

Europarechtliche Aspekte des Dokumentenlieferdienstes

Anmerkungen zur Subito-Klage des Börsenvereins vom 18. Juni 2004¹

Armin Talke

1. Hintergrund

„Eine öffentliche Bibliothek, die auf Einzelbestellung Vervielfältigungen einzelner Zeitschriftenbeiträge fertigt, um sie an den Besteller im Wege des Post- oder Faxversands zu übermitteln, verletzt nicht das Vervielfältigungsrecht, wenn sich der Besteller auf einen durch § 53 UrhG privilegierten Zweck berufen kann.“ So lautet einer der Leitsätze des Urteils des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 25.2.1999² über die damalige Subito-Klage des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels gegen das Land Niedersachsen als Träger der TIB Hannover. Am 18. Juni 2004 hat der Börsenverein zusammen mit der Stichting STM³ beim Landgericht München I eine neue Musterklage gegen den Freistaat Bayern als Träger der Universität Augsburg sowie gegen Subito e.V. eingereicht, die sich gegen die *elektronische* Dokumentenlieferung richtet. Dabei berufen sich die Kläger vor Allem auf Regelungen der Multimedia-Richtlinie⁴. Die Klage fällt mitten in die Phase der Umsetzung der Vorgaben und Optionen der Richtlinie in deutsches Recht. Kurz vor der erwarteten Regierungsvorlage für den 2. Korb der Urheberrechtsreform versucht das Verlagswesen, damit das Gesetzgebungsverfahren zu beeinflussen.

Letzte Instanz der Interpretation europarechtlicher Regelungen wie etwa der Multimedia-Richtlinie ist der Europäische Gerichtshof. Im Rahmen ihrer Klage vor dem Landgericht regen die Kläger Vorlagefragen an den EuGH zur Auslegung bestimmter Vorschriften der EG-Richtlinie an. An sich ist an Vorabentscheidungen des EuGH nach Art. 234 EG⁵, die dieser über Vorlagefragen nationaler Gerichte trifft, nur das mit dem Verfahren befasste nationale Gericht gebunden, weil sich die Vorlagefrage nur auf den Einzelfall bezieht. Die Ent-

1 http://www.dini.de/documents/Klageschrift_Boersverein_Subito.pdf

2 BGH NJW 1999, S. 1953ff.

3 Stichting Secretariaat van de International Association of Scientific Technical and Medical Publishers

4 Richtlinie 2001/29/EG

5 nach EuGH NVwZ 2000, 55 wird die Vorschriften des EG-Vertrags nicht mehr mit Art....EGV, sondern mit Art...EG zitiert

scheidung über die Vorlagefrage entfaltet aber darüber hinaus eine sog. faktische „ergo omnes“-Wirkung: die Beurteilung durch den EuGH gibt für jedes andere Gericht Anlass, die Rechtsfrage ebenso zu lösen, das heißt, die EuGH-Interpretation einer europarechtlichen Norm zu übernehmen. Anderenfalls ist eine erneute Vorlage derselben Frage an den EuGH geboten. Auch die nationalen Gesetzgeber können sich nicht auf eine Regelung einlassen, die wegen einer vorhergegangenen Auslegung der Richtlinie durch den EuGH offensichtlich europarechtswidrig ist. Jedenfalls Einrichtungen der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung und damit auch alle in öffentlicher Trägerschaft liegenden Bibliotheken könnten sich auf solche europarechtswidrigen deutschen Gesetze nicht berufen. Sie müssten ein deutsches Gesetz, das einer Richtlinie (und deren Auslegung durch den EuGH) widerspricht, sogar ignorieren, weil europarechtliche Vorschriften und damit unter bestimmtem Voraussetzungen auch Richtlinien Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht genießen. Der nationale Gesetzgeber selbst hat natürlich kein Interesse daran, Gesetze zu erlassen oder unverändert zu lassen, die nicht anwendbar sind. Er riskiert in solchen Fällen darüber hinaus auch private Schadensersatzforderungen, Klagen anderer Mitgliedstaaten und der Kommission. Die Kläger der neuen Musterklage selbst gehen in der Klageschrift auf die mögliche Europarechtswidrigkeit der deutschen Gesetze ein: „Was in welcher Form umzusetzen ist und ob der jeweilige nationale Gesetzgeber diesen Erfordernissen genügt, muss im Zweifelsfalle dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt werden...“. Die in der Klageschrift des Börsenvereins formulierten Vorlagefragen des Börsenvereins haben also eine allgemeine, weit über das Verfahren hinausreichende Bedeutung.

