

Prof. emeritus Dr. Rainer Kuhlen

Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags zu dem Vorschlag der Bundesregierung für ein Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG)¹

23. Mai 2017

Kurzzusammenfassung: Es wird dem Rechtsausschuss empfohlen, der Vorlage der Bundesregierung als Schritt in die richtige Richtung zuzustimmen, nach Möglichkeit unter Rücknahme der gegenüber dem Referentenentwurf vorgenommenen Änderungen.

Zusammenfassung: Die Stellungnahme unternimmt es, den Stand des geltenden Wissenschaftsurheberrechts und den jetzigen Reformentwurf der Bundesregierung (RegE) unter den Kriterien der Rechtssicherheit, der Zukunftsorientierung und des Interessenausgleichs zu bewerten. Die Analyse kommt, übereinstimmend mit den meisten zu dem Referentenentwurf abgegebenen Stellungnahmen, zu dem Ergebnis, dass sich dieser tatsächlich durch große Rechtssicherheit und entsprechend größere Verständlichkeit und Handhabbarkeit der Regelungen durch die betroffenen Akteure auszeichnet.

Rechtssicherheit geht aber oft, und so auch hier, mit einem Verlust an Zukunftsorientierung einher. Der vorliegende Entwurf mag an manchen Stellen Verbesserungen zugunsten von Nutzungshandlungen in Bildung und Wissenschaft bringen. Allerdings gehen sie, wenn überhaupt, nur geringfügig über den Status quo des bestehenden Urheberrechts und der Rechtsprechung hinaus. Vor allem aber ist nicht zu verkennen, dass es nicht gelungen ist, ein Wissenschaftsurheberrecht vorzulegen, welches anerkennt, dass so gut wie alle Handlungen für Information, Kommunikation und Kollaboration in Wissenschaft und Bildungsumgebungen, aber auch in den Vermittlungsorganisationen wie Bibliotheken tendenziell vollständig elektronisch verlaufen.

Die zahlreichen in dem Vorschlag noch vorhandenen Einschränkungen einer freizügigen Nutzung sind sehr stark dem geschuldet, dass das alte Paradigma der gedruckten (Buch)Information noch immer stark dominant ist und auch die Geschäftsmodelle der Verlagswirtschaft (mit der Ausrichtung auf die Anzahl der verkauften Exemplare) sich noch nicht davon gelöst haben. Es ist absurd anzunehmen (wie es leider durch den Börsenverein und jetzt auch in der Presse [FAZ, ZEIT, Tagesspiegel, etc.] durch offensichtlich wahrheitswidrige Behauptungen geschieht), dass der jetzige Entwurf die Marktwirtschaft aushebelt oder dass sogar die Verlage enteignet werden – ganz im Gegenteil, auch der

¹ Um diese Stellungnahme bin ich als Person bzw. als Prof. emeritus für Informationswissenschaft im Fachbereich Informatik und Informationswissenschaft an der Universität Konstanz gebeten worden. Dies nehme ich entsprechend wahr. Alle Aussagen hier sind von mir persönlich zu verantworten. Es dürfte jedoch allgemein bekannt sein, dass ich seit vielen Jahren Sprecher des Aktionsbündnisses „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ bin (<http://urheberrechtsbuendnis.de/index.html.de>). Daher dürften die hier vertretenen Positionen, obgleich in diesem konkreten Fall nicht mit der Lenkungsgruppe des Aktionsbündnisses abgesprochen, weitgehend identisch mit denen des Aktionsbündnisses sein. Auch sind sie sicherlich in hohem Maße nicht zuletzt dem intensiven Diskurs innerhalb des Aktionsbündnisses geschuldet.

jetzige Vorschlag ist, wenn auch geringer als in den zurückliegenden Reformen des Ersten und Zweiten Korbs, eher als (rechtlich fragwürdige) Beihilfe für die Verlagswirtschaft und als Unterstützung deren Partikularinteressen anzusehen. Der Interessenausgleich geht weiter stark zugunsten der Verlags- und Medienwirtschaft aus. Die Verlags- und Pressewirtschaft kann sich nicht beklagen.

Aus der Sicht von Bildung und Wissenschaft ist es enttäuschend, dass die Politik es offensichtlich noch nicht für geboten gehalten hat, die im Koalitionsvertrag der Bundesregierung an sich zugesagte Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke mit einer umfassenden genehmigungsfreien Nutzungserlaubnis zu realisieren. Trotzdem ist der jetzige Vorschlag ein Schritt in die richtige Richtung und wird, nicht zuletzt auch wegen der dadurch erreichten Rechtssicherheit, des klaren Vorrangs von rechtlich verbindlichen Schrankenregelungen und des Vorrangs von Pauschalvergütung, auch von mir unterstützt.

Es ist derzeit in Sachen Urheberrecht, sowohl in der EU als auch in der WIPO, vieles im Fluß. Es ist zu begrüßen, dass es offenbar vorgesehen ist, den jetzigen Vorschlag nach vier Jahren noch einmal zu überprüfen. Dies sollte aber jetzt nicht durch eine Befristung wie damals bei § 52a UrhG geschehen. Es wird angeregt, eine umfassende Studie in Auftrag zu geben, durch die auch empirisch begründete Daten bereitgestellt werden können, um einen zeitgemäßen und produktiven Zusammenhang zwischen dem Informations-, Kommunikations- und Kollaborationverhalten in Bildung und Wissenschaft und den darauf ausgerichteten Geschäftsmodellen der Verlags- und Medienwirtschaft herzustellen. Davon können nur beide Seiten Nutzen ziehen. Dass dies tendenziell vollständig in elektronischen Umgebungen sich ereignet, dürfte trotz einiger Buch-Mahner unbestritten sein.

1. Übersicht

Diese Stellungnahme enthält im wesentlichen zwei Hauptteile.

Im ersten Teil versuche ich, die derzeit noch gültigen Regelungen von 2003 und 2008 unter Anwendung von Kriterien wie Rechtssicherheit und Handhabbarkeit, Zukunftsorientierung und Interessenausgleich zu bewerten und diese Kriterien auch auf die auf Bildung und Wissenschaft bezogenen Informations- bzw. Publikationsmärkte zu stellen. Das gleiche Verfahren wird dann auf den gegenwärtigen Reformvorschlag angewendet. Dabei stellen sich zahlreiche Fragen, und der Zweifel bleibt doch bestehen, ob der jetzige Vorschlag wirklich als Durchbruch zu einem zeitgemäßen Wissenschaftsurheberrecht anzusehen ist.

Im zweiten Teil gehe ich auf einige Aspekte des Reformvorschlags ein, die besonders kontrovers und aggressiv von Seiten der Verwerter diskutiert wurden. Die Abgeordneten des Bundestags bzw. die Mitglieder des Rechtsausschusses sollten sich nicht durch unerträgliche falsche Behauptungen aus der Verlags- und Pressewirtschaft (zuletzt durch FAZ mit ganzseitigen Anzeigen, ZEIT, Tagesspiegel) irritieren lassen. Diese Versuche verzerren auf unerträgliche Weise nicht nur die Intention des Reformversuchs, sondern stellen auch einige der tatsächlichen Regulierungsvorhaben bewusst oder mangels besseren Wissens falsch dar.

Für diese Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestags verzichte ich darauf, auf die umfassend von verschiedenen Seiten vorgebrachten Verbesserungsvorschläge für den RegE wie vorher für den RefE im Detail einzugehen.² Diese Vorschläge sind weder vom BMJV im RefE noch vom Kabinett im RegE berücksichtigt worden und sind für die aktuelle Diskussion offensichtlich nicht als relevant angesehen worden. Das ist bedauerlich. Allerdings werde ich in Abschnitt 2.2.2 einige Fragen stellen, die hoffentlich den Rechtsausschuss bewegen werden, den RegE noch einmal zugunsten von Bildung und Wissenschaft zu verbessern.

Ebenso muss ich wohl darauf verzichten, Sie als Mitglieder des Rechtsausschusses davon zu überzeugen, dass es besser wäre, wenn Sie den jetzigen Vorschlag in das umwandeln würden, was dieser derzeit nicht ist, nämlich in eine Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, bei der die Nutzung von rechtmäßig in der Regel von den Bibliotheken erworbenen und bereitgestellten Materialien keiner anderen Beschränkung unterworfen ist, als sie durch Zwecke der Forschung oder für Aufgaben der Lehre legitimiert ist. Wieso, so darf und muss man wohl fragen, sollte die Politik entscheiden dürfen, ob 10, 12, 15, 25 oder 75% vom Werkumfang ausreichend sind?

Für die aktuelle Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestags macht es leider keinen Sinn mehr, umfassendere Reformen einzufordern. So sehe ich mich in der etwas merkwürdigen Situation, dass meine, in zahlreichen Publikationen ausgeführten Vorstellungen für eine Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke (ABWS) (aber auch die in den vielen anderen Vorschläge für eine ABWS) sich in dem jetzigen Vorschlag nur sehr unzureichend wiederfinden, dass ich mich aber trotzdem für den jetzt zur Beratung anstehenden RegE-Vorschlag als Schritt in die richtige Richtung einsetze. Wie groß der Schritt dann tatsächlich ist, wird man erst am Endprodukt sehen.

2. Zu den Herausforderungen an ein Urheberrecht, das akzeptiert werden kann

Ein jedes Vorhaben für ein neues Gesetz ist eine Herausforderung an die dafür zuständigen Organe, einerseits *Rechtssicherheit* für das Handeln der betroffenen Akteure zu schaffen, andererseits aber auch das Gesetz soweit wie möglich durch die Orientierung an den zu erwartenden (nicht zuletzt technologischen) Entwicklungen *zukunftsfest* zu machen. Zukunftsfest für die Urheber, für die Nutzer (hier in Bildung und Wissenschaft), aber auch für die Verwerter in der weiteren Publikationswirtschaft und für die auf Bildung und Wissenschaft bezogenen Vermittlungs- bzw. Gedächtnisorganisationen wie Bibliotheken, Archive und Museen.

An diesen beiden Kriterien *Rechtssicherheit und Zukunftsorientierung* entscheidet sich in erster Linie, ob ein Gesetz taugt und mit Akzeptanz rechnen kann. Sicherlich kommen weitere Kriterien hinzu – beim Urheberrecht traditionell auch das Ziel des *Interessenausgleichs* zwischen den verschiedenen durch dieses Recht betroffenen Akteursgruppen.

² Die vom BMJV erbetenen Stellungnahmen (natürlich auch die ablehnenden) sind dokumentiert unter: <http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/UrhWissG.html>.

2.1. Zu den Defiziten der bisherigen Urheberrechtsreformen

Die auf Bildung und Wissenschaft bezogenen beiden Urheberrechtsreformen von 2003 und 2008 (erster und zweiter Korb) sind, darüber sind sich so gut wie alle Experten einig, allen drei Kriterien nicht gerecht geworden. Die Erwartung an die lange zugesagte und immer wieder verzögerte Reform des Wissenschaftsurheberrecht war und ist entsprechend groß.“

[Wer die Darstellung der Defizite des aktuellen „Wissenschaftsurheberrechts“ nicht lesen will bzw. dies nicht braucht, kann gleich mit Abschnitt 2.2 fortfahren.]

2.1.1. Keine Rechtssicherheit

Der Beweis für mangelnde *Rechtssicherheit* des bestehenden Wissenschaftsurheberrechts braucht hier nicht weiter erbracht zu werden. Sehr bald wurde nach den Reformvorhaben 2003 und 2008 deutlich, dass z.B. die §§ 52a, 52b, 53 und 53a UrhG selbst von Rechtsexperten kaum verstanden bzw. zweifelsfrei ausgelegt werden konnten geschweige denn von den durch das Gesetz Betroffenen, also den in den Bibliotheken Tätigen, den Forschern und Lehrenden.

Sicherlich auch nervig für den Gesetzgeber und die Regierung, dass in den letzten Jahren zahlreiche Prozesse über die verschiedenen Instanzen bis zum Bundesgerichtshof geführt wurden – nicht gegen das Urheberrechtsgesetz selber, sondern von Verlagen gegen das Ausmaß der Anwendung der verschiedenen Schrankenregelungen vor allem durch die Bildung und Wissenschaft zuarbeitenden Bibliotheken. Durch einige Urteile des Bundesgerichtshofs ist einige Rechtsklarheit z.B. für die Intension und Extension der Nutzungserlaubnisse und über Anschlussoperationen wie Drucken und Speichern geschaffen.

