



Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts - Stellungnahme zu den Fragen des Bundesministeriums der Justiz vom 13. Februar 2009

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels vertritt als Spitzenorganisation der deutschen Buchbranche die Interessen von rund 5.900 Verlagen und Buchhandlungen in Deutschland. Er hat die verschiedenen Gesetzgebungsverfahren zur Novellierung des Urheberrechts seit Schaffung des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1966 konstruktiv begleitet. Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, zu den vom Bundesjustizministerium zusammengestellten Fragen nach dem weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Bereich des Urheberrechts Stellung zu beziehen. Dabei beschränken wir uns auf die Beantwortung der Fragen, die für die Buchbranche relevante Themen und Regelungen betreffen.¹

Vorbemerkung

Verlässliche Rahmenbedingungen sind Voraussetzung für Fortbestehen und Wachstum der Kreativwirtschaft in Deutschland. Dem Schutz des geistigen Eigentums kommt dabei eine Schlüsselrolle zu. Buch- und Hörbuchverlage sehen sich zunehmend durch Internetpiraterie, aber auch durch gesetzliche Schrankenregelungen, die aus Nutzersicht einen Kauf der Verlagsprodukte entbehrlich machen, in ihren Geschäftsmodellen bedroht. Zudem leiden sie unter den Folgen der misslungenen Novelle des Urhebervertragsrechts.

Urheber und Verwerter benötigen unbedingtes Vertrauen in ein stabiles und berechenbares Urheberrecht. Statt einer nicht enden wollenden Reformdiskussion brauchen sie gesetzgeberische Konstanz, statt gerichtlicher Musterverfahren unmissverständliche Gesetzestexte und –begründungen. Sie wollen klare Orientierung, die ihren Planungen langfristig einen verlässlichen Rahmen setzt, vor allem im Hinblick auf Investitionen in Digitalisierung, die derzeit vielfach wegen Unsicherheit unterbleiben.

Aufgabe der Politik muss es deshalb sein, einen auch für die Nutzung moderner Technologien adäquaten Rechtsrahmen zu schaffen, der Autoren und Medienunternehmen nicht darin behindert, hochwertige Inhalte zu kreieren bzw. zu veredeln und marktfähig zu machen. Wünschenswert wäre ein Gesamtkonzept, das auch die Verbesserung des Schutzes geistigen Eigentums vor Internetpiraterie berücksichtigt, weil dort derzeit die größten Gefahren für die Entwicklung einer modernen Informationsgesellschaft in Deutschland liegen. Leider lässt der vorgelegte Fragebogen mit seinen zahlreichen Fragen nach neu einzuführenden Urheberrechtsschranken eher vermuten, dass kein großer Wurf beabsichtigt ist, sondern einzelne Rechte der Urheber weiter beschnitten werden sollen. Idealerweise sollte der Gesetzgeber aber anstelle der Ausweitung gesetzlicher Schranken im Bildungsbereich durch die Beschneidung bestehender Schranken dafür sorgen, dass vermehrt privates Kapital in die Schaffung attraktiver digitaler Inhalte für Schüler, Studenten und Wissenschaftler fließen kann. Denn ein Zurückdrängen unternehmerischer Initiative und deren Ersatz durch nicht nachhaltige staatliche Publikationsaktivitäten als Folge der Ausweitung von Urheberrechts-

¹ Da gleich mehrere Fragen die Thematik des open access-Publizierens betreffen, weisen wir zur Vermeidung von Wiederholungen darauf hin, dass es zu diesem Thema zwei aktuelle Broschüren des Börsenvereins gibt. Die Handreichung „Geisteswissenschaftliche Verlage und Open Access“ kann unter <http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Geisteswissenschaftliche%20Verlage.pdf> heruntergeladen werden. Die Broschüre „Die Publikation wissenschaftlicher Zeitschriften in der digitalen Welt“ ist unter <http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Folder%20STM.pdf> als Download erhältlich.



schranken würde die Chancen Deutschlands als Bildungs- und Wissenschaftsstandort verschlechtern und wäre fiskalisch nachteilig. Im Rahmen einer weiteren Novellierung des Urheberrechtsgesetzes sollten schließlich die Auswirkungen der im Jahre 2002 erfolgten Reform des Urhebervertragsrechts nüchtern analysiert und rückgängig gemacht werden. Diese Novelle ist für die Kreativen fruchtlos geblieben und hat lediglich zu einem Verlust von Rechts- und Kalkulationssicherheit bei Investitionen in die Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke geführt.

A. Prüfbitten des deutschen Bundestags

I. Begrenzung der Privatkopie auf Kopien nur vom Original und des Verbots der Herstellung einer Kopie durch Dritte

Kopien nur vom Original: Sollte die zulässige private Vervielfältigung auf Kopien von einem Original beschränkt werden? Ist für den Verbraucher beim gegenwärtigen Stand der Technik nachprüfbar, ob die Kopiervorlage ein Original ist? Wäre eine solche Beschränkung in der Praxis durchsetzbar?

Vervielfältigung durch Dritte: Sollte die Vervielfältigung durch Dritte verboten werden? Sollte das Verbot auch für die mit dem Nutzer persönlich verbundenen Personen gelten? Wäre eine solche Beschränkung in der Praxis durchsetzbar?

Mit weiteren Beschränkungen der Privatkopie dürfte sich die Anzahl der gesetzlich zulässigen Vervielfältigungen reduzieren. Müsste damit nicht auch die Höhe der Pauschalvergütung für die gesetzlich zulässigen Vervielfältigungshandlungen sinken? Empfiehlt sich vor diesem Hintergrund eine Beschränkung der zulässigen Privatkopien?

Der Börsenverein hat sich bereits mehrfach dafür ausgesprochen, nur jene Privatkopien gesetzlich zu privilegieren, bei denen eine rechtmäßig erworbene (Original-)Vorlage vervielfältigt wird. Die Privatkopie ist heute keine Ausnahmenutzung mehr, sondern die Regel. Mit der zunehmenden Digitalisierung der Medien hat sich die Möglichkeit der Vervielfältigungen im privaten Haushalt verändert. Infolgedessen hat sich die Kopiertätigkeit zunehmend vom gewerblichen in den privaten Bereich verlagert. Die Menschen kopieren mehr als je zuvor, insbesondere auch digital. Mit der Digitaltechnologie können Text-, Musik-, Bild und Filmwerke ohne Qualitätsverlust beliebig oft von Datenträger zu Datenträger kopiert oder aus dem Internet heruntergeladen und auf der Festplatte und anderen Datenträgern gespeichert werden. In Verbindung mit einem Scanner, Drucker und/oder Brenner wird der PC zu einem leistungsfähigen Kopiergerät. Die Kopierabgaben halten mit der exponentiellen Steigerung der Kopiervorgänge schon seit langem nicht mehr mit. Angesichts der explosionsartigen Zunahme von Vervielfältigungen urheberrechtlich geschützter Werke und der - trotz der inzwischen erfolgten weitgehenden Verständigung von VG Wort und BITKOM - immer noch unzureichenden Kompensation der Urheber durch Geräte- und Betreiberabgaben ist eine Fortschreibung des geltenden Zustands nicht sinnvoll.

Bei Printprodukten kann der Verbraucher in der Regel unmittelbar nachvollziehen, ob er das Original oder eine Kopie vervielfältigt. Dasselbe gilt hinsichtlich des Brennens von DVDs oder CDs sowie der Identifikation rechtmäßiger Quellen beim Bezug von Inhalten aus dem Internet. Sollte sich die Beschränkung in der Praxis dennoch als nur lückenhaft durchsetzbar erweisen, ist daran zu denken, unter dem Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung an den Abgaben für Vervielfältigungsgeräte und die Betreiber derselben festzuhalten.

