

## Stellungnahme zum Entwurf eines Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetzes

im Rahmen der Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestags am 29. Mai 2017

---

### Zusammenfassung

1. Urheberrecht ist grundrechtlich geschütztes Eigentum. Wissenschaftsschranken sind zur Sicherung der Wissenschaftsfreiheit geboten, soweit vertragliche Lizenzlösungen nicht zustande kommen (I).
2. Die Neustrukturierung der Schranken in §§ 60a ff. RegE-UrhG ist systematisch und strukturell gelungen (II.1). Die Reform kommt derzeit allerdings zu früh (II.2).
3. Der Vorrang vertraglicher Vereinbarungen bei gleichzeitigem Bestandsschutz für gesetzliche Nutzungsbefugnisse ist folgerichtig. Auch vertragliche Lizenzangebote sollten die Schrankennutzung verdrängen, wenn sie transparent kommuniziert und einer zügigen schiedsrichterlichen Klärung der Angemessenheit unterstellt sind (III.4).
4. Die für Schulbücher anerkannte Bereichsausnahme sollte primärmarktsichernd auf Lehrbücher erstreckt werden (IV).
5. Das Maß gesetzlich erlaubter Nutzung überschreitet bei der Terminal-Schranke die Gebotenheitsschwelle erheblich. Der Gesetzgeber sollte hier an der Bestandsakzessorität festhalten (V.2.a). Die Möglichkeiten des Kopienversands reichen weit über Bildung und Wissenschaft hinaus (V.2.b).
6. Die politisch und verfassungsrechtlich zentrale Frage der Höhe angemessener Vergütung wird nahezu ohne gesetzliche Vorgaben an den Verhandlungsprozess demokratisch nicht verantwortlicher Verwertungsgesellschaften mit Nutzern delegiert. Es ist aber Aufgabe des Gesetzgebers, über die Höhe des Ausgleichs zugleich mit der Schrankenregelung zu befinden (VI).

### I. Ausgangspunkte

Die Nutzung geschützter Werke in Lehre, Unterricht und Forschung ist derzeit unübersichtlich (zahlreiche Rechtsgrundlagen, §§ 52, 52a Abs. 1 Nr. 1, 53 Abs. 3 UrhG), mitunter lückenhaft (§ 53 Abs. 6 UrhG schließt die öffentliche Wiedergabe im Hörsaal [„PowerPoint“] aus) und in den Randbereichen unscharf (Vor-/Nachbereitung des Unterrichts, Prüfungen, „Gebotenheit“) normiert. Das Thema spielt in der universitären Praxis eine wichtige Rolle, wenngleich fächer-spezifisch in unterschiedlicher Intensität. Die rechtswissenschaftliche Forschung und Lehre ist

geprägt durch die Möglichkeit der Nutzung umfassender kommerzieller digitaler Datenbankangebote. „Semesterapparate“ sind weithin unbekannt; Studierende identifizieren die für die Vorbereitung auf Lehrveranstaltungen und Prüfungen erforderliche Rechtsprechung und Literatur vielmehr eigenverantwortlich. Für den Zugang zu Gesetzestexten, Entscheidungen und Literatur stehen Datenbanken, Präsenznutzung in Bibliotheken und die Anfertigung von Kopien im Vordergrund.

Das Urheberrecht räumt Ausschließlichkeitsrechte ein, die Rechteinhabern die Kontrolle über den Zugang und die Nutzung der Werke ermöglichen und ihnen den Vermögenswert zuweisen. Das subjektive Urheberrecht ist „Eigentum“ im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG<sup>1</sup>. Urheberrechtliche Schranken, um die es im vorliegenden Kontext geht, begrenzen das Exklusivrecht im Interesse besonderer Nutzungszwecke und sonstiger Allgemeininteressen. Als Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums müssen sie vom Gesetzgeber gezogen und ausgestaltet werden. Dabei spielt die ebenfalls grundrechtlich geschützte Informations- und Wissenschaftsfreiheit eine besondere Rolle. Dem Urheber ist daher nicht jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit zuzuordnen.

Mit der Grundentscheidung für ein Ausschließlichkeitsrecht hat der Gesetzgeber dem Urheber ein auch vermögenswertes Exklusivrecht zugewiesen, das dieser im Rahmen der Vertragsfreiheit verwerten kann. Der Zugang zu Werken ist daher primär lizenzvertragsrechtlich abzusichern. Nur wenn ein Lizenzvertrag nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Umständen oder zu unangemessenen Konditionen zustande kommen kann, sind schrankengestützte Eingriffe in Eigentum notwendig und dann auch legitim. Ein entsprechendes „Marktversagen“ kann darauf beruhen, dass der Rechtsinhaber den Zugang und die Nutzung des Werks nur zu unverhältnismäßig hohen Lizenzgebühren anbietet. Es kann aber auch daran anknüpfen, dass geeignete Kommunikationswege fehlen, flexibel, rasch und ohne hohen bürokratischen Aufwand Werke für Unterricht, Lehre und Forschung zu lizensieren.

Unterfinanzierung von Bildungseinrichtungen legitimiert urheberrechtliche Schranken hingegen nicht. Der Gesetzentwurf berührt insofern auch die Verantwortung für die Bereitstellung wissenschaftlicher Inhalte in Forschung und Lehre. Sie zergliedert sich in die Verantwortung für die Inhalte von Forschung und Lehre, die insbesondere von dem schulischen Lehrpersonal und akademischen Lehrenden ausgeübt wird, und in die Finanzierungsverantwortung, welche ganz überwiegend bei den Trägern der jeweiligen schulischen oder universitären Einrichtungen liegt. Die Hochschulen haben aufgrund hoher Anforderungen in der Lehre, die durch stetig anwachsende Studierendenzahlen und die Forderung nach neuen Lehrangeboten („E-Learning“) geprägt ist, und unverändert hohen Erwartungen an Forschungsleistungen und Nachwuchsförderung (bei zunehmender Spezialisierung, Technisierung und Internationalisierung im Rahmen unverändert fortbestehender Grundlagenorientierung) einen steigenden Bedarf an Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken. Einrichtungsträger nehmen ihre Finanzierungsverantwortung nicht wahr, soweit die bereit gestellten Mittel mit den skizzierten Anforde-

---

<sup>1</sup> BVerfG GRUR 1972, 481 - *Kirchen- und Schulgebrauch*.

rungen in Lehre und Forschung nicht mithalten. Der schrankengestützte Zugriff auf urheberrechtlich geschützte Werke darf die Grundfinanzierung von Schulen, Universitäten und Bibliotheken aber nicht ersetzen.

## II. Generelle Bemerkungen zum Gesetzesentwurf

### 1. Schrankensystematik

Im Mittelpunkt des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (UrhWissG) vom 15.05.2017<sup>2</sup> stehen urheberrechtliche Schranken für Zwecke der schulischen Bildung, der akademischen Lehre und der nicht-kommerziellen wissenschaftlichen Forschung. Ferner sieht der Entwurf besondere Schrankenbestimmungen für Bibliotheken, Archive, Museen und Bildungseinrichtungen vor. Er greift damit Ergebnisse einer langdauernden Reformdebatte über ein bildungs- und wissenschaftsfreundliches Urheberrecht auf<sup>3</sup>.

Der Gesetzesentwurf besticht durch die Neuordnung und die dadurch mögliche Bündelung der Schrankenregelungen für Bildung, Wissenschaft und Forschung in einem besonderen Unterabschnitt. Die Untergliederung der einzelnen Schranken nach der jeweils privilegierten Einrichtung kann die Transparenz für die Beteiligten erhöhen.

Hinsichtlich der Schrankenausgestaltung ist der Verzicht auf eine richterlich auszulegende Generalklausel wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit, insbesondere aber auch aufgrund der Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers geboten. Angebracht ist es auch, weit hin auf unbestimmte Rechtsbegriffe zu verzichten. Die Frage der Bemessung der Höhe der gesetzlichen Vergütung („angemessene“ Vergütung) verbleibt jedoch konturenlos (zu diesem Themenkreis unter VI).

Die tatbestandliche Bestimmung des Umfangs und des Maßes zulässiger Nutzung durch klare Prozentangaben erhöht die Rechtssicherheit. Allenfalls könnte man erwägen, die Prozentangaben dahingehend zu ergänzen, dass damit eine „Größenordnung“ gemeint ist und in der Gesetzesbegründung klarstellen, dass im Einzelfall auch ein ganz geringfügiges Überschreiten der Prozentangaben nicht zur Rechtswidrigkeit der Nutzungshandlung führt. Eine Auflockerung könnte insbesondere bei der Nutzung durch Schüler und Studenten in Betracht gezogen werden. Gesetzestechnisch dürfte eine solche minimale Toleranzschwelle indes schwer umzusetzen sein.

---

<sup>2</sup> BT-Drucks. 18/12329.

<sup>3</sup> Die im vorliegenden Kontext nicht nachgezeichnet werden kann, vgl. dazu *Grünberger*, GRUR 2017, 1. 3 f.; eingehend die Untersuchung von *Katharina de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014.

## 2. Zum Zeitpunkt des Vorhabens

Die gebotene Neuordnung der Wissenschaftsschranken kommt derzeit zu früh. Seit September 2016 liegt der Richtlinienentwurf zum „Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt“<sup>4</sup> vor, dessen Art. 3 sich mit Text- und Data-Mining (TDM) befasst und dessen Art. 4 digital gestützte Lehre aufgreift. Ob eine gesetzliche Vergütung geschuldet ist und ob vertragliche Lizenzangebote Vorrang genießen („Subsidiarität“ gesetzlicher Schranken, dazu sogleich unter III), überlässt der Entwurf der Regelung der Mitgliedsstaaten. Im Regierungsentwurf selbst wird gesehen, dass die TDM-Schranke in § 60d RegE-UrhG ggf. angepasst werden muss, sollte die Richtlinie in Kraft treten<sup>5</sup>.

