

STELLUNGNAHME DES BÖRSENVEREINS DES DEUTSCHEN BUCHHANDELS

zur Vorlage bei der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels hat sich an den beiden Stellungnahmen des Forums der Rechteinhaber, einem gemeinsamen Papier der Verlegerverbände und der Stellungnahme einer ad-hoc-Koalition verschiedener Verbände zur Umsetzung der EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft beteiligt. Diese Papiere gehen jeweils auf sämtliche Problemkreise bei der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Urheberrecht ein. Bei der Anhörung des Rechtsausschusses möchte sich der Börsenverein hingegen auf folgende Aspekte beschränken, die für die von ihm vertretenen Verlage von existenzieller Bedeutung sind:

- die neu geschaffene Urheberrechtsschranke des § 52a UrhGE (unten II.)
- die in der Begründung zu § 53 Abs. 1 UrhGE enthaltene Regelung zum Versand digitaler Dokumente durch Bibliotheken und andere nicht-kommerzielle Einrichtungen (unten III.)
- die im Rahmen der Reform des Urhebervertragsrecht geschaffene Vorschrift des § 63a UrhG, deren Wortlaut im Hinblick auf die Vorgaben der Richtlinie modifiziert werden sollte (unten II 4.)

Nach Kenntnis des Börsenvereins ist auch die für die EU-Richtlinie zuständige Generaldirektion Binnenmarkt der EU-Kommission der Ansicht, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung den Vorgaben der Richtlinie in den genannten Punkte nicht entspricht. Die Generaldirektion beabsichtigt deshalb, die Bundesregierung zu Abänderungen dieser Vorschriften aufzufordern.

I. Zusammenfassung

Die in § 52a UrhGE vorgesehene Urheberrechtsschranke hinsichtlich der öffentlichen Zugänglichmachung geschützter Werke für Unterricht und Forschung

- genügt den Anforderungen des in Artikel 5 Abs. 5 der Richtlinie enthaltenen Dreistufentests nicht (II 2.)
- verstößt gegen die Eigentumsgarantie des Artikel 14 Abs. 1 GG (II 3.) und
- würde im Zusammenspiel mit § 63a UrhG sogar zu einer entschädigungslosen Enteignung der Verlage führen.

Auch in der von der Bundesregierung vorgeschlagenen modifizierten Form würde § 52a UrhGE den Vorgaben der EU-Richtlinie nicht gerecht (II 6.). Ein Regelungsbedarf für die Norm ist insgesamt nicht erkennbar (II 1.).

Der Börsenverein empfiehlt deshalb die ersatzlose Streichung von § 52a UrhGE.

Die in der Begründung zu § 53 Abs. 1 UrhGE enthaltene Regelung zum digitalen Dokumentenversand durch nicht-kommerzielle Einrichtungen

- widerspricht den Vorgaben der EU-Richtlinie (III 1.)
- steht mit dem geltenden deutschen Urheberrecht nicht in Einklang (III 2.)
- ist gesetzgebungstechnisch mangelhaft (III 3.)
- würde zu einer im Ansatz verfehlten gesetzlichen Lizenz führen (III 4.)
- ist nicht zur Absicherung einer bibliothekarischen Versorgung erforderlich (III 5.)
- hätte fatale Folgen für die betroffenen Rechteinhaber (III 6.)
- liefe einer Harmonisierung des internationalen Urheberrechts zuwider (III 7.)
- würde dazu führen, dass die Vorteile individueller Lizenzierung nicht genutzt werden könnten (III 8.)
- würde die wirtschaftliche und rechtliche Position der Urheber verschlechtern (III 9.)
- ist angesichts einer Vielzahl vorzugswürdiger Regelungsalternativen unnötig (III 10.)

Der Börsenverein empfiehlt, die Ausführungen zum Kopienversand aus der Begründung des Gesetzentwurfs (S. 20, rechte Spalte unten) zu streichen. Der Gesetzgeber sollte zunächst abwarten, ob die derzeitigen Bemühungen von Bibliotheken und Verlagen um eine international einheitliche rechtliche Handhabung des digitalen Dokumentenversands erfolgreich sind, und die Regelung des Bereichs auf die geplante zweite Stufe der Umsetzung verschieben.

Schließlich sollte die Vorschrift des § 63a UrhG im Hinblick auf das in der EU-Richtlinie enthaltene Gebot einer angemessenen Entschädigung der Rechteinhaber bei gesetzlichen Beschränkungen des Urheberrechts klarer gefasst werden (II 4.).

Der Börsenverein empfiehlt, die Vorschrift des § 63a UrhG klarstellend wie folgt zu ergänzen (Hinzufügung kursiv gesetzt):

§ 63a

Auf gesetzliche Vergütungsansprüche nach diesem Abschnitt kann der Urheber im Voraus nicht verzichten. Sie können im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten werden. *Die Verteilungspläne der Verwertungsgesellschaft können eine angemessene Beteiligung weiterer Rechteinhaber an den Erlösen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen vorsehen.*

II. Vorgesehene neue Urheberrechtsschranke des § 52a UrhGE

§ 52a UrhGE enthält eine Schranke des Rechts der „öffentlichen Zugänglichmachung“ für Unterricht und Forschung. Bereits veröffentlichte Werke sollen Schülern, Studenten und Wissenschaftlern zugänglich gemacht werden können, ohne dass es hierzu einer Genehmigung des betroffenen Werkschöpfers bedarf (gesetzliche Lizenz).

Für Fälle des Unterrichtsgebrauchs soll die Nutzung nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung sogar vergütungsfrei zulässig sein. Aufgrund der zutreffenden Ausführungen in der Stellungnahme des Bundesrates vom 27.09.2002 (BR Drucks. 684/02) hat die Bundesregierung inzwischen in ihrer Gegenäußerung anerkannt, dass bei § 52a UrhGE Änderungsbedarf besteht. Indes gehen die von ihr vorgeschlagenen Modifikationen, die zwischenzeitlich in einem Änderungsantrag des Berichterstatters der CDU/CSU-Fraktion im Rechtsausschuss aufgegriffen worden sind, nicht weit genug.

