

nationales Recht umgewandelt werden. Im Verhältnis zu den älteren EU-Staaten lebt das Brüsseler Übereinkommen von 1968 wieder auf. Widerstreitende oder sich blockierende Gerichtsstände werden künftig im Verhältnis zum UK also wahrscheinlich eine größere Rolle spielen. Unternehmen sollten daher angesichts der prozessualen Unsicherheiten vermehrt auf Gerichtsstandsvereinbarungen setzen. Auch die automatische Anerkennung von Urteilen aus UK hat dann ein Ende – ein klarer Rückschritt insbesondere nach den Verbesserungen von Brüssel Ia.

Auch für das anwendbare Recht gilt im Blick auf den Brexit: Wenn Vertragspartner ihren Vertrag künftig englischem Recht unterwerfen, bedeutet auch dies erhebliche Planungsunsicherheiten. Diese würden jedoch dadurch zumindest vorerst vereinfacht, falls das UK – wie angekündigt – die Rom I-VO in nationales Recht überführt.

#### IV. Summary

The article provides an extensive overview of the case law of the European Court of Justice in the last four years on the Brussels I and Rome I Regulations.

The authors examine the evolution of jurisprudence within the observation period, especially on jurisdiction in civil and commercial matters and on the law applicable to contractual obligations, and put the decisions into the context of earlier jurisprudence. The article is subdivided according to the different subjects of the regulations.

The authors also take a look back at the different legislative developments in the time between 2014 and 2018 – from the entry into force of the recast Brussels I Regulation and the first judgment on the recast regulation until the present challenges of Brexit.

The article is of high topicality. It presents to the reader all great decisions of the last years until the recent ruling in the „Schrems“-case in late January 2018.



Béatrice Deshayes



Dorothee Wildt

## Prof. Dr. Thomas Hoeren\*

# Das Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz

## Ein richtiger Schritt für das Urheberrecht in Bildung und Forschung?

Seit vielen Jahren stehen Wissenschaftsautoren und -verlage nicht mehr geeint in einer Symbiose nebeneinander, sondern treten frontal mit divergierenden Interessen gegenüber. Stein des Anstoßes ist vor allem das Urheberrecht. Dies war der Anlass für die letzte Koalition, ein neues Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG) zu verabschieden. Mit diesem Gesetz werden die Schranken für die erlaubte Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in Bildung und Wissenschaft sowie Bibliotheken, Museen und Archiven neu formuliert. Damit wurden jedoch auch zahlreiche schwierige Rechtsfragen aufgeworfen, die einer Lösung harren.

### I. Einführung

Durch die Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie (2001/29/EG) haben die urheberrechtlichen Schranken zu Gunsten von Wissenschaft und Bildung sowie dem öffentlichem Zugang hierzu

Einzug in die verschiedenen europäischen Rechtssysteme erhalten. Während der deutsche Gesetzgeber in den § 44 a ff. UrhG vergleichsweise differenzierte Regelungen implementierte, hielt man sich mit konkreten Schrankenbestimmungen in anderen Ländern, wie etwa in Frankreich, bewusst zurück und beschränkte sich auf relativ vage Regelungen zur richtlinienkonformen Umsetzung.<sup>1</sup> Nicht zuletzt der Bericht des *Rechtsausschusses im Europäischen Parlament* über die Umsetzung der Richtlinie stellte jedoch mit Nachdruck heraus, dass eine stärkere Harmonisierung für einen barrierefreien Binnenmarkt unerlässlich ist und eine Anpassung an den technologischen Fortschritt vorgenommen werden müsse.<sup>2</sup> Gerade unter

\* Prof. Dr. Thomas Hoeren, Westfälische Wilhelms-Universität, Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht – Zivilrechtliche Abteilung – Münster.

<sup>1</sup> S. hierzu Lucas-Schloetter, GRUR-Int. 2007, 658.

<sup>2</sup> Bericht über die Umsetzung der RL 2001/29/EG, 2014/2256(INI), S. 30.

dem Gesichtspunkt der Digitalisierung besteht unionsweit Neuregelungsbedarf, was die *Europäische Kommission* in ihrem Richtlinienentwurf für das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt<sup>3</sup> sehr deutlich macht. Der deutsche Gesetzgeber hat jetzt durch die Verabschiedung des UrhWissG einen Versuch unternommen, aktuellen Herausforderungen durch neue, ausdifferenzierte Regelungen gerecht zu werden. Insgesamt werden auf europäischer Ebene aktuell zahlreiche urheberrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Bildungs- und Wissenschaftsbereich diskutiert. Dauer und Ergebnis dieser Reformbestrebungen sind allerdings noch nicht absehbar. Gleichwohl war es Ziel des deutschen Gesetzgebers, mit den §§ 60a ff. UrhG eine Regelungsstruktur zu schaffen, in die auch zukünftige Änderungen des Unionsrechts systematisch eingefügt werden können.<sup>4</sup> Nationale wie internationale Verlage werden sich zeitnah auf neue Formen der Vergütung einstellen und aktuelle Vermarktungsstrategien überdenken müssen.

