

SCHULZE KÜSTER MÜLLER MUELLER

RECHTSANWÄLTE

Landgericht München I
- Urheberrechtskammer -
Postfach

80316 München

DR. GERNOT SCHULZE
HERRAD KÜSTER
ANDREA MÜLLER
CHRISTOPHER MUELLER, LL.M.

BISMARCKSTRASSE 2
D-80803 MÜNCHEN
TEL.: +49-(0)89-33 40 45
FAX: +49-(0)89-33 87 70

kanzlei@schulze-kuester.de

München, den 18.06.2004
045/02-163
Dr. Schu/ab

K L A G E

- 1. Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.**, vertreten durch seinen Vorsteher, Herrn Dieter Schormann, Großer Hirschgraben 17-21, 60311 Frankfurt am Main
- Kläger zu 1 -
- 2. Stichting Secretariaat van de International Association of Scientific Technical and Medical Publishers (Stichting STM)**, vertreten durch den Vorstand, Herrn Eric Arthur Swanson und Herrn Petrus Wilhelmus Johannes Hendriks, Pr. Willem-Alexanderhof 5, 2595BE 's- Grafenhage, Holland
- Klägerin zu 2 -

Prozessbev.: RAe Dr. Gernot Schulze & Kollegen, Bismarckstrasse 2, 80803 München

g e g e n

- 1. Freistaat Bayern als Träger der Universitätsbibliothek Augsburg**, vertr. durch die Bezirksfinanzdirektion Augsburg, Ludwigstrasse 36, 86152 Augsburg
- Beklagter zu 1 -
bisher noch nicht anwaltlich vertreten.

- 2. Subito Dokumente aus Bibliotheken e.V.**, vertr. durch den Vorstand, die Herren Uwe Rosemann, Dr. Klaus Franken und Prof. Dr. Bernd Hagenau, Cicerostrasse 37/38, 10709 Berlin,

- Beklagter zu 2 -.

bisherige anwaltliche Vertreter: Rechtsanwaltskanzlei Lovells, Darmstädter Landstrasse 125, 60598 Frankfurt am Main

wegen Urheberrechtsverletzung

vorläufiger Streitwert: € 1.000.000,00

Wir zeigen hiermit an, dass wir die Kläger, den Börsenverein des Deutschen Buchhandels und die Stichting Secretariaat van de International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers (Stichting STM), in dieser Sache vertreten. Der Gerichtskostenvorschuss in Höhe von 13.368,- € wird nach Mitteilung des Aktenzeichens überwiesen. Wir bitten, einen möglichst naheliegenden Verhandlungstermin anzuberaumen. In diesem Termin werden wir folgende

ANTRÄGE

stellen:

1. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von € 5,00 bis € 250.000,00, an dessen Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten tritt, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an den vertretungsbevollmächtigten Personen der Beklagten, für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen,
 - a) Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den Verlagen Springer Verlag GmbH, Georg Thieme Verlag KG, Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KG a A, Elsevier B.V., Blackwell Publishing Ltd. oder der American Chemical Society publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere Beiträge aus den in Anlage K 1 a-f aufgelisteten Zeitschriften der genannten Verlage und hieraus wiederum insbesondere die Aufsätze
 - „On the definition of word hyperbolic groups“ von Robert H. Gilman in der Zeitschrift „Mathematische Zeitschrift“, Band 242, 2002, Heft 3, S. 529-541 (herausgegeben von Springer Verlag GmbH);
 - „The Validity of Physiological Variables to Assess Training Intensity in Kayak Athletes“ von David Bishop in der Zeitschrift „International journal of sports medicine“, 2004, Heft 1, S. 68-72 (herausgegeben von Georg Thieme Verlag KG);
 - „Alfred Werners Koordinationstheorie“ von Lutz H. Gade in der Zeitschrift „Chemie in unserer Zeit“, 2002, Heft 3, S. 168-175 (herausgegeben von Wiley-VCH GmbH & Co. KG aA);

- „Scanning probe microscopy installed with nanotube probes and nanotube tweezers“ von Yoshikazu Nakayama in der Zeitschrift „Ultramicroscopy“, vol. 91, 2002, S. 49-56 (herausgegeben von Elsevier B.V.);
- „Introduction to Stephen G. West’s Murray Award Address“ von Avril Thorne in der Zeitschrift „Journal of personality“, vol. 71, Heft 3, S. 297-298 (herausgegeben von Blackwell Publishing Ltd.);
- „Modeling Small Aluminum Chlorohydrate Polymers“ von Pophristic/Klein/Holerca in der Zeitschrift „Journal of Physical Chemistry A“, vol. 108, 2003, Heft 1, S. 113-120 (herausgegeben von der American Chemical Society)

per E-Mail, FTP Aktiv oder Internet Download von Deutschland aus an Besteller in Deutschland, Österreich oder der Schweiz anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen;

- b)** Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den in a) genannten Verlagen publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere aus den in Anlage K 1 a – f genannten Zeitschriften oder die in a) genannten Aufsätze, per E-Mail, FTP Aktiv, Internet Download, Post oder Fax von Deutschland aus an Bibliotheken im In- oder Ausland anzubieten und/oder zu versenden oder anbieten und/oder versenden zu lassen, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, weitergeben oder weiterversenden.
- 2.** Die Beklagten werden verurteilt, über Art und Umfang der in Antrag 1 genannten Nutzungen jeweils Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen. Insbesondere sind anzugeben:
- a)** die einzelnen Aufsätze und/oder Beiträge aus den Zeitschriften, von denen Kopien versandt oder elektronisch übermittelt wurden, nebst Angabe des jeweiligen Autors und der jeweiligen Fundstelle;
 - b)** die Anzahl der vom jeweiligen Aufsatz und/oder Beitrag versandten oder elektronisch übermittelten Kopien oder Vervielfältigungen, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
 - c)** die Anzahl derjenigen Kopien oder Vervielfältigungen gemäß a) und b), die an Bibliotheken im In- oder Ausland versandt oder elektronisch übermittelt wurden, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, in Deutschland, Österreich oder der Schweiz weitergeben oder weiterversenden, sowie die Namen und Anschriften dieser Bibliotheken, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
 - d)** die in Rechnung gestellten und/oder erhaltenen Beträge für die jeweilige Lieferung der Kopien oder Vervielfältigungen, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;
 - e)** die erzielten Bruttoumsätze und den erzielten Gewinn.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagten jeglichen Schaden als Gesamtschuldner zu ersetzen haben, der den in Antrag 1 genannten Verlagen durch die in Antrag 1 genannten Handlungen entstanden ist oder noch entstehen wird.
4. Die Beklagten tragen als Gesamtschuldner die Kosten des Verfahrens.
5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Rein vorsorglich **beantragen** wir Vollstreckungsschutz und verweisen hinsichtlich der Sicherheitsleistung auf die Regelung in § 108 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

B E G R Ü N D U N G:

I. Vorbemerkung

Kurz zusammengefasst geht es in diesem Verfahren darum, dass die Beklagten – zusammen mit weiteren Bibliotheken in Deutschland, Österreich und der Schweiz – einen nicht nur auf Deutschland beschränkten, sondern weltweiten Kopienversanddienst betreiben, und zwar nicht lediglich per Post oder Telefax, sondern nahezu ausschließlich auf elektronischem Wege. In erster Linie geht es also nicht um das Versenden von körperlichen Kopien, sondern um die elektronische Übermittlung von Dokumenten. Dies möge berücksichtigt werden, auch wenn nachfolgend die früher übliche Bezeichnung Kopienversand oder Kopienversanddienst verwendet wird.

Darüber hinaus betreiben die Beklagten den Subito Library Service, über welchen beliebig viele weitere Bibliotheken sich als Weiterverbreiter diesen Kopienversand zunutze machen und ihn ihrerseits weltweit betreiben können. Das Nutzungsspektrum des vom BGH im Falle Kopienversanddienst (ZUM 1999, 566) beurteilten Sachverhalts wird also entschieden überschritten. Die Beklagten sind der Auffassung, ihre Vorgehensweise sei gesetzlich gestattet. Die wissenschaftlichen Verlage, die all die Zeitschriften herausgeben, aus denen die Beklagten die Beiträge versenden, sind der Auffassung, dass hierdurch ihre Ausschließlichkeitsrechte verletzt werden. Hierauf wurde der Beklagte zu 2 mit Schreiben vom 4.10.2002 hingewiesen und entsprechend abgemahnt. Im Anschluss hieran wurde mehrfach korrespondiert. Außerdem haben mehrere mündliche Besprechungen beider Seiten stattgefunden, an denen auch die Vertreter der beteiligten Bibliotheken sowie der zuständigen Ministerien teilgenommen hatten.

Grob gesprochen, wurde nun seitens der Beklagten zwischen dem Kopienversand im deutschsprachigen Raum einerseits und dem Kopienversand ins Ausland andererseits unterschieden. Der Versand ins Ausland soll weitgehend unterbleiben, solange die Verlage und die Bibliotheken hierüber verhandeln, was nach wie vor der Fall ist. Dagegen findet trotz dieser Verhandlungen ein Versand innerhalb Deutschlands, Österreichs und der Schweiz sowie der Subito Library Service (örtlich unbegrenzt) weiterhin statt.

Außerdem haben die Bundesrepublik Deutschland und die einzelnen Länder als Träger der beteiligten Bibliotheken, darunter auch der Beklagte zu 1, ein Verfahren bei der Schiedsstelle nach dem UrhWG beim Deutschen Patent- und Markenamt nach § 14 UrhWG eingeleitet, um ihren Standpunkt und darauf beruhend einen Gesamtvertrag mit der VG Wort zum Kopienversand auch auf elektronischem Wege sowie ins Ausland durchzusetzen. Das Verfahren ist dort unter dem Aktenzeichen Sch-Urh 41/03 anhängig. Die wissenschaftlichen Verlage sahen sich deshalb gezwungen, die anstehenden Rechtsfragen ihrerseits gerichtlich zu klären, zumal die Verlage an dem Schiedsstellenverfahren nicht beteiligt sind, obwohl es schließlich um ihre Rechte geht.

Es handelt sich also um ein **Musterverfahren**, welches nicht nur die in Antrag 1 genannten Verlage und Institutionen betrifft, sondern **sämtliche wissenschaftlichen Verlage und Institutionen**, die mit der Herausgabe wissenschaftlicher Zeitschriften befasst sind. Beispielhaft seien hierzu die Namen diverser weiterer Verlage und Institutionen allein aus Deutschland genannt und aufgelistet als

- Anlage K 2 -

Diese Liste ließe sich durch Angabe diverser Verlage und Institutionen aus dem Ausland entsprechend erweitern. **All diese Verlage und Institutionen** verfolgen dasselbe mit der Klage angestrebte Ziel und **unterstützen dieses Anliegen**. Es dient lediglich der besseren Überschaubarkeit und der Prozessökonomie, dass nicht sämtliche Verlage und Institutionen geklagt haben, sondern die in Antrag 1 genannten Verlage und Institutionen auf die dortige Anzahl beschränkt wurden. Aus denselben Gründen haben sich die Verlage entschlossen, ihre Standesvertretungen, die Kläger zu 1 und zu 2, zu ermächtigen, diesen Musterprozess zu führen. Die Kläger gehen davon aus, dass beide Seiten, also auch die Beklagten und die weiteren Bibliotheken, daran interessiert sind, möglichst rasch eine rechtlich geklärte Grundlage für die hier im Raum stehende Nutzung von Werken zu erhalten. Sollten die Beklagten durch ihre Einlassung zur Klage zeigen, dass sie weniger daran interessiert sind, die anstehenden und auch vorgerichtlich schon diskutierten Fragen rechtlich rasch klären zu lassen, müssen sich die hinter den Klägern stehenden Verlage vorbehalten, zusätzliche gerichtliche Schritte zu ergreifen. Dies betrifft insbesondere auch die Nutzung im nicht-deutschsprachigen Ausland, falls sich zeigen sollte, dass hier die Verhandlungen ins Stocken geraten sollten.

II. Zum Sachverhalt

Nachdem der Sachverhalt in Ziffer I cursorisch umrissen wurde, soll nun im Einzelnen hierauf eingegangen werden. Dabei gehen die Kläger davon aus, dass viele Punkte zwischen den Parteien unstreitig sind und dass diese Punkte in erster Linie rechtlich beurteilt werden müssen; denn zu Letzterem gibt es Divergenzen. Nach Auffassung der Kläger kann deshalb die Darstellung des Sachverhalts zu manchen Punkten gestrafft werden. Sollten die Beklagten dies im Zuge des Verfahrens anders sehen, behalten sich die Kläger vor, zu den einzelnen Punkten weitergehende Ausführungen zu machen. Im Einzelnen nun wie folgt:

1. Börsenverein des Deutschen Buchhandels

Der Kläger zu 1 ist der Börsenverein des Deutschen Buchhandels. Er vertritt seit 1825 die Interessen der Verleger und Buchhändler und ist wohl gerichtsbekannt. Zu

seinem Aufgabenbereich zählt auch die gerichtliche Klärung anstehender Rechtsfragen. Dies zeigt nicht zuletzt das vom Kläger zu 1 bis zum Bundesgerichtshof durchgeführte Verfahren mit der Bezeichnung „Kopienversanddienst“ (vgl. BGH ZUM 1999, 566). Dort wurde zwar angenommen, dass der Kopienversanddienst per Post und per Telefax innerhalb Deutschlands unter eine gesetzliche Lizenz falle und der Vergütungsanspruch nur von der VG Wort wahrgenommen werden könne. Dies ändert aber nichts daran, dass der Kläger zu 1 befugterweise die Rechte der von ihm vertretenen Verlage gerichtlich durchsetzen kann.

Zur gerichtlichen Klärung der hier anstehenden Fragen haben die Verlage Springer Verlag GmbH (Heidelberg), Georg Thieme Verlag KG (Stuttgart) und Wiley-VCH GmbH & Co. KG a A (Weinheim) dem Kläger zu 1 die Nutzungsrechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Zugänglichmachung und zur weiteren Nutzung, die für den von den Beklagten betriebenen Kopienversand erforderlich sind, an sämtlichen von diesen Verlagen herausgegebenen wissenschaftlichen Zeitschriften und den darin abgedruckten Beiträgen und Aufsätzen zur Geltendmachung im eigenen Namen eingeräumt. Vorsorglich haben sie ihn auch ermächtigt, ihre Rechte im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen.

Beweis: Abtretungserklärungen der genannten Verlage, die im Bestreitensfall vorgelegt werden.

2. Stichting STM

Die Klägerin zu 2 ist das internationale Pendant zum Kläger zu 1 für sämtliche Verlage, die sich mit der Herausgabe von wissenschaftlichen Zeitschriften auf dem Gebiet der Naturwissenschaften, der Technik und der Medizin befassen. Sie hat ihren Sitz in Amsterdam (Holland). Bei der zuständigen Handelskammer in Amsterdam ist sie mit der Rechtsform „Stichting“ registriert. Diese Rechtsform bedeutet ins Deutsche wörtlich übersetzt „Stiftung“. Sie entspricht jedoch rechtlich dem in Deutschland üblichen eingetragenen Verein. Beispielsweise haben die diversen holländischen Verwertungsgesellschaften die Rechtsform der „Stichting“, während ihre Pendants in Deutschland (z.B. GEMA und VG Wort) als Verein registriert sind. Sie kann in gleicher Weise klagen und verklagt werden. Ferner hat sie dieselben Aufgaben wie der Kläger zu 1. Sie ist die nach außen hin tätige Institution („Stichting“) der International Association of Scientific Technical and Medical Publishers sowie ihrer Mitglieder, nämlich der namhaften wissenschaftlichen Verlage auf dem Gebiet der Naturwissenschaften, der Technik und der Medizin im In- und Ausland. In der Fachwelt werden diese Verlage und die sie vertretende Institution mit der Kurzform „STM“ bezeichnet. Die Klägerin zu 2 vertritt die Interessen dieser wissenschaftlichen Verlage aus allen Ländern. Demgemäß ist ihr Tätigkeitsbereich keineswegs auf Holland beschränkt, sondern weltweit ausgerichtet. Dies ist unstreitig.

Beweis: Registerauszug der Handelskammer Amsterdam vom 26.1.2004 in Kopie

- Anlage K 3 -;

Die notarielle Anmeldung der Klägerin zu 2 sowie Übersetzungen der Dokumente ins Deutsche können im Bestreitensfalle vorgelegt werden.

Zu den Verlagen, deren Interessen die Klägerin zu 2 vertritt, zählen auch die Verlage Elsevier B.V. (Amsterdam) und Blackwell Publishing Ltd. (Oxford) sowie die American Chemical Society (ACS; Washington D.C.), eine sog. Non-Profit-Organisation, die wissenschaftliche Zeitschriften herausgibt. Sie haben der Klägerin zu 2 ebenfalls die hier einschlägigen und in Ziffer 1 genannten Rechte zur Geltendmachung in diesem Musterprozess eingeräumt und die Klägerin zu 2 vorsorglich ermächtigt, diese Rechte im eigenen Namen geltend zu machen.

Beweis: Abtretungserklärungen der genannten Verlage, die im Bestreitensfalle vorgelegt werden.

Zahlreiche weitere wissenschaftliche Verlage und Institutionen sind Mitglied der Klägerin zu 2. Teilweise wurden sie in Anlage K 2 namentlich aufgelistet. Es zählt zu den Aufgaben der Klägerin zu 2, die hier anstehenden Rechtsfragen gerichtlich für sämtliche Mitglieder klären zu lassen.

Beweis für den Fall des Bestreitens: Herr Alexis Lefebvre, Geschäftsführer der Klägerin zu 2, zu laden über die Klägerin zu 2,

- als Zeuge -.

3. Genutzte Werke

Die in Antrag 1 genannten Verlage geben zahlreiche **wissenschaftliche Zeitschriften** u.a. auf den Gebieten der Naturwissenschaften, der Technik und der Medizin heraus. Die Zeitschriftentitel wurden jeweils aufgelistet und zusammengefasst. Diese Liste wird in Kopie vorgelegt als

- Anlage K 1 a-f -.

Unstreitig genießen die in diesen Zeitschriften publizierten **Beiträge und Aufsätze Urheberrechtsschutz**.

In diesen Zeitschriften sind auch die in Antrag 1 beispielhaft genannten Aufsätze abgedruckt, nämlich

- „On the definition of word hyperbolic groups“ von Robert H. Gilman in der Zeitschrift „Mathematische Zeitschrift“, Band 242, 2002, Heft 3, S. 529-541 (herausgegeben von Springer Verlag GmbH);
- „The Validity of Physiological Variables to Assess Training Intensity in Kayak Athletes“ von David Bishop in der Zeitschrift „International journal of sports medicine“, 2004, Heft 1, S. 68-72 (herausgegeben von Georg Thieme Verlag KG);

- „Alfred Werners Koordinationstheorie“ von Lutz H. Gade in der Zeitschrift „Chemie in unserer Zeit“, 2002, Heft 3, S. 168-175 (herausgegeben von Wiley-VCH GmbH & Co. KG aA);
- „Scanning probe microscopy installed with nanotube probes and nanotube tweezers“ von Yoshikazu Nakayama in der Zeitschrift „Ultramicroscopy“, vol. 91, 2002, S. 49-56 (herausgegeben von Elsevier B.V.);
- „Introduction to Stephen G. West’s Murray Award Address“ von Avril Thorne in der Zeitschrift „Journal of personality“, vol. 71, Heft 3, S. 297-298 (herausgegeben von Blackwell Publishing Ltd.);
- „Modeling Small Aluminum Chlorohydrate Polymers“ von Pophristic/Klein/Holerca in der Zeitschrift „Journal of Physical Chemistry A“, vol. 108, 2003, Heft 1, S. 113-120 (herausgegeben von der American Chemical Society).

Beweis: Kopien der genannten Aufsätze und Zeitschriften, die im Bestreitensfalle vorgelegt werden.

Die **Autoren** der Beiträge und Aufsätze, die in den Zeitschriften abgedruckt sind, haben dem jeweiligen Verlag die hier einschlägigen Rechte (u.a. zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Zugänglichmachung etc.) ausschließlich eingeräumt. Dies wurde von der beklagten Seite bei den vorgerichtlichen Verhandlungen nie in Frage gestellt. Es kann also ebenfalls als unstreitig gelten.

Vorsorglich Beweis: Rechtseinräumungen seitens der Autoren, die im Bestreitensfall vorgelegt werden.

4. Peer Review

Die Herausgabe von wissenschaftlichen Zeitschriften auf den Gebieten der Naturwissenschaften, der Technik und der Medizin hat eine Besonderheit gegenüber wissenschaftlichen Zeitschriften auf anderen Gebieten, z.B. den Rechtswissenschaften, nämlich den sog. Peer Review. Dies ist ein aufwändiges und kostspieliges Verfahren, das eine größtmögliche Objektivität bei der Beurteilung und Auswahl der eingesandten Beiträge und dadurch eine bestmögliche Qualität der in der Zeitschrift publizierten Beiträge gewährleistet. Wesentliches Merkmal des Peer Review ist, dass die bei dem Herausgeber eingehenden Beiträge anonymisiert werden, und zwar auch wenn es sich um wissenschaftlich anerkannte und in Wissenschaftskreisen bekannte Autoren (z.B. Hochschullehrer auf dem jeweiligen Gebiet) handelt. Das anonymisierte Manuskript wird von dem oder den Herausgebern der Zeitschrift einem oder mehreren auf dem einschlägigen Gebiet anerkannten Wissenschaftlern vorgelegt, die überprüfen, ob die Ausführungen in dem jeweiligen Aufsatz zutreffen und ein hinreichendes wissenschaftliches Niveau haben. Nur wenn die Gutachten positiv ausfallen, wird der Aufsatz abgedruckt; es besteht auch die Möglichkeit, dass Gutachter eine mehr oder weniger weitreichende Überarbeitung des Manuskripts vorschlagen. Widersprechen zwei Gutachten einander, wird in der Regel ein weiteres Gutachten eingeholt. Der Peer Review gewährleistet auf diese Weise, dass Manuskripte nach wissenschaftlichen Kriterien und in einem transparenten Verfahren beurteilt werden.

Beweis: vgl. hierzu den Artikel „Sturm im Reagenzglas“ auf S. 1 der Pfingstausgabe 2004 der Süddeutschen Zeitung in Kopie

- Anlage K 4 -;

Sachverständigengutachten.