Insbesondere aber ist derzeit die Frage der Beteiligung der Verlage an den Ausschüttungen der *VG Wort* nicht geklärt. Ohne eine rechtssichere Regelung der Verlagsbeteiligung bleibt im Ungewissen, was von der auch verfassungsrechtlich gebotenen „angemessenen Vergütung“ insbesondere für die Wissenschaftsverlage effektiv zur Verteilung zur Verfügung steht (dazu unter VI.2).

## III. Vorrang vertraglicher Zugangslösungen („Subsidiarität“ der Schranken)

### 1. Prämissen

Führt man die Notwendigkeit und den Legitimationsgrund für urheberrechtliche Schrankenbestimmungen jedenfalls auch auf ein Marktversagen zurück (dazu unter I), ergibt sich daraus folgerichtig die Anerkennung des Vorrangs vertraglicher Regelungen, aber auch auf vertragliche Regelungen abzielende (angemessene) Vertragsangebote seitens der Rechteinhaber.

Gesetzliche Schrankenbestimmungen sollten daher vertraglich abdingbar sein. Selbstverständlich entfalten vertragliche Vereinbarungen in diesem Bereich nur schuldrechtliche Wirkungen. Allein die Einrichtung, welche den Vertrag geschlossen hat, ist daran gebunden. Vertragliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sollten der Inhaltskontrolle unterstellt sein.

Auch angemessene Vertragsangebote, insbesondere verfügbare Lizenzen, decken den Zugangsbedarf. Dass mit einem Angebot der Rechtsinhaber eine höhere und vor allem rechtssichere Gegenleistung erzielen kann als mit der gesetzlichen Vergütung<sup>6</sup>, ist selbstverständlich und steht einem Vorrang des Angebots gegenüber der Schrankennutzung nicht entgegen. Angebote können indes auch unangemessene Bedingungen, insbesondere überhöhte Gegenleistungen, beinhalten.

---

<sup>4</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vom 14.09.2016, COM(2016), 593 final.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 18/12329, S. 39.

<sup>6</sup> BGH GRUR 2013, 503 Rn. 18 – *elektronische Leseplätze*.

## 2. Rahmen der InfoGesRL und bisherige Regelung

Im Rahmen des von der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (InfoGesRL) belassenen Spielraums kann der Gesetzgeber bei den geplanten Schrankennutzungen einen Vorrang vertraglicher Vereinbarungen vorsehen, bei der Terminal-Schranke ist er sogar dazu verpflichtet.

Für Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe für Unterricht und Forschung sieht Art. 5 Abs. 3 Buchstabe a) InfoGesRL einen Vorbehalt vertraglicher Vereinbarungen nicht vor. Eine mitgliedersstaatliche Schrankenbestimmung muss einen Vorbehalt daher nicht umfassen, kann ihn aber vorsehen. Eine entsprechende Vorrangsklausel hat der BGH bei der öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung gemäß § 52a UrhG dem Merkmal der „Gebotenheit“ entnommen<sup>7</sup>. Danach genießen auch angemessene Lizenzangebote Vorrang<sup>8</sup>.

Auch für den Kopienversand auf Einzelbestellung schreibt Art. 5 Abs. 2 Buchstabe c), Abs. 4 InfoGesRL einen Vorrang vertraglicher Vereinbarungen zwar nicht zwingend vor, aber der Gesetzgeber ist frei, ihn einzuführen. Dementsprechend gestattet § 53a Satz 3 UrhG den elektronischen Kopienversand ausdrücklich nur unter der einschränkenden Voraussetzung, dass dieser nicht mittels vertraglicher Vereinbarungen zu angemessenen Bedingungen möglich ist. Auch offensichtlich angemessene Angebote sperren den Rückgriff auf die Schranke<sup>9</sup>.

Bereits nach dem Wortlaut ist die Schrankenbestimmungen in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe n) InfoGesRL für elektronische Leseplätze in Bibliotheken daran gebunden, dass „keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten“. Der mitgliedersstaatliche Gesetzgeber muss also den Vorrang vertraglicher Vereinbarungen anerkennen, wie das in § 52b Satz 1 a.E. UrhG auch erfolgt, nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>10</sup> indes nicht den Vorrang vertraglicher Angebote<sup>11</sup>.

## 3. Vorschlag des RegE-UrhG

Der Regelungsvorschlag zum Verhältnis vertraglicher Vereinbarungen zu gesetzlichen Schranken in § 60g Abs. 1 RegE-UrhG fügt sich unter Ausschöpfung der europarechtlichen Gestaltungsspielräume in die Grundkonzeption des Entwurfs ein. Hingegen sollen vertragliche Angebote den Rückgriff auf die Schranke nicht ausschließen, und zwar auch dann nicht, wenn unionsrechtlich Spielraum besteht, namentlich beim Kopienversand auf Bestellung.

---

<sup>7</sup> BGH GRUR 2014, 549, Rn. 58 ff. – *Meilensteine der Psychologie*.

<sup>8</sup> Zustimmend *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 52a, Rn. 16; zurückhaltend *Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 52a, Rn. 12, je mit weit. Nachw.

<sup>9</sup> *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 53a, Rn. 21.

<sup>10</sup> EuGH GRUR 2014, 1078, Rn. 23 ff. – *Eugen Ulmer*.

<sup>11</sup> So noch BGH GRUR 2013, 503, Rn. 18 – *elektronische Leseplätze*.

### **a) Grundsatz: Vorrang vertraglicher Vereinbarungen bei Schutz gesetzlichen Mindestbestands**

§ 60g Abs. 1 RegE-UrhG geht von der Wirksamkeit vertraglicher Regelungen im Schrankenbereich der §§ 60a bis 60f RegE-UrhG aus. Allerdings kann sich der Rechtsinhaber nicht auf Vereinbarungen berufen, welche die gesetzlich erlaubten Nutzungen begrenzen. Der gesetzlich geregelte Mindestbestand zustimmungsfreier Nutzungshandlungen ist damit vertraglichen Vereinbarungen entzogen.

Setzen beispielsweise vertragliche Vereinbarungen den Umfang erlaubter Nutzungen bei § 60a RegE-UrhG auf 5% eines Werkes herab, kann der Rechtsinhaber nicht die vertraglich vereinbarte Vergütung verlangen, gleich ob der Nutzer 4% oder 10% vervielfältigt. Geschuldet ist in diesem Fall die gesetzliche Vergütung nach § 60h RegE-UrhG.

Setzen vertragliche Vereinbarungen den Umfang erlaubter Nutzungen bei § 60a RegE-UrhG auf 30% eines Werkes herauf, kann sich der Rechtsinhaber hingegen für seine Vergütung auf die vertragliche Vereinbarung stützen. Das gilt auch dann, wenn der konkrete Nutzungsumfang unter der gesetzlichen Schranke von 15% verbleibt. Daneben kommt ein Anspruch auf gesetzliche Vergütung nicht in Betracht.

Ist ein Werk im Rahmen einer CC-Lizenz nutzbar, entfällt eine Vergütung: Eine vertragliche Gegenleistung ist ohnehin nicht geschuldet und der gesetzliche Vergütungsanspruch besteht nicht wegen des Vorrangs vertraglicher Vereinbarungen und Nutzungen.

### **b) Ausnahmen**

§ 60g Abs. 2 RegE-UrhG räumt Vereinbarungen den Vorrang ein, soweit sie ausschließlich die Terminal-Schranke oder den Kopienversand betreffen. Für die Terminal-Schranke ist das angesichts der Vorgaben der InfoGesRL zwingend. Soweit der Kopienversand betroffen ist, genießt die bisherige Regel Bestandsschutz.

## **4. Stellungnahme**

Der Vorrang tatsächlich zustande gekommener vertraglicher Vereinbarungen vor den gesetzlichen Schrankenbestimmungen trägt dem Primat einvernehmlicher Zugangsregeln in besonderer Weise Rechnung.

Indes sollen vertragliche Angebote (und damit auch die Verfügbarkeit von Lizenzen) den Rückgriff auf die Schrankenermächtigung nicht versperren. Man fürchtet insbesondere die andernfalls für die nutzende Einrichtung daraus erwachsenden Prüfpflichten<sup>12</sup>. Dies liegt im Ergebnis auf der Linie des EuGH, wonach der Rechtsinhaber durch eine „einseitige und letztlich in seinem Belieben stehende Handlung der betroffenen Einrichtung das Recht nehmen könnte“, die Schranke in Anspruch zu nehmen<sup>13</sup>. Gleichgewichtig ist freilich das Argument des BGH, dass

<sup>12</sup> BT-Drucks. 18/12329, S. 43 f.

<sup>13</sup> EuGH C-117/13, GRUR 2014, 1078, Rn. 28 – *Eugen Ulmer*.

Einrichtungen durch Nichtannahme angemessener Angebote den vertraglich wünschenswerten Interessenausgleich blockieren können<sup>14</sup>.

Teilt man den Ausgangspunkt, dass Schrankenregelungen auf ein Marktversagen reagieren (unter I), sollte auch angemessenen und transparent kommunizierten Angeboten ein Vorrang vor den Schrankenbestimmungen zukommen.

Wichtig ist dabei freilich die zügige Klärung der „Angemessenheit“ eines Angebots. Diese Aufgabe könnte Schiedsstellen übertragen werden, die rasche und insbesondere auch vorläufige Entscheidungen treffen können, welche bis zur endgültigen Klärung die Angemessenheitsfrage regeln. Erweist sich die einstweilige Regelung als falsch, darf sie allerdings nicht rückwirkend aufgehoben werden.

