

Stellungnahme der Konferenz der Universitätsbibliotheken zum Urteil des Handelsgerichts Zürich im Falle der ETH- Bibliothek

Verfasst im Auftrag der KUB von lic. iur. Danielle Kaufmann, Universitätsbibliothek Basel, 12. November 2014

Am 7. April 2014 hat das Handelsgericht Zürich die Rechtsbegehren dreier wissenschaftlicher Verlage, die das Vervielfältