

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Mohrenstr. 37
10117 Berlin

Konrad-Adenauer-Ufer 11
RheinAtrium
50668 Köln

Telefon (0221) 650 65-151
Telefax (0221) 650 65-205
E-Mail office@grur.de
www.grur.org

Per E-Mail: referat-III B3@bmjv.de

23.02.2017

Stellungnahme

1. zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (UrhWissG)

2. zum Verleih von E-Books durch Bibliotheken (sog. „E-Lending“)

Sehr geehrter Herr Minister,
sehr geehrter Herr Schmid,
sehr geehrte Frau Anton,

die Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR) ist eine als gemeinnützig anerkannte wissenschaftliche Vereinigung sämtlicher auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts tätigen Mitglieder von Berufsgruppen und Organisationen; es sind insbesondere Hochschullehrer, Richter, Beamte, Rechtsanwälte, Patentanwälte sowie Vertreter von Verbänden und Unternehmen.

Gerne kommen wir der Bitte um Stellungnahme in Ihrem Schreiben vom 01. Februar 2017 nach und nehmen zum Referentenentwurf des UrhWissG und zum Verleih von E-Books durch Bibliotheken Stellung.

Der Fachausschuss der GRUR hat wegen des engen Zeitplans, der für die Beantwortung gesetzt war, keine gesonderte Sitzung einberufen können. Die Stellungnahme beruht auf Erwägungen der Vorsitzenden des Fachausschusses und den schriftlichen Stellungnahmen einiger Mitglieder zu einzelnen Fragen. Abweichende Stellungnahmen einiger im Fachausschuss vertretener Gruppen werden in eigenen Eingaben erfolgen. Es sei etwa

auf die Stellungnahme der Verlagswirtschaft durch den Börsenverein des Deutschen Buchhandels verwiesen. Ein konsolidierter Entwurf, der alle im Abstimmungsprozess genannten Erwägungen aufgreift, konnte auch wegen der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit nicht erstellt werden.

Referentenentwurf für ein Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG)

I. Allgemeine Bemerkungen

1. Zum Regelungsbedarf

Durch technisch notwendige Vervielfältigungshandlungen spielt das Urheberrecht bei digitaler Forschung und Lehre eine immer größere Rolle. Die Interessen von Rechteinhabern, Nutzern und der Allgemeinheit bei Bildung und Forschung des 21. Jahrhunderts auszugleichen, ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers. Die GRUR begrüßt daher, dass nun ein ausführlicher begründeter und sorgfältig abgewogener Referentenentwurf vorgelegt wurde.

Ein großer Fortschritt in der Handhabung des Gesetzes liegt darin, dass die verstreuten Schrankenregelungen zusammengeführt und zudem mehrere adressatenbezogene Einzelschranken geschaffen werden sollen, in denen die Voraussetzungen der Nutzung detailliert geregelt sind. Das erleichtert die Rechtsanwendung und hilft gerade auch juristischen Laien, durch einen „Blick in das Gesetz“ zu sehen, welche Nutzungen erlaubt sind. Insbesondere der weitgehende Verzicht auf unbestimmte Rechtsbegriffe und die Einführung einer einheitlichen Terminologie erhöht die Rechtssicherheit. Der Entwurf verzichtet allerdings weitgehend auf Öffnungsklauseln, die alle im Vorfeld vorgelegten Vorschläge vorgesehen hatten. Momentane Rechtssicherheit wird insoweit erkaufte durch mangelnde Flexibilisierung und Zukunftsoffenheit. Das wird vor allem aus Kreisen der Wissenschaft kritisch gesehen.

2. Rechtspolitische Grundentscheidungen des Entwurfs

Bei der rechtspolitischen Bewertung des Entwurfs gibt es stark divergierende Auffassungen innerhalb der Mitglieder des Fachausschusses der GRUR, die sich auch in der folgenden Stellungnahme widerspiegeln.

Von Verlagsseite wird der Entwurf stark kritisiert. Er schränke das Urheberrecht in den Bereichen Bildung und Wissenschaft deutlich ein und entwerte die Leistungen der Autoren und ihrer Verlage. Zudem erhöhe er das Investitionsrisiko für Lehr- und Lernmedien. Das habe fatale Folgen für Bildung und Wissenschaft.

Insbesondere aus Kreisen der Wissenschaft wird die rechtspolitische Grundentscheidung des RefE dagegen begrüßt: Die geplanten Schranken zeigten Bildungseinrichtungen klare Handlungsoptionen auf und trügen durch die Aussicht auf geringe Transaktionskosten zu einer gesteigerten und gesellschaftlich erwünschten Nutzung von Wissen bei; gleichzeitig würden die Rechteinhaber durch die grundsätzliche Vergütungspflicht an der gesteigerten Nutzung ihrer Werke auch wirtschaftlich beteiligt. Die Kritik der Verlage an dem RefE wird in dieser Pauschalität als nicht zutreffend angesehen.

Im Folgenden sollen die gegensätzlichen Standpunkte aufgezeigt, im Übrigen aber eine entwurfsimmanente Kritik geübt werden, die auf Grundlage der getroffenen grundsätzlichen Ausrichtung Verbesserungsvorschläge macht und Regelungsalternativen aufzeigt. Im jeweiligen Zusammenhang wird auf gegensätzliche Standpunkte zu einzelnen Fragen hingewiesen.

II. Fragen von übergeordneter Bedeutung

1. Vorrang gesetzlicher Nutzungsbefugnisse (Schranken) vor vertraglichen Vereinbarungen (§ 60g Abs. 1 UrhG-E)

Nach dem Entwurf sind die Schranken vertraglichen Ausgestaltungen entzogen. Innerhalb der Schrankenbestimmung darf in jedem Fall genutzt werden; im Gegenzug müssen die privilegierten Einrichtungen dafür eine Vergütung entrichten (§ 60h UrhG-E mit Ausnahmen von der Entgeltpflicht in Abs. 2). Diese Lösung hat den Charme einer klaren und rechtssicheren Lösung und wird deswegen verbreitet, wenn auch nicht durchgängig, gelobt. Von Verlagsseite wird dies als unzulässiger Eingriff in die Publikationsfreiheit angesehen und dafür plädiert, individuellen, marktgerechten Lizenzangeboten der Verlage den Vorzug zu geben.

Unabhängig vom rechtspolitischen Standpunkt müssen aus einer entwurfsimmanenten Perspektive die (unionsrechtlich determinierten) Folgen des strikten Schrankenvorrangs bedacht werden. Den Urhebern kann dadurch die Möglichkeit entzogen werden, die Nutzung ihres Werkes zu Bildungszwecken zu gestatten. Soweit die Schranken reichen, können die Urheber den Bildungseinrichtungen weder gestatten, ihre Werke kos-

tenlos zu nutzen, noch ihnen Nutzungsrechte als Gegenleistung für eine vertraglich ohnehin geschuldete Vergütung einräumen (vgl. EuGH GRUR 2013, 812 Tz. 37 – VG Wort/Kyocera u.a.). Sie können im Vorhinein auch nicht auf ihre Vergütungsansprüche verzichten (§ 63a UrhG; EuGH GRUR 2012, 489 Tz. 106, 109 – Luksan).