Nach Art. 234 EG-Vertrag Abs. 1 lit. b) entscheidet der Europäische Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung unter anderem über die Auslegung der Handlungen der Organe der Europäischen Gemeinschaft. Eine EG-Richtlinie ist solch eine Handlung. Jedes nationale Gericht *darf* dem Europäischen Gerichtshof eine die Auslegung einer Richtlinie betreffende Frage zur Entscheidung vorlegen, soweit es die Frage für entscheidungserheblich hält. Letztinstanzliche Gerichte *müssen* in diesem Fall dem EuGH vorlegen. Das Landgericht München I *darf* also die zitierten Fragen dem EuGH zur Entscheidung vorlegen, der BGH *muss* im Falle der Revision vorlegen, wenn die weiteren Voraussetzungen, die zur Vorlagepflicht führen,⁶ erfüllt sind. Die dem Landgericht München I von den Klägern vorgeschlagenen Vorlagefragen an den Europäischen Gerichtshof lauten:

6 Die prozessualen Voraussetzungen für die Entscheidung sollen im Rahmen dieses Aufsatzes nicht erörtert werden.

Frage A.

„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 Höhe oder nicht nur die reinen Versandkosten an Wissenschaftler oder an andere Besteller versenden, sei es per Post oder Fax oder sei es per E-Mail?“

Frage B.

„Ist es mit Art. 3 (insbesondere unter dem Blickwinkel des Regelungsgehaltes des Art. 3 Abs. 3) und den Schrankenregelungen des 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?“

Frage C.

„Ist eine gesetzliche Lizenz des entgeltlichen Dokumentenlieferservice 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?“

2. zu Frage A. Vervielfältigungsrecht**2.1 Normen der Richtlinie und deren Auslegung**

Die von den Klägern vorgeschlagene Vorlagefrage A befasst sich mit den in der Multimedia-Richtlinie vorgesehenen fakultativen Ausnahmeregelungen für Vervielfältigungen. Der Grundsatz in Art. 2 a) der Multimedia-Richtlinie lautet, so wie auch bisher im deutschen Recht und verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen: Nur der Inhaber des Urheberrechts, also der Urheber selbst oder ein Verlag, der das Vervielfältigungsrecht vom Urheber erworben hat, sind befugt, Kopien anzufertigen (§ 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG).

Die Multimedia-Richtlinie erlaubt den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten, dieses ausschließliche Recht der Urheber und Verlage zu beschränken, indem sie in ihren nationalen Urheberrechtsgesetzen Ausnahmen (sog. Schrankenregelungen) zugunsten bestimmter Nutzergruppen vorsehen: Bei Art. 5 Abs. 2b) der Richtlinie handelt es sich um eine Ausnahme zugunsten von

- „Vervielfältigungen auf beliebigen Trägern durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch und weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke
- unter der Bedingung, dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten...“

Art. 5 Abs. 2 c) erlaubt Befreiungen für

- „bestimmte Vervielfältigungshandlungen von öffentlich zugänglichen Bibliotheken“...
- „die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen“.

Der EuGH folgt – grundsätzlich – den in der Rechtswissenschaft allgemein anerkannten Auslegungsmethoden (Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte). Besonderes Gewicht legt er allerdings auf den systematischen Zusammenhang und den Sinn und Zweck, also die teleologische Interpretation des jeweiligen Begriffs. Ganz besonders im Auge zu behalten ist gerade bei der teleologischen Auslegung, dass der EuGH sekundäres Gemeinschaftsrecht, wie etwa Richtlinien, „im Lichte“ des primären Gemeinschaftsrechts, also insbesondere des EG-Vertrags, zu interpretieren hat. Denn sekundäres Gemeinschaftsrecht ist immer auf das primäre zurückzuführen. Sind also nach dem Wortlaut eines Begriffs, der etwa in einer Richtlinie verwendet wird, mehrere Auslegungen möglich, ist diejenige zu wählen, die die Ziele des EG-Vertrags am meisten fördert.

Der EuGH muss, falls es tatsächlich zu einer prozessual zulässigen Vorlage der Frage A kommt, darüber entscheiden, ob es von den Ausnahmeregelungen des Art.5 Abs.2 b) und c) gedeckt ist, wenn Bibliotheken für den Dokumentenlieferdienst Gebühren in beliebiger oder jedenfalls über die reinen Versandkosten hinausgehender Höhe verlangen. Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Lieferdienstes ist also, dass die Bibliotheken dabei nicht „unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche oder kommerzielle Zwecke“ (Art 5 Abs. 2 c) verfolgen.