Diese Festlegungen durch die Gerichte sind überwiegend in dem jetzigen Vorschlag aufgenommen und so Gesetzesrealität, nicht nur Rechtsprechungsrealität geworden. Es ist sehr zu begrüßen, dass damit die Politik wieder die Initiative zur Gestaltung der Rechtswirklichkeit im Urheberrecht übernommen hat. Dazu gehört auch der im Vorschlag im Prinzip bekräftigte Vorrang von rechtlich verbindlichen Schrankenregelungen gegenüber Lizenzregelungen der Verlagswirtschaft. (vgl. aber dazu Abschnitt 2.4.2) Ebenso die klare Entscheidung zugunsten der Pauschalabrechnung für schrankenbedingte Nutzungshandlungen (wobei allerdings wohl gar nicht erwogen wurde, ob solche Vergütungen vor allem bei der Lehre überhaupt sinnvoll oder nötig sind). (vgl. Abschnitt 2.4.1)

2.1.2. Wenig Zukunftsorientierung

Von Zukunftsorientierung konnte bei den bisherigen Reformen kaum gesprochen werden. Die oben erwähnten §§ des Urheberrechtsgesetzes trugen nur sehr unzureichend dem Rechnung, dass schon 2003 und erst recht 2008 Informationsprozesse sowie die für Kommunikation und Kollaboration vor allem in der Forschung und zunehmend in Unterrichtssituationen, aber auch bei den Vermittlungsorganisationen tendenziell vollständig elektronisch ablaufen.

Dazu (aus den vielen unzeitgemäßen Einschränkungen) nur zwei Hinweise:

- a) Der Zugriff auf digitalisierte Bestände der Bibliotheken ist nach § 52b UrhG nur von bestimmten Terminals in den Räumen der Bibliotheken erlaubt, obgleich natürlich jedermann in Bildung und Wissenschaft über die technischen Voraussetzungen für den orts- und zeitunabhängigen Zugriff verfügt (diese Einschränkung soll übrigens jetzt weiter gelten.vgl. Abschnitt 2.2.2)
- b) Die Norm für den Dokumentversand durch Bibliotheken (§ 53a UrhG) erlaubt nur die Versendung als traditionelle Kopie oder als grafische Datei, nicht als vollelektronische (das wird jetzt in § 60eE aufgehoben. (vgl. aber Top 3 in Abschnitt 2.2.2)

Die Ursache für diese Behinderungen ist nicht zuletzt darin zu sehen, dass offensichtlich in den Köpfen der zuständigen Politiker, aber auch bei der Verlagswirtschaft weiterhin das analoge Publikationsmodell als vorherrschend und damit als schutzwürdig angesehen wurde. (wohl auch noch wird). (vgl. dazu Abschnitt 2.4.1) Nur so lassen sich so merkwürdige Regelungen wie die der Bestandsakzessorietät (nur an so vielen Terminals darf Einsicht in digitalisierte Objekte gegeben werden, wie die Bibliothek gedruckte Werke erworben hat). Oder die Regelung, dass ganze Werke dann frei für den privaten Gebrauch genutzt werden dürfen, wenn sie *manuell abgeschrieben* (nicht etwa persönlich eingescannt) werden. (vgl. § 53, Abs. 4 UrhG – das ist übrigens auch weiter gültig, wenn der jetzige Vorschlag Gesetz werden sollte)

2.1.3. Kein Interessenausgleich

Von einem ausgewogenen Interessenausgleich kann ebenfalls kaum die Rede sein. Das intensive (und man kann es nicht anders sagen: verleumderisch-demagogische) Lobbying der Verlage bzw. des Börsenvereins war 2003 äußerst erfolgreich und war dafür verantwortlich, dass aus einem Referentenentwurf des damaligen Justizministeriums, welcher ursprünglich keine Umfangsrestriktionen für die Nutzung vorsah, eine unübersichtliche Regelung mit vielen Einschränkungen zu Lasten von Bildung und Wissenschaft wurde.

2008 wiederholte sich das. Anstatt eines von der damaligen Bundesregierung angestrebten *wissenschaftsfreundlichen Urheberrechts* wurde ein die alten Geschäftsmodelle der Verlagswirtschaft unterstützendes Urheberrecht: für Bildung und Wissenschaft kein Ermöglichungs- sondern ein Verhinderungsgesetz.

Letzteres gilt, wenn auch wohl nicht beabsichtigt, auch für die Verlagswirtschaft. Sie ist durch das sie schützende Urheberrecht eher daran gehindert worden, mit überzeugenden Innovationen auf den elektronischen Wissenschaftsmärkten tätig zu werden. Das bisherige Urheberrecht, ohnehin in Gefahr von einem Urheberrecht zu einem Handelsrecht zu werden, schützt sehr stark überkommene, aber damals schon und erst recht heute, obsoletere Geschäftsmodelle der Verlagswirtschaft. Das ist kein wirklicher Interessenausgleich, sondern eine (rechtlich an sich kaum zulässige) Beihilfe für die Verlagswirtschaft durch die Politik.

2.2. Urheberrechtsreform UrhWissG 2017 – der Vorschlag der Bundesregierung

Der jetzige Vorschlag für ein Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG), welches in seinem Kern, den §§ 60aE-60hE, auf Bildung und Wissenschaft ausgerichtet ist, leistet zweifellos einen gewichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit und damit zur besseren Handhabbarkeit der verschiedenen Normen durch die Nutzenden.

2.2.1. Rechtssicherheit

Rechtssicherheit wird im jetzigen Vorschlag erreicht,

- a) nicht zuletzt durch den weitgehenden Verzicht auf unbestimmte Rechtsbegriffe,
- b) durch eine klare Ausrichtung der verschiedenen Normen auf die jeweilige Zielgruppe und
- c) durch die Bündelung der bislang unübersichtlich verstreut eingebrachten Normen.

Über diesen Vorteil sind sich so gut wie alle Stellungnahmen zu dem Vorschlag einig. Eine Nutzung im Umfang von 15% des jeweiligen Werkes ist, um nur dieses Beispiel zu nennen, gegenüber gegenüber der Unbestimmtheit der „kleinen Teile eines Werks“ eindeutig und sollte nicht mehr Gegenstand eines Rechtsstreits werden. Der Vorteil der Rechtssicherheit durch die neuen Regelungen ist nicht zu unterschätzen. Ist aber in jedem Fall dadurch Entscheidendes gewonnen?

