Gemäß Art. 25 DSM-RL können die Mitgliedsstaaten für Arten oder Bereiche der Nutzung, für die die Ausnahmen oder Beschränkungen der vorliegenden Richtlinie gelten, umfassendere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten, die mit den in der Datenbank-RL<sup>4</sup> und der InfoSoc-RL<sup>5</sup> vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen vereinbar sind. Hieraus ergeben sich weite Gestaltungsspielräume für den nationalen Gesetzgeber insbesondere bei Bildungs-, Wissenschafts- und Kultureinrichtungen. Daraus und aus dem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip folgt, dass dort, wo die EU keine verpflichtenden Regeln geschaffen hat bzw. eine EU-Zuständigkeit von vornherein nicht gegeben ist, die Spielräume des nationalen Gesetzgebers bei der Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht größer sind. Dies gilt

---

<sup>2</sup> Einen Überblick gebend *Stieper* ZUM 2019, 211 ff.

<sup>3</sup> *Calliess/Ruffert/Calliess*, 5. Aufl. 2016, EU-Vertrag (Lissabon) Art. 5 Rn. 23–25.

<sup>4</sup> Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (ABl. 1996 L 77, 20).

<sup>5</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. 2001 L 167, 10).

umso mehr, wenn es um nicht marktrelevante, also insbesondere gemeinnützig organisierte Institutionen wie die Hochschulen, Forschungs- und Kultureinrichtungen geht. Organisation, Finanzierung und strategische Entwicklung der Hochschulen zählen indessen zu den Kernaufgaben der Länder im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland. Die Verantwortung der Länder für die Funktionsfähigkeit der Hochschulen ist zudem über Art. 5 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich verankert. Die Gewährleistungspflicht der Träger dieser Einrichtungen in Bund und Ländern über das Funktionsgrundrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG<sup>6</sup> sowie der aus dem Kulturstaatsprinzip<sup>7</sup> folgenden Verpflichtungen machen es erforderlich, die für diesen Kreis der Institutionen einschlägigen urheberrechtlichen Rahmenbedingungen unter Ausschöpfung aller rechtlichen Möglichkeiten an den inzwischen erreichten Stand der Digitalisierung anzupassen und an die absehbaren weiteren Entwicklungen perspektivisch auszurichten. Denn kulturpolitisch geht es neben vielem anderen auch darum, wie der Gap zwischen der heutigen Generation der über 60-jährigen, die in weit überwiegender Zahl Ausstellungen in Museen und Aufführungen in Theatern und Opernhäusern besuchen, und den sich primär im digitalen Informationsmodus befindlichen jungen Generationen der unter 40-jährigen („digital natives“) geschlossen werden kann. Hierzu bedarf es eines niederschweligen digitalen Zugangs zu diesen Einrichtungen und zwar allein schon deswegen, um einem intergenerationellen Abriss des kulturellen Gedächtnisses in Europa in den Mitgliedsstaaten entgegenzuwirken.

### III. Umsetzungsbedarf

#### 1. Entfristung der Regelungen des UrhWissG

Die Befristung der §§ 60a ff. UrhG sowie deren Evaluierung ist mit dem Inkrafttreten der DSM-RL obsolet geworden: Diese enthält in ihren vorwiegend zwingend umzusetzenden Art. 3, 5 und 6 Bestimmungen, die die im UrhWissG behandelten Gegenstände direkt betreffen und im weiteren auch vereinzelt Änderungen der §§ 60a ff. UrhG erforderlich machen. Bezüglich der Entfristung der Regelungen des UrhWissG besteht mithin unmittelbarer Umsetzungsbedarf.<sup>8</sup> Daher muss im frühestmöglichen Zeitpunkt der Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der DSM-RL § 142 UrhG, der auch in der Literatur einhellig auf Kritik gestoßen ist,<sup>9</sup> umgehend gestrichen werden. Über den neuen gesetzlichen Rahmen der DSM-RL hinaus lässt sich das

---

<sup>6</sup> Sachs/*Bethge*, GG-Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 230 ff.; dazu auch Dreier/*Wittreck*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Rn. 75, 78, der allerdings ein verbindliches Kulturstaatsprinzip ablehnt.

<sup>7</sup> Maunz/*Dürig/Gärditz*, GG, 88. Lfg. 2019, Art. 5 Rn. 33 f. vgl. Art. 3c Abs. 1 LV BW.

<sup>8</sup> So bereits die KMK in ihrer nicht veröffentlichten Stellungnahme v. 4.9.2019 im Konsultationsverfahren des BMJV, ebenso die Pressemitteilung des Deutschen Bibliotheksverbandes v. 30.1.2020, abrufbar unter : [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/013020\\_StellungnahmeAnpassungdes\\_Urheberrechts\\_Bibliotheksverband\\_DiskE.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/013020_StellungnahmeAnpassungdes_Urheberrechts_Bibliotheksverband_DiskE.pdf?__blob=publicationFile&v=2), der Allianz der Wissenschaftsorganisationen vom 6.2.2020, abrufbar unter:

[https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/Allianz\\_PM\\_UrhG\\_06022020.pdf](https://www.hrk.de/fileadmin/redaktion/hrk/02-Dokumente/Allianz_PM_UrhG_06022020.pdf)

und der KMK v. 11.2.2020, abrufbar unter: <https://www.kmk.org/presse/pressearchiv/mitteilung/entfristung-des-urheberrechts-wissensgesellschafts-gesetzes-soll-notwendige-rechtssicherheit-fuer-wis.html>

sowie Stieper GRUR 2020, 1 (6); ähnlich auch Dreier GRUR 2019, 771 (773) sowie Spindler/Schuster/Anton, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, UrhG § 142, Rn. 11.

<sup>9</sup> Vgl. nur Dreier/Schulze/Dreier, UrhG, 6. Aufl. 2018, UrhG § 142 Rn. 4 m. w. N.

auch damit materiell begründen, dass die Hochschulen und Forschungseinrichtungen endlich – nach den negativen Erfahrungen mit dem befristet 2003 eingeführten und in der Folgezeit bis 2018 insgesamt viermal verlängerten § 52a UrhG a. F.<sup>10</sup> – für die konditionierte Möglichkeit der Nutzung digitaler urheberrechtlich geschützter Inhalte in Lehre und Forschung Rechtssicherheit bekommen müssen. Ohne eine dauerhafte rechtliche Grundlage hierfür würde der nationale Gesetzgeber der digitalen Lehre und Forschung an den Hochschulen und Forschungseinrichtungen schaden und die von Bund und Ländern mit hohen Investitionen implementierte Digitalisierung konterkarieren.