### 1. Das UrhWissG im Überblick

Das deutsche Urheberrecht ist selbst für Wissenschaftler unübersichtlich geworden. Die alten Schranken in § 44 a ff. UrhG enthalten kaum verständliche Erlaubnistatbestände. Diese sind i. Ü. nur schwer aufzufinden und stark auslegungsbedürftig. Sie werden in keiner Weise den Erfordernissen der digitalen Gesellschaft gerecht. Insofern hatten Literatur und Praxis seit langem gefordert, diese Tatbestände zu reformieren. Nach heftigen Kämpfen<sup>5</sup> verabschiedete dann der *Bundestag* Mitte 2017 das UrhWissG.<sup>6</sup>

Neu eingefügt in das Urheberrecht sind jetzt §§ 60a – 60h UrhG. Im Kern geht es um eine neue Formulierung der Schranken, sofern dies für Unterricht, Wissenschaft und etwa Bibliotheken erforderlich ist. Grundsätzlich werden dazu der Umfang der erlaubten Nutzung erweitert und gleichzeitig ein Grundsatz für die angemessene Vergütung für Urheber sowie mittelbar auch für Verlage geregelt. Wichtig ist auch, dass die neuen Schranken grundsätzlich der vertraglichen Gestaltung entzogen sind.

Das Gesetz schafft, was hervorzuheben ist, einen neuen Unterabschnitt 4 mit der Überschrift „gesetzlich erlaubte Nutzungen für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen“. Neu ist dabei, dass von Schranken i. S. v. Ausnahmebestimmungen nicht mehr die Rede ist. Es geht vielmehr um gesetzliche Erlaubnisnormen ohne Ausnahmecharakter, und dies gegen die Auslegung der bisherigen herrschenden Meinung. Innerhalb dieses Unterabschnitts finden sich verschiedene Normen, zum Beispiel für Unterricht und Lehre (§ 60a UrhG), wissenschaftliche Forschung (§ 60c UrhG), Text und Data Mining (§ 60d UrhG), Bibliotheken (§ 60e UrhG) sowie Archive, Museen und Bildungseinrichtungen (§ 60f UrhG).

### 2. Die Regelungstechnik

Umstritten ist die Regelungstechnik des neuen Gesetzes. Viele hatten dafür plädiert, eine Generalschranke in weiter Formulierung und Anlehnung an das amerikanische Fair-Use-Prinzip ins Urheberrecht einzuführen. Diese Bitte blieb aber unerhört. Der Gesetzgeber beharrte auf dem Prinzip der starren, enumerativen Schranken. Die Begründung zum Regierungsentwurf

sieht darin den Vorteil, dass man Streitfragen über offene Tatbestände vermeidet und bereits soweit wie möglich im Normtext ausräumt.<sup>7</sup> Der Gesetzesentwurf spricht daher von möglichst konkreten Tatbeständen und dem Verzicht auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe als Zielperspektive.<sup>8</sup> Dem ist aber nicht so. Das Gesetz folgt nämlich einem dritten Weg abseits von Generalklauseln und konkreten Tatbeständen, einem Weg, der am besten mit phänomenologisch beschrieben werden kann. Es handelt sich um eine relativ neue Regelungstechnik: Tatbestände werden nicht mehr genau und sauber konturiert ausgearbeitet, sondern nur als Phänomene beschrieben, die allgemein bekannt sind (zum Beispiel das Data Mining). Dadurch entstehen scheinbar konkrete Tatbestände, die allerdings nur dadurch „leben“, dass sie ein Vorverständnis des Lesers vom Regelungsgegenstand voraussetzen und nicht im Gesetz selbst kodifiziert sind. Diese Charakteristika werden im Weiteren erläutert.

Der Gesetzgeber ist noch mit einem weiteren Dilemma konfrontiert, ohne einen Ausweg zu sehen. Art. 6 Abs. 4 der InfoSoc-RL und § 95b Abs. 3 UrhG regeln jetzt, dass sich gesetzliche Schrankenregeln nicht gegen technische Schutzmaßnahmen durchsetzen, wenn die Inhalte auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung öffentlich zugänglich gemacht werden. In solchen Fällen haben die gesetzlichen Schranken keine Wirkung, was das Interesse für finanzstarke Verlage begründet, ihre Angebote entsprechend technisch zu schützen und sich dadurch dem Schrankenregime zu entziehen. Lapidar sagt die Gesetzesbegründung: „Der deutsche Gesetzgeber kann dem nach Maßgabe der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG nicht entgegenwirken.“<sup>9</sup> Dabei wird der Wortlaut der InfoSoc-RL jedoch falsch wiedergegeben. Der Vorrang der technischen Sperren gilt danach nämlich nur, „soweit“ die technischen Sperren konkret im Rahmen des interaktiven Zurverfügungstellens auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarung angewandt werden. Wenn jedoch neben dem interaktiven Angebot das Werk auch noch in anderen Vertriebsformen angeboten wird, setzen sich technische Sperren nicht durch.<sup>10</sup>