2.2.2. Nur begrenzte Zukunftsorientierung

Rechtssicherheit ist kein Zweck in sich selbst. Insbesondere sind Schrankenregelungen daran zu messen, ob die rechtssicheren Regelungen den gegenwärtigen und sich abzeichnenden Nutzungserwartungen der davon Betroffenen gerecht werden. Aber auch daran, ob die gegebene Rechtssicherheit innovative Geschäftsmodelle der Verlagswirtschaft eher befördert oder zukunftsfeindlich verhindert.

Gehen wir mit einigen Fragen darauf ein, ob den auf weitgehend ungehinderte Nutzung abzielenden Erwartungen der Akteure in Bildung und Wissenschaft durch die neuen Vorschläge in den §§ 60aE-60hE des RegE entsprochen werden kann:

- 1) Bringt die jetzige 15%-Regelung zugunsten von Forschung und Lehre (entsprechen den §§ 60aE und §60cE) einen wirklichen Nutzungsfortschritt?. Der Zugewinn gegenüber der jetzigen (durch den Bundesgerichtshof festgelegten) Erlaubnis von 12% beträgt gerade mal 3%. Kann wirklich davon die Rede sein, dass dadurch nun die kommerziellen Verwertungsinteressen massiv eingeschränkt würden? Auch 25%, wie im RefE vorgesehen und vom Bundesrat vorgeschlagen, wäre zwar eine Verbesserung, aber keine wirkliche Lösung.
- 2) Hätte nicht das Verbot des externen Zugriffs auf digitalisierte Bestände der Bibliotheken durch eine etwas intelligentere Begründung aufgehoben werden können, ohne damit unionsrechtliche Vorgaben zu verletzen? (s. dazu weiter unten in diesem Abschnitt)
- 3) Wäre es nicht möglich das zu mindestens zu erwägen, was unionsrechtlich sogar schon jetzt möglich wäre, nämlich die Vergütungspflichtigkeit für Zwecke des Unterrichts ganz auszusetzen?. Die EU-Kommission in ihrem aktuellen Vorschlag sieht zudem hier keine allgemeine Verpflichtung der Mitgliedsländer, und Länder in der EU wie Estland, die auch auf InfoSoc 2001 verpflichtet sind, machen die Nutzung für Zwecke der Ausbildung genehmigungs- und vergütungsfrei. Warum ist das ein nicht hinterfragbares Muss in Deutschland?
- 4) War es nötig, Text and Data Mining (TDM) in § 60dE Anwendungen vergütungspflichtig zu machen, wo doch der Schaden für die Rechtsinhaber durch TDM-Nutzung minimal ist? So sieht es auch die entsprechende Passage (Erwägungsgrund EG 13) des Vorschlags der EU-Kommission vor.

- 5) War es nötig, die kommerzielle Anwendung von TDM von der Privilegierung auszuschließen bzw. wäre es nicht möglich gewesen, die an sich erwünschte Zusammenarbeit von öffentlich finanzierter und privat finanzierter Forschung in Sachen TDM eindeutiger zu definieren?
- 6) Sollte nicht auch bei TDM-Anwendungen das informationsethische Prinzip der Überprüfbarkeit der Ergebnisse eindeutig im Gesetz geschützt werden?
- 7) War es nötig, in § 60eE den Bibliotheken den (kosten-/gebührenpflichtigen) Versand von Artikeln oder Teilen von Werken (10%) an kommerzielle Interessenten zu untersagen? Das kann nicht im öffentlichen Interesse an informationell abgesicherter Arbeit in der Wirtschaft liegen.
- 8) Warum wurde in den RegE noch keine gesetzliche Grundlage auch für die nicht-kommerzielle Ausleihe von elektronischen Medien vor allem, aber nicht nur durch öffentliche Bibliotheken getroffen, obgleich dies nach der EuGH-Entscheidung (Rs. C 174/15) für die jeweiligen Nationalstaaten möglich ist? Die Zeit für eine rechtliche Regelung drängt, da die Bibliotheken derzeit gänzlich auf die jeweilige Zustimmung der Verlage angewiesen sind. Es liegen überzeugende Vorschläge von Seiten der Bibliotheken vor.

Das BMJV hat verschiedentlich darauf hingewiesen, dass es an sich weitergehendere offene Nutzungsmöglichkeiten für wünschenswert gehalten hat, dass die unionsrechtliche Vorgaben aber keine weitergehenden bzw. die Einschränkungen zurücknehmenden Regelungen erlaubten. Ebenso wird der Dreistufentest als Begründung dafür angebracht, dass weitergehende Regelungen für ein zukunftsweisendes Wissenschaftsurheberrecht bei anfälligen Klagen dagegen keinen Bestand haben dürften.³ Beide Begründungen können nicht wirklich überzeugen.

Die meisten weiter bestehenden Nutzungsbeschränkungen könnten durch eine offensivere Interpretation der Vorgaben aus der EU-InfoSoc-Richtlinie von 2001 und durch die Veränderungen im öffentlichen Bewusstsein für den Umgang mit Wissen und Information, die sich auch in der Rechtsprechung bis hinauf zum EuGH, aufgehoben werden. Z.B. der externe Zugriff auf die digitalisierten Objekte der Bibliotheken wäre dann zu erlauben, wenn Bibliotheken als das angesehen werden, was sie tatsächlich mehr und mehr sind, nämlich als elektronische, virtuelle Bibliotheken, zum denen man über VPN von extern und gesichert zugreifen kann. Das externe Terminal verhält sich durch diese technische Möglichkeit so als ob es ein Gerät in den physischen Räumen der Bibliothek ist. Warum nutzte die Bundesregierung nicht diese plausible, technisch zeitgemäße und Auslegung des Begriffs des Raumes? Wäre es nicht sinnvoll gewesen auszutesten, ob sich nicht auch die Gerichte durch diese virtuelle Interpretation überzeugen lassen würden?