Die gegenüber den EU-Mitgliedstaaten eigenständige Gemeinschaftsrechtsordnung bedarf auch einer eigenen, gemeinschaftsrechtlichen Begriffsbildung, um gleichartig in allen Mitgliedstaaten gelten zu können. Die Auslegung bestimmter Tatbestandsmerkmale durch nationale Gerichte oder auch Kommentatoren ist also für den EuGH allenfalls in zweiter Linie relevant. So spielt es etwa für den kommerziellen Charakter einer Tätigkeit nach Art. 5 Abs. 2 b) und c) auch keine Rolle, ob sie, wie etwa der Betrieb eines Dokumentenlieferdienstes, in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Trägerschaft ausgeführt wird. Denn die Rechtsform einer Einrichtung wird „nur“ durch das jeweilige nationale – gegenüber dem Europarecht nachrangige – Recht bestimmt.

2.2 Die Begriffe „wirtschaftlich“ und „kommerziell“

Zwei Argumente sprechen dafür, dass Bibliotheken im Vergleich zu anderen Anbietern von Dokumentenlieferungen durchaus Gebühren verlangen können, die über die reinen Kopier- und Versandkosten hinausgehen:

Erstens: Die Befugnisse von Bibliotheken sollen im Hinblick auf ihre kulturpolitische Aufgabe ausgewogen gefördert werden⁷. Nach Art. 5 Abs. 2 c) kann der nationale Gesetzgeber Bibliotheken privilegieren, solange diese Bibliotheken *selbst* keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen.

Zweitens: Bei primärrechtskonformer, nämlich an Regelungen EG-Vertrags ausgerichteter Auslegung, verfolgen Bibliotheken in der Regel keinen „wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck“. Hierfür bedarf es allerdings einer näheren Erläuterung:

Anhaltspunkte für die primärrechtskonforme Auslegung von Art. 5 Abs. 2 c) können sich aus kartellrechtlichen Vorschriften des EG-Vertrags ergeben. Art. 81 ff. EG befassen sich mit wettbewerbswidrigen Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen von *Unternehmen*. Der Begriff des Unternehmens in Art. 81 Abs. 1 EG ist dabei – im Gegensatz zu den wirtschaftliche oder kommerzielle Zwecke verfolgenden Einrichtungen in Art. 5 Abs. 2 c) bisher durchaus Gegenstand verschiedener Entscheidungen des EuGH gewesen. Voraussetzung dafür, dass die EuGH-Auslegung zum Begriff des „Unternehmens“ in Art. 81 Abs. 1 EG für die Interpretation des Begriffs der „Bibliotheken...die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen“ in Art. 5 Abs. 2 c) herangezogen werden kann, ist, dass den Begriffen im Zusammenhang mit dem Zweck der jeweiligen Vorschrift ein gemeinsamer semantischer Kern zugemessen werden kann.

Zweck der Art. 81 ff. EG ist die Erhaltung des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen. Die Verbotstatbestände dieses Abschnitts des EG-Vertrags zielen darauf ab, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen durch wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen von Unternehmen, wie etwa Preisabsprachen, zu schützen. Was bedeutet das also für den Begriff des „Unternehmens“ nach funktionalem Verständnis des Art. 81 EG? Entscheidend im Kartellrecht ist die *wirtschaftliche Betätigung in Konkurrenz zu anderen Unternehmen*⁸.

7 Walter, Michel M., Europäisches Urheberrecht, Kommentar, Wien, 2001, S.107

8 Das ergibt sich daraus, dass die Funktion des Kartellrechts der Schutz des unbeeinträchtigten Wettbewerbs zwischen Konkurrenten auf dem Markt ist.

