

Das Sicherungsverlangen des Auftragnehmers nach § 648 a BGB kann aber in manchen Fällen auch völlig „ins Leere“ gehen. Das gilt nach BGH⁶⁹ beispielsweise dann, wenn zum Zeitpunkt des Sicherungsverlangens ein auf Mängel gestütztes Kündigungsrecht des Auftraggebers (z. B. gem. § 4 Nr. 7 i. V. mit § 8 Nr. 3 VOB/B) bereits entstanden ist. Gleiches gilt nach einer weiteren Entscheidung des BGH⁷⁰, wenn der Auftraggeber die Vertragserfüllung endgültig verweigert und zu erkennen gibt, dass er nicht dazu bereit ist, die Gegenleistung zu erbringen, die abgesichert werden soll. In diesem Fall stehen dem Auftragnehmer diejenigen Ansprüche zu, die bereits vor dem fruchtlosen Sicherungsverlangen gem. § 648 a BGB begründet waren. Der Auftragnehmer ist nach der genannten Entscheidung dann auch nicht auf den Ersatz seines Vertrauensschadens beschränkt.

3. Verlangen auch nach Abnahme möglich

Seit Einführung des § 648 a BGB war streitig, ob der Werkunternehmer Sicherheit auch nach Abnahme für die noch auszuführenden Restarbeiten/Mängelbeseitigungsarbeiten verlangen kann oder nicht. Mit den bereits im letzten Bericht mitgeteilten drei Urteilen vom 22. 1. 2004⁷¹ hat der BGH diese Möglichkeit ausdrücklich eröffnet. § 648 a BGB gibt dem Werkunternehmer also auch nach der Abnahme das Recht, eine Sicherheit zu verlangen, wenn der Besteller noch Erfüllung des Vertrags (Mängelbeseitigung) fordert. Dies hat der BGH mit weiteren Entscheidungen nochmals bestätigt⁷². Kommt der Auftraggeber dem Sicherungsverlangen nicht nach, so kann der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung ohne das Risiko, dadurch in Verzug zu geraten, verweigern. Lässt der Auftraggeber dann die Mängel gleichwohl im

Wege der Ersatzvornahme beseitigen, so ist er nach OLG Düsseldorf⁷³ nicht berechtigt, die Ersatzvornahmekosten durch Aufrechnung geltend zu machen. In allen anderen Fällen ist der Werklohnsanspruch des Unternehmers – wenn Sicherheit nicht fristgemäß gestellt wird – um die einfachen Mängelbeseitigungskosten zu kürzen⁷⁴.

IX. Deliktsrecht und Verkehrssicherungspflichten

Die dem Auftragnehmer (hier: Nachunternehmer) im Tiefbau obliegende Verkehrssicherungspflicht endet nicht mit der Beendigung seiner Tätigkeit und dem Abzug von der Baustelle. Er muss – so das OLG München⁷⁵ – die von ihm geschaffene Gefahrenquelle sichern, entweder indem er selbst für eine dauerhafte Absicherung während seiner Abwesenheit sorgt oder die Verantwortung jemand anderem überträgt.

69 BGH, BauR 2006, 375 = IBR 2006, 91: die Kündigung dort wurde vor Ablauf der ersten Frist und damit vor dem Entstehen des Leistungsverweigerungsrechts des Arbeitnehmers ausgebracht.

70 BGH, NJW 2005, 1650 = NZBau 2005, 335 = BauR 2005, 861 = IBR 2005, 254.

71 BGH, NZBau 2004, 259 = BauR 2004, 826; NZBau 2004, 261 = BauR 2004, 830; NJW-RR 2004, 740 = NZBau 2004, 264 = BauR 2004, 834; vgl. hierzu auch die Presseerklärung des BGH vom 23. 1. 2004, abgedruckt u. a. in BauR 2004, 487, die Anmerkung von Nettesheim, NZBau 2005, 323, und Valerius, BauR 2005, 23.