Auch wenn man den Entwurfsansatz grundsätzlich beibehalten möchte, könnte man erwägen, (jedenfalls teilweise) einer vertraglichen Vereinbarung den Vorrang vor der Schrankenregelung geben, soweit nicht zulasten der Berechtigten davon abgewichen wird. Allerdings dürfte diese Rangfolge nicht stets dazu führen, dass die Praxis einen aufwändigen Günstigkeitsvergleich vornehmen müsste, der wohl schwer zu leisten ist. Die momentan vorgesehene Regelung hat allerdings drei Konsequenzen:

Erstens müssten Schulen, Hochschulen und sonstige privilegierte Einrichtungen auch die Nutzung solcher urheberrechtlich geschützter Materialien vergüten, die ihre eigenen Lehrkräfte und Mitarbeiter im Rahmen ihrer Dienstpflichten für die jeweiligen Veranstaltungen erstellen, soweit die Nutzung von der Schranke abgedeckt wird. Denn die (stillschweigende) Einräumung von entsprechenden Nutzungsrechten in Arbeits- und Dienstverträgen wäre künftig ebenso wenig möglich wie ein Verzicht auf die gesetzliche Vergütung, wenn der Entwurf nicht die Einräumung von Nutzungsrechten an den Arbeitgeber ausnimmt. Unabhängig davon und überdies müsste künftig die Nutzung von abonnierten Datenbanken wie Juris oder Beck-Online zusätzlich zur vereinbarten Vergütung vergütet werden, soweit sie unter die geplanten Schranken fällt. Es ist nicht zu erwarten, dass die Verlage mit entsprechenden Preissenkungen reagieren werden.

Zweitens würde diese Ausgestaltung die Bemühungen um *Open Access*- bzw. *Open Educational Resources* schwächen. Hinter den Konzepten steht der Gedanke, dass die Autoren wissenschaftlicher Abhandlungen bzw. von Lehrressourcen ihre urheberrechtlich geschützten Materialien zumindest für die nicht-kommerzielle Nutzung unentgeltlich zur Verfügung stellen, indem sie jedem einfache kostenlose Lizenzen erteilen. Diese angestrebte unentgeltliche Nutzung würde künftig entgeltpflichtig, soweit die Nutzung dieser Materialien von der Schranke abgedeckt wäre und der Entwurf nicht die Möglichkeit eines Verzichts auf Vergütungsansprüche für den Bereich der open-access-Dienste vorsieht. Ein nachträglicher Verzicht auf die verpflichtende gesetzliche Vergütung wäre praktisch kaum handhabbar. Wie auch an anderer Stelle (§§ 31a Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 3 S. 2, 32a Abs. 3 S. 2 und 32c Abs. 3 S. 2 UrhG) sollte der Wunsch dieser Urheber respektiert

werden, der kommerziellen Verwertungs- eine freie Zugangskultur entgegen setzen zu wollen.

Drittens: Aus den vorstehenden Gründen könnten Bildungseinrichtungen den Umfang der Vergütungspflicht nicht mehr dadurch steuern, dass sie auf eigene oder frei zugängliche Materialien zurückgreifen. Sie können nur die Mediennutzung insgesamt zurückfahren (bei einer nutzungsabhängigen Vergütung) oder ganz auf sie verzichten (bei einer pauschalen, institutionsbezogenen Vergütung).

Wenn man diese Konsequenzen vermeiden möchte, gibt es zwei Möglichkeiten: Zum einen kann man nur Open Access-Angebote und Nutzungsrechtseinräumungen an Arbeit- bzw. Dienstgeber vom Schrankenvorrang ausnehmen, indem man folgenden § 60g Abs. 3 einfügt: „Eine Vereinbarung, durch welche der Urheber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumt, geht abweichend von Absatz 1 der gesetzlichen Erlaubnis vor. Dasselbe gilt, soweit der Urheber seinem Dienst- oder Arbeitgeber Rechte eingeräumt hat.“

Wollte man generell einen Vorrang von vertraglichen Abreden (nicht: Angeboten) ermöglichen und lediglich Abweichungen zulasten der Schrankenberechtigten untersagen, müsste § 60g Abs. 1 UrhG-E folgend formuliert werden: „Soweit eine vertragliche Vereinbarung einer nach diesem Unterabschnitt erlaubten Nutzung entgegensteht, kann sich der Rechteinhaber nicht darauf berufen.“

Zudem bleibt bei der geplanten Regelung unklar, inwiefern der Schrankenvorrang den privilegierten Einrichtungen verwehrt, vertragliche Abreden mit kommerziellen Verwertern über die Schrankennutzung schließen zu können. Verlagen sollte aber ein Anreiz gesetzt werden, den privilegierten Einrichtungen attraktive Angebote zur Ausgestaltung der Schrankennutzung zu machen. Es würden beide Seiten davon profitieren, wenn die Verlage gegen Entgelt günstigere bzw. qualitativ hochwertigere Digitalisate oder günstigere bzw. nutzerfreundlichere Plattformen für die erlaubte Nutzung anbieten können als die Einrichtungen es selbst vermögen. Außerdem setzt sich ein vertraglicher Anspruch auf Ermöglichung der gesetzlich vorgesehenen Schrankennutzung gegenüber möglichen technischen Schutzmaßnahmen bei der Nutzung von Online-Datenbanken durch (§ 95b Abs. 3 UrhG/Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 InfoSoc-RL). Diese Möglichkeit bliebe bei der Vorranglösung vermutlich versperrt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Entwurf sich zu technischen Schutzmaßnahmen nicht äußert.

2. *Maß der gesetzlich erlaubten Nutzungen (insb. § 60a Abs. 1 UrhG-E: 25 Prozent eines veröffentlichten Werks für Unterricht und Lehre)*

Es ist nahezu unmöglich, nach abstrakten Maßstäben festzulegen, in welchem Umfang geschützte Werke für die Veranschaulichung des Unterrichts oder für die wissenschaftliche Forschung genutzt werden dürfen. Dennoch ist dies zur Handhabung der Schranken erforderlich. Deswegen ist es zu begrüßen, dass der Entwurf diese Entscheidung nicht den Rechtsanwendern überlässt, sondern selbst konkrete Vorgaben macht. Weil jeder gegriffenen Zahl ein Hauch von Willkür anhaftet, ist die Orientierung an den Maßstäben von Gesamtverträgen zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern eine gut vertretbare Entscheidung, weil und soweit sie von den Verhandlungspartnern maßgeblicher Institutionen, der Schiedsstelle sowie von den Gerichten als angemessen angesehen wurden. Teilweise wird jedoch das Zugänglichmachen von 25 % eines Lehrbuchs als zu weitgehend angesehen (dazu sogleich unter 3.).

Unabhängig vom gewählten Maß der erlaubten Nutzung sollte (nach nicht von allen Fachausschussmitgliedern geteilter Auffassung) die Freistellung etwas flexibilisiert werden. Im Regelfall ist die festgelegte Nutzung von momentan – je nach Zweck – 10, 25 oder 75 % eines Werkes ausreichend. Es wird aber immer Fälle geben, in denen die Nutzung eines ganzen, auch umfangreicheren Werkes zur Erreichung des angestrebten Zweckes erforderlich ist. Zu denken ist etwa an die Plagiatskontrolle von Prüfungsarbeiten, bei der die Vervielfältigung von mehr als 25 % eines Werkes zum automatisierten Abgleich erforderlich ist. Dies scheint nach dem vorliegenden Entwurf künftig ausgeschlossen zu sein. Dasselbe gilt für wissenschaftliche Forschungsmethoden, die momentan noch unbekannt sind, so wie es das Text und Data Mining bei den letzten Anpassungen der Schrankenregelung war. Sinnvoll wäre es daher, die Größenangaben durch das Voranstellen von „im Regelfall“ zu flexibilisieren. Das schafft die angestrebte Rechtssicherheit, beraubt Rechtsanwendern und Gerichten aber nicht der Möglichkeit einer maßvollen, zweckentsprechenden Erweiterung in angemessenen Ausnahmefällen. Insgesamt wurde die Frage der Flexibilisierung von Schrankenbestimmungen im Fachausschuss nicht einhellig gesehen.