### 3. Nutzung in Unterricht und Forschung

Im Gesetz wird vor allem festgelegt, inwieweit urheberrechtlich geschützte Werke im Unterricht und in der Forschung frei genutzt werden können (sog. Bildungs- und Wissenschaftsschranke). Außerdem wird sichergestellt, dass die Rechteinhaber eine angemessene Vergütung für die Nutzung ihrer Werke erhalten. So dürfen an Bildungseinrichtungen bis zu 15 % eines veröffentlichten Werks vervielfältigt, verbreitet, öffentlich zugänglich gemacht und in sonstiger Weise öffentlich

3 COM (2016) 593 final.

4 S. Begründung des RegE, BT-Drs. 18/12329, S. 26.

5 S. aus der umfassenden Literatur *Raue*, GRUR 2017, 11; *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014; *Durantaye*, GRUR 2017, 558; *Schack*, ZUM 2016, 266. Die Arbeiten von *de la Durantaye* und *Schack* flossen auch in die Gesetzesgestaltung ein, wie der RegE in der Begründung angibt, BT-Drs. 18/12329, S. 27.

6 Veröffentlicht im BGBl. Jahrgang 2017 Teil I Nr. 61, ausgegeben zu Bonn am 7.9.2017, 3346.

7 RegE, BT-Drs. 18/12329, S. 21.

8 RegE, BT-Drs. 18/12329, S. 21.

9 RegE, BT-Drs. 18/12329, S. 25.

10 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 95b Rdnr. 18.

wiedergegeben werden.<sup>11</sup> § 60 a Abs. 1 UrhG erlaubt die Nutzung eines Werks zur Veranschaulichung des Unterrichts und der Lehre an einer Bildungseinrichtung. Der Begriff der Bildungseinrichtung ist allerdings nicht so eindeutig wie er klingt. Geklärt werden müsste daher noch, ob davon z. B. private Anbieter von Schulungs- und Weiterbildungsmaßnahmen gedeckt sind. Das Problem wird vor allem virulent, weil § 60 Abs. 1 UrhG von nichtkommerziellen Zwecken spricht. Wenn aber ein privater Bildungsträger Unterricht macht, kostet das etwas. Ob solch ein mittelbarer Wirtschaftsverkehr die Reichweite des § 60 a UrhG begrenzt, ist ungeklärt.<sup>12</sup> In der Begründung wird darauf verwiesen, dass die Finanzierung des Trägers durch private Hand gleichgültig sein soll: „Erlaubt sind daher auch Nutzungen für den Unterricht an Privatschulen. Ist jedoch der Unterricht darauf ausgerichtet, Gewinn zu erzielen, wie etwa bei kommerziellen privaten Sprachinstituten, greift die gesetzliche Erlaubnis nicht.“<sup>13</sup>

Hier könnte insoweit helfen, dass eine Legaldefinition der Bildungseinrichtung in § 60 a Abs. 4 UrhG zu finden ist. Allerdings ist die Definition vollkommen misslungen. Bildungseinrichtungen sind nach dieser Vorschrift „frühkindliche Bildungseinrichtungen, Schulen, Hochschulen sowie Einrichtungen der Berufsbildung“. Das „frühkindlich“ könnte man auch auf Hochschulen und Schulen nach dem Wortlaut der Vorschrift beziehen. Ferner fragt man sich, wann ein Kind ein frühes Kind ist. Außerdem erweitert die Definition den Begriff der Bildungseinrichtung auf Einrichtungen der „sonstigen Aus- und Weiterbildung“. Damit ist der Sinn der Definition verkannt, da Bildungseinrichtung nunmehr jede Einrichtung der Ausbildung umfasst. Eigentlich sagt die Definition nur, dass jede Ausbildung die Annahme einer Bildungseinrichtung rechtfertigt.

Auch unterscheidet § 60 a UrhG zwischen Lehre und der – getrennt behandelten – wissenschaftlichen Forschung (§ 60 c UrhG). Forschung und Lehre sind aber in vielen Fällen nicht voneinander zu trennen.<sup>14</sup> Wenn ein Forscher Kopien nach § 60 c UrhG fertigt, stellt sich bereits die Frage, ob er diese Kopien auch im Unterricht und in der Lehre nach § 60 a UrhG verwenden darf. Dieses Problem wird dadurch massiv auftreten, dass § 60 c Abs. 2 UrhG bis zu 75 % eines Werks in Kopien zulässt, während § 60 a UrhG streng auf die 15 % abstellt.