## 2. Hochschulen und Forschungseinrichtungen

### a) Text und Data Mining (TDM)

Die DSM-RL bekräftigt in Erwgr. 8 ausdrücklich die Förderung von TDM als entscheidende Basistechnologie für Forschung und Innovationen. Art. 3 und 4 DSM-RL sehen daher die verpflichtende Einführung von Schrankenregelungen im Bereich von TDM vor.<sup>11</sup> Dem Paradigma des „freien Marktes“ – dem Fundament der Gründungsidee der EU – folgend, der in Erwgr. 17 DSM-RL deutlichen Anklang gefunden hat, wird das TDM als eine Methode der innovativen Wissensgenerierung zur Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der EU verstanden, die in Bezug auf die von ihr analysierten gegebenenfalls auch urheberrechtlich geschützten Texte und anderweitig rechtlich geschützten Daten mangels Marktrelevanz keinen Investitionsschutz genießt. Folgerichtig sieht die DSM-RL eine vergütungsfrei gestellte Schrankenregelung vor. In Deutschland existiert mit dem durch das UrhWissG eingeführten § 60d UrhG bereits eine entsprechende materielle Rechtsgrundlage, die das Erstellen eines Datenkorpus und dessen Analyse im Wege des TDM für die nicht kommerzielle, wissenschaftliche Forschung freistellt; sie wurde allerdings vergütungspflichtig ausgestaltet. Unmittelbare Folge der Art. 3 und 4 DSM-RL ist, dass die bisher vergütungspflichtig gestellte Regelung des § 60d UrhG vergütungsfrei zu fassen ist, sodass § 60d Abs. 1 Satz 2 ersatzlos zu streichen und § 60h Abs. 1 Satz 1 entsprechend anzupassen sind.<sup>12</sup> Art. 3 Abs. 1 DSM-RL gibt ferner vor, sowohl die Entnahme aus sui generis geschützten Datenbanken als auch die Anfertigung von Vervielfältigungen zum Zweck von TDM zu erlauben. Daher ist § 60d UrhG entsprechend zu erweitern. Ferner muss die Regelung des § 60d UrhG auf die Einrichtungen des Kulturerbes entsprechend Art. 3 Abs. 1 DSM-RL ausgedehnt und in Abs. 3 an die Vorgaben von Art. 3 Abs. 2 DSM-RL angepasst werden. Art. 3 Abs. 2 DSM-RL eröffnet die Möglichkeit der Nachnutzung.

---

<sup>10</sup> Dazu Pflüger ZUM 2012, 444; Pflüger ZUM 2016, 484.

<sup>11</sup> Siehe auch Stieper GRUR 2020, 1 (4), Raue ZUM 2020, 172 sowie der Diskussionsentwurf des BMJV vom 15.1.2020, abrufbar unter:

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_Anpassung%20Urheberrecht\\_digitaler\\_Binnenmarkt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=1)

<sup>12</sup> Erwgr. 17 DSM-RL spricht sich gegen einen Ausgleich aus, da der entstehende Schaden „minimal“ sei; so auch Spindler CR 2019, 277 (281); Stieper GRUR 2020, 1 (4); a. A. Staats ZUM 2020, 101.

Anders als die deutsche TDM-Schranke in § 60d Abs. 3 UrhG fordert die Richtlinie nicht, dass die Forscher den Datenkorpus nach Abschluss der Forschungsarbeiten löschen müssen. Vielmehr dürfen sie ohne zeitliche Beschränkung für die weitere wissenschaftliche Forschung aufbewahrt und verwendet werden. Hierzu gehört auch die spätere Überprüfung wissenschaftlicher Erkenntnisse. Das ist unter Anlegung wissenschaftsimmanenter Maßstäbe<sup>13</sup> allein schon deshalb sinnvoll, da die teilweise aufwendig bearbeiteten Datenkorpora so für eine spätere Anschlussforschung nutzbar gemacht werden können.<sup>14</sup> Im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL muss also § 60d UrhG entsprechend so ergänzt werden, dass Erlaubnisse zur Nachnutzung gespeicherter Inhalte explizit geregelt werden. Im Gesetzestext ist ferner deutlich zu machen, dass die berechtigten Einrichtungen Kopien langzeitarchivieren, zeitlich unbeschränkt speichern und zur Überprüfung wissenschaftlicher Qualität durch die scientific community verfügbar machen dürfen.<sup>15</sup>

b) Klarstellung in § 38 Abs. 4 UrhG (Zweitveröffentlichungsrecht)

Nach § 38 Abs. 4 UrhG<sup>16</sup> hat der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, das unabdingbare Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Beim Zweitveröffentlichungsrecht handelt es sich um eine Auffangposition für das wissenschaftliche Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen, mit dem ihre Rechte als Autoren nach der Intention des Gesetzgebers gegenüber den Verlegern gestärkt werden und es ihnen ermöglicht, ihre Forschungsergebnisse nach Ablauf der Jahresfrist einer breiteren (Fach-)Öffentlichkeit zugänglich zu machen.<sup>17</sup> Die Interessen der Verlage bleiben angemessen gewahrt, weil ihnen mit dem sogenannten „Goldenen Weg“ zum Open Access ein alternatives Geschäftsmodell zur Verfügung steht, das – wie das DEAL-Projekt der Allianz der Wissenschaftsorganisationen eindrucksvoll belegt – durch das Zweitveröffentlichungsrecht nicht tangiert wird.<sup>18</sup> § 38 Abs.

---

<sup>13</sup> Das sind insbesondere Objektivität, Universalität und Transparenz.

<sup>14</sup> *Raue* ZUM 2019, 684 (688).

<sup>15</sup> Zur Frage der Langzeitnutzung siehe auch das vom MWK-BW geförderten Forschungsprojekt „Xsample“ an der Universität Stuttgart und dem Karlsruher Institut für Technologie (KIT), das sich hauptsächlich mit der Frage der Möglichkeit der Nachnutzung der Forschungskorpora bzw. Aufbewahrung und Sample-Herausgabe durch wissenschaftliche Bibliotheken beschäftigt, nähere Informationen abrufbar unter: <https://www.kmk.org/presse/pressearchiv/mitteilung/entfristung-des-urheberrechts-wissensgesellschafts-gesetzes-soll-notwendige-rechtssicherheit-fuer-wis.html>.

<sup>16</sup> Siehe auch § 44 Abs. 6 LHG BW – Satzungsermächtigung betreffend das Zweitveröffentlichungsrecht; zur kompetenzrechtlichen Verfassungswidrigkeit einer landesrechtlichen Regelung zum Recht auf nicht kommerzielle Zweitveröffentlichung VGH Mannheim ZUM 2018, 211; a. A. die in Fn. 18 und 19 genannten.

<sup>17</sup> BT-Drs. 17/13423, 9 f.; vgl. bereits BT-Drs. 16/1828, 39; eingehend u. a. zur sogenannten Zweitveröffentlichungspflicht *Höpfner/Amschewitz* NJW 2019, 2966 ff., die § 38 Abs. 4 UrhG aber entgegen der ganz h. M. als Schrankenregelung qualifizieren.

<sup>18</sup> *Pflüger/Bruch* ZUM 2014, 389 (390), grundlegend dazu auch *Dreier/Fischer/van Raay/Spiecker* gen. *Döhmman/Pflüger*, Informationen der öffentlichen Hand – Zugang und Nutzung, 2016, 537.