1. Kein Regelungsbedarf für § 52a UrhGE erkennbar

Obwohl Schulen und Hochschulen schon seit Jahren über Intranets verfügen, ist bislang kein Fall bekannt geworden, in dem die öffentliche Zugänglichmachung geschützter Werke im Unterricht durch Rechtsinhaber auf Anfrage verweigert worden wäre. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit einem geschützten Werk gemäß § 51 UrhG regelmäßig das Recht begründet, das Werk genehmigungsfrei zu zitieren und das Zitat dabei auch öffentlich zugänglich zu machen. Fehlt es an einer solchen eigenständigen Auseinandersetzung mit dem Unterrichtsgegenstand, wird der Lehrende typischerweise Material einsetzen, das von Unternehmen speziell für die Unterrichtsnutzung aufbereitet worden ist. Es ist zumutbar und geboten, für die Nutzung dieses Materials Lizenzen zu erwerben oder im Rahmen von § 53 Abs. 3 UrhG auf Fotokopien zurückzugreifen. Für die in § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhGE vorgesehene Privilegierung der Unterrichtsnutzung fehlt somit die Notwendigkeit.

Dasselbe gilt hinsichtlich der Regelung des § 52a Abs. 1 Nr. 2 UrhGE. Es liegt im ureigenen Interesse der Fachverlage, Lizenzen für die Intranetnutzung ihrer Werke rasch und zu angemessenen Bedingungen zu erteilen. Viele wichtige Fachzeitschriften und Fachveröffentlichungen werden längst (auch) in digitaler Form publiziert und dem Nutzer maßgeschneidert – z.B. über Netzwerklizenzen oder Einzelabruf von Artikeln im Internet – angeboten. Unter den Voraussetzungen des § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG besteht zudem die Möglichkeit der Vervielfältigung dieser Werke. Es ist nicht dargetan, warum angesichts dieses Sachverhalts die in § 52a UrhGE vorgesehene gesetzliche Lizenz notwendig sein soll.

In der Gesetzesbegründung zu § 52 a UrhGE wird unter anderem auf § 53 Abs. 3 UrhG Bezug genommen, um zu einer Legitimierung der neuen Vorschrift zu kommen. In diesem Zusammenhang sei ein Hinweis auf die Entstehungsgeschichte von § 53 Abs. 3 UrhG erlaubt: Durch diese Vor-

schrift sollten ursprünglich Schüler (bzw. deren Eltern) entlastet werden. Es sollten Kopien zulässig sein, die sich ein Schüler nicht ohne weiteres hätte beschaffen können. Heute werden auf diese Weise jährlich dreistellige Millionenzahlen von Seiten urheberrechtlich geschützter Werke in Bildungseinrichtungen kopiert. Bereits die Vorschrift des § 53 Abs. 3 UrhG wird also in einem Maße überstrapaziert, das mit der seinerzeitigen Intention des Gesetzgebers nicht mehr im Einklang steht.

2. § 52a UrhG genügt den Anforderungen des in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie enthaltenen Dreistufentests nicht

Auch in der seiner modifizierten Form greift § 52a UrhGE in den Primärmarkt der Schulbuch-, Fach- und Wissenschaftsverlage ein. Wenn Schulen, Hochschulen und nicht-kommerzielle Forschungseinrichtungen geschützte Werke künftig genehmigungsfrei scannen, in ihr Intranet stellen und beliebig oft ausdrucken können, ginge den für diesen Bereich arbeitenden Autoren und Verlagen ihr Primärmarkt vollständig oder zu großen Teilen verloren. Dies ist nicht mit dem in Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie enthaltenen sog. Dreistufentest vereinbar, wonach Beschränkungen des Urheberrechts nur in Sonderfällen zulässig sind und die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt werden darf.

3. § 52a UrhGE verstößt gegen Art. 14 Abs. 1 GG

Abgesehen von dem Verstoß gegen den Dreistufentest der Richtlinie steht § 52a UrhGE auch mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nicht in Einklang. Aus Sicht der betroffenen Urheber und Unternehmen kämen die Auswirkungen der Vorschrift nämlich einer Enteignung gleich. Sie könnten ihre Rechte in dem Markt, für den sie arbeiten, nicht mehr verwerten, weil der Staat die vollständige Kontrolle über die Nutzung ihrer Werke und deren Preis übernehme. Dies berührt den Kernbereich ihres Grundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG.

4. Zusammenspiel von § 52a UrhGE mit § 63a UrhG würde für Verlage zu entschädigungsloser Enteignung führen

Der vorerwähnte enteignende Effekt des § 52a UrhGE träfe die Verlage womöglich sogar in gesteigerter Form. Bei der Regelung des Urhebervertragsrechts ist nämlich mit dem § 63a UrhG zum Schutze des Urhebers ein Verbot der Vorabübertragung gesetzlicher Vergütungsansprüche aufgenommen worden. Die amtliche Begründung der Norm war dabei wie folgt formuliert:

„... [Die Vorschrift] geht davon aus, dass gesetzliche Vergütungsansprüche dem Urheber [...] zugedacht sind und dass sie ihm als Teil seiner angemessenen Vergütung verbleiben sollen. Der Werknutzer bedarf dieser Ansprüche zur Ausübung seines Nutzungsrechts nicht. ...“

Nimmt man diese Begründung wörtlich, würde sie im Zusammenhang mit dem § 52a UrhGE für die Schulbuch- und Wissenschaftsverlage bedeuten, dass diesen der in Absatz 3 der Vorschrift geregelte gesetzliche Anspruch auf angemessene Vergütung nicht zusteht. Zumindest für alle seit dem

1. Juli 2002 – dem Datum des Inkrafttretens des neuen Urhebervertragsrechts – veröffentlichten Werke würden die Verlage also buchstäblich entschädigungslos enteignet.