Zudem muss das Angebot transparent gestaltet und kommuniziert werden, Prüfpflichten sollten minimiert werden. Auch angemessene Angebote gehen nur dann gesetzlichen Schranken vor, wenn sie über eine zentrale Website – bei der KMK oder dem DPMA einzurichten – kommuniziert werden.

Soweit man eine Bereichsausnahme für akademische wissenschaftliche Lehrbücher nicht vorsieht (dazu sogleich unter IV), dürfte der Vorrang vertraglicher Angebote der Verlage jedenfalls in diesem Bereich in besonderer Weise geboten sein.

#### **IV. Bereichsausnahmen**

§ 60a Abs. 3 Nr. 2 RegE-UrhG sieht Bereichsausnahmen für Werke vor, die für den Unterricht an Schulen geeignet, bestimmt und entsprechend gekennzeichnet sind (Schulbücher), soweit es um Vervielfältigungen an Schulen geht. Diese Bereichsausnahme dient der Sicherung des Primärmarkts für Schulbücher und dürfte verfassungsrechtlich (Art. 12/14 GG) und nach Art. 5 Abs. 5 InfoGesRL („Drei-Stufen-Test“) geboten sein.

Eine entsprechende Bereichsausnahme für Lehrbücher an Universitäten sieht der Entwurf hingegen nicht vor. Zuweilen findet man das Argument, akademische wissenschaftliche Lehrbücher haben einen über die Universität hinausreichenden Absatzmarkt. Das mag im Einzelfall zutreffen (die Anwaltskanzlei kauft ein juristisches Lehrbuch), im Allgemeinen jedoch nicht. Jedenfalls rechtfertigt das Argument nicht den Eingriff in den Kern-Primärmarkt für akademische wissenschaftliche Lehrbücher.

#### **V. Zum Umfang und Maß erlaubter Nutzungen**

##### **1. Orientierung an Gesamtverträgen**

Das Maß gesetzlich erlaubter Nutzung ist primär eine politische Frage. Rechtlich ist das Übermaßverbot insbesondere bei kumulativer Schrankennutzung zu beachten. Gesteigerte Nutzungsintensität muss die Höhe der Vergütung effektiv bestimmen.

---

<sup>14</sup> BGH GRUR 2013, 503 Rn. 18 – *elektronische Leseplätze*.

Hinsichtlich des Maßes der Nutzung orientieren sich die gewählten Prozentangaben häufig an den Gesamtverträgen, die für bisherige Schrankenbestimmungen geschlossen worden waren<sup>15</sup>. Darin liegt im Ausgangspunkt ein vernünftiger Orientierungsmaßstab.

## 2. Intensivierung erlaubter Nutzungen

Freilich finden sich auch Schrankenregelungen, welche die erlaubte Nutzung erheblich ausweiten.

### a) Terminal-Schranke

Exemplarisch dafür steht die Terminal-Schranke, deren Reichweite in § 60e Abs. 4 RegE-UrhG durch den Verzicht auf die Bestandsakzessorität und die Freigabe von Anschlusskopien übermäßig ausgeweitet wird. Unter Bestandsakzessorität versteht man den Grundsatz, dass eine Einrichtung nicht mehr Werke an Terminals öffentlich zugänglich machen darf, als sie physische Werkexemplare in ihrem Bestand hat. Dies dient der Sicherung des Primärmarkts. Die Bestandsakzessorität ist bereits jetzt in § 52b Satz 2 UrhG gelockert worden („grundsätzlich“). Die Bibliothek kann in „Belastungsspitzen“ bis zu vier digitale Exemplare eines Buches zugänglich machen<sup>16</sup>.

Mit § 60e Abs. 4 RegE-UrhG soll die Bestandsakzessorität aufgegeben werden. Es wird in Zukunft also möglich sein, nur ein Einzelexemplar eines Werks zu erwerben und es den Nutzern gleichzeitig an einer gesetzlich nicht begrenzten Zahl von Leseplätzen zur Verfügung zu stellen und zudem Anschlusskopien (dazu sogleich) zu ermöglichen.

Zudem darf die Bibliothek in Zukunft analoge und digitale Anschlusskopien der Nutzer von bis zu 10% eines Werkes zu nicht kommerziellen Zwecken „je Sitzung“ ermöglichen. Eine effektive Begrenzung der Anschlusskopien ist damit nicht verbunden. In zehn „Sitzungen“ kann das gesamte Werk legal vervielfältigt werden. Damit eröffnet die Vorschrift ein erhebliches Missbrauchspotenzial<sup>17</sup>.

Offen ist ferner, wie die Bibliothek sicherstellen kann, dass die Anschlusskopie wirklich zu „nicht-kommerziellen Zwecken“ erfolgt. Dies bestimmt sich nach den Nutzerintentionen.