Moderne Vervielfältigungsgeräte und -technologien haben sich heute über alle Haushalte verbreitet und



stehen dem Verbraucher zu äußerst günstigen Preisen zur Verfügung. Angesichts dieser Tatsache ist es nicht länger gerechtfertigt, die Herstellung von Privatkopien durch Dritte zu privilegieren. Die fragliche Regelung stammt noch aus einer Zeit, in der kein Verbraucher in seinem privaten Umfeld Zugang zu solchen Möglichkeiten hatte. Sie sollte ersatzlos gestrichen werden. Die aus bildungspolitischen Gründen sinnvolle Anfertigung und Versendung von Vervielfältigungen durch Bibliotheken (Dokumentversand, s. ausführlich unten) ist ohnehin im § 53a UrhG bereits gesondert geregelt.

II. Gesetzliches Verbot so genannter intelligenter Aufnahmesoftware, mit der gezielt Musiktitel automatisiert aus dem Webradio-Angebot herausgefiltert und aufgenommen werden können

Besteht ein Bedarf für das Verbot intelligenter Aufnahmesoftware? Können Sie Angaben zur Lizenzierungspraxis der Rechtsinhaber für Webradios und zu dem entsprechenden Vergütungsaufkommen sowie seiner Verteilung machen? Welche wirtschaftlichen Folgen entstehen für Urheber, ausübende Künstler und Tonträgerhersteller durch diese Software? Können Sie hierzu empirische Untersuchungen vorlegen oder darauf verweisen?

So genannte „intelligente“ Aufnahmesoftware für Rundfunk und Internetradio ermöglicht das automatisierte und gezielte Aufnehmen von Musik-, Film- oder Hörbuchaufnahmen nach Wunsch. Diese werden mit allen Informationen über Künstler und Titel auf der Festplatte des Nutzers abgelegt und können von dort abgerufen und weiterverbreitet werden. Mithilfe dieser Kopiersoftware können Nutzer von Internetradioangeboten vollautomatisch ihr eigenes, individuelles Musik- oder Hörbuchprogramm zusammenstellen lassen und nach der Aufnahme beliebig oft abrufen. Der Kauf von Musik oder Hörbüchern kann damit vollständig substituiert werden und wird exakt zu diesem Zweck von den herstellenden Softwarefirmen beworben, wie Hinweise wie „Besser als kaufen“ oder „Nie wieder CDs kaufen“ auf den Softwareverpackungen belegen.

Aufnahmetechnologien dieser Art, die bei Einführung der Privatkopie noch weit außerhalb des Vorstellungsbereichs des Gesetzgebers lagen, sind inzwischen zu einer Bedrohung der Erstverwertung geworden. Dies gilt auch im Bereich Hörbuch, in dem aufwändige Produktionen häufig gemeinsam von Radiosendern und Hörbuchverlagen erstellt werden. Die Rundfunkanstalten speisen Hörspiele und Lesungen aus ihrem Programm in ihre Internetradiodienste ein. Dort wird der Stream der Produktionen neun Tage um die Ausstrahlung herum (sog. seven days catch-up) angeboten. Wandert eine Produktion durch die verschiedenen Sendeanstalten der ARD, ist sie parallel zum kostenpflichtigen Downloadangebot des Hörbuchverlags immer wieder kostenlos im Internet verfügbar. Hörbuchliebhaber haben mittels „intelligenter“ Aufnahmesoftware die Möglichkeit, sich handelsgängige hochwertige Produktionen automatisch aus dem Internet zusammen schneiden zu lassen. Dies gilt auch dann, wenn dem Nutzer ein entsprechendes Angebot einer Rundfunkanstalt – dessen Ausstrahlung sich außerdem womöglich über Wochen verteilt hinzieht – gar nicht positiv bekannt ist.

Dass am Ende einer solchen Verwertungskette wirtschaftliche Verluste der Kreativen stehen müssen, ist im System angelegt. So werden vom Hörbuchverlag beim Erwerb der Downloadrechte eines Hörspiels die Leistungen aller beteiligten Urheber und Kreativen angemessen abgegolten und wichtige Berechtigte laufend beteiligt. Erfolgt die Aufzeichnung eines Endnutzers hingegen kostenlos mittels dieser Kopiersoftware aus dem Internetangebot einer Rundfunkanstalt, liegen die Zahlungsströme zu den Urhebern und Leistungsschutzberechtigten bei Null bzw. im homöopathischen Bereich.

Andererseits sind in der heutigen Marktrealität weder die lizenzgebenden Buchverlage noch eventuell co-



produzierende Hörbuchverlage in der Position, den Rundfunkanstalten bei der Lizenzierung von Hörbuchproduktionen die Übertragung von Rechten zum Streaming im Internet und zum „Seven days catch-up“ zu verweigern bzw. dafür einen Aufpreis zu verlangen. Aufgrund gewandelter Mediennutzungsgewohnheiten der Hörer solcher Angebote fühlen sich die Sender nämlich nachvollziehbarer Weise in der Pflicht, ihren Kunden ins Internet zu folgen und dort möglichst Streams ihres vollständigen Programms anzubieten. Die Verlage wiederum schulden ihren Autoren und Mitarbeitern eine möglichst umfassende Auswertung der Werke ihres Katalogs. Keiner der Beteiligten ist in der Lage, den durch den Einsatz von „intelligenter“ Aufnahmesoftware ausgelösten Nutzungsexzessen lizenzvertraglich vorzubeugen. Aus diesem Grund sollte ein ausdrückliches Verbot von Angebot und Einsatz von Aufnahmesoftware, mit der einzelne Bestandteile aus dem Programm eines Webradios automatisch herausgelöst und abgespeichert werden können, in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen werden. Alternativ ist an einen Wegfall der Privilegierung von (digitalen) Sendemitschnitten aus dem Internet zu denken.

Der BGH hat mit Urteil vom 22. April 2009 (I ZR 216/06 - Internet-Videorecorder) festgestellt, dass die Internet-Aufzeichnung von Filmen über Online-Dienste (Internet-Recorder) in der Regel einen Verstoß gegen Urheberrecht darstellt, da das Recht der Privatkopie auf diese Fälle nicht anwendbar sei (vorbehaltlich weiterer erforderlicher Feststellungen zu dem Aufzeichnungsprozess durch das Instanzgericht). Das grundsätzliche Schutzbedürfnis der Rechteinhaber ist daher durch die Rechtsprechung anerkannt und sollte gesetzlich abgesichert werden.

Empirische Untersuchungen zu den Auswirkungen von „intelligenter“ Aufnahmesoftware auf den Hörbuchmarkt gibt es nicht. Die hier geschilderten Zusammenhänge beruhen auf Beobachtungen von Hörbuchverlagen. Weil es sich um ein neuartiges Phänomen in einem sehr kleinen Marktbereich handelt, ist nicht absehbar, wann der Börsenverein insoweit über gesichertes Datenmaterial verfügen wird.