3. *Ausnahmeregelung lediglich für Schulbücher, nicht aber für Lehrbücher (§ 60a Abs. 3 Nr. 2 UrhG-E)*

§ 60a Abs. 3 Nr. 2 UrhG-E nimmt nur Schulbücher, nicht aber Lehrbücher zur Nutzung an Hochschulen vom Anwendungsbereich der Schranke aus.

Von Seiten der Verlage wird die Auffassung vertreten, dass die Ausnahme zugunsten von Schulbüchern (Abs. 3 Nr. 2) aus Gleichbehandlungsgrundsätzen auch auf Lehrbücher für Hochschulen und andere Bildungseinrichtungen ausgedehnt werden müsse. Insbesondere werde durch das Zugänglichmachen von Studienliteratur in die Primärverwertung der Werke eingegriffen. Ein großer Teil der Werke werde nicht mehr gekauft. Vertieft würde dieser Eingriff dadurch, dass der Entwurf keine Einzelabrechnung vorsehe (dazu auch unten 4. aE) und so eine ausreichende Kompensation durch die vorgesehene gesetzliche Vergütung nicht gewährleistet werden könne. Die vorgesehene pauschale Entschädigung stelle keine angemessene Vergütung für ihre Leistungen dar und berühre die wirtschaftliche Grundlage vieler, gerade kleinerer Verlage. Als Folge würden Wissenschaftler keine professionellen Partner mehr finden, um ihre Erkenntnisse zu publizieren. Der RefE erkenne diesen Zusammenhang für Schulbücher an, unverständlicherweise aber nicht für Lehrbücher. Letztere unterlägen aber den gleichen Marktbedingungen.

Als weniger einschneidende Ausnahme im Vergleich zu einer Bereichsausnahme wird vorgeschlagen, den nicht unerheblichen Eingriff in die Primärverwertung für Lehrbücher dadurch abzumildern, dass aktuell vertriebene Lehrbücher nur in geringerem Umfang, etwa von 10 %, genutzt werden dürfen.

Andere halten diese Differenzierung zwischen Schul- und Hochschulliteratur für gerechtfertigt, weil andere Marktstrukturen voraussichtlich dafür sorgen würden, dass die Gesamterlöse der Verlage in etwa stabil bleiben. Wegen der unelastischen Nachfrage von Hochschulbibliotheken würden die rückläufigen Verkaufserlöse bei Studenten wahrscheinlich über höhere Endabnehmerpreise und die gesetzlich vorgesehene Vergütung für die freigestellte Nutzung (§ 60h UrhG-E) ausgeglichen (*Haucap et. al., Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2016, S. 106 f.*). Voraussetzung dafür ist aber eine Einzelabrechnung der Schrankennutzung (dazu unten 4.). Unter der Voraussetzung wird die vorgesehene Regelung wahrscheinlich zu einer Umverteilung der Kosten für Wissenschaftsliteratur vom Privatsektor (Studierende) hin zum öffentlichen Sektor (Bibliotheks-/Universitätsetats) führen. In dem Umfang, in dem Studierende weniger Geld für Lehrbücher ausgeben, kommen Kosten auf die Universitäten zu.

Daher dürfte die Einschätzung nicht zutreffen, dass sich die Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand im Ergebnis nicht wesentlich verändern werden (§. 3 des Entwurfs,

vorsichtiger S. 28). Eine Lehrmittelabgabe von Studierenden zugunsten der Universitätsetats dürfte politisch auf absehbare Zeit nicht durchsetzbar sein und auch eine vergleichbare Steigerung der Hochschuletats ist nicht zu erwarten. Daher wird entweder der gewünschte Steuerungseffekt der Schranke, eine gesteigerte Werknutzung, nicht eintreten oder aber es ist mit erheblichen Umschichtungen in den Bibliotheks- bzw. Universitätsetats zulasten der Forschung zu rechnen.

Beides sind aber Effekte, die nicht mit Hilfe des Urheberrechts beseitigt werden können, ohne in unangemessener Weise in die Rechte der Urheber einzugreifen. Dieser Gesichtspunkt spricht durchaus für eine Schranken-Schranke zugunsten von Lehrbüchern.

4. Art der Berechnung der angemessenen Vergütung nach § 60h Abs. 3 UrhG-E

a) Das „Ob“ der angemessenen Vergütung

Der Urheber soll grundsätzlich für die Nutzung seines Werkes eine angemessene Vergütung erhalten. Deswegen wird es weitgehend begrüßt, dass die freigestellten Nutzungen im Wesentlichen vergütungspflichtig sind.

Vereinzelt wird dagegen vorgebracht, dass es weder aus europa-, noch aus verfassungs- oder einfachrechtlichen Gründen eines Ausgleichs bedürfe und dieser auch rechtspolitisch nicht wünschenswert sei. Die Verbesserung der Forschungs- und Lehrbedingungen sei ein gewichtiges Gemeinwohlziel, das Einschränkungen individueller Rechtspositionen rechtfertige, zumal nur jene Autoren etwas „abgeben“ müssten, die durch verbesserte Lehr- und Forschungsbedingungen profitierten.

b) Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit der Vergütung

Ebenfalls weitgehend begrüßt wird die institutionalisierte organisatorische Abwicklung der Vergütung zwischen Verwertungsgesellschaften und den Bildungseinrichtungen.

Vereinzelt wird dagegen vorgebracht, das System der gesetzlichen Vergütungspflichten nach den §§ 54 ff. UrhG habe sich in der Praxis nicht bewährt. Es herrsche in dem Bereich große Rechtsunsicherheit, die massive Wettbewerbsverzerrungen und Eingriffe in den gemeinsamen europäischen Markt bedinge und zu hohen Verwaltungs-, Rechtsverfolgungs- und Transaktionskosten führe. Die Geräteabgaben sollten daher möglichst abgeschafft oder durch eine pauschale Privathaushalts-Abgabe nach Vorbild des öffentlich-rechtlichen Rundfunkbeitrags ersetzt werden.

c) Berechnung der angemessenen Vergütung

Teilweise wird die Beschränkung auf eine pauschale Vergütung bzw. auf die stichprobenartige Einzelerfassung ausdrücklich begrüßt, weil andernfalls die tatsächliche hinter der gesellschaftlich erwünschten Nutzung zurückbleibe und so der angestrebte Steuerungseffekt der Schranke verloren gehe. Außerdem stehe der Aufwand der Einzelerfassung in keinem Verhältnis zu den damit generierten Erlösen. Es wird darauf hingewiesen, dass sich das Pauschalssystem bei allen Werkarten – mit Ausnahme von Texten – in der Praxis bewährt habe. Es gehöre zur Kernkompetenz der Verwertungsgesellschaften, für eine angemessene Verteilung von Pauschalvergütungen zu sorgen.