Die Vorschriften der Multimedia-Richtlinie – so auch deren Art. 5 Abs. 2 c) – dienen dagegen dem Schutz der Urheber, aber auch der Förderung des Lernens und kultureller Aktivitäten⁹. An den Schutz des Wettbewerbs ist hier nicht gedacht. Die Privilegierung „nicht kommerzieller“ öffentlich zugänglicher Bibliotheken ist aber gerade dadurch begründet, dass die Erfüllung ihrer kulturpolitischen Aufgabe durch ein im freien Wettbewerb stehendes Unternehmen gar nicht möglich wäre. Das bedeutet also, dass ein Unternehmen oder eine öffentliche Einrichtung, die im wettbewerbsrechtlichen Sinne „wirtschaftlich“ handelt, auch im Sinne von Art. 5 Abs. 2 c) der Richtlinie kommerzielle Zwecke verfolgt. Im Umkehrschluss muss das heißen, dass Einrichtungen, die nicht im wettbewerbsrechtlichen Sinne wirtschaftlich handeln, auch keine kommerziellen Zwecke verfolgen und, soweit es sich um durch die Richtlinie privilegierte Einrichtungen wie Bibliotheken handelt, zur Herstellung elektronischer Kopien befugt sind. Also ist entscheidend, ob öffentlich zugängliche Bibliotheken im Sinne des europäischen Kartellrechts wirtschaftlich handeln.

Wirtschaftlich im Sinne der Art. 81 ff. EG ist eine Betätigung, wenn sie über die Deckung des eigenen Bedarfs hinaus geht und auf den Austausch von Leistungen von Gütern am Markt gerichtet ist¹⁰. Eine wirtschaftliche Betätigung liegt nicht vor, wenn die Tätigkeit ihrer Art nach nur von öffentlichen Einrichtungen ausgeübt werden kann. Kriterium ist die Vergleichbarkeit mit einer Betätigung privater Unternehmen¹¹. Betrachtet man den elektronischen Dokumentenlieferdienst isoliert, erscheint dieser durchaus mit entsprechenden Dienstleistungen von Verlagen vergleichbar zu sein. Schon 1999 hat der BGH in seiner oben zitierten Entscheidung darauf hingewiesen, dass ein Kopienversanddienst eine Funktion ausübt, „die nicht nur die Tendenz in sich trägt, sich der Tätigkeit eines Verlegers anzunähern“¹². Jedoch: entscheidend ist nicht der separate Blick auf die Kopienversendung. Vielmehr kommt es auf das Gesamtbild der Betätigung von Bibliotheken an¹². Betrachtet man also die Dienstleistungen von Bibliotheken insgesamt, ergibt sich, dass es sich dabei um Tätigkeiten handelt, die aufgrund ihrer mangelnden Gewinnträchtigkeit nicht von privaten Unternehmen wahrgenommen werden könnten. Der öffentliche Auftrag, nämlich den Zugang zu Information für jedermann und insbesondere für Studierende und Wissenschaftler erschwinglich zu machen, erfordert eine umfangreiche Finanzierung durch die öffentliche Hand. Wenn in einzelnen Bereichen die hohen Kosten für Infrastruktur und Personal durch Gebühren nur teilweise wieder hereingeholt werden, so macht dies eine

9 Vgl. Erwägungsgründe 9, 10, 14 der RL

10 vgl. EuGH, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2599 Rn. 7

11 Weiss, a.a.O., Rn. 37

12 a.a.O

Bibliothek insgesamt noch keinesfalls zu einem Betrieb, der mit einem privaten, auf Rendite angewiesenen Unternehmen vergleichbar wäre und auf dem freien Markt überleben könnte. Bibliotheken handeln also nicht allein dadurch, dass sie durch Dokumentenlieferdienste Einnahmen erzielen, im Sinne von Art. 81 EG oder Art. 5 Abs. 2 c) der Richtlinie wirtschaftlich oder kommerziell. Von einem Verstoß gegen die Multimedia-Richtlinie durch die Bibliotheken kann im Hinblick auf die Subito-Gebühren also nicht gesprochen werden.