³ Die bislang überwiegend restriktive Interpretation des Dreistufentests, der heiligen Kuh des Urheberrechts, ist aus wissenschaftlicher Sicht nicht als zwingend anzusehen. (Vgl. Geiger, Christophe; Gervais, Daniel; and Senftleben, Martin. "The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law." (2013). PIJIP Research Paper no. 2013-04 –

<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1041&context=research>)

Die erste und dritte Stufe (Sonderfall und Interesse der Autoren) sind ohnehin unproblematisch für eine liberalere Auslegung. Für die zweite Stufe kann sicherlich die Frage gestellt werden, was denn heute die normale Verwertung ist. Angesichts der Tatsache, dass auch zunehmend mehr Verlage auf Open-Access-Publikationen setzen, kann man davon ausgehen, dass schon in naher Zukunft, zunächst für Zeitschriften, dann auch auch für größere Werke, die Verwertung auf freie Nutzung abzielt und eine bisherige proprietäre traditionelle kommerzielle Nutzung und die klassischen Finanzierungsmodelle der Verlagswirtschaft eher der Sonderfall sein werden.

Es wäre schon zeitgemäß und möglich gewesen, ein Wissenschaftsurheberrecht auf den Weg zu bringen, welches nicht mehr den Partikularinteressen einiger Akteure aus dem Verlags- und Medienbereich größere Aufmerksamkeit gibt als den weitaus bedeutenderen Interessen von Bildung und Wissenschaft an freier elektronischer Verfügbarkeit von öffentlich gemachtem Wissen von jedem Ort und zu jeder Zeit. Diese Interessen sind ja tatsächlich die Interessen der Allgemeinheit und nicht zuletzt auch die Interessen der allgemeinen Wirtschaft. Deren Innovationsfähigkeit hängt auch von der durch ein offeneres Bildungs- und Wissenschaftsurheberrecht unterstützten Inventionsfähigkeit der Wissenschaft und der Verfügung über exzellent, auf dem aktuellen Stand des Wissens ausgebildete Personen ab.

Interessenausgleich ohne Setzen von Prioritäten und mit unzureichender Zukunftsorientierung führt nicht zu funktionierenden Gesetzen.

2.3. Zwischenfazit

Es wird vom BMJV und der Bundesregierung angegeben, dass es durch den jetzigen Vorschlag wesentliche Fortschritte gegenüber den jetzt noch bestehenden Regelungen gibt.

Angesichts der zahlreichen Fragen, die in Abschnitt 2.2.2 gestellt werden (und welche Antworten darauf aus meiner Sicht hätten gegeben werden sollen, sind aus dem rhetorischen Charakter der Fragen leicht abzuleiten) muss dann doch die entscheidende Frage gestellt werden, ob der jetzige Entwurf tatsächlich einen Gewinn gegenüber dem Status quo bringt – zumal wenn man zu dem Status quo auch das zählt, was durch BGH und EuGH in ihrem Verständnis vor allem zu den §§ 52a und 52b UrhG festgelegt wurde. Gehe ich nur kurz auf die für Bildung und Wissenschaft zentralen §§ 60aE und 60cE ein. Die Bibliotheksvertreter mögen selber darlegen, ob die Regelungen in § 60eE tatsächlich eine Verbesserung ihrer Situation und ihrer Leistungsfähigkeit bringen oder, wie es mir scheint, partiell eine Verschlechterung.

Unterm Strich bleibt durch § 60cE (Wissenschaftliche Forschung) nur die Erhöhung von 12 auf 15% in Abs. 1. Die Privilegierung für Dritte zur Zwecke der Qualitätsüberprüfung (Reviewing?) in Abs. 1, 2 ist im Grund nutzlos, da auch hier die 15%-Beschränkung gilt (?). Die (leicht albern wirkende) 75%-Erlaubnis zur Vervielfältigung eines Werke für die eigene wissenschaftliche Forschung ist gegenüber der jetzigen Regelung in § 53 UrhG sogar ein Rückschritt, da dort für die Vervielfältigung eines Werks für die eigenen wissenschaftlichen nicht-kommerziellen Zwecke keine Umfangsbegrenzung vorgesehen ist. Abs. 3 regelt genau das, was auch schon in § 52a UrhG privilegiert war, nämlich die genehmigungsfreie, aber vergütungspflichtige Nutzung von kleineren Werken wie von Artikeln aus Zeitungen und Zeitschriften.

Bei § 60aE Unterricht und Lehre sieht es etwas freundlicher aus. Hier ist der Vorschlag des BGH aufgegriffen worden, dass es jetzt in Abs. 1 nicht mehr „im“ Unterricht heisst, sondern „des“ Unterrichts (besser wäre „für“ gewesen), so dass jetzt klar ist, dass auch Vor- und Nachbereitung des Unterrichts und Prüfungsvorbereitungen gemeint sind. Abs. 1, No. 2 und 3 erweitern sinnvollerweise den Kreis der Privilegierten (andere Lehrende an der gleichen Einrichtung und Dritte, die dem Unterricht zuarbeiten). Ebenso ist gut, dass in Abs. 4 die

Bestimmung von „Bildungseinrichtungen“ erweitert und damit präzisiert wurde (ob vollständig, sei dahingestellt).

2.4. Zu einigen offenbar besonders angegriffenen Aspekten des Vorschlags der Bundesregierung

2.4.1. Enteignung durch Schrankenregelungen?

Die Polemik, dass die jetzt vorgeschlagenen Schrankenregelungen (mit der 3%-igen Erhöhung) zu einer Enteignung der Wissenschaftsverlage und nun auch zu einer Enteignung der Presseverlage führen würden, hat nichts mit der Realität zu tun und sollte auch vom Rechtsausschuss einfach als Polemik ignoriert werden, zumal ja ein Gutteil der neuen Regelungen, so wie die erlaubnisfreie Nutzung von kleineren Werken wie Artikel in Zeitungen oder Zeitschriften, schon seit Jahren Bestandteil des Urheberrechtsgesetzes war und keinerlei sonderliche Abwehrreaktionen hervorgerufen hatte.