Nach der Begründung des Entwurfs sollen der Verzicht auf Bestandsakzessorität und die Möglichkeit zur Anschlusskopie bei der Höhe der Vergütung berücksichtigt werden<sup>18</sup>. Im Gesetzeswortlaut finden sich dazu keine Vorgaben (zu diesem Defizit unter VI.1).

In der Gesamtschau geht § 60e Abs. 4 RegE-UrhG daher entschieden zu weit. Die Bestimmung lädt Bibliotheken gerade dazu ein, ihre Beschaffungspolitik auf den Erwerb *eines* Exemplars auch von Lehrbüchern und wissenschaftlichen Standardwerken zu beschränken. Mit der Terminal-Schranke soll indes keine Änderung der Beschaffungspolitik der Bibliotheken

---

<sup>15</sup> BT-Drucks. 18/12329, S. 33.

<sup>16</sup> Dazu *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 52b, Rn. 9.

<sup>17</sup> So auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme, BT-Drucks. 18/12329, S. 63.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 18/12329, S. 42.

bezweckt, sondern die Werknutzung im digitalen Umfeld ermöglicht werden. Vor diesem Hintergrund sollte am Grundsatz der Bestandsakzessorität festgehalten werden, ohne dass dies das Problem übermäßiger Anschlusskopien lösen würde. Auch der EuGH hat für das Verleihen von E-Books, bei dem sich vergleichbare Fragen wie bei der Terminalnutzung stellen, den Grundsatz der Bestandsakzessorität betont<sup>19</sup>.

### **b) Kopienversand auf Bestellung**

§ 60e Abs. 5 RegE-UrhG wird die Versendung von Kopien durch Bibliotheken auf Bestellung vereinheitlichen und erleichtern. § 53a Abs. 1 UrhG differenziert bislang zwischen analogen (Post-, auch Faxversand) und digitalen (sonstige elektronische Form) Vervielfältigungs- und Übermittlungswegen. Der digitale Kopienversand ist nur als „grafische Datei“ zulässig. Diese Unterscheidung wird aufgegeben. In Zukunft ist der elektronische Kopienversand unabhängig vom verwendeten Dateiformat zulässig.

Kopiert und versendet werden dürfen 10% eines Werkes sowie einzelne Beiträge, die in Zeitungen und Zeitschriften erschienen sind. Offen ist, ob der Nutzer ein gesamtes urheberrechtliches Werk auf der Basis von 10 Einzelbestellungen kopieren lassen kann. Weitere Begrenzungen sind nicht vorgesehen. Insbesondere entfällt die Akzessorität des Kopienversands zu § 53 UrhG<sup>20</sup>. Der Besteller kann alle nicht-kommerziellen Zwecke verfolgen, auf Bildung und Wissenschaft ist der Kopienversand nicht begrenzt.

Der Wegfall dieser Beschränkungen wird eine Erhöhung der Nutzungsintensität nach sich ziehen, welche bei der Bemessung der angemessenen Vergütung zu berücksichtigen ist<sup>21</sup>, ohne dass dafür allerdings gesetzlich bindende Vorgaben bestehen (zur Problematik unter VI.1).

### **c) Forschungsschranke**

Nach § 60c Abs. 2 RegE-UrhG dürfen bis zu 75% eines Werkes für die eigene wissenschaftliche Forschung vervielfältigt werden. Zugleich sieht die Bestimmung von einer „Gebotenheitsprüfung“ ab, die bislang in § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG vorgesehen ist. Die Vervielfältigung ist insbesondere nicht geboten, wenn der Erwerb oder die Ausleihe eines Exemplars zumutbar erscheint. Das Merkmal der Gebotenheit entfaltet insofern einen primärmarktssichernden Effekt. Dieser droht wegzufallen, auch wenn die bisher angenommene 90%-Schwelle<sup>22</sup> auf 75% abgesenkt wird.

<sup>19</sup> EuGH GRUR 2016, 1266, Rn. 53 – *VOB/Stichting*: „... im Wesentlichen mit denen des Verleihs gedruckter Werke vergleichbar sind, da zum einen die Beschränkung der Möglichkeit zum gleichzeitigen Herunterladen auf eine einzige Kopie bedeutet, dass die Verleihkapazität der betreffenden Bibliothek nicht größer ist, als es bei einem gedruckten Werk der Fall wäre ...“.

<sup>20</sup> Dazu *Dreier*, in: *Dreier/Schulze, UrhG*, 5. Aufl. 2015, § 53, Rn. 6.

<sup>21</sup> BT-Drucks. 18/12329, S. 42 f.

<sup>22</sup> *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim, Urheberrecht*, 5. Aufl. 2017, § 53, Rn. 77.