Ferner stellt sich die Frage, wie man 15 % bemessen will.<sup>15</sup> Diese Frage war schon Gegenstand eines langwierigen Gerichtsverfahrens gegen die *Fernuni Hagen*. Zählen z. B. auch die Titelei und das Inhaltsverzeichnis dazu? Müssen Leerseiten eines Buchs in die 15 % einbezogen werden? Die Vorschrift beschränkt ferner die Nutzung auf Lehrende und Teilnehmer derselben Veranstaltung oder Lehrende und Prüfer an derselben Bildungseinrichtung. Ferner umfasst sind Dritte, soweit dies der Präsentation des Unterrichts oder von Unterrichtsergebnissen an der Bildungseinrichtung dient. So wird ausgeschlossen, dass auf Vorrat etwa durch elektronische Seminarapparate ohne konkreten Zweck Materialien bereitgestellt werden. Damit ist die Vorschrift enger als § 52 a UrhG a. F., der solche wissenschaftlichen Apparate etwa im Rahmen der *Fernuni Hagen* erlaubte. Ein ähnliches Problem stellt sich bei Werken geringen Umfangs. Die Gesetzesbegründung verweist hier auf Verhandlungen zwischen Verwertungsgesellschaften

und Nutzern und nennt für Druckseiten 25 Seiten, Noten 6 Seiten, für Filme und Musik 5 Minuten.<sup>16</sup> Für Aufsätze und Artikel aus Zeitungen und Zeitschriften sollen aber nur einzelne Beiträge aus derselben Zeitung/Zeitschrift genutzt werden dürfen.<sup>17</sup>

Außerdem nimmt die Vorschrift bestimmte Nutzungen ausdrücklich von der Erlaubnis aus. Nicht erlaubt sind z. B. die Aufnahme auf Bild- oder Tonträgern oder die Vervielfältigung und die öffentliche Wiedergabe während einer Aufführung oder eines öffentlichen Vortrags des Werks. Bei den ewig rückwärtsgewandten Schulbuchverlagen wurde auch eine Ausnahme der „Ausnahme“ gemacht, wonach die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines Schulbuchwerks unzulässig ist (Nr. 2). Ferner wird die Vervielfältigung von Noten ausgenommen, sofern sie nicht der Veranschaulichung im Unterricht dienen.

#### 4. Unterrichts- und Lehrmedien

Die Hersteller von Unterrichts- und Lehrmedien dürfen nur bis zu 10 % eines veröffentlichten Werks kopieren, verbreiten oder zugänglich machen, wenn es um solche Sammlungen geht (§ 60 b Abs. 1 UrhG). Dabei ist der Begriff der Unterrichts- und Lehrmedien definiert als Sammlungen, die Werke einer größeren Anzahl von Urhebern vereinigen und ausschließlich zur Veranschaulichung des Unterrichts zu nichtkommerziellen Zwecken geeignet, bestimmt und entsprechend gekennzeichnet sind (§ 60 b Abs. 3 UrhG). Bei solchen Medien handelt es sich im Kern um analoge Sammlungen. Allerdings findet sich das Merkmal der analogen Sammlungen nicht im Gesetz selbst. Insofern stellt sich die Frage, ob die *Fernuni Hagen* von § 60 b UrhG profitieren könnte, allerdings dann auf 10 % eines veröffentlichten Werks beschränkt.

#### 5. Bibliotheken und Archive

Auch die zulässige Herstellung und Verbreitung von Vervielfältigungen durch Bibliotheken und Archive ist nunmehr geregelt.

##### a) Begriff der Bibliothek

Merkwürdig ist die Einführung einer „Legaldefinition“ von Bibliotheken (§ 60 e Abs. 1 UrhG). Diese sind demnach öffentlich zugängliche Bibliotheken, wenn sie keine unmittelbaren oder mittelbaren kommerziellen Zwecke verfolgen. Im engen Sinne ist dies keine Legaldefinition. Der Begriff der Bibliotheken wird nämlich seinerseits durch Bibliotheken erklärt. Fraglich ist auch, wann eine Bibliothek öffentlich zugänglich ist. Oftmals sind Forschungsbibliotheken nur mit vorheriger Genehmigung zugänglich und nur für einen eng begrenzten Kreis

<sup>11</sup> Gestrichen wurde das alte Merkmal der Gebotenheit (§§ 52 a Abs. 1, 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3). Die Begründung verweist darauf, dass die Rechtsinhaber nur damit klare Maßgaben und Rechtssicherheit erhalten würden, BT-Drs. 18/12329, S. 35.

<sup>12</sup> Die Regierungsbegründung macht es sich sehr leicht und verweist darauf, dass eine Erweiterung der Schranken auf kommerzielle Schrankennutzung vom Europarecht nicht gedeckt sei, BT-Drs. 18/12329, S. 25.

<sup>13</sup> RegE, BT-Drs. 18/12329, S. 36.

<sup>14</sup> Zu begrifflichen Problemen auch *Würtenberger/Freischem*, GRUR 2017, 594, 597.

<sup>15</sup> Dazu ebenfalls krit. *Schack*, ZUM 2017, 802, 804.

<sup>16</sup> RegE, BT-Drs. 18/12329, S. 35.

<sup>17</sup> RegE, BT-Drs. 18/12329, S. 35.

von Forschern gedacht. Eine Hochschul- und Landesbibliothek ist aber sowohl für immatrikulierte Studenten als auch für die Öffentlichkeit zugänglich. Schwierigkeiten macht auch der Verweis auf die Notwendigkeit, dass die Bibliothek keine unmittelbaren oder mittelbaren kommerziellen Zwecke verfolgen darf. Oftmals sind solche Bibliotheken gerade wegen des hohen Restaurierungsaufwands für Bücher drittmittelfinanziert. Auch wären Bibliotheken mit finanzierten Einrichtungen, wie etwa die *Fraunhofer-Gesellschaft*, aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen. Zudem würde ein Nutzungsentgelt die Anwendung der Vorschrift ausschließen.

#### b) Indexierung und Katalogisierung

Bibliotheken, Archive<sup>18</sup> und sonstige Bildungseinrichtungen (letztere über § 60 f UrhG) dürfen für Zwecke der Zugänglichmachung, Indexierung, Katalogisierung, Erhaltung und Restaurierung Werke auch mehrfach und mit technisch bedingten Änderungen vervielfältigen. Hier rächt sich der phänomenologische Zugang zu dem Thema. Nach derzeitigem Stand mag jeder Bibliothekar wissen, was mit den Zwecken der Zugänglichmachung, Indexierung, Katalogisierung, Erhaltung und Restaurierung gemeint ist. Im digitalen Kontext ist die Bedeutung der Begriffe „Restaurierung“ oder „Indexierung“ weniger eindeutig. Dabei ist die Archivierung auch erlaubt, wenn kein eigenes Werkstück als Vorlage verwendet wird. Die Kopien dürfen ferner für Zwecke der Restaurierung Werke an andere Bibliotheken weitergeben. Die so restaurierten Werke und Kopien von Zeitungen, vergriffenen oder zerstörten Werken aus ihrem Bestand dürfen verliehen werden. Bei Gedächtnisinstitutionen sieht § 60 e UrhG nur vor, dass eine Vervielfältigung durch die Institution selbst gemacht wird (anders als nach derzeitigem Recht). Dokumentenlieferungen dürfen nach § 60 e Abs. 5 UrhG nur an Nutzer zu nichtkommerziellen Zwecken versendet werden (anders noch § 53 a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 a UrhG). Zu beachten ist auch, dass nach § 60 h Abs. 2 Nr. 2 UrhG diese Nutzungsformen vergütungsfrei, d. h. ohne Einschaltung einer Verwertungsgesellschaft, zulässig sind. Fraglich ist, ob für das Verleihen der restaurierten Werke der Grundsatz der Vergütungspflicht über eine Verwertungsgesellschaft nach § 27 UrhG zur Anwendung kommen kann.

#### c) Fernleihe

§ 60 e Abs. 5 UrhG ist die Grundlage für den Kopienversand durch die Fernleihe. Beschränkt wird die Vervielfältigung auf Einzelbestellungen an Nutzer zu nichtkommerziellen Zwecken. Wiederum streitig ist die Einbindung von wirtschaftsnahen Forschungseinrichtungen wie *Fraunhofer* oder gar privatwirtschaftlichen Forschungseinrichtungen. Vervielfältigungen bis zu 10 % eines erschienenen Werkes sind erlaubt. Auch dies ist wiederum schwer zu berechnen. Zählen Stichwortverzeichnisse oder Vorworte mit? Kopien von Beiträgen, die in Fachzeitschriften oder wissenschaftlichen Zeitschriften erschienen sind, dürfen frei erstellt werden. Doch was genau ist eine „Zeitschrift“? Eigentlich sind wissenschaftliche Zeitschriften eine Untereinheit zu Fachzeitschriften. Außerdem ist die Abgrenzung von Fachzeitschriften zu Verbands- und Berufszeitschriften unklar.

Nach § 60 g Abs. 2 UrhG können vertragliche Bestimmungen zur Fernleihe die Schranke ersetzen und anderweitig regeln.

Unklar ist, ob das auch in AGB möglich ist, abweichend von § 53 a Abs. 1 Satz 3 UrhG stellt das Gesetz nunmehr auf das bloße Vorliegen alternativer vertraglicher Regelungen ab, ohne Bezug zu „angemessenen Bedingungen“ zu nehmen. Die Vorschrift ist i. Ü. enger als die bisherige Fernleihregelung, die eine zehnprozentige Beschränkung nicht ausdrücklich vorsah.<sup>19</sup> Auf keinen Fall gab es bei dem alten § 53 a UrhG eine Beschränkung auf Fachzeitschriften. Vielmehr galt die dortige Regelung für alle Beiträge aus „Zeitungen und Zeitschriften“. Außerdem war die Versendung in Papierform und elektronischer Form als grafische Datei frei zugänglich und nicht abdingbar. Lediglich in sonstiger elektronischer Form konnte auf alternative Verlagsangebote hingewiesen werden.

Ausgenommen vom Kopienversand sind nichtkommerzielle Archive, Museen und andere Bildungseinrichtungen.

