

11. Oktober 2004

## **Rechtspolitisches Positionspapier des Deutschen Bibliotheksverbandes zum Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft**

Der vorliegende Richtlinienvorschlag beinhaltet mehrere Normenvorschläge, die für die Bibliotheksarbeit im Dienste für Bildung und Wissenschaft nachhaltige Folgen haben werden.

Dazu zählen folgende Neuregelungen

- unbekannte Nutzungsarten (§ 31 a ff),
- Beibehaltung der Befristung zu § 52 a (§ 137 k),
- Kopienversand auf Einzelbestellung (§ 53 a),
- Nichtdurchsetzbarkeit der Privatkopie (§ 53 Abs. 1 i.V.m. § 95 b Abs. 2),
- Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken (§ 52 b).

Der DBV begrüßt, dass das BMJ sich der oben genannten Themen angenommen hat, sieht aber in der Ausgestaltung der Normenvorschläge keine ausreichend befriedigende Regelung für die Bildung und den Wissenschaftsstandort Deutschland. Dazu ergehen folgende Änderungsvorschläge:

1. § 31 a ff sieht vor, dass unbekannte Nutzungsarten künftig vertraglich eingeräumt werden können und rückwirkend für Werke, die nach dem 1.1.1966 erschienen sind, als eingeräumt anzusehen sind, wenn die Urheber dieser nicht in Jahresfrist widersprechen (§ 137 I). Diese Neuregelung ist für die Öffnung von bereits vorhandenen Archiven für die Öffentlichkeit zu begrüßen. Dennoch gilt es zu befürchten, dass die Urheber von ihrem Widerspruchsrecht aufgrund der Unkenntnis nicht fristgemäß Gebrauch machen werden. Auch die Bibliotheksseite hatte sich für diese Neuregelung verwandt, denn in ihren Archiven "schlummert" das geistige Schaffen unserer Gesellschaft, welches aus Bestandserhaltungsgründen oft keiner öffentlichen Nutzung mehr zugeführt werden kann. Der Zugang ist aber für Bildung und Wissenschaft unerlässlich, so dass die elektronische Form eine das Original schonende und zugleich bedarfsorientierte Zugangsmöglichkeit bietet. Die Neuregelung zu den unbekanntem Nutzungsarten birgt in der vorliegenden Fassung jedoch die Gefahr in sich, dass kommerzielle Rechteinhaber, die seit 1966 im Besitz der ausschließlichen Rechte sind, nunmehr de facto im Selbstlauf sich die digitalen Rechte sichern und somit den positiven Ansatz der Norm, die Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit einschränken. Für die Abklärung dieser Rechte gibt es bereits pragmatische Regelungen zwischen Bibliotheken, Verlagen und der Verwertungsgesellschaft Wort für die Zeitschriftendigitalisierung, die analog in anderen Bereichen eingesetzt werden können.

**Forderung: Die Norm bedarf einer Klarstellung dahingehend, dass den öffentlich zugänglichen Archiven an ihren Beständen unabhängig und neben kommerziellen Verwertern ein Verwertungsrecht zusteht. Dabei empfehlen wir die Einbeziehung einer Verwertungsgesellschaftspflicht.**

2. § 52 a unterliegt weiterhin der Befristung gemäß § 137 k bis zum 31.12.2006. Die Befristung fand aufgrund der massiv vorgetragenen Befürchtungen der Verlegerseite, dass durch Anwendung des § 52 a eine erhebliche wirtschaftliche

Beeinträchtigung begründet werden wird, Eingang in das Gesetz (Begründung zu § 52 a). Trotz zügiger Verhandlungen zwischen den berufenen Verwertungsgesellschaften und der Kommission Bibliothekstantieme der KMK, wird - wie erste Umfrageergebnisse zeigen - mit einer umfassenden repräsentativen Auswertung der Anwendungen und ihrer tatsächlichen Auswirkungen erst mit Ablauf der Frist zu rechnen sein. Damit fehlt der Evaluierung der Norm, die 2005 durch das BMJ erfolgen soll, jegliche Grundlage. Die Bibliotheksverbände haben angesichts dieser Tatsache kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes im Oktober 2003 mit Vertretern des Börsenvereins eine *Charta zum gemeinsamen Verständnis zu § 52 a* vereinbart. Gegenstand sind Definitionen und Beschränkungen, die geeignet sind, die Befürchtungen der Verlagsseite auszuräumen. Da § 52 a sich in völliger Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 2 a der Informationsrichtlinie befindet und zwischenzeitlich die Bibliotheksverbände Vorsorge vor einem Missbrauch ergriffen haben, wie sie zum Zeitpunkt der Gesetzesdiskussion nicht vorzuweisen waren, besteht auch kein zeitlicher Druck mehr, eine Befristung zum Ende des Jahres 2006 aufrecht zu erhalten.