Es liegt auf der Hand, dass das vorgeführte Ineinandergreifen von § 52a UrhGE und § 63a UrhG zu Ergebnissen führen würde, die die Vorgaben der EU-Richtlinie in ihr offensichtliches Gegenteil verkehren. Jeder politisch Verantwortliche mag sich selbst die Frage beantworten, ob er unter solchen Bedingungen in Deutschland in das Verlegen von Schulbüchern oder Fachzeitschriften investieren würde.

5. Vorgeschlagene Modifikationen des § 52a UrhGE überzeugen nicht

Auch die neuerdings von der Bundesregierung vorgeschlagene Formulierung des § 52a UrhGE ist nicht geeignet, die rechtlichen Bedenken gegen die Regelung zu beseitigen. So vermag nicht einzuleuchten, wieso die Produzenten von Lehrfilmen für den Unterricht in den Genuss einer Bereichsausnahme kommen sollen, die Unternehmen, die in Verlagszeugnisse für diesen Markt investieren, nicht zugestanden wird. Im Hinblick darauf, dass die Investitionen der von der Regelung betroffenen Verlagen denjenigen der Filmproduzenten mindestens ebenbürtig sind, müsste eine rechtliche Gleichstellung erfolgen. Auch Schulbücher, wissenschaftliche Publikationen und Fachzeitschriften wären aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift auszunehmen (womit diese praktisch leer liefe).

Ebenfalls nicht bis in Letzte durchdacht ist der gutgemeinte Vorschlag, analog zu § 53 Abs. 3 UrhG nur noch die öffentliche Zugänglichmachung kleiner Teile eines Werkes zu gestatten. In ein Intranet können Werke, die in digitaler Form erschienen sind, aus technischen Gründen stets nur als vollständige Datei eingestellt werden. Da der Anteil solcher digitalen Werke immer weiter steigt, greift der aus der analogen Welt stammende Schutzzweck der Formulierung „kleine Teile“ bei der öffentlichen Zugänglichmachung von vorneherein nur begrenzt.

Die Einschränkung erscheint aber auch bei vielen anderen Sachverhalten als nicht hilfreich: Man stelle sich vor, ein Lehrer entnimmt auf Grundlage einer solchen eingeschränkten gesetzlichen Norm nur einzelne Kapitel eines Lehrwerkes und gestaltet damit seinen Unterricht oder seine Arbeitsgemeinschaften. Nachdem in einer einzelnen Unterrichtsstunde ohnehin immer nur Teile eines entsprechenden Lehrwerks genutzt werden können, wäre hier die ursprünglich vorgesehene volle Möglichkeit zur Nutzung eines Werkes im Ganzen wieder hergestellt.

Abgesehen davon wird man von den Adressaten der Norm – Lehrern, Hochschulangehörigen, Wissenschaftlern oder Bibliothekaren – nicht erwarten können, dass sie das Vorliegen jeder einzelnen Voraussetzung der Vorschrift vor der Einstellung digitaler oder digitalisierter Dateien ins Intranet prüfen. Im Rechtsbewusstsein der betroffenen Kreise würde vielmehr nur die Botschaft hängen bleiben, dass jedes geschützte Werk digitalisiert, in das Intranet gestellt und von dort beliebig oft

ausgedruckt werden kann. Von den urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften ließe es sich schwerlich kontrollieren, ob sich eine Schule, Hochschule oder Forschungseinrichtung tatsächlich daran hält, immer nur Teile eines urheberrechtlich geschützten Werks einzuscannen bzw. zu speichern. Hinzu käme, dass es für eine Verwertungsgesellschaft äußerst schwierig, wenn nicht gar undurchführbar wäre, die Anzahl und den Umfang der erfolgten Nutzungen tatsächlich zu erfassen, um die vorgesehene gesetzliche Vergütung zu erheben.

6. Regelungsalternativen

Aus den genannten Gründen sollte die Vorschrift des § 52a UrhGE ersatzlos gestrichen werden. Alternative Regelungen sind weder geboten noch ersichtlich. Die öffentliche Zugänglichmachung geschützter Werke in Netzwerken ohne Anbringung technischer Schutzmaßnahmen ist für die Rechteinhaber mit erheblichen Risiken verbunden. Die Entscheidung über eine solche Nutzung sollte deshalb stets beim Urheber liegen. Es erscheint prinzipiell nicht sinnvoll, das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers auf öffentliche Zugänglichmachung seiner Werke (§ 19a UrhGE) zu beschränken.

Der Umstand, dass der Staat im Bildungsbereich gerne sparen würde, kann keine Enteignung von Urhebern und Verlagen rechtfertigen. Abgesehen davon würden derartige „Sparmaßnahmen“ dazu führen, dass sich die Verlage aus dem öffentlichen Bildungsmarkt zurückziehen. Ihre Aufgaben müsste der Staat dann zwangsläufig selbst übernehmen. Nach aller Erfahrung würden dies zu einer schlechteren Leistungsqualität bei wesentlich höheren Kosten führen.

III. Vorgesehene Regelung des digitalen Dokumentenversands durch Bibliotheken (§ 53 Abs. 1 S. 2 UrhGE)

Im Rahmen einer von Bund und Ländern geförderten Initiative bietet ein Verbund großer deutscher Bibliotheken über die Website www.subito-doc.de den Versand urheberrechtlich geschützter Dokumente an. Der Besteller kann dabei aus einem Katalog von mehreren Millionen Büchern und Zeitschriften online einzelne Aufsätze oder Kapitel bestellen. Die bestellten Titel werden in einer der Bibliotheken gescannt und dem Besteller gegen eine geringe Gebühr in der Regel per e-Mail oder über ähnliche Versandwege (Internet-Download, FTP aktiv) in digitaler Form unverzüglich übersandt. Auf diese Weise wurden allein im vergangenen Jahr fast eine Million Artikel in die ganze Welt versandt. Zur urheberrechtlichen Abgeltung dieses Angebots führen die Bibliotheken Gebühren an die Verwertungsgesellschaft Wort ab.