72 BGH, NJW-RR 2005, 389 = NZBau 2005, 146 = BauR 2005, 555 = IBR 2005, 85; NJW-RR 2005, 609 = NZBau 2005, 280 = BauR 2005, 749 = IBR 2005, 198.

73 OLG Düsseldorf, BauR 2005, 572 = IBR 2005, 255.

74 BGH, NJW-RR 2005, 389 = NZBau 2005, 146 = BauR 2005, 555 = IBR 2005, 85.

75 OLG München, IBR 2005, 203 = MDR 2005, 1050.

Kommentar

Professor Dr. Georgios Gounalakis, Marburg

Ein neuer Morgen für den Wissenschaftsparagraphen: Geistiges Eigentum weiter in Piratenhand*

I. Abenddämmerung

Fast könnte man meinen, der im Gesetzgebungsverfahren so heftig geführte Streit um § 52 a UrhG sei nichts weiter gewesen als rechtspolitisches Theater. Theater, das seine Spannung nicht mehr allein aus den gängigen Freund-Feind-Manövern der politischen Parteien, sondern auch aus einem Umfeld bezieht, das durch intensive Lobbyarbeit aufgeladen ist. Wird also alles nicht so heiß gegessen, wie es gekocht wird? Die Frage lohnt sich, und zwar nicht, nur wegen der trügerischen Ruhe, die um den so genannten Wissenschaftsparagraphen eingekehrt ist, sondern nicht zuletzt auch aus aktuellem Anlass.

Wir erinnern uns: § 52 a UrhG war als erste Vorschrift im deutschen Urheberrecht mit einer „Sunset-Provision“, also einem Ablaufdatum versehen worden. So sollte nach § 137 k UrhG a. F. die Schrankenregelung des § 52 a UrhG mit Ablauf des Jahres 2006 keine Anwendung mehr finden. Mit der Klausel war es dem Gesetzgeber möglich, ohne weiteres Gesetzgebungsverfahren den automatischen Rückzug anzutreten, falls sich sein Schritt ins urheberrechtliche Neuland trotz entgegengesetzter Prognose letztlich doch nicht bewährt haben sollte. Im Sommer 2006, als für § 52 a UrhG die Dämmerung nahte, nutzte die große Koalition die Gelegenheit, im ebenfalls gedämpften Licht einer Nacht- und Nebelaktion die

Frist des § 137 k UrhG um zwei weitere Jahre zu verlängern. Ein neuer Morgen also für § 52 a UrhG und ein neuer Anlass für eine weitere kritische Betrachtung, an deren Ende die These plausibel geworden sein sollte, dass jene Gründe, die zur heftigen Kritik an § 52 a UrhG Anlass geben, im Widerspruch zur mangelnden Sorgfalt stehen, die der Gesetzgeber bei Fristverlängerung der Bestimmung hat walten lassen.

II. § 52 a UrhG als Ausdruck der Sozialbindung des Urheberrechts?

Der sowohl rechtspolitisch wie rechtlich zentrale Aspekt, der die Brisanz des § 52 a UrhG auch jenseits politischer und lobbyistischer Rituale ausmacht, ist die starke Strapazierung der in Art. 14 II GG getroffenen Anordnung, Eigentum verpflichtet und sein Gebrauch solle zugleich auch dem Allgemeinwohl dienen. Urheberrechtssystematisch zählt § 52 a UrhG zu jenen Vorschriften, an deren äußeren Tatbestandsrändern die Eigentümerbefugnisse der Urheber und Rechteinhaber enden und die Sozialbindung des geistigen Eigentums beginnt: den Schrankenbestimmungen. Geistiges Eigen-

* Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Medienrecht, Direktor des Instituts für Rechtsvergleichung sowie der Forschungsstelle für Medienrecht und Medienwirtschaft an der Philipps-Universität Marburg.

