

Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die
aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-
Wissensgesellschafts-Gesetz–UrhWissG) vom 01. Februar 2017 und dem Verleih
von E-Books durch Bibliotheken (sog. „E-Lending“)

Reto M. Hilty^{}, Ricarda Lotte^{**}*

I. Referentenentwurf für ein Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz

1. Allgemeine Bemerkungen

1. Der Ansatz, die Schranken für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen zusammenzufassen und zu vereinfachen, ist **begrüßenswert**, da dies den Überblick über die urheberrechtlich relevanten Bestimmungen für die Nutzer erleichtert. Zudem erhöht der Entwurf die Rechtssicherheit dadurch, dass unbestimmte Begriffe konkretisiert (z.B. 10% eines veröffentlichten Werks in § 60b UrhWissG-E anstelle von „Teilen eines Werks“ in § 46 UrhG) und mehrdeutige Begrifflichkeiten durch klarere Formulierungen ersetzt werden (z.B. Veranschaulichung „des“ Unterrichts in § 60a UrhWissG-E anstelle „im“ Unterricht in § 52a UrhG).
2. Das Ziel des Entwurfs, das Urheberrecht an die Veränderungen durch Digitalisierung und Vernetzung anzupassen (Referentenentwurf, S. 2), kann jedoch nur **teilweise** erreicht werden. Zwar dehnt der Entwurf die Nutzerfreiheiten vorsichtig aus, und er vereinfacht auch die Nutzung der Schrankenregelungen, indem er die pauschale Abrechnung der Vergütung genügen lässt (§ 60h

^{*} Prof. Dr. jur., Geschäftsführender Direktor, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb.

^{**} Doktorandin und wissenschaftl. Mitarbeiterin, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb.

Abs. 3 UrhWissG-E). Hingegen werden die vorgeschlagenen Regelungen für Unterricht und Lehre (§ 60a UrhWissG-E) sowie für Text und Data Mining (§ 60d UrhWissG-E) der Anforderung nur bedingt gerecht, einen zeitgemäßen Gebrauch geschützter Inhalte zu ermöglichen, der „das Potenzial der modernen Wissensgesellschaft“ (Referentenentwurf, S. 2) ausschöpft (s. unten Rn. 4 ff. und 8 ff.). Zudem steht die Unwirksamkeit von Vereinbarungen, soweit sie eine nach den §§ 60a ff. UrhWissG-E erlaubte Nutzung betreffen (§ 60g Abs. 1 UrhWissG-E; ausgenommen sind gemäß Abs. 2 die §§ 60e Abs. 4, 60f Abs. 1 UrhWissG-E), nur zum Teil mit den Bedürfnissen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs im Einklang (s. unten Rn. 13 ff.).

3. Schließlich erscheint die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Regelungen mit dem **künftigen** unionsrechtlichen Regelungsrahmen ungewiss. Die Vorschläge der Europäischen Kommission zur Modernisierung des europäischen Urheberrechts, namentlich für eine Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (COM(2016) 593 final; s. hierzu Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules, www.ip.mpg.de/de/forschung/immaterialgueter-und-wettbewerbsrecht/stellungnahme-modernisierung-eu-urheberrecht.html) betreffen ihrerseits das Text und Data Mining, die digitale Lehre und den Erhalt des Kulturerbes. Deren ganze oder teilweise Umsetzung könnte bald die erneute Änderung der §§ 60a ff. UrhWissG-E erforderlich machen.

2. Unterricht und Lehre, § 60a UrhWissG-E

4. Die Vorgabe eines konkreten Prozentsatzes für die erlaubte Nutzung eines Werks anstelle des unbestimmten Begriffs „kleine Teile“ dient der Rechtsklarheit und ist daher zu begrüßen. Die Grenze von 25% eines veröffentlichten Werks erscheint auch angemessen. Sie bedeutet eine maßvolle Ausdehnung der Beschränkung der Nutzung durch den BGH auf 12% bzw. 100 Seiten eines