Welche Auswirkungen sind bei einem Verbot intelligenter Aufnahmesoftware auf

- *Softwareindustrie*
 - *Anbieter von Audioinhalten (z.B. Webradios)*
 - *Verbraucher*
- zu erwarten?*

a) Die Wirtschaftlichkeit der Softwareindustrie basiert nicht auf der Produktion intelligenter Aufnahmesoftware. Die Softwareindustrie ist aber auf (kreative) Inhalte angewiesen, welche ihre Software mit Leben füllen. „Intelligente“ Aufnahmesoftware trägt gerade mit dazu bei, dass diese Inhalte von Kreativen mittelfristig nicht mehr produziert werden (können).

b) Auswirkungen auf die Anbieter von Webradios sind nicht zu erkennen. Diejenigen Sender, die Hörbücher im Internet ausstrahlen, sind nicht auf solche automatisierten Mitschnitte ausgerichtet oder angewiesen.

c) Auf die Verbraucher, die Hörbücher in physischer Form erwerben oder die legalen Online-Angebote der diversen Hörbuch-, Musik- und Film-Portale nutzen (bspw. audible.de, claudio.de, hoerstern.de, toni.de, libri.de, musicload.de, iTunes), hätte das Verbot intelligenter Aufnahmesoftware positive Auswirkungen. Diese ehrlichen Verbraucher finanzieren derzeit die illegalen Nutzer sowie die Verwender von spezieller Kopiersoftware gegen ihren Willen mit. Gäbe es weniger leichte Möglichkeiten zu kostenlosen illegalen Nutzungen oder Pseudo-Privatkopien, stiege der legale Konsum an. Das wiederum hätte positive Auswirkungen auf die Finanzierbarkeit und Vielfältigkeit der Verlagsproduktionen sowie die Endverbraucherpreise und das Steueraufkommen.



Würde die Entwicklung neuer Technologien über den betroffenen Bereich der intelligenten Aufnahmesoftware hinaus durch ein Verbot verhindert?

Nein.

Welche Möglichkeiten bestehen, um das Verbot intelligenter Aufnahmesoftware zu kontrollieren und durchzusetzen?

Ein Verbot von „intelligenter Aufnahmesoftware“ würde im Vergleich zu anderen illegalen Internetangeboten keine besonderen Schwierigkeiten hinsichtlich von Kontrolle und Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen der Rechteinhaber auslösen, da es hierbei im Wesentlichen um die Haftung des Softwareanbieters geht. Zu prüfen ist zudem, ob technische Möglichkeiten bestehen, Webradios zur Nutzung von Vorkehrungen zu verpflichten, die bereits bei Verbrauchern vorhandene automatische Aufnahmesoftware untauglich machen.

Hätte ein Verbot intelligenter Aufnahmesoftware Auswirkungen auf die Höhe der pauschalen Vergütung nach § 54a UrhG?

(siehe Ausführungen oben zur dogmatischen Neuverortung von Geräte- und Betreiberabgaben)

Wie wäre ein solches Verbot technologie-neutral zu formulieren?

Der Börsenverein hält die Formulierung, die zusammen mit dem Forum der Rechteinhaber in der Stellungnahme vom 9. Juni 2006 zum 2. Korb vorgeschlagen wurde, nach wie vor für geeignet.

III. Zweitverwertung für Urheber von wissenschaftlichen Beiträgen, die überwiegend im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind (§ 38 UrhG)

1. Gesetzliches Zweitverwertungsrecht

a) Ist eine solche Regelung sachgerecht?

b) Ist insbesondere der vorgeschlagene Zeitraum von 6 Monaten angemessen? Ist es sachgerecht, für alle Arten von Publikationen dieselbe Frist vorzusehen?

Die vorgeschlagene Regelung eines gesetzlichen Zweitverwertungsrechts ist weder mit europäischem Recht und Verfassungsrecht vereinbar noch sachgerecht, in sich unschlüssig und in ihrem Anwendungsbereich unklar.

Es steht jedem Urheber von wissenschaftlichen Texten (und auch jedem anderen Urheber) frei, sein Werk ohne Zwischenschaltung eines Verlages entgeltfrei öffentlich zugänglich zu machen. Es gibt keine Anbieterspflicht an Verlage, niemand behindert die Autoren bei der freien Wahl des für sie besten Publikationswegs. Um „open access“ zu publizieren, ist keine Änderung des geltenden Urheberrechts erforderlich. Autoren können ihre Werke vielmehr bereits heute z.B. unter eine „Creative Commons-Lizenz“ stellen. Die Möglichkeit einer Werkveröffentlichung mit gleichzeitiger kostenloser Einräumung der Nutzungsrechte zum freien Gebrauch durch jedermann ist in § 32 Abs. 3 S. 3 UrhG abgesichert. Zudem bieten viele Verlage wissenschaftlichen Autoren die Möglichkeit an, Artikel in digitaler Form unmittelbar „open access“ in ihren elektronischen Zeitschriften zu veröffentlichen (sog. *golden road*), sofern die entstehenden Kosten durch Zahlungen des Autors oder einer Forschungsförderungsorganisation getragen werden (z.B. „Open Choice“ von



Springer Science oder de Gruyter „Open Library“).

Würde es den Befürwortern der vorgeschlagenen Regelung darum gehen, den Urhebern wissenschaftlicher Beiträge ein neues, für diese wertvolles (Zweitverwertungs)Recht zu geben, so wäre nicht einzusehen, warum dieses Recht nicht allen wissenschaftlichen Autoren gewährt werden sollte. Tatsächlich geht es bei dem Vorschlag aber um das genaue Gegenteil eines Rechts, nämlich um die Beschränkung der Möglichkeit wissenschaftlicher Autoren, ihren Verwertungspartnern zeitlich unbeschränkte online-Nutzungsrechte zu übertragen. Wegen der im Gegensatz zur bestehenden Regelung im § 38 UrhG fehlenden Abdingbarkeit dieses Zweitverwertungsrechts für online-Nutzungen handelt es sich dogmatisch gesehen um eine echte Urheberrechtsschranke. Da der Katalog der Urheberrechtsschranken in der EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft abschließend ist und eine derartige Beschränkung des online-Nutzungsrechts nicht vorsieht, ist der Vorschlag schon nicht mit Europarecht vereinbar.

Bei der vorgeschlagenen Regelung handelt es sich zudem um eine zwangsläufig pauschalierende Lösung, die der Komplexität wissenschaftlichen Publizierens und fachspezifischen Besonderheiten nicht gerecht werden kann. Jeder Wissenschaftsverlag ist bei traditioneller Publikationsform („user pays“) darauf angewiesen, seine Investitionen durch Abonnements- und/oder Online-Lizenzgebühren zurückzuerwerben. Zu diesem Zweck muss er einen ausreichend langen exklusiven Verwertungszeitraum haben. Eine für alle Disziplinen gleich lange Exklusivitätsfrist geht wegen der stark unterschiedlichen Rezeptionsgeschwindigkeiten in den verschiedenen Wissenschaften an der Realität vorbei.

In jedem Fall ist ein pauschaler Embargozeitraum von nur sechs Monaten nicht sachgerecht. Die Leistungen der Verlage - Qualitätssicherung, Aufbereitung des Inhalts für die Veröffentlichung, Anreicherung mit Metadaten, Links und Querverweisen, Vorhalten einer Infrastruktur zu seiner Veröffentlichung, Übernahme des Unternehmensrisikos bei der Etablierung neuer Zeitschriften, Sicherstellung der Lieferbarkeit des Programms, dauerhafte Auffindbarkeit, Werbung und vieles mehr - könnten auf dieser Basis nicht länger uneingeschränkt erbracht werden, weil sie sich nicht mehr finanzieren ließen. Eine Zeitspanne von nur sechs Monaten würde potentielle Käufer von wissenschaftlichen Zeitschriften nämlich unter dem Diktat knapper Kassen in vielen von öffentlich geförderter Forschung geprägten Wissenschaftsgebieten veranlassen, kein Geld für Verlagsangebote auszugeben, sondern auf kostenlose online-Zweitpublikationen der von den Verlagen erschlossenen Beiträge zu warten. Am stärksten würde eine solche Regelung dabei die mittelständischen deutschen Verlage treffen, die zu ohnehin relativ niedrigen Preisen geistes- und sozialwissenschaftliche Zeitschriften veröffentlichen. Geisteswissenschaftliche Zeitschriften behalten ihre Aktualität weitaus länger als sechs Monate, und auch die sich über einen langfristigen Zeitraum ergebenden Einnahmen tragen wesentlich zur Stabilität solcher Verlagsobjekte bei.