Der Peer Review ist ein international anerkanntes Merkmal für Fachzeitschriften in den Bereichen Naturwissenschaften, Technik und Medizin. Wissenschaftliche Autoren legen i.d.R. Wert darauf, ihre Arbeiten in einer möglichst anerkannten Zeitschrift auf möglichst hohem Niveau begutachten zu lassen. Wird ihre Arbeit dort nicht akzeptiert, versuchen sie es i.d.R. bei einer weniger renommierten Zeitschrift mit weniger hohem Prüfungsniveau, wenn sie nicht gleich von einer Publikation absehen. Sollte auch dort ein Abdruck nicht in Frage kommen, wird wiederum auf eine andere Zeitschrift ausgewichen, usw. Bei den zumeist durch bibliometrische Verfahren (Zitationshäufigkeit) ermittelten Rankings von Fachzeitschriften spielt der Umstand, dass die Zeitschriften im Peer Review herausgegeben werden, eine entscheidende Rolle: Nur solche Fachzeitschriften werden in die internationalen Datenbanken aufgenommen, welche die Rankings errechnen.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Jeder Wissenschaftler bemüht sich, zunächst ganz oben einzusteigen. Dies hat zur Folge, dass die Verlage die Mehrzahl der Beiträge ablehnen müssen. Bei renommierten Zeitschriften wie z.B. Science oder Nature (und andere) werden mehr als 90% aller eingehenden Beiträge abgelehnt. Auch bei anderen Zeitschriften sind es im Durchschnitt immerhin noch mehr als 50%.

Beweis: Untersuchung der Association of Learned and Professional Society Publishers (ALPSP), die im Bestreitensfalle vorgelegt wird;

Sachverständigengutachten.

Zwangsläufig kostet dieses Peer Review-Verfahren viel Geld; denn es geht nicht nur um die übliche redaktionelle Durchsicht eines Verlagsmitarbeiters (diese Durchsicht kommt noch in erheblichem Maße hinzu), sondern um eine intensive wissenschaftliche Prüfung durch mehrere entsprechend hochqualifizierte Wissenschaftler. In manchen Zeitschriften können für jeden Artikel, der zu prüfen und in überwiegender Zahl (mitunter mehrfach) abzulehnen ist, Gutachterkosten anfallen. In jedem Fall müssen die Verlage die u.U. sehr umfangreiche Infrastruktur der Herausgeberbüros finanzieren: Es fallen neben Portokosten für den Versand von Manuskripten und Gutachten z.B. Sach- und Personalkosten für Sekretariate und Hilfskräfte an. Wo der Peer Review über Internet-gestützte Systeme abgewickelt wird, finanzieren die Verlage die dazu benötigten Systeme.

Hinzu kommen schließlich Kosten für die formelle und sprachliche Nachbearbeitung von zum Druck angenommenen Manuskripten, die insbesondere bei internationalen Zeitschriften durch die Einsendung aus nicht-englischsprachigen Ländern notwendig werden.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Überschlagsmäßig ist pro Artikel mit einem zusätzlichen Aufwand von € 800,00 zu rechnen. Außerdem verursachen all die zahlreichen abgelehnten Artikel Gutachter- und Prüfungskosten. Nach einer Studie des Verlags Blackwell Publishing Ltd. sind im Jahre 2003 pro veröffentlichten Artikel Kosten (insgesamt einschließlich Peer Review) im Durchschnitt von € 3050,00 angefallen.

Beweis: Herr Robert Campbell, zu laden über Blackwell Publishing Ltd., 9600 Garsington Road, OX 4 2 DQ, England

- als Zeuge -;

Sachverständigengutachten.

Deshalb und wegen der i.d.R. geringen Auflage sind auch die Abonnementpreise dieser Zeitschriften entsprechend hoch. Nach besagter Studie belief sich der Abonnementpreis der jeweiligen Zeitschrift im Jahre 2003 auf durchschnittlich € 725,00.

Beweis: wie vor.

Viele (entsprechend umfangreiche) Zeitschriften z.B. der Verlagsgruppe Wiley kosten pro Jahr mehrere tausend Euro; z.B. kostet das „Journal Applied Polymer Science“ (mit jährlich etwa 13000 Seiten) im Jahr US\$ 16.300,00.

Beweis: Preisliste der Verlagsgruppe Wiley (S.14)

- Anlage K 5 -

Die in Antrag 1 genannten Verlage führen bei den von ihnen herausgegebenen Zeitschriften diesen Peer Review durch. Entsprechend hohe Kosten fallen dort hierfür an. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die weiteren in Ziffer I genannten Verlage und Institutionen.

5. Verlagerung und Beeinträchtigung der Primärverwertung

Die Zeitschriften der hier maßgeblichen Verlage werden i.d.R. von Instituten, Universitäten, Wirtschaftsunternehmen, Wissenschaftlern und anderen Personen der einschlägigen Kreise **abonniert**. Mit der **Digitaltechnik** kamen weitere „Vertriebswege“ hinzu. Manche Zeitschriften sind über **verlagseigene Datenbanken** erhältlich. Hinsichtlich mancher Zeitschriften wird **Dritten gestattet**, sie in die Datenbank aufzunehmen und auf Bestellung interessierten Personen zur Verfügung zu stellen. In jedem Falle bedarf dies einer vorherigen Absprache (**Lizenz**), in welcher auch eine Vergütungsregelung getroffen wird; denn all diese Zeitschriften lassen sich nur dann weiterhin verbreiten, wenn jegliche Nutzung angemessen vergütet wird. Bekanntlich handelt es sich in diesem Bereich nicht um Bestseller oder vergleichbare Produkte, die in zigtausender Auflage verbreitet werden. Häufig sind es nur verhältnismäßig geringe Auflagenzahlen. Die weitere Existenz dieser Zeitschriften ist also nur dann möglich, wenn zum einen diese geringen Auflagenzahlen durch Abonnements abgedeckt sind. Je mehr auch diese Abonnements durch neue Technologien ergänzt oder eingeschränkt werden, desto mehr muss zum anderen wiederum gesichert sein, dass den Verlagen über die

anderen Nutzungen ebenfalls Vergütungen geleistet werden. Andernfalls müssten die Zeitschriften eingestellt werden.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Die neuen Technologien ermöglichen es, dass man nur noch **eine einzige Kopier-, Versand- oder E-Mail-Vorlage** benötigt, um den Informationsbedarf insgesamt abzudecken. Deshalb liegt es auf der Hand, dass dem Hersteller dieser Vorlagen auch die weitere Nutzung der Vorlage vorbehalten bleiben muss. Andernfalls würden Dritte das Geschäft mit fremden Leistungen (Versandvorlagen) machen. Allerdings wohl nur beschränkte Zeit; denn tendenziell würde es niemanden mehr geben, der diese Vorlagen weiterhin herstellt. Wie auch in den Erwägungsgründen zu den diversen EU-Richtlinien zu lesen ist, soll das Urheberrecht mit einem hohen Schutzniveau die Kreativität und die hierdurch entstehenden Kulturgüter fördern. Dies setzt voraus, dass ein wirksamer Schutz besteht (Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2001/29/EG zur Informationsgesellschaft vom 22.5.2001).

Früher hatte man als **Primärverwertung** der Verlage die klassische Vervielfältigung und Verbreitung von Druckerzeugnissen angesehen. Wer heute eine neue wissenschaftliche Zeitschrift auf den Markt bringt, wird sich überlegen müssen, ob er überhaupt noch drucken lässt oder stattdessen gleich eine elektronische Übermittlung wählt. Es gibt auch schon einzelne Zeitschriften, z.B. die Zeitschrift PAMM des Verlags Wiley-VCH, die nicht mehr über den klassischen Vertriebsweg der Druckerzeugnisse, sondern als reines Online-Journal verbreitet werden.

Beweis: Einvernahme des Augenscheins der Zeitschrift PAMM des Verlags Wiley-VCH;

Herr Dr. Manfred Antoni, zu laden über den Verlag Wiley-VCH,
Boschstrasse 12, 69469 Weinheim,

- als Zeuge -;

weitere Zeitschriften, die im Bestreitensfalle angegeben werden;

Sachverständigengutachten.

Was also gestern noch als Primärverwertung galt, muss heute anderen Verwertungsformen (als Primärverwertung) Platz machen, die gestern noch wegen ihrer sekundären Bedeutung als Zweitverwertung gegolten haben können. Lassen sich neue Wege zur Verbreitung und Übermittlung wissenschaftlicher Literatur nicht verhindern, so liegt es nahe, dass die **Verlage diese neuen Vertriebswege selbst in die Hand nehmen**, sei es durch eigene Datenbanken, über die sie ihre Publikationen gegen Entgelt an Interessenten liefern, oder sei es über Datenbankbetreiber, mit denen sie Lizenzverträge abschließen, wonach diese Betreiber nun ihrerseits berechtigt sind, den Interessenten Aufsätze aus dem Verlagsrepertoire ihrer Lizenzgeber zukommen zu lassen. Beides wird von den in Antrag 1 genannten Verlagen praktiziert.

Viele Verlage arbeiten neben der herkömmlichen Abonnementpraxis auf einer Pay-Per-View-Basis oder Pay-Per-Article-Basis. Beispielsweise kann man nach dem System „Wiley InterScience“ der Verlagsgruppe **Wiley** und damit auch des Verlags

Wiley-VCH einzelne Artikel anklicken und sich online zukommen lassen. Pro Artikel ist der hierfür übliche Betrag zu zahlen. Entweder lässt sich der Nutzer ein entsprechendes Passwort geben oder er erwirbt im Vorhinein eine Anzahl „Tokens“ (also gewissermaßen Gutscheine oder Münzen), mit denen er die gewünschten Artikel beim Abruf bezahlt.

Beweis: Werbematerial des Verlags Wiley-VCH zum Dokumentservice „Wiley InterScience“,

- Anlage K 6 -;

Einvernahme des Augenscheins dieses Systems;
Herr Dr. Manfred Antoni, wie b.b.

- als Zeuge -.

Darüber hinaus hat die Verlagsgruppe Wiley und über sie der Verlag Wiley-VCH mit diversen Nutzergruppen, die aus Bibliotheken einzelner oder mehrerer Bundesländer bestehen, Gemeinschaftsverträge (Consortium Enhanced Access License for Wiley InterScience) abgeschlossen, die den Bibliotheken und ihren Nutzern den elektronischen Zugang zu den einzelnen Artikeln der Zeitschriften über das System Wiley-InterScience ermöglichen. Ein derartiger Vertrag besteht z.B. für Bayern. Beteiligt sind u.a. die Bayerische Staatsbibliothek, die Universitätsbibliothek Augsburg und die Universitätsbibliothek Regensburg, alles Mitglieder des Beklagten zu 2 sowie Institutionen des Beklagten zu 1.

Beweis: Vertrag „Consortium Enhanced Access License for Wiley InterScience“ zwischen Wiley und diversen bayerischen Bibliotheken aus dem Jahre 2002, der im Bestreitensfalle vorgelegt wird.

Dieses sog. Bayern-Konsortium wurde im Jahre 2002 auch auf Hessen und im Jahre 2003 auf Berlin ausgeweitet.

Beweis: Weitere Vertragstexte hierzu, die im Bestreitensfalle vorgelegt werden;

Herr Dr. Manfred Antoni, wie b.b.

- als Zeuge -.

In diesen Verträgen sind alle Einzelheiten geregelt, darunter auch die Preise, die für die einzelnen Artikel zu zahlen sind.

Beweis: wie vor.

Dies zeigt, dass dieselbe Nutzung, die nach Auffassung der Beklagten ohne Abschluss eines Lizenzvertrages mit den Verlagen stattfinden darf, auf der Basis eines Lizenzvertrages geregelt werden kann und auch tatsächlich – sogar mit Nutzern auf Seiten der Beklagten – vertraglich geregelt worden ist. Hierzu ist der Dokumentlieferservice der Beklagten ein unmittelbares Konkurrenzunternehmen, mit welchem bereits bestehende vertragliche Absprachen insbesondere durch niedrigere Preise unterlaufen werden.

In gleicher Weise bietet der Verlag **Blackwell Publishing** einen Pay-Per-View-Service für die Artikel aus seinen Zeitschriften online an, und zwar unter der Bezeichnung „Blackwell Synergy“. Der Nutzer kann ebenfalls gegen Zahlung eines Betrages den gewünschten Artikel durch Anklicken im PDF-Format erhalten.

Beweis: Werbematerial des Verlags Blackwell Publishing zu „Blackwell Synergy“

- Anlage K 7 -;

Einvernahme des Augenscheins der Funktionsweise von „Blackwell Synergy“;

Herr Robert Campbell, zu laden über Blackwell Publishing Ltd., 9600 Garsington Road, OX 4 2 DQ, England,

- als Zeuge -.

Darüber hinaus arbeitet dieser Verlag mit mehreren Lizenznehmern (darunter The British Library, Ingenta Ltd., Copyright Clearance Center etc.) zusammen, mit denen er Lizenzverträge abgeschlossen hat. Auf dieser Basis können die Lizenznehmer Artikel aus den Zeitschriften des Verlags Blackwell Publishing an Besteller versenden oder auf einer Pay-Per-View-Basis zur Verfügung stellen.

Beweis: wie vor.

Desgleichen arbeitet der **Thieme Verlag** mit mehreren Lizenznehmern (Dokumentlieferdiensten) zusammen, die den Interessenten Artikel aus Zeitschriften dieses Verlags zu üblichen Bedingungen zu senden. Zu diesen Lizenznehmern zählen z.B. die Firmen Infotrieve, NRC/CNRI (National Research Council/Conseil national de recherches Canada), KWire (Japan), DIMDI (Deutschland) und GetInfo.

Beweis: Herr Dr. Hartmut Kuhlmann, Programmplaner der Georg Thieme Verlag KG, zu laden über die Georg Thieme Verlag KG, Rüdigerstrasse 14, 70469 Stuttgart

- als Zeuge -.

Darüber hinaus sind zahlreiche Zeitschriften dieses Verlags über die verlagseigene Online-Datenbank „Thieme-Connect“ erhältlich. Was dem Nutzer über Subito angeboten wird, kann er ebenso über die verlagseigenen und lizenzierten Dokumentlieferdienste beziehen.

Beweis: Herr Dr. Hartmut Kuhlmann, wie b.b.,

- als Zeuge -.

Der **Springer-Verlag** betreibt als Dokumentlieferservice die Plattform „SpringerLink“. Im Rahmen eines Pay-Per-View-Angebots kann jeder Interessent einzelne Artikel aus Zeitschriften dieses Verlags bestellen. Entweder hat er mit dem Verlag zuvor einen Nutzervertrag abgeschlossen und besitzt das erforderliche Passwort für den Zugang oder er kauft den Artikel im Einzelfall, indem er den Button „Kaufvorgang“ anklickt.

Beweis: Auszugsweiser Ausdruck der Homepage des Springer Verlags zu SpringerLink in Kopie

- Anlage K 8 -;

Frau Gertraud Griepke, Director Journals SpringerLink, zu laden über den Springer Verlag, Tiergartenstrasse 17, 69121 Heidelberg,

- als Zeugin -.

Die Verlagsgruppe **Elsevier**, darunter auch die Elsevier B.V., betreibt ihre eigene Online-Datenbank „ScienceDirect“ und ermöglicht Bibliotheken und auch anderen Nutzern den elektronischen Zugang zu den Artikeln aus ihren zahlreichen Zeitschriften auf einer Pay-Per-View-Basis.

Beweis: Auszugsweiser Ausdruck der Homepage der Verlagsgruppe Elsevier zu „ScienceDirect“ in Kopie

- Anlage K 9 -;

Herr Jan bij de Weg, Deputy General Council (Europe) für Elsevier, zu laden über Elsevier, Sara Burgerhartstraat 25, 1055 KV Amsterdam, Holland

- als Zeuge -.

Mit zahlreichen Bibliotheken auch in Europa hat der Verlag Elsevier Lizenzverträge für die Nutzung von ScienceDirect abgeschlossen.

Beweis: wie vor.

Nicht nur die Verlage, sondern auch die öffentlich-rechtlichen Institute bieten die von ihnen herausgegebenen Zeitschriften (und deren einzelne Artikel) auf elektronischem Wege an. Die **American Chemical Society** (ACS) betreibt zu diesem Zweck ihren „**Document Detective Service**“, der in mehreren Varianten ausgestaltet ist und Interessenten den Zugang zu einzelnen Artikeln auf einer vertraglichen Basis ermöglicht.

Beweis: Auszugsweiser Ausdruck der Homepage der ACS zum Document Detective Service in Kopie

- Anlage K 10 -;

Herr Eric Slater, Manager der American Chemical Society, zu laden über die American Chemical Society, 1155 16th Street N.W. Washington D.C. 20036, USA

- als Zeuge -.

All diese Beispiele zeigen, dass für die Verlage, die ihre Zeitschriften noch durch Abonnements in Druckform verbreiten, der Versand und die Übermittlung einzelner Beiträge schon jetzt eine wichtige Vertriebsform ist, die zunehmend an Bedeutung gewinnt, nicht zuletzt weil die Anzahl der Abonnements aufgrund der neuen Technologien und auch aufgrund der Sparmaßnahmen bei den Bibliotheken zurückgeht. Einerseits nimmt diese Lieferform auch bei den Verlagen ständig zu, und mit laufenden Steigerungen ist zu rechnen, da dies die schnellste Form der Wissensvermittlung ist. Andererseits verzeichnen die Verlage in Deutschland im

Verhältnis zu anderen Ländern nur eine geringe Zuwachsrage, eben weil die Beklagten als Konkurrenzunternehmen den gleichen Markt zu niedrigeren Preisen mit dem gleichen Produkt bedienen. Hierauf kommen wir weiter unten noch zurück.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Darüber hinaus waren und sind die Verlage immer daran interessiert, den Wissenschaftlern Literatur möglichst schnell und unkompliziert zukommen zu lassen. Die Verlage haben nach Einführung der Digitaltechnik sogleich das **System CrossRef entwickelt**. Mit diesem System können z.B. Aufsätze, die in Fußnoten zu einem Beitrag angegeben sind, durch Anklicken sofort bei einer eingeschalteten Datenbank oder beim Verlag der anderen Zeitschrift selbst aufgerufen und von dort gegen Zahlung einer entsprechenden Vergütung oder gegen Nennung des zuvor schon erteilten Passworts abgerufen werden. Liest der Wissenschaftler in dem abgerufenen Beitrag wiederum weitere Hinweise zu anderen Beiträgen, so kann dieses Anklicken und Abrufen unbegrenzt fortgesetzt werden. Auf diese Weise kann sich der Wissenschaftler die gesamte einschlägige Literatur, auf die er verwiesen wird, auf elektronischem Wege in kürzester Zeit von seinem PC beschaffen.

Beweis: Werbematerial zum System CrossRef in Kopie

- Anlage K 11 -;

Herr Ed Pentz, Executive Director von CrossRef, zu laden über
CrossRef, 40 Salem Street, Lynnfield, MA 01940, USA,

- als Zeuge -;

Sachverständigengutachten.

Auch dies zeigt, dass den Nutzern wissenschaftliche Literatur in großem Umfang oder auch in Teilen auf vertraglicher Basis hinreichend zugänglich ist. Es gibt keinen Grund, hierfür neben den bestehenden verlagseigenen oder von den Verlagen lizenzierten Dokumentlieferdiensten ein Konkurrenzunternehmen (als welches sich Subito zwangsläufig darstellen muss) ohne Mitwirkung und auf Kosten der Verlage zu fördern. Zwangsläufig wird durch die Tätigkeit der Beklagten die ureigene Verlagstätigkeit der hinter den Klägern stehenden Verlage beeinträchtigt. Es ist nur eine Frage der Zeit, dass die gesamte wissenschaftliche Fachliteratur auf diese Weise zugänglich gemacht wird. Damit verlagert sich auch die frühere Vertriebstätigkeit der Verlage auf dieses neue und schon jetzt in erheblichem Umfang genutzte Standbein. Neben das Zeitschriftengeschäft ist also das Artikelgeschäft getreten. Die Interessenten lesen immer mehr nur Artikel, nicht Zeitschriften.

Beweis: Sachverständigengutachten

Wollte nun ein Dritter, sei es eine Bibliothek oder sei es ein sonstiges Unternehmen, sich diese Übermittlungstätigkeit zur Aufgabe machen, wäre dies mit der Situation vergleichbar, dass ein Verlag neben sich ein Konkurrenzabonnement derselben Zeitschrift, die er herausgibt, dulden müsste. Seine von ihm aufgebaute und finanzierte Existenz würde von Dritten unmittelbar ausgenutzt und massiv beeinträchtigt werden. Dies ist weder mit Art. 14 GG (unter dessen

Eigentumsgarantie das Urheberrecht steht) noch mit dem Dreistufentest (auf den wir weiter unten noch zu sprechen kommen) oder anderen urheberrechtlichen Grundsätzen vereinbar.

6. Subito e.V.

Der Beklagte zu 2 ist ein eingetragener Verein. Zuvor war es eine Arbeitsgemeinschaft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die am 8.12.1999 gegründet worden war. Die früheren Gesellschafter dieser Arbeitsgemeinschaft sind die jetzigen Mitglieder des Vereins (also des Beklagten zu 2), nämlich die maßgeblichen naturwissenschaftlichen Bibliotheken in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Meistens sind es öffentlich-rechtliche Universitätsbibliotheken. Deren Träger sind in Deutschland die einzelnen Bundesländer. Wie einem Internetausdruck vom 16.4.2004 zu ersehen ist, nehmen an Subito mittlerweile 30 Bibliotheken teil, darunter auch der Beklagte zu 1.

Beweis: Internetausdruck der Liste der teilnehmenden Bibliotheken von der Homepage der Beklagten vom 16.4.2004

- Anlage K 12 -.

Der Beklagte zu 2 muss also immer im Zusammenhang mit den Bibliotheken gesehen werden, die seine Mitglieder sind und die Aktivitäten des Beklagten zu 2 bestimmen, wie auch umgekehrt die gemeinschaftlichen Beschlüsse des Beklagten zu 2 wiederum die Aktivitäten der einzelnen Mitgliedsbibliothek bestimmen. Diese Bibliotheken sind die Zulieferer für den zusammen mit dem Beklagten zu 2 durchgeführten Dokumentenlieferdienst. Nach den eigenen Angaben der Beklagten haben die Bibliotheken

„in Eigenverantwortung eine Firma gegründet, die für den Betrieb und die Entwicklung von **subito** verantwortlich ist.“ (vgl. Anlage K 13, S. 30).

Arbeitsweise, Umfang und Einzelheiten dieses Lieferdienstes wird aus dem **Handbuch der Beklagten** ersichtlich, welches auch im Internet abgerufen werden kann.

Beweis: Handbuch der Beklagten in Kopie

- Anlage K 13 -.

Der Beklagte zu 2 unterhält **keine eigene Bibliothek**, sondern er fungiert gewissermaßen als **ausführendes Organ und übergeordnetes Dach** seiner Mitgliedsbibliotheken für den gemeinsam betriebenen Lieferdienst, den diese Subito genannt haben. Die Federführung übernahm nach ihren eigenen Angaben (vgl. Anlage K 13, S. 30) die Technische Informationsbibliothek Hannover (**TIB**). Letztere hatte seinerzeit der Kläger zu 1 wegen des von ihr betriebenen Kopienversanddienstes verklagt. Dieses Verfahren endete mit dem Urteil „Kopienversanddienst“ des BGH vom 25.2.1999 (vgl. BGH ZUM 1999, 566).