**Forderung: Die Befristung des § 52 a in § 137 k ist auf den 31.12.2008 zu terminieren und eine Evaluierung in den Jahren 2005 und 2007 einzufordern.**

3. . Mit § 53 a Abs. 1, Satz 1 wird das BGH-Urteil in Sachen Kopienversand (Az I ZR 118/96) in das UrhG umgesetzt. Mit Abs. 1 Satz 2 wird eine Einschränkung vorgenommen, die weit über die BGH-Entscheidung hinausgeht. Hier wird der Versand von Kopien in elektronischer Form verboten, wenn der Verlag selbst elektronische Angebote (Pay per view) der Öffentlichkeit anbietet. Vor dem Hintergrund, dass bereits heute Verlage neben der gedruckten Ausgabe diese auch auf dem elektronischen Wege der Öffentlichkeit lizenziert zur Verfügung stellen und es nur noch eine Frage der Zeit ist, wann dieser Umfang gerade für die Wissenschaft eine ausschließliche Publikationsform darstellt, wird damit der Zugang zu Wissen auch bei der Zweitverwertung allein dem Markt ausschließlich zu Marktpreisen überlassen. Angesichts der Tatsache, dass bereits heute elektronische Beiträge von Verlagen für 30 € angeboten werden, gilt es zu befürchten, dass der schnelle demokratische Zugang zu Informationen nicht mehr für jedermann zur Verfügung stehen wird. Vor dem Hintergrund der Preispolitik weltweit agierender Wissenschaftsverlage sind auch die Bibliotheken nicht mehr in der Lage, alle notwendigen Lizenzen vorzuhalten, so dass Wissenschaftler künftig gezwungen sein werden, benötigte Informationen direkt vom Anbieter zu hohen Preisen käuflich zu erwerben. Die bewährten originären Bibliotheksaufgaben einer wissenschaftlichen Bibliothek werden zugunsten allein des Marktes beschränkt. Unstrittig gilt es auch zu verhindern, dass durch Ausnahmen in die Primärverwertung der Verlage eingegriffen wird und so ist die Beschränkung auf den Versand von ausschließlich grafischen Dateien (Faksimile), die eine Weiterverwendung nur in analoger Form sicherstellen, richtig, aber auch ausreichend. Jede weitergehende Beschränkung ist vom BGH-Urteil nicht mehr gedeckt. Der BGH hat in seinem Urteil in Sachen Kopienversand unstrittig die Zulässigkeit des Kopiendirektversands als übereinstimmend mit dem geltenden Urheberrecht anerkannt. Entsprechend den Anträgen mit Rechtsanhängigkeit aus dem Jahre 1996 wurde bei der Behandlung explizit auf den postalischen Versand und die Lieferung per Fax abgestellt. Daraus ist allerdings nicht zu schließen, dass elektronische Lieferformen nicht vom Urteil erfasst seien, da bereits die Fax-Übermittlung unstrittig eine elektronische Form darstellt. Vielmehr stellt das BGH-