#### d) Nutzung über elektronische Leseplätze

Neu geregelt wurde auch die Zugänglichmachung von Texten über Terminals der Bibliotheken (§ 60 e Abs. 4 UrhG). Danach dürfen Bibliotheken an Terminals in ihren Räumen ein Werk aus ihrem Bestand ihren Nutzern zugänglich machen für deren Nutzung oder private Studien.<sup>20</sup> Der Verweis auf das Tatbestandsmerkmal „in ihren Räumen“ macht Schwierigkeiten. Lange sind die Zeiten vorbei, wo die Bibliotheken auf feste, ihnen zugewiesene Räume zugreifen konnten. Bibliotheken sind inzwischen vielmehr dezentral und verfügen oft an den Instituten über keine eigenen Räumlichkeiten. Sie dürfen den Nutzern je Sitzung Vervielfältigungen von bis zu 10 % eines Werks sowie von Abbildungen, Beiträgen aus derselben Fachzeitschrift oder wissenschaftlichen Zeitschrift, sonstigen Werken geringen Umfangs und vergriffenen Werken zu nichtkommerziellen Zwecken ermöglichen. Auch dies erscheint unfreiwillig komisch. Will ein Nutzer z. B. eine Dissertation einsehen, darf er üblicherweise nicht mehr als 30 Seiten lesen. Würde er mehr lesen wollen, müsste er künstlich die Sitzung beenden und sich wieder neu einwählen. Im medizinischen Bereich wäre die maximale Seitenlänge sogar noch viel knapper, zum Teil nur bis fünf Seiten, ohne dass insoweit die Fragen der Titelei oder des Vorworts geklärt werden. Erfreulicherweise hat sich der Gesetzgeber nun dafür entschieden, auf den Grundsatz der limitierten Bestandsakzessorietät zu verzichten. Nach altem Recht durften nur an so vielen Terminals Werke vorgehalten werden, wie Hard Copies existierten (§ 52 b UrhG a. F.). Die Schranke ist i. Ü. vertragsfest. Allerdings sieht § 60 g Abs. 2 UrhG vor, dass für den Fall der Terminalnutzung abweichende Vereinbarungen zulässig sind.<sup>21</sup> Jedoch dürfen sich diese ausschließlich auf

<sup>18</sup> Nicht eingegangen werden soll an dieser Stelle auf die Änderung für Nutzungen der *Deutschen Nationalbibliothek* und des *Deutschen Patent- und Markenamts*. Diesem wurde erlaubt, künftig elektronische Pflichtexemplare ohne gesonderte Lizenz vorrätig zu halten und frei zugängliche Internetinhalte zu archivieren. Dem *DPMA* wurde die Nutzung sog. Nichtpatentliteratur auch unabhängig vom konkreten Verfahren erlaubt, um so die Qualität der Patentprüfung dauerhaft zu sichern.

<sup>19</sup> Insofern muss die Rspr. zu § 52 a UrhG herangezogen werden, die schon auf die 10 %-Regel abgestellt hat; s. *OLG München* ZUM-RD 2011, 603, 616; *LG Stuttgart* GRUR-RR 2001, 419.

<sup>20</sup> Die privilegierten Zwecke spielen in der Praxis keine Rolle, da man die subjektive Motivation der Nutzer kaum kontrollieren kann; s. *LG Frankfurt/M.*, GRUR-RR 2009, 330; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 52 b Rdnr. 11.

<sup>21</sup> Hierzu auch *Nordemann*, MMR 2017, 367, 368; *Würtenberger/Freischem*, GRUR 2017, 594.

genau spezifizierte Fälle wie die Terminalnutzung beziehen.<sup>22</sup> Geht die Vereinbarung über diese Fälle hinaus, dürfte sie unwirksam sein. Außerdem sagt die Regelung nur, dass die Schranke insoweit durch individuelle Vereinbarung abbedungen werden kann. Damit ist noch nicht gesagt, dass eine solche Abbedingung auch AGB-fest wäre.<sup>23</sup>

## 6. Wissenschaftliche Forschung

Freigestellt wird in einem eigenen Absatz auch die nichtkommerzielle wissenschaftliche Forschung (§ 60 c UrhG). Wie weit diese begrifflich geht, bleibt unklar. Ausgeschlossen könnte z. B. der ganze Bereich der *Fraunhofer-Institute* sein, die mittelbar einem Erwerbszweck dienen. Auch Industrieforschung ist weitgehend ausgenommen. Die nichtkommerzielle wissenschaftliche Forschung darf bis zu 15 % eines Werks vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen. Allerdings ist dies nur zulässig für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen, für deren eigene wissenschaftliche Forschung sowie für einzelne Dritte, soweit dies der Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung dient. Mit den Dritten dürfte z. B. die Plagiatssuchmaschine „Vroniplag“ und Ähnliches gemeint sein. Der bestimmt abgegrenzte Kreis von Personen beißt sich damit, dass bei einer bestimmt abgegrenzten Zahl von Personen gar keine Öffentlichkeit vorliegt. Wenn z. B. ein Wissenschaftler für eigene Zwecke Teile eines Werks kopiert und nachträglich seinen Forscherkollegen über das Internet zugänglich macht, handelt es sich nicht um eine öffentliche Nutzung. Verwirrend ist auch, dass die eigene wissenschaftliche Forschung mit Kopien bis zu 75 % eines Werks begünstigt ist (§ 60 c Abs. 2 UrhG) und die baufällige Regelung geht noch weiter. Denn bestimmte Werke dürfen vollständig genutzt werden, nämlich Abbildungen, einzelne Beiträge aus derselben Fachzeitschrift oder sonstige Werke geringen Umfangs und vergriffene Werke (§ 60 c Abs. 3 UrhG). Unklar ist auch das Verhältnis von § 60 c UrhG zu den Bestimmungen des § 60 e UrhG. Darf nun ein Forscher in größerem Umfang Kopien versenden? Oder regelt die Vorschrift nur den Output des Wissenschaftlers und dessen Verbreitung? Im Unterschied zu § 52 a UrhG enthält keine Vorschrift eine Beschränkung auf kleine Teile eines Werks oder auf einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften. Sie wird auch noch dadurch erweitert, dass § 60 c Abs. 3 UrhG erlaubt, einzelne Beiträge aus derselben Fachzeitschrift oder wissenschaftlichen Zeitschrift zu benutzen (ohne dass der Begriff der Nutzung urheberrechtlich in den klassischen Kategorien der Verwertungshandlungen beschrieben wird).