7. Universitätsbibliothek Augsburg

Der Beklagte zu 1 ist Träger der Universitätsbibliothek Augsburg. Letztere ist Mitglied des Beklagten zu 2. Sie nimmt an allen Facetten des Lieferdienstes teil, also auch am Subito Library Service sowie an der Zentralregulierung.

Beweis: Angaben der Beklagten in der Teilnehmerliste vom 16.4.2004,
- Anlage K 12 -.

Der Beklagte zu 1 handelt also nicht nur als eigenständige Bibliothek, sondern auch als Teil des Beklagten zu 2, nämlich im Verbund mit allen anderen namhaften deutschen - und auch österreichischen und schweizerischen – wissenschaftlichen Bibliotheken. Er bietet seine Lieferdienste auch unter der Bezeichnung Subito wie der Beklagte zu 2 weltweit im Internet an (vgl. auch Anlage K 13).

8. Dokumentlieferdienst Subito

Der Dokumentlieferdienst Subito ist von den Beklagten als **expandierendes Unternehmen** konzipiert.

- a) Subito ist eine **Initiative von Bund und Ländern zur schnellen Lieferung wissenschaftlicher Dokumente**. Sie wurde am 4.10.1994 durch den Bundesminister für Bildung und Wissenschaft und den Präsidenten der Kultusministerkonferenz ins Leben gerufen. Einzelheiten hierzu sind einem Aufsatz von Herrn Michael Christian Hirsch zu entnehmen, der in der Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie in Heft 1 des Jahres 1995 erschienen ist. Zur schnelleren Übersicht legen wir eine Kopie dieses Aufsatzes vor als

- Anlage K 14 -.

Ziel der Initiatoren dieses Lieferdienstes war und ist nach den Angaben des Herrn Hirsch

„ein **elektronisches Informationssystem**, das von der Suche nach wissenschaftlicher Information (Recherche) über die Bestellung bis zur Lieferung reicht“. (vgl. Anlage K 14, S. 31).

Wie dem Aufsatz zu entnehmen ist, soll dieses Ziel in mehreren Etappen verwirklicht werden. Letztlich sollen sämtliche Dokumente über das Internet verfügbar gemacht werden. Zeitschriften sollen im Volltext gespeichert werden. Es ist von einem neuen Vertriebsweg die Rede (vgl. Anlage K 14, S. 39 f).

Der Kläger zu 1 hatte deshalb schon in dem damaligen Kopienversanddienst-Verfahren gegen die TIB mit Schriftsatz vom 15.3.1995 Bedenken gegen die Aktivitäten der TIB im Zusammenhang mit dem auch von ihr betriebenen Lieferdienst Subito vorgetragen.

Beweis: Beiziehung der Akten des LG München I mit den Az. 7 O 18987/94;

der dortige Schriftsatz des Klägers zu 1 vom 15.3.1995, S. 4 f.

Zuvor hatte die TIB durch ihre Prozessbevollmächtigten auf S. 6 der Klageerwiderung vom 30.12.1994 wörtlich folgendes betont:

„Eine on-line Archivierung der Volltexte wird nicht erfolgen, solange das Urheberrechtsgesetz – anders als beispielsweise das französische Urheberrecht – keine gesetzliche Lizenz kennt, nach der Informationsdienste mit Hilfe von Online-Datenbanken betrieben werden können. Die TIB hat sich stets innerhalb der Schranken des deutschen Urheberrechtsgesetzes gehalten und wird dies auch künftig tun.“

Bedenken wegen des Subito-Systems wurden vom Kläger zu 1 auch im dortigen Berufungsverfahren vorgetragen. Beispielsweise heißt es auf S. 10 der Berufungsbegründung vom 29.11.1995 wörtlich:

„Mit Einführung dieses Systems (von Subito; Ergänzung vom Unterzeichner) wird es möglich sein, in den von der Beklagten gehaltenen Zeitschriften nach Art von Literaturnachweisdatenbanken online zu recherchieren, die gewünschten Aufsätze und Beiträge im vollen Inhalt und Umfang auf dem Bildschirm des u.U. weit entfernten Benutzers darzustellen und bei Bedarf über einen an seinem PC angeschlossenen Drucker auszudrucken.“

Die TIB hat hierzu auf S. 7 f ihres Schriftsatzes vom 6.2.1996 beschwichtigend ausgeführt, dass eine digitale Speicherung nicht in Betracht komme. Wörtlich heißt es an besagter Stelle:

„Keine digitale Speicherung.
Mangels besserer Argumente versucht der Kläger immer wieder den falschen Eindruck zu vermitteln, die Beklagte speichere geschützte Werke auf digitalem Wege für die Online-Nutzung. Wir betonen nochmals, dass die TIB keine urheberrechtlich geschützten Werke elektronisch speichert und dies auch in Zukunft nicht ohne Zustimmung der Rechteinhaber tun wird.

Die Beklagte hat selbst wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass auch nach ihrer Rechtsauffassung die elektronische Speicherung geschützter Werke nach dem geltenden Urheberrechtsgesetz ohne Zustimmung der Rechteinhaber unzulässig ist.

Beweis: Kopie des Aufsatzes des Herrn Dr. Schlitt, Leiter der TIB, zum Thema „Urheberrecht: Gebühren und Lizenzen“ (Anlage B 12).

Es ist auch keine „Vorstufe“ der elektronischen Volltextarchivierung und –vermittlung“ (so Seite 12 der Berufungsbegründung) erreicht.

Entweder werden urheberrechtlich geschützte Texte digital gespeichert und damit im Sinne von § 16 UrhG vervielfältigt oder sie werden nicht gespeichert. Die TIB nimmt keine dauerhafte digitale Speicherung vor, es sei denn, dass sie von dem Inhaber der Urheberrechte ausdrücklich dazu befugt wurde.

Die TIB bedient sich elektronischer Medien lediglich

- zur Erstellung eines Kataloges ihrer Bestände, in dem die geführten Zeitschriftentitel, nicht jedoch die einzelnen Aufsätze, aufgelistet sind,
- zur Online-Nutzung des von ihr erstellten Kataloges durch die Benutzer
- zur Entgegennahme von Bestellungen sowie
- zur elektronischen Zwischenspeicherung für Produktion und Versand von Aufsatzkopien mit anschließender sofortiger Löschung der Daten.

All diese Vorgänge sind urheberrechtlich nicht relevant. Soweit urheberrechtliche Nutzungsrechte berührt sind (am Katalog), stehen diese der TIB selber zu. Was der Kläger unter einer angeblich urheberrechtlich relevanten „Vorstufe“ verstehen will, bleibt unverständlich.“

Bekanntlich ging es in dem Verfahren „Kopienversanddienst“ um den Versand per **Post und Telefax**. Die Ausführungen der TIB sollten seinerzeit jedenfalls so verstanden werden, dass eine **digitale Speicherung nicht stattfindet**, so dass auch eine **elektronische Übermittlung** außerhalb der Vertriebswege per Post oder Fax **nicht** stattfinden werde, weil hierzu die Erlaubnis der Rechtsinhaber hätte eingeholt werden müssen. Wie bereits erwähnt, ist die TIB, gegen die das damalige Verfahren geführt worden war, in der Folgezeit und auch jetzt federführend für Subito tätig und selbst Mitglied des Beklagten zu 2.

- b) In dem damaligen Verfahren „Kopienversanddienst“ ging es nicht um den Dokumentlieferservice Subito. Die weitere Entwicklung der Beklagten (darunter auch der TIB) zeigt jedoch, dass sie es nicht bei Post und Telefax bewenden lassen, sondern einen **elektronischen Dokumentlieferdienst** durchführen wollen, und zwar **auf kommerzieller Basis**. Wörtlich heißt es auf der Homepage der Beklagten am 6.9.2002:

„Ziel ist es, den eingeführten **elektronischen Dokumentlieferdienst** Subito zu einem **international renommierten Markenprodukt** weiterzuentwickeln.“
(Hervorhebung vom Unterzeichner).

Beweis: Im Internet abrufbare Werbebotschaft der Beklagten über die Gründung der Arbeitsgemeinschaft vom 6.9.2002 in Kopie

- Anlage K 15 -.

Demnach verfolgen die Beklagten ein Ziel (und praktizieren es auch schon), welches nach ihren eigenen Ausführungen (die TIB ist immerhin federführendes Mitglied des Beklagten zu 2) im Verfahren „Kopienversanddienst“ zunächst den Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte von den Verlagen voraussetzt.

Über das Internet erreichen die Beklagten ihre Kunden nicht nur in Deutschland, sondern weltweit. Demgemäss werden die Werbemitteilungen auch in fremden Sprachen, insbesondere in Englisch über das Internet und auch anderweitig verbreitet.

Beweis: Fremdsprachiges Werbematerial der Beklagten, welches im Bestreitensfalle vorgelegt wird.

- c) Wie in dem eigenen Informationsmaterial der Beklagten (Anlage K 13) dargelegt wird, handelt es sich um einen **gemeinsamen Lieferdienst sämtlicher angeschlossener Bibliotheken**, also auch des Beklagten zu 1 (vgl. Anlage K 13, S. 3). Der Versanddienst beschränkt sich nicht auf Post und Telefax, sondern erstreckt sich auch auf **elektronische (online) Vermittlungsarten**, nämlich per E-Mail, u.a. Internet-Download (ftp). Bei der Lieferung per E-Mail oder Internet-Download kann zwischen den Formaten pdf und multiple page tiff ausgewählt werden (vgl. Anlage K 13, S. 4). Nach eigenen Angaben der Beklagten kann der Besteller unter folgenden Lieferwegen wählen:

- E-Mail
- FTP aktiv
- Internet-Download
- Post
- Fax
- Selbstabholung.

Beweis: Ausdruck des im Internet verbreiteten Werbematerials der Beklagten über die Arbeitsweise des gemeinsam betriebenen Dokumentlieferdienstes (mit dem Titel „Wie funktioniert Subito?“) vom 26.6.2002

- Anlage K 16 -.

Nach den eigenen Angaben der Beklagten hinterlegt der Lieferant bei **FTP Aktiv** das Dokument auf dem FTP-Server des Empfängers. Der Empfänger entscheidet dann über den Zeitpunkt, wann er das Dokument öffnet und betrachtet sowie über den weiteren Zeitpunkt, wann er es ggf. ausdrucken will. Als Alternative hinterlegt der Lieferant bei **Internet Download** das Dokument auf seinen eigenen FTP-Server und schickt dem Empfänger hierüber per E-Mail eine Nachricht. In diesem Falle stellt der Lieferant also das Dokument zum Abruf bereit. Der Empfänger entscheidet dann über den Zeitpunkt, wann er das Dokument abrufen und bei sich betrachtet sowie über den weiteren Zeitpunkt, wann er es bei sich ausdrückt.

Beweis: Anlage K 16, S. 5;

Sachverständigengutachten.

Dem Besteller wird ferner die Möglichkeit gegeben, anzukreuzen,

„ob man eine alternative Lieferung per Post haben möchte, wenn das Dokument elektronisch nicht zustellbar ist.“ (vgl. Anlage K 16, S. 5).

Mit anderen Worten: In erster Linie werden die Beiträge auf elektronischem Wege angeboten und auch ausgeliefert, und zwar über das Internet. Nach den Angaben der Beklagten vom 30.3.2004 betragen die Lieferungen per **Fax und Post weniger als 5% der gesamten Lieferungen**. Bedenkt man, dass die Beklagten schon mit Gründung der Initiative im Jahre 1994 eine komplette Online-Abwicklung des Dokumentlieferdienstes anstrebten, hat der Versand per Post und Fax nur noch eine marginale Bedeutung.

Außerdem werden jegliche Nutzergruppen von den Beklagten bedient. Es wird in 4 Nutzergruppen unterschieden, nämlich

Nutzergruppe 1: Schüler, Auszubildende, Studierende, Mitarbeiter der Hochschulen, Mitarbeiter der überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungseinrichtungen, Mitarbeiter sämtlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts,

Nutzergruppe 2: Firmenbibliotheken, Selbständige und sonstige kommerzielle Benutzer,

Nutzergruppe 3: Privatpersonen,

Nutzergruppe 4: Bibliotheken.

Beweis: Handbuch der Beklagten, vorgelegt als Anlage K 13, S. 6.

Dabei unterscheiden die Beklagten nach ihren eigenen Angaben nicht zwischen Benutzern aus dem Inland und dem Ausland (vgl. Anlage K 13, S. 6). Danach werden weltweit **sämtliche Endverbraucher** angesprochen und bedient, gleichviel, ob sie wissenschaftlich, gewerblich, nicht-gewerblich oder aus sonstigen Motiven tätig sind und mit wissenschaftlicher Literatur versorgt werden wollen.

- d) Darüber hinaus betreiben die Beklagten einen **Subito Library Service**. Hier sind die **Endkunden** von Subito nicht die Endverbraucher, sondern **Bibliotheken**, die ihrerseits Endverbraucher beliefern, also das Aufsatzmaterial **an Dritte weiterverbreiten**, weiter bereitstellen oder auf andere, insbesondere elektronische, Weise Dritten zugänglich machen. Die Bibliotheken sind die Endkunden von Subito.

Beweis: Jahresbericht der Beklagten vom Jahre 2001 in Kopie

- Anlage K 17 -.

Kunde der Beklagten ist in diesem Falle die bestellende Bibliothek, der auch die zu zahlende Vergütung in Rechnung gestellt wird, und zwar ebenfalls für die elektronische Lieferung (vgl. Anlage K 13, S. 6). Es können alle inländischen und auch ausländischen Bibliotheken von diesem Subito Library Service Gebrauch machen, soweit sie mit öffentlichen Mitteln finanziert werden und für den Leihverkehr zugelassen sind oder daran teilnehmen, also insbesondere sämtliche Staatsbibliotheken, Landesbibliotheken, Universitätsbibliotheken, regionale Bibliotheken, Fachhochschulbibliotheken, öffentliche Bibliotheken und Spezialbibliotheken (vgl. Anlage K 13, S. 5 f). Auf diese Weise kann ein Aufsatz einer Zeitschrift, die nur noch von einer einzigen Bibliothek erworben wird, an sämtliche hier einschlägigen Bibliotheken weltweit vermittelt und von diesen Bibliotheken wiederum an deren Kunden der Nutzergruppe 1 und 3 weitergeliefert werden. Zur Verfügung gestellt wird der gesamte Bestand von derzeit 28 Mitgliedsbibliotheken. Die Beklagten kündigen an, dass ferner die Bayerische Staatsbibliothek München und die Staatsbibliothek Berlin an diesem Subito Library Service teilnehmen sollen.

Beweis: Werbebroschüre zum Subito Library Service aus dem Internet vom 16.4.2004

- Anlage K 18 -.

- e) Für die verschiedenen Nutzergruppen halten die Beklagten **unterschiedliche Preislisten** bereit (vgl. Anlage K 13, S. 7 f). Außerdem verbreiten sie eine Preisliste für die einzelnen Bibliotheken.

Beweis: Liefer-Service für Zeitschriftenaufsätze (Subito.1) in Kopie

- Anlage K 19 -.

Die Zusammenarbeit der Beklagten und auch aller weiteren Bibliotheken wird noch dadurch unterstrichen, dass sie eine **Zentralregulierung** anbieten, wonach zum einen Bestellungen über den Beklagten zu 2 an die einzelne Bibliothek (darunter auch den Beklagten zu 1) weitergeleitet werden und dass zum anderen die Rechnung wiederum von dem Beklagten zu 2 gestellt wird und dorthin beglichen werden kann. Mit anderen Worten: es besteht ein eng ineinander greifendes Geflecht an Aktivitäten sämtlicher Bibliotheken im Verbund mit und unter dem Dach von Subito (dem Beklagten zu 2). Hiermit wird seitens der Beklagten ausdrücklich geworben (vgl. Anlage K 16, S. 7).

- f) Die Beklagten meinen, der gesamte Dokumentlieferdienst an Endverbraucher sei durch eine **Urheberrechtsabgabe** abgegolten, die an die VG Wort geleistet werde, gleichviel, ob per Post, Fax, E-Mail oder andere elektronische Form versendet wird. Sie berufen sich auf den **Gesamtvertrag „Kopiendirektversand“**, den sie mit der VG Wort im Jahre 2001 geschlossen hatten.

Beweis: Allgemeine Geschäftsbedingungen von Subito, abgerufen am 16.4.2004 in Kopie

- Anlage K 20 -;

Gesamtvertrag „Kopiendirektversand“ vom 30.4.2001 in Kopie

- Anlage K 21 -.

Zum einen endete der Gesamtvertrag „Kopiendirektversand“ am 31.12.2002. Zum anderen konnte er eine Nutzung ins Ausland und einen elektronischen Versand nicht wirksam regeln, weil diese Rechte von den Verlagen hätten erworben werden müssen. Demgemäss sieht auch der jetzige Gesamtvertrag mit der VG Wort keine Nutzung ins Ausland und keine Nutzung per E-Mail oder auf andere elektronische Weise vor.

Den Subito Library Service meinen die Beklagten ohne jede Urheberabgabe durchführen zu können. Hierfür gibt es auch mit der VG Wort keinerlei Vereinbarung.

- g) Die Aktivitäten der Beklagten beschränken sich nicht lediglich auf das Internet oder auf **Werbemaßnahmen** vor Ort, sondern sie treten im In- und Ausland auf den einschlägigen **Messen** auf. Beispielsweise boten die Beklagten ihren Lieferdienst auf der American Library Association Conference in Atlanta, Georgia (USA) im Juli 2002 gewerblich an.

Wohlgemerkt wird auf diese Weise das gesamte Repertoire sämtlicher Mitgliedsbibliotheken angeboten, darunter auch des Beklagten zu 1 sowie der TIB Hannover, einer der weltweit größten wissenschaftlichen Bibliotheken. Selbstverständlich beschränken sich die angebotenen Beiträge nicht lediglich auf deutschsprachige Aufsätze, sondern sie erstrecken sich auf die gesamte wissenschaftliche Literatur in welcher Sprache auch immer. Vorwiegend ist es **englischsprachige Literatur**. Demgemäss wird ein **weltweites Publikum** von den Beklagten angesprochen. Da sie mit der Herstellung der Versandvorlagen nichts zu tun und deshalb auch keine Kosten hierfür aufzuwenden haben und da sie sich – anders als andere Lieferservice – nicht um die erforderlichen und entsprechend vergütungspflichtigen Rechtseinräumungen seitens der Verlage (darunter der Kläger) bemühen, können sie mit verhältnismäßig geringen Preisen ihres Dokumentlieferservice aufwarten. Entsprechend groß ist der Zulauf bei Messen der oben angegebenen Art und insbesondere natürlich auch über das Internet.

Welches **Ausmaß** dieser Lieferdienst der Bibliotheken für Aufsätze und Bücher (so die eigene Ankündigung der Beklagten) mittlerweile erreicht hat, wird aus dem **Jahresbericht 2001 der Beklagten** ersichtlich (vgl. Anlage K 17). Danach zählen sich die Beklagten „zu einer der weltweit großen Endnutzerdienstleistungen für Dokumentlieferung“. Es geht um ein durchschnittliches Bestellaufkommen von ca. 3.000 Bestellungen pro Arbeitstag. Für das Jahr 2002 lag zur Zeit der Erstellung des Berichts bereits ein Bestellaufkommen von über 4.000 Bestellungen pro Tag vor. In welchem Ausmaß das Bestellvolumen laufend ansteigt, wird aus einer Statistik der Beklagten für den Zeitraum von 1998 bis 2003 ersichtlich, die am 16.4.2004 von der Homepage der Beklagten abgerufen werden konnte.

Beweis: Statistik vom 16.4.2004 in Kopie

- Anlage K 22 -.

Es wird auf **Internationalisierung** gesetzt. Allein im Jahre 2001 haben die Beklagten Bestellungen aus 56 Ländern erhalten. Es sollen mehr Endkunden weltweit gewonnen werden (vgl. Anlage K 17).

Ein zweites Bein ist der **Subito Library Service**. Endkunden sind dort nach eigenen Ausführungen der Beklagten die Bibliotheken. Auf diese Weise soll auch über die Bibliotheken eine weitere Verbreitung erreicht werden (vgl. Anlage K 17).

Folgt man den eigenen Angaben der Beklagten, dann geht es ihnen darum, auf dem **Weltmarkt** unter den Dokumentlieferdiensten eine **führende Stellung** einzunehmen. Die Nr. 5 haben sie nach ihren eigenen Angaben erreicht. Diese Basis soll ausgebaut werden (vgl. Anlage K 13, S. 31). Dies hat nichts mehr mit einer aus wissenschaftlichen Gründen gebotenen Literaturversorgung vor Ort zu tun, sondern mit einer jeglichen Rahmen und vor allem jegliche Ländergrenzen sprengenden **Expansionswillen**, um im Wettbewerb mit anderen Dokumentlieferdiensten eine herausragende und **marktbeherrschende Stellung** einnehmen zu können. Dabei fragt sich zwangsläufig, weshalb eine öffentlich-rechtliche Bibliothek in Deutschland aus welchen Gründen auch immer dafür sorgen muss, dass Japaner, Amerikaner, Neuseeländer, Chilenen etc. von Deutschland aus mit Literatur versorgt werden müssen. Desgleichen fragt sich, inwieweit eine BGH-Entscheidung zum Kopienversanddienst, die zu Fax und Postwegen in Deutschland ergangen war, nun als Grundlage für sämtliche (elektronische) Versandaktivitäten in aller Herren Länder dienen und inwieweit man die Urheberrechtsgesetze all dieser Länder schlichtweg ignorieren kann? Was im großen Stile für entfernte Länder fraglich ist, muss auch im näheren Umkreis, nämlich innerhalb Deutschlands und auch im deutschsprachigen Ausland (Österreich und der Schweiz) fraglich bleiben.

9. Beeinträchtigung der Verlage

Die Vorgehensweise der Beklagten beeinträchtigt die Arbeit der Kläger, bzw. der hinter ihnen stehenden Verlage, in starkem Maße. Bedenkt man, dass die Beklagten nicht nur Einzelpersonen als Endnutzer weltweit ansprechen wollen und auch ansprechen, sondern über den Subito Library Service wiederum weltweit unzählige Bibliotheken als Endkunden beliefern, die wiederum ihrerseits zahllose interessierte Kreise weiterbeliefern, ist absehbar, dass nur noch Kopier-, Versand- oder Online-Vorlagen erstellt werden müssen, damit die Informationsbedürfnisse weltweit abgedeckt werden können. Das zuletzt genannte Geschäft wollen die Beklagten allem Anschein nach ohne Mitwirkung der Rechtsinhaber (der Verlage) allein machen. Abonnements benötigt man demnächst nicht mehr, und zwar weder bei einzelnen Endverbrauchern noch bei Bibliotheken; denn beide werden von den Beklagten beliefert.