4 UrhG steht in engem Zusammenhang mit dem Publikationsmodell des Open Access. Dessen Einführung zielte auf die rechtliche Absicherung des sogenannten „Grünen Wegs“ des Open Access im Publikationswesen ab. Im Zuge der Umsetzung der DSM-RL sollte aufgrund im Gesetzgebungsverfahren festzustellenden Divergenzen zwischen Normtext und Gesetzesmaterialien die Möglichkeit genutzt werden, in § 38 Abs. 4 UrhG eine deklaratorische Ergänzung dahingehend aufzunehmen, dass das aus der Grundausstattung der Hochschulen in öffentlicher Trägerschaft finanzierte wissenschaftliche Personal vom Anwendungsbereich der Norm erfasst ist.<sup>19</sup>

c) Quantitative Erweiterung von §§ 60a, 60c UrhG (25 % statt 15 %)

Die DSM-RL lässt dem nationalen Gesetzgeber gem. Art. 25 DSM-RL im Rahmen der Erlaubnistatbestände einen weiten Gestaltungsspielraum, der die Erhöhung des Anteils der erlaubnisfrei nutzbaren Inhalte auf mehr als 15 % bis hin zu 25 % im Rahmen der §§ 60a, 60c UrhG möglich macht. Vor dem Hintergrund der zentralen und wichtigen Bedeutung von Bildung und Forschung an Hochschulen und Forschungseinrichtungen für Gesellschaft, Entwicklung und Innovationen sollte erwogen werden, den von der Richtlinie eingeräumten Spielraum zu nutzen und die im Gesetzgebungsverfahren zum UrhWissG von den Ländern bereits an den Bund adressierte quantitative Erweiterung der Nutzungsmöglichkeiten auf 25 % umzusetzen.<sup>20</sup> Damit ließe sich noch weit besser als bisher die digitale Grundversorgung an den Bildungs- und Forschungseinrichtungen sicherstellen, die, wie die „Corona-Pandemie“ in jüngster Zeit deutlich gezeigt hat, bei temporären Schließungen zwingend erforderlich ist, um den Lehr- und Forschungsbetrieb im notwendigen Umfang aufrechterhalten zu können.

d) Sonstiges (Upload-Filter, konditionierte Verlegerbeteiligung, pauschale Vergütung)

aa) Upload-Filter

Gegenstand von Art. 17 DSM-RL ist die Haftung der Plattformbetreiber für geschützte Inhalte, die von den Nutzern zum Zwecke des Teilens hochgeladen werden. Im Gegensatz zur bislang geltenden Störerhaftung trifft die Plattformbetreiber jetzt primär die Eigenhaftung, Art. 17 Abs. 1 DSM-RL. Eine Haftungsbeschränkung, wie sie in Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL verankert war, ist gemäß Art. 17 Abs. 3 DSM-RL explizit ausgeschlossen. Ohne die in Art. 17 Abs. 2 DSM-RL vorgesehene Lizenzierung haften die Plattformbetreiber sekundär auf Schadensersatz nur unter den Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 4 DSM-RL. Hieraus ergibt sich also eine Kopplung einer urheberrechtlichen Eigenhaftung mit einem „notice and take“- bzw. „take down“-

---

<sup>19</sup> So die ganz herrschende Auffassung in der Literatur *Pflüger/Bruch* ZUM 2014, 389 (392); *Schricker/Loewenheim/Peukert*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 38 Rn 45 ff. unter explizitem Hinweis auf die geltungserhaltende verfassungskonforme Rechtsauslegung des Bundesrats in BR-Drs.-643/13, 2 (Beschluss d)), in dem er von der Anrufung des Vermittlungsausschusses abgesehen hatte, um das Inkrafttreten des Gesetzes nicht zu gefährden, ebenso *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert/König*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, UrhG § 38 Rn. 17, *Dreier/Schulze/Dreier*, UrhG, 6. Aufl. 2018, UrhG § 38 Rn. 29 a. E.

<sup>20</sup> BR-Drs. 312/17 (Stellungnahme) Nr. 12, S. 8.

Verfahren als Enthftungsmglichkeit (2-stufiges Haftungsschema). Eine allgemeine Überwachungspflicht soll durch Art. 17 DSM-RL hingegen nicht geschaffen werden.<sup>21</sup> Es ist klarzustellen, dass zur Sicherung der Informations- und Wissenschaftsfreiheit gemeinnützig agierende Diensteanbieter, wie etwa Preprint-Server (z. B. „arXiv“ oder „ChemRxiv“), OER-Service-Server und insbesondere die Hochschul-Repositorien, über die der „Grüne Weg“ des Open Access organisiert ist, nicht als „Online-Diensteanbieter“ im Sinne des Art. 2 Nr. 6 DSM-RL zu qualifizieren sind. Dies muss auch dann gelten, wenn kulturelle und wissenschaftliche Einrichtungen bei der Bereitstellung von Werken in der Öffentlichkeit zum Teil durch EU-Beihilferecht gezwungen sind, Marktpreise für Dienste zu nehmen.<sup>22</sup>

#### bb) Verlegerbeteiligung

Aufgrund von Art. 16 Abs. 1 DSM-RL wurde den Mitgliedsstaaten die Option eröffnet, die Verleger am gerechten Ausgleich zu beteiligen.<sup>23</sup> Dabei wird vorausgesetzt, dass die Beteiligung auf einer rechtsgeschäftlichen Übertragung oder einer Lizenzierung beruht. Damit stellt die Richtlinie klar, dass die Verleger keinen eigenständigen, sondern lediglich einen von den Rechten des Urhebers abgeleiteten und damit dem Akzessorietätsprinzip folgenden Ausgleichsanspruch haben.<sup>24</sup> Die DSM-RL schließt daher bei der Umsetzung in nationales Recht solche rechtstechnischen Lösungen aus, die diesen Vorgaben entgegenstehen. Dies gilt folglich nicht nur für die Schaffung eines originären Beteiligungsanspruchs der Verleger,<sup>25</sup> sondern auch für die Einführung eines eigenen Verlegerleistungsschutzrechtes. Beides würde der Zielsetzung der DSM-RL, die Position der Urheber im Vergleich mit den Verwertern zu stärken, klar zuwiderlaufen<sup>26</sup> und mittelbar die Akzeptanz einer gesetzlichen Absicherung der Verlegerbeteiligung in Deutschland auf Seiten der Urheber in Frage stellen.<sup>27</sup> Daher liegt es nahe, die rechtliche Ausgestaltung der Verlegerbeteiligung im UrhG auf Basis des sogenannten Opt-in-Modells zu gestalten, sodass es der Zustimmung des Urhebers bedarf, damit der Verleger seinen Anspruch erhält.<sup>28</sup>

Die rechtspolitisch aus übergeordneten Gesichtspunkten erklär- und letztlich auch begründbare<sup>29</sup> rechtliche Absicherung der Verlegerbeteiligung hätte im Ergebnis keine

---

<sup>21</sup> Eingehend *Dreier* GRUR 2019, 771 ff. sowie *Spindler* CR 2019, 277 (283 ff.).

<sup>22</sup> Im Einzelnen zum neuen Haftungssystem auch *Wandtke/Hauck* ZUM 2019, 627 ff. sowie *Holznagel* ZUM 2020, 1 ff.; im Übrigen siehe auch *Hofmann* ZUM 2019, 617 ff. und *Senftleben* ZUM 2019, 627 ff.; zum Diskussionsstand allgemein *Stieper* ZUM 2019, 211 (215).

<sup>23</sup> Zur Frage der Verlegerbeteiligung: *Durnantaye* ZUM 2020, 161; *Pahlow* ZUM 2020, 163; *Döring* ZUM 2020, 164; *Schack* ZUM 2020, 165; *Stieper* ZUM 2020, 166 und *Jani* ZUM 2020, 169 sowie Diskussionsentwurf des BMJV vom 15.1.2020 Fn. 12.