In der Begründung zu § 53 Abs. 1 S. 2 UrhGE hat die Bundesregierung vorgesehen, den digitalen Kopienversand durch nicht-kommerzielle Versanddienste wie Subito gesetzlich ausdrücklich zu gestatten. Wörtlich heißt es (S. 20, rechte Spalte unten):

„Die vorgeschlagene Regelung gewährleistet auch, dass nach wie vor ein Versand von Kopien möglich bleibt. Denn nach Absatz 1 darf der zur Vervielfältigung Befugte Kopien im Wege der Reprographie auch unentgeltlich durch einen anderen herstellen lassen. Im übrigen werden als „unentgeltlich“ im Sinne dieser Vorschrift Vervielfältigungen auch dann anzusehen sein, wenn sie z.B. durch Bibliotheken gefertigt werden, die Gebühren oder Entgelte für die Ausleihe erheben, soweit die Kostendeckung nicht überschritten wird.“

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels hält eine gesetzliche Gestattung des digitalen Dokumentenversands durch Bibliotheken und andere nicht-kommerzielle Einrichtungen für verfehlt. Er befürwortet stattdessen eine individuelle Lizenzierung des digitalen Dokumentenversandes. Die Gründe dafür werden im Folgenden dargestellt.

1. Vorgaben der EU-Richtlinie 2001/29/EG für die Regelung des Versandes digitaler Dokumente durch Bibliotheken

Die EU-Richtlinie nimmt im Bereich der Schranken des Urheberrechts keine echte Harmonisierung vor, sondern bietet den nationalen Gesetzgebern bei der Umsetzung erhebliche Spielräume. Eine Gleichbehandlung analoger und digitaler Privatkopien (§ 53 UrhGE), wie sie von der Bundesregierung vorgesehen ist, wird darin gerade nicht nahe gelegt. Vielmehr heißt es in Erwägungsgrund 38:

„... Die digitale private Vervielfältigung dürfte hingegen [im Vergleich zur analogen privaten Vervielfältigung] eine weitere Verbreitung finden und größere wirtschaftliche Bedeutung erlangen. Daher sollte den Unterschieden zwischen digitaler und analoger Vervielfältigung gebührend Rechnung getragen und hinsichtlich bestimmter Punkte zwischen ihnen unterschieden werden.“

Erwägungsgrund 40 verstärkt diesen Gedanken wie folgt (Hervorhebung hinzugefügt):

*"Die Mitgliedstaaten **können** eine Ausnahme oder Beschränkung zugunsten bestimmter nicht kommerzieller Einrichtungen, wie der Öffentlichkeit zugängliche Bibliotheken und ähnliche Einrichtungen sowie Archive vorsehen. Jedoch sollte diese Ausnahme oder Beschränkung auf bestimmte durch das Vervielfältigungsrecht erfasste Sonderfälle begrenzt werden. Eine Nutzung im Zusammenhang mit der Online-Lieferung von geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen sollte nicht unter diese Ausnahme fallen. [...]"*

Auch diese Erwägung macht deutlich, dass der Richtliniengeber den Versand digitaler oder digitalisierter Werke klar vom Versand analoger Kopien unterschieden wissen will.

Wie noch zu zeigen ist, ist die von der Bundesregierung vorgeschlagene Regelung aufgrund ihrer Auswirkungen für Autoren und Verlage zudem nicht mit dem in Artikel 5 Abs. 5 der Richtlinie

verankerten sog. Drei-Stufen-Test vereinbar. Danach darf die Anwendung von Urheberrechtsschranken niemals dazu führen, dass die normale Verwertung eines Werkes beeinträchtigt wird.

2. Digitaler Dokumentenversand durch Bibliotheken nach geltendem Urheberrecht unzulässig

In der Begründung zu § 53 Abs. 1 S. 2 UrhGE ist die Behauptung enthalten, dass der digitale Dokumentenversand durch Bibliotheken bereits nach geltendem Urheberrecht zulässig sei. Die Bundesregierung beruft sich dabei fälschlicherweise auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu § 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG, in der dieser den Kopienversand per Brief oder (Papier-)Fax als zulässig beurteilt hatte.¹ Der für die Entscheidung verantwortliche Berichterstatter hat sich bereits veranlasst gesehen, in einem Aufsatz klarzustellen, dass eine gesetzliche Lizenz niemals dazu führen darf, dass die gesetzlich gestattete Nutzung in unmittelbarem Wettbewerb zu einer herkömmlichen Verwertungsform tritt.² Auch im juristischen Schrifttum wird bislang praktisch ausnahmslos die Meinung vertreten, dass der Versand digitaler Kopien nur mit Genehmigung von Autoren und Verlagen erfolgen darf.³

3. Regelungsvorschlag der Bundesregierung zum digitalen Dokumentenversand gesetzgebungstechnisch mangelhaft

Der Ansatz der Bundesregierung, den digitalen Dokumentenversand statt in einer eigenen Vorschrift mit drei Sätzen in der Begründung zu § 53 Abs. 1 UrhGE zu regeln, kann auch gesetzgebungstechnisch nicht überzeugen. Es ist schon sprachlich verblüffend, den Begriff „unentgeltlich“ über die Gesetzesbegründung auf Sachverhalte anzuwenden, in denen Entgelte erhoben werden. Vor allem ist es aber dogmatisch verfehlt, den digitalen Dokumentenversand durch Bibliotheken im Zusammenhang mit der privaten Vervielfältigung des § 53 Abs. 1 UrhG zu regeln. Vom Bundesgerichtshof⁴ ist der Kopienversand durch Bibliotheken zutreffend unter die Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch des § 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG subsumiert worden. Wenn der Sachverhalt jetzt unter die private Vervielfältigung gezogen wird, entsteht Unklarheit darüber, ob – und ggf. inwieweit - die von der Rechtsprechung zu § 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG entwickelten Grundsätze für den Kopienversand weiter Geltung behalten. Insbesondere wäre nicht sicher, ob die deutschen Bibliotheken weiterhin gewerbliche Unternehmen mit Kopien beliefern dürften.