Andere weisen dagegen darauf hin, dass eine pauschale Vergütung bzw. der Verzicht auf eine Einzelerfassung jedenfalls dann nicht mehr gerechtfertigt sei, wenn in die Primärverwertung eines Werkes eingegriffen werde, was vor allem beim Zugänglichmachen von aktuellen Lehrbüchern für Studierende in Hochschul-Intranets nach § 60a UrhG-E der Fall sei. Auch wird darauf hingewiesen, dass sich der „gerechte Ausgleich“ für die Schrankennutzung aufgrund der europäischen Vorgaben möglichst genau am „Schaden“ orientieren müsse, den der Rechtsinhaber erleide (vgl. EuGH GRUR 2016, 55 Tz. 36 – Reprobel mwN). Zugleich habe der EuGH den Mitgliedstaaten aber einen Ausgestaltungsspielraum bei der Erhebung und Ausgestaltung des Ausgleichs eingeräumt, insbesondere wenn praktische Schwierigkeiten dies erforderten (vgl. EuGH GRUR 2013, 812 Tz. 76 f. – VG Wort/Kyocera; GRUR 2013, 1025 Tz. 33 f. – Amazon/Austro-Mechana).

Ein Kompromiss könnte möglicherweise darin bestehen, die Einzelerfassung und -abrechnung auf die Zugänglichmachung nicht vergriffener und entsprechend gekennzeichnete Werke der Studienliteratur zu beschränken und vorzusehen, dass bei der Erfassung praktikable, weitgehend automatisierte Verfahren zur Anwendung kommen sollen, die etwa mithilfe von elektronischen Wasserzeichen das tatsächliche Angebot erfassen. Das wäre zugleich ein Ausgleich dafür, dass Lehrbücher für Hochschulen nicht in der Bereichsausnahme des § 60a Abs. 3 UrhG-E genannt werden (dazu bereits 3.).

III. Zu den einzelnen Vorschriften

1. Zu § 23 S. 3 UrhG-E

Die Freistellung technisch bedingter Änderungen eines Werkes sollte nicht auf die Fälle des Data Mining und der Bibliotheken-Nutzung beschränkt bleiben; schon heute stellt die technische Umwandlung (Umformatierung) nach h.M. keine Bearbeitung dar, soweit

hierfür ein schöpferischer Beitrag erforderlich ist (BGH GRUR 2010, 628 Tz. 22 – Vorschaubilder) und soweit sie keine Umgestaltung des Werkes bewirkt.

2. Zu § 51 UrhG-E

§ 51 S. 3 UrhG-E stellt klar, dass Abbildungen und andere Vervielfältigungen zulässige Zitate sind, auch wenn keine Auseinandersetzung mit der Vervielfältigung als solcher erfolgt. Diese Klarstellung wird allgemein begrüßt. Die damit einhergehende Rechtssicherheit stärkt die Kommunikationsfreiheit und die gesellschaftlich erwünschte geistige Auseinandersetzung.

Teilweise wird aber eingewandt, dass diese Freistellung nur für einfache Repro-Fotografie von sog. „Flachware“ gerechtfertigt sei, weil hier der Fotograf in der Regel nicht genannt werde und es nur mit großem Aufwand möglich sei, diese Rechte einzuholen. Anders sei dies aber bei der Abbildung von Skulpturen und anderen dreidimensionalen Objekten. Hier bestimme oft der Fotograf, wie „gut“ ein solches Objekt überhaupt abgebildet werde. Zudem seien diese Fotos bei flüchtigen Kunstwerken, deren Bedeutung zunehme, das Einzige, was dauerhaft bleibe. Deswegen sei es nicht gerechtfertigt, auch diese Fotos dem Zitatrecht zu unterwerfen.

Dieser Argumentation wird aber entgegengehalten, dass die dafür notwendige Abgrenzung zwischen einem einfachen Lichtbild und einem Lichtbildwerk in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereite und die dadurch verursachte Rechtsunsicherheit vom Gebrauch der Schranke abhalten könne. Gegen eine solche Unterscheidung spreche zudem, dass derjenige, der ein urheberrechtlich geschütztes Werk vervielfältige, nicht schutzwürdiger sei als der Urheber des zitierten Werkes.

3. Zur Änderung von § 54 UrhG

Der Systematik des Regelungsvorschlags entsprechend verweist § 54 UrhG-E künftig auf § 53 Abs. 1, Abs. 2, §§ 60a bis 60f UrhG. Damit umfasst er auch § 60b UrhG-E, der es Schulbuchverlagen erlaubt, für die Herstellung von Schulbüchern etc. (andere) Werke zu vielfältigen, zu verbreiten und öffentlich zugänglich zu machen. Solche Vervielfältigungen durch Schulbuchverlage sind aber keine Vervielfältigungen, die mittels der Geräte und Speichermedien der Hersteller und Importeure nach §§ 54 ff. UrhG angefertigt werden; daher können die Gerätehersteller nicht zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet werden.

4. Zur Änderung von § 58 UrhG

a) Erweiterung der betroffenen Werke in Abs. 1

Die Ersetzung von „Werken der bildenden Künste und Lichtbildwerken“ durch „künstlerische Werke“ ist als Erweiterung zu begrüßen. Die Formulierung könnte jedoch zu dem Missverständnis verleiten, dass es sich um Gegenstände handeln müsse, die unter kunsthistorischem Blick als „Kunst“ erscheinen. Entscheidend kann aber nur sein, ob sie die Schöpfungshöhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG erfüllen. Das könnte durch einen Hinweis auf § 2 Abs. 2 UrhG in § 58 Abs. 1 klargestellt werden.

b) Erweiterung der privilegierten Werke auf Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art

Nicht recht ersichtlich ist, weshalb Werke nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG (Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art) zwar in § 60e Abs. 3 UrhG-E, nicht hingegen in § 58 UrhG-E genannt sind. Die Vervielfältigung eines urheberrechtlich geschützten Kartenwerkes zur Bewerbung einer Ausstellung über Kartenwerke wäre nach dem RefE also nicht zulässig. Überdies sind Multimediawerke, die nicht den genannten Werkkategorien unterfallen, nicht erfasst. Das gleiche gilt für Softwarebestandteile (§ 69a ff. UrhG) digitaler multimedialer Werke. Daher sollte die im RefE vorhandene Beschränkung auf bestimmte Werkarten aufgehoben werden.

c) Streichung von Abs. 2

§ 58 Abs. 2 UrhG soll gestrichen werden und ist wohl unabsichtlich nicht vollständig in §§ 60e Abs. 3 in Verbindung mit § 60f Abs. 1 UrhG-E übernommen worden. Die Freistellung des „Katalogisierens“ hat wohl nicht denselben Anwendungsbereich wie das Vervielfältigen und Verbreiten von Werken „in Verzeichnissen“. Auch weil es zur Auslegung von § 58 Abs. 2 UrhG umfangreiche Rechtsprechung gibt, sollte hier die ursprüngliche Formulierung beibehalten werden.

Des Weiteren hat es aufgrund der Aufspaltung der Vorschrift in § 58 (mit dem allein verbleibenden Abs. 1) und § 60f UrhG-E sowie der Verweisungstechnik auf § 60e UrhG-E und der gesonderten Vorschrift zur Vergütungspflicht in § 60h UrhG-E den Anschein, dass Museumskataloge ohne einen Zeitbezug zu einer Ausstellung sowie Bestandskataloge vergütungsfrei zwar hergestellt bzw. vervielfältigt (§ 60h Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 60f Abs. 1 und § 60e Abs. 1 UrhG-E), nicht hingegen vergütungsfrei verbreitet werden dürfen (weil das Verbreitungsrecht in § 60e Abs. 2 und Abs. 3 geregelt ist). Das ist gegen-

über dem geltenden § 58 Abs. 2 UrhG eine gravierende Einschränkung. Entfallen ist dagegen die Einschränkung des § 58 Abs. 2 UrhG, dass mit dem Verbreiten der Kataloge kein unmittelbarer Erwerbzweck verfolgt werden darf.

5. Werke geringen Umfangs (§§ 60a Abs. 2, 60c Abs. 3, 60e Abs. 4 aE UrhG-E)

§§ 60a Abs. 2, 60c Abs. 3, 60e Abs. 4 aE UrhG –E stellen auch die vollständige Nutzung von Werken geringen Umfangs sowie vergriffener Werke frei. Unklar ist, in welchem Verhältnis die „einzelnen Beiträge aus derselben Zeitung oder Zeitschrift“ zu den Werken geringen Umfangs stehen. Anders als etwa im geltenden § 52a Abs. 1 UrhG konkretisieren die „Abbildungen, einzelne Beiträge aus derselben Zeitung oder Zeitschrift“ lediglich den Begriff der „Werke geringen Umfangs“. Dann stellt sich die Frage, ob auch für die „einzelnen Beiträge“ die Beschränkung auf 25 Druckseiten gilt, auf die in der Entwurfsbegründung für Druckwerke geringen Umfangs hingewiesen wird (RefE, S. 34). Diese schematische Beschränkung für die „einzelnen Beiträge“ widerspricht dem ursprünglichen Zweck des Tatbestandsmerkmals in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 UrhG. Die Schranke sollte davon entlasten, eine Sammlung von Texten erwerben zu müssen, wenn lediglich einzelne Beiträge benötigt werden (Amtl. Begr. BT-Drs. IV/270, S. 73). Daher sollten die „einzelnen Beiträge“ separat neben den Werken geringen Umfangs aufgeführt und zudem auf sonstige (wissenschaftliche) Sammelbände erweitert werden. Gerade letztere haben für die Nutzung an Hochschulen eine ähnliche Bedeutung wie Zeitungen und Zeitschriften.

Des Weiteren sollte erwogen werden, den Begriff des „Werkes geringen Umfangs“ nicht nur durch „Abbildungen“ zu erläutern, sondern auch „kurze Musikstücke oder Filme“ aufzuführen. Das würde den unmittelbaren Nutzern der Schranke, die weitgehend juristische Laien sind, die Schrankennutzung erleichtern.

Es bietet sich etwa folgende Formulierung an: „Vergriffene Werke, einzelne Beiträge aus derselben Zeitung, Zeitschrift oder einem sonstigen Sammelband und Werke geringen Umfangs wie Abbildungen, kurze Musikstücke oder Filme dürfen abweichend von den Absätzen 1 und 2 vollständig genutzt werden.“ Die Frage war zum Teil umstritten.

6. Zu § 60a UrhG-E (Unterricht und Lehre)

Die Schranke soll Handlungen zu Unterrichts- und Lehrzwecken freistellen.

a) Veranschaulichung des Unterrichts

Dies kommt durch das Tatbestandsmerkmal „Veranschaulichung des Unterrichts“ besser zum Ausdruck als die missglückte deutsche Übersetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. a Info-Soc-Richtlinie im geltenden Recht.

b) Unterscheidung von Unterricht und Lehre

Die Norm fügt dem Begriff „Unterricht“, wie er sich bislang in §§ 52a, 53 UrhG findet, den Begriff der „Lehre“ hinzu. Der Begründung lässt sich entnehmen, dass unter „Lehre“ der Unterricht an Hochschulen zu verstehen ist. Die Unterscheidung zwischen Unterricht und Lehre wird zwar in Abs. 1 S. 1 am Anfang eingeführt, dann aber nicht konsequent fortgeführt. So sprechen Abs. 1 Nr. 1 und 2 nur von Lehrenden, nicht auch von Unterrichtenden. Dass damit lediglich die Lehre an Hochschulen privilegiert werden soll, ist nicht ersichtlich. Sinnvoller wäre es daher, entweder auch dort den Unterricht explizit zu nennen (was unübersichtlich würde) oder aber auf die Unterscheidung von Unterricht und Lehre zu verzichten und in den Gründen klarzustellen, dass der Begriff des Unterrichts an Bildungseinrichtungen auch die Lehre an Hochschulen mitumfasst.

c) Erweiterung des Gesetzeswortlauts um die Nutzung zur Vor- und Nachbereitung sowie zu Prüfungszwecken

Die Adressaten der Unterrichtsschranke sind überwiegend juristische Laien. Der RefE beabsichtigt, die Anwendung der Schranken für den Adressatenkreis zu vereinfachen. Vor diesem begrüßenswerten Hintergrund sollte erwogen werden, auch die beabsichtigte Freistellung der Vor- und Nachbereitung von Lehreinheiten sowie von Prüfungen im Tatbestand aufzuführen, wie dies etwa der englische Gesetzgeber in Sec. 32 CDPA getan hat. Hierzu könnte in § 60a Abs. 1 UrhG-E folgender Satz 2 angefügt werden: „Dies umfasst auch die Vor- und Nachbereitung von Lehrveranstaltungen sowie Prüfungszwecke.“

d) Prüfer an derselben Bildungseinrichtung

Abs. 1 Nr. 2 gestattet Nutzungshandlungen nur für „Prüfer an derselben Bildungseinrichtung“. Bislang waren auch externe Prüfer berechtigt. Hier sollten die Gründe klarstellen, dass die Regelung auch für externe Prüfer gelten, die Prüfungen an den privilegierten Bildungseinrichtungen abnehmen.

e) Bereichsausnahme für Noten (Abs. 3 Nr. 3)

Nach der Begründung sollte das Vervielfältigungsverbot des § 53 Abs. 4 lit. a UrhG übernommen werden. Zumindest dem Wortlaut nach ist das Abschreiben der Noten nun aber nicht mehr gestattet. Das wäre ebenso fragwürdig wie weitreichend.

7. Zu § 60b UrhG-E (Unterrichts- und Lehrmedien)

Die Verschlinkung der formalen Anforderungen ist zu begrüßen.

Zu Abs. 2: „ist“ müsste „sind“ heißen.

Zu Abs. 3: Das Tatbestandsmerkmal des „entsprechend kennzeichnen“ ist unklar. Vorzugswürdig ist die derzeit geltende Formulierung: „anzugeben, wozu die Sammlung bestimmt ist.“

8. Zu § 60d UrhG-E (Text und Data Mining)

Die geplante Vorschrift zum Text und Data Mining schafft Rechtssicherheit für die automatisierte Erschließung umfangreicher Textkorpora.

a) Eine Vielzahl von Werken

Auch wenn üblicherweise eine Vielzahl von Werken automatisiert ausgewertet wird, kann etwa für Germanisten das Bedürfnis nach der automatisierten Auswertung eines einzelnen (umfangreichen) Werkes bestehen. Dies sollte entweder im Gesetzestext („um ein Werk oder eine Vielzahl von Werken“) oder in der Gesetzesbegründung klargestellt werden.

b) Nicht-kommerzielle wissenschaftliche Forschung

Das Hervorheben der nicht-kommerziellen Zwecke in Abs. 1 S. 2 könnte Anlass für eine einschränkende Auslegung geben. Sie sollte daher – wie in § 60c Abs. 1 UrhG-E – in Abs. 1 S. 1 integriert werden („für die nicht-kommerzielle wissenschaftliche Forschung automatisiert auszuwerten“). In den Gründen könnte dann klargestellt werden, dass darunter auch die Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung in Nr. 2 fällt.