## VI. Zur Frage der Angemessenheit der Vergütung

### 1. Gesetzliche Vorgaben geboten

Wirtschaftlich soll die mit §§ 60a bis 60f RegE-UrhG gestattete Nutzung nach § 60h RegE-UrhG durch einen Anspruch des Urhebers auf eine gesetzliche Vergütung ausgeglichen werden. Eine finanzielle Kompensation ist verfassungsrechtlich unter dem Gesichtspunkt einer „ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung“<sup>23</sup> des Urheberrechts vorgegeben. Das Interesse an einem Zugang zu Werken rechtfertigt den Ausschluss eines Vergütungsanspruchs nicht<sup>24</sup>. Ferner dürfte ein finanzieller Ausgleich im Lichte des Art. 5 Abs. 5 InfoGesRL („Drei-Stufen-Test“) geboten sein<sup>25</sup>. Ausnahmen von der Vergütungspflicht<sup>26</sup> würden daher europarechtlich und verfassungsrechtlich durchgreifende Bedenken aufwerfen und sind durch Fiskalinteressen nicht zu rechtfertigen.

Der Gesetzesvorschlag regelt den Vergütungsanspruch allerdings nur dem Grunde nach. Über die Bemessungsfaktoren und die Höhe der gesetzlichen Vergütung lässt sich auch der Entwurfsbegründung wenig entnehmen außer der Hinweis darauf, dass die Vergütung davon abhängt, wie die Nutzer von den erweiterten Schranken Gebrauch machen werden<sup>27</sup>. Mehrfach betont die Entwurfsbegründung, dass die mit den Schrankenregelungen ermöglichte gesteigerte Nutzungsintensität bei der Vergütung zu „berücksichtigen“ sei, so wegen des Wegfalls der Bestandsakzessorität und der Möglichkeit der Anschlusskopie bei der Terminal-Schranke (§ 60e Abs. 4 RegE-UrhG) und beim Kopienversand auf Bestellung (§ 60e Abs. 5 RegE-UrhG) infolge des Wegfalls technischer Einschränkungen und Zweckbegrenzungen<sup>28</sup>. Im Text des Gesetzesvorschlags wird diese Frage aber nicht aufgegriffen, obgleich die Begründung hervorhebt, dass es dem Gesetzgeber obliegt, hier Entscheidungen zu treffen<sup>29</sup>. Zur Höhe und zu den Bemessungsfaktoren finden sich nicht einmal ansatzweise Vorgaben (beispielsweise nach dem Vorbild des § 54a UrhG).

Vielmehr werden die Strukturmerkmale, die Bemessungsfaktoren und die Höhe der angemessenen Vergütung an einen Verhandlungsprozess privater Normsetzungssubjekte (Verwertungsgesellschaften und Nutzer) delegiert, ohne die Frage der demokratischen Legitimation und Verantwortlichkeit der Beteiligten vor dem Hintergrund einer grundrechtsrelevanten Entscheidung aufzuwerfen. Der verfassungsrechtlich gebotene finanzielle Ausgleich ist für den Gesetzgeber damit nicht abschätzbar, sondern hängt vom Kräfteverhältnis der Verhandlungsbeteiligten ab. Nicht einmal für die Frage, ob und wie sich die gesteigerte Primärmarktrelevanz einer Schranke (Lehrbücher) in der Vergütungshöhe auswirkt, gibt es gesetzliche Vorgaben.

<sup>23</sup> In dieses vom BVerfG entwickelte Institut fallen auch urheberrechtliche Schranken, *Roller*, NJW 2001, 1003, 1006.

<sup>24</sup> BVerfG, GRUR 1972, 481, 484 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

<sup>25</sup> *Schack*, ZUM 2016, 266, 279.

<sup>26</sup> Prüfbitte des Bundesrats, BT-Drucks. 18/12329, S. 54.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 18/12329, S. 3 (unter D).

<sup>28</sup> BT-Drucks. 18/12329, S. 42 f.

<sup>29</sup> „Die Erlaubnistatbestände nebst Vergütungspflicht sind Vorschriften, die Inhalt und Schranken des grundrechtlich geschützten Urheberrechts bestimmen und dem Gesetzgeber obliegen.“ (Unterstreichung nicht im Original), BT-Drucks. 18/12329, S. 44.

Fragen des Zugangs zum Rechtsschutz, die sich vor dem Hintergrund der besonderen Rechtsweggarantie des Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG aufdrängen, sind nicht aufgegriffen worden.

## 2. Verteilungsseite

Auch die Strukturen der Verteilung der Einnahmen durch Verwertungsgesellschaften liegt im verfassungsrechtlich determinierten Regelungsbereich ausgleichspflichtiger Schrankenbestimmungen und bedarf demokratischer Legitimation. Verteilungspläne müssen „angemessen“ sein. Im Übrigen aber ist die Verteilungsfrage den Mehrheiten innerhalb der Verwertungsgesellschaften unterworfen. Ob gesetzliche Aufsichtsbefugnisse über Verwertungsgesellschaften demokratische Defizite kompensieren, erscheint zweifelhaft.