Werks (GRUR 2014, 549, Rn. 24 ff. – *Meilensteile der Psychologie*). Ein **Bezugspunkt** für die Grenze von 25% eines veröffentlichten Werks ist dem Referentenentwurf aber nicht zu entnehmen. In Bildungseinrichtungen dürften daraus Rechtsunsicherheiten und Schwierigkeiten in der Praxis entstehen, wenn sich ein Dozent zuerst den Überblick über die bereits in der Bildungseinrichtung verwendeten Werkteile verschaffen müsste, bevor er selbst Teile des geschützten Inhalts für Unterricht und Lehre nutzen kann. Insbesondere bei Hochschulen, die eine Vielzahl von digitalen Lehrveranstaltungen von verschiedenen Dozenten anbieten, würde dieser Ansatz mit einem enormen Aufwand und organisatorischen Hindernissen verbunden sein und die praktische Wirksamkeit der Schrankenregelung beeinträchtigen. Bezugspunkt der Beschränkung auf 25% eines veröffentlichten Werks sollte daher die jeweilige Lehrveranstaltung sein. Dies schließt der Entwurf nicht aus; eine Klarstellung wäre jedoch wünschenswert.

5. Dem Verzicht auf die Voraussetzung der Gebotenheit der Nutzungshandlung ist zuzustimmen. Dieses im geltenden Recht vorhandene Merkmal hatte zu **Unsicherheiten** hinsichtlich der Kriterien geführt. Der BGH hatte hieraus sogar einen Vorrang von Lizenzangeboten hergeleitet (GRUR 2014, 549, Rn. 57 ff. – *Meilensteine der Psychologie*). Ein Vorrang bloßer *Lizenzangebote* würde die Bedeutung der Schranke jedoch erheblich vermindern und das Erreichen der von ihr verfolgten Ziele gefährden (s. dazu auch Position Statement MPI, vorn Rn. 3, Part B – Exceptions and Limitations, Art. 4 – Digital and cross-border teaching activities, Ziff. 12 f.).
6. Die Begrenzung auf die in § 60a Abs. 4 UrhWissG-E abschließend aufgezählten Bildungseinrichtungen hingegen erscheint zu eng. Die Schranke soll zwar ausdrücklich auch MOOCs erfassen (sog. *Massive Open Online Courses*, Referentenentwurf, S. 35). Mit der Legaldefinition in Abs. 4 ist § 60a UrhWissG-E aber nicht auf viele Plattformen nicht anwendbar, die MOOCs typischerweise nutzen. „Zukunftsfest formuliert“ sein sollten daher nicht nur die durch § 60a UrhWissG-E erlaubten Verwertungsrechte an sich (Referentenentwurf

S. 35), sondern auch der Anwendungsbereich der Schranke. Offenheit gegenüber neuen Formen des Lehrens und Lernens verlangt ein **flexibles** Verständnis von Bildungseinrichtungen.

7. Auch das Unionsrecht erfordert die Vorgabe festgelegter Bildungseinrichtungen nicht, da der Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL – anders als Art. 5 Abs. 2 lit. c, Abs. 3 lit. n InfoSoc-RL – nicht auf bestimmte Einrichtungen begrenzt ist. Im Gegenteil impliziert Erwägungsgrund 42 der InfoSoc-RL eine breite Anwendung der Schranke, indem für die Verfolgung nicht-kommerzieller Zwecke explizit auf die Tätigkeit als solche und nicht auf die Art der Einrichtung abgestellt werden soll. Auf ein **weites Verständnis** von Bildungseinrichtungen deutet auch Erwägungsgrund 15 im eingangs erwähnten Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt hin (vgl. hierzu Position Statement MPI, vorn Rn. 3, Part B – Exceptions and Limitations, Art. 4 – Digital and cross-border teaching activities, Ziff. 10). Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, die Bildungseinrichtungen nur beispielhaft zu benennen und § 60a Abs. 4 UrhWissG-E um ein „insbesondere“ zu ergänzen.

3. Text und Data Mining, § 60d UrhWissG-E

8. Der vorgeschlagene § 60d UrhWissG-E zwingt zum Umkehrschluss, dass Text und Data Mining (TDM) für kommerzielle Zwecke – auch bei rechtmäßigem Zugang zu den Inhalten – die Erlaubnis des Rechteinhabers erfordert. Dies ist in zweierlei Hinsicht kritikwürdig: Zum einen verspricht TDM auch außerhalb des Forschungsbereichs ein hohes Innovations- und Entdeckungspotential; bei einer Erlaubnispflicht kann dieses nicht voll ausgeschöpft werden (vgl. Position Statement MPI, vorn Rn. 3, Part B – Exceptions and Limitations, Art. 3 – Text and Data Mining, Ziff. 10 ff.). Zum anderen hat die Handlung des TDM an sich **keine** urheberrechtliche Relevanz (Position Statement MPI, ebd., Ziff. 13), so

dass die vorgeschlagene Regelung einen illusionären Schutz schafft (ebd., Ziff. 7).