Abgesehen von diesen grundsätzlichen Einwänden gegen eine Erweiterung des § 38 UrhG lässt der vorgeschlagene Wortlaut offen, wann wissenschaftliche Beiträge als im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden gelten sollen. Sollte hiermit jeder wissenschaftliche Beitrag erfasst sein, der von einem Professor, Universitätsmitarbeiter oder Mitarbeiter eines sonstigen öffentlichen Forschungsinstituts, einem Richter oder einem an einem Institut beschäftigten Doktoranden verfasst wurde, unabhängig davon, ob der Beitrag in der Freizeit oder während der regulären Arbeitszeit verfasst wurde und unabhängig davon, ob das Verfassen des Beitrags zum konkreten Aufgabengebiet des jeweiligen Autors gehört, wäre dies kaum zu rechtfertigen.



d) In welchem Umfang formatieren Wissenschaftsverlage die in die Periodika aufgenommenen Werke? Wäre eine Veröffentlichung in einer anderen Formatierung als der der Erstveröffentlichung sinnvoll?

Aus Sicht der Wissenschaft ist es in der Regel nicht sinnvoll, zwei verschiedene Fassungen eines Beitrags nebeneinander zugänglich zu machen. Solche Simultanpublikationen würden den Nutzer vor die Frage stellen, wie sich die Fassungen unterscheiden, nach welcher Fassung zitiert werden soll und welches von mehreren gleichartig wirkenden Suchergebnissen für ihn relevant ist. Handelt es sich um die Manuskript- und eine spätere, verbesserte Verlagsfassung wird der Autor zudem oft nicht wünschen, dass die erste Fassung weiterhin verbreitet wird.

Ein gesetzliches Zweitverwertungsrecht kann sich andererseits nicht auf das Verlagsprodukt beziehen, sondern nur auf dessen Vorformen, wie z.B. das ursprüngliche Manuskript des Autors. In das vom Verlag veröffentlichte Produkt sind eigene Leistungen des Verlags eingeflossen, die nicht „im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind“. Diese beschränken sich nicht auf Formatierungsleistungen, sondern umfassen z.B. Rechte, die der Verlag durch Redaktion, Organisation eines *peer review*, Satz und Verwendung des Zeitschriftentitels als Marke erworben hat.

c) Ist zu befürchten, dass ein Zweitveröffentlichungsrecht für Urheber deutschen Wissenschaftlern Publikationswege in international renommierten Fachzeitschriften verbauen könnte?

Ja. In Deutschland arbeitende Forscher müssen uneingeschränkt in den internationalen Top-Journals ihrer Disziplinen veröffentlichen können, damit der Standort Deutschland seine Anziehungskraft für Spitzenwissenschaftler nicht verliert. Jegliche gesetzliche Regelung, die den Abschluss von Verlagsverträgen für solche Veröffentlichungen erschwert, gefährdet Deutschlands Chancen im Wissenschaftswettbewerb.

Davon abgesehen ist fraglich, ob gegen die (weltweite) Internetveröffentlichung eines Beitrags, für die ein deutscher Autor ein Copyright Transfer Agreement eines ausländischen Wissenschaftsverlags unterschrieben hat, vom Verlag nicht z.B. vor einem amerikanischen Gericht Rechtsschutz wegen Vertragsverletzung erlangt werden kann. Sollte sich herausstellen, dass kollisionsrechtlich eine solche Möglichkeit besteht, verbietet sich die vorgeschlagene Änderung von § 38 UrhG schon deshalb, weil sie deutsche Wissenschaftsverlage und deren Autoren diskriminieren würde. In diesem Fall würden die Autoren und ihre Förderinstitutionen nämlich aus Angst davor, vor ein ausländisches Gericht gezogen zu werden, bei Veröffentlichungen in Zeitschriften ausländischer Verlage von einer Zweitpublikation regelmäßig absehen.

2. Zwangslizenzmodell

In der wissenschaftlichen Literatur (Hansen, GRUR Int. 2005, S 378 ff.) wurde ein alternativer Regelungsvorschlag unterbreitet, der ein Zwangslizenzmodell vorsieht. Danach soll der Rechteinhaber verpflichtet sein, nach einem näher festzulegenden Zeitraum (z.B. 6 Monate nach Erscheinen), jedermann zu angemessenen Bedingungen ein unbeschränktes, einfaches Nutzungsrecht zu gewähren, aber nur für Werke, die im Rahmen einer (überwiegend) mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind. Diese Verpflichtung soll sich ggf. nur auf das Recht der öffentlichen Zugänglichkeit beschränken.



a) *Ist eine solche Regelung sachgerecht?*²

b) *Ist insbesondere der vorgeschlagene Zeitraum von 6 Monaten angemessen? Ist es sachgerecht, für alle Arten von Publikationen dieselbe Frist vorzusehen?*

Ein Zwangslizenzmodell, unter dem der Rechteinhaber verpflichtet wäre, nach einem bestimmten Zeitraum jedermann zu angemessenen Bedingungen ein unbeschränktes, einfaches Nutzungsrecht für Werke einzuräumen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind, ist weder sachgerecht noch verfassungsgemäß.

Eine solche Zwangslizenz greift in die Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG ein. Zur Wissenschaftsfreiheit eines Forschers gehört die freie Entscheidung darüber, wo und wie er seine Forschungsergebnisse veröffentlichen möchte. Aufgrund der überragenden Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit für unsere Gesellschaft dürfen Wissenschaftler weder vorgelagert bei der Vergabe von Fördermitteln noch nachgelagert hinsichtlich der Zweitverwertung ihrer Publikationen zu Veröffentlichungen gezwungen werden, die sie nicht selbst aus freien Stücken anstreben. Dies dürfte auch nicht mit dem sog. Dreistufentest des internationalen Urheberrechts vereinbar sein.

Es ist zudem ein Widerspruch in sich, die Freiheit der Information durch eine Zwangslizenz sicherzustellen. Sinnvoller als eine Beschränkung der Publikationsfreiheit ist es, die Verlage oder Publikationspartner frühzeitig in die Planungen zur Veröffentlichung der Forschungsergebnisse einzubeziehen.

3. Wäre es ausreichend, in den Vergabebedingungen für Forschungsmittel urheberrechtliche Nutzungsregelungen zugunsten der Institutionen/öffentlichen Hand zu treffen (z.B. einfaches Nutzungsrecht, ggf. zeitlich befristet, beschränkt auf bestimmte Nutzungsarten etc.)? Wäre damit ein Handeln des Gesetzgebers entbehrlich? Ist zu befürchten, dass derartige Vergabebedingungen deutschen Wissenschaftlern Publikationswege in international renommierten Fachzeitschriften verbauen? Wie ist die gegenwärtige Praxis?

Nach dem eben Gesagten erscheint eine solche Gestaltung von Vergabebedingungen verfassungsrechtlich – nämlich im Hinblick auf die Wissenschafts- und Publikationsfreiheit der Wissenschaftler - bedenklich. Eine Notwendigkeit für gesetzgeberisches Handeln wird seitens des Börsenvereins beim Thema Zweitverwertungsrecht insgesamt nicht gesehen. Die meisten internationalen und nationalen Wissenschaftsverlage treffen mit ihren Autoren Verabredungen, die - wie im Rahmen des Projekts Sherpa/Romeo im Internet für jedermann dokumentiert ist - gerade im besonders sensiblen Bereich der medizinischen, technischen und lebenswissenschaftlichen Veröffentlichungen bereits heute Zweitveröffentlichungen ermöglichen, wenn dies gewünscht ist.