4. Gesetzliche Gestattung des digitalen Kopienversands im Ansatz verfehlt

Der Börsenverein setzt sich seit jeher dafür ein, dass Nutzungen von Urheberrechten überall dort kollektiv durch Verwertungsgesellschaften auf der Grundlage gesetzlicher Lizenzen wahrgenommen werden, wo Autoren und Verlage als Primärrechtsinhaber dies nicht oder nicht in effizienter Weise leisten können. Umgekehrt tritt er aber zugleich vehement dafür ein, dass Verwertungsge-

¹ BGHZ 141, S. 13 ff. („Kopienversanddienst“)

² Bornkamm, FS Erdmann, S. 29 ff., insbes. S. 47 mit Fn. 89

³ vgl. zuletzt Schack, ZUM 7/2002, S. 497 ff., insbes. S. 501 mit ausführlichen weiteren Nachweisen

⁴ BGHZ 141, S. 13 ff. („Kopienversanddienst“)

sellschaften dort nicht tätig werden, wo sie aufgrund ihrer Bestimmung Rechte nicht so gut wie die originären Rechteinhaber wahrnehmen können oder diese gar in der Nutzung ihrer Erstverwertungsrechte gefährden.

Die Erstellung und Versendung digitaler Kopien hat ein vielfach höheres Störpotential für die normale Auswertung urheberrechtlich geschützter Werke als die Erstellung und Versendung analoger Kopien. Der wesentliche Unterschied zwischen der Versendung einer Papierkopie und der Versendung einer digitalen Kopie besteht darin, dass der Empfänger eines nicht mit technischen Schutzmaßnahmen versehenen digitalen Dokuments dieses ohne jeden Aufwand und Qualitätsverlust beliebig oft weiterverbreiten kann, z.B. per e-Mail, Bereitstellung zum Internet-Download oder mittels von File-Sharing-Systemen. Da digitalisierte Print-Dokumente zudem beliebig oft ausgedruckt werden können, ist die Gefahr einer Absatzbeeinträchtigung für das Originalwerk ungleich größer als bei den ebenfalls schädlichen Papierkopien.

Das Angebot sämtlicher erhältlicher Aufsätze und Buchbeiträge durch Kopienversanddienste im Internet führt dazu, dass viele Bibliotheken und Nutzer von Fachzeitschriften ihre Abonnements kündigen und ihre Anschaffungsetats reduzieren, um die für sie interessanten Artikel statt dessen bei Erscheinen kostengünstig und in digitaler Qualität über Versanddienste wie Subito zu beziehen. Die Gebühr, die der Versanddienst dafür als urheberrechtliche Lizenz an die VG Wort abzuführen hat, richtet sich nach Einheitstarifen. Urheber und Verlage selbst können weder über das Ob einer Nutzung entscheiden noch die Höhe des Nutzungsentgelts bestimmen.

Versanddienste wie Subito sind weder mit den Kosten für die Herstellung eines Artikels belastet noch mit dem verlegerischen Risiko, ob dieser (bzw. das Buch oder die Zeitschrift, in der er erscheint) am Markt nachgefragt wird. Umgekehrt ist die Tantieme, die die VG Wort an Urheber und Verlage⁵ auskehrt, unabhängig davon, ob diese bei der Erstellung der vom Versanddienst verwendeten Vorlage im Einzelfall hohe oder niedrige Kosten hatten und wie stark die Versendung der digitalen Kopie (und deren mögliche Vervielfältigung und Weiterverbreitung durch den Besteller) ihre Erstverwertungen beeinträchtigt. Gerade im Bereich naturwissenschaftlicher Fachzeitschriften haben Internet-Versanddienste wie Subito aufgrund der Anwendung kollektiver Lizenzierung ausweglose Spiralen von Abonnementskündigungen, dadurch bedingten steigenden Abonnementsgebühren, dadurch bedingten weiteren Kündigungen etc. in Gang gesetzt.

Eine gesetzliche Lizenz für den digitalen Kopienversand durch nicht-kommerzielle Einrichtungen ist aber nicht nur deshalb problematisch, weil die öffentliche Hand dann ohne Genehmigung der Berechtigten für deren sämtliche Werke als Verleger agieren könnte, sondern sie ist auch nicht aus Effizienzgründen geboten. Wie die Erfahrungen in anderen Ländern zeigen, ist es technisch ohne Weiteres (und ohne Einschränkungen für den Nutzer) möglich, den digitalen Dokumentenversand

⁵ bzw. nur an Urheber, vgl. oben II 4.

individuell zu lizenzieren. Die Versendung von Aufsätzen durch Versanddienste wie Subito beruht nämlich auf Bestellungen, die aus Titeldatenbanken elektronisch generiert werden und für eine Individuallizenzierung und –abrechnung geradezu prädestiniert sind.

5. Bibliothekarische Grundversorgung durch Verzicht auf gesetzliche Lizenz für digitalen Dokumentenversand nicht beeinträchtigt

Der Börsenverein ist der Ansicht, dass Erfolg und Nutzen des Subito-Geschäftsmodells noch steigen werden, wenn es hinsichtlich digitaler Kopien konsequent von kollektiver auf individuelle Lizenzierung umgestellt wird. Abgesehen davon würde der Verzicht auf eine gesetzliche Lizenz für den digitalen Dokumentenversand auch die bibliothekarische Grundversorgung in der modernen Informationsgesellschaft nicht gefährden. Aufgrund des bereits erwähnten Urteils des Bundesgerichtshofs zum Kopienversand auf Bestellung⁶ ist nämlich sichergestellt, dass die Bibliotheken auch zukünftig einen Anspruch darauf haben, Kopien aller bei ihnen vorhandener Werke ziehen zu können und diese gegen Zahlung einer angemessenen Gebühr an die VG Wort per Brief oder (Papier-)Fax an Privatpersonen zu versenden.