Trotzdem sei noch auf folgenden Sachverhalt hingewiesen, der in der Öffentlichkeit oft nicht wahrgenommen wird und daher zu Missverständnissen führt: Schrankenregelungen wie die durch §§ 60aE und cE, aber auch § 60dE (TDM) sind keineswegs ein Freibrief für den illegalen Zugriff auf publizierte Werke (Piraterie). Nichts könnte falscher sein. Über Schranken können nur solche Werke für nicht-kommerzielle Zwecke genutzt werden, für die die Bibliotheken oder andere Vermittlungsinstitutionen schon über Kauf oder Lizenz bezahlt haben. Die Öffentlichkeit hat also schon für diese Werke gezahlt.

Daraus folgt auch, dass sehr wohl bezweifelt werden kann, ob eine Vergütungsregelung für schrankenbedingte Nutzungen überhaupt erforderlich ist. In den USA z.B. fällt für Nutzungen entsprechend der allgemeinen Fair-Use-Schranke, aber auch entsprechend spezieller Schrankenbestimmungen wie Teach Act oder die für Bibliotheken keine Vergütung an. Aber natürlich haben die Bibliotheken vorab erhebliche Summen über Clearing-Stellen an die Verlage entrichtet. Das tun Bibliotheken in Deutschland mit ca. 1 Mrd Euro Pro Jahr ebenso. Vielleicht sollte dieser Hinweis auch bei dem Streit um Pauschal- oder Individualvergütung beachtet werden. (vgl. Abschnitt 2.4.3)

2.4.2. Vorrang von gesetzlichen Schrankenregelungen

Wie schon erwähnt, halte ich es für eine wichtige und richtige Regelung in § 60gE, das zunächst durch das BMJV der Vorrang von gesetzlichen Schrankenregelungen gegenüber Verlagslizenzen behauptet wird. Leider ist dieser prinzipielle Vorrang durch Änderungen, die jetzt im RegE vorgenommen wurden, relativiert worden. Hier haben sich offenbar wieder interessenausgleichsverletzend Verlagsinteressen durchgesetzt. Ich fordere den Rechtsausschuss, diese Änderungen wieder zurückzunehmen.

Im Grund ist diese Debatte auf die Dauer nicht zielführend. Der Streit hatte sich weitgehend daran entzündet, dass die Verlage den Bibliotheken die Digitalisierung eines in ihrem Bestand befindlichen Buches und die Nutzung dieser Digitisate entsprechend den Schrankenbestimmungen dann untersagen wollte, wenn es es für die elektronische Nutzung ein Verlagsangebot gibt. Der juristische Streit darüber ist hin und her gegangen. Entschieden ist aber derzeit, dass ein bloßes Verlagsangebot noch nicht ausreicht, vor allem solange es

nicht klar ist, ob dieses Angebot angemessen ist und wenn der Aufwand, das Angebot in Erfahrung zu bringen und es dann auszuhandeln, zu groß ist.

Ein Großteil der Probleme der Informationswirtschaft, auch bezüglich Vergütung, würde gelöst sein, wenn für das, was in Bildung und Wissenschaft gebraucht wird, nämlich die umfassende direkte uneingeschränkte elektronische Versorgung mit Wissen und Information, entsprechende, nicht nur für die Wirtschaft, sondern auch für Bildung und Wissenschaft akzeptable Geschäfts- und Lizenzmodelle entwickelt und zum Einsatz kommen würden. Das ist die technische und soziale Herausforderung, und das muss dann rechtlich klar geregelt werden. Dies kann nicht alleine den Lizenzierungsregelungen der Verlage überlassen bleiben, wie man derzeit an der Diskussion um die Auseinandersetzung des E-Lending vor allem in den öffentlichen Bibliotheken erkennen kann.

Dazu noch ein Nachtrag: Der Protest gegen die umfassende Tendenz zu digitalen Produkten und Dienstleistungen in Bildung und Wissenschaft und das Beharren auf gedruckten Produkten auch dort kann nur leerlaufen. Das klassische, gedruckte Buch in Bildung und Wissenschaft muss und sollte nicht untergehen – obgleich es natürlich keineswegs die quasi naturgegebene Form für die Kommunikation von Wissen ist. Aber es ist ein Sonderfall und ein Luxusprodukt geworden, wofür diejenigen, die Wissen gedruckt auf Papier sehen wollen (Autoren und Verleger), selber die Finanzierung sichern müssen. Der Öffentlichkeit sind keine finanziellen Belastungen weiter zuzumuten, die sich daraus ableiten, dass unsinnig gewordene Mehrfachkopien von Druckwerken erworben und auf langen Regalen gespeichert werden müssen. Und Bildung und Wissenschaft ist nicht länger zuzumuten, dass man nach dem Willen des Gesetzgebers nur bestimmte Teile solcher Werke (bis zu 15%) dann in digitaler Version genutzt werden dürfen.

Im RegE hat das Prinzip der Rechtssicherheit Vorrang gehabt, weniger die Ausrichtung auf die zukünftige Entwicklung. Unter dieser Perspektive ist es richtig, dass gesetzlichen Schrankenregelungen Vorrang gegenüber denen über Lizenzen gegeben wird. Das hat für den Informationsmarkt bzw. für Verlage keine negativen, schon gar nicht monetär beeinträchtigenden Auswirkungen.

2.4.3. Vergütung über Pauschalerhebung und –abrechnung⁴

Im Vorschlag des RegE für das UrhWissG ist Vergütung für Nutzungen entsprechend den verschiedenen Schrankenbestimmungen bis auf wenige Ausnahmen vorgesehen. Die Frage, *ob* überhaupt vergütet werden sollte, stellt sich derzeit offenbar nicht. Auch die Rolle der Verwertungsgesellschaften für Einsammeln und Ausschütten wird im Prinzip nicht in Frage gestellt. Um die Frage, *wie* vergütet werden soll, besteht seit Jahren ein heftiger Streit – nicht so sehr um die Höhe der jeweiligen Vergütung, sondern ob pauschal abgerechnet oder jede Nutzungshandlung einzeln erhoben, abgerechnet und dann nach Möglichkeit auch an

⁴ Die Ausführungen in diesem Abschnitt stützen sich weitgehend auf einen Artikel im Tagesspiegel-online vom 27.3.2017 unter dem Titel „Die individuelle Vergütung der Autoren taugt nicht für Hochschulen“ – <http://www.tagesspiegel.de/wissen/streit-um-das-urheberrecht-die-individuelle-verguetung-der-autoren-taugt-nicht-fuer-hochschulen/19577030.html>.

den Autor des jeweils genutzten Werks gegeben wird. Der RegE hat sich im Konflikt zwischen Pauschal- und Individualvergütung eindeutig für Erstere entschieden.