2.2 Exkurs ins bestehende deutsche Urheberrecht:

Im deutschen UrhG ist von „nicht kommerziellen Zwecken“ nicht die Rede, sondern nach § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG darf ein Dritter, der nicht analoge Kopien für einen anderen herstellt, dies nur „unentgeltlich“ tun (§ 53 I S. 2 UrhG). „Unentgeltlichkeit“ soll nach der Gesetzesbegründung noch dann gegeben sein, wenn sie beispielsweise durch Bibliotheken gefertigt wird, die Gebühren oder Entgelte erheben, soweit die Kostendeckung nicht überschritten wird. Was damit im Einzelnen gemeint sein kann, d.h., welche Kosten denn nun durch die Gebühren gedeckt werden dürfen, ist umstritten. Einige Kommentierungen sehen eine Vervielfältigung durch Dritte, im Fall Subito also durch die Bibliotheken, schon dann nicht mehr als „unentgeltlich“ an, wenn der Vervielfältigungsvorgang selbst, nämlich über die reinen Materialkosten hinaus, entgolten wird¹³. Andere bejahen „Unentgeltlichkeit“ noch dann, wenn neben dem Material auch der Lohn des mit den Vervielfältigungen befassten Angestellten abgedeckt ist¹⁴. Wieder andere wählen einen wenig präzise formulierten Mittelweg: Die Erstattung der reinen Herstellungskosten, *insbesondere* der Materialkosten, soll danach nicht „entgeltlich“ sein¹⁵. All diese Interpretationen beziehen jedoch die europarechtliche Komponente des Begriffs der „Entgeltlichkeit“ nicht mit ein. Soweit der Wortlaut der nationalen Rechtsnorm es erlaubt, muss diese wegen der Höherrangigkeit des Europarechtes „im Lichte“ der europäischen Norm ausgelegt werden. Die oben dargestellten Kommentierungen allein vermögen uns bei der Problematik der Vereinbarkeit der Versandkosten mit der Multimedia-Richtlinie, also der Frage, was „kommerziell“ im europarechtlichen Sinne bedeutet, daher noch nicht weiterhelfen.

13 Dreyer/Kotthoff/Mickel, Urheberrecht, 2004, § 53 Rn.29

14 Schrickler/Loewenheim, § 53 Rn.16

15 Wandtke/Bullinger, § 53 Rn.16

3. zu Frage B. Ist die Elektronische Dokumentenlieferung als „Öffentliche Zugänglichmachung“ zulässig?

Nach Art. 3 Abs. 1 der Multimedia-Richtlinie haben die EG-Mitgliedstaaten in ihren nationalen Gesetzen vorzusehen, „dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten“. Im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Subito ist der wichtigste Begriff hier die „Öffentlichkeit“.

Das deutsche Urheberrecht stellt eine für die nationalen Gesetze geltende (soweit diese nicht gegen Europarecht verstößt) Definition der „öffentlichen Wiedergabe“ zur Verfügung: nach § 15 Abs. 3 UrhG ist für „öffentliche Wiedergabe“ jedenfalls erforderlich, dass die Wiedergabe für eine *Mehrzahl* von Personen der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört nach § 15 Abs. 3 jeder, der nicht durch persönliche Beziehungen, etwa durch engen persönlichen Kontakt, mit dem Verwerter des urheberrechtlich geschützten Werkes verbunden ist¹⁶. Dokumentenlieferungen von Subito per E-Mail auf Einzelbestellung sind jedoch nur an eine Person gerichtet. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie spricht im Unterschied zum deutschen UrhG davon, dass das Werk *Mitgliedern* der Öffentlichkeit zugänglich ist. Das kann aber nicht bedeuten, dass schon dann, wenn lediglich *einer* Person (z.B. durch E-Mail) der Zugang ermöglicht wird, eine öffentliche Zugänglichmachung vorliegt. Denn zumindest muss *die Öffentlichkeit* Gelegenheit haben, auf die entsprechende Seite zuzugreifen. Wer ein Werk schon auf einer *nicht der Öffentlichkeit, nämlich nicht einer Personenmehrheit, sondern nur einer Person* zugänglichen Homepage (wie z.B. die passwortgeschützte Seite des E-Mail-Providers) ins Internet stellt, stellt sich danach nicht in Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 der Multimedia-Richtlinie¹⁷.

4. Frage C. Pauschalvergütung und „3-Stufen-Test“

Die Kläger wollen mit Frage C klären, ob eine „Zwanglizenz“ für elektronische Dokumentenlieferdienste von Bibliotheken mit dem „Verhältnismäßigkeitsprinzip“ des Urheberrechts, nämlich dem u.a. in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie gere-

16 Wandtke/Bullinger, § 15 Rn

17 Anderer Ansicht ist Walter, in: Walter, S. 1054. Er interpretiert die Norm im Hinblick auf die Formulierung „Mitglieder der Öffentlichkeit“ dahingehend, dass auch die Versendung an ein einzelnes (beliebiges) Mitglied der Öffentlichkeit als „Öffentliche Wiedergabe“ ohne Genehmigung des Urhebers unzulässig bzw. durch die nationalen Gesetzgeber nicht generell erlaubt werden kann.

gelten „3-Stufen-Test“ vereinbar ist. Art. 5 Abs. 5 sieht vor, dass jede Ausnahme, die in den nationalen Urheberrechtsgesetzen zugunsten bestimmter Nutzergruppen geregelt ist, zusätzlich allgemeinen Erfordernissen entsprechen muss. Nach deutschem Sprachgebrauch kann die Regelung auch als „Schranken-Schranke“ bezeichnet werden, weil sie den durch die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten erlassenen nationalen Beschränkungen des Urheberrechts Schranken setzt.