6. Gesetzliche Gestattung des Versands digitaler Dokumente durch nicht-kommerzielle Anbieter hätte fatale Folgen für Rechteinhaber

Sollte der Regelungsvorschlag der Bundesregierung unverändert umgesetzt werden, würden Autoren und Verlage die rechtliche und preisliche Kontrolle über den wichtigsten Marktbereich der Zukunft verlieren. Dies hätte vielfältige Auswirkungen:

- Der Verkauf von Fachzeitschriften und Büchern (insbesondere wissenschaftlichen Sammelwerken) würde dramatisch zurückgehen (s.o.). Da dies nur teilweise durch Preiserhöhungen aufgefangen werden kann, würden Autoren und Verlage erhebliche Einnahmeverluste erleiden. Auch die Fachbuchhandlungen als wichtiger Absatzmarkt wissenschaftlicher Verlage würden hiervon betroffen, zumal diesen keine Einnahmen aus dem Kopienversand der Bibliotheken zufließen. Um den flächendeckenden Absatz ihrer Printprodukte sicherzustellen, müssten die Verlage den Fachbuchhandlungen höhere Rabatte gewähren. Dies würde den Druck auf ihre Ertragslage erhöhen.
- Die Verlage haben faktisch keine Chance, mit eigenen Angeboten zur Auswertung ihrer Werke in digitaler Form online zu gehen. Sie müssten damit nämlich automatisch in Konkurrenz zu den von der öffentlichen Hand betriebenen, nicht auf Gewinnerzielung angelegten Versanddiensten treten, die weder mit Herstellkosten noch mit unternehmerischen Risiken belastet sind. Im Extremfall würden die Verlage also dazu degradiert, auf eigene Kosten „Kopiervorlagen“ für die öffentlichen Bibliotheken herzustellen, die sie angesichts von deren Konkurrenz weder in digitaler noch in Papierform im Markt absetzen könnten.
- Die Verlage könnten ihre eigenen Werke nicht mehr selbst kostenlos elektronisch versenden (z.B. an Rezensenten, Fachkollegen des Autors etc.) oder Werbeaktionen mit Mailversand von

⁶ BGHZ 141, S. 13 ff. („Kopienversanddienst“)

Probeartikeln durchführen; sie müssten vielmehr für jede nicht-kommerzielle Versendung eigener Artikel eine Abgabe an die VG Wort zahlen.

- Auf der Einnahmenseite bilden die starren Tarife der Verwertungsgesellschaft die Kostenstrukturen der Verlage nicht ab. Geisteswissenschaftliche oder juristische Publikationen, die vergleichsweise kostengünstig produziert werden können, generieren aufgrund dieser Tarife nämlich dieselben Einnahmen wie Aufsätze aus naturwissenschaftlichen Journalen, für die große Redaktionsstäbe unterhalten und aufwändige peer-review-Systeme finanziert werden müssen.
- Die Tarife der Verwertungsgesellschaft sind zudem nicht in der Lage, den Verlagen eine Mischfinanzierung zu ermöglichen. Während beim Verkauf einer Zeitschrift oder eines Fachbuches der Kaufpreis die Herstellung aller Artikel gleichmäßig abdeckt, fließen beim Kopienversand nur für die besonders nachgefragten Spitzenaufsätze Einnahmen, während die anderen Titel leer ausgehen. Ohne die Möglichkeit einer Mischkalkulation ist verlegerische Tätigkeit aber weder unternehmerisch möglich noch kulturell produktiv.

Eine gesetzliche Lizenz für den Versand digitaler Dokumente würde somit die normale Verwertung der Werke massiv beeinträchtigen. Sie wäre ein klarer Verstoß gegen den in Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie verankerten sog. Drei-Stufen-Test (s.o.).

7. Pläne der Bundesregierung würden Harmonisierung des Urheberrechts zuwiderlaufen
Von einer Umsetzung der EU-Richtlinie ohne Differenzierung zwischen analogen und privaten Vervielfältigungen und mit einer gesetzlichen Lizenz zugunsten der Einrichtungen der öffentlichen Hand im digitalen Bereich würde weder im europäischen noch im internationalen Rahmen eine Harmonisierungswirkung ausgehen. Deutschland würde sich mit der geplanten Regelung des digitalen Dokumentenversandes in einem Bereich isolieren, der von den großen Wissensnationen rechtlich einheitlich gehandhabt werden muss.

Dies wird besonders deutlich, wenn man sich die Auswertungsstatistiken von Subito vor Augen führt. Die hundert Journale, aus denen die meisten Aufsätze versandt werden, sind sämtlich englischsprachige Fachzeitschriften. Nur eine einzige von ihnen wird in Deutschland verlegt. Gleichzeitig ist auch der größte Teil der Subito-Kunden im Ausland ansässig. Diese Tendenz wird unter anderem dadurch verstärkt, dass die Informationen auf der Website in allen großen Weltsprachen bis hin zu Japanisch und Mandarin-Chinesisch vorgehalten werden. Auffallend ist, dass in allen Staaten, aus denen die von deutschen Bibliotheken versandten Artikel stammen, und in fast allen Zielstaaten keine gesetzliche Lizenz für den Kopienversand besteht.

Von daher ist absehbar, dass eine Umsetzung der geplanten Regelung zu Interferenzen mit dem Recht fast aller anderen Industrienationen und nicht weniger EU-Staaten führen würde. Dies könnte

in das aus Sicht des Subito-Projektes kontraproduktive Resultat münden, dass ein digitaler Kopienversand aus rechtlichen Gründen nur an Privatpersonen in Deutschland zulässig wäre.