In den letzten Jahren wurden Abonnements insbesondere von Bibliotheken in zunehmendem Umfang abbestellt. Beispielsweise sind nach dem Bericht der Universitätsbibliothek Kaiserslautern (ebenfalls eine Mitgliedsbibliothek von Subito; vgl. Anlage K 12) über das Geschäftsjahr 2003 von 2.338 abonnierten Zeitschriften des Jahres 1994 im Jahre 2003 nur noch 1.375 abonnierte Zeitschriften übrig geblieben.

Beweis: Bericht über das Geschäftsjahr 2003 der Universitätsbibliothek Kaiserslautern, S. 21, auszugsweise in Kopie vorgelegt,
- Anlage K 23 -

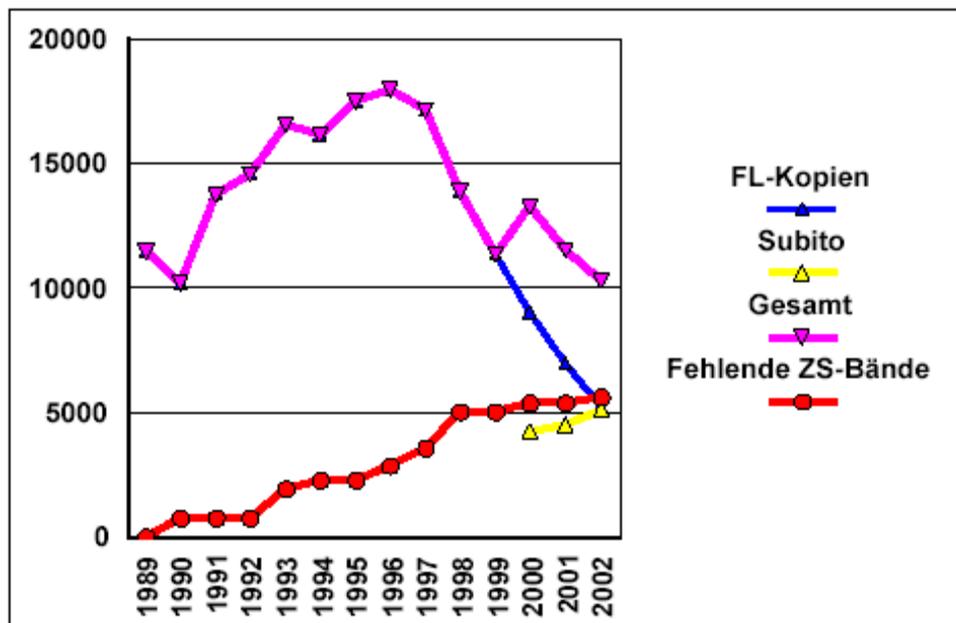
Die abbestellten Zeitschriften werden aber weiterhin benötigt. Die Wissenschaftler arbeiten nach wie vor mit den Artikeln sämtlicher Zeitschriften, also auch derjenigen, die abbestellt worden sind. Der Rückgang der Abonnements ist keineswegs nur auf Sparmaßnahmen zurückzuführen. Vielmehr bot und bietet es sich an, sich Aufsatzliteratur durch Austausch unter den Bibliotheken auf schnellstem Wege per E-Mail zu beschaffen. Desgleichen hat der Dokumentlieferdienst Subito durch Abbestellungen von Abonnements entstandene Lücken problemlos ausfüllen können. Aus den Bibliothekskreisen mussten die Kläger immer wieder hören, dass die Nutzer der Bibliotheken im Zuge der Abbestellungen der Abonnements darauf verwiesen wurden, sämtliche Artikel könnten nun über die Beklagten viel einfacher bezogen werden, und zwar auch von den einzelnen Bibliotheken. Dies bestätigt auch der Bericht der Universitätsbibliothek Kaiserslautern über das Geschäftsjahr 2003. Während auf der einen Seite Abonnements zurückgingen und auch die konventionelle Fernleihe zurückgehende Zahlen aufweist, waren entsprechende Steigerungen beim Dokumentlieferdienst Subito zu verzeichnen. Als Mitgliedsbibliothek von Subito konnte die Universitätsbibliothek Kaiserslautern hieraus auch Einnahmen erwirtschaften, im Jahre 2003 immerhin € 10.522,00.

Beweis: S. 29 des Berichts der Universitätsbibliothek Kaiserslautern über das Geschäftsjahr 2003
- Anlage K 23 -

Dieselbe Entwicklung bestätigt auch Herr Adalbert Kirchgäßner in seinem Vortrag und Aufsatz „13 Jahre Zeitschriftenabbestellung an der Universität Konstanz“ vom 20.5.2003. Wörtlich heißt es dort auf S. 10:

„Seit Jahrzehnten steht der Wissenschaft für die Beschaffung vor Ort nicht vorhandener Literatur die Fernleihe zur Verfügung. Seit einigen Jahren wird diese **durch Subito ergänzt**. Seit Beginn der neunziger Jahre wurde der Titelbestand der naturwissenschaftlichen Zeitschriften durch die erforderlichen Abbestellungen auf weniger als die Hälfte reduziert. Deshalb lag die Vermutung nahe, dass die Inhalte der Zeitschriften, die durch Abbestellung nicht mehr in Konstanz vorhanden sind, aber für die wissenschaftliche Arbeit benötigt werden, über die Fernleihe oder **über Subito beschafft wurden**. Seit langem bezahlt die Bibliothek die Kosten für die Fernleihe – und in der Konsequenz auch für Subitobestellungen – der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Universität, da dies die Beschaffung für die Wissenschaft erforderliche aber nicht verfügbare Literatur ist. Deshalb liegen der Bibliothek Daten vor, wieviel

Zeitschriftenartikel von den Wissenschaftlern in den letzten Jahren angefordert wurden.



Die beschafften Zeitschriftenartikel wurden den Zeitschriftenbänden gegenübergestellt, die durch Abbestellungen nicht mehr verfügbar waren. Dies zeigt, dass bis Mitte der neunziger Jahre die Beschaffung von Zeitschriftenartikeln zunahm und seitdem wieder sank. **Dabei wird seit Ende der neunziger Jahre schrittweise die Fernleihe von Subito ersetzt.** (Hervorhebungen vom Unterzeichner).

Beweis: Aufsatz „13 Jahre Zeitschriftenabbestellung an der Universität Konstanz“ von Adalbert Kirchgäßner in Kopie

- Anlage K 24 -;

Sachverständigengutachten.

Außerdem wird den Verlagen die Möglichkeit genommen, selbst zu entscheiden, wie sie einen derartigen Dokumentlieferservice bereitstellen oder wem sie dies gestatten wollen. Wie oben unter Ziffer II 5 vorgetragen, bieten die hinter den Klägern stehenden Verlage selbst Dokumente an oder sie schließen entsprechende **Lizenzverträge mit Datenbankbetreibern**. Darüber hinaus bauen sie ein **umfassendes Liefersystem** auf, bei welchem der Nutzer über entsprechende Links jeden Aufsatz sofort anklicken und abrufen kann, den er benötigt. Darin werden die Verlage von den Beklagten behindert.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Beispielsweise sind beim Thieme Verlag auch aufgrund der Aktivitäten der Beklagten (und der weiteren Mitgliedsbibliotheken von Subito) die Zeitschriftenabonnements im Jahre 2001 bis zum Jahr 2003 um bis zu 12% zurückgegangen.

Beweis: Herr Dr. Hartmut Kuhlmann, wie b.b.

- als Zeuge -.

Als weiteres Beispiel sei die Verlagsgruppe Elsevier herausgegriffen. Dort sind die Abonnements in Deutschland seit dem Jahre 2000 ständig zurückgegangen. Während außerhalb Deutschlands der eigene Dokumentlieferservice ständig und zunehmend steigt, liegt diese Entwicklung in Deutschland verhältnismäßig weit zurück, obwohl dort dieselben Werbeanstrengungen unternommen werden und dort eine eher besonders große Nachfrage und auch ein großer Markt für wissenschaftliche Literatur besteht. Diese Entwicklung kann nur mit dem zunehmenden Dokumentlieferservice von Subito (der Beklagten) erklärt werden.

Beweis: Herr Jan bij de Weg, wie b.b.

- als Zeuge -;

Sachverständigengutachten.

Dabei geht es um Schäden, die allein bei Elsevier und nur in Deutschland in einer Größenordnung von etwa € 5,7 Mio. pro Jahr für den Rückgang der Abonnements zu veranschlagen sind. Es kommen noch die Verluste für die Behinderungen beim verlagseigenen Dokumentlieferservice hinzu, die sich auf etwa 20 % dieses Geschäfts belaufen.

Beweis: wie vor.

All diese Beeinträchtigungen sind nicht nur bei den in Antrag 1 genannten Verlagen und Institutionen, sondern auch bei allen weiteren wissenschaftlichen Verlagen und Institutionen zu verzeichnen.

Beweis: Sachverständigengutachten.

10. Vorgerichtliche Bemühungen

Mit Schreiben des Unterzeichners vom 4.10.2002 wurde der Beklagte zu 2 auf die einzelnen Vorgänge sowie auf die Rechtslage hingewiesen. Desgleichen wurde er vorsorglich aufgefordert, strafbewehrte Unterlassungserklärungen abzugeben, Auskunft zu erteilen und sich zu Schadensersatzleistungen zu verpflichten.

Beweis: Schreiben der Rechtsanwälte Dr. Schulze und Kollegen vom 4.10.2002 nebst Memorandum von William S. Strong vom 4.10.2002 in Kopie

- Anlage K 25 -.

Nun begann zwischen den Verlagen (unter Beteiligung der Kläger) und dem Beklagten zu 2 (vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei Lovells) eine **längere Korrespondenz**. Außerdem haben mehrere **gemeinsame Besprechungstermine** stattgefunden, an denen auch weitere Vertreter der Bibliotheken sowie der einschlägigen Ministerien von Bund und Ländern teilgenommen haben. Nach Auffassung der Kläger ist es nicht erforderlich, jeden einzelnen Schritt

nachzuzeichnen. Es sollen die wesentlichen Punkte herausgegriffen werden. Sollten nach den Vorstellungen der Beklagten oder des Gerichts noch weitere erörtert werden, müssen sich die Kläger vorbehalten, hierzu ebenfalls noch ausführlicher vorzutragen.

- a) Im Laufe der Korrespondenz und auch bei den einzelnen Verhandlungen haben die **Verlage** immer betont, dass sie selbst schon jetzt **eine Nutzung in Form eines Dokumentlieferdienstes** ermöglichen oder ermöglichen wollen. Außerdem wurde von Seiten der Verlage immer die **Bereitschaft** erklärt, mit den Beklagten **Lizenzvereinbarungen** zu treffen, wie sie auch mit anderen Dokumentlieferdiensten üblicherweise getroffen werden. Dabei sollte bei dem Preisgefüge durchaus nach verschiedenen Nutzergruppen (Wissenschaftler, gewerbliche und nicht-gewerbliche Nutzer) unterschieden werden können. Gleichzeitig wurde seitens der Verlage darauf hingewiesen, dass man sich gezwungen sehe, die hier strittige Nutzung durch die Beklagten gerichtlich klären zu lassen, wenn man sich nicht auf eine gütliche Lösung verständigen könne. Dies galt zum einen insbesondere für jeglichen Dokumentenversand ins (beliebige) Ausland; denn dort kann nach Auffassung der Verlage eine gesetzliche Lizenz, wie sie der BGH im Falle „Kopienversanddienst“ für Post und Telefax ausnahmsweise angenommen hat, nicht als Grundlage für die Beklagten dienen. Zum anderen betonten die Verlage, dass unter die gesetzliche Lizenz allenfalls ein Versand per Post oder Telefax (wie es der BGH zu beurteilen hatte, also kein Computerfax), keinesfalls aber ein Versand per E-Mail oder auf andere elektronische Weise fallen könne; schon gar nicht der von den Beklagten betriebene Subito Library Service.
- b) Die **Beklagten** hielten an ihrem Standpunkt fest, dass der von ihnen praktizierte Dokumentlieferdienst nur über eine **gesetzliche Lizenz** und über die **VG Wort** abgewickelt werden könne. Sie erklärten sich aber bereit, ebenfalls eine gütliche Lösung zu finden. Dies sollte grundsätzlich mit Einschaltung der VG Wort geschehen. Die Kläger und die hinter ihnen stehenden Verlage waren und sind der Auffassung, dass die hier strittige Nutzung nicht über eine gesetzliche Lizenz privilegiert ist. Außerdem handelt es sich um Exklusivrechte, die den Verlagen zustehen, so dass die VG Wort grundsätzlich nicht eingeschaltet werden muss. Allerdings waren die Kläger – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – im Interesse einer gütlichen Lösung bereit, Gespräche zu dritt, also zwischen Verlagen, Bibliotheken und der VG Wort zu führen. Derartige Gespräche haben auch stattgefunden.

Die Beklagten teilten mit Schreiben vom 5.2.2003 mit, dass eine einvernehmliche Lösung nur durch einen Gesamtvertrag mit der VG Wort in Betracht komme. Die Kläger und die hinter ihnen stehenden Verlage betonten, dass in jedem Falle zwischen einer Nutzung im Inland und einer Nutzung ins Ausland unterschieden werden müsse und dass sie sich angesichts der fortdauernden Liefertätigkeit der Beklagten ins Ausland vorbehalten müssten, die Rechtslage dort umgehend gerichtlich klären zu lassen.

Beweis: Schreiben der Anwaltskanzlei Lovells vom 5.2.2003 in Kopie
- Anlage K 26 -;

Schreiben der Rechtsanwälte Dr. Schulze und Kollegen vom
3.3.2003 in Kopie
- Anlage K 27 -.

- c) Es fanden weitere Besprechungen statt, an denen die VG Wort nicht mehr teilgenommen hatte. Die Beklagten wollten Rechtsstreitigkeiten im Ausland vermeiden. Sie erklärten sich deshalb bereit, ab dem 20.9.2003 die **Dokumentlieferung** an Kunden der Nutzergruppen 1, 2 und 3 und Gäste aus dem **nicht-deutschsprachigen Ausland vorübergehend einzustellen**. Der Subito Library Service sollte hiervon nicht betroffen sein. Außerdem sollten weiterhin Kopien an Nutzer in Österreich und in der Schweiz versendet werden.

Beweis: Wichtige Informationen über Subito-Lieferungen ins nicht-deutschsprachige Ausland, abgerufen am 16.4.2004, in Kopie
- Anlage K 28 -.

Am 13.10.2003 hatte eine weitere Besprechung zwischen den Vertretern beider Seiten in Hannover stattgefunden. Die Verlage hatten bei dieser Besprechung deutlich darauf hingewiesen, dass man zunächst über ein Lizenzsystem für den Versand ins Ausland sprechen könne, um anschließend nach einer entsprechenden Lösung für Deutschland zu suchen, wenn man einen Lösungsweg für das Ausland gefunden hat. Gleichzeitig war betont worden, dass eine Lösung für das Ausland erst unterschriftsreif sei, wenn zuvor auch eine Lösung für Deutschland gefunden werden konnte. Hierauf wurde mit Schreiben vom 19.12.2003 nochmals hingewiesen.

Beweis: Schreiben der Rechtsanwälte Dr. Schulze und Kollegen vom
19.12.2003 in Kopie
- Anlage K 29 -.

- d) Auf beiden Seiten waren **Arbeitsgruppen** gebildet worden. Die eine Arbeitsgruppe soll sich insbesondere mit den Einzelheiten befassen, die in einem Lizenzvertrag zu regeln sind. Die andere Arbeitsgruppe soll sich mit weiteren rechtlichen Fragen befassen. Hierzu zählt auch eine Klärung des Subito Library Service. Die Beklagten hatten den Klägern Kopien der nationalen und der internationalen Leihverkehrsordnung zugesandt. Dort wird aber immer auf die urheberrechtlichen Besonderheiten des jeweiligen Landes verwiesen. Die dortigen gesetzlichen Vorgaben, so wird in diesen Leihverkehrsordnungen betont, müssten jeweils berücksichtigt werden. Die Beklagten wurden deshalb gebeten, mitzuteilen, auf welcher gesetzlichen Grundlage ihr Subito Library Service gerechtfertigt sei.

Beweis: Schreiben der Rechtsanwälte Dr. Schulze und Kollegen vom
28.10.2003 in Kopie
- Anlage K 30 -;

Schreiben der Rechtsanwälte Dr. Schulze und Kollegen vom
19.11.2003 in Kopie

- Anlage K 31 -.

- e) Die Kläger erfuhren dann, dass die **Kultusministerkonferenz** (also letztlich die Träger der Mitglieds-Bibliotheken und damit auch die finanziellen „Sponsoren“ von Subito) beabsichtigten, die VG Wort über ein **Verfahren bei der Schiedsstelle nach dem UrhWG** zu zwingen, einen Gesamtvertrag abzuschließen, der ausdrücklich vorsehen sollte, dass über die bisherige Regelung für Post und Fax hinaus auch ein Versand ins Ausland sowie per E-Mail und andere elektronische Mittel gestattet werde. Die Kläger wiesen die Beklagten darauf hin, dass ein derartiger Schritt im **Widerspruch** zu den jedenfalls zuvor auch seitens der Beklagten weiterhin beabsichtigten Verhandlungen für eine Lizenzlösung stünde. Außerdem wiesen die Kläger die Beklagten darauf hin, dass im Falle eines derartigen Schiedsstellenverfahrens auch seitens der Verlage eine gerichtliche Klärung wieder erwogen werden müsse.

Beweis: Anlage K 29.

Dieses Schiedsstellenverfahren wurde von Bund und Ländern mit Antragschrift vom 17.12.2003 eingeleitet. Es hat das Aktenzeichen Sch-Urh 41/03.

Beweis: Antragschrift der Antragsteller vom 7.12.2003 in Kopie

- Anlage K 32 -.

Die Verlage sind an diesem Verfahren nicht beteiligt, so dass sie dort ihre Rechte nicht unmittelbar wahrnehmen können.

- f) Die Beklagten betreiben ihren Dokumentlieferdienst Subito an Endverbraucher nach wie vor in Deutschland, Österreich und der Schweiz, und zwar in allen Formen der von ihnen angebotenen elektronischen Bereitstellungs- und Abrufmöglichkeiten, sei es per E-Mail, sei es per FTP Aktiv oder Internet Download. Es wurden diverse Aufsätze, darunter auch die in Antrag 1 genannten Aufsätze bei der Universitätsbibliothek Augsburg geordert und von dort auch auf die genannten Wege zugänglich gemacht.

Beweis: Bestellungen der Auftraggeber sowie Rechnungen der Universitätsbibliothek Augsburg, die im Bestreitensfalle vorgelegt werden;
Kopien der gelieferten Aufsätze, die im Bestreitensfalle vorgelegt werden;
Die jeweiligen Besteller, deren vollständige Namen und Anschriften im Bestreitensfalle nachgereicht werden,

- als Zeugen -.

All diese Bestellungen sind im April und Mai 2004 durchgeführt worden.

Beweis: wie vor.

- g) Vorsorglich wurden die **Beklagten nochmals abgemahnt** und aufgefordert, strafbewehrte Unterlassungserklärungen abzugeben, Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen sowie sich zu Schadensersatzleistungen zu verpflichten.

Beweis: Schreiben der Rechtsanwälte Dr. Schulze und Kollegen an den Beklagten zu 1 vom 19.5.2004 in Kopie

- Anlage K 33 -;

Schreiben der Rechtsanwälte Dr. Schulze und Kollegen an den Beklagten zu 2 vom 19.5.2004 in Kopie

- Anlage K 34 -.

Wie zu erwarten war, hielten die Beklagten an ihrem bisherigen Standpunkt fest. Klage ist deshalb geboten.

III. Zur Rechtslage

Die Beklagten haben gem. §§ 2 Abs. 1, 15, 16, 17, 19 a, 96 ff UrhG Urheberrechtsverletzungen begangen. Für die nach Österreich und in die Schweiz ausgeführten Bestellungen folgen die Rechtsverletzungen zusätzlich aus dem österreichischem und schweizerischen Urheberrecht. Die Ansprüche werden außerdem auf die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) sowie auf § 1 UWG und §§ 823 ff BGB gestützt. Auskunftsansprüche folgen aus §§ 242, 259, 260 BGB. Im Einzelnen verhält es sich wie folgt:

1. Vorbemerkung

Es geht in dem vorliegenden Verfahren um die generelle Zulässigkeit des von den Beklagten – und auch von den weiteren angeschlossenen Bibliotheken – angebotenen und durchgeführten Dokumentlieferservice. Infolgedessen ist es ein Musterverfahren. Beispielhaft wurden nur einzelne Verlage und deren Zeitschriften sowie hiervon einzelne Beiträge herausgegriffen. Es ist unstrittig, dass sich der Dokumentlieferservice der Beklagten auf unzählige weitere Zeitschriften weiterer Verlage sowie auf unzählige Beiträge verschiedenster Autoren aus dem In- und Ausland erstreckt. Hiervon sind die Parteien auch bei den vorgerichtlichen Korrespondenzen und Besprechungen ausgegangen. Deshalb waren Fragen zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit und zum Urheberrechtsschutz der Aufsätze und sonstigen Beiträge kein Streitpunkt. Dasselbe gilt für die Rechtsinhaberschaft der Verlage an den von ihnen herausgegebenen Zeitschriften und Beiträgen. Umstritten war die Frage, ob sich die Beklagten für die von ihnen praktizierte Nutzung auf ein gesetzliches Privileg berufen können und welchen Umfang ein derartiges Privileg haben könnte. Die Kläger gehen davon aus, dass sich auch die gerichtliche Auseinandersetzung auf diese Fragen konzentrieren wird. Sollten die Beklagten im Laufe des Verfahrens erstmals bisher unstrittige Punkte bestreiten, behalten sich die Kläger weiteren Sachvortrag vor. Desgleichen **wird um einen Hinweis des Gerichts gemäß § 139 ZPO gebeten**, falls das Gericht schon jetzt einen detaillierteren Sachvortrag zu den nach Auffassung der Kläger unstrittigen Punkten für erforderlich hält.

Schon jetzt weisen wir darauf hin, dass **Art und Umfang einer Schrankenregelung** (auf die sich die Beklagten berufen) angesichts der für den nationalen Gesetzgeber bindenden Vorgaben aus der EU-Richtlinie 2001/29 vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (nachfolgend kurz: EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft) und insbesondere aus dem dort ebenfalls vorgegebenen sog. Drei-Stufen-Test (vgl. Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft) letztlich auch aus europarechtlicher Sicht zu beurteilen sind. Deshalb wird ggf. eine **Vorlage an den Europäischen Gerichtshof** zur Vorabentscheidung einzelner Fragen nach Art. 234 EGV in Betracht kommen.