In der Gesetzesbegründung sollte ferner klargestellt werden, dass sich die Schranke auch auf Text und Data Mining-Aktivitäten zu Ausbildungszwecken von Studierenden erstreckt; die Ausbildung in solchen Forschungsmethoden kann in sinnvoller Weise nicht auf § 60a UrhG-E gestützt werden.

c) Keine Beeinträchtigung der gewöhnlichen Nutzung von Datenbanken

Die Begründung zu Abs. 1 spricht das berechnigte Interesse von Datenbankanbietern sowie ihrer übrigen Nutzer an, durch das Text und Data Mining in der gewöhnlichen Nutzung der Datenbank nicht beeinträchtigt zu werden (RefE, S. 41). Diese Rücksichtnahmepflichten können sich jedoch nicht aus der Schrankenbestimmung, sondern nur aus schuldrechtlichen Rücksichtnahmepflichten ergeben. Hier ist offen, wie sich das Verbot vertraglicher Regelungen im Schrankenbereich (§ 60g UrhG-E) auf die Möglichkeit der Datenbankanbieter auswirkt, ihre Nutzer zu Rücksichtnahme sowie zu ausreichenden Schutzmaßnahmen gegen Missbrauch verpflichtet zu können.

d) Löschungspflicht und Aufbewahrungsmöglichkeiten der in den §§ 60e, f UrhG-E genannten Institutionen (Abs. 3)

Abs. 3 stellt einen ausgewogenen Kompromiss zwischen den Interessen der Rechteinhaber dar, keine parallelen Artikeldatenbanken mit entsprechendem Missbrauchspotenzial dulden zu müssen, und den Interessen von Wissenschaft und Forschung, eine nachträgliche Überprüfung der Einhaltung wissenschaftlicher Standards zu ermöglichen. Des Weiteren besteht ein starkes Allgemeininteresse daran, die teilweise mit erheblichem Aufwand und öffentlichen Mitteln normalisierten und strukturierten Textkorpora für spätere Forschungsarbeiten verwenden zu können.

Dafür sollte den in §§ 60e, f UrhG-E genannten Aufbewahrungsinstitutionen ausdrücklich gestattet werden, die gespeicherten Textkorpora und Ursprungsmaterialien Forschern zu Zwecken des Text und Data Minings und zur Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Arbeit zur Verfügung zu stellen, also vervielfältigen und verbreiten zu dürfen. Denn das Verbreitungsrecht an Korpus und Ursprungsmaterialien ist im Regelfall mangels Einwilligung des Rechteinhabers nicht erschöpft. Dazu sollte § 60d Abs. 3 S. 2 UrhG-E um folgenden Halbsatz erweitert werden: „; diese dürfen Korpus und Ursprungsmaterialien an Personen zu Zwecken des Absatzes 1 weitergeben.“

e) Vergütungspflicht

Das Text und Data Mining soll vergütungspflichtig ausgestaltet werden (§ 60h Abs. 1 UrhG-E). Von Seiten der Wissenschaft wird dies teilweise kritisiert. Das Text und Data Mining greife nicht in die Verwertungsinteressen der Urheber ein, weil es sich nur auf solche Inhalte erstreckt, zu denen die Forscher bereits rechtmäßigen Zugang haben (RefE, S. 40). Das Text und Data Mining ermögliche lediglich, Informationen aus diesen

Werken zu extrahieren, die vom Zuweisungsgehalt des Urheberrechts nicht erfasst seien. Deswegen sei eine Vergütungspflicht nicht gerechtfertigt. Insbesondere in der Kombination mit dem Verbot, in die vergütungslose Nutzung einwilligen zu können (dazu bereits oben II.1.), würden dadurch Text und Data Mining-Aktivitäten vergütungspflichtig, die nach jetzigem Stand vergütungsfrei sind, etwa das automatisierte Durchsuchen von Open Access-Publikationen oder im Internet frei zur Verfügung gestellten Inhalten.

9. Zu § 60e UrhG-E (Bibliotheken)

a) Benennung der einzelnen Zwecke

Die Benennung von einzelnen Zwecken in § 60e Abs. 1 UrhG-E könnte gegenüber dem bisherigen Rechtszustand, der allgemein nur von „Vervielfältigung“ spricht, als Einschränkung (miss)verstanden werden. Unklar ist auch, ob „Katalogisierung“ tatsächlich eine flächendeckende Digitalisierung erfasst oder nur eine Aufnahme in einen Katalog (dazu auch oben 4.).

Des Weiteren wird aus dem Text der Schranke nicht ganz klar, dass Abs. 1 lediglich das *Vervielfältigen* zum Zwecke der „Zugänglichmachung“ gestattet, nicht aber das Zugänglichmachen als solches. Das ergibt sich zwar aus der Systematik der Schranke und ihrer Begründung (RefE, S. 42); gerade für einen juristischen Laien als unmittelbaren Adressaten könnte aber der Eindruck entstehen, die Gedächtniseinrichtungen dürften digitalisierte Werke unabhängig von Abs. 4 öffentlich zugänglich machen.

b) Möglichkeit der zentralen Digitalisierung

Die in § 60e, f UrhG-E genannten Institutionen sollen ihren Bestand für Zwecke der Zugänglichmachung, Indexierung, Katalogisierung, Erhaltung und Restaurierung vervielfältigen dürfen. Diese Vervielfältigungsstücke dürfen sie nach Abs. 2 anderen privilegierten Institutionen nur zu Zwecken der Restaurierung zur Verfügung stellen. Es sollte ihnen darüber hinaus gestattet werden, ihre Digitalisate anderen Institutionen ohne Einschränkung zur Verfügung stellen zu dürfen, soweit die empfangenen Institutionen diese in ihren Beständen haben und ebenfalls von der Vervielfältigungserlaubnis profitieren. Durch die so ermöglichte zentrale Digitalisierung werden öffentliche Ressourcen geschont und durch die bestandsakzessorische Ausgestaltung die Interessen der Urheber gewahrt.

Des Weiteren sollten Institutionen mit entsprechender Digitalisierungstechnik Digitalisate für Institutionen anfertigen dürfen, die nicht über die nötige Technik verfügen. Es

sollte aber klargestellt werden, dass das Digitalisat nur durch die einliefernde Bibliothek genutzt werden darf.

c) Zu Abs. 4

Erlaubt wird hier nur die Zugänglichmachung von „*einzelnen* Abbildungen, Beiträgen aus derselben Zeitung oder Zeitschrift, sonstigen Werken geringen Umfangs“, wohingegen etwa in § 60a Abs. 2 UrhG-E gestattet wird, „Abbildungen, *einzelne[n]* Beiträge aus derselben Zeitung oder Zeitschrift, sonstige Werke geringen Umfangs“ zu nutzen. Soll damit eine unterschiedliche Behandlung verbunden sein?

Die Regelung zu den sog. Anschlusskopien am Terminal wird kritisiert, teils begrüßt. Der EuGH hatte im Urteil Technische Universität Darmstadt gegen Eugen Ulmer (GRUR 2014, 1078 Rn. 57) der InfoSoc-RL keine Einschränkungen hinsichtlich der Anschlussverwendung entnommen. Der BGH hat verschiedene Schranken darauf angewandt (BGH GRUR 2015, 1101, Rn. 39-42 – Elektronische Leseplätze II). Der RefE will für jede Sitzung Anschlusskopien auf 10% eines Werkes oder auf Werke geringen Umfangs, Beiträgen in Zeitschriften etc. beschränken. Dies erscheint den Kritikern im Hinblick auf die sonstigen Schranken zu eng, insbesondere für die wissenschaftliche Forschung. Gerade für die eigene wissenschaftliche Forschung werden die meisten Vervielfältigungen in Bibliotheken vorgenommen, wofür 75% eines Werks vervielfältigt werden dürfen. Dann ist wenig einsichtig, warum an Terminals in Bibliotheken nur 10% vervielfältigt werden dürfen

d) Zu Abs. 5

Mit Abs. 5 werden die technologiebedingten Einschränkungen des bisherigen § 53a UrhG aufgehoben. Das ist uneingeschränkt zu begrüßen.