8. Vorteile der individuellen Lizenzierung des Versandes digitaler Dokumente

Würde die Versendung digitaler Dokumente generell individuell lizenziert, könnten nicht-kommerzielle Anbieter wie Subito ihre Aktivitäten ohne jedes rechtliche Risiko in die ganze Welt ausdehnen und – gegen höhere Gebühren – auch Unternehmen und sonstige kommerzielle Nachfrager beliefern. Gleichzeitig würde der Preis der Einzelinformation vom Markt gesteuert: So könnte ein juristischer Aufsatz zur Umsetzung der EU-Copyright-Richtlinie wegen der Vielzahl von Nachfragern günstig angeboten werden, während bspw. die Ergebnisse einer chemischen Großstudie für interessierte Unternehmen zu einem sehr hohen und für Wissenschaftler an Universitäten zu einem deutlich niedrigeren Preis versendet werden könnten.

Der entscheidende Vorteil eines solchen Systems liegt darin, dass sich eine echte win-win-Situation herausbilden kann. Die Anbieter von Fachinformationen behalten die Kontrolle über die Auswertung ihrer Werke und sind dadurch überhaupt erst in der Lage, hochqualitative Informationen aufzubereiten und bereitzustellen. Nicht-kommerzielle Anbieter wie Bibliotheksverbände können aber zugleich entsprechend ihrer Bestimmung die Möglichkeiten der Digitaltechnologie optimal für die moderne Informationsgesellschaft erschließen, weil Autoren und Verlage ein natürliches Eigeninteresse an der intensiven Nutzung und leichten Zugänglichkeit ihrer Bücher und Zeitschriften haben. Aufgrund des letztgenannten Umstands ist bei individueller Lizenzierung auch weder mit der Monopolisierung von Wissen noch mit einer prohibitiven Verteuerung von Informationszugang zu rechnen.

Die Frage der Notwendigkeit einer gesetzlichen Lizenz hat übrigens nichts mit der Diskussion um die sog. Open-Archive-Bewegung zu tun, der es darum geht, dass auch verlegte Texte nach einer bestimmten Zeit im Internet allgemein zugänglich gemacht und kostenlos zum Download zur Verfügung gestellt werden. Wenn ein Autor seine Werke für open-archive-Nutzung bereitstellen möchte, kann er jederzeit entsprechende vertragliche Abreden mit seinem Verlag treffen oder von vorneherein selbst gemeinfrei publizieren.

9. Position der Autoren würde sich bei individueller Lizenzierung verbessern

Vereinzelt ist behauptet worden, dass es für die Autoren nachteilig sei, wenn die Lizenzierung des digitalen Dokumentenversands durch Verlage und nicht durch Verwertungsgesellschaften erfolgt. Dies trifft indes nicht zu. Zunächst einmal verpflichtet die Anordnung individueller Rechtshoheit im digitalen Bereich Autoren selbstverständlich nicht, Dienste von Verlagen in Anspruch zu nehmen. Wer diese nicht benötigt, kann seine Werke vielmehr jederzeit selbst im Internet oder anderswo publizieren. Macht er von dieser Möglichkeit Gebrauch, kommt er direkt in den Genuss der Vorteile individueller Lizenzierungsmöglichkeiten gegenüber einer gesetzlichen Lizenz.

Selbst wenn ein Werk aber verlegt ist, hat der Urheber durch das gerade geänderte Urhebervertragsrecht aber jedenfalls Anspruch auf eine angemessene Vergütung seiner Leistung durch den Verlag. Dies schließt die angemessene Beteiligung an Erlösen aus der Lizenzierung digitalen Dokumentenversands ein.

Im Übrigen führt die Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften mitnichten zu höheren Autorenvergütungen als die individuelle Lizenzierung. So erhalten Urheber und Verlage derzeit pro Versendung durch Subito in der Regel zusammen 1,50 € (in Ausnahmefällen bis zu maximal 5 €). Handelt es sich bei dem versandten Aufsatz um einen Artikel aus einer naturwissenschaftlichen Fachzeitschrift, so haben Verlage in den USA dafür am Markt eine urheberrechtliche Lizenzgebühr von \$ 35 pro Versendung durchsetzen können. Selbst wenn der Autor an diesem Erlös vom Verlag nur mit 5 Prozent beteiligt würde, betrüge seine Vergütung weit mehr als das Doppelte dessen, was die VG Wort im Falle Subito als 50prozentige Urheberbeteiligung an ihn auskehrt.

10. Regelungsalternativen

Hinsichtlich des digitalen Dokumentenversands bieten sich verschiedene Möglichkeiten an, um die EU-Richtlinie 2001/29/EG in zulässiger Weise umzusetzen:

a) Individuelle Lizenzierung statt gesetzlicher Lizenz

Die naheliegendste Regelung wäre der ersatzlose Verzicht auf eine gesetzliche Lizenz für den digitalen Dokumentenversand. Dies würde bedeuten, dass die betroffenen Bibliotheken die Rechte für den digitalen Dokumentenversand bei den Autoren und Verlagen oder einem von diesen eingeschalteten Treuhänder – z.B. der VG Wort - einholen müssten.