tum als kulturelle, wissenschaftliche und ökonomische Ressource bleibt damit nicht mehr vollständig der monopolisierenden Bestimmungsmacht des Urhebers vorbehalten, sondern findet sich in ihnen gewissermaßen sozialisiert wieder. Bei der Einschätzung des rechten Maßes der Sozialisierungswirkung von § 52 a UrhG ist der Gesetzgeber allerdings zumindest ein Risiko eingegangen. Denn Schrankenregelungen haben sich kraft Verfassungsrechts, aber auch kraft europäischen und internationalen Urheberrechts als Ausnahmen zu verstehen. Nur als Ausnahmen können Schrankenregelungen Sozialisierungstendenzen vermeiden, die eine Gewährleistung des Urheberrechts als Eigentumsrecht i. S. des Art. 14 I GG insgesamt in Frage stellen.

III. § 52 a UrhG als kostensparendes „Lizenz-Sharing-Modell“ und freie Fahrt für Wissenschaftspiraten?

Mit § 52 a UrhG ist der Gesetzgeber allerdings Gefahr gelaufen, dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis vor allem zu Lasten wissenschaftlicher Verlage aus den Angeln zu heben. Denn wissenschaftliche Verlage sind nach § 52 a UrhG gezwungen, Einschnitte in ihre urheberrechtlichen Nutzungsrechte ausgerechnet dort hinzunehmen, wo sie sie hauptsächlich wirtschaftlich nutzen können: auf den Absatzmärkten für Forschung und Lehre! Das Bangen der Verleger, die einen beträchtlichen Teil ihrer Felle davonschwimmen sehen, wird an dieser Stelle nachvollziehbar. Und weil der Gesetzgeber deren Sorgen nicht ganz ungeteilt lassen wollte, stattete er schließlich § 52 a UrhG mit dem jüngst verlängerten Verfallsdatum aus.

Bei so viel legislatorischem Mitgefühl musste sich freilich von vornherein der Verdacht aufdrängen, mit § 52 a UrhG könne etwas nicht stimmen. Welche einzelnen Nutzungsformen bleiben dem Verbot der wissenschaftlichen Verlage eigentlich noch vorenthalten und in welchem Umfang? Zeit, einen genaueren Blick auf den Tatbestand der Schrankenregelung zu werfen.

§ 52 a UrhG gestattet es bestimmt abgegrenzten Kreisen von Unterrichtsteilnehmern oder Forschern, Werkteile, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften in Computernetzwerken zu verwenden. Eine Nutzung, die man in Anlehnung an eine gängige Praxis von Pay-TV-Piraten mit dem Stichwort Lizenz-Sharing bezeichnen könnte: Pay-TV-Piraten halten es für unzumutbar, wenigstens aber für überflüssig, die gesamten Kosten für ein Pay-TV-Angebot selbst zu tragen und suchen daher nach Auswegen. Da sich die Verschlüsselungssysteme der Anbieter nur noch unter größten Schwierigkeiten decodieren lassen, bietet das in Piraten-Kreisen so genannte Card-Sharing die Lösung. Dafür muss nur eine einzige Person ein Abonnement des Anbieters erwerben. Diese Person verfügt dann auch über die Chipkarte, die den Nutzer als Berechtigten ausweist. Die übrigen Nutzer sind über eine Internetverbindung ständig mit dem Decoder des berechtigten Nutzers verbunden und haben so Zugriff auf die kostenpflichtigen Pay-TV-Angebote. Das Card-Sharing versorgt also mit einer einzigen Lizenz eine Vielzahl von Nutzern mit dem begehrten Programm.

Was die Kombination aus Digitalisierung und Vernetzung hier illegal ermöglicht, findet sein legales Pendant in § 52 a UrhG. Hier genügt es, ein einziges Werkexemplar zu erwerben, um es anschließend erlaubnisfrei einem ganzen Forscher- oder Unterrichtskreis zugänglich zu machen. Der Gesetzgeber hat es für unzumutbar, wenigstens aber für überflüssig gehalten, der Wissenschaft, mithin auch den Länderhaushalten, die gesamten Kosten für die Lizenzierung einer Netzwerknutzung

aufzuerlegen und fand mit § 52 a UrhG den Ausweg im legalen Piratentum. Freie Fahrt also für Wissenschaftspiraten. Mit dieser freilich zugespitzten Parallele hat es aber noch nicht sein Bewenden. Die Pointe liegt in der Frage, was denn passiert, wenn der Albtraum der Verleger wahr wird und es zu einem massenhaften Lizenz-Sharing und Raubrittertum dieser Art kommt. Und Kenner der deutschen Geschichte des Pay-TV wissen freilich schon die Antwort.