Diese Entscheidung hat massive Kritik von der Verlagswirtschaft hervorgerufen. Das verwundert, da nach den entsprechenden Gerichtsentscheidungen Verlage nicht automatisch an den Ausschüttungen der VG-Wort beteiligt werden dürfen. Auch in quantitativer Hinsicht ist die Aufregung nicht recht zu verstehen.

Die Vergütung nach den direkten Nutzungen wie durch Schrankenerlaubnisse hat an dem Gesamtanteil der Vergütung, welches die öffentliche Hand für das eigentliche Geschäft der Verlage (Verkauf und Lizenz) aufbringt, nur einen sehr geringen Anteil (geschätzt knapp 3%).

Zudem ist sehr deutlich in den letzten Jahren eine Verschiebung bei der Nutzung von Materialien im Zuständigkeitsbereich der VG-Wort und der Nutzung von Werken/Daten außerhalb des VG-Wort-Bereichs festzustellen: War das Verhältnis 2007 noch 75 Prozent zu 25 Prozent zugunsten des VG-Wort-Bereichs, so machte 2015 genau umgekehrt die Nutzung von Materialien außerhalb der VG-Wort-Zuständigkeit 78 Prozent aus.

Praktisch wichtiger ist aber, dass eine Individualvergütung an den Hochschulen einfach nicht durchsetzbar ist. Das haben die Erfahrungen im letzten Jahr gezeigt, als die Zumutung eines zwischen VG-Wort und Kultusministerkonferenz (KMK) vereinbarten Rahmenvertrags, der die Individualvergütung vorsah, zu einem massiven Protest in den Hochschulen“ geführt hatte und der Beitritt zu diesem ab dem 1.1.2017 vorgesehenen Vertrag verweigert wurde. Den Lehrenden ist die Einzelerhebung und -abrechnung nicht zuzumuten. Sie werden auf digitale Semesterapparate verzichten, und die Studierenden werden ein Problem haben und in die Copyshops gehen müssen oder sich die Materialien über kostenlose, offene, kaum legale Internetdienste besorgen. Sollte das UrhWissG jetzt durch eine Änderung wieder die Individualvergütung vorsehen, sind zweifellos ähnliche chaotische Zuständen in den Hochschulen zu erwarten

Durch die Ergebnisse des Pilotprojekts an der Universität Osnabrück zur Einzelerfassung von Texten nach § 52a UrhG liegen klare empirische Daten vor, dass Einzelerfassung und – vergütung keine Lösung an den Hochschulen sein kann. Es ist mehr als fraglich, ob die Individualabrechnung bei den Schrankennutzern mit dem hohen bürokratischen Aufwand und die Individualabrechnung der VG-Wort mit den betroffenen Urhebern so effizient organisiert werden können, dass am Ende die verschobenen Summen größer sind als die Transaktionskosten für Erhebung und Abrechnung. Zu den Transaktionskosten gehört auch, dass durch den individuellen Nachweis der jeweiligen Nutzung ein Rechtfertigungsdruck entsteht, der kaum mit Wissenschafts- und Lehrfreiheit zu vereinbaren ist.

Gegen die Pauschalvergütung wird auch das Gerechtigkeitsproblem angeführt. Natürlich ist die Ausschüttung nach dem Gießkannenprinzip nicht ideal. Aber ist es gerecht⁵, den Autor eines Standardlehrbuchs der Sinologie mit vielleicht 200 Studierenden 100 Mal schlechter zu bezahlen als den Autor eines Standardlehrbuchs der Betriebswirtschaftslehre, nur weil letzterer einen vielleicht 100 Mal größeren Markt hat? Zu Ende gedacht, führt das zu einem Verschwinden von Lehrbüchern gerade in den kleinen Fächern, was ja angeblich durch die

⁵ Diesen Hinweis verdanke ich Prof. Nikolaus Forgó von der Universität Hannover.

Individualabrechnung verhindert werden soll. Zudem würde die Individualabrechnung mit der überproportionalen Bezahlung weniger Lehrbuchautoren gerade in diesen Fächern die Entstehung alternativer Lehr- und Lernformate vermutlich behindern, weil die Verlage (und die wenigen Autoren) keinerlei Anreiz haben, sich hier anzupassen/zu verändern.

Im RegE ist die Möglichkeit von repräsentativen Stichproben zur Erhebung der Daten. Das kann ein Hinweis auf die einzuschlagende Richtung sein. Ich schlage daher vor, ein Moratorium von vielleicht drei Jahren mit Pauschalvergütung im Gesetz vorzusehen. Diese Frist könnte genutzt werden, um festzustellen, ob technisch vollautomatische Verfahren entwickelt werden und zum Einsatz kommen können.. Natürlich sollten die Hochschulen bzw. ihre Vertretungen daran beteiligt werden. Die Entwicklung sollte aber nicht auf die Hochschulen abgewälzt werden. Der Bürokratienberg darf nicht für die Hochschulen zu einem Softwareberg werden.

Eine nicht ganz unwichtige Nebenbemerkung: Vergütung über Schrankenregelungen ist für die in Bildung und Wissenschaft Tätigen kein wirkliches direktes Problem, da sie dafür nicht aufkommen müssen. Es ist die Aufgabe der Träger der Hochschulen und Forschungseinrichtungen, der Wissenschaftsorganisationen, der Informationswirtschaft und der Verwertungsgesellschaften solcher Finanzierungs- und Abrechnungsmodelle zu entwickeln und vom Recht absichern zu lassen, die eine gänzlich uneingeschränkte genehmigungsfreie Nutzung für nicht-kommerzielle Zwecke erlauben. Bildung und Wissenschaft (und indirekt damit auch die allgemeine Wirtschaft) dürfen nicht für das gemeinsame, man kann nicht anders sagen Versagen dieser Organisationen zu unbegreiflichen und unangebrachten Beeinträchtigungen büßen müssen.