Gegen diese Lösung ist der Einwand erhoben, sie wäre für die Bibliotheken mit unzumutbarem personellen und zeitlichen Aufwand bei der Lizenzierung verbunden. Dieser Einwand verliert bei näherer Betrachtung an Überzeugungskraft. Einerseits ist es ein normaler und in der Natur des Urheberrechts liegender Vorgang, dass man Rechte vor Beginn einer Nutzungshandlung vom Inhaber erwerben muss. Dieses ist nicht nur für Verlage täglich Brot, sondern auch für ausländische Bibliotheken eine Selbstverständlichkeit. So hat die British Library für ihren digitalen Dokumentenversand einen Mustervertrag mit der englischen Verlegervereinigung ausgehandelt, auf dessen Basis sie weltweit entsprechende Rechte erworben hat und erwirbt. Es muss deshalb die Frage gestattet sein, warum Anforderungen, die Bibliotheken im EU-Ausland mit Selbstverständlichkeit erfüllen, für deutsche Bibliotheken unzumutbar sein sollen (zuma für die Anfangszeit eine Übergangsregelung vorgesehen werden könnte).

Andererseits eröffnet die individuelle Lizenzierung den Bibliotheken die Möglichkeit erheblicher Einsparungen und Nutzungserleichterungen beim Handling des digitalen Dokumentenversands

(s.o.). So könnte die bei der gesetzlichen Lizenz bestehende Notwendigkeit entfallen, häufig nachgefragte Werke immer aufs Neue digitalisieren zu müssen. Alleine eine vom Rechtsinhaber qua Individualvereinbarung erteilte Erlaubnis zur Bereitstellung oft genutzter Werke auf einem Bibliotheksserver würde den personellen und zeitlichen Aufwand bei der Lizenzierung vermutlich bereits überkompensieren.

b) Einführung einer Zwangslizenz

Eine Variante zur eben beschriebenen individuellen Lizenzierung läge in der Einführung einer gesetzlichen Zwangslizenz für den digitalen Dokumentenversand. Mit dieser ließe sich sicherstellen, dass die Bibliotheken ihren Nutzern im Rahmen ihres Auftrags zur Informationsvermittlung tatsächlich sämtliche geschützte Werke anbieten könnten. Zudem könnten die Rechteinhaber gesetzlich verpflichtet werden, bei den von ihnen (individuell) einzuräumenden Lizenzen angemessene (und keine überhöhten) Gebühren zu verlangen.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Einschränkung der freien Verfügungsbefugnis der Rechteinhaber durch eine Zwangslizenz tatsächlich geboten ist. Rechteinhaber (Autoren und Verlage) haben ein natürliches Interesse an einer Nutzung ihrer Werke zu angemessenen Bedingungen. Sie sind auch ohne eine Zwangslizenz jederzeit bereit, Lizenzvereinbarungen mit den Bibliotheken abzuschließen, sofern diese auf Marktpreisen beruhen. Aus Sicht des Börsenvereins ist eine gesetzliche Zwangslizenz daher nicht sinnvoll. Vielmehr genügt es, die Position der Bibliotheken dadurch zu sichern, dass sie – entsprechend der „Kopienversanddienst“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs – das (gesetzliche) Recht behalten, Papierkopien zu versenden.

c) Gesetzliche Lizenz mit eingeschränktem Tatbestand

Ebenso denkbar ist es, die gesetzliche Lizenz für den digitalen Dokumentenversand durch nicht-kommerzielle Einrichtungen auf ältere Werke zu beschränken. So könnten beispielsweise sämtliche Werke, deren Erscheinen weniger als 36 Monate zurückliegt oder die vom Rechteinhaber selbst digital angeboten werden, aus dem Anwendungsbereich der Regelung ausgenommen werden. Eine derartig reduzierte gesetzliche Lizenz wäre für die betroffenen Rechteinhaber zwar immer noch mit Beeinträchtigungen in der Eigendisposition über ihre Werke verbunden. In der Abwägung mit dem Schutzgut des Informationsinteresses des Einzelnen und der Öffentlichkeit wären diese Einschränkungen aber hinnehmbar.

d) Verschieben einer Regelung auf nächste Stufe der Richtlinienumsetzung

Derzeit finden auf internationaler Ebene intensive Gespräche der Dokumentenversand betreibenden großen Bibliotheken (wie der British Library) und Bibliotheksverbände (wie Subito) mit der Internationalen Verleger-Union und der STM (weltweite Vereinigung von Fach- und Wissenschaftsverlegern) statt. Ziel dieser Gespräche ist es, einvernehmlich Grundregeln für den digitalen Dokumentenversand festzulegen.

Es erscheint sinnvoll, vor Schaffung eines gesetzlichen Rahmens den Ausgang dieser Gespräche abzuwarten. Beim digitalen Dokumentenversand handelt es sich um ein globales Phänomen. Es betrifft alle Verlage und Rechteinhaber auf der ganzen Welt. Die derzeit im Markt aktiven Anbieter haben Internet-Websites mit Werkdatenbanken und online-Bestellmöglichkeit aufgebaut, die sich inhaltlich stark ähneln. Auf Seiten aller Beteiligten besteht ein starker Wunsch nach Schaffung von Regeln, die es ermöglichen, ein solches Internet-Angebot Privatpersonen, Wissenschaftlern und Unternehmen auf der ganzen Welt legal zur Verfügung zu stellen. Es ist damit zu rechnen, dass insbesondere die von den deutschen Bibliotheken (Subito-Verband) mit den Verlegerorganisationen geführten Gespräche noch in diesem Jahr zum Abschluss kommen.

Die Bundesregierung plant, dem vorliegenden Gesetzentwurf noch in dieser Legislaturperiode eine zweite gesetzliche Umsetzungsstufe folgen zu lassen. Es ist deshalb ohne Weiteres möglich abzuwarten, ob sich Nutzer (Bibliotheken) und Rechteinhaber (Verlage) auf Grundregeln für den digitalen Dokumentenversand verständigen können. Selbst wenn die Verhandlungen der Beteiligten scheitern sollten, bietet die – dann unmittelbar wirksame – EU-Richtlinie gemeinsam mit dem 1998 ergangenen Urteil des Bundesgerichtshofs zum Kopienversand für die Zwischenzeit immer noch einen hinreichend klaren Rechtsrahmen.

Frankfurt, 24. Januar 2003

Dr. Christian Sprang

Justiziar