2. Zum Umfang der Klage

Nach Auffassung der Kläger bedarf der von den Beklagten insbesondere auf elektronischem Wege (per E-Mail etc.) betriebene Kopienversand sowie der Subito Library Service in jedem Falle einer vorherigen Rechtseinräumung durch die Verleger, gleichviel, ob im Inland oder ins beliebige Ausland versendet wird. Wie oben unter Ziffer II 10 vorgetragen, waren und sind die Kläger (und die hinter ihnen stehenden Verlage) immer bereit, mit den Beklagten Lizenzverträge abzuschließen. Durch das Schiedsstellenverfahren mit dem Az. Sch-Urh 41/03 haben die Beklagten jedoch zu erkennen gegeben, dass sie eine gerichtliche Klärung für unumgänglich halten. Die Kläger sind dennoch bereit, mit den Beklagten weiterzuverhandeln. Soweit allerdings der Dokumentlieferdienst vorläufig von den Beklagten nicht eingestellt werden soll, nämlich für die Länder Deutschland, Österreich und die Schweiz (vgl. Anlage K 28), steht nun auch hier eine gerichtliche Klärung an. Dies bedeutet nicht, dass eine Dokumentlieferung ins übrige Ausland zulässig wäre. Im Gegenteil, die Lieferungen dorthin sind ebenfalls ohne vorherige Vereinbarung mit den Verlagen unzulässig. Dies gilt auch für den mit ausländischen Bibliotheken betriebenen Subito Library Service. Insoweit haben sich die Beklagten bislang in keiner Weise beschränkt (vgl. Anlage K 28). Sollten die weiteren diesbezüglichen Verhandlungen zeigen, dass eine Lösung nicht in Aussicht steht, müssen sich die Kläger schon jetzt vorbehalten, die Klage entsprechend zu erweitern.

3. Zum Urheberrechtsschutz der versendeten Beiträge

Es geht um den Versand insbesondere von Aufsätzen und anderen Beiträgen aus wissenschaftlichen Zeitschriften. In der Regel handelt es sich um längere wissenschaftliche Texte, teilweise mit grafischen Darstellungen. Sie sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 7 UrhG **urheberrechtlich geschützt**. Dieser Schutz besteht auch nach dem österreichischem und dem schweizerischen Urheberrechtsgesetz, zumal Österreich und die Schweiz Verbandsmitglieder der Berner Übereinkunft sind und die hier einschlägigen Werke Urheberrechtsschutz nach Art. 2 Abs. 1 RBÜ genießen.

Die beispielhaft genannten Titel von Aufsätzen verdeutlichen, dass die für den Urheberrechtsschutz verlangten Anforderungen erfüllt sind. Dies gilt für die hier in Rede stehenden Aufsätze allgemein. Sowohl für die Schutzfähigkeit als auch für die **Bestimmtheit des Unterlassungsantrags** wurde als ausreichend angesehen,

wenn Beiträge aus wissenschaftlichen Zeitschriften allgemein genannt werden, ohne die Beiträge im Einzelnen aufzuzählen (vgl. OLG Köln GRUR 2000, 414, 415 – GRUR/GRUR Int.; BGH GRUR 1997, 459, 460 – CB-infobank I; BGH GRUR 1997, 464, 465 – CB-infobank II; vgl. auch LG Hamburg ZUM-RD 2003, 547, 549 – Thumbnail-Fotos).

Desgleichen ist davon auszugehen, dass sämtliche Beiträge **in Deutschland Urheberrechtsschutz genießen**. Zum einen sind es teilweise Beiträge deutscher Staatsangehöriger, die gemäß § 120 Abs. 1 UrhG in jedem Falle in Deutschland Urheberrechtsschutz genießen, gleichviel, ob und wo die Werke erschienen sind. Für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der EU oder des EWR gilt dasselbe (§ 120 Abs. 2 UrhG). Abgesehen davon, dass die Zeitschriften in der Regel gleichzeitig oder binnen 30 Tagen auch in Deutschland erschienen sind und deshalb ein uneingeschränkter Inlandsschutz für ausländische Autoren gegeben ist (vgl. § 121 Abs. 1 UrhG), kommt zumindest der Urheberrechtsschutz über die Anwendbarkeit der Staatsverträge zum Zuge (§ 121 Abs. 4 UrhG). Die meisten Staaten, so auch die USA, sind Mitglieder der Berner Übereinkunft. Es gilt also der Grundsatz der Inländerbehandlung nach Art. 5 Abs. 1 RBÜ. Dieser Grundsatz und dessen Anwendung wird durch Art. 1 Abs. 3, Art. 3 und Art. 9 (der u.a. auch auf Art. 1-21 der RBÜ verweist) des TRIPS-Übereinkommens noch unterstrichen. Er gilt auch für die Mitgliedstaaten Österreich und Schweiz.

Außerdem handelt es sich in der Regel um Beiträge aus neuerer Zeit von noch lebenden Autoren, so dass die Beiträge nach wie vor geschützt sind.

4. Zur Aktivlegitimation

Die **Autoren** haben dem jeweiligen Verlag, der ihre Beiträge in der von ihm herausgegebenen Zeitschrift publizierte, die für die hier umstrittenen Nutzungen einschlägigen Rechte exklusiv eingeräumt, seien es die Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte oder seien es die Rechte zur öffentlichen Zugänglichmachung oder zur sonstigen elektronischen Werkvermittlung. Die in Antrag 1 genannten **Verlage** haben wiederum diese Rechte den Klägern eingeräumt, um sie gegenüber den Beklagten gerichtlich geltend zu machen. Wie vorgetragen, waren diese Verlage an den vorgerichtlichen Verhandlungen und Korrespondenzen beteiligt. Sie sind nach wie vor nicht nur an den weiteren Verhandlungen mit den Beklagten beteiligt, sondern auch laufend in dieses Gerichtsverfahren eingebunden. Sämtliche Schritte sind ihnen bekannt. Vorsorglich haben sie die Kläger zusätzlich ermächtigt, die hier einschlägigen Rechte gegenüber den Beklagten im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen.

Beweis: Abtretungserklärungen und Ermächtigungen, die im Bestreitensfalle vorgelegt werden.

Die Frage der Aktivlegitimation war seitens der Beklagten nie bestritten worden.

Wie oben unter Ziffer II 1 und 2 vorgetragen, sind die **Kläger** die berufsständischen Vereinigungen der Verlage. Sie nehmen laufend deren Interessen wahr. Zu diesem Zweck wurden sie gegründet. Infolgedessen haben sie ein **eigenes berechtigtes Interesse**, die Rechte geltend zu machen und die Interessen ihrer

Mitglieder in diesem Rechtsstreit zu verfolgen. Die Rechtsprechung hat mehrfach bestätigt, dass der Inhaber eines Rechts einen anderen ermächtigen kann, dieses Recht, ohne es ihm zu übertragen, im eigenen Namen geltend zu machen. Der andere ist zur Klage berechtigt, wenn er ein eigenes rechtliches Interesse an der Verfolgung des Rechts hat (vgl. BGHZ 19, 69, 71). Die Rechtsprechung hat die Wirksamkeit einer gewillkürten Prozessstandschaft auch zur Geltendmachung von urheberrechtlichen Ansprüchen (jedenfalls soweit sie auch vermögensrechtlicher Natur sind) bestätigt (vgl. BGH GRUR 1960, 614, 615 – Figaros Hochzeit; OLG München ZUM 1989, 89, 90 – Architektenpläne; BGH GRUR 1994, 800, 801 – Museumskatalog). Der Kläger zu 1 hat nicht zuletzt durch das von ihm seinerzeit betriebene Verfahren „Kopienversanddienst“ (BGH ZUM 1999, 566) gezeigt, dass er ein eigenes schutzwürdiges Interesse daran hat, sich für die Interessen seiner Mitglieder auch durch gerichtliche Verfahren einzusetzen. Für den Kläger zu 2 gilt dasselbe; denn er wird auf dem gleichen Interessengebiet für die gleichen Betroffenen (die Verleger) tätig.

5. Keine Rechtseinräumung seitens der Rechtsinhaber

Es ist unstrittig, dass die Beiträge der einzelnen Zeitschriften von den Beklagten in urheberrechtlich relevanter Weise genutzt werden, gleichviel, in welcher Form der Dokumentlieferservice und der Subito Library Service durchgeführt werden. In jedem Falle werden die Beiträge vervielfältigt (§ 16 UrhG) und Dritten auf verschiedenste Weise zugänglich gemacht (§§ 17 ff UrhG). Die urheberrechtliche Relevanz dieser Nutzungshandlungen ist nicht nur in Deutschland, sondern in gleicher Weise nach der Gesetzeslage des Urheberrechts in Österreich und in der Schweiz gegeben. Grundsätzlich bedarf jede urheberrechtlich relevante Nutzung der Zustimmung (Rechtseinräumung) des Rechtsinhabers (hier: der Kläger, bzw. der Verlage). Unstrittig haben die Beklagten derartige Zustimmungen weder von den Klägern noch von sonstigen Personen eingeholt. Ihnen wurden auch keine Rechte eingeräumt. Gegenteiliges müssten die Beklagten beweisen.

Die von den Beklagten durchgeführte Praxis wäre also nur dann gerechtfertigt, wenn sie sich auf eine gesetzliche Lizenz berufen könnten und/oder wenn die VG Wort aufgrund ihres Abschlusszwangs (§ 11 UrhWG) verpflichtet wäre, ihnen dahingehende Rechte einzuräumen. Dies wiederum würde voraussetzen, dass die VG Wort die einschlägigen Nutzungsrechte wahrnehmen würde und dass sie diese Rechte insbesondere auch von den zahlreichen ausländischen Autoren der meistens fremdsprachigen Aufsätze durch Abschluss von Wahrnehmungsverträgen erhalten hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Letzteres wird nicht zuletzt dadurch bestätigt, dass der Beklagte zu 1 und die weiteren Mitglieder des Beklagten zu 2 das Schiedsstellenverfahren mit dem Az. Sch-Urh 41/03 betreiben, um auf diese Weise einen Gesamtvertrag mit der VG Wort zu erreichen, der auch den Dokumentlieferdienst ins Ausland sowie elektronische Lieferformen umfassen soll (vgl. Anlage K 32).

6. Zu Inhalt und Grenzen der BGH-Entscheidung „Kopienversanddienst“

Die Beklagten haben sich bisher darauf berufen, ihr Dokumentlieferdienst sei durch das Urteil des BGH vom 25.2.1999 (BGH ZUM 1999, 566 – Kopienversanddienst)

abgedeckt, und zwar auch im Hinblick auf elektronische Volltextübermittlungen (als Grafikdateien) per E-Mail, FTP Aktiv oder Internet-Download. Nach Auffassung der Kläger bietet besagtes Urteil für eine derartig weitgehende Interpretation keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil, der BGH hat die von ihm angenommene gesetzliche Lizenz deutlich beschränkt. Wörtlich heißt es in besagter Entscheidung:

“Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts fertigt die TIB im Rahmen ihres Kopienversands jeweils auf Einzelbestellung von Nutzern Vervielfältigungsstücke urheberrechtlich geschützter Zeitschriftenbeiträge, um sie auf dem Postweg zu versenden oder um sie als Zwischenkopie für die Telefaxübermittlung zu benutzen. Bei der Telefaxübermittlung wird zusätzlich zur Zwischenkopie beim Besteller die (Fern-)Kopie erstellt. Nur diese Art und Weise der Kopienherstellung und des Kopienversands ist Gegenstand der Klageanträge und der Entscheidung des Berufungsgerichts. Es ist deshalb – entgegen der Ansicht der Revision – im vorliegenden Rechtsstreit unerheblich, ob die TIB für die Zwecke Ihres Kopienversanddienstes auch Beiträge aus Zeitschriften elektronisch speichert und ob sie Zeitschriftenbeiträge der Öffentlichkeit auch zum Online-Abruf zugänglich macht. Aus dem gleichen Grund hängt die Entscheidung des Rechtsstreits nicht davon ab, ob die TIB die Bestellung von Kopien durch die Zusammenarbeit mit online zugänglichen Literaturdatenbanken erleichtert“ (BGH ZUM 1999, 566, 567 rechte Spalte – Kopienversanddienst).

Der BGH hat den Kopienversanddienst nur in der streitgegenständlichen Form, also auf dem Postweg und über die Telefaxübermittlung in der vom BGH beschriebenen Weise, beurteilt und für zulässig erachtet, mehr nicht. Eine elektronische Übermittlung, soweit sie nicht per Telefax auf die vom BGH beschriebene Weise erfolgt, fällt nicht unter das vom BGH im Wege des Analogschlusses begründete Privileg.

Darüber hinaus hatte der BGH **nur** über in **Deutschland** stattgefundene Nutzungshandlungen zu befinden. Es ging in dem von ihm entschiedenen Fall **nicht** um den Kopienversanddienst ins **Ausland**. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass der BGH den Kopienversanddienst innerhalb Deutschlands nur deswegen als privilegiert und nicht als Verbreitungshandlung ansah, weil die Herstellung des Vervielfältigungsstücks dem Besteller zuzurechnen ist. Wollte man sie nicht dem Besteller zurechnen, wäre es eine unzulässige Verbreitungshandlung; denn letztere beginnt bereits mit dem Angebot, Kopien zu liefern (BGH GRUR 1991, 316, 317 – Einzelangebot). Wörtlich heißt es im Kopienversanddienst-Urteil:

“Die Privilegierung der Herstellung von Vervielfältigungsstücken nach § 53 UrhG schließt das Herstellenlassen durch Dritte ein. Unter den Voraussetzungen des § 53 UrhG wird **die Herstellung** von Vervielfältigungsstücken durch den Dritten **dem Auftraggeber als Vervielfältigungshandlung zugerechnet**. Dies hat notwendig zur Folge, dass kein Verbreiten in der Form des Inverkehrbringens anzunehmen ist, wenn Kopien von einer, für ihre Herstellung eingeschalteten Hilfsperson dem Auftraggeber übergeben oder zugesandt werden.....**Da die Kopien dem jeweiligen Besteller zuzurechnen sind**, steht auch § 53 Abs. 6

(früher § 53 Abs. 5) UrhG der Abgabe der Vervielfältigungen an diesen nicht entgegen.“ (BGH ZUM 1999, 566, 570 - Kopienversanddienst).

Mit anderen Worten: Das Privileg des § 53 UrhG greift nur deshalb, weil der Besteller als derjenige betrachtet wird, der vervielfältigt, bzw. vervielfältigen lässt. Das Versandunternehmen wird als Auftragnehmer des Bestellers tätig und erbringt eine unumgängliche Mitwirkungshandlung. Demnach findet die Vervielfältigungshandlung – unter dem Aspekt des Privilegs – im Ausland statt, wenn der Besteller im Ausland sitzt, weil ihm die Vervielfältigung dort zugerechnet wird. Andernfalls wäre die Vervielfältigung jedenfalls nicht privilegiert.

Weiterhin hat der BGH ausdrücklich betont, dass sich der Kopienversanddienst einer Bibliothek der Tätigkeit eines Verlegers nicht nur annähere, sondern darüber hinaus mit der Werkvermittlung durch Abrufdatenbanken verglichen werden könne (vgl. BGH ZUM 1999, 566, 571, linke Spalte Mitte – Kopienversanddienst). Damit gab er zu erkennen, dass die Grenze desjenigen erreicht worden war, was – immerhin nicht direkt, sondern nur im Wege der Analogie – noch unter eine gesetzliche Lizenz subsumiert werden konnte. Versandformen, die über Post und Telefax hinausgehen, nähern sich nach den Ausführungen des BGH nicht nur der Tätigkeit eines Verlegers an, sondern ersetzen sie. Dann sind auch diese weitergehenden Versandformen wiederum unter dem Blickwinkel des Verbreitungsrechts, der öffentlichen Zugänglichmachung und weiterer Nutzungsarten zu betrachten.

Ferner darf nicht übersehen werden, dass der BGH im Falle „Kopienversanddienst“ die dortige Versandform per Post und Telefax wegen einer nachträglich entstandenen Gesetzeslücke durch rechtsanaloge Anwendung der §§ 27, 49, 54 a, 54 h UrhG nur schließen wollte, „**solange der Gesetzgeber nicht tätig wird**“ (vgl. BGH ZUM 1999, 566, 573 – Kopienversanddienst). Demnach konnte der Kopienversanddienst damals nur vorübergehend im Analogschluss unter eine gesetzliche Lizenz subsumiert werden. Der BGH ging davon aus, dass auch diese Nutzungsform einer **ausdrücklichen** gesetzlichen Lizenz bedarf, wenn sie denn unter eine Schrankenregelung fallen soll. Regelt der Gesetzgeber hingegen keine derartige Schranke, dann fällt diese Nutzungsform unter das Exklusivrecht der Rechtsinhaber.

Schließlich kann sich die versendende Bibliothek nach den Ausführungen des BGH im Urteil „Kopienversanddienst“ nur dann auf ein nach § 53 Abs. 2 Nr. 4 a UrhG (a. F.) privilegiertes Herstellenlassen berufen, wenn der jeweilige Besteller, dem die Vervielfältigungshandlung zugeschrieben wird, seinerseits privilegiert ist. Er muss das Vervielfältigungsstück also für seinen privaten Gebrauch (§ 53 Abs. 1 UrhG) oder für seinen eigenen wissenschaftlichen Gebrauch (§ 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG) oder seinen sonstigen eigenen Gebrauch (§ 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG) herstellen lassen. Wer nicht für seinen privaten, eigenen wissenschaftlichen oder sonstigen eigenen Gebrauch herstellen lässt, sondern sich von der versendenden Bibliothek das Vervielfältigungsstück beschafft, um es an Dritte weiterzugeben, ist zum einen nicht privilegiert und verstößt zum anderen gegen § 53 Abs. 6 UrhG. Dies betrifft insbesondere die Bibliotheken, die von den Beklagten im Rahmen des **Subito Library Service** versorgt werden. Ein Versand an Weiterversender (und dies sind diese Bibliotheken) fällt nicht unter die vom BGH im Wege des Analogschlusses für den Kopienversand per Post und Telefax angenommene gesetzliche Lizenz.

All diese Beschränkungen sind auch im vorliegenden Falle zu beachten.

7. Gesetzliche Entwicklungen seit der BGH-Entscheidung „Kopienversanddienst“

Der **BGH** ging bei seinem Urteil vom 25.2.1999 von einer **Gesetzeslücke** aus, die er für den Versand per Post und Telefax im Wege einer Analogie schließen wollte (und auch geschlossen hat), „solange der Gesetzgeber nicht tätig wird“ (BGH ZUM 1999, 566, 573). Es stellt sich also die Frage, inwieweit der **Gesetzgeber in der Zwischenzeit tätig** war, so dass die Gerichte ihre Entscheidung auf einer veränderten gesetzlichen Grundlage zu treffen haben. Dabei gilt es zu beachten, dass Gesetzesentwicklungen im Urheberrecht seit etwa 13 Jahren in den Mitgliedstaaten der EU maßgeblich auch von **Richtlinien der EU** bestimmt werden. Soweit diese Richtlinien keinen Spielraum lassen, sind sie in nationales Recht umzusetzen. Was in welcher Form umzusetzen ist und ob der jeweilige nationale Gesetzgeber diesen Erfordernissen genügt, muss im Zweifelsfalle dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt werden (vgl. Art. 234 EGV).

Im vorliegenden Falle ist ferner zu beachten, dass es um Art und Umfang einer gesetzlichen Schranke geht. Dieser Bereich ist durch die **EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft** geregelt worden (abgedruckt bei Hillig, Textausgabe Nr. 45; GRUR Int. 2001, 745). Diese Richtlinie war bis zum 22.12.2002 in nationales Recht umzusetzen (Art. 13 der Richtlinie). Der deutsche Gesetzgeber hat hierzu am 10.9.2003 das **Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft** erlassen. Beide Gesetzgebungsakte sind zu berücksichtigen.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Beklagten ihre **Versandpraxis** per Post und Telefax, wie sie noch dem BGH-Urteil „Kopienversanddienst“ zugrunde lag, entscheidend **auf elektronische Lieferformen verlagert** haben. Wie oben unter Ziffer II 8 c vorgetragen, werden weniger als 5 % der gesamten Lieferungen noch per Post oder Telefax ausgeführt. In aller Regel wird elektronisch geliefert. Dies entspricht auch der Zielvorgabe, die mit der Initiative Subito von Anfang an verfolgt worden war, nämlich einen Online-Volltext-Versand (vgl. Anlage K 21).

a) **EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft**

Diese Richtlinie hatte ihrerseits Vorgaben, nämlich das TRIPS-Übereinkommen sowie die sogenannten WIPO-Verträge von 1996 und die darin enthaltene sogenannte „digitale Agenda“ (vgl. Erwägungsgrund 15 der Richtlinie). Für den vorliegenden Fall sind folgende Regelungen dieser Richtlinie in besonderem Maße zu beachten.

aa) **Recht der öffentlichen Zugänglichmachung**

Bis zum Erlass der Richtlinie war umstritten, ob eine elektronische Lieferform an Einzelnutzer unter das Senderecht oder unter das Verbreitungsrecht fallen sollte (vgl. Schrickler/v.Ungern-Sternberg² § 15 Rdnr. 19 ff). Schon mit Art. 3 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft wurde entschieden, dass es sich bei dieser

Nutzungsform um eine **unkörperliche Verwertung** handelt. Dies kommt nicht zuletzt in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie zum Ausdruck, wonach durch die öffentliche Zugänglichmachung keine Erschöpfung dieses Rechts eintritt. Die elektronische Lieferform ist also keine Verbreitung im Sinne von § 17 UrhG.

bb) Ausnahmen und Beschränkungen

In **Art. 5** der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft werden Ausnahmen und Beschränkungen zum Vervielfältigungsrecht, Verbreitungsrecht sowie dem Recht der öffentlichen Wiedergabe und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung geregelt. Auf der einen Seite steht es den Mitgliedstaaten bis auf die Schranke für vorübergehende Vervielfältigungen in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie frei, die weiteren Ausnahmen und Beschränkungen in ihr nationales Gesetz aufzunehmen. Auf der anderen Seite ist der **Schrankenatalog abschließend**. Weitere in Art. 5 der Richtlinie nicht vorgesehene Schranken dürfen grundsätzlich (mit Ausnahme des Regelungsbereichs von Art. 5 Abs. 3 o) nicht getroffen werden.