Jenseits aller hilfreichen Zuspitzungen lässt sich als Zwischenbilanz jedenfalls festhalten: Selbst wenn man die vom Verfasser bekanntlich vertretene Auffassung, § 52 a UrhG sei grundsätzlich verfassungsrechtlichen Bedenken unterworfen (s. Gounalakis, Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung [§ 52 a UrhG] im Lichte der Verfassung, 2003), nicht teilen will, so ist die Vorschrift jedenfalls dann zu überdenken, wenn es zu massenhaften Nutzungen nach § 52 a UrhG kommt, die sich über den Vergütungsanspruch des § 52 a IV UrhG faktisch nicht kompensieren lassen. Dies freilich setzt gesicherte Erkenntnisse über Art und Umfang der Nutzung voraus, deren Erhebung der Gesetzgeber ganz offensichtlich mit § 137 k UrhG immer vorausgesetzt hat.

IV. § 52 a UrhG als Ausdruck legitimer Allgemeinwohlbelange?

Über ein Lizenz-Sharing-Modell lassen sich also bequem Lizenzierungskosten einsparen, selbst wenn man den Vergütungsanspruch des § 52 a IV UrhG mit in Ansatz bringt. Dieser Einspareffekt wird denn auch von den Befürwortern des Wissenschaftsparagrafen selbst dann immer mitgedacht, wenn er unausgesprochen bleibt. Verwunderlich ist daran bloß, dass in der Diskussion um § 52 a UrhG ebenso unausgesprochen die Frage in der Luft liegt, ob die Einsparung von Kosten denn überhaupt als legitimer Allgemeinwohlbelang gelten darf. Diese Frage wird man wohl getrost mit „nein“ beantworten dürfen.

Die wirtschaftliche Auswertung geistigen Eigentums nämlich ist in der Tradition des deutschen Urheberrechts niemals als Hindernis für geistiges Schaffen, sondern umgekehrt immer auch als dessen Voraussetzung begriffen worden. Für wissenschaftliche Werke gilt hier keine Ausnahme. Selbst wenn der Wissenschaftler in vielen Fällen weniger an der wirtschaftlichen Auswertung als an der Verbreitung seiner Werke interessiert ist, setzt Letztere doch immer noch eines voraus: Ein funktionierendes Verlagswesen, das in erster Linie an der wirtschaftlichen Nutzung der Werke interessiert sein muss. Der immer wieder zu vernehmende, mal mehr, mal weniger belehrende Hinweis, bei der Diskussion um § 52 a UrhG werde zu wenig Wert auf eine Differenzierung der Interessen von Autoren auf der einen und Verlegern auf der anderen Seite gelegt, greift zu kurz. Denn profitiert der Autor tatsächlich finanziell aus § 52 a UrhG, zahlt er die Ersparnis über den Weg erhöhter Druckkostenzuschüsse an seinen Verlag zurück.