<sup>24</sup> *de la Durantye* ZUM 2020, 88 (91 ff.).

<sup>25</sup> A. A. *Staats* ZUM 2020, 101 (105).

<sup>26</sup> *de la Durantye* ZUM 2020, 88 (93) unter Hinweis auf Erwgr. 72 und 75 DSM-RL.

<sup>27</sup> So auch als „persönlicher Wunsch“ vom Geschäftsführer der VG WORT *Staats* beim IUM-Symposium „Reform der Verlegerbeteiligung – Ausgestaltung der ‚Ansprüche auf gerechten Ausgleich‘ nach Art. 16 DSM-RL“ am 19.11.2019 geäußert, vgl. Tagungsbericht *Skupin* ZUM 2020, 117 (122).

<sup>28</sup> So *de la Durantye* ZUM 2020, 88 (92), ähnlich auch *Döring* ZUM 2020, 109 (114 f.).

<sup>29</sup> Insbesondere geht es um die Erhaltung der VG WORT als gemeinsame Einrichtung von Rechteinhabern und Verlagen. Kritisch dazu *Pahlow* ZUM 2020, 81 (88).

Auswirkungen auf die Höhe der von den Ländern über die Kommission Bibliothekstantieme mit der VG WORT vereinbarten Vergütungen für die einschlägigen Tatbestände. Dies folgt bereits aus dem akzessorischen Charakter der Rechtsposition, die der Verlegerbeteiligung zugrunde zu legen ist. Im Übrigen handelt es sich bei der Verteilung der Vergütung um ein dem Innenverhältnis zwischen Verlegern und Urhebern zugeordneten Sachverhalt. Um der generellen Kritik an der Intransparenz an den konkreten Verteilungspraktiken insbesondere der VG WORT, die bekanntlich den „Vogel“-Prozess ausgelöst hatte, entgegenzuwirken, ist es geboten, zumindest eine Obergrenze der Verlegerbeteiligung gesetzlich festzulegen, die jedoch nicht über 25 % liegen sollte. Darüber hinaus sollte ernsthaft darüber nachgedacht werden, differenzierte Sätze für die ganz unterschiedlichen verlegerischen Leistungen in den einzelnen Sparten festzulegen (konditionierte Verlegerbeteiligung).<sup>30</sup> Insoweit gilt: Bezüglich des Interessenkonflikts zwischen den jeweiligen Urhebern und Verlagen ist es angebracht, etwa zwischen wissenschaftlichen und nicht wissenschaftlichen Werken (Publikumsliteratur) zu differenzieren.<sup>31</sup> Gerade in der Wissenschaft könnte die Quote signifikant niedriger liegen, da die Publikationen hier in aller Regel in nahezu druckreifer Form den Verlegern zur Verfügung gestellt und auch über Druckkostenzuschüsse oder aus Mitteln der Forschungsförderung<sup>32</sup> finanziert werden.<sup>33</sup> Um die Zielsetzung der DSM-RL – die Stärkung der Position der Urheber – nicht in ihr Gegenteil zu wenden, könnte dies gegebenenfalls auch die Reduktion des Verlegeranteils auf Null rechtfertigen. Ob für solcherweise differenzierende Ansätze die Verteilungspläne der Verwertungsgesellschaften ausreichen, muss freilich bezweifelt werden.

#### cc) Pauschale Vergütung

Vereinzelt wird die über das UrhWissG in § 60h Abs. 3 Satz 1 UrhG normierte Alternative einer voraussetzungslosen pauschalen Vergütung unter Hinweis auf Erwgr. 24 der DSM-RL in Frage gestellt.<sup>34</sup> Diese Auffassung kann weder mit der Systematik dieses Erwgr. noch mit seinem Sinn und Zweck in Einklang gebracht werden. Schon S. 1 verhält sich zu der Berechtigung der Mitgliedsstaaten, für Rechteinhaber bei der digitalen Nutzung ihrer Werke zum Zwecke von Forschung und Lehre einen gerechten Ausgleich vorzusehen, sehr verhalten (arg. „... sollten ... festlegen dürfen.“).<sup>35</sup> S. 2 stellt – soweit ersichtlich – erstmals bei der Festlegung der „möglichen Höhe“ der Vergütung die Bildungsziele der Mitgliedstaaten und den „Schaden“ des Rechteinhabers neben anderen unbenannten Kriterien auf die gleiche Stufe. Schließlich

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu *Herweg* ZUM 2020, 95 (101).

<sup>31</sup> So *Herweg* ZUM 2020, 95 (99).

<sup>32</sup> So standen allein bei der DFG für den Programmbereich LIS (Wissenschaftliche Literaturversorgungs- und Informationssysteme) für 2018 knapp über 67 Mio. € zur Verfügung (Jahresbericht der DFG, 256, abrufbar unter: [https://www.dfg.de/download/pdf/dfg\\_im\\_profil/geschaeftsstelle/publikationen/dfg\\_jb2018.pdf](https://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/geschaeftsstelle/publikationen/dfg_jb2018.pdf)).

<sup>33</sup> *de la Durantaye* ZUM 2020, 88 (93); a. A. *Herweg* ZUM 2020, 95 (99), der an das Interesse der Verbreitung anknüpft und deshalb eine höhere Verlegerbeteiligung bei den wissenschaftlichen Publikationen befürwortet.

<sup>34</sup> Stellungnahme der VG WORT v. 3.2.2020 zum Diskussionsentwurf des BMJV, 3 f. (II.2.b.), abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz\\_I\\_Umsetzung\\_EU\\_Richtlinien\\_Urheber\\_recht.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_I_Umsetzung_EU_Richtlinien_Urheber_recht.html).

<sup>35</sup> Ob daraus der weitergehende Schluss gezogen werden kann, dass die Vergütungspflicht im Bereich der digitalen Nutzung an Bildungseinrichtungen nur bei nachgewiesener Primärmarktrelevanz zulässig ist, kann hier nicht weiter untersucht werden.



legt S. 3 den Mitgliedsstaaten nahe, den gerechten Ausgleich auf Basis eines bei den Bildungseinrichtungen keinen Verwaltungsaufwand verursachenden Systems umzusetzen. In Kenntnis der im Zeitpunkt des Inkrafttretens der DSM-RL geltenden Rechtslage in Deutschland hat diese folglich beide Varianten des § 60h Abs. 1 UrhG „notifiziert“. Eine Änderung des geltenden Rechts kann jedenfalls aus Erwägr. 24 der DSM-RL nicht hergeleitet werden. Demzufolge ist die geltende Pauschalvergütung der richtlinienkonforme Weg.