9. Die Durchführung von TDM entspricht einem bestimmungsgemäßen Gebrauch digital gespeicherter Inhalte, zu denen ein rechtmäßiger Zugang besteht (Position Statement MPI, ebd., Ziff. 13). Der dem TDM vorgeschalteten Vorgang der Normalisierung (§ 60d Abs. 1 Nr. 1 UrhWissG-E; Referentenentwurf, S. 41) stellt zwar eine Vervielfältigung dar; dieser Prozess schafft jedoch keine eigenständige Nutzungsmöglichkeit (Position Statement MPI, ebd., Ziff. 14 ff.). Erforderlich ist dafür eine **Bereichsausnahme** im Hinblick auf Inhalte, zu denen der rechtmäßige Zugang besteht.
10. **Nicht nachvollziehbar** ist unter diesen Umständen, dass TDM vergütungspflichtig sein soll (§ 60h Abs. 1 UrhWissG-E); eine solche ist auch in Art. 3 des eingangs erwähnten Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt nicht vorgesehen. Hingegen ist sicherzustellen, dass eine Schranke für TDM nicht durch vertragliche Bestimmungen ausgehebelt werden kann (Position Statement MPI, ebd., Ziff. 19).
11. Um die wissenschaftliche Wettbewerbsfähigkeit insbesondere finanzschwächerer Forschungsorganisationen zu gewährleisten, sollte diesen TDM **unabhängig** von ihrem Zugang zu den Inhalten ermöglicht werden (Position Statement MPI, ebd., Ziff. 25). Rechteinhaber, die Werke und sonstige Schutzgegenstände überwiegend zu Forschungszwecken vermarkten, sollten daher angehalten sein, Forschungsorganisationen, die dazu keinen rechtmäßigen Zugang haben, gegen angemessenes Entgelt Datensätze bereit zu stellen, die ausschließlich TDM ermöglichen (ebd., Ziff. 26 ff.).
12. Ein **Formulierungsvorschlag** für eine TDM-Regelung findet sich am Ende des in Rn. 8 erwähnten Position Statement MPI.

4. Vertragliche Nutzungsbefugnis, § 60g WissUrhG-E

13. § 60g UrhWissG-E bestimmt die Unwirksamkeit jeglicher vertraglicher Vereinbarungen im Bereich der Schrankenregelungen und somit einen **generellen Vorrang** der Schrankenregelungen (mit Ausnahme der §§ 60e Abs. 4, 60f Abs. 1 UrhWissG-E). Dies stellt die dritte und höchste Stufe des zwingenden Charakters einer Schranke dar. Auf der ersten Stufe sind Vertrag und Schrankenregelungen gleichrangig, d.h. eine Schranke ist abdingbar. Auf der zweiten Stufe kann der Anwendungsbereich einer Schranke nicht begrenzt werden; eine Erlaubnis der durch sie privilegierten Nutzungen bleibt aber möglich. In der vom Referentenentwurf gewählten dritten Stufe ist hingegen auch letzteres unzulässig.
14. Das Unionsrecht gebietet keine bestimmte Stufe (vgl. EuGH, GRUR 2013, 812, Rn. 37 – *VG Wort/Kyocera u.a.*). Die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Schranke und Vertrag obliegt daher dem Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers. Der BGH hat sich in der Entscheidung „*Drucker und Plotter III*“ (GRUR 2014, 979, Rn. 45) bezogen auf § 53 Abs. 1–3 UrhG für die dritte Stufe⁺ ausgesprochen. Eine bestimmte Stufe ist aber nicht gleichermaßen für alle Schrankenregelungen vorzugswürdig. Vielmehr ist jeweils diejenige Stufe zu wählen, die den Bedürfnissen der durch die Schranke privilegierten **speziellen Konstellation** am besten gerecht wird. Bei den vorgeschlagenen Schranken im UrhWissG-E sind zum einen die Sachverhalte der §§ 60a–60c UrhWissG-E, zum anderen jene der §§ 60e, 60f UrhWissG-E vergleichbar. § 60d UrhWissG-E zu Text und Data Mining bleibt hier unberücksichtigt, da dieser einer eigenständigen Betrachtung bedarf (s. Rn. 8 ff.).
15. Die §§ 60e, 60f UrhWissG-E erlauben insbesondere Nutzungen für Werke aus dem eigenen Bestand der Einrichtungen. Ein Zugang zu den Werken besteht daher bereits. Es erscheint unrealistisch, dass eine vertragliche Vereinbarung über