## 7. Data Mining

Neu im Urheberrecht ist eine Regelung für das Text und Data Mining, bei dem eine Vielzahl von Texten, Daten, Bildern und sonstigen Materialien ausgewertet werden, um so neue Erkenntnisse zu gewinnen.

§ 60 d UrhG regelt eine völlig neue, dem traditionellen Urheberrecht fremde Schranke für diesen Bereich. Sie erlaubt die Auswertung von Ursprungsmaterial in automatisierter Form für die nicht kommerzielle wissenschaftliche Forschung.<sup>24</sup> Der Begriff des Ursprungsmaterials hat wieder eine Legaldefinition gefunden und umfasst eine Vielzahl von Werken. Damit ist aber ein völlig konturenloser Begriff in das Gesetz aufgenom-

men worden. Letztendlich ist Data Mining alles, was mit der systematischen Analyse von Werken zu tun hat. Die Schwächen setzen sich in der Vorschrift fort. Diese erlaubt die automatisierte und systematische Vervielfältigung des Ursprungsmaterials. Der Zweck muss darin bestehen, „insbesondere“ durch Normalisierung, Strukturierung und Kategorisierung ein auszuwertendes Korpus zu erstellen. Durch das „insbesondere“ ist wiederum jede Kontur der Vorschrift vermieden. Hinter dem „insbesondere“ steht jetzt der Oberbegriff des auszuwertenden Korpus. Was darunter zu verstehen ist, bleibt nur einigen wenigen Spezialisten verständlich. Als Standardfall kann die linguistische Auswertung von Fremdtexen genommen werden, wobei der Text nach bestimmten Begriffen durchsucht und auf diese Weise ein Fundus an Schlüsselbegriffen erstellt wird. Was der Unterschied zwischen Text Mining und Data Mining ist (so die Überschrift zu § 60 d UrhG), bleibt aber weiterhin offen. Der deutsche Gesetzgeber befindet sich hier in guter Gesellschaft. Derzeit plant auch die Schweiz eine Revision des Urheberrechtsgesetzes, in der für Data Mining eine Spezialvorschrift aufgenommen wird. § 60 d Abs. 2 UrhG betritt ebenfalls Neuland, indem die Abgrenzung zu den Datenbankwerken und den Datenbanken vorgenommen wird. Im Grunde wird ein Freibrief für die datenbankrechtliche Nutzung des Ursprungsmaterials für den Fall erstellt, dass die Datenbankstruktur oder Datenbanken genutzt werden. Nach § 60 d Abs. 3 UrhG sind das Korpus und die Vervielfältigung des Ursprungsmaterials nach Abschluss der Forschungsarbeiten zu löschen. Unverständlich ist die Rechtsnatur der Bestimmung. Die Löschungspflicht ist nicht als Grundbedingung für die Nutzung der Schranke formuliert, sondern tritt neben die Schranke hinzu. Welchen Sinn es macht, das Korpus zu löschen, bleibt unerfindlich. Auch ist unklar, was mit Abschluss der Forschungsarbeiten gemeint sein könnte. Einen förmlichen Abschluss gibt es bei den wenigsten Forschungsprojekten. I. Ü. entspricht die neue Regelung den europarechtlichen Trends. In der Schweiz besteht im Rahmen der Revision des Urheberrechtsgesetzes auch Interesse an einer entsprechenden Regelung, ähnlich wie im Bereich der Europäischen Kommission, wie es in ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt deutlich wird.<sup>25</sup>

## 8. Angemessene Vergütung über Verwertungsgesellschaften

Für Nutzungen im Bereich der gesetzlichen Schranken erhält der Urheber als Ausgleich nach § 60 h UrhG grundsätzlich eine angemessene Vergütung. Dabei kann eine pauschale Festlegung der Vergütung auf Basis von Stichproben über die Werknutzung ausreichen, um eine angemessene Vergütung zu ermitteln.<sup>26</sup> Diese Vergütung wird über eine Verwertungsgesellschaft ausgeschüttet. Hier bleibt das Problem, dass bei

<sup>22</sup> RegE, BT-Drs. 18/12329, S. 46.

<sup>23</sup> Unklar ist, ob eine vertragliche Regelung voraussetzt, dass die Werke zu angemessenen Bedingungen angeboten werden. Dies war nach altem Recht streitig; s. die Nachw. bei Dreier, in: Dreier/Schulze, § 52 b Rdnr. 12.