Insgesamt dürfen die Bedingungen öffentlicher Forschungsförderung im Hinblick auf die Zweitveröffentlichung von Beiträgen, die zuerst in subscriptionsfinanzierten Zeitschriften erschienen sind (*green road*), nicht zu einer Gefährdung des Primärmarktes des Verlages führen, der die Erstveröffentlichung auf sein unternehmerisches Risiko hin verbreitet hat.³ Dies würde das Urheberrecht wissenschaftlicher Autoren aushöh-

² vgl. zu dieser und den folgenden Fragen auch die Ausführungen zu A. III. 1. (insbesondere zur Schrankenqualität einer solchen einschränkenden Regelung)

³ Wir verweisen auf die ausführlichen Darlegungen zum Thema Open Access in den in Fußnote 1 aufgeführten aktuellen Broschüren des Börsenvereins.



len, weil deren „Ware“ am Markt ihren Wert verlieren würde. Open access-Projekte öffentlicher Bildungs- und Forschungseinrichtungen sollten deshalb grundsätzlich auf Bereiche beschränkt bleiben, in denen es keine akzeptablen privatwirtschaftlichen Alternativen gibt.

V. Prüfung einer Regelung des Handels mit gebrauchter Software

Hierzu ist zu bemerken, dass sich der Erschöpfungsgrundsatz grundsätzlich nur auf physische Produkte beziehen kann. Gegenstand einer Verbreitung können nur körperliche Werkstücke sein. Dies müsste ggf. in § 17 Abs. 2 UrhG oder § 19a UrhG ausdrücklich klargestellt werden. Denn bei einer „Weiterverbreitung“ i.S.d. § 17 UrhG wird jeweils ein konkretes, mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Veräußerung in den Verkehr gebrachtes Werkstück weitergegeben, z.B. verkauft oder verschenkt. Auf digitale Werke / Datenträger angewendet würde der Erschöpfungsgrundsatz aber dazu führen, dass eine einmal rechtmäßig erworbene Datei ohne Zustimmung und weitere Vergütung des Rechtsinhabers beliebig oft vervielfältigt und als Klon an Dritte weitergeleitet werden könnte. Aus der einmal rechtmäßig z.B. von einem Downloadportal wie audible.de oder libri.de erworbenen Datei könnten also beliebig viele identische Kopien hergestellt und bei Dritten gespeichert und genutzt werden, während die ursprüngliche Datei zudem beim ursprünglichen Erwerber verbleibt. Auf physische Exemplare angewendet führt der Erschöpfungsgrundsatz hingegen gerade nicht zu einer Vermehrung der Werkexemplare. Gesetzliche Aufweichungen der bestehenden Regelungen, auch im Hinblick nur auf bestimmte Werkarten (Software), sollten auf jeden Fall vermieden werden. Vielmehr sollte es bei der geltenden Lehre und Praxis bleiben, dass der Erschöpfungsgrundsatz des § 17 Abs. 2 UrhG auf alle physischen Werkexemplare Anwendung findet, während er grundsätzlich nicht für die unkörperliche Verbreitung gilt. Im Übrigen erscheint es sachgerecht und ausreichend, die weitere Klärung der Rechtsprechung zu überlassen.

VI. Prüfung hinsichtlich einer Widerrufsmöglichkeit von Filmurhebern bei unbekanntem Nutzungsarten

Ist die Besserstellung der Filmproduzenten gegenüber anderen Verwertern gerechtfertigt? Tragen Filmproduzenten ein höheres wirtschaftliches Risiko als andere Verwerter?

Filmproduktionen beruhen regelmäßig auf einer Vielzahl von Verträgen mit Urheber- und Leistungsschutzberechtigten. Zudem tragen Filmproduzenten ein besonders hohes wirtschaftliches Risiko. Die Regelung des § 88 UrhG erscheint daher auch aus der Sicht von lizenzgebenden Verlagen als Betroffenen der Norm grundsätzlich als sachgerecht. Sie sollte jedoch über die Filmproduktionen hinaus auch auf andere Bereiche – wie z.B. große Lexika-Projekte von Verlagen – ausgeweitet werden, die sachlich vergleichbar sind.

Wie sollte das Widerrufsrecht für Filmurheber ausgestaltet werden?

Von der Einfügung eines Widerrufsrechts für Filmurheber sollte abgesehen werden. Die Regelung zur nahezu unbeschränkten Widerrufsmöglichkeit bzgl. der Einräumung der Nutzungsrechte für unbekanntem Nutzungsarten in § 31 a UrhG wird vom Börsenverein nur bedingt als geglückt angesehen. Zwar ist zu begrüßen, dass Verlage sich nunmehr auch Rechte für unbekanntem Nutzungsarten einräumen lassen können. Allerdings wird dieser positive Effekt durch die erhebliche und permanente Unsicherheit über den Fortbestand der Rechtseinräumung ausgehöhlt. Diesen Zustand latenter Rechtsunsicherheit auf komplexe und investitionsintensive Projekte – wie solche im Filmbereich, aber auch bestimmte Verlagsproduktionen – auszuweiten, ist nach Auffassung des Börsenvereins der falsche Weg.



B. Prüfbitten des Bundesrats

I. Wie kann den Besonderheiten von Open Access- oder Open Source-Verwertungsmodellen Rechnung getragen werden?⁴

1. Welche Formen der Open Access-/Open Source-Nutzung sind nicht bereits auf Grundlage des geltenden Rechts möglich? Welche rechtlichen Hindernisse stehen der Umsetzung im Wege? Welche gesetzlichen Regelungen sollen ggf. zur Förderung erwünschter Open Access-/ Open Source-Nutzung geschaffen werden?

Wie oben⁵ eingehend dargestellt, sind sowohl die *golden road* als auch die *green road* des Open Access bereits auf der Grundlage geltenden Rechts ohne weiteres begehbar.

Open Source und Open Access sollten im Übrigen nicht miteinander vermischt, verwechselt oder gar gleichgesetzt werden. Als Open-Source-Software werden Computerprogramme bezeichnet, deren Quellcode öffentlich ist. Jeder Programmierer kann somit eigene Anpassungen vornehmen und Erweiterungen ergänzen. Der praktische Hintergrund von Open-Source-Software liegt weniger in den eingesparten Lizenzgebühren als in der schnellen Weiterentwicklung und Verfügbarkeit von Zusatzprogrammen. Open-Access-Modelle basieren hingegen regelmäßig nicht auf dem Wunsch der Wissenschaftler, ihre Texte zur freien Bearbeitung und Veränderung, also der Weiterarbeit am Text selbst, freizugeben. Da die in den Texten enthaltenen wissenschaftlichen Erkenntnisse anders als Quellcodes von Software von vornherein nicht rechtlich geschützt sind, sollten die ganz unterschiedlichen Phänomene Open Access und Open Source nicht miteinander gleichgesetzt werden.

4 Aus Sicht des Börsenvereins sind die vom Bundesrat gestellten Fragen zum Thema Open Access unreif und unausgewogen. Ihnen ist teilweise implizit die These hinterlegt, dass Open Access besser, günstiger, billiger oder schneller sei als traditionelle, subscriptionsgestützte Publikationsformen. Mit dieser Annahme wird die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Handelns begründet. Tatsächlich ist diese Vermutung aber durch nichts bewiesen. Die Europäische Union hat im vergangenen Jahr unter der Bezeichnung „PEER“ ein großes Forschungsprojekt aufgesetzt, um den bestehenden Erkenntnisbedarf durch systematische empirische Studien zu befriedigen. Die vom Bundesrat verwendeten, nicht verifizierten Hypothesen rechtfertigen aus Sicht des Börsenvereins einen Gesetzgebungsbedarf nicht.

Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil beim Thema Open Access aus einer (hypothetischen) Nutzersicht argumentiert wird. Die Nutzer sind aber, wie z.B. eine aktuelle Studie des Research Information Networks zu elektronischen Fachzeitschriften (<http://www.rin.ac.uk/use-ejournals>) beweist, mit der bestehenden Situation durchaus zufrieden. Negiert wird hingegen auch in den jetzt vorgelegten Fragen die Tatsache, dass eine erfolgreiche Publikation in einer Fachzeitschrift einen Zertifizierungsprozess darstellt. Autoren suchen diese Zertifizierung und benötigen diese zur Entwicklung ihrer Karriere und für den Reputationsgewinn ihrer Institution. Der Aspekt der Publikation/Verbreitung ist dem der Zertifizierung erst einmal nachgelagert. Dass die Organisation und Umsetzung einer solchen Zertifizierung teuer ist, ist unstrittig. Auf bloße Kostenreduzierung angelegte Open Access-Angebote, die sich mit einem Verfügbarmachen von Inhalten auf Servern begnügen und keine erfolgreiche Zertifizierung beinhalten, sind zum Scheitern verurteilt.

⁵ siehe hierzu oben unter A. III. 1. sowie auch die in Fußnote 1 aufgeführten Broschüren



2. In der wissenschaftlichen Literatur (Pflüger/Ertmann, ZUM 2004, S. 436) wird vorgeschlagen, in § 43 UrhG einen Absatz 2 hinzuzufügen, nach dem der an einer Hochschule beschäftigte Urheber verpflichtet ist, ein im Rahmen seiner Lehr- und Forschungstätigkeit entstandenes Werk i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG der Hochschule (exklusiv oder nicht exklusiv) zur Veröffentlichung anzubieten. Werden das Werk nicht binnen einer bestimmten Frist von der Hochschule veröffentlicht, sollen dem Urheber die Verwertungsrechte wieder unbeschränkt zustehen.

a) Ist eine solche Regelung sachgerecht?

Eine solche Regelung ist weder sachgerecht noch verfassungsgemäß. Eine Anbietungspflicht an die Hochschule greift in die verfassungsrechtlich garantierte Forschungsfreiheit des Wissenschaftlers gem. Art. 5 Abs. 3 GG ein, die auch das Recht der Publikationsfreiheit umfasst, also das Recht zu entscheiden, ob und wo seine Werke veröffentlicht werden. Zur Vermeidung von Wiederholungen möchten wir auf die Ausführungen des Verfassungsrechtlers Prof. Dr. Ulrich Battis im Rahmen der seinerzeitigen Anhörung des BMJ zum Pflüger/Ertmann-Vorschlag verweisen.⁶

b) Würde dies international zu einer Benachteiligung deutscher Wissenschaftler führen?

Ja, siehe oben.

Eine solche Regelung würde im Übrigen nicht nur international, sondern ganz allgemein zu einer Benachteiligung deutscher Wissenschaftler führen. Wie der sog. Heidelberger Appell zeigt, ist keineswegs davon auszugehen, dass alle Wissenschaftler ohne Rücksicht auf Verluste open access publizieren möchten. Eine Veröffentlichung im Kontext einer Fachzeitschrift oder eines spezifischen Programms eines auf seinen Fachgebieten renommierten Buchverlags wäre nämlich unter Umständen nicht mehr möglich, wenn das Werk zugleich auf einem Hochschulserver oder in einem sonstigen *repository* abrufbar ist. Der Wunsch von Wissenschaftlern nach kostenlosem online-Zugriff auf alle möglichen Publikationen besteht erfahrungsgemäß nicht um den Preis einer qualitäts- und renommeearmen Veröffentlichung der eigenen Werke.

II. Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven , § 52 b UrhG – Erweiterung des Anwendungsbereiches auf sonstige Bildungseinrichtungen

1. Ist eine solche Ausweitung sachgerecht? Was wären die (wirtschaftlichen) Konsequenzen?

2. Ist der Begriff Bildungseinrichtungen hinreichend abgrenzbar? Wäre die Ausweitung von § 52b UrhG auch auf diese Einrichtungen mit dem Bestimmtheitsgebot und dem 3-Stufen-Test vereinbar?

Eine Ausweitung des Kreises der durch § 52b UrhG begünstigten Einrichtungen auf Bildungseinrichtungen ist nicht sachgerecht. Es zeigt sich derzeit, dass Bibliotheken bereits die ihnen durch § 52b UrhG eingeräumten Befugnisse überschreiten und von der Norm in nicht mehr durch Wortlaut und EU-Richtlinie gedeckter Weise Gebrauch machen. Vor diesem Hintergrund hat das Landgericht Frankfurt am Main in seiner Entscheidung vom 14. Mai 2009 (Az.: 2-06 O 172/09) die Universitäts- und Landesbibliothek Darmstadt

⁶ Diese sind in ihren wesentlichen Zügen im schriftlichen Protokoll der Sitzung festgehalten worden. Sofern das BMJ eine Wiederholung der Darlegungen von Prof. Dr. Battis wünschen sollte, wird um einen Hinweis gebeten.



verpflichtet, technische Vorkehrungen zu treffen, um ein Herunterladen der unter § 52b UrhG eingescannten Inhalte auf USB-Sticks durch die Bibliotheksnutzer zu verhindern. Auch die Universität Würzburg hatte es Anfang des Jahres 2009 Besuchern der Bibliothek ermöglicht, die 500 meistgenutzten Lehrbücher und Kommentare (z.B. den BGB-Kommentar „Palandt“) an elektronischen Leseplätzen der Bibliothek auf USB-Sticks zu vervielfältigen oder auszudrucken und diese Vervielfältigungen nach Hause mitzunehmen. Erst auf die Abmahnung des betroffenen Verlages hin, der rein zufällig von diesem Sachverhalt Kenntnis erlangte, verpflichtete sich die Bibliothek zur Unterlassung.

Zugleich konnte die VG Wort – abgesehen von einer unbedeutenden Übergangsregelung - bislang noch keine Einigung mit der Kultusministerkonferenz über die den Rechteinhabern unter § 52b UrhG zustehenden angemessenen Vergütungen sowie die ihrer Erhebung vorgängige Erfassung der digitalisierten Werke zum Zwecke der Abrechnung erzielen. Nachdem die Rechteinhaber bei der vor nunmehr sechs Jahren neu geschaffenen Schrankenvorschrift des § 52a UrhG trotz massenhafter Nutzung ihrer Werke bis heute keinen Cent Vergütung von der Kultusministerkonferenz erhalten haben, sollte die Erweiterung bestehender Schrankenregelungen sowie die Einführung neuer Schrankenvorschriften künftig stets von einer – notfalls durch eine provisorische Entscheidung der Schiedsstelle beförderten – vorherigen Verständigung auf eine angemessene Vergütung abhängig sein.