⁺ Korrigierte Fassung (ursprünglich – Versehen – „zweite Stufe“).

die erlaubte Nutzung der Schrankenregelungen zwischen Rechteinhaber und Werknutzer zustande kommen wird. Insbesondere im Falle von § 60e Abs. 1 UrhWissG-E werden Rechteinhaber höchstens in Ausnahmefällen überhaupt ein Interesse haben, solche Nutzungen vertraglich zu untersagen. Das Schutzbedürfnis der Schrankenbegünstigten ist daher **gering**, weswegen eine Regelung auf der zweiten Stufe ausreichen würde. Der Regelungsvorschlag geht darüber hinaus. Allerdings erscheinen explizite vertragliche Erlaubnisse entsprechender Nutzungshandlungen ohnehin wenig wahrscheinlich, womit die Unterschiede aus praktischer Sicht nicht ins Gewicht fallen dürften.

16. Die privilegierten Nutzungen der §§ 60a-60c UrhWissG-E beziehen sich auf Werke jeglicher Art. Dabei sind allerdings zwei Sachverhalte zu unterscheiden. Entweder hat der Nutzungsberechtigte bereits **Zugang** zu einem Werkexemplar, das er im Rahmen der Schranke nutzen darf. Oder er hat – wie in der digitalen Welt zunehmend üblich – zunächst keinen Zugang, sondern muss diesen durch Vertrag mit dem Rechteinhaber zuerst erwerben. In letzterer Konstellation erscheint die Vorstellung, mittels einer Schranke Werknutzungen bis zu einer gewissen Schwelle zu erlauben, realitätsfern. Wollte man einer Schranke in diesem Kontext Geltung verschaffen, würde dies darauf hinauslaufen, dass beispielsweise ein Lehrer oder ein Wissenschaftler dem Verleger erklären könnte, er wolle nur bis zur erlaubten Schwelle nutzen, wofür ihm der entsprechende Zugang gewährt werden müsste. Dies wird kaum die Absicht des Referentenentwurfs sein. Das UrhWissG wird also nichts am Ausgangspunkt ändern können, dass sich ein Nutzer ohne Zugang zunächst auf einen Vertrag mit einem Verleger einlassen muss.
17. Bleibt also die Konstellation, dass der Zugang zu einem Werkexemplar bereits besteht. Das kann in der analogen Welt der Fall sein (z.B. bei Büchern, die in einer Bibliothek stehen), oder aber es geht um Sachverhalte, die im Nachgang zu einer Zugangsgewährung durch den Verleger stattfinden. In ersterem Fall erscheint es ebenso wie bei Konstellationen nach §§ 60e, 60f UrhWissG-E nicht

realistisch, dass eine vertragliche Vereinbarung zwischen Verleger und Werknutzer überhaupt zustande kommen kann (etwa wäre ein entsprechender Aufdruck auf einem Buch höchstens eine einseitige Willenserklärung). Demgegenüber liegt dann, wenn vertraglich Zugang zu Inhalten gewährt werden muss, in der Tat eine Gefahr darin, dass in den verlegerseitig formulierten Vertragsbedingungen nachgelagerte Handlungen – z.B. die Verteilung von Kopien an Schüler – untersagt oder beschränkt werden könnten, die einer entsprechenden Schranke zufolge erlaubt sind. Es bedarf daher der Unwirksamkeit von Vereinbarungen, welche die gesetzlich erlaubten Nutzungen untersagen. Anders als bei §§ 60e, 60f UrhWissG-E werden Nutzungshandlungen, die durch §§ 60a-60c UrhWissG-E erlaubt sind, jedoch oft auch explizit vertraglich erlaubt, möglicherweise aber unter bestimmten Bedingungen. Hier ist es mit anderen Worten von **erheblicher** Konsequenz, ob das Verhältnis von Vertrag und Schranke auf der zweiten oder der dritten Stufe geregelt wird (vorn Rn. 13).