Wiederum beschränkt der RefE auch hier den Umfang auf 10% eines Werkes. Für wissenschaftliche Zwecke ist eine solche Einschränkung zu weitgehend, auch wenn Zeitschriftenbeiträge etc. hiervon ausgenommen sind. Zudem sind Bücher zunehmend nur elektronisch verfügbar oder digitalisiert. Vor dem Hintergrund erscheint eine solche Einschränkung – zusammen mit dem Verzicht auf eLending – nicht nachvollziehbar.

10. Zu § 60f UrhG-E (Archive, Museen und Bildungseinrichtungen)

Zunächst sei angemerkt, dass die Handlungsspielräume der Museen in Bezug auf die öffentliche Zugänglichmachung aus Gründen der Sichtbarkeit des kulturellen Erbes erweitert werden sollten. Das setzt allerdings voraus, dass im Zuge der Verhandlungen des

Copyright-Packages in Brüssel eine entsprechende Öffnungsklausel geschaffen wird (s. die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 565/16 (Beschluss) v. 16.12.2016).

a) Gespaltene Regelung

§ 60f UrhG-E verweist in Absatz 1 auf die Regelungen für Bibliotheken in § 60e UrhG-E. Daneben bleibt § 58 UrhG als Regelung für die Bewerbung von Ausstellungen oder von zum Verkauf bestimmten künstlerischen Werken bestehen. Damit bleibt die Regelung für Museen hinter dem eigenen Anspruch einer vereinfachten und überschaubaren Neugestaltung der Schrankenbestimmungen zurück, nach dem „jede Anwendergruppe [...] einen eigenen Tatbestand mit konkreten Angaben zu Art und Umfang der gesetzlich erlaubten Nutzungen“ (RefE, S. 2) erhalten soll.

Die Verweisung von § 60f auf § 60e UrhG-E erscheint wenig glücklich, da Museen teils andere Fallkonstellationen erzeugen als Bibliotheken. § 60e Abs. 1 UrhG-E privilegiert allein die Vervielfältigung, so dass aus der Sicht der Museen hinsichtlich der Bestandsdokumentation möglicherweise eine Lücke in Bezug auf Abbildungen dreidimensionaler Werke entsteht, sofern diese als Bearbeitung oder Umgestaltung i.S.v. § 23 UrhG und nicht als Vervielfältigung angesehen werden.

b) Archive des Ton-Erbes

§ 60f Abs. 1 UrhG-E nimmt u.a. auf Einrichtungen im Bereich des Ton-Erbes Bezug; in § 58 und § 60e Abs. 3 UrhG-E sind Musikwerke jedoch nicht in den Kreis der betroffenen Werke eingereicht.

c) Zu Abs. 2

Dem Wortlaut nach darf nur das Archiv vervielfältigen, nicht aber die abgebende Stelle (anders z.B. der Wortlaut in § 60a Abs. 1 UrhG-E „für Lehrende“). Hier sollte entweder der Wortlaut angepasst werden („dürfen ein Werk vervielfältigen oder vervielfältigen lassen“) oder dies in der Begründung klargestellt werden.

11. Zu § 60g UrhG-E (gesetzlich erlaubte Nutzung und vertragliche Nutzungsbefugnis)

Dazu bereits oben II.1.

12. Zu § 60h UrhG-E (angemessene Vergütung der gesetzlich erlaubten Nutzungen)

Dazu bereits oben II.4.

a) *Zu Abs. 2 Nr. 1:*

Freigestellt werden nur Veranstaltungen für Angehörige der Bildungseinrichtung und deren Familienangehörige. Die Beschränkung auf Familienangehörige entspricht nicht mehr der Realität von Schulveranstaltungen, zu denen auch Freunde und (bei höheren Bildungseinrichtungen) unverheiratete Partner anwesend sind. Zeitgemäßer wäre etwa eine Freistellung von Veranstaltung für „Angehörige von Bildungseinrichtungen und persönlich mit ihnen verbundene Dritte“.

b) *Zu Abs. 2 Nr. 2*

Die Vorschrift nimmt Vervielfältigungen zum Zweck der „Indexierung, Katalogisierung, Erhaltung und Restaurierung“ von der Vergütungspflicht aus. Vereinzelt wird angeregt, die Einschränkung auf Handlungen nach „§ 60e Absatz 1 und § 60f Absatz 1“ zu streichen. Sicherungskopien seien per se keine urheberrechtlich relevanten, einem Ausgleich zugänglichen Nutzungen. Sie dienen allein der Sicherung gegen Datenverluste, bei denen Rechteinhabern kein Nachteil entstehe.

13. Zur Änderung des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek

Zu überlegen wäre, ob die urheberrechtliche Sondervorschrift des § 16a DNB-G nicht besser ins UrhG integriert werden sollte, um die Zersplitterung urheberrechtlicher Bestimmungen über mehrere Gesetze nicht noch zu vergrößern.

Verleih von E-Books durch Bibliotheken

I. Grundsätzliche Erwägungen

Der Verleih von E-Books durch Bibliotheken berührt nach Meinung einiger Mitglieder die hoch umstrittene und bislang vom EuGH ungeklärte Frage der Erschöpfung digitaler Güter, die nicht unter die Computerprogramm-RL (2009/24/EG) fallen. Andere weisen darauf hin, dass Verbreiten etwas anderes ist als Vermieten und Verleihen, weil ersteres eine Veräußerung, also eine Erwerbsvorgang erfordert, letztere Handlungen aber nicht.

Über die Notwendigkeit einer Regelung besteht Uneinigkeit:

Teilweise wird darauf hingewiesen, dass eine Regelung zur Stärkung dieses Zukunftsmarktes dringend erforderlich sei. Eine Gleichstellung elektronischer Werke mit gedruckten oder sonst verkörperten Werken sei nicht nur im Interesse der Nutzer, sondern gerade auch im Interesse der Urheber. Denn die elektronische Verbreitung bediene Märkte, die auf herkömmlichem Wege nicht erreicht werden können. Wenn die Verlags-

industrie diese gewandelten Nutzerinteressen ignoriere, mache sie den gleichen Fehler wie die Musikindustrie vor 20 Jahren. Es bestehe die Gefahr ein an sich zahlungswilliges Publikum in die Illegalität zu treiben. Eine Regelung auf EU-Ebene sei vorzugswürdig. Allerdings könne der deutsche Gesetzgeber – wie in anderen Bereichen auch – Regelungen schaffen, die dem EU-Gesetzgeber und dem EuGH als Orientierung dienen können.

Zu berücksichtigen ist im Übrigen, dass eine Beschränkung auf öffentliche Institutionen die Gefahr des Missbrauchs jedenfalls insoweit eindämmt, als Haftungsrisiken für einen eventuellen Missbrauch typischerweise bei der öffentlichen Hand liegen. Zum einen kann deswegen nicht von vornherein, von einem verantwortungslosen Gebrauch ausgegangen werden, zum anderen werden die Betreiber selbst an rechtssicheren Abläufen interessiert sein.