Einerseits könnte man meinen, bis zum 22.12.2002 (der vorgegebenen Umsetzungsfrist, vgl. Art. 13) müsse nur die Ausnahme für vorübergehende Vervielfältigungen gemäß Art. 5 Abs. 1 umgesetzt werden. Im übrigen stehe es dem jeweiligen Gesetzgeber frei, wann er von der Möglichkeit, weitere Schranken zu regeln, Gebrauch mache. Andererseits muss der jeweilige nationale Gesetzgeber bereits innerhalb der Umsetzungsfrist (also bis 22.12.2002) prüfen, ob die bereits bestehenden Schrankenregelungen seines Gesetzes über den Regelungsspielraum, den die Richtlinie abschließend vorgibt, hinausgehen oder nicht. Sieht beispielsweise Art. 5 Abs. 2 b der Richtlinie vor, dass Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch weder direkt noch indirekt kommerziellen Zwecken dienen dürfen, dann darf ein Herstellenlassen von Kopien künftig nur noch unentgeltlich stattfinden. Zuvor bestehende Abweichungen hiervon müssen angepasst werden, wie es der Gesetzgeber dann auch mit Gesetz vom 10.9.2003 in § 53 Abs. 1 UrhG teilweise getan hat. Dies gilt für sämtliche Vorgaben der Richtlinie. Der jeweilige Gesetzgeber darf sich also nicht auf den Standpunkt zurückziehen, wenn er die in Art. 5 Abs. 2 und 3 möglichen Schrankenregelungen nicht treffe, bleibe er in jedem Falle in der von Art. 13 der Richtlinie vorgesehenen Umsetzungsfrist.

cc) 3-Stufen-Test

Sämtliche Schrankenregelungen – auch die bestehenden – sind anhand des in Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft vorgegebenen 3-Stufen-Tests zu prüfen. Eine Schranke darf nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden. Die normale Auswertung des Werkes darf hierdurch nicht beeinträchtigt werden. Erst wenn dies nicht der Fall ist, kann auf der dritten (letzten) Stufe erwogen werden, ob berechnigte Interessen dann nicht ungebührlich verletzt würden,

wenn für die Nutzung eine Vergütung geleistet wird. (vgl. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, Vor §§ 44 a ff Rdnr. 21; Senftleben, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest, GRUR Int. 2004, 200, 208, 211). Dieser für das Vervielfältigungsrecht bereits in § 9 Abs. 2 RBÜ vorgegebene Grundsatz ist somit auch bei etwaigen Schranken zu weiteren Verwertungsrechten anzuwenden (vgl. auch Art. 13 TRIPS-Übereinkommen).

dd) **Erwägungsgründe**

Schließlich geben auch die Erwägungsgründe der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft vor, wo und wie Schranken eingesetzt werden dürfen. Ausgangspunkt ist das **hohe Schutzniveau**, über welches das geistige Eigentum als Bestandteil des Eigentums anerkannt werden soll (vgl. Erwägungsgrund 9 der Richtlinie). Wo es möglich ist, sollen also Exklusivrechte der Urheber und Rechtsinhaber gewahrt bleiben.

In mehreren Erwägungsgründen wird betont, dass **vertragliche Beziehungen** und **freiwillige Maßnahmen Vorrang** haben und zu fördern sind (vgl. Erwägungsgründe 45, 51 und 52 der Richtlinie). Wo also **Lizenzverträge** abgeschlossen werden können und die Rechtsinhaber auch zum Abschluss von Lizenzverträgen bereit sind, bedarf es keiner Schrankenregelung. Dies ist hier der Fall. Schrankenregelungen haben ihren Grund i.d.R. dort, wo massenhafte Nutzungen schwer kontrollierbar und nur durch uferlos viele Lizenzverträge mit Einzelnutzern regelbar wären. Dies ist beim Kopienversand nicht der Fall. Der Kreis der einschlägigen Bibliotheken, die einen solchen Versand betreiben, ist überschaubar. Die Versandunternehmen (einschließlich der Bibliotheken) können exakt feststellen, wie viele Kopien versendet werden. Die Verleger sind wiederum bereit, Lizenzverträge abzuschließen. Dort gibt es also keinen Grund für eine gesetzliche Schranke.

Nach Erwägungsgrund 38 „sollte den **Unterschieden zwischen digitaler und analoger privater Vervielfältigung** gebührend Rechnung getragen und hinsichtlich bestimmter Punkte zwischen ihnen unterschieden werden.“ Auf diese Weise wird nochmals betont, dass dort, wo Lizenzverträge möglich sind, ihnen der Vorrang einzuräumen und von einer Schrankenregelung abzusehen ist.

Unterrichtszwecke und **wissenschaftliche Zwecke**, wie sie von Bibliotheken verfolgt werden, sind durchaus zu beachten (vgl. Erwägungsgrund 34 der Richtlinie). Sie dürfen aber **nicht kommerziell** sein. Außerdem sollen Ausnahmen **nicht auf Online-Lieferungen** von geschützten Werken erstreckt werden (vgl. Erwägungsgrund 40 der Richtlinie). In Erwägungsgrund 42 wird nochmals unterstrichen, dass die Tätigkeit einer Bibliothek oder einer sonstigen privilegierten Institution als solche nicht kommerziell sein darf. Mag diese Institution anderweitig finanziert werden, so darf sie **für die Nutzung keine Vergütung** verlangen.

Schließlich wird man die Erwägungsgründe wiederum im Zusammenhang betrachten müssen. Wo Lizenzvereinbarungen möglich sind und wo die Bereitschaft der Rechtsinhaber hierzu besteht, darf das Exklusivrecht der Rechtsinhaber erst recht dann nicht beschränkt werden, wenn sie durch konkurrierende entgeltliche Dienstleistungen in ihrem eigenen Tätigkeitsfeld behindert würden. Dies ist bei Subito der Fall. Hierauf kommen wir weiter unten nochmals zurück.

b) Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.9.2003

Der deutsche Gesetzgeber sah sich durch die EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft veranlasst, einzelne Regelungen des Urheberrechtsgesetzes zu ändern und zu ergänzen. Zum Kopienversand wurde keine ausdrückliche Regelung geschaffen. Im Einzelnen ist folgendes zu beachten:

aa) Kopienversand

Der Kopienversand per Post und Telefax ist in Deutschland nach dem Urteil „Kopienversanddienst“ des BGH zu Gunsten des Bestellers nach § 53 Abs. 2 Nr. 4 a UrhG a.F. privilegiert (BGH ZUM 1999, 566, 568 – Kopienversanddienst). § 53 UrhG wurde im Zuge der Umsetzung der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft durch das Urheberrechtsänderungsgesetz vom 10.9.2003 geändert. Nach § 53 Abs. 1 UrhG dürfen Vervielfältigungen durch Dritte nicht mehr so leicht hergestellt werden wie früher. Entweder müssen sie **unentgeltlich** hergestellt werden oder es darf sich nur um **Vervielfältigungen auf Papier** oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handeln. Letztere Einschränkung gilt auch für den sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4. Alternativ darf es sich nur um eine **ausschließlich analoge Nutzung** handeln.

Im Gesetzestext taucht der Kopienversanddienst (oder eine ähnliche Bezeichnung) nicht auf. Er wird jedoch in der **amtlichen Begründung** erwähnt. Dort heißt es wörtlich:

„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 entgeltlich 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.“ (BT-Drucks. 15/38, S. 20 f).

In einer **Anhörung der Bundesregierung** am 29.1.2003 antwortete die Bundesregierung auf die Frage, welche Auswirkungen die Regelung der Vervielfältigung durch Dritte auf den Kopienversand habe, wörtlich:

„Ebenso wenig sei mit dem Gesetzentwurf beabsichtigt, bei den laufenden Verhandlungen über den Kopienversand und die hierfür zu entrichtende Vergütung für die eine oder andere Seite Partei zu ergreifen.“ (BT-Drucks. 15/837, S. 64).

Zum einen hat der Gesetzgeber jedenfalls keine Regelung getroffen, die einen Kopienversanddienst per Post oder Fax ausdrücklich oder gar noch darüber hinaus in elektronischer Form gesetzlich gestatten würde. Zum anderen hatte der Gesetzgeber erkannt, dass er **„den sich aus der Richtlinie zwingend ergebenden Notwendigkeiten Rechnung“** tragen musste. Deshalb bedurfte es im Hinblick auf den abschließenden Katalog des Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie unter anderem für die Fälle des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 **zusätzlicher Voraussetzungen**, die in den Sätzen 2 und 3 angefügt wurden (BT-Drucks. 15/38, S. 21). Wie oben bereits erwähnt, sieht unter anderem Erwägungsgrund 38 der Richtlinie vor, dass den Unterschieden zwischen digitaler und analoger privater Vervielfältigungen gebührend Rechnung getragen werden soll. Nach Erwägungsgrund 40 soll eine Nutzung im Zusammenhang mit der Online-Lieferung von geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen nicht unter diese Ausnahme fallen. Tendenziell sieht auch die Neufassung des § 53 Abs. 2 Satz 3 (insbesondere in Bezug auf § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 a) nur eine ausschließlich analoge Nutzung oder eine Vervielfältigung auf Papier oder einem ähnlichen Träger vor.

Eine Lieferung im **elektronischen Bereich** soll hierdurch **nicht privilegiert** werden. Dies betrifft also sämtliche Lieferungen per E-Mail, FTP Aktiv oder Internet-Download.

Abgesehen hiervon muss § 53 UrhG richtlinienkonform ausgelegt werden. Angesichts Art. 5 Abs. 2 b und c und Art. 5 Abs. 3 a der Richtlinie ist keinerlei kommerzielle Nutzung gestattet.

bb) Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Mit dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in § 19 a UrhG folgte der Gesetzgeber der Vorgabe von Art. 3 der Richtlinie. Die umstrittene Frage, ob die elektronische Weitervermittlung an die Einzelperson eine körperliche Verwertung (in Form der Verbreitung) oder eine unkörperliche Verwertung (in Form einer öffentlichen Wiedergabe) ist, wurde (gem. Art. 3 der Richtlinie zwangsläufig) zu Gunsten der **unkörperlichen Verwertung** entschieden. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist somit eine **Nutzungsform der öffentlichen Wiedergabe** (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 2 UrhG). Nach Erwägungsgrund 23 der Richtlinie ist das Recht der öffentlichen Wiedergabe **im weiten Sinne** zu verstehen, nämlich dahingehend, dass

es jegliche Wiedergabe an die Öffentlichkeit umfasst, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist. Dieses Recht sollte jegliche entsprechende drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Übertragung oder Weiterverbreitung eines Werkes, einschließlich der Rundfunkübertragung, umfassen. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung betrifft ferner nach Erwägungsgrund 25 der Richtlinie das ausschließliche Recht, urheberrechtlich geschützte Werke im Wege der interaktiven Übertragung auf Abruf für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Dies umsetzend stellt der Gesetzgeber auf folgendes ab:

„Maßgebliche Verwertungshandlung ist damit **bereits das Zugänglichmachen** des Werks für den interaktiven Abruf, wodurch ein **frühzeitiger Schutz** zu Gunsten des Urhebers sichergestellt wird.“ (BT-Drucks 15/38, S. 17).

Demnach spricht alles dafür, dass jedenfalls elektronische Lieferformen (E-Mail, FTP Aktiv oder Internet-Download) dem Recht der öffentlichen Wiedergabe und dort dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung oder einem anderen Recht der (unkörperlichen) öffentlichen Wiedergabe zuzurechnen sind. Ein privilegiertes Herstellenlassen käme allenfalls in Betracht, wenn dem Besteller über die körperliche Verwertungsform ein (körperliches) Werkstück übermittelt würde.

c) **Zweifelsfälle, Divergenzen, Vorlage zur Vorabentscheidung**

Der BGH sah in seinem Urteil vom 25.2.1999 in dem Kopienversand durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung eine selbständige Werkvermittlungsart (BGH ZUM 1999, 566, 569 linke Spalte oben – Kopienversanddienst). Sie ist nach seinen weiteren Ausführungen „geeignet, als wichtiger Weg zur Werkvermittlung neben den Verlagsvertrieb zu treten“ und nähert sich nicht nur der Tätigkeit eines Verlegers an, sondern kann mit der Werkvermittlung durch Abrufdatenbanken verglichen werden (BGH ZUM 1999, 566, 571 linke Spalte – Kopienversanddienst). Dies bejahte der BGH bereits für den Versand per Post und Fax, und zwar vor Erlass der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft und vor Einführung des § 19 a UrhG. In der Zwischenzeit hat sich nicht nur die Gesetzeslage, sondern auch die Praxis der Liefertätigkeit geändert. Es geht um elektronische Lieferformen, wie nicht zuletzt aus dem Schiedsstellenverfahren mit dem Aktenzeichen Sch-Urh 41/03 ersichtlich wird (vgl. Anlage K 32). Demgemäss kann auch nach der Argumentation des BGH und insbesondere angesichts der neuen Gesetzeslage jedenfalls die elektronische Lieferung per E-Mail, FTP Aktiv oder Internet-Download nicht auf das gesetzliche Privileg des § 53 UrhG gestützt werden. Im Lichte des Dreistufentests, auf den wir weiter unten noch ausführlicher zu sprechen kommen, gilt dies erst recht.

Wollte man daran zweifeln, dass elektronische Lieferungen unter das Recht der öffentlichen Wiedergabe in Form der öffentlichen Zugänglichmachung fallen, dann darf nicht übersehen werden, dass die Beklagten den Dokumentlieferdienst **entgeltlich** betreiben (vgl. Anlage K 13, S. 7 f und

Anlage K 19). **Wirtschaftliche oder kommerzielle Zwecke** sind jedoch nach Art. 5 Abs. 2 b und c sowie nach Art. 5 Abs. 3 a der Richtlinie **nicht privilegiert**. Die von den Beklagten (und auch den weiteren Bibliotheken) verlangten Preise sind wirtschaftlich orientiert; denn sie wollen nach ihren eigenen Angaben auf dem Weltmarkt eine führende Stellung beim Dokumentlieferdienst erreichen und haben sie als **fünftgrößtes Versandunternehmen** bereits erreicht (vgl. Anlagen K 15, K 17, K 22).

Nach den Ausführungen des Gesetzgebers in der amtlichen Begründung soll eine Bibliothek Vervielfältigungen unentgeltlich fertigen, soweit sie Gebühren oder Entgelte für die **Ausleihe** erhebe und soweit sie die Kostendeckung nicht überschreite. Zum einen dürfte es sich lediglich um Kosten handeln, die die Abwicklung der Versandtätigkeit z.B. per E-Mail betreffen, also nicht etwa Bereithaltungskosten oder Erwerbskosten. Die reinen Versandkosten werden jedoch durch die verlangten Preise überschritten.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Zum anderen soll es sich nach den Ausführungen des Gesetzgebers nur um Gebühren oder Entgelte für die **Ausleihe** handeln. Hier geht es aber nicht um die Ausleihe, sondern um den Versand. Die hierfür verlangten Preise sprengen somit den Rahmen, der von Art. 5 Abs. 2 b und c sowie Abs. 3 a der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft vorgegeben ist.

Wollte man auch hieran zweifeln, müsste dem **EuGH nach Art. 234 EGV die Frage vorgelegt werden**, ob mit Entgelten schlechthin oder Entgelten in der Höhe, wie sie von dem Beklagten für ihre elektronischen Lieferformen verlangt werden, keine unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zwecke i. S. der Richtlinie verfolgt werden. Die Frage könnte wie folgt lauten:

Ist es mit Art. 5 Abs. 2 b, Art 5 Abs. 2 c und/oder Art. 5 Abs. 3 a der Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vereinbar, wenn öffentlich zugängliche Bibliotheken Kopien von Aufsätzen aus wissenschaftlichen Zeitschriften gegen Entgelt in beliebiger oder nicht nur die reinen Versandkosten abdeckender Höhe an Wissenschaftler oder an andere Besteller versenden, sei es per Post oder Fax oder sei es per E-Mail?

8. Elektronische Lieferformen

Wie bereits erwähnt, waren die elektronischen Lieferformen per Email, PDF-Datei, FTP Aktiv oder Internet Download nicht Gegenstand des BGH-Urteils "Kopienversanddienst". Unter Ziff. III. 7. wurde bereits ausgeführt, dass diese Lieferformen unter die öffentliche Widergabe und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung einzuordnen sind. Ergänzend sei hierzu noch folgendes bemerkt:

a) Ablauf der Liefervorgänge

Beim **Postversand** bestimmt der Versender, wann die körperliche Kopie abgesendet wird und dem Besteller zugeht. Auch beim **Fax-Versand** werden beide Kopien (die Zwischenkopie und die Fernkopie) durch den einheitlichen Fax-Vorgang seitens des Lieferanten erstellt. Auch hier bestimmt die Lieferbibliothek den Zeitpunkt der Lieferung. Hingegen bestimmt der Besteller bei **elektronischen Lieferformen** per Email, FTP Aktiv oder Internet Download, ob und wann er das bereitgestellte Dokument abrufen und/oder ausdruckt (vgl. Anlage K 16 S.5). Für den Besteller oder sonstigen Leser des elektronisch versandten Aufsatzes ist es gleichgültig, ob der Aufsatz oder sonstige Beitrag als Grafikdatei oder als Volltextdatei zugänglich gemacht wird. Beide Versionen bleiben uneingeschränkt lesbar und können darüber hinaus in gleicher Weise an Dritte elektronisch weitergemailt, von diesen ebenfalls gelesen und wiederum weitergemailt werden.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Auch die in Antrag 1 beispielhaft genannten Aufsätze konnten ohne weiteres zu einem beliebigen Zeitpunkt ausgedruckt und ebenfalls zu einem beliebigen Zeitpunkt an einen Dritten und von Letzterem wiederum zu beliebiger Zeit an eine weitere Person per E-Mail weitergeleitet werden. Dies ist auch bei zahlreichen Bestellungen weiterer Aufsätze in dieser Form geschehen.

Beweis: Einvernahme des Augenscheins der Aufsätze, die auf Bestellung von den Beklagten bereitgestellt und von dem Besteller abgerufen, ausgedruckt und weitergemailt worden sind;
die mit diesen Bestellvorgängen beteiligten Personen, deren Namen und Anschriften im Bestreitensfalle nachgereicht werden.

b) Zielvorgabe der Beklagten

Außerdem darf nicht übersehen werden, dass die Beklagten ihre Initiative Subito letztlich mit dem Ziel gestartet haben, eine Volltext-Online-Nutzung zu ermöglichen (vgl. den als Anlage K 14 vorgelegten Aufsatz von Hirsch). Bezeichnenderweise hatte die TIB im Verfahren "Kopienversanddienst" zunächst immer betont, dass eine elektronische Lieferform von ihr nicht praktiziert werde, solange sie hierzu keine Lizenzverträge abgeschlossen habe (vgl. die obigen Ausführungen unter Ziff. II 8 a)). Nur Post und Telefax sollten unter ein gesetzliches Privileg fallen. Mittlerweile haben sich die Bibliotheken eines anderen besonnen. Die gesetzliche Lizenz soll nun auch den Versand per Email, FTP Aktiv und Internet Download umfassen. Derzeit wird noch damit argumentiert, es handle sich ja nur um eine Grafikdatei, nicht hingegen um eine Volltext-Online-Nutzung. Wie jedoch die Zielvorgabe und auch die Praxis der Beklagten zeigen, ist auch dies letztlich wohl nur ein Vorwand, um im nächsten Schritt die gesetzliche Lizenz auch auf die Volltext-Online-

Nutzung erstrecken zu wollen. Immerhin gehören Post und Fax bereits der Vergangenheit an; denn sie machen weniger als 5 % der gesamten Liefertätigkeit aus. Es wird also schon jetzt nahezu ausschließlich auf elektronische Weise geliefert.

Schritt für Schritt soll also das Maximum an elektronisch möglicher Lieferung erreicht werden. Bei der rechtlichen Einordnung dieser Lieferformen muss man diese Zielvorgabe im Auge behalten. Die körperliche Verwertungsform kann nicht durch gewissermaßen schrittweise Zugeständnisse zu einer unkörperlichen Verwertungsform werden. Vielmehr sind beide Verwertungsarten voneinander zu unterscheiden. Mit Einsatz der elektronischen Lieferformen wird eine andere Verwertungsart beschränkt.

c) **Lieferung per E-Mail**

Die Lieferung von Zeitungsartikeln per Email war noch unter der alten Gesetzeslage (also vor dem Gesetz vom 10.9.2003 und vor Umsetzungsfrist der Richtlinie) Gegenstand eines Verfahrens zum Emailversand von gewerblichen Pressespiegeln beim LG Berlin und beim Kammergericht. Nach Auffassung des LG Berlin kann dahinstehen, ob ein Artikel einmal eingescannt und dann dauerhaft für Abrufe gespeichert werde oder ob er für jeden Emailversand neu elektronisch eingelesen (gescannt) werde. In jedem Falle könne diese Versendungsform nicht dem Postweg rechtlich gleichgestellt werden. Vielmehr handle es sich um eine Nutzung, die der Zustimmung des Rechtsinhabers bedürfe und nicht durch gesetzliche Schranken privilegiert sei (LG Berlin AfP 2001, 339, 340).

Nach Auffassung der Berufungsinstanz (des Kammergerichts) greife die Emailversendung in das Recht der öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 2) ein. Es handle sich nicht um eine bloße elektronische Punkt-zu-Punkt-Übertragung per Email; denn in der Regel soll das gemailte Werk beim Empfänger nicht nur gespeichert, sondern auch ausgedruckt werden. Soweit der Versand nur an einen einzelnen gerichtet sei, könne sich dieser nach Auffassung des Kammergerichts zwar auf ein Privileg gem. § 53 Abs. 2 Nr. 4 a) UrhG (**a.F.**) berufen. Wird die Email aber an ein Unternehmen versendet, so dass eine Mehrzahl von Mitarbeitern Zugriff erhalten könne, liege ein Verstoß gegen § 15 Abs. 2 UrhG vor (vgl. KG ZUM 2002, 828, 831).