Es steht bereits jetzt fest, dass insbesondere wissenschaftliche Verlage aufgrund des § 52b UrhG in seiner bestehenden Form Umsatzeinbußen hinnehmen müssen. Im Ergebnis ermöglicht die Regelung Bibliotheken, Museen und Archiven mit Erwerb eines physischen Exemplars den gleichzeitigen Erwerb einer elektronischen Leseplatzlizenz. De facto ist es den Verlagen dabei nicht möglich, zu überprüfen, ob die im Gesetz vorgeschriebene Bestandsakzessorietät tatsächlich eingehalten wird. Angesichts des Vorgehens der Universitäten Würzburg und Darmstadt erscheinen Zweifel daran angebracht, dass die begünstigten Einrichtungen die 1:1-Bindung technisch wirksam umsetzen. Auch ist fraglich, ob und wie die Bibliotheken sicherstellen, dass der Zugriff auf die digitalisierten Werke tatsächlich nur an den Leseplätzen in den Räumen der Bibliothek erfolgt, und nicht im Rahmen des gesamten institutionellen Netzwerks sowie durch auswärtige registrierte Nutzer möglich ist.

Diesen Eingriff in die Auswertungsmöglichkeiten der Verlage nun noch dadurch zu verschärfen, dass die Schranke zugunsten „sonstiger Bildungseinrichtungen“ erweitert wird, ist weder angemessen noch erforderlich. Die Verlage bieten eine Vielzahl von Lizenzmodellen für den Online-Zugang zu Verlagsinhalten an. Die Schranke betrifft somit den Primärmarkt. Zudem ist der Begriff der „Bildungseinrichtung“ unklar und unbestimmt. Offen ist insbesondere, ob darunter auch kommerzielle oder nicht-öffentliche oder private Einrichtungen fallen sollen. Wenn unter Bildungseinrichtungen auch Hochschulen fallen, würde dies darauf hinauslaufen, dass jeder Universitätsmitarbeiter vom PC von seinem Büro aus (auch dieses befände sich „in den Räumen der jeweiligen Einrichtung“) die unter § 52b UrhG digitalisierten Werke abrufen könnte. Die Nachfrage für Verlagsangebote wie Campuslizenzen, E-Book-Libraries etc. würde sich hierdurch massiv reduzieren. Es ist nicht verständlich, wieso in Bereichen, in denen es längst maßgeschneiderte digitale Angebote und dementsprechende vertragliche Lösungen gibt, neue Urheberrechtsschranken gefordert werden. Das gerne angeführte Argument der Notwendigkeit der Förderung von „Medienkompetenz“ geht in diesem Zusammenhang ins Leere. Medienkompetenz wird nämlich durch die Nutzung innovativer, mit Mehrwert versehener digitaler Verlagsangebote stärker gefördert als durch die Nutzung von in Bibliotheken angefertigten 1:1-Scans von Büchern und Zeitschriften.

Wie sich in dem Gerichtsverfahren des Verlags Eugen Ulmer gegen Universitäts- und Landesbibliothek Darmstadt, in den Reaktionen von Bibliotheken und Bibliotheksverband sowie zuvor schon in diversen Bei-



trägen in rechtswissenschaftlichen Zeitschriften gezeigt hat, ist die Formulierung des § 52b UrhG missglückt und der Regelungsgehalt nicht ausreichend, um in der Praxis Rechtssicherheit zu schaffen. Anstelle über eine Erweiterung nachzudenken, sollte die Norm besser neu gefasst werden. Zunächst sollte dabei die Erlaubnis zur Digitalisierung ausdrücklich in den Normtext aufgenommen werden. Dieses ist derzeit nicht der Fall (vgl. u.a. Heckmann, K & R 2008, 284 ff.) Denkbar wäre z.B. die folgende Formulierung:

„(...) veröffentlichte Werke (...) zu *vervielfältigen* und ausschließlich in den Räumen (...) zugänglich zu machen“.

Des Weiteren sollte eine Digitalisierung nur unter der Voraussetzung zulässig sein, dass der Rechteinhaber das entsprechende Werk nicht selbst in digitaler Form zur Lizenzierung anbietet. Dieses muss schon im Hinblick auf den urheberrechtlichen Dreistufentest in der Vorschrift deutlich zum Ausdruck kommen. Das LG Frankfurt hat die Formulierung „*soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen*“ in § 52b UrhG nämlich fälschlich so ausgelegt, dass eigene digitale Angebote des Verlags unschädlich sind, solange zwischen Bibliothek und Verlag kein konkreter Lizenzvertrag geschlossen wurde. Der (mögliche) Vertragsabschluss muss jedoch stets vorrangig sein, wenn eine Lizenzierung zu angemessenen Bedingungen angeboten wird. Denkbar erscheint insoweit folgende Formulierung:

„*Die Werke dürfen nicht zugänglich gemacht werden, wenn sie zum Zeitpunkt der geplanten erstmaligen Zugänglichmachung in den Räumen der jeweiligen Einrichtung vom Rechtsinhaber offensichtlich in elektronischer Form zur Nutzung angeboten werden.*“

Schließlich ist die Norm um folgenden Absatz zu ergänzen:

„*Eine Vervielfältigung der gem. § 52b UrhG zugänglich gemachten Werke ist unzulässig. Die begünstigten Einrichtungen müssen technische Vorkehrungen treffen, die eine Vervielfältigung verhindern.*“

III. Keine Begrenzung des elektronischen Kopienversands durch Bibliotheken

Ist durch diesen (i.e.: Rahmenvertrag zwischen Subito e.V. und Wissenschaftsverlagen) Rahmenvertrag über den elektronischen Versand von wissenschaftlichen Artikeln die Informationsversorgung für Wissenschaft und sonstige Interessenten durch die Subito-Bibliotheken hinreichend gewahrt?

Dies kann einschränkungslos bejaht werden. Subito ist aufgrund des Rahmenvertrags bereits in etwa neun von zehn Fällen (und in Kürze vollständig) in der Lage, seinen Nutzern Artikel und Dokumente per E-Mail zu übersenden. Abgesehen vom Bereich der kommerziellen Nutzer (in dem die Preise zuvor deutlich zu niedrig waren) ist der Umstieg in eine individuelle Lizenzierung für die Kunden von Subito nur mit geringfügigen Preiserhöhungen verbunden gewesen, für Studierende sind die Preise teilweise sogar gesunken. Da Subito in vielen Fällen vom Verlag das Recht zur Verwendung elektronischer Quellen für die Verwendung eingeräumt bekommen hat (was zuvor verboten war), erfolgt der Versand deutlich effizienter und kostengünstiger. Alles in allem ist die Neuregelung des § 53a UrhG in Verbindung mit dem Rahmenvertrag zwischen Subito und Börsenverein ein Beleg dafür, dass eine individuelle Lizenzierung elektronischer Nutzungen auch bei Massenvorgängen möglich und für alle Beteiligten vorteilhaft ist.



IV. Auswirkungen der neu eingeführten Bereichsausnahme für Schulbücher bei der Schrankenregelung des § 53 Abs. 3 UrhG

1. Sind zwischen Kultusministerien und Schulbuchverlagen bereits Verträge über die Vervielfältigung von Schulbüchern für den Unterrichtsgebrauch an Schulen geschlossen worden? Wenn nein, warum nicht.

Ja. Wir verweisen insoweit auf die Darstellung des VdS Bildungsmedien e.V.

2. Sind Beeinträchtigungen im Schulbetrieb aufgrund der neu eingeführten Bereichsausnahme festzustellen?

Nein.

C. Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“

I. § 59 UrhG Vergütungspflicht für die Abbildungen von Werken im öffentlichen Raum

Es besteht nach Auffassung des Börsenvereins keine Veranlassung, an der bestehenden Rechtslage etwas zu ändern.

§ 59 UrhG gewährt das Recht, urheberrechtlich geschützte Gegenstände wie Kunstobjekte oder Gebäude, die sich im öffentlichen Raum befinden, bildlich wiederzugeben, also zu malen, zu fotografieren oder zu filmen, ohne den Urheber um Genehmigung zu fragen oder eine Gebühr zahlen zu müssen. Der Börsenverein hält zunächst den Gedanken, dass mit der Aufstellung eines Kunstwerks an öffentlichen Orten das Werk der Allgemeinheit gewidmet wird, weiterhin für zutreffend. Dies drückt sich in der Regel auch in der entsprechenden Vergütung insbesondere der bildenden Künstler aus.

Die in § 59 UrhG geregelte Panoramafreiheit ist von erheblicher Bedeutung für praktisch jeden Medienbereich, von Presse und Rundfunk über Filmwirtschaft bis hin zu Verlagen, insbesondere Kalender-, Sachbuch-, Kunst- und Bildbandverlagen. So setzt eine sinnvolle Presse- und Rundfunkberichterstattung über aktuelle Ereignisse zwingend voraus, dass bei Aufnahmen im öffentlichen Raum auch der betreffende Hintergrund mit abgebildet wird. Keine Redaktion kann im Tagesgeschäft den Hintergrund entfernen oder gar Lizenzgebühren bezahlen, wenn ein Kunstwerk sichtbar ist. Damit würde die Informationsfreiheit erheblich beeinträchtigt. Auch z.B. in Bildbänden über Städte im Wandel der Zeit, Reiseführern, Kalendern und vielen anderen Werken könnte eine Vielzahl von Fotografien nicht mehr verwendet werden, wenn „sich die Darstellungsabsicht auf das jeweilige Werk richtet“. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn öffentliche Skulpturen, künstlerisch gestaltete Brunnen etc. beschrieben und abgebildet würden.

Die Identifizierung der jeweiligen bildenden Künstler und die Einholung von Rechten bei diesen oder ihren Erben ist in der Praxis nicht durchführbar bzw. würde in Medienunternehmen und Verwertungsgesellschaften zum Aufbau einer immensen Bürokratie führen.

In der Abwägung zwischen dem Interesse der Urheber an neuen Vergütungsmodellen und dem allgemeinen öffentlichen Interesse, die Wirklichkeit ohne zusätzliches Entgelt journalistisch oder künstlerisch darzustellen und in den Medien sehen zu können, sollte dem öffentlichen Interesse der Vorrang zukommen.



II. Veröffentlichung von Gegenseitigkeitsverträgen der Verwertungsgesellschaften

Insoweit schließt sich der Börsenverein der Stellungnahme der Verwertungsgesellschaft Wort an.

III. § 52 UrhG Öffentliche Wiedergabe – Revision des Wortlauts

Zu dieser Problematik sind uns bisher keine Fälle bekannt.

IV. Hinterlegungspflicht bei gesetzlichen Vergütungsansprüchen

Auch insoweit möchte sich der Börsenverein der Stellungnahme der Verwertungsgesellschaft Wort anschließen.

D. Prüfbitten der Europäischen Kommission

Regelung des Umgangs mit verwaisten Werken („Orphan Works“)

Wann kann von einem, verwaisten Werk gesprochen werden? Welche Voraussetzungen müssen bei der Suche nach dem Rechtsinhaber erfüllt werden?

Welche Nutzung verwaister Werke ist beabsichtigt, die gegenwärtig nicht aufgrund von urheberrechtlichen Schrankenregelungen zulässig ist? Um welche Anzahl von Werken handelt es sich?

Soweit ein gesetzlicher Handlungsbedarf bejaht wird, bestehen verschiedene Optionen, auf welche Weise die Nutzung ermöglicht werden kann:

In Kanada wurde mit Art. 77 Canada's Copyright Act ein Zwangslizenzmodell eingeführt: Hier können Nutzer eine Lizenz zur Nutzung eines bestimmten Werkes bei dem Copyright Board of Canada beantragen, wenn die Identität bzw. der Aufenthaltsort des Rechtsinhabers auch durch „angemessene Anstrengungen“ nicht festgestellt werden konnte.

Lizenzierungsmodell der VG Wort: Die VG Wort beabsichtigt, auf Basis der derzeitigen Rechtslage verwaiste Werke zukünftig für eine digitale Nutzung (Einscannen und Online-zur-Verfügung-Stellen) zu lizenzieren, wenn die Nutzer eine Suche gemäß einem von Bibliotheken, Börsenverein, Verwertungsgesellschaften und der Deutschen Literaturkonferenz derzeit entwickelten Plan durchgeführt haben und diese ergebnislos verlaufen ist. Sollte der Rechtsinhaber zu einem späteren Zeitpunkt bekannt werden, wird er von der VG Wort entschädigt.

Wie bewerten Sie diese Modelle? Sind sonstige Modelle zum Umgang mit verwaisten Werken denkbar?

Auf europäischer Ebene hat sich bereits vor mehreren Jahren eine High Level Expert Group on Digital Libraries (HLEG) gebildet, in welcher Bibliotheken, Archive, Verlage, Technologiefirmen und Wissenschaftler vertreten waren. Die Berichte und Empfehlungen der Expertengruppe beinhalten sinnvolle, einvernehmliche Lösungen. Die HLEG hat ein „Memorandum of Understanding on orphan works“ erstellt, welches im Juni 2008 von der Kommission und den Vertretern der kulturellen Institutionen und der Verlage unterzeichnet wurde. Es obliegt nun den Mitgliedsstaaten, auf der Grundlage dieser Absichtserklärung Verfahren für



eine Nutzung verwaister Werke zu schaffen.

In Deutschland haben Börsenverein, Deutsche Nationalbibliothek, Deutscher Bibliotheksverband, DFG und VG Wort eine Vereinbarung über die Nutzung verwaister Werke getroffen. Diese sieht vor, dass die VG Wort anfragenden Bibliotheken die Online-Nutzung verwaister Werke lizenziert, wenn diese eine sorgfältige Recherche nach dem Rechteinhaber durchgeführt und dokumentiert haben. Die VG Wort stellt die Bibliotheken von eventuellen Schadensersatzforderungen der Rechteinhaber frei. Wir sehen hierin eine pragmatische Lösung, die eine gesetzliche Regelung nicht erforderlich macht. Zu prüfen wird sein, ob diese Lösung außer für Bibliotheken nicht auch für Verlage oder andere dritte Nutzer eröffnet werden sollte, die nach einer gewissenhaften Recherche verwaiste Werke verlegen wollen.

Im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Nutzer verwaister Werke erscheint eine gesetzliche Regelung allerdings erwägenswert. Die Regelung könnte z.B. vorsehen, dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Nutzers entfällt, wenn dieser eine gewissenhafte und geeignete Suche nach dem Rechteinhaber durchgeführt und die geplante Nutzung einer urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaft gemeldet hat, sofern an die Verwertungsgesellschaft für die Nutzung eine angemessene Gebühr gezahlt wird und diese Vorkehrungen getroffen hat, um Ansprüche später auftauchender Werkberechtigter jederzeit befriedigen zu können.

E. Sonstige Fragen

I. Elektronischer Bundesanzeiger

Eine Anzeige im elektronischen Bundesanzeiger ist aufgrund der besseren Zugänglichkeit und Recherchierbarkeit sinnvoll.

II. Rechnungslegung und Prüfung der Verwertungsgesellschaften

Insoweit schließt sich der Börsenverein der Position der Verwertungsgesellschaft Wort an.

III. Kontrollrechte

Insoweit schließt sich der Börsenverein der Position der Verwertungsgesellschaft Wort an.

Frankfurt am Main, 28. Mai 2009

Dr. Christian Sprang
Justiziar
(Mitarbeit: RAin Dr. Verena Sich)