Die Verlage lehnen eine solche Regelung ab. Der Verleih gedruckter Bücher unterscheide sich wesentlich vom Verleih von E-Books. Im letzteren Fall würden die Bibliotheken in direkte Konkurrenz zum Primärgeschäft der Verlage treten. Der E-Book-Download von Webseiten öffentlicher Bibliotheken unterscheide sich von Verlagsangeboten im Grunde nur dadurch, dass ersterer nichts kostet. So entstünde für Verlage eine ruinöse Wettbewerbssituation, die auf lange Sicht gesehen zu einem Rückgang des Angebots führen würde. Das sei weder im Interesse der Autoren noch der Leser. Zudem bestehe mit „Onleihe“ ein praktisches und effizientes System, das die Bibliothek davon entlaste, Lizenzverträge mit einzelnen Rechteinhaber aushandeln zu müssen.

Zum Teil wird die Ansicht geäußert, dass eine solch komplexe Frage nicht im Zusammenhang mit dem UrhWissG diskutiert werden sollte.

II. Einzelne Aspekte

Die folgenden Erwägungen sind daher rein rechtssystematischer Natur. Die rechtspolitische Entscheidung, ob überhaupt eine Schranke für das E-Lending eingeführt werden sollte, soll damit nicht vorweggenommen werden.

1. Keine Verpflichtung durch EU-Recht

Der EuGH hat im Urteil VOB/Stichting (GRUR 2016, 1266) zwar den Anwendungsbereich der Vermiet- und VerleihRL auf das digitale Verleihen erstreckt. Er hat aber keine Pflicht der Mitgliedstaaten statuiert, in Umsetzung der fakultativen Schranke in Art. 6 der Richtlinie auch das E-Lending zu erlauben. Allerdings folgt aus der Stellungnahme

des Generalanwalts, dass man den Bibliotheken in einem modernen digitalen Umfeld diese Möglichkeit nicht nehmen dürfe.

2. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Jedenfalls besteht also weiterhin ein Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten. Der nationale Gesetzgeber wollte mit der Regelung des § 27 Abs. 2 UrhG das E-Lending wohl nicht erfassen (schon weil diese Möglichkeit zum Zeitpunkt der Normschöpfung noch nicht bekannt war). Zum Teil wird argumentiert, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des § 27 Abs. 2 UrhG nicht in Betracht kommt, weil unter dem Begriff des Verleihs auch das E-Lending zu verstehen ist. Erforderlich wäre hierfür danach eine Gesetzesänderung. Andere Stimmen halten es nicht für ausgeschlossen, die Norm dynamischer auszulegen.

3. Richtlinienkonformität von § 17 Abs. 2 i.V.m. § 27 Abs. 2 UrhG hinsichtlich des Verleihs von körperlichen Vervielfältigungsstücken

Hinsichtlich des Verleihs von körperlichen Vervielfältigungsstücken sollte es nach Meinung einiger bei der bisherigen Regelung bleiben. Danach ist nur das Verleihen solcher Vervielfältigungsstücke zulässig (und vergütungspflichtig), die zuvor mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind (§ 17 Abs. 2 i.V.m. § 27 Abs. 2 UrhG). Der EuGH hat eine solche Beschränkung des Schrankenstatbestands im Interesse der Rechtsinhaber jedenfalls erlaubt (EuGH GRUR 2016, 1266 Tz. 65). § 27 Abs. 2 UrhG ist in seiner jetzigen Form also richtlinienkonform, wenngleich nicht zukunftsgerichtet im Sinne der Erweiterung der Möglichkeiten von Bibliotheken.

4. Beschränkung auf Verleihkapazität der Bibliotheken

Wenn man in Umsetzung von Art. 6 der Vermiet- und VerleihRL auch das E-Lending erlauben und einer gesetzlichen Vergütungspflicht unterwerfen will, sollte der Schrankenstatbestand aber nicht weiter reichen als derjenige für das Verleihen körperlicher Vervielfältigungsstücke nach § 17 Abs. 2 i.V.m. § 27 Abs. 2 UrhG. Nach Maßgabe des EuGH ist das E-Lending nur dann mit dem Verleihen körperlicher Vervielfältigungsstücke vergleichbar, wenn die Verleihkapazität der Bibliothek nicht größer ist als bei einem gedruckten Werk. Zudem muss gewährleistet sein, dass der Nutzer die von ihm heruntergeladene Kopie nach Ablauf der Leihfrist nicht mehr nutzen kann (EuGH GRUR 2016,

1266 Rn. 51, 53). Das „One-Copy-One-User“-Verleihmodell entspricht damit funktional der Ausleihe eines Werkstücks.

5. Schaffung einer eigenständigen Verleihschranke

Für das Verleihen körperlicher Vervielfältigungsstücke gilt eine Beschränkung auf Vervielfältigungsstücke, an denen sich das Verbreitungsrecht gemäß § 17 Abs. 2 UrhG erschöpft hat. Diese Voraussetzung kann in Bezug auf das beim E-Lending zum Gebrauch überlassene digitale Vervielfältigungsstück nicht vorliegen, wenn dieses Vervielfältigungsstück erst durch die verleihende Bibliothek selbst erstellt wird, sei es durch Einscannen eines körperlichen Buchexemplars oder beim Erwerb als E-Book durch dessen Speicherung auf einem eigenen Datenträger. Inwieweit im zweiten Fall eine Erstreckung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den digitalen Vertrieb nach Maßgabe der (auf Computerprogramme beschränkten) UsedSoft-Rechtsprechung in Betracht kommt, ist bislang nicht entschieden. Auch im Fall VOB/Stichting hat der EuGH diese streiterhebliche Frage – offensichtlich wegen einer irrtümlichen Formulierung der Vorlagefrage durch das vorlegende Gericht (s. *Stieper*, GRUR 2016, 1270, 1271) – nicht beantwortet. Diesen Streit im Rahmen des § 27 UrhG auszufechten, erscheint im Hinblick auf die komplexen Folgen einer Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes immerhin diskussionsbedürftig.

Denkbar bleibt daher, der EuGH-Rechtsprechung im Fall VOB/Stichting erst dann Rechnung zu tragen, wenn der EuGH die Frage der Erschöpfung digitaler Inhalte geklärt hat. Andernfalls sollte man darüber nachdenken, die Zulässigkeit des Verleihens durch Bibliotheken in Umsetzung von Art. 6 Vermiet- und VerleihRL nicht mehr wie bisher auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts zu stützen. Teilweise wird aber bezweifelt, ob es sinnvoll ist, dass der Gesetzgeber diese Bindung aufhebt.

Würde man das Verleihen wie das Vermieten in § 17 Abs. 2 UrhG von der Erschöpfung des Verbreitungsrechts ausnehmen, so bestünde – gewissermaßen als kleine Lösung – die Möglichkeit, für das öffentliche Verleihen einen selbständigen Schrankentatbestand mit einer Vergütungspflicht gemäß § 27 Abs. 2 UrhG zu schaffen. In diesem Rahmen könnte dann auch eine Regelung des E-Lendings nach Maßgabe des EuGH erfolgen. Anstelle des Verweises auf § 17 Abs. 2 UrhG sollten die Voraussetzungen, unter denen das Verleihen zulässig ist, ausdrücklich formuliert werden. Dies könnte in Anlehnung an den Wortlaut von §§ 55a, 69d UrhG so geschehen, dass die Zulässigkeit des öffentlichen Verleihens davon abhängig gemacht wird, dass das Vervielfältigungsstück mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden ist oder die

verleihende Einrichtung das Vervielfältigungsstück in sonstiger Weise rechtmäßig zum dauerhaften Gebrauch erworben hat. Damit wären auch die Fälle erfasst, in denen die Bibliothek das zu verleihende Werk rechtmäßig als E-Book erworben hat.



Dr. Gert Würtenberger
Präsident



Dipl.-Ing. Stephan Freischem
Generalsekretär