Urteil auch auf die elektronischen Lieferformen ab, indem es auf den Zeitfaktor abhebt. Dieser ist bei Fax- und E-Mail-Übermittlung gleich. Auch kann vom Versender nicht kontrolliert werden, ob die vom BGH als zulässig beschriebene Fax-Übermittlung nicht auf einem PC-Endgerät empfangen wird, so dass auch hieraus klar ersichtlich ist, dass der BGH die elektronische Lieferform anerkannt hat. Zwischenzeitlich haben auch andere höchstrichterliche Urteile diese Auffassung bestätigt. Hier sei auf die BGH-Urteile in Sachen Scanner und Zulässigkeit elektronischer Pressespiegel hingewiesen. Im BGH-Urteil vom 5.7.2001 - I ZR 335/98 (Hamburg) in Sachen Scanner als vergütungspflichtige Vervielfältigungsgeräte nach Urheberrecht heißt es: *"Geht es darum, wie ein bei Schaffung des Gesetzes noch nicht bekannter technischer Vorgang urheberrechtlich zu beurteilen ist, kann die Antwort häufig nicht allein anhand der Begriffe gefunden werden. Vielmehr ist zu fragen, ob der in Rede stehende Vorgang funktional dem entspricht, was der Gesetzgeber als regelungsbedürftig angesehen hat. Bei einer solchen Sichtweise besteht kein Zweifel, dass der durch den Scanner ermöglichte Vervielfältigungsvorgang von der gesetzlichen Vergütungsregelung in § 54 a Abs. 1 UrhG grundsätzlich erfasst ist. Denn im Zusammenspiel mit PC und Drucker ist ein Scanner mit der dazugehörigen Software geeignet, ähnlich wie ein herkömmliches Fotokopiergerät eingesetzt zu werden."* (NJW 2002 Heft 13, S. 965). Dieser Auffassung hat sich auch das Oberlandesgericht Frankfurt am Main in seinem Beschluss zur Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (11 W 39/99) angeschlossen. Gegenstand des Antrags auf einstweilige Verfügung war das Unterlassungsverlangen der Öko-Test GmbH gegen die Universitätsbibliothek Regensburg, Kopien auf Bestellung per e-Mail in Versand zu bringen. Hier führt das OLG aus, dass *"auch bei einer Zusendung per e-Mail ... lediglich eine elektronische Kopie gefertigt, dem Besteller entsprechend übermittelt wird..."* Und im BGH-Urteil elektronischer Pressespiegel kommt das Gericht zu dem Schluss: *"Da außerdem die Herstellung der konkret bestellten Kopie nach § 53 UrhG dem jeweiligen Besteller zuzurechnen ist, kommt es auf die Art und Weise des Versands dieser Kopie der Antragsgegnerin nicht an. Der Versand ist ein notwendiger und integraler Bestandteil des Herstellungsvorgangs durch Dritte"*. Abschließend ist festzustellen, dass eine durch Bibliotheken versandte grafische Datei erst hergestellt und dann versandt werden muss und im Ergebnis nur eine analoge Nutzung durch den Besteller zulässt. Damit unterscheidet sich diese Versandform gravierend von dem Angebot der Verlage, die ohne Zeitverlust einen direkten Zugriff auf ein elektronisches Volltextdokument ermöglichen. Einer Beschränkung des Kopienversands durch Bibliotheken bedarf es demnach nicht.

**Forderung: Letzter Halbsatz in § 53 a Abs. 1, Satz 2 ist ersatzlos zu streichen.**

4. Die Aufgabe von Bibliotheken für Bildung und Wissenschaft wird auch durch die Nichtdurchsetzbarkeit der Privatkopie bei Anwendung von technischen Maßnahmen durch den Rechtsinhaber beeinträchtigt. Die Privatkopie ist nicht allein vor dem Hintergrund des Raubkopierens von Musik- und Filmwerken zu betrachten. Die vielfältigen Informationsbedürfnisse der Bürger werden gerade über die Privatkopie befriedigt. Anliegen dafür sind Unterrichtung, persönliche wissenschaftliche Forschung und private Weiterbildungsinitiativen. Diese Tatsache wird in der lauten Debatte um Milliardenverluste der Musikindustrie verdrängt. Bibliotheken sind Orte legaler Vorlagen und Orte des freien ungehinderten Zugangs zu allgemein zugänglichen Quellen, die von ihr legal erworben wurden. Sich aus

Bibliotheksbeständen Kopien für den privaten Gebrauch herzustellen oder herstellen zu lassen ist eine der originären Bibliotheksaufgaben im Sinne des Grundrechts auf Informationsfreiheit eines jeden Bürgers. Die Bibliotheken wenden sich im Interesse ihrer Nutzer gegen die Beschränkung der Informationsfreiheit durch technische Maßnahmen, die allein im wirtschaftlichen Interesse der Rechtsinhaber liegen. Da auch die Informationsrichtlinie diese Beschränkung nicht ausdrücklich vorsieht, befindet sich die Forderung nach Durchsetzbarkeit der elektronischen Privatkopie in Übereinstimmung mit dem europäischen Recht.

**Forderung: Aufnahme der Durchsetzbarkeit der Privatkopie in den Katalog des § 95 b Abs. 2. Alternativ: Durchsetzbarkeit der Privatkopie, soweit die Kopie in oder durch eine öffentlich zugängliche Bibliothek hergestellt wird.**

5. § 52 b gestattet die Wiedergabe von Bibliotheksbeständen in den Räumen der Bibliothek an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen, wenn keine anderslautenden vertraglichen Regelungen dem entgegenstehen. Mit Satz 1 des § 52 b wird Art. 5 Abs. 3 n Informationsrichtlinie in das deutsche Urheberrechtsgesetz umgesetzt. Satz 2 bestimmt, dass nicht mehr Exemplare zeitgleich zugänglich gemacht werden dürfen, als der Bestand der Bibliothek umfasst. Diese Einschränkung ist in der Richtlinie nicht vorgesehen. Durch das zusätzliche Einfügen des Satzes 2 wird der Besitzstand aus der analogen Welt abgebildet und die Norm stellt somit gar keine tatsächliche Ausnahme zu § 19 a dar. In der analogen Welt ist es rechtlich zulässig, Medien jeder Art, die zum Bibliotheksbestand gehören, in den Räumen der Bibliothek zu betrachten. Betrachtet ein Nutzer ein Buch in der Bibliothek, so stellt dies keine Verbreitungshandlung dar, weil das Medium in der Obhut der Bibliothek verbleibt. Nichts anderes gilt für das Ansehen einer CD-ROM an einem Bildschirm. Zwar geht Nordemann (Rdnr 2 zu §27 Kommentar 1989), davon aus, dass die Präsenznutzung eine Verbreitungshandlung i.S. der § 535, 598 BGB (unentgeltliche Gebrauchsüberlassung) darstellt, lässt aber dabei unberücksichtigt, dass der Tatbestand des Besitzwechsels unerfüllt bleibt. Da das Betrachten des Werkes nunmehr an einem netzgestützten Leseplatz erfolgt, ist zu prüfen, ob das Anschauen eines Werkes am Bildschirm durch einen Benutzer an einem eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplatz den Tatbestand des § 19 a, d.h. die öffentliche Zugänglichmachung an Mitglieder der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl, erfüllt. Der Benutzer ist zwar unstrittig ein Mitglied der Öffentlichkeit, aber Zeit und Ort kann er mitnichten selbst bestimmen, so dass § 52 b gar keine Ausnahme zu § 19 a darstellt. Da im Rahmen des § 52 b letztendlich nur "im Wege der Veräußerung in Verkehr gebrachte" erworbene Medien in der erworbenen Anzahl zugänglich gemacht werden können, da lizenzierte ausgenommen sind, gilt für diese der Erschöpfungsgrundsatz nach § 17 Abs. 3, wonach die Weiterverbreitung nicht mehr zu untersagen ist. Sollte an § 52 b in der vorliegenden Fassung festgehalten werden, so ist eine Vergütungspflicht auszuschließen (Satz 3 und 4), da auch für die Präsenznutzung von analogen Medien mangels Rechtsgrundlage diese nicht erhoben wird. Eine Vergütungspflicht kann demnach nur anerkannt werden, wenn die Zugänglichmachung an mehreren Leseplätzen in der Bibliothek gestattet wird.

**Forderung: Satz 2 in § 52 b ist ersatzlos zu streichen. Alternativ sind die Sätze 3 und 4 in § 52 b ersatzlos zu streichen.**

Abschließend sei auf eine unberücksichtigte Forderung der Bibliotheksseite aus dem Fragenkatalog zum 2. Korb hingewiesen.

Durch das in § 53 Abs.5 bestimmte Verbot, elektronische Datenbanken im Rahmen des § 53 mit Ausnahme des wissenschaftlichen Gebrauchs nicht vervielfältigen zu dürfen, entfällt auch das Recht zur Herstellung einer Archivkopie nach § 53 Abs. 2 Nr. 2. Diese aber ist unerlässlich zur Erfüllung der Pflicht zur Überlieferung des geistigen Schaffens an künftige Generationen. Zahlreiche Sammelwerke erscheinen ausschließlich als elektronische Datenbank. Die Archivierung dieser Werke ist nicht mehr gewährleistet und bedarf deshalb dringend einer rechtlichen Grundlage durch Einfügen des Abs. 2 Nr. 2 in § 53 Abs. 5.

Kontakt:

Dr. Gabriele Beger

Vorsitzende der Rechtskommission des DBV

Zentral- und Landesbibliothek Berlin

Breite Str. 30 - 37, 10178 Berlin

Tel. (030) 90226 350;

E-mail: [beger@zlb.de](mailto:beger@zlb.de)