18. Die vom Referentenentwurf gewählte dritte Stufe mag im Kontext der §§ 60a-60c UrhWissG-E insoweit nachvollziehbar erscheinen, als dem Kreativen die Vergütung, die bei einer Werknutzung gestützt auf die Schrankenbestimmung geschuldet ist, dadurch entzogen werden kann, dass der Nutzer nicht an eine Verwertungsgesellschaft, sondern (gestützt auf Vertrag) direkt an den Verwerter bezahlt. In den konkreten Konstellationen ist der Effekt, die Vergütung für Werknutzungen unterhalb der jeweiligen Schwelle zwingend über die kollektive Rechtswahrnehmung zu führen, aber von vornherein beschränkt, denn damit dürfte nur ein vergleichsweise bescheidenes Gebührenaufkommen generiert werden. Hinzu kommt, dass selbst dieser bescheidene Betrag nach der Vorstellung der Bundesregierung künftig wieder zwischen Urhebern und Verlegern geteilt werden können soll. Den Löwenanteil werden hingegen die vertraglichen Vergütungen an die Verleger ausmachen. Führt die Abhängigkeit der Wissenschaftler von Verlagen – die „im Kern“ kein urheberrechtliches Problem ist (Referentenentwurf, S. 2) – dazu, dass die Wissenschaftler an diesen Erlösen nicht oder nicht angemessen beteiligt werden, wird die im Referentenentwurf vorge-

schlagene Regelung jedoch keine wirksame Abhilfe verschaffen. Es ist vielmehr **Aufgabe des Urhebervertragsrechts**, hier für Ausgleich zu sorgen. Wenn dieses nach wie vor nicht befriedigend funktioniert, ist dort anzusetzen – möglicherweise auch diesbezüglich mit einer Sonderregelung für den Wissenschafts- und allenfalls den Unterrichtsbereich.

19. Bei wissenschaftlichen Urhebern kommt die Besonderheit dazu, dass ihre wirtschaftliche Absicherung im Regelfall durch staatliche Mittel sichergestellt ist. Wichtiger ist für sie daher das Urheberpersönlichkeitsrecht, etwa im Hinblick auf ihre wissenschaftliche Reputation. Jedenfalls dürfen die auf das Urheberrecht bezogenen wirtschaftlichen Interessen des Wissenschaftlers nicht höher gewichtet werden als der möglichst ungehinderte **Austausch wissenschaftlicher Informationen**. Kommt dazu, dass eine umfassende Unwirksamkeit vertraglicher Vereinbarungen im Bereich von Nutzungen, die durch eine Schranke erlaubt werden, nicht nur kostenpflichtige Angebote betrifft, sondern auch eine unentgeltliche Lizenzierung, etwa im Rahmen von Creative Commons Lizenzen. Behindert wird damit insbesondere die Möglichkeit von Wissenschaftlern, ihre Inhalte der Öffentlichkeit im Rahmen von Open Access (und im Bildungsbereich von Open Educational Resources) zur Verfügung zu stellen.
20. Ist es Ziel des Entwurfs, eine **Doppelvergütung** dahingehend zu vermeiden, dass Nutzer die Tarife der Verwertungsgesellschaft bezahlen und gleichzeitig an den Verleger die für die Werknutzung vertraglich vereinbarte Vergütung zu entrichten haben (Referentenentwurf, S. 46 f.), so ist dies gewiss nachvollziehbar; durch die vorgeschlagene Regelung wird sich dies jedoch kaum erreichen lassen. Es erscheint im Gegenteil eher weltfremd zu glauben, dass Verleger ihre Preise reduzieren werden, weil erlaubte Nutzungen im Bereich zwischen Null und der jeweiligen Schwelle bereits durch die Entschädigung über die kollektive Rechtswahrnehmung vergütet werden. Ob eine solche Doppelvergütung seitens der Verlage tatsächlich vermieden wird, ließe sich überhaupt nicht kontrollieren, weil hinsichtlich der Preisbildung von Verlagen keinerlei Kontrollmöglichkeiten

bestehen. Ohnehin wäre es kaum praktikabel, im Hinblick auf die Vergütungspflicht danach zu unterscheiden, ob eine Nutzung unterhalb oder oberhalb der erlaubten Schwelle liegt – mit der Folge, dass jene unterhalb von der Vergütung nach der jeweiligen Schranke, eine Nutzung darüber von der Vergütung gemäß Vertrag gedeckt wäre.

21. Die generelle Unwirksamkeit von Vereinbarungen, die den Bereich der Schrankenregelungen der §§ 60a-60c UrhWissG-E betreffen, wirkt sich damit kaum zum Vorteil der Urheber, jedenfalls aber zum Nachteil der Nutzer aus. Von einem Regelungsansatz auf der dritten Stufe ist daher dringend abzuraten; unwirksam sollten lediglich vertragliche **Beschränkungen** von gesetzlich erlaubten Nutzungsbefugnissen sein. Sollte sich Abs. 1 von § 60g UrhWissG-E dabei richtig betrachtet nur auf die §§ 60a-60c UrhWissG-E beziehen (da § 60d einer eigenständigen Regelung bedarf, vorn Rn. 8), reichte mit anderen Worten etwa folgender Satz: „Vereinbarungen, die erlaubte Nutzungen nach §§ 60a-60c beschränken oder untersagen, sind unwirksam.“. Geht es bei diesen Nutzungshandlungen nach dem Ausgeführten (Rn. 17) typischerweise um die Konstellation, in denen solche Vereinbarungen im Rahmen der Zugangsgewährung geschlossen werden könnten, so liegt der Fall bei den §§ 60e, 60 f UrhWissG-E von vornherein anders; denn Zugang zum eigenen Bestand liegt naturgemäß vor. Gleichzeitig sind vertragliche Untersagungen der durch jene Schrankenbestimmungen erlaubten Nutzungen praktisch nicht realistisch, weswegen es für sie überhaupt keiner entsprechenden Regelung bedarf. Hingegen bezieht sich § 60g Abs. 2 UrhWissG-E quasi auf den umgekehrten Sachverhalt: es geht um die Zugangsgewährung durch die entsprechenden Einrichtungen, und damit um Nutzungen Dritter, die im Anschluss an die (erlaubte) Nutzung durch die betreffenden Einrichtungen stattfinden. Hierfür ist eine komplizierte Ausnahmeregelung gegenüber § 60g Abs. 1 UrhWissG-E von vornherein nicht nötig; vielmehr kann § 60e Abs. 4 UrhWissG-E ganz einfach ein kurzer Satz angefügt werden, etwa „Vertragliche Vereinbarungen gehen vor“. Durch den Verweis in § 60f Abs. 1 UrhWissG-E gilt dies für jene Norm dann ebenfalls. Diese Entkoppelung dient

nicht nur der Übersichtlichkeit der betroffenen Schrankenbestimmungen; sie vermeidet auch und in erster Linie Missverständnisse, wie sie vom vorgeschlagenen § 60g UrhWissG-E provoziert werden. Allem voran aber gefährdet dieser Ansatz nicht den vom Urheber gewollt frei gehaltenen Zugang zu Inhalten (vorn Rn. 19).

22. Zu ergänzen bleibt, dass auch die Verwirklichung des Anliegens, Doppelvergütungen zu vermeiden (vorn Rn. 20), auf der anderen Seite ansetzen muss. Denn werden die nach §§ 60a ff. UrhWissG-E erlaubten Nutzungshandlungen im Rahmen einer vertraglichen **Zugangsgewährung** durch den Verleger vergütet, lässt sich dies bei der Tarifbildung bezogen auf § 60h UrhWissG-E berücksichtigen. Je mehr vertragliche Vereinbarungen eine Bildungs- oder Forschungseinrichtung mit Verlegern geschlossen hat, desto weniger basieren solche primären Nutzungshandlungen ihrer Angehörigen noch auf Schranken, und umso tiefer müssen die Verwertungsgesellschaften ihre Tarife ansetzen.
23. Zu unterscheiden sind nachgelagerte Nutzungshandlungen im Sinne der §§ 60a, 60b oder 60c UrhWissG-E. Zwar überzeugt es, das verlagsseitige Untersagen solcher Nutzungshandlungen in § 60g Abs. 1 UrhWissG-E für unwirksam zu erklären; **keine Rolle** spielt hingegen, wenn solche Nutzungen – in Überlagerung der Schrankenbestimmung – explizit erlaubt werden. Entscheidend dafür, dass es nicht zu einer Doppelvergütung kommt, ist nur, dass die vertragliche Erlaubnis nicht seitens des Verlages (zusätzlich) eingepreist wird. Dieses Anliegen bleibt aber von theoretischer Tragweite, weil Verlage kaum zu einer vollständigen Preisbildungstransparenz gezwungen werden können.

II. E-Lending[°]

1. Rechtsprechung des EuGH

24. Nach der Entscheidung des EuGH (GRUR 2016, 1266 – *Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht*) sind nationale Regelungen, die den Verleih der digitalen Kopie eines Buchs durch eine öffentliche Bibliothek erlauben, mit Art. 6 Abs. 1 RL 2006/115 (Vermiet- und Verleih-RL) vereinbar. Es besteht aber keine Verpflichtung für die Mitgliedstaaten, eine solche Regelung im nationalen Recht vorzusehen; Art. 6 Abs. 1 Vermiet- und Verleih-RL legt nur eine Untergrenze des Schutzes für den Urheber fest (EuGH, GRUR 2016, 1266, Rn. 61 – *Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht*). Die §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG, die den Verleih durch der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen auf körperliche Vervielfältigungsstücke beschränken, sind daher mit dem Unionsrecht vereinbar. Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch die **Möglichkeit**, auch im deutschen Recht diesen Einrichtungen den Verleih digitaler Kopien zu erlauben.

2. Interessen

25. Eine Regelung zugunsten des Verleihs digitaler Kopien von Werken erscheint **wünschenswert**. Dieser entspricht den Bedürfnissen der digitalen Wissensgesellschaft. E-Books erleichtern namentlich für Menschen mit Behinderung den Zugang zu Inhalten (s. auch Erwägungsgrund 5 des Richtlinienvorschlags der Kommission über bestimmte zulässige Formen der Nutzung urheberrechtlich oder durch Schutzrechte geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände zugunsten sehbehinderter oder anderweitig lesebehinderter Personen, COM(2016) 596 final, S. 2). Gerade sie haben ein erhebliches Interesse daran, dass Bücher in diesem zeitgemäßen Format verliehen werden dürfen. Auch aus

[°] Formal korrigierte Fassung (mit durchlaufenden Randnummern).

internationalen Verträgen ergeben sich keine zwingenden Gründe, das E-Lending auszuschließen.

26. Eine zu starke Beeinträchtigung der Interessen der **Rechteinhaber** hat der EuGH dadurch vermieden, dass die Verleihkapazität einer Bibliothek nicht höher sein darf als bei einem gedruckten Werk; außerdem darf die vom Nutzer selbst heruntergeladene Kopie nach Ablauf der Leihfrist nicht mehr nutzbar sein (GRUR 2016, 1266, Rn. 51 ff. – *Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht*). Sollen stattdessen mehreren Nutzern zeitgleich digitale Inhalte zur Verfügung gestellt werden, muss die Einrichtung vertragliche Vereinbarungen mit den Rechteinhabern schließen. Damit sind die Interessen der Rechteinhaber angemessen berücksichtigt.
27. Eine vergütungspflichtige Schranke für E-Lending hat namentlich auch den **Vorteil**, dass für Nutzungen bezahlt wird, die sonst unterbleiben oder rechtswidrig – und somit ohne Vergütung – erfolgen würden (vgl. auch die Begründung des Referentenentwurfs für die Erweiterung der erlaubten Nutzungen, S. 2 f., 17). Gerade für die Kreativen kann eine vergütungspflichtige, der kollektiven Rechtswahrnehmung unterliegende Schranke damit sogar vorteilhafter sein als eine vertragliche Lizenzierung durch den Rechteinhaber, weil die Kreativen oft nur auf diese Weise überhaupt eine angemessene Vergütung für die Nutzung ihrer Werke erhalten (Stellungnahme des MPI, Schranken im Bereich Bildung, Wissenschaft und Kopienversand, Anhörung vom 8. November 2006, S. 4 f).