### 3. Kultureinrichtungen

Die DSM-RL bleibt im Bereich der Museen und in öffentlicher Trägerschaft ressortierenden Theater weit hinter den Erfordernissen eines auf der Höhe der Zeit befindlichen und nichtkommerziellen Zugangs zu Digitalisaten im Bereich aller Kultureinrichtungen zurück. Die Theater sind bisher nicht in den Kanon der „Einrichtung des Kulturerbes“ aufgenommen worden und Museen ist es nach wie vor nicht möglich, ihre digitalisierten Inhalte online zur Verfügung zu stellen.<sup>36</sup> Dies stellt auch ein gravierendes Hindernis für die umfassende Digitalisierung der Bestände dieser Einrichtungen dar,<sup>37</sup> es könnte sogar zu einer Disruption des Zugangs zum kulturellen Erbe zwischen den Generationen kommen und die Möglichkeiten des Zugangs zum digitalisierten Kulturerbe könnte gerade unter außergewöhnlichen Umständen (wie etwa der „Corona-Krise“) nicht im erforderlichen Maße gewährleistet sein.

#### a) Museumsschranke

Bislang enthält § 60f Abs. 1 UrhG i. V. m. § 60e Abs. 1 UrhG lediglich die Erlaubnis für Museen, die Werke aus ihrem Bestand oder ihren Ausstellungen für Zwecke der Zugänglichmachung zu vervielfältigen, wobei die öffentliche Zugänglichmachung lediglich museumsintern erfolgen darf oder ausschließlich zur Förderung aktueller Ausstellungen und mithin zeitlich begrenzt, §§ 60f Abs. 1 i. V. m. § 60e Abs. 4, 58 UrhG. Aufgrund von § 60f Abs. 1 i. V. m. § 60e Abs. 3 UrhG ist es den Museen nur erlaubt, dass sie lediglich körperliche Vervielfältigungsstücke in Zusammenhang mit öffentlichen Ausstellungen oder zur Dokumentation ihrer Bestände verbreiten können, wenngleich ohne den vormals in § 58 Abs. 2 UrhG a. F. postulierten zwingenden zeitlichen Zusammenhang.

Diese rechtlichen Rahmenbedingungen werden von den Museen zutreffend als insuffizient bewertet und entsprechend erweiterte Befugnisse eingefordert.<sup>38</sup> Museen vermitteln das kulturelle Erbe als Publikumseinrichtungen. Dass de lege lata die Digitalisierung ihrer Inhalte

---

<sup>36</sup> Vgl. nur Dreier/Schulze/Dreier, UrhG, 6. Aufl. 2018, UrhG § 60 f Rn. 6. Im Rahmen der Regelungen in der Regelsammlung Bühne dürfen bünenmäßige Aufführungen analog und digital im Umfang von bis zu 10 Minuten öffentlich zugänglich gemacht werden (Regel 10.1); Nach der Regel 10.6 ist sie auf Basis eines entsprechenden Aufführungsvertrages im Streaming-Modus in voller Länge bis längstens 72 Stunden möglich, Wandtke/Bullinger/Ehrhardt, UrhG, 5. Aufl. 2019, UrhG § 19 Rn. 22, 28 f.

<sup>37</sup> So entfallen auf die über die Deutsche Digitale Bibliothek öffentlich zugänglich gemachten Inhalte nicht einmal 5 % auf Museumsbestände. Über 85 % entfallen auf Bestände der Bibliotheken und Archive.

<sup>38</sup> Pressemitteilung des Deutschen Museumsbundes v. 30.1.2020, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/013020\\_StellungnahmeAnpassungdes\\_Urheberrechts\\_Museumsbund\\_DiskE.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/013020_StellungnahmeAnpassungdes_Urheberrechts_Museumsbund_DiskE.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

lediglich zur Bestanderhaltung bzw. für interne Zwecke zugelassen wird, kann im Grunde nur als „digitale Steinzeit“ bezeichnet werden, zumindest bleibt sie mit dem bloßen Recht auf Archivkopie auf halbem Weg stehen. Im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL sollte der rechtliche Spielraum im Sinne einer „überschießenden Umsetzung“<sup>39</sup> jetzt genutzt werden, den Museen eine entsprechende gesetzliche Erlaubnis einzuräumen, ihre eigenen urheberrechtlich geschützten Bestände über das Internet öffentlich zu gemeinnützigen Zwecken zugänglich zu machen. Realisiert werden könnte dies durch eine entsprechende Erweiterung von § 60f UrhG.<sup>40</sup> Diese gesetzliche Erlaubnis muss aber auf die öffentliche Zugänglichmachung der elektronischen Vervielfältigungen der geschützten musealen Ausstellungs- und Bestandswerke ausgeweitet werden, damit die Museen ihren kulturellen Auftrag in zeitgemäßer Weise erfüllen können: Museen sollten zum einen auch beendete Ausstellungen weiterhin im Rahmen ihres Online-Angebots dokumentieren können. Zum anderen sollten auch Bestände, die nicht Gegenstand einer Ausstellung waren, auf Grundlage einer gesetzlichen Erlaubnis im Internet gezeigt werden dürfen.<sup>41</sup> Dies ist notwendig zur Schaffung eines besseren Zugangs für die breite Öffentlichkeit, der durch die Zurverfügungstellung eines visuellen Eindrucks der in den Museen vorhandenen Sammlungen erreicht werden kann. Dies gehört letztlich zum Kulturauftrag der Museen im digitalen und vernetzten Zeitalter und könnte auch dazu beitragen, dass die „digital natives“ dadurch weit mehr als bisher den Weg in die vielfältige Welt der Museen und Sammlungen finden.<sup>42</sup>

## b) Theaterschranke

In den Erwgr. 25 bis 28 DSM-RL finden sich Zielvorstellungen zur Erhaltung des kulturellen Erbes, die sich in Art. 6 DSM-RL niederschlagen. Art. 6 DSM-RL gestattet es sodann, Einrichtungen des kulturellen Erbes Werke und sonstige Schutzgegenstände, die sich dauerhaft in ihren Sammlungen befinden, unabhängig vom Format oder Medium für die Zwecke der Erhaltung dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände in dem für diese Erhaltung notwendigen Umfang zu vervielfältigen. Gemäß Art. 2 S. 1 Nr. 3 DSM-RL zählen zu den Einrichtungen des kulturellen Erbes öffentlich zugängliche Bibliotheken oder Museen, Archive oder im Bereich des Film- oder Tonerbes tätige Einrichtungen. Theater werden an keiner Stelle erwähnt. Da sich in der DSM-RL keine Vorgaben zum Umgang mit Theatern in öffentlicher Trägerschaft finden und auch die Datenbank-RL und InfoSoc-RL keine Regelungen

---

<sup>39</sup> Stieper GRUR 2020, 1 (5). Versteht man die Richtlinienvorgaben als Mindeststandards bleiben dem nationalen Gesetzgeber über diese hinausgehenden Spielräume für die Weiterentwicklung des nationalen Rechts. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn – wie vorliegend – keine wirtschaftlichen Interessen tangiert sind und die privilegierten Institutionen subsidiär strukturiert sind; Letzteres gilt für die historisch bedingte und alleinstellende föderale Struktur der Museen und Theater in Deutschland.

<sup>40</sup> BR-Drs. 18/12329 entsprechend BR-Drs. 565/16.

<sup>41</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 312/17, Nr. 4c, 2 f.