Mit § 52 a UrhG verbundene Einspareffekte als schrankenrechtfertigende Allgemeinwohlbelange zu veranschlagen, wäre darüber hinaus auch im systematischen Vergleich mit den übrigen urheberrechtlichen Schrankenregelungen ein Novum. Als Beleg hierfür braucht man sich nur das Kopierprivileg aus § 53 II Nr. 1 UrhG vor Augen zu führen, dessen angebliche Verwandtschaft mit § 52 a UrhG immer wieder betont worden ist. Danach ist es zum wissenschaftlichen Gebrauch erlaubnisfrei zulässig, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werks herzustellen. Weshalb nun darf der Wissenschaftler mit seinen Büchern zum Kopierer gehen? Nicht etwa, damit der Wissenschaftsbetrieb vom Erwerb zahlloser

Bücher befreit werden soll, sondern weil der Wissenschaftler, seit der Kopierer in seiner Umgebung steht, ganz ungeniert kopiert, weil er massenhaft kopiert und weil er, da er massenhaft kopiert, für den Urheber unkontrollierbar viel und oft kopiert. Mit dem Kopierprivileg soll also weder dem Privilegierten etwas gegeben noch dem Urheber etwas genommen werden. Es ist schlicht und einfach die Reaktion auf eine massenhafte und unkontrollierte Nutzungspraxis, die dem Urheber über den Weg der gesetzlichen Lizenz eine Vergütung verschafft, die er ohne die Schrankenregelung gar nicht hätte erzielen können. Die Behinderung des Wissenschaftsbetriebs, die mit einem umfassenden Verbot des Urhebers einherginge, rechtfertigt das Kopierprivileg.

Überträgt man diesen Befund auf § 52 a UrhG, ergibt sich ein ähnliches Bild. Der Gesetzgeber setzt mit § 52 a UrhG voraus, dass der Einsatz neuer Medien in der Wissenschaftspraxis früher oder später genauso massenhaft und unkontrolliert vonstatten gehen wird. Allein hierin kann die Ratio des § 52 a UrhG zu sehen sein. Dabei freilich besteht der Verdacht, dass der Gesetzgeber mit Einführung der Schranke der massenhaften Nutzung erst die Tür für ein hemmungsloses Piratentum geöffnet hat. Wenn aber tatsächlich eine massenhafte § 52 a UrhG-Nutzung zu konstatieren ist, wird auch aus diesem Grund die mit § 137 k UrhG vorausgesetzte Evaluation von Art und Umfang der Nutzung virulent.

V. § 52 a UrhG als Ausdruck einer inkonsistenten Behandlung neuer Medien im Urheberrecht?

Steht bislang fest, dass es sich bei der Diskussion um § 52 a UrhG nicht allein um ein rituell-politisches Gefecht handelt, sondern auch um eine aus guten rechtlichen Gründen geführte Schlacht, bleibt noch ein Aspekt zu ergänzen: Die schwindende Konsistenz des Urheberrechtsgesetzes insgesamt. Konsistenzprobleme ergeben sich aus § 52 a UrhG, wenn man ihn daran misst, wie der Gesetzgeber in vergleichbaren Fällen urheberrechtlich auf die Regulierungsanforderungen der neuen Medien reagiert hat. Wenn dabei überhaupt ein übergeordnetes Konzept zu erkennen ist, dann doch jenes, das auf die Gefahren Rücksicht nimmt, die mit den gewachsenen Nutzungs- und Missbrauchsmöglichkeiten der fortschreitenden Digitalisierung von urheberrechtlich geschützten Werken verbunden sind. Sichtbar wird das vor

allem an restriktiven Schrankenregelungen für Computerprogramme und Datenbanken, an der Einschränkung der erlaubnisfreien Privatkopie, aber auch an der Einführung von Regeln zu technischen Kopierschutzmaßnahmen. Für den Fall des § 52 a UrhG schert der Gesetzgeber indes aus dieser Richtung aus. Die Missbrauchsmöglichkeiten, die § 52 a UrhG damit eröffnet, nimmt er in Kauf. Umso mehr Gewicht erhält daher die Forderung nach einer sensiblen Überwachung von Art und Umfang der Nutzungen nach § 52 a UrhG.