Insbesondere die Verlegerbeteiligung an den Einnahmen muss rechtssicher ausgestaltet sein. Auch ausschließliche Nutzungsrechte sind „Eigentum“ im Sinne des Art. 14 GG. Der Entwurf sieht zutreffend die Relevanz der Verlegerbeteiligung<sup>30</sup>, klammert sie jedoch ausdrücklich von einer gesetzlichen Regelung aus. Er verweist vielmehr auf jüngste Ergänzungen im VGG, den Vorschlag einer Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt und die Evaluierung des UrhWissG vier Jahre nach seinem Inkrafttreten. Das verkennt die Grundlage des Vergütungsanspruchs, auf den verfassungsrechtlich ein Anspruch nach den Grundsätzen der ausgleichspflichtigen Inhaltsgestaltung des Eigentums besteht.

## 3. Zur Frage der Pauschalierung

Die angemessene Vergütung ist nach § 60h Abs. 1 Satz 1 RegE-UrhG nutzungsbezogen ausgerichtet. Für die Bemessung der konkret angefallenen Nutzungen lässt § 60h Abs. 3 RegE-UrhG grundsätzlich eine Pauschalierung zu, aufgelockert durch die Möglichkeit repräsentativer Stichproben. Pauschalierungen senken Transaktionskosten, begründen aber das Risiko tendenziell zu geringer Vergütungen<sup>31</sup>.

Einrichtungen wie Schulen, Universitäten und Bibliotheken sollte eine nutzungsbezogene Abrechnung im Regelfall zumutbar sein. Allein die Nutzung durch Schüler und Studenten (private Arbeitsgruppen) außerhalb konkreter Veranstaltungen sollte pauschal vergütet werden.

Da eine Bereichsausnahme für Lehrbücher, Forschungsliteratur und wissenschaftliche Zeitschriften nicht vorgesehen ist, sollte zumindest insofern einzelfallbezogen abzurechnen sein<sup>32</sup>. „Die wesentlich stärkere Beeinträchtigung der Primärverwertung der betroffenen Werke rechtfertigt einen höheren Aufwand der Erfassung der (...) Nutzungen, um eine größere Genauigkeit bei der Berechnung der Vergütung zu ermöglichen“<sup>33</sup>. Folgerichtig ist auch eine auf den individuellen Rechtsinhaber bezogene Verteilung der Vergütung durch die Verwertungsgesellschaften anzumehmen.

---

<sup>30</sup> BT-Drucks. 18/12329, S. 44.

<sup>31</sup> Grünberger, GRUR 2017, 1, 8.

<sup>32</sup> Vgl. dazu BGH GRUR 2013, 1220, Rn. 80 – *Gesamtvertrag Hochschul-Intranet*.

<sup>33</sup> BGH GRUR 2013, 1220, Rn. 80 – *Gesamtvertrag Hochschul-Intranet*.

## VII. Einzelne Bemerkungen und Hinweise

Abschließend sei auf folgende eher untergeordnete, aber vielleicht nicht ganz belanglose Punkte hingewiesen:

### 1. Zu § 60a RegE-UrhG

- Können sich Teilnehmer privater und außerhalb des Lehrplans oder konkreter Lehrveranstaltungen selbst organisierter studentischer Arbeitsgruppen zur Prüfungsvorbereitung auf § 60a Abs. 1 UrhG (Nr. 1 bezieht sich auf „Veranstaltung“) berufen? Ein Einrichtungsbezug in § 60a Abs. 1 Nr. 1 RegE-UrhG könnte das teilweise (Staatsexamen sind keine Prüfungen der Universität) klarstellen. Für die Passivlegitimation der Vergütung gilt § 60h Abs. 5 Satz 1 RegE-UrhG.
- Als problematisch erweisen könnte sich die Abgrenzung zwischen privilegierten Privatschulen und kommerziellen privaten Schulen (Sprachschulen).
- Das Wörtchen „geeignet“ in § 60a Abs. 3 Nr. 2 RegE-UrhG erscheint als überflüssig. Oder soll eine Geeignetheitsprüfung stattfinden?

### 2. Zu § 60c RegE-UrhG

- Eine öffentliche Zugänglichmachung für Dritte ist in § 60c Abs. 1 Nr. 1 RegE-UrhG nicht vorgesehen. Das ist im Grundsatz richtig, könnte aber die Präsentation der Forschung auf wissenschaftlichen Konferenzen erschweren.
- Für die Prüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung („Peer Review“, aber auch Plagiatsprüfung) begrenzt § 60c Abs. 1 Nr. 2 RegE-UrhG den Umfang ebenfalls auf 15% eines Werkes. Zu überdenken ist, ob für die Qualitätsprüfung eine Vervielfältigung (nicht aber andere Nutzungshandlungen) gesamter Werke möglich sein muss.

Leipzig, den 29. Mai 2017



Christian Berger