<sup>42</sup> Dreier/Euler, Onleihe und virtueller Museumsbummel. Das Menschenrecht auf kulturelle Teilhabe im 21. Jahrhundert, in: Klimpel/Euler, Der Vergangenheit eine Zukunft (abrufbar unter: <http://rights-media.de/webbooks/dervergangenheiteinezukunft/chapter/onleihe-und-virtueller-museumsbummel-das-menschenrecht-auf-kulturelle-teilhabe-im-21-jahrhundert/>).

hierzu treffen, vgl. Art. 25 DSM-RL,<sup>43</sup> ist der nationale Gesetzgeber frei, eine gesetzliche Regelung zum Vervielfältigungsrecht für Theater in öffentlicher Trägerschaft zu schaffen. Insoweit stellt sich auch nicht das Erfordernis einer richtlinienkonformen Auslegung, Art. 288 Abs. 3 AEUV. Dort, wo der EU-Gesetzgeber keine Regelungen trifft oder er keine originäre Zuständigkeit innehat, bedarf es erst recht keiner richtlinienkonformen Auslegung mehr. Das europarechtliche Subsidiaritätsprinzip steht einer nationalen Theaterschranke nach dem zuvor Gesagten nicht entgegen.

Auf nationaler Ebene gilt Folgendes: Eine Analogie zur geregelten Museumsschranke kommt nicht in Betracht. Dies setzt das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke voraus. Daran fehlt es vorliegend aber. Dem deutschen Gesetzgeber war die Thematik bei Schaffung des UrhWissG bekannt, er hat aber dennoch davon abgesehen, eine Schrankenregelung zugunsten von Theatern in öffentlicher Trägerschaft ins Urheberrecht zu implementieren. So forderte der Bundesrat bereits im Rahmen der Stellungnahme zum UrhG-E 2017 in § 60f Abs. 1 UrhG-E die Theater in öffentlicher Trägerschaft aufzunehmen.<sup>44</sup> Der deutsche Gesetzgeber sollte das Umsetzungsverfahren zur DSM-RL nun zum Anlass nehmen, die Theater in den Kanon der privilegierten Gedächtnisorganisationen in § 60f Abs. 1 UrhG einzugliedern. Hierfür sprechen die an den Theatern in öffentlicher Trägerschaft vorhandenen umfassenden Dokumentationen von Uraufführungen, Premieren und Aufführungen, auch in digitaler Form, sodass insofern den Theatern eine den Museen vergleichbare Funktion zukommt.<sup>45</sup>

Die normative Umsetzung einer Theaterschranke mag sich angesichts der Vielzahl von Rechteinhabern und Leistungsschutzberechtigten (Autoren, Bühnenbildner, Maskenbildner, Musiker, Musikverleger u. a.) in seinen Konsequenzen schwierig gestalten. Soweit sie vergütungspflichtig gestellt wäre, müsste eine Vielzahl von Verwertungsgesellschaften beteiligt werden, die die interne Verteilung an die unterschiedlich Berechtigten zu organisieren hätten.<sup>46</sup> Dies sollte den Gesetzgeber aber nicht davon abhalten, den Theatern dieselbe Privilegierung zugutekommen zu lassen wie den anderen gesetzlich bereits erfassten Gedächtnisinstitutionen, da die Theater in öffentlicher Trägerschaft ebenso zur Erhaltung des kulturellen Erbes ihren Beitrag leisten und daher einem den Museen vergleichbaren Kulturauftrag Folge leisten.

### c) Vergriffene Werke

---

<sup>43</sup> Vgl. dazu *Stieper* aaO Fn. 9, 3.

<sup>44</sup> BR-Drs. 18/12329, 60.

<sup>45</sup> BR-Drs. 18/12329, 60. Vgl. dazu auch die weiterführenden Überlegungen von Spindler/Schuster/*Anton*, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, UrhG § 60c Fn. 24. Zu den bisherigen absprachebasierenden Möglichkeiten vgl. Fn. 36.

<sup>46</sup> Vorbild könnte das Modell der ZBT sein, über die die Verhandlungen mit den Ländern für die Bibliothekstantieme nach § 27 UrhG laufen und von der die interne Verteilung auf die Mitglieder des Konsortiums organisiert wird. In Anlehnung daran erfolgen unter Federführung der VG Bild Kunst auch Verhandlungen und interne Verteilung der Vergütung für die Nutzungen nach §§ 60a, 60c UrhG für den Nicht-Wort-Bereich.

Art. 8–11 DSM-RL treffen Aussagen zur Nutzung von vergriffenen Werken und sonstigen Schutzgegenständen durch Einrichtungen des Kulturerbes. Art. 8 Abs. 2 DSM-RL unterstreicht den besonderen Stellenwert, der den vergriffenen Werken für Europa beigemessen wird. Die in den Art. 8–11 DSM-RL enthaltenen Vorgaben unterscheiden sich zum Teil erheblich von den deutschen Regelungen in §§ 51 ff. VGG. Im Rahmen des dem deutschen Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraums werden einige dieser Regelungen teilweise Änderungen zu erfahren haben.<sup>47</sup> § 60e Abs. 5 UrhG sollte auf vergriffene Werke, Werke geringen Umfangs, historische Presseerzeugnisse und sonstige Schutzgegenstände, Art. 8 Abs. 1 DSM-RL, sowie um die öffentliche Zugänglichmachung von vergriffenen Werken und sonstigen Schutzgegenständen erweitert werden. Ferner sind alle in Art. 2 Abs. 3 DSM-RL genannten Einrichtungen des Kulturerbes in die Norm einzubeziehen und die Dokumentlieferung an forschende Wirtschaftsunternehmen zuzulassen.

Im Zuge der Umsetzung ist zudem eine gesetzlich normierte Definition entsprechend Art. 8 Abs. 5 DSM-RL in das UrhG aufzunehmen. Zudem sollte der bislang in §§ 51 ff. VGG festgesetzten Zeitschnitt des Jahres 1966 für die Nutzung vergriffener Werke gestrichen oder weit nach vorn geschoben und auch die Nutzbarkeit von vergriffenen Zeitungen durch eine Schranke ermöglicht werden. Im Hinblick auf die Problematik vergriffener Zeitschriften gilt mithin Folgendes: Gemäß § 60e Abs. 5 UrhG sind Zeitungen vom Kopienversand durch Bibliotheken ausgenommen, sodass vergriffene Zeitungen nur vor Ort in den Bibliotheksräumen und soweit im Bestand vorhanden genutzt werden können. Hier sollte im Rahmen des Umsetzungsverfahrens der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum dahingehend genutzt werden, dass § 60e UrhG den Regelungen in §§ 60a Abs. 2, 60c Abs. 3 UrhG angepasst wird, wodurch eine vollständige Nutzung auch vergriffener Zeitungen ermöglicht werden kann.

#### **IV. Weitere Desiderate und Entwicklungen**

##### **1. E-Lending**

Das E-Lending, also das Verleihen von E-Books über das Internet durch öffentliche Bibliotheken, ist bislang weder im UrhWissG noch in der DSM-RL umgesetzt worden. Derzeit möglich ist lediglich eine Gebrauchsüberlassung im Rahmen der sogenannten „Onleihe“. Insoweit urteilte der EuGH bereits im Jahr 2016,<sup>48</sup> dass das Verleihen elektronischer Bücher (E-Books) unter bestimmten Voraussetzungen dem Verleihen herkömmlicher Bücher gleichgestellt werden kann, sofern das „one copy one loan“-Prinzip angewandt wird. Das deutsche Urheberrecht muss am Puls der Zeit bleiben und an neue wirtschaftliche Entwicklungen und den digitalen Wandel angepasst werden. Ohne den gesicherten Zugang zu

---

<sup>47</sup> *Würtenberger/Freischem* GRUR 2019, 1140 ff., eingehend u. a. zur Umsetzung der DSM-RL sowie *Dreier* GRUR 2019, 771 ff.