VI. Morgendämmerung

Konnte vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Brisanz des § 52 a UrhG die Forderung nach seinem Evaluierungsbedürfnis nicht oft genug betont werden, so bleiben zum Schluss noch die bemerkenswerten Umstände nachzutragen, unter denen es zur Verlängerung des Ablaufdatums von § 52 a UrhG gekommen ist. Man ahnt es schon: Kenntnisse über eine Evaluation durch das BMJ liegen noch nicht vor. Und über eine angemessene Vergütung für Nutzungen nach § 52 a UrhG sind noch keine Gesamtverträge mit den Verwertungsgesellschaften zu Stande gekommen. Wie denn auch, weiß man doch so wenig über das Ausmaß der Nutzung! Soweit der Stand der Dinge Mitte Juni 2006, dem Zeitpunkt, zu dem das BMJ von Vertretern der Bundesländer darauf aufmerksam gemacht wurde, dass § 52 a UrhG wohl ausläuft, bevor es im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum Zweiten Korb der Urheberrechtsreform zu einer Diskussion der Evaluationsergebnisse kommen wird. Aus Sicht der Bundesregierung war nun Eile geboten, und in der Tat ist es gelungen, die Verlängerung von § 52 a UrhG in ein kurz vor Abschluss stehendes urheberrechtliches Gesetzgebungsvorhaben einzubauen. Das Gesetzgebungsverfahren befasste sich mit der Umsetzung der EG-Folgerechtsrichtlinie, und zu einer Sachdiskussion über § 52 a UrhG reichte, wen wundert es, die Zeit nicht aus. So datiert die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 28. 6. 2006, beschlossen wurde das Gesetz schließlich in den späten Abendstunden des 29. 6. 2006. Eine ausdrückliche Kommentierung dieser Nacht- und Nebelaktion erübrigt sich. Doch als trauriges Fazit bleibt das geistige Eigentum weitere zwei Jahre in Piratenhand. ■

Personalien

Theodor Lenckner †

Am 5. 11. 2006 ist Professor *Theodor Lenckner*, Emeritus an der Universität Tübingen, im Alter von 78 Jahren verstorben. Die Strafrechtswissenschaft verliert mit ihm einen allseits angesehenen und hochgeschätzten Gelehrten, der vielen Generationen von Juristen durch seine Kommentierungen im „*Schönke/Schröder*“ bekannt ist. *Theodor Lenckner* wurde am 14. 7. 1928 als Sohn eines Pfarrers in Schwäbisch Hall geboren. Nach seiner Reifeprüfung in Heidenheim an der Brenz nahm er im Wintersemester 1948/1949 das Studium der Rechtswissenschaften an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen auf. Dieses schloss er im Jahre 1952 mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung ab. Während der sich anschließenden Referendarszeit blieb er der Universität als wissenschaftliche Hilfskraft und Assistent verbunden. Im Jahre 1956 promovierte er mit einer grundlegenden, noch heute viel beachteten Schrift zum Prozessbetrug bei *Wilhelm Gallas*. Nachdem er im Frühjahr 1957 das Assessorexamen

in Stuttgart abgelegt hatte, folgte eine kurze Tätigkeit bei der Südwestdeutschen Landwirtschaftsbank in Stuttgart. Schon bald kehrte er jedoch – wie er mir einmal sagte – „reumütig“ an die alma mater nach Tübingen zurück, um dort Assistent des großen Strafrechtslehrers *Horst Schröder* zu werden. Im Jahre 1964 habilitierte er sich mit der Schrift „Der rechtfertigende Notstand“ für die Fächer „Strafrecht und Prozessrecht“. Schon kurz darauf konnte *Theodor Lenckner* einen Ruf an die Universität Münster annehmen. Dort fühlte er sich ausgesprochen wohl und lehnte Rufe an die Universitäten Gießen und Heidelberg ab. Im Jahre 1972 nahm er schließlich einen Ruf an seine Heimatuniversität Tübingen an. Dort blieb er bis zu seiner Emeritierung im Jahre 1996, nachdem er im Jahre 1977 einen ehrenvollen Ruf an die Universität München abgelehnt hatte. Für sein wissenschaftliches Werk und sein starkes ehrenamtliches Engagement als langjähriges Mitglied des Vorstands der Körperbehindertenför-