Vorausgesetzt wird nach Art.5 Abs.5 auch für die grundsätzlich nach Art. 5 Abs. 2 b) und c) der Richtlinie erlaubte Zulassung der Privatkopie, dass sie

- a) nur in *bestimmten Sonderfällen* angewandt werden darf
- b) in denen die *normale Verwertung* des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands *nicht beeinträchtigt* wird und
- c) die berechtigten *Interessen* des Rechtsinhabers *nicht ungebührlich verletzt* werden.

Die Schrankenregelung zur Privatkopie in Art. 5 Abs. 2 b) ist fakultativ. Den nationalen Gesetzgebern ist es also überlassen, ob sie die digitale Privatkopie auf ihrem jeweiligen Territorium erlauben oder nicht. Der Spielraum, den der nationale Gesetzgeber für die Zulassung hat, ist in Art. 5 Abs. 2 b) noch relativ weit umschrieben. Zur Wiederholung:

Danach können die Mitgliedstaaten Ausnahmen vorsehen für

- Vervielfältigungen auf beliebigen Trägern
- durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch
- weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke
- unter der Bedingung, dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten.

Überprüft man diese Voraussetzungen isoliert, erscheint die elektronische Privatkopie ohne weiteres als zulässig. Allenfalls die geforderte Höhe der Pauschalvergütung, also des „gerechten Ausgleichs“ durch gesamtvertragliche Regelungen zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Trägern der Bibliotheken erscheint etwas schwammig. Fraglich ist nun, ob insbesondere unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des 3-Stufen-Tests auch der elektronische Dokumentenlieferdienst noch zulässig ist bzw. ob er allein durch eine Anpassung der Höhe der Pauschalvergütung „legalisiert“ werden kann.

4.1 Erste Stufe: „bestimmte Sonderfälle“

Der EuGH hatte bisher noch keine Gelegenheit zur Auslegung der in Art. 5 Abs. 5 der Multimedia-Richtlinie geregelten Voraussetzungen. Was zeichnet nun „bestimmte Sonderfälle“ aus? Kommt es darauf an, dass nur eine geringe Zahl von Verwertungshandlungen dieser Art vorgenommen werden? Oder ist die Qualität der Verwertungshandlung ausschlaggebend? Dafür spricht, dass

es sich bei der der 3-Stufen-Regelung immanenten Verhältnismäßigkeitsprüfung um eine Abwägung der Individualinteressen der Rechtsinhaber mit den Belangen der Allgemeinheit handelt. Für die qualitative Interpretation spricht auch die Argumentation des BGH von 1999 zum Kopienversand¹⁸, die als Ausgangspunkt zur Interpretation der 3-Stufen-Regel herangezogen werden kann. Zwar war die Multimedia-Richtlinie zu diesem Zeitpunkt noch nicht erlassen. Der BGH musste bei der Auslegung der Schranken des deutschen Urheberrechts jedoch auch damals schon die 3-Stufen-Regel berücksichtigen, denn diese war schon vor 1999 in mehreren völkerrechtlichen Verträgen¹⁹ festgeschrieben worden. In seinem Urteil hatte der BGH im Dokumentenlieferdienst per Post und Fax wegen seiner gemeinsamen Züge mit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch und dem Gewicht des betroffenen Interesses der Allgemeinheit an dem ungehinderten Zugang zu Informationen einen *Sonderfall* gesehen²⁰.

4.2 „Zweite Stufe“: Beeinträchtigung der normalen Verwertung

Auf die „zweite Stufe“, nämlich die Nichtbeeinträchtigung der normalen Verwertung des Werkes, ist der BGH 1999 nicht näher eingegangen. Was ist eine „normale Verwertung“? Kann man diesen doch recht unbestimmten Rechtsbegriff allein auf empirischem Wege konkretisieren? Dann käme es ganz allein darauf an, auf welche Weise die Verlage selbst die Rechte an den Werken verwerten können und dies auch tun. Sobald sie also in nicht geringem Maß Werke im Internet, etwa über Datenbanken, anbieten und sie direkt über download, beispielsweise im Pay-per-view-Verfahren zur Verfügung stellen, kann dies, rein tatsächlich betrachtet, durchaus als „normale Verwertung“ angesehen werden. Die Beeinträchtigung der normalen Verwertung jedoch hat in jedem Fall die Unzulässigkeit der entsprechenden Schrankenvorschrift zur Folge²¹. Doch was würde denn dann aus denjenigen Beschränkungen des Urheberrechts, die zugunsten von Unterrichtsteilnehmern, Wissenschaftlern oder auch „Privaten“ zum festen Bestandteil urheberrechtlicher Tradition geworden sind? In dem Moment, wo ein kommerzieller Rechtsinhaber einen Weg findet, auf dem er etwa die ursprünglich zulässige private Vervielfältigung

18 a.a.O., S. 1957 ff.