<sup>48</sup> EuGH ZUM 2017, 152 – *Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht*; zur Frage der Überlassung von E-Books zur dauerhaften Nutzung durch Download EuGH ZUM 2020, 129 – *NUV/Tom Kabinet* m. Anm. *Hofmann* ZUM 2020, 136 ff. und *Kuschel* ZUM 2020, 138 ff.

E-Books über die öffentlichen Bibliotheken besteht die Gefahr, dass digitale Inhalte künftig aus dem Portfolio dieser Publikumsbibliotheken verschwinden werden. Zudem kann durch die Ausleihe ein Kaufanreiz geschaffen werden, der andernfalls nicht entstünde. Im Umsetzungsverfahren sollte daher zwingend die Gelegenheit genutzt werden, eine nationale Regelung zum E-Lending im UrhG zu schaffen.<sup>49</sup> Die Bereitstellung der auf dem Markt angebotenen E-Books durch Bibliotheken ist durch die Einführung einer gesetzlichen Erlaubnis sicherzustellen.<sup>50</sup> Ansatz könnte die Erweiterung von § 27 Abs. 2 UrhG<sup>51</sup> sein i. V. m. § 17 Abs. 2 UrhG.<sup>52</sup> Eine Alternative könnte aber auch darin liegen, eine konditionierte E-Lending-Schranke nach dem Vorbild der §§ 60a, 60c UrhG einzuführen. Dies hätte freilich zur Folge, dass nur ein prozentualer Anteil des Werkes genutzt werden dürfte.

## 2. DRM-Vergütungssystem auf den Prüfstand nehmen

Nach derzeitiger Rechtslage finden die gesetzlichen Schrankenregelungen zugunsten von wissenschaftlichen und kulturellen Einrichtungen aufgrund der §§ 95a ff. UrhG bei digitalen Inhalten weitgehend keine Anwendung. Dieser Tatbestand ist bei weiter ansteigenden Anteilen digitaler Medien, über die im Bereich der Universitäten und Forschungseinrichtungen bereits mehr als 50 % der Informationsversorgung erfolgt, problematisch<sup>53</sup> und wird jedenfalls mittelfristig zu einer Anpassung des einschlägigen Rechtsrahmens führen müssen bzw. zur Schaffung von schrankenähnlichen Neuregelungen für nur in digitaler Form vorliegende Werke, damit eine Grundversorgung mit E-only-Literatur sichergestellt ist. Die anstehende Urheberrechtsnovelle sollte dafür genutzt werden, das derzeit geltende DRM-System einer strukturellen Überprüfung zu unterziehen.

Dasselbe gilt für die derzeit geltende Ausgestaltung der Schrankenregelungen mit Vergütungspflichten, auf deren inhaltliche Kontingenz die Kultusministerkonferenz und der Bundesrat bereits mehrmals hingewiesen haben.<sup>54</sup> Auf Basis einer breit angelegten wissenschaftlichen Studie sollte alsbald eine Faktengrundlage geschaffen werden, die es ermöglicht, normativ den primärmarktrelevanten vergütungspflichtigen vom primärmarktirrelevanten vergütungsfreien Bereich abzuschichten. Dabei müssen die

---

<sup>49</sup> Siehe auch Stellungnahme des Deutschen Bibliotheksverbandes v. 30.1.2020, abrufbar unter: [https://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user\\_upload/DBV/positionen/Stellungnahme\\_zum\\_Diskussionsentwurf\\_des\\_BMJV\\_vom\\_15.\\_Januar\\_2020.pdf](https://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/positionen/Stellungnahme_zum_Diskussionsentwurf_des_BMJV_vom_15._Januar_2020.pdf); hierzu auch die aktuelle Kampagne des dbv „E-Medien in der Bibliothek – mein gutes Recht!“, abrufbar unter: <https://www.bibliotheksverband.de/dbv/kampagnen-und-aktionstage/e-medien-in-der-bibliothek.html>. So schon die KMK in ihrer Stellungnahme v. 4.9.2019 im Konsultationsverfahren des BMJV.

<sup>50</sup> Zur Frage der Geltung der Buchpreisbindung bei E-Books *Weck* ZUM 2016, 846 ff.

<sup>51</sup> Sui generis Ausnahme vom Erschöpfungsgrundsatz des § 17 Abs. 2 UrhG, Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG, 6. Aufl. 2018, UrhG § 27 Rn. 1.

<sup>52</sup> So auch Stellungnahme des Deutsche Bibliotheksverbands v. 30.8.2019, abrufbar unter: [https://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user\\_upload/DBV/positionen/Stellungnahme\\_Deutscher\\_Bibliotheksverband\\_BMJV\\_30.8.2019.pdf](https://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/positionen/Stellungnahme_Deutscher_Bibliotheksverband_BMJV_30.8.2019.pdf); zur Herleitung des Anspruchs der Bibliotheken auf Lizenzierung siehe auch *Hofmann* ZUM 2018, 107 ff.

<sup>53</sup> *Pflüger/Hinte* ZUM 2018, 153 (160); BR-Drs. 565/16 Nr. 17 (Beschluss), 5.

<sup>54</sup> *Pflüger/Hinte* ZUM 2018, 153 (154, 159 f.), BR-Drs. 312/17 Nr. 4 f., 4.

finanziellen und dabei insbesondere die investiven Leistungen der öffentlichen Hand für Bildungs-, Forschungs- und Kultureinrichtungen in die Bewertung des Maßes der Vergütungspflicht angemessen berücksichtigt werden.<sup>55</sup>