<sup>24</sup> Hierzu auch Bullinger, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2017, 487, 488.

<sup>25</sup> Art. 3 DSM-Richtlinie (COM (2016) 593 final).

<sup>26</sup> Ein Problem im Hintergrund ist die Einzelerfassung nach dem sog. Osnabrücker Modell zu § 52 a a. F.; hierzu: BGH GRUR 2013, 1220.

einer Verwertungsgesellschaft – typischerweise der VG Wort – lediglich die Urheber als Berechtigte beteiligt werden, nicht aber die Verlage.

## II. Fazit

Das Gesetz markiert einen Übergang des Gesetzgebers von starren, traditionellen Schranken zu ergebnisoffenen, unvollständigen Tatbeständen. Für die internationale Verlagsszene ist dieses Gesetz besonders wichtig, weil es neue Formen der Verwertung von Beiträgen in Unterricht und Forschung erlaubt, wenngleich eine pauschale Vergütung über zentrale Stellen bei Verwertungsgesellschaften sicherlich finanzielle Risiken birgt.<sup>27</sup> Es bemüht sich dabei, einen fairen Kompromiss zwischen den Interessen der Verleger und der Wissenschaft zu finden. Es bleibt aber noch genügend Spielraum für gerichtliche Auseinandersetzungen, die wahrscheinlich bald kommen werden.<sup>28</sup>

## III. Summary

For many years, copyright law has sparked disagreement between scientific authors and publishers. This was a reason for the German legislator to adopt a new Copyright Information Society Act in mid-2017. The new law reforms the limitations for the permitted use of copyright works in education and science as well as libraries, museums and archives. The aim is to find a fair com-

promise between the interests of publishers and science. The reform expands the scope of permitted use and lays down a rule for an appropriate remuneration. Likewise, the new law marks the transition from rigid, traditional limitations to open-ended, incomplete guidelines that can be described as phenomena. This new regulation approach is a reaction to modern challenges. However, the exact scope and distinction of the added permissions remains unclear regarding numerous individual issues. This applies in particular to the rule for text and data mining, which is novelty in copyright law. Overall, the reform leaves plenty of room for legal disputes in the future.



Prof. Dr. Thomas Hoeren

<sup>27</sup> Krit. hierzu Nordemann, NJW 2017, 1586.

<sup>28</sup> So ebenfalls vorausschauend Wandtke, MMR 2017, 367, 368.

## RECHTSPRECHUNG

### WIRTSCHAFTSRECHT

#### EuGH | Schwangere Arbeitnehmerinnen nicht vor Massenentlassung geschützt

RL 92/85/EWG, Art. 1, 2, 10, 11; RL 98/59/EG, Art. 1,2; Estatuto de los Trabajadores, Art. 51, 52, 55; Real Decreto 1483/2012; Reguladora de la jurisdicción social (Gesetz 36/2011 über die Arbeits- und Sozialgerichtsordnung), Art. 122 Abs. 2

#### Leitsatz der Redaktion

**Schwangeren Arbeitnehmerinnen kann im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt werden, sofern der Arbeitgeber der entlassenen schwangeren Arbeitnehmerin die Gründe für die Massenentlassung und die sachlichen Kriterien mitteilt, nach denen die zu entlassenden Arbeitnehmer ausgewählt worden sind.**

EuGH, Urteil vom 22.2.2018 – C-103/16 – Jessica Porras Guisado/ Bankia SA u.a., BeckRS 2018, 1643

#### Sachverhalt

Nachdem ein spanisches Unternehmen Anfang 2013 mit der Arbeitnehmervertretung die Konsultationen wegen einer ge-

planten Massenentlassung aufgenommen und das Verhandlungsgremium in einer Vereinbarung die maßgeblichen Auswahlkriterien für die zu kündigenden Arbeitnehmer festgelegt hatte, kündigte das Unternehmen nach Maßgabe dieser Vereinbarung einer schwangeren Arbeitnehmerin mit der Begründung, dass für die spanische Provinz, in der die Arbeitnehmerin arbeite, weitgreifende Personalanpassungen erforderlich seien und nach dem Bewertungsverfahren, das das Unternehmen in der Konsultationsphase durchgeführt habe, ihr Ergebnis zu den niedrigsten in dieser Provinz zähle. Die betroffene Arbeitnehmerin klagte gegen ihre Kündigung ohne Erfolg beim zuständigen spanischen Arbeits- und Sozialgericht. I. R. d. hiergegen beim Obersten Gericht von Katalonien eingelegten Revision rief das Gericht den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren an und bat um die Auslegung des in der Mutter-schutzrichtlinie 92/85/EWG geregelten Verbots der Kündigung schwangerer Arbeitnehmerinnen in Fällen, in denen ein Massenentlassungsverfahren i. S. d. Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG durchgeführt wird.

#### Entscheidung

Der EuGH erachtet die Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin auf Grund einer Massenentlassung nicht als grds. ausgeschlossen. Eine Kündigungsentscheidung aus Gründen,