Im Schrifttum war vor der Richtlinie und dem Urheberrechtsänderungsgesetz von 2003 umstritten, wie der Emailversand einzuordnen sei. Urheberrechtsfrei sei dieser Versand jedenfalls dann nicht, wenn dem Empfänger per Email die Herstellung eines Vervielfältigungsstückes, z.B. durch Ausdruck, ermöglicht werden sollte (vgl. Schrickler/v.Ungern-Sternberg² § 15 Rdnr. 26). Eine Sendung im Sinne von § 20 UrhG wurde in der Regel nur deswegen verneint, weil der Emailversand an einzelne Personen zu unterschiedlichen Zeitpunkten stattfand (vgl. Schrickler/v.Ungern-Sternberg² § 20 Rdnr. 9). Nach anderer Auffassung kam es hierauf schon damals nicht an, so dass der Emailversand schon immer unter das Senderecht subsumiert werden konnte (vgl. Dreyer in HK-UrhR § 6 Rdnr. 11 sowie § 15 Rdnr. 64 und § 20 Rdnr. 25). Wie oben bereits vorgetragen, ist diese Nutzungsform spätestens seit Art. 3 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft und seit ihrer Umsetzung u.a. in § 19 a

UrhG ein Teil der öffentlichen Wiedergabe, also eine unkörperliche Werknutzung. Man kann allenfalls darum streiten, ob es sich um einen Fall der Sendung (§ 20 UrhG), eine öffentliche Zugänglichmachung (§ 19 a UrhG) oder eine weitere Form der öffentlichen Wiedergabe handelt. Auch wenn beim Emailversand die Bibliothek den jeweiligen Beitrag nicht schon gewissermaßen auf Vorrat gespeichert und zum Abruf bereitgestellt haben sollte, sondern den Beitrag erst nach der jeweiligen Bestellung hierfür bereitstellt und entweder versendet oder den Abruf ermöglicht, ist der Gesamtvorgang eher bei der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung einzuordnen als bei einer körperlichen Verwertungsform.

Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass Art. 3 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft die öffentliche Zugänglichmachung in die öffentliche Wiedergabe des Werkes einschließt (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie) und dass dieses Recht in einem weit umfassenden Sinne verstanden werden soll. Nach Erwägungsgrund 24 der Richtlinie soll die öffentliche Zugänglichmachung alle Handlungen für Mitglieder der Öffentlichkeit umfassen, die an dem Ort, an dem die Zugänglichmachung ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend sind. Bekanntlich kann jeder Beliebige der Öffentlichkeit bei den Beklagten und in anderen Bibliotheken Aufsätze und andere Beiträge aus Zeitschriften bestellen. Per Email wird ihm dies in der Weise zugänglich gemacht, dass der **jeweilige Beitrag auf dem Server des Bestellers oder der jeweiligen Bibliothek bereitgestellt wird. Mit der Bereitstellung beginnt bereits die Zugänglichmachung.** Hierfür ist es gleichgültig, ob der jeweilige Beitrag im Einzelfall für einen einzigen Abruf oder auf Dauer für zahlreiche Abrufe bereitgehalten wird.

Außerdem bieten die Beklagten mit ihren elektronischen Lieferformen verschiedene Varianten an (vgl. Anlage K 16, S.5). Bei **FTP Aktiv** wird das Dokument von der Bibliothek auf den FTP Server des Empfängers versandt. Bei **Internet Download** hinterlegt die Bibliothek das Dokument auf ihren eigenen FTP Server, informiert den Empfänger hierüber per Email, so dass letzterer dieses Dokument zu einem **Zeitpunkt seiner Wahl** bei der Bibliothek abrufen kann (vgl. Anlage K 16, S. 5). Darüber hinaus kann er dann nach dem Abruf wiederum zu einem Zeitpunkt seiner Wahl bestimmen, ob er das Dokument nur bei sich **speichern** oder auch **ausdrucken** will. Schließlich kann er das Dokument auf gleichem Wege wiederum **Dritten elektronisch zukommen lassen**, ohne den Weg per Post oder Fax beschreiten zu müssen. Diese Vorgehensweise und Möglichkeiten entsprechen dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung. Mit Post- und Fax-Versand, bei denen allein die Bibliothek den Zeitpunkt des Versands und damit auch des Empfangs bestimmt, hat dies nichts mehr zu tun.

Eine derartige elektronische Lieferung ist weder nach § 53 UrhG noch anderweitig privilegiert, zumal § 53 Abs. 2 Satz und 3 **n.F.** ohnehin nur eine Vervielfältigung auf Papier oder eine ausschließlich analoge Nutzung gestatten. Beides liegt hier nicht vor. Außerdem ließe sich auf diesem Wege das Postulat des Art. 3 Abs. 3 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft umgehen. Danach sollen sich die Rechte der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung nicht durch Handlungen der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung erschöpfen. Sähe man

aber den E-Mail-Versand nicht als öffentliche Wiedergabe oder öffentliche Zugänglichmachung an, wäre eine Weitergabe zulässig. Dies widerspräche der Zielsetzung des Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie. Zutreffend hat das Landgericht München I eine Vervielfältigung als unzulässig angesehen, wenn sie dafür dienen soll, einem Dritten den Download des Werkes zu ermöglichen (LG München I ZUM-RD 2003, 607, 610). Dies ist bei dem von den Beklagten praktizierten E-Mail-Versand (insbesondere bei Internet-Download) der Fall. Die Beklagten verstoßen also gegen die §§ 15 Abs. 2, 19 a ff. UrhG, indem sie die Dokumente per Email mit den von ihnen angebotenen Varianten (FTP Aktiv und Internet Download) liefern.

Bezeichnenderweise haben Bund und Länder (darunter auch der Beklagte zu 1.) in dem Schiedsstellenverfahren mit dem Az. Sch-Urh 41/03 einen Einigungsvorschlag beantragt, wonach sich der abzuschließende Gesamtvertrag pauschal auf „die elektronischen Lieferformen“ erstrecken soll (vgl. Anlage K 32). Ein derartiger Gesamtvertrag soll also nach den Vorstellungen der Beklagtenseite auch die Online-Nutzung umfassen. Dies entspräche wiederum der Zielvorgabe der Initiative Subito (vgl. Anlage K 21). Unstreitig handelt es sich hierbei jedoch um ein Exklusivrecht, das weder von der VG Wort wahrgenommen wird noch ohne vorherige Einräumung seitens der Verlage genutzt werden darf. Wie erwähnt, zählt der E-Mail-Versand dazu. Die Tatsache, dass nach den Angaben der Beklagten über 95 % ihrer Liefertätigkeit mittlerweile schon seit geraumer Zeit auf elektronischem Wege stattfindet, unterstreicht dies noch.

d) Zweifelfälle, Divergenzen , Vorlage zur Vorabentscheidung

Wollte man daran zweifeln, dass der E-Mail-Versand der Beklagten unter die öffentliche Wiedergabe gemäß §§ 15 Abs. 2, 19 a f. UrhG zu subsumieren ist, sind wiederum die Vorgaben zu berücksichtigen, die Art. 3 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft samt ihrer Erwägungsgründe macht. Bereits die Bereithaltung des Werkes auf dem FTP-Server der Bibliotheken (vgl. Anlage K 16, S. 5) fällt unter Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie (vgl. Dreyer in HK-UrhR § 15 Rdnr. 62). Wollte man den E-Mail-Versand nicht unter die öffentliche Wiedergabe oder unter das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung subsumieren oder wollte man den Standpunkt vertreten, die bisherigen gesetzlichen Regelungen in § 15 Abs. 2 und §§ 19 a, 20 UrhG erlaubten es nicht, den E-Mail-Versand dort einzuordnen, wie die deutsche Gesetzeslage von den Vorgaben des Art. 3 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft ab, die bis zum 22.12.2002 umzusetzen waren. Zumindest wäre **dem EuGH die Frage vorzulegen**, ob ein E-Mail-Versand einschließlich FTP Aktiv und Internet-Download, wie er von den Beklagten betrieben wird, unter die öffentliche Wiedergabe einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne von Art. 3 der Richtlinie fällt und ob hierfür eine gesetzliche Lizenz nach Art. 5 der Richtlinie zulässig ist (vgl. Art. 234 EGV). Die Frage an den EuGH könnte wie folgt lauten:

Ist es mit Art. 3 (insbesondere unter dem Blickwinkel des Regelungsgehalts des Art. 3 Abs. 3) und den Schrankenregelungen zu Art. 3 in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der

verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vereinbar, wenn ein Versand von Aufsätzen per E-Mail, sei es in Form von FTP Aktiv, Internet-Download oder sei es in anderer elektronischer Form, gesetzlich durch eine Schrankenregelung gestattet wird?

9. Lieferung ins Ausland

Soweit die Beklagten ihren Dokumentlieferservice ins Ausland (hier zunächst: Österreich und die Schweiz) betreiben, stellt sich die Frage, inwieweit sie sich für Post und Fax auf das Privileg des § 53 UrhG (mittelbar) berufen können und welches Recht grundsätzlich anwendbar ist.

a) Schutzlandprinzip

Nach herrschender Meinung gilt das Schutzlandprinzip oder auch **Territorialitätsprinzip**. Ob eine Handlung als Urheberrechtsverletzung einzustufen ist, richtet sich grundsätzlich nach dem Urheberrecht desjenigen Staates, in welchem diese Handlung stattfindet (vgl. BGH GRUR 1999, 152, 154 – Spielbankaffaire). Gleichviel, um welche der hier im Streit stehenden Versandformen per Post, Fax, E-Mail und weitere Alternativen elektronischer Lieferung es geht, es sind Nutzungshandlungen, die sowohl nach den internationalen Konventionen (RBÜ, TRIPS-Übereinkommen), denen die Länder Deutschland, Österreich und die Schweiz angehören, als auch nach dem jeweiligen nationalen Urheberrechtsgesetz in den Schutzbereich der von diesen Gesetzen und Konventionen vorgesehenen Nutzungsrechte fallen. Diese Nutzungsrechte liegen bei den Urhebern und Rechtsinhabern der Werke, und zwar zunächst als Ausschließlichkeitsrechte. Wer die Werke in dem betreffenden Land nutzt, muss sich zuvor die hierfür erforderlichen Nutzungsrechte vom Rechtsinhaber beschaffen. Ist er der Auffassung, dass die betreffende von ihm praktizierte Nutzungsart durch eine Ausnahmeregelung (Schranke) gesetzlich gestattet sei, muss er dies **konkret dartun und beweisen**. Dementsprechend ist es Sache der Beklagten, konkret darzulegen und zu beweisen, dass ein Privileg, welches zu ihren Gunsten nach deutschem Urheberrechtsgesetz in Deutschland gelten soll, nach dem jeweiligen ausländischen Urheberrechtsgesetz auch im betreffenden Ausland zu ihren Gunsten geregelt sei. Die Nutzungsrechte der Autoren und ihrer Verleger ergeben sich in Österreich aus §§ 14 ff des österreichischen Urheberrechtsgesetzes (einschließlich § 18 a, dem Zurverfügungstellungsrecht) und in der Schweiz aus § 10 des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes (abgedruckt in UFITA 122, 1993, S. 261 f).

b) Kopienversand von Deutschland ins Ausland

Es ist unstrittig, dass die Beklagten ihren Kopienversand nicht nur innerhalb Deutschlands betreiben, sondern ihn auch ins beliebige Ausland anbieten und durchführen.

Zunächst ist bereits das **Angebot** der Lieferung der **Beginn einer Verbreitungshandlung** (§ 17 Abs. 1 UrhG; BGH GRUR 1991, 316, 317 – Einzelangebot). Nur soweit die Lieferung im Einzelfall als ein

Herstellenlassen durch einen Dritten angesehen werden kann und zu Gunsten des Dritten nach § 53 UrhG a.F. privilegiert war, wurde der Versand per Post oder Telefax vom BGH nicht mehr als unzulässige Verbreitung (vgl. auch § 53 Abs. 6 UrhG), sondern als privilegierte Vervielfältigungshandlung angesehen. Voraussetzung war aber, dass diese Vervielfältigung dem jeweiligen Besteller zugerechnet werden konnte (BGH ZUM 1999, 566, 570 – Kopienversanddienst).

Bereits nach damaliger Gesetzeslage war ein Versand ins Ausland nicht privilegiert. Wird nämlich an einen Besteller aus dem Ausland geliefert, handelt es sich – jedenfalls im Hinblick auf eine Vervielfältigung, die privilegiert sein soll – um eine Nutzungshandlung, die im Ausland stattfindet, weil sie dem dortigen Besteller zugerechnet werden muss. Nach dem oben erwähnten Schutzlandprinzip muss für die Frage, ob die Vervielfältigungshandlung privilegiert ist, das Recht am Ort des Bestellers gelten. Also ist bei einer Bestellung vom Ausland das dortige ausländische Recht anzuwenden. Sieht aber das ausländische Rechte kein derartiges Privileg vor, dann ist auch die Vervielfältigungshandlung in Deutschland (die ja dem ausländischen Besteller zugerechnet werden müsste) nicht privilegiert. Dies ändert nichts daran, dass sie de facto vervielfältigt und dass diese Vervielfältigungshandlung nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Sie kann sich hierfür aber nicht auf einen privilegierten Besteller berufen. Infolge dessen begeht die Bibliothek bei einer Lieferung ins Ausland zum einen eine unerlaubte (da nicht privilegierte) Vervielfältigungshandlung; denn die Bibliotheken (hier: die Beklagten) vervielfältigen nicht für private oder sonstige eigene Zwecke. Außerdem ist der Versand eines körperlichen Vervielfältigungsstücks (z. B. per Post) eine unzulässige Verbreitungshandlung (§ 17 UrhG). Wie erwähnt, beginnt diese Verbreitungshandlung bereits mit dem Angebot, Vervielfältigungsstücke zu senden. Wird das Dokument auf elektronische Weise in unkörperlicher Form zunächst bereitgestellt und dann auf Abruf übermittelt, liegt – bei fehlender Lizenz – ein Verstoß gegen §§ 15 Abs. 2, 19 a ff UrhG vor.

In dem erwähnten Schiedsstellenverfahren mit dem Aktenzeichen Sch-Urh 41/03 (vgl. Anlage K 32) berufen sich die Antragsteller auf ein Urteil des Landgerichts Berlin vom 10.12.2002, welches für den Kopienversand per Post oder Fax von Österreich nach Deutschland entschieden hatte, dass sich die Vervielfältigungshandlung allein nach österreichischem Recht, nicht aber nach dem Recht am Sitz des Bestellers (also nach deutschem Recht) bemesse. Die Beklagten scheinen sich auf den Standpunkt stellen zu wollen, eine Lieferung ins Ausland sei ebenfalls privilegiert, obwohl die Bestellung dem Ausländer zugerechnet werden müsste, wenn sie nach deutschem Recht privilegiert sein soll. Nach dem oben erwähnten Schutzlandprinzip ist hierfür jedoch das ausländische Recht maßgeblich. Darüber setzt sich das LG Berlin in besagtem Urteil hinweg. Dies wird in dem Aufsatz „Kopienversand und kein Ende“ von Prof. Dr. Loewenheim bestätigt (erschieden in der Festschrift für Tilmann, 2003, S. 63 ff). Zur schnelleren Übersicht fügen wir eine Kopie dieses Aufsatzes bei als

Darüber hinaus bestätigt der BGH in seinem Urteil „Sender Felsberg“, dass bei einer Nutzung ins Ausland hier das Recht desjenigen Auslands anzuwenden ist, wo der Besteller seinen Sitz hat (vgl. BGH GRUR 2003, 328, 331 – Sender Felsberg). Andernfalls könnte eine nationale Regelung dadurch umgangen werden, dass der Nutzer seine Aktivitäten kurz hinter die Grenze zum benachbarten Ausland verlagert und nun von dort über die naheliegende Grenze in dasselbe Zielgebiet nutzt. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Fernsehsendung hatte der BGH für den aus dem Saarland gezielt nach Frankreich ausstrahlenden Sender auch das französische Recht für anwendbar gehalten (vgl. BGH a.a.O.). Dies gilt beim Kopienversand in gleicher Weise nicht nur für Post und Fax, sondern erst recht auch für die elektronische Lieferform per E-Mail.

Lieferungen nach Österreich und in die Schweiz sind nach dortigem Recht nicht privilegiert, so dass die Beklagten auch insoweit Urheberrechtsverletzungen begehen.

10. Subito Library Service

Nach ihren eigenen Angaben beliefern die Beklagten nicht nur Wissenschaftler und andere gewerbliche oder nicht-gewerbliche Interessenten, sondern zu ihren Endkunden zählen auch **Weiterverbreiter**, die die bestellten Dokumente an Dritte weiterliefern, und zwar sowohl im Inland als auch im Ausland. Diese Nutzung ist unter gar keinen Umständen privilegiert, auch nicht nach den vom BGH im Falle „Kopienversanddienst“ aufgestellten Grundsätzen. Sie darf also weder per Post oder Fax noch auf elektronischem Wege per E-Mail etc. stattfinden, solange die Beklagten hierüber mit den Verlagen keine Lizenz vereinbart haben.

a) Weiterverbreitung

Mit dem Subito Library Service versorgen die Beklagten (und die weiteren Mitglieds-Bibliotheken des Beklagten zu 2) nicht nur die weiteren Mitglieds-Bibliotheken (auch in Österreich und der Schweiz) des Beklagten zu 2, sondern sämtliche weiteren i. d. R. ohnehin mit öffentlichen Mitteln finanzierten **Bibliotheken im In- und Ausland**. Sie werden von den Beklagten selbst als **Endkunden** bezeichnet (vgl. Anlage K 17). Diese Endkunden sollen auf diesem Weg ihrerseits ihre Kunden beliefern können (vgl. Anlage K 13, S. 5 f). Infolgedessen wird es genügen, wenn nur noch eine einzige Bibliothek eine Zeitschrift erwirbt. Über den Subito Library Service könnten von diesem Exemplar sämtliche Beiträge über ein weltweit verzweigtes Bibliothekennetz an sämtliche Interessenten versendet werden, wenn sie nicht ohnehin schon direkt an sämtliche Interessenten in aller Herren Länder versendet worden sind.

Die **Bibliotheken**, die von den Beklagten als **Endkunden** bedient werden, sind ihrerseits **nicht privilegiert**; denn sie lassen die Kopien weder für private noch für sonstige eigene Zwecke herstellen (vgl. hierzu Wandtke/Bullinger/Lüft, UrhR § 53 Rdnr. 36). Infolgedessen entfällt auch diejenige Grundlage, die den BGH im Falle „Kopienversanddienst“ beim Post- oder Faxversand noch ein Privileg annehmen ließ. Dies hat wiederum

zur Folge, dass auch die (ebenfalls nicht privilegierten) Beklagten unerlaubte Vervielfältigungshandlungen und Verbreitungshandlungen begehen, soweit sie per Post und Fax versenden. Andere Lieferformen per E-Mail etc. verstoßen gegen §§ 15 Abs. 2, 19 a ff UrhG. Eine Weiterverbreitung oder elektronische Weitersendung der Dokumente verstößt unter anderem gegen § 53 Abs. 6 UrhG (vgl. auch Art. 3 Abs. 3 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft). Zu dieser Weiterverbreitung durch die belieferten Bibliotheken an deren Kunden tragen die Beklagten adäquat kausal bei. Letztlich ist diese Weiterverbreitung ein Teil der Dienstleistung, welche die Beklagten mit dem Subito Library Service anbieten und durchführen. Da die Weiterverbreitung über Dritte an deren Endkunden unzulässig ist, ist auch die vorangegangene Teilnahmehandlung (der Versand durch die Beklagten) unzulässig, gleichviel, ob er per Post, Telefax, elektronisch oder anderweitig abgewickelt wird.

b) Kein zulässiger Leihverkehr

Die Beklagtenseite hat sich im Rahmen der vorgerichtlichen Korrespondenz auf den Standpunkt gestellt, ihr Subito Library Service sei als **innerbibliothekarischer Leihverkehr** zulässig. Sie stütze sich in diesem Zusammenhang auf eine nationale und auch eine internationale Leihverkehrsordnung. In diesen Leihverkehrsordnungen wird aber immer auf die Besonderheiten des jeweiligen nationalen Urheberrechts hingewiesen und eine Tätigkeit nur für möglich erachtet, soweit auch die urheberrechtlichen Voraussetzungen eingehalten werden. Außerdem haben diese Leihverkehrsordnungen keine verbindliche Wirkung gegenüber den Verlagen. Maßgeblich bleibt allein das Urheberrechtsgesetz, nicht etwa eine Leihverkehrsordnung. Die Kläger hatten der Beklagtenseite deshalb vorgehalten, dass die Leihverkehrsordnungen zum einen keine verbindliche Grundlage für die Zulässigkeit der Nutzungen gegenüber den Rechtsinhabern darstellten und zum anderen den Standpunkt der Kläger unterstützen, nämlich dass zunächst die hierfür erforderlichen Rechte zu erwerben sind (vgl. Anlagen K 30 und K 31). Die Beklagtenseite wurde deshalb aufgefordert, exakt anzugeben, worauf sie meint, einen (angeblichen) Leihverkehr gesetzlich stützen zu können. Eine Antwort hierzu blieb jedoch aus. Wohlgermerkt wären die Beklagten hierfür darlegungs- und beweispflichtig.

Zunächst gilt es zu beachten, dass eine Leihe **Unentgeltlichkeit** voraussetzen würde. Die Beklagten beliefern ihre Endkunden jedoch nur gegen Zahlung vorgegebener Vergütungen (vgl. Anlage K 18). Schon aus diesem Grunde entfällt eine Leihe. Es wäre allenfalls Vermietung. Das Vermietrecht ist ein eigenständiges Nutzungsrecht (vgl. § 17 Abs. 3 UrhG), welches die Beklagten bei den Verlagen zuvor erwerben müssten. Dies ist unstrittig nicht geschehen.

Außerdem setzen Leihe und Vermietung die **Überlassung eines körperlichen Werkstücks** voraus. Sie darf nur **vorübergehend** sein. Das Werkstück muss also zurückgegeben werden. Demgemäß werden beim innerbibliothekarischen Leihverkehr von einer Bibliothek zur anderen Bibliothek Bücher verschickt und wieder zurückgeschickt. Soweit es um

Aufsätze geht, wurden die entsprechenden Zeitschriftenbände hin- und hergeschickt. So betreiben die Beklagten den Subito Library Service jedoch nicht.

Ferner gehören Vermieten und Verleihen zu den **körperlichen** Verwertungsrechten (§ 15 Abs. 1). Sie sind Teil des ebenfalls **körperlichen** Verbreitungsrechts (§ 17 UrhG). Die Beklagten wickeln ihre Liefertätigkeit nach ihren eigenen Angaben zu mehr als 95 % per E-Mail, also auf elektronische Weise ab. Diese **unkörperliche** Lieferform lässt sich nicht unter das (körperliche) Verleihrecht subsumieren (vgl. Schricker/Loewenheim² § 27 Rdnr. 16; Loewenheim/Dünnwald, Handbuch des Urheberrechts, § 87 Rdnr. 14). Hierfür ist es gleichgültig, ob das Werk als Bilddatei oder als Textdatei elektronisch übermittelt wird. In beiden Fällen fehlt es am Versand eines körperlichen Werkexemplars.

Letztlich geht es den Beklagten auch nicht um einen innerbibliothekarischen Leihverkehr, wie er ursprünglich praktiziert wurde und allenfalls gerechtfertigt sein könnte. Vielmehr geht es ihnen um ein weltweit elektronisch durchgeführtes Liefersystem. Auf diesem Wege soll ein international renommiertes Markenprodukt weiterentwickelt werden (vgl. Anlage K 15). Weder lassen sich diese Bestrebungen unter ein Verleihrecht zwingen noch rechtfertigen derartige Bestrebungen zur Marktführerschaft eine Berufung auf gesetzliche Schranken.