### 3. Quo vadis Publikationssystem in der Wissenschaft (Folge des „DEAL-Projektes“)

Das Streben nach „Wissen für alle“ dominiert den Bereich wissenschaftlicher Publikationen in unterschiedlicher Ausprägung in den einzelnen wissenschaftlichen Disziplinen. Daher hat sich in diesem Bereich die Tendenz zum digitalen Publikationssystem – zumeist verbunden mit Open Access – deutlich verstärkt. Auf diesem Weg werden wissenschaftliche Erkenntnisse jedem überall frei, also ohne finanzielle Aufwendungen, zugänglich. Jüngst kam es – nach einem vergleichbaren Vertragsabschluss mit dem Verlag Wiley & Son zum Jahreswechsel 2018/2019 – im Rahmen des „DEAL-Projektes“ der Allianz der Wissenschaftsorganisationen in Deutschland unter Federführung der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) zur Unterzeichnung eines weiteren und weltweit bisher umfangreichsten Open-Access-Transformationsvertrags mit dem Verlag Springer Nature. Durch diesen Vertrag ist es Autoren der mehr als 700 teilnahmeberechtigten deutschen Hochschulen und Forschungseinrichtungen möglich, ihre Manuskripte im „Goldenen Weg“ des Open Access in Springer Nature Hybrid- oder reinen Open-Access-Zeitschriften zu veröffentlichen.<sup>56</sup> Forscher, die an den im Projekt DEAL beteiligten Institutionen tätig sind, können im Rahmen dieser Verträge „Open Access“ in von Wiley und Springer verlegten Zeitschriften veröffentlichen. Auch diese Partnerschaft wird Institutionen und Forschern helfen, Open Science zu fördern, zusätzlich neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu generieren und zu verbreiten.<sup>57</sup> Der Abschluss dieser Transformationsverträge wird auch international als Meilensteine für den Wechsel vom Subskriptionsmodell hin zu einem echten Open Access-Publikationsmodell bewertet, bei welchem dann nur noch für den publizierten Artikel abgerechnet wird. Es steht zu erwarten, dass auch die DEAL-Partner den Vertrag mit dem letzten großen internationalen Wissenschaftsverlag Elsevier in absehbarer Zeit werden abschließen können und so die Entwicklung zum Open-Access-Publikationsmodell fortschreiben. Spätestens dann liegt die Annahme nahe, dass auch die nationalen Wissenschaftsverlage auf den DEAL-Zug aufspringen werden und über kurz oder lang entsprechende Verträge mit den DEAL-Partnern abschließen werden.

---

<sup>55</sup> In Zeiten der problematischen Implementierung neuer Leistungsschutzberechtigten unter dem Aspekt des Investitionsschutzes soll damit aber keinesfalls einem „Leistungsschutzrecht“ der öffentlichen Hand das Wort geredet werden. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass die Gebietskörperschaften in Deutschland für die genannten Institutionen jährlich mindestens 41 Mrd. € aufwenden (30,6 Mrd. € für Hochschulen in 2018 und 10,4 Mrd. € in 2015 für Kultur), Statistisches Bundesamt (Destatis), Stand: 18.03.2020.

<sup>56</sup> Siehe hierzu die Pressemitteilung der Hochschulrektorenkonferenz v. 9.1.2020, abrufbar unter: <https://www.hrk.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/meldung/springer-nature-und-projekt-deal-unterzeichnen-weltweit-umfangreichsten-open-access-transformationsv/>.

<sup>57</sup> Pressemitteilung der Hochschulrektorenkonferenz v. 15.1.2019, abrufbar unter: <https://www.hrk.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/meldung/wiley-und-projekt-deal-unterzeichnen-einigung-4493/?L=1&cHash=f2577a0022f3a276ad721190c57ff5b6>).

Den Kritikern, die zum Teil von einem „Verkauf der Wissenschaft“ sprechen,<sup>58</sup> ist entgegenzuhalten, dass das Open Access-Modell keineswegs den Verkauf der Veröffentlichungsfreiheit nach sich zieht, denn die Entscheidung eines Wissenschaftlers über die Veröffentlichung seiner Erkenntnisse als solche bleiben auch in diesem Publikationsmodell unberührt. Denn Open-Access-Publikationen gibt es nur dann, wenn sich der Autor für die Veröffentlichung seiner Erkenntnisse entschieden hat. Zudem setzt das Projekt DEAL die langjährigen Forderungen der forschenden Wissenschaftler nach freiem Zugang zu ihren Arbeiten um. Die in Art. 5 Abs. 3 GG verankerte Wissenschaftsfreiheit schließt gerade auch die Wahlfreiheit des Publikationsmodells mit ein. Den offenkundigen Fehleinschätzungen sind die evidenten Vorteile des Open-Access-Publikationsmodells gegenüberzustellen. Hier wird unter anderem auf das transparentere Preis-Leistungsverhältnis und die Steigerung des am relevanten Markt bestehenden wirtschaftlichen Wettbewerbs hingewiesen.<sup>59</sup> Aus den Perspektiven der Wissenschaft und des Technologietransfers bietet Open Access eine zusätzliche Möglichkeit der schnelleren Diffusion wissenschaftlicher Erkenntnisse in die unternehmerische Praxis und ist somit ein geeigneter Weg, die Innovationsfähigkeit der Unternehmen zu beschleunigen und damit den Wirtschaftsstandort Deutschland zu stärken. Und – last but not least – Open Access kann einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur wissenschaftlichen Redlichkeit leisten, da über die barrierefreie Zugänglichkeit der Publikationen die Qualitätssicherung ein Stück weit in die scientific community selbst zurückverlagert wird.

## V. Ausblick

Mit dem Inkrafttreten der DSM-RL hat die EU einen nicht zu unterschätzenden Impuls für die grundlegende Weiterentwicklung des Urheberrechts in den Mitgliedsstaaten gegeben. Dieser betrifft unmittelbar den Bereich der Hochschulen und Forschungseinrichtungen, mittelbar indessen auch den Bereich der Kultureinrichtungen. Letzteres ergibt sich aus der europäischen Richtlinienkompetenz i. V. m. dem Subsidiaritätsprinzip und der mitgliedstaatlichen Kompetenzordnung föderaler Systeme, wie sie das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vorsieht.

Auch wenn man die nicht mehr aufhaltbare Digitalisierung und damit einhergehend die deutliche Zunahme elektronischer Medien als einen immer wichtiger werdenden Modus der zwischenmenschlichen Kommunikation unter vielen hier nicht weiter zu benennenden Aspekten auch kritisch bewerten kann,<sup>60</sup> so zeigt andererseits die „Corona-Krise“ einmal mehr seine unbestreitbaren Vorteile. Dies gilt gerade dann, wenn die Hochschulen und Forschungseinrichtungen aufgrund rechtlicher Restriktionen einen nur sehr eng begrenzten gesetzlich garantierten Zugang zu digitalen Medien gewährleisten können oder die

---

<sup>58</sup> Thiel FAZ, 20.11.2019.

<sup>59</sup> Zutreffend Alt/Gaul FAZ, 27.11.2019.

<sup>60</sup> Dazu Habermas Leviathan 2020, 7 (24 ff.) über die digitale Kommunikation im Bereich der objektivierend rational ausgerichteten Welt der Wissenschaft einerseits und der politischen Öffentlichkeit über dezentrale soziale Medien andererseits.

Gedächtnisinstitutionen einschließlich der öffentlichen Theater weitgehend von dem Recht auf digitale öffentliche Zugänglichmachung ihrer Bestände und Aufführungen ausgeschlossen sind. Letztlich wird damit einerseits etwa den Studierenden eine verlässliche digitale Grundversorgung während des Studiums verwehrt und andererseits der Bevölkerung in einer Situation der faktischen Quarantäne der Anspruch auf kulturelle Teilhabe genommen. Damit sollen in diesem Kontext lange Linien urheberrechtlichen Reformbedarfs skizziert sein.

Wendet man den Blick wieder auf die sich direkt aus der DSM-RL ergebenden Umsetzungsnotwendigkeiten, so dürfen auch diese nicht losgelöst von den aktuellen Entwicklungen gesehen werden. Und da wird der Gesetzgeber die Entfristung der Regelungen des UrhWissG sowie die Freistellung des TDM von der Vergütungspflicht umzusetzen wissen. Darüber hinaus ist es jetzt an der Zeit, einen geeigneten urheberrechtlichen Einstieg in das E-Lending sowie die Museums- und Theaterschranke zu finden.