3. Anforderungen

28. Der EuGH zieht drei Grenzen für das E-Lending ein. Nebst der bereits erwähnten Vorgabe, dass die Verleihkapazität nicht höher sein darf als bei einem gedruckten Werk (GRUR 2016, 1266– *Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht*, Rn. 51 ff.), darf das Verleihen nicht unbefristet sein

(Rn. 52 f.), und drittens die verliehene Kopie nicht aus einer illegalen Quelle stammen (Rn. 66 ff.). Diese letztgenannte Voraussetzung könnten neben erworbenen E-Books an sich auch selbst digitalisierte Werke erfüllen, zumal eine Digitalisierung analoger Werke gestützt auf bestimmte Schrankenregelungen erlaubt sein kann (z.B. § 60e UrhWissG-E). Allerdings würde dies der Einrichtung die Möglichkeit eröffnen, das Werk in digitaler Form zu verleihen, ohne es in dieser Form erworben zu haben. Diese könnte die Interessen jener Rechteinhaber beeinträchtigen, die sich gegen die Vermarktung des Werks in der Form eines E-Books entschieden haben. Haben sie sich hingegen dafür entschieden, besteht wiederum kein schützenswertes Interesse der Einrichtung, eine analoge Kopie digitalisieren zu dürfen. Eine künftige Regelung sollte daher auf den **Verleih erworbener E-Books beschränkt** werden.

29. Die Zulässigkeit des Verleihs körperlicher Vervielfältigungsgegenstände durch der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen knüpfen §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 S. 1 UrhG an die Erschöpfung des Verbreitungsrechts. Für den Verleih einer digitalen Kopie wird dieser Ansatz vom EuGH zumindest nicht ausgeschlossen (EuGH, GRUR 2016, 1266, Rn. 64 – *Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht*). Die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes des Art. 4 Abs. 2 RL 2001/29 (InfoSoc-RL) ist jedoch noch weitgehend ungeklärt. Dies gilt insbesondere dann, wenn nicht ein digitaler Träger als solcher verliehen wird, sondern der Verleih durch das Herunterladen auf einen Träger des Nutzers (mit zeitlich befristeter Verfügbarkeit der Daten) erfolgt. Zwar hat der EuGH in einer früheren Entscheidung das Verbreitungsrecht an Computerprogrammen für erschöpft betrachtet, wenn der Rechteinhaber einem Herunterladen zum Zwecke der unbefristeten Nutzung des Programms zugestimmt hat (EuGH, GRUR 2012, 904 – *UsedSoft/Oracle GmbH*). Da der Gebrauch eines Computerprogramms jedoch eine urheberrechtsrelevante Handlung darstellt – anders als das Lesen eines Buches –, bestehen erhebliche Unterschiede. Sollte der Erschöpfungsgrundsatz daher auf körperliche Vervielfältigungsstücke beschränkt bleiben, wäre für die

Zulässigkeit des Verleihs digitaler Inhalte durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung ein **anderer** dogmatischer Erklärungsansatz nötig.

30. Aktuell fehlen somit gesicherte Erkenntnisse zur Frage, ob und inwieweit die traditionellen Erklärungsansätze des Erschöpfungsgrundsatzes auch in der digitalen Welt Geltung beanspruchen können, wo nicht mehr physische Vervielfältigungsstücke veräußert und ausgeliehen, sondern seitens des Nutzers Daten über das Internet heruntergeladen oder sogar nur noch gestreamt werden. Es erscheint daher nicht zielführend, eine § 27 Abs. 2 UrhG entsprechende – an das in Verkehr bringen nach § 17 Abs. 2 UrhG anknüpfende – Begründung dafür zu suchen, unter welchen Voraussetzungen ein Verleih zulässig sei. Besteht der rechtspolitische Wille, das Verleihrecht auf die digitale Welt auszudehnen, lassen sich die in Rn. 28 genannten Vorgaben des EuGH jedoch auch ohne konkreten dogmatischen Unterbau **explizit** in der Form einer Erlaubnisnorm umsetzen. Diese sollte technologieneutral formuliert sein, damit sowohl der Download als auch das Streaming erfasst werden, dies jeweils mit zeitlicher Befristung der Verfügbarkeit bzw. des Zugriffs auf die fraglichen Daten.
31. Konkret könnte nach § 27 Abs. 2 UrhG ein **neuer** Absatz eingefügt werden, der auf jene Grundnorm des Verleihrechts, die als zentrales Element eine Vergütungspflicht statuiert, entsprechend Bezug nimmt:

§ 27 UrhG

Vergütung für Vermietung und Verleihen

(...)

(2a) Entsprechendes gilt, wenn ein digitales Vervielfältigungsstück rechtmäßig erworben wird, um jeweils einer Person die zeitlich begrenzte Werknutzung zu ermöglichen.

(...)