2.4.4. Web-Harvesting durch die Nationalbibliothek

Dem neuen § 16aE des Gesetzes zur deutschen Nationalbibliothek wird vor allem durch die Anzeigen der Herausgeber und Geschäftsführer vorgeworfen, dass dadurch das Archiv-Geschäftsmodell der FAZ vernichtet würde. Dem haben sich andere Presseorgane wie ZEIT und Tagesspiegel angeschlossen. Die Nationalbibliothek darf und soll durch diese neue Norm im Internet umfangreiches Web-Harvesting betreiben. Das hierdurch aufzubauende Zitationsarchiv von Bibliotheken (nicht nur für Zeitungsartikel, sondern auch für Beiträge in den Sozialen Medien) ist für die Wissenschaft wichtig, da nur so Zitate dauerhaft nachprüfbar bleiben.

Durch die zum Glück leicht verständliche Begründung des RegE zu dieser Norm wird es offenkundig, dass hierdurch keinesfalls „das Archivgeschäft der Zeitungsverlage“ zerstört werden soll. Aufgreifen darf die Nationalbibliothek nur das, was frei im Netz verfügbar ist, und das nicht, wozu die kommerziellen Anbieter dauerhaft den Zugriff auf die früheren Materialien garantieren.

Sorge die FAZ (und alle Presseverlage) doch dafür, dass ihre Beiträge in dem hervorragenden FAZ-Archiv (und in allen anderen Pressearchiven, am besten dann durch eine Meta-Datenbank) dauerhaft zugänglich bleiben. Dann haben die Presseverleger nichts zu befürchten, denn, wie gesagt, die Aufnahme in das Zitationsarchiv gilt „nur für den Fall, dass Inhalte nicht dauerhaft zugänglich sind.“ Allerdings ist auch für Presse-Archive der Anspruch nicht haltbar, dass für die einmal im Internet freigestellten Artikel nun kommerzielle Privatisierungsansprüche geltend gemacht werden.

Ist vor allem das Web-Harvesting durch die Nationalbibliothek nicht recht und billig? Wie sonst kann die elektronische Kommunikation (nicht nur in Zeitungen, sondern auch in sozialen Netzwerken) für Forschung und zukünftige Generationen verfügbar gehalten werden? Das ist die Aufgabe der Nationalbibliothek. Das Bundesverfassungsgericht der FAZ stellt das sehr klar und diese Argumentation gilt auch für die Schrankenregelung im Internet allgemein:

„Vom Zeitpunkt seiner Publikation an entwickelt jedes Druckwerk ein Eigenleben. Es bleibt nicht nur vermögenswertes Ergebnis verlegerischer Bemühungen, sondern wirkt in das Gesellschaftsleben hinein. Damit wird es zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Geschehen seiner Zeit mitbestimmenden Faktor. Es ist, losgelöst von privatrechtlicher Verfügbarkeit, geistiges und kulturelles Allgemeingut. Im Blick auf diese soziale Bedeutung stellt es ein legitimes Anliegen dar, die literarischen Erzeugnisse dem wissenschaftlich und kulturell Interessierten möglichst geschlossen zugänglich zu machen und künftigen Generationen einen umfassenden Eindruck vom geistigen Schaffen früherer Epochen zu vermitteln.“ (Entscheidung des BVerfG in: BVerfGE 58, 137 (148 f.) mit Hinweis auf BVerfGE 31, 229)

3. Fazit

In dieser Stellungnahme sind an vielen Stellen Bedenken gegen die neuen Urheberrechtsregelungen durch den RegE vorgetragen worden. Diese Bedenken sind möglicherweise einer weiteren Perspektive geschuldet, der sich BMJV und Bundesregierung derzeit noch nicht haben zu eigen machen wollen/können. Das Gesamtpaket, nicht nur der Kern des Vorschlag, enthält gute, für Bildung und Wissenschaft nützliche Vorschläge. Dazu gehört z.B. die Klarstellung, dass auch Abbildungen durch das Zitatrecht (§ 51 UrhG) gedeckt sind; ebenso die wichtige Erweiterung der Aufgaben und Rechte der Nationalbibliothek.

Als gegenwärtig wichtige Positionierung und als Plus zu werten sind die Entscheidungen

- a) für den Vorrang von rechtlich verbindlichen Schrankenregelungen
- b) für den Vorrang der Pauschalvergütung gegenüber der Individualvergütung
- c) die Berücksichtigung der jüngsten Entscheidungen der obersten Gerichte (EugH und BGH)
- d) zugunsten von Rechtssicherheit, einfache Handhabbarkeit der Regelungen und klare Zielausrichtung auf die jeweilige Nutzergruppe.

Daher sollte das Gesamtpaket auf jeden Fall noch in dieser Legislaturperiode zu einem parlamentarischen Abschluss gebracht werden.

4. Nach vier Jahren ein neuer Anlauf?

Der jetzige Vorschlag muss und wird nicht das letzte Wort sein. Es ist derzeit in Sachen Urheberrecht, sowohl in der EU als auch in der WIPO, vieles im Fluß. Es ist daher zu begrüßen, dass es offenbar vorgesehen ist, den jetzigen Vorschlag nach vier Jahren noch einmal zu überprüfen. Das sollte jedoch nicht, wie es fatalerweise über viele Jahre mit dem § 52a geschehen ist, durch eine Befristung geschehen. Dies würde dem angestrebten Ziel der Rechtssicherheit widersprechen. Die Prüfung sollte ohne Vorgaben erfolgen, so dass sie auch

zu dem Ergebnis führen kann, dass für Bildung und Wissenschaft weitergehende Nutzungsmöglichkeiten im Sinne einer Allgemeinen Bildungs- und Wissenschaftsschranke sinnvoll und möglich sind, wie sie von vielen Organisationen im wissenschaftlichen Umfeld vorgeschlagen wurden.

Zuletzt wird angeregt, eine umfassende Studie in Auftrag zu geben, durch die auch empirisch begründete Daten bereitgestellt werden, um einen zeitgemäßen und produktiven Zusammenhang zwischen dem Informations-, Kommunikations- und Kollaborationsverhalten in Bildung und Wissenschaft und den darauf ausgerichteten Geschäftsmodellen der Verlags- und Medienwirtschaft herzustellen. Davon können nur beide Seiten Nutzen ziehen. Dass dieser Zusammenhang tendenziell vollständig in elektronischen Umgebungen sich ereignet, dürfte unbestritten sein.