19 Art. 9 Abs. 2 der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) in der Fassung von 1967, Art.10 Abs. 2 WCT und Art.16 Abs. 2 WPPT von 1996 und Art. 13 TRIPS-Abkommen von 1994.

20 BGH a.a.O., S.1957

21 vgl. Martin Senftleben, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRURInt 2004, 200, 208

auf wirtschaftlich lohnende Weise als „übliches“ Produkt anbieten kann, wäre es nach rein empirischer Betrachtung aus mit der Urheberrechtsfreiheit der Privatkopie. So hätten die Rechtsinhaber es also selbst in der Hand, die zugunsten bestimmter Nutzergruppen bestehenden Ausnahmeregeln auszuhebeln. Nur noch dort wäre Raum für Ausnahmeregeln, wo die Rechtsinhaber kein Interesse an einer Verwertung haben und daher entsprechende Märkte nicht erschließen²². Um also einer ansonsten unbeschränkten Verringerung des Anwendungsbereichs der ja an sich vom europäischen Gesetzgeber gewollten Schrankenregelungen durch die Marktstrategien der Rechtsinhaber zu verhindern, muss also im Willen dieses Gesetzgebers neben dem empirischen auch ein normatives Auslegungselement gelegen haben: die Eingrenzung des Begriffs der „normalen Verwertung“ könnte etwa im Rahmen einer Interessenabwägung in der Weise erfolgen, dass sie nur dann angenommen wird, wenn eine der Hauptverwertungsarten der Verlage in ganz erheblichen Maß betroffen ist. Solange elektronische Dokumentenlieferdienste oder download-Angebote nicht zum Kerngeschäft der Rechtsinhaber werden, dürfen diese Dienste also (zumindest von den durch die Richtlinie besonders privilegierten Bibliotheken) im Rahmen der bestehenden Ausnahmen zugunsten des privaten und wissenschaftlichen Gebrauch auf elektronischem Weg geliefert werden.

4.3 „Dritte Stufe“: unzumutbare Beeinträchtigung berechtigter Interessen der Rechteinhaber

Auf der „dritten Stufe“ hat der BGH 1999 für den Lieferdienst per Post bzw. Fax eine „unzumutbare Beeinträchtigung“ für den Fall bejaht, dass der Kopienversanddienst ohne Ausgleich für die Rechtsinhaber betrieben wird, denn zu den berechtigten Interessen des Urhebers nach Art. 9 Abs. 2 RBÜ, der seinem Wortlaut nach dem Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie entspricht, gehöre jedenfalls seine angemessene Beteiligung an jeder Form der Verwertung des Werkes. Die Vereitelung des Anspruchs des Rechtsinhabers auf Vergütung für die Nutzung des Werkes kann danach also die Interessen des Urhebers beeinträchtigen²³. Doch woraus ergibt sich, dass es sich um „berechtigzte“ Interessen handelt? Berechtigzt kann das Interesse nur sein, wenn es nicht durch eine Rechtsnorm jemand anderem zugewiesen ist. Dies ist aber durch die normative Beschränkung des Urheberrechts zugunsten bestimmter Nutzergruppen geschehen.

22 a.a.O

23 BGH, a.a.O.

Art. 5 Abs. 2 b) der Richtlinie spricht im Rahmen der Regelung der Privatkopie-Ausnahme schon von sich aus von einem „gerechten Ausgleich“ für die Rechtsinhaber. Im Umkehrschluss kann man daraus folgern, dass eine Pauschalvergütung bei Beschränkungen, für die die Richtlinie *keinen* Ausgleich vorsieht, eine solche auch nicht aus der dritten Stufe des 3-Stufen-Tests folgen soll. So steht es nämlich im Fall des Art. 5 Abs. 2 c) der Richtlinie (zur Wiederholung) „...in Bezug auf bestimmte Vervielfältigungshandlungen von öffentlich zugänglichen Bibliotheken“ ... “die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen.“ Der Vergleich zwischen Abs. 2 b) und c) ergibt also, dass Träger von Bibliotheken jedenfalls bei „bestimmten“ Vervielfältigungshandlungen keine (pauschal-)Vergütung zahlen müssen.