Darüber hinaus gilt es auch hier zu beachten, dass das Verleihen im Ausland ein Exklusivrecht sein kann und dass etwaige Schranken, die ein Verleihen gestatten könnten, nach ausländischem Recht gegeben sein müssten. Dies wird jedoch bestritten.

11. Ungerechtfertigte Beeinträchtigung der Verlage

Wie oben unter anderem unter Ziffer II 5 und 9 vorgetragen, beeinträchtigen und behindern die Beklagten (und deren weitere Mitglieds-Bibliotheken) die Primärverwertung der Verlage in starkem Maße und ohne jede Rechtfertigung.

a) Konkurrenz zur Verlagstätigkeit

Im Falle „Kopienversanddienst“ hat der BGH festgestellt, dass sich der Kopienversanddienst einer Bibliothek der Tätigkeit eines Verlegers nicht nur annähert, sondern darüber hinaus mit der Werkvermittlung durch Abrufdatenbanken verglichen werden könne (BGH ZUM 1999, 566, 571 linke Spalte Mitte – Kopienversanddienst). Mit der Erweiterung dieses Versanddienstes auf elektronische Vermittlungswege (E-Mail, Internet-Download, FTP Aktiv etc.) treten die Beklagten in direkte **Konkurrenz zu den Verlagen**; allerdings mit dem großen Unterschied, dass die Beklagten mit dem beträchtlichen finanziellen Aufwand zur Herstellung der Versandvorlagen (nämlich der Herausgabe der Zeitschriften) nichts zu tun haben und sich deshalb leicht tun, niedrigere Vergütungen als die Verlage zu verlangen; denn letztere müssen die Herstellungskosten einschließlich der Kosten für Peer-Reviews (vgl. oben unter II 4) wieder hereinwirtschaften.

Erschwerend kommt hinzu, dass die elektronischen Lieferformen die bisherige Primärverwertung, nämlich das Verbreiten von Zeitschriftenexemplaren im Wege von Abonnements, immer mehr ersetzen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Ausführungen unter Ziffer II 4 verwiesen.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Wenn also die Beklagten stolz ihre Erfolgsbilanzen mit laufend steigendem Bestellvolumen (vgl. Anlage K 22) und einem zunehmend international renommierten Markenprodukt (vgl. Anlage K 15) verkünden, dann geschieht dies auf Kosten der Verlage; denn jede zusätzliche Lieferzahl bei den Beklagten begründet die Abbestellung von Abonnements bei den Verlagen und eine Lücke bei ihren eigenen Dokumentlieferdiensten.

Diese behindernde Konkurrenz besteht nicht nur hinsichtlich der einzelnen Wissenschaftler und sonstiger Endkunden, sondern auch hinsichtlich anderer Lieferdienste, mit denen die Kläger Lizenzverträge abschließen oder abschließen könnten. Derartige Lizenznehmer wählen auch den billigeren Weg, den ihnen die Beklagten über ihren Subito Library Service uneingeschränkt und weltweit anbieten. Abgesehen von der Urheberrechtsverletzung verstoßen diese Behinderungen auch gegen § 1 UWG und §§ 823 ff BGB.

Erschwerend kommt noch hinzu, dass die Beklagten **systematisch alle Neuerscheinungen** der Verlage **aktuell** in ihr Lieferangebot übernehmen, so dass den Verlagen, die die Last der Herstellungskosten tragen müssen, **jeglicher Vorsprung genommen** wird. Zwangsläufig ist hierdurch auch die Amortisation der von den Verlagen aufzubringenden Kosten in starkem Maße gefährdet.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Dies steht im Widerspruch zu den Erwägungsgründen 10 f. der Richtlinie 93/98 EWG zur Harmonisierung der Schutzdauer vom 29.10.1993 sowie zu Erwägungsgrund 9 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft. Dort heißt es wörtlich:

"Jede Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte muss von einem **hohen Schutzniveau** ausgehen, da diese Rechte für das geistige Schaffen wesentlich sind. Ihr Schutz trägt dazu bei, die **Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeit** im Interesse der Urheber, ausübenden Künstler, Hersteller, Verbraucher, von Kultur und Wirtschaft sowie der breiten Öffentlichkeit sicherzustellen. Das geistige Eigentum ist daher als Bestandteil des Eigentums anerkannt worden". (GRUR Int. 2001, 745, 746).

b) 3-Stufen-Test

Abgesehen davon, dass die Verlage Rückgänge bei Abonnements und andere Beeinträchtigungen durch die Praxis der Beklagten bereits zu verzeichnen hatten, dient der Urheberrechtsschutz auch dazu, derartige Einbrüche nicht erst entstehen zu lassen.

- aa)** Zum einen sind bestehende gesetzliche **Schranken grundsätzlich eng auszulegen**. Analogschlüsse kommen nur ausnahmsweise in Betracht (vgl. Dreier in Dreier/Schulze Vor §§ 44 a ff. Rdnr. 7 m.w.N.). Ging der BGH im Falle „Kopiersenddienst“ noch von einer Gesetzeslücke aus, die er schließen wollte, solange der Gesetzgeber nicht tätig ist, muss nun berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber die Schranke in § 53 UrhG durch das Gesetz vom 10.9.2003 enger gezogen hat. Nach § 53 Abs. 2 Satz 3 soll für den hier einschlägigen Bereich des sonstigen eigenen Gebrauchs nur noch eine **ausschließlich analoge Nutzung** oder eine **Vervielfältigung auf Papier** privilegiert sein. Beim E-Mail-Versand wird man nicht mehr von einer Papierkopie oder einem ähnlichen Träger sprechen können; denn andernfalls wäre auch jeder Ausdruck einer online übermittelten Kopie privilegiert. Die Onlinenutzung fällt aber unter § 19 a UrhG, zu dem es kein hier einschlägiges Privileg gibt. Außerdem vertritt sich eine so weite Interpretation der Papierkopie (oder eines ähnlichen Trägers) nicht mit Erwägungsgrund 38 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft; denn danach soll zwischen digitaler und analoger privater Vervielfältigung gebührend unterschieden werden.
- bb)** Zum anderen würde gegen den **3-Stufen-Test** des Art. 3 Abs. 5 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft (vgl. auch Art. 9 Abs. 2 RBÜ sowie Art. 13 TRIPS-Übereinkommen) verstoßen, wenn eine gesetzliche Lizenz derartige Beeinträchtigungen zulassen würde. Dieser 3-Stufen-Test ist nicht nur bei der Umsetzung der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft zwingend zu beachten, sondern er ist über Art. 13 TRIPS-Übereinkommen in Deutschland **unmittelbar geltendes Recht**, an dem sich auch die Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes messen lassen müssen (BGH ZUM 1999, 566, 572 – Kopiersenddienst; vgl. auch Bornkamm, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, FS Erdmann 2002, S. 29, 40).
- cc)** Nach dem 3-Stufen-Test darf eine Schrankenregelung (1) nur einen bestimmten Sonderfall betreffen. Sie darf (2) die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigen. Darüber hinaus darf sie (3) die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzen. Es handelt sich nicht lediglich um 3 Aspekte, die allein in einer Gesamtschau nach Belieben ins Kalkül gezogen werden können. Vielmehr haben die 3 Stufen auch eine **Ausschlusswirkung**. Wird beispielsweise die erste Stufe nicht erfüllt, weil die Schrankenregelung keinen bestimmten Sonderfall betrifft (z. B. zu allgemein gehalten ist), ist sie schon deswegen rechtswidrig. Dies kann auch nicht durch eine Prüfung der weiteren Stufen wieder geheilt werden (vgl. Senftleben,

Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, 200, 205).

Dieses stufenweise Vorgehen hatte der BGH im Falle "Kopienversanddienst" nicht strikt eingehalten. Obwohl er selbst annahm, dass der Kopienversand (per Post oder Fax) mit Abrufdatenbanken verglichen werden kann und deshalb die Tätigkeit des Verlegers letztlich beeinträchtigen muss, prüfte er auf derselben Stufe, inwieweit eine unzumutbare Verletzung durch Zuerkennung eines Vergütungsanspruchs wieder beseitigt werden könne (vgl. BGH ZUM 1999, 566, 571 f. – Kopienversanddienst). Nach dem 3-Stufen-Test hätte er aber bereits aufgrund seiner Feststellungen auf der ersten oder zweiten Stufe ein Privileg ausschließen müssen und den Ausgleich über eine angemessene Vergütung gar nicht mehr ins Kalkül ziehen dürfen. Dies deutet auch Bornkamm in seinem Aufsatz „Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung“ zutreffend an (vgl. Bornkamm, FS Erdmann 2002, S. 29, 47 Fußnote 89). Zur schnelleren Übersicht überreichen wir eine Kopie dieses Aufsatzes als

- Anlage K 36 -.

- dd)** Auf der einen Seite mag die private Kopie für den sonstigen eigenen Gebrauch wegen des allgemeinen öffentlichen Interesses an Wissenschaft, Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen grundsätzlich gerechtfertigt sein. Auf der anderen Seite geht es im vorliegenden Fall nicht um eine unkontrollierbare Massennutzung, sondern um einen überschaubaren Kreis von Bibliotheken (Nutzern), mit denen ohne weiteres Lizenzverträge abgeschlossen werden können. Wie Reinbothe ausführt, sind auch für Bibliotheken Schranken grundsätzlich nur in den abschließend aufgezählten Fällen zulässig. Sie dürfen keine wirtschaftlichen oder kommerziellen Zwecke verfolgen. I.d.R. müssen sie Lizenzvereinbarungen treffen (vgl. Reinbothe, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2001, 733, 739). Es handelt sich also im Bereich der privaten Kopie um einen **bestimmbaren Bereich**, der auch als solcher herausgegriffen und geregelt werden kann. Soll dort eine Ausnahme gemacht werden, wäre sie nicht nur bestimmbar, sondern sie müsste auch tatsächlich bestimmt werden (vgl. Bornkamm a.a.O. S. 46; Reinbothe, Beschränkungen und Ausnahmen von den Rechten im WIPO-Urheberrechtsvertrag, FS Dittrich, 2002, S. 251, 257; Berger, Elektronischer Pressespiegel und Informationsrichtlinie, CR 2004, 360, 365). Dies gilt erst recht, wenn sich die Ausnahme nach den Vorstellungen der Beklagten auch auf einen E-Mail-Versand erstrecken sollte. Erschwerend kommt noch hinzu, dass nach Erwägungsgründen 45, 51 und 52 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft freiwillige Maßnahmen der Rechtsinhaber zu fördern und demgemäss vorrangig sind. Wo also Lizenzverträge für einen bestimmbaren Bereich abgeschlossen werden können, um die Nutzung zu legalisieren, dort müsste auch die Schrankenregelung diesen bestimmten Bereich exakt erfassen. Dies ist jedoch in § 53 UrhG oder in einer anderen Schrankenregelung nicht geschehen.

Außerdem sieht auch der in Art. 5 Abs. 2 bis 4 der Richtlinie abschließend geregelte Schrankenatalog keine dahingehende Schranke vor. Sie wäre auch nicht gerechtfertigt; denn der Kopienversand ist über eine begrenzte Zahl an Bibliotheken einerseits kontrollierbar, führt aber andererseits – wie die Statistik der Beklagten zeigt (vgl. Anlage K 22) – zu sehr vielen und laufend zunehmenden Nutzungshandlungen, die zudem die bisherige (Print-)Primärverwertung nicht nur beeinträchtigten, sondern tendenziell ersetzen. Infolgedessen kann nicht von einem Sonderfall gesprochen werden. Schon aus diesem Grunde können sich die Beklagten auf eine Schrankenregelung nicht wirksam berufen.

- ee) Selbst wenn man § 53 dahingehend interpretieren wollte, dass die Regelung bestimmt genug sei, um auch den Kopienversand per E-Mail und dergleichen zu erfassen, würde hierdurch die **normale Verwertung** des Werks aus den oben angegebenen Gründen **beeinträchtigt** werden. Ausreichend hierfür ist, dass die infrage stehende Beschränkung die Rechtsinhaber einer aktuellen oder potenziellen Einnahmequelle beraubt, die typischerweise ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung von Werken einer betroffenen Werkart hat (so Senftleben a.a.O. S. 209). Dies ist hier in der mittlerweile digitalisierten Wissenschaftswelt der Fall. Wissenschaftliche Aufsätze und Beiträge werden zunehmend über Datenbanken angeboten. Die Verlage müssen diese Verwertungsform der Online-Nutzung aufgreifen, um weiterhin auf dem Markt bestehen zu können; denn ihre Abonnements werden durch die Nutzungsgewohnheiten der betroffenen Kreise in den Hintergrund gedrängt und ersetzt, gegebenenfalls auch durch Abonnements für die elektronische Lieferung. Dies ist heute schon der Fall, und deshalb betreiben die Verlage eigene Datenbanken oder sie arbeiten mit Lizenznehmern zusammen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Ausführungen insbesondere unter II 5 und 9 verwiesen.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Diese Beeinträchtigungen lassen sich auch nicht durch angemessene Vergütungen kompensieren. Zum einen kommt eine angemessene Vergütung erst auf der dritten Stufe, nicht schon auf der zweiten Stufe des 3-Stufen-Tests in Betracht (vgl. Bornkamm a.a.O.; Senftleben a.a.O. S. 208; Dreier in Dreier/Schulze Vor §§ 44 a ff Rdnr. 21). Zum anderen zählt der Dokumentlieferdienst mittlerweile zum Kerngeschäft der Verleger. Eine angemessene Vergütung für dieses Kerngeschäft würde den Verlegern letztlich die wirtschaftliche Grundlage entziehen; denn verfolgt man die Zielvorgabe der Beklagten (vgl. oben Ziffer II 8 a), dann bräuchten die Verleger nur noch ein einziges Exemplar ihrer Zeitschrift herzustellen, um das gesamte weitere Geschäft dann den Beklagten zu Vergütungen zu überlassen, an denen sie kein Wort mehr mitzureden hätten.

Eine so weitreichende Schrankenregelung verstieße gegen den 3-Stufen-Test und wäre deswegen unwirksam.

- ff) Außerdem wird man bei Unterrichtszwecken oder wissenschaftlichen Zwecken im Auge behalten müssen, dass es sich hier um wissenschaftliche Zeitschriften und wissenschaftliche Verlage handelt. Die Zeitschriften werden zwangsläufig nur von Wissenschaftlern gelesen. Wollte man allein wegen der Wissenschaftlichkeit eine Nutzung privilegieren, bliebe diesen Verlagen so gut wie kein Ausschließlichkeitsrecht. Dies wäre mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nicht vereinbar, unter der auch das Urheberrecht steht (vgl. Dreier/Schulze Einl. Rdnr. 39 ff sowie § 15 Rdnr. 17 m.w.N.).

Schließlich ist die Beeinträchtigung nicht nur im Hinblick auf die von den Verlagen jeweils herausgegebene Zeitschrift als ganze, sondern außerdem im Hinblick auf den einzelnen Artikel dieser Zeitschrift zu beachten. Neben das Zeitschriftengeschäft ist mittlerweile ein ständig wachsendes Artikelgeschäft getreten. Wie oben unter Ziffer II 5 vorgetragen, unterhalten sämtliche Verlage, um deren Zeitschriften es geht, eigene oder lizenzierte Dokumentlieferdienste, wo dieselben Artikel bezogen werden können. Teilweise sind sogar die Mitgliedsbibliotheken des Beklagten zu 2 – darunter auch die Universitätsbibliothek Augsburg, dessen Träger der Beklagte zu 1 ist – in die vertraglichen Absprachen mit den Verlagen einbezogen. Konkurrierend hierzu bieten die Beklagten diese Artikel – mangels eigener Herstellungs- und Entwicklungskosten – billiger an und beeinträchtigen zwangsläufig die Aktivitäten der Verlage.

c) **Vorlage zur Vorabentscheidung**

Sollte das Gericht daran zweifeln, ob der von dem Beklagten betriebene Dokumentlieferservice unter eine bestehende gesetzliche Schranke fällt, oder sollte das Gericht diesen Dokumentlieferservice unter eine bestehende Schrankenregelung fallen lassen, verstieße dies nach Auffassung der Kläger gegen die Vorgaben der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft einschließlich des 3-Stufen-Tests gemäß Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie. Nach Auffassung der Kläger müsste jedenfalls **dem EUGH die Frage zur Vorabentscheidung** (gemäß Art. 234 EGV) **vorgelegt werden**, ob eine gesetzliche Lizenz des entgeltlichen Dokumentlieferservice per E-Mail, FTP Aktiv und Internet-Download sowie des Subito Library Service, wie sie von den Beklagten praktiziert werden, mit dem 3-Stufen-Test in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie und den abschließenden Schrankenregelungen gemäß Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie vereinbar ist.

12. Zur Passivlegitimation

Der Beklagte zu 1. betreibt nicht nur eine maßgebliche wissenschaftliche Bibliothek in Augsburg, sondern er ist auch Mitglied des Beklagten zu 2. Er bedient sich des Systems Subito und nimmt auch am Subito Library Service teil (vgl. Anlage K 12). Infolgedessen sind ihm alle Lieferungen, die nach diesem System durchgeführt werden, zuzurechnen. Außerdem wurden auch in jüngster Zeit Bestellungen von ihm per E-Mail durchgeführt, unter anderem auch in die Schweiz.

Beweis: Beim Beklagten zu 1 bestellte und von ihm durchgeführte Lieferungen, die im Bestreitensfalle vorgelegt werden.

Der Beklagte zu 2 führt das System Subito mit seinen Mitgliedern, den namhaften wissenschaftlichen Bibliotheken Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, im eigenen Namen durch. Dieses System sieht unter anderem eine Zentralregulierung vor. Danach kann sich der Kunde über den Beklagten zu 2 an sämtliche Mitglieds-Bibliotheken (darunter auch den Beklagten zu 1) wenden (vgl. Anlage K 13, S. 9). Er wirkt deshalb adäquat kausal an sämtlichen Angeboten und Liefervorgängen mit.

Beim **Beklagten zu 2** kommt noch hinzu, dass er selbst **keine Bibliothek** ist, sich also aus seiner eigenen Funktion erst recht nicht auf ein Privileg stützen könnte, welches für eine Bibliothek (nach Auffassung der Kläger jedoch nicht) entfernt noch gerechtfertigt sein könnte.

Beiden Beklagten ist die Problematik nicht zuletzt aus dem vom BGH entschiedenen Falle „Kopienversanddienst“ und auch aus den langen vorgerichtlichen Diskussionen und Besprechungen bestens bekannt. Ihr Verschulden ist somit zu bejahen. Außerdem sind Unterlassungsansprüche und Bereicherungsansprüche verschuldensunabhängig.

13. Zu den Ansprüchen

Die von den Beklagten begangenen Urheberrechtsverletzungen und Wettbewerbsverstöße begründen Ansprüche der Kläger u. a. auf Unterlassung, Auskunft und Rechnungslegung und Schadensersatz.

a) Unterlassungsansprüche

Unterlassungsansprüche sind aus § 97 UrhG, § 1 UWG und §§ 823 ff., 1004 BGB begründet. Es geht um die Lieferung der Beklagten von Deutschland aus. Dabei wurde entsprechend der obigen Begründung wie folgt unterschieden:

Gemäß Antrag 1 a soll der Dokumentlieferservice der Beklagten an Kunden verboten werden, die die Dokumente ihrerseits nicht weiterverbreiten oder weitersenden.

Mit Antrag 1 b soll der Subito Library Service den Beklagten verboten werden. Dieser Antrag erstreckt sich deshalb auch auf den Versand per Post und Fax.

b) Auskunft

Der Auskunftsanspruch folgt aus §§ 242, 259, 260 BGB sowie aus § 101 a UrhG. Die Kläger benötigen die Auskünfte, um ihren Schaden bzw. denjenigen der hinter ihnen stehenden Verlage beziffern zu können.

c) Schadensersatz

Der Schadensersatz lässt sich erst nach Erhalt der vollständigen Auskünfte beziffern. Desgleichen kann erst nach Erhalt der Auskunft eine der drei Berechnungsarten gewählt werden. In vergleichbaren Fällen hat die Rechtsprechung das Feststellungsinteresse ständig bejaht.

14. Zur Zuständigkeit

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Urheberrechtskammer des LG München I ergibt sich gegenüber dem Beklagten zu 1. aus §§ 104, 105 UrhG in Verbindung mit der einschlägigen bayerischen Rechtsverordnung. Es handelt sich um eine Urheberrechtsstreitsache. Augsburg fällt in den Bereich des OLG München. Für diesen Bereich ist nach § 105 UrhG eine der beiden Urheberrechtskammern des LG München I zuständig.

Außerdem haben beide Beklagte unter anderem über das Internet bundesweit unerlaubte Handlungen begangen, so dass sich die Zuständigkeit des LG München I auch gegenüber dem Beklagten zu 2. aus § 32 ZPO ergibt.

Darüber hinaus haben die Beklagten diese Handlungen gemeinschaftlich begangen, so dass die Zuständigkeit des LG München I ggf. nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 zu bestimmen wäre.

15. Zur Vorlage an den EuGH

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass dem EuGH mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen wären, wenn man die Dokumentversandtätigkeit der Beklagten unter eine bestehende gesetzliche Lizenz fallen lassen wollte (vgl. Art. 236 EGV). Diese Fragen werden nochmals wie folgt zusammengefasst:

- Ist es mit Art. 5 Abs. 2 b, Art 5 Abs. 2 c und/oder Art. 5 Abs. 3 a der Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vereinbar, wenn öffentlich zugängliche Bibliotheken Kopien von Aufsätzen aus wissenschaftlichen Zeitschriften gegen Entgelt in beliebiger oder nicht nur die reinen Versandkosten abdeckender Höhe an Wissenschaftler oder an andere Besteller versenden, sei es per Post oder Fax oder sei es per E-Mail?
- Ist es mit Art. 3 (insbesondere unter dem Blickwinkel des Regelungsgehalts des Art. 3 Abs. 3) und den Schrankenregelungen zu Art. 3 in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vereinbar, wenn ein Versand von Aufsätzen per E-Mail, sei es in Form von FTP Aktiv, Internet-Download oder sei es in anderer elektronischer Form, gesetzlich durch eine Schrankenregelung gestattet wird?

- Ist eine gesetzliche Lizenz des entgeltlichen Dokumentlieferservice per E-Mail, FTP Aktiv und Internet-Download sowie des Subito Library Service, wie sie von Subito e.V. und den Mitgliedsbibliotheken praktiziert werden, mit dem 3-Stufen-Test in Art. 5 Abs. 5 und den abschließenden Schrankenregelungen gemäß Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft vereinbar?

Dr. Gernot Schulze
Rechtsanwalt