Auch falls eine Zwangslizenz für elektronische Privatkopien (schon wegen der Interessen der Musikindustrie) nicht allgemein als zulässig erachtet werden sollte: für die Privilegierung von Bibliotheken (und eine entsprechende Zwangslizenz) sprechen weitere zwei Argumente: Erwägungsgrund 40 S. 5 der Richtlinie mit seiner Forderung nach Unterstützung für „spezifische Verträge und Lizenzen, die diesen Einrichtungen“ (damit sind unter anderem Bibliotheken gemeint) „und ihrer Zweckbestimmung zur Verbreitung der Kultur in ausgewogener Weise zugute kommen“ und Art.149 Abs.1 und 2 EG: dieser nennt als Ziel die Entwicklung einer qualitativ hohen Bildung. In Abs.2 werden u.a.

- die Förderung von Mobilität von Lehrenden und Lernenden
 - die Förderung der Zusammenarbeit zwischen Bildungseinrichtungen und
 - die Förderung der Entwicklung der Fernlehre
- als Ziele der Europäischen Gemeinschaft genannt.

Der Bildungsauftrag, den öffentliche und wissenschaftliche Bibliotheken zu erfüllen haben, muss als Abwägungskriterium auch in die Auslegung des 3-Stufen-Tests der Richtlinie einfließen, so dass nicht allzu einseitig die Interessen der Rechtsinhaber berücksichtigt werden dürfen. Denn dadurch, dass die Zugänglichkeit von Bildungsgut allein durch die Interessen und Marktstrategien rein im ökonomischen Interesse handelnder Verlage bestimmt wird, werden die Ziele des Art. 149 EG mit Sicherheit *nicht* erreicht.

Ein Wermutstropfen für die Aussicht von pauschalvergütungsfreien Zwangslizenzen für Bibliotheks-Vervielfältigungen ist allerdings folgender bisher unerwähnt gebliebene Satz 3 aus Erwägungsgrund 40 der Richtlinie, der sich auf Privilegierungen für Vervielfältigungen von Bibliotheken bezieht: „Eine Nutzung im Zusammenhang mit der Online-Lieferung von geschützten Werken“ ... “sollte nicht unter diese Ausnahmen fallen“. Fällt also die elektronische Privatkopie wegen Erwägungsgrund 40 S. 3 aus dem Bereich der Ausnahmen heraus, wird daraus eine „ungebührliche Beeinträchtigung“ der berechtigten Inte-

ressen des Rechtsinhabers, die aber durch eine angemessene Pauschalvergütung durchaus ausgeglichen werden kann: auch der BGH war ja bereits in seiner Entscheidung von 1999²⁴ in Bezug auf die 3-Stufen-Regel von der Möglichkeit des Interessenausgleichs durch eine Pauschalvergütung ausgegangen. Dies vorausgesetzt, kommt es allein auf die Höhe der Vergütung an. In Erwägungsgrund 35 der Richtlinie gibt der europäische Gesetzgeber allgemeine Anhaltspunkte für die Höhe von Vergütungen.

5. Der elektronische Dokumentenlieferdienst hat Zukunft

Es spricht also einiges dafür, dass sich der EuGH bei einer eventuellen Entscheidung über die vorgeschlagenen Vorlagefragen nicht allein von den Argumenten der Kläger leiten lassen wird. Gerade für Bibliotheken bestehen gute Aussichten, dass ihr elektronischer Dokumentenlieferdienst einer europarechtlichen Überprüfung standhält. Voraussetzung ist allerdings, dass auch der deutsche Gesetzgeber bei der weiteren Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht eine Abwägung zugunsten der erschwinglichen Literaturversorgung trifft. Erst dann werden die dargestellten Fragen wirklich relevant. Denn dem (deutschen) nationalen Gesetzgeber ist in der Richtlinie zwar *erlaubt*, die digitale Privatkopie durch Bibliotheken gegen Pauschalvergütung zuzulassen, jedoch ergibt sich daraus kein europarechtlicher *Anspruch* gegen die nationalen Gesetzgebungsorgane. Das Heft liegt damit nun in der Hand der Bundesregierung, des Bundestages und des Bundesrates.



24 BGH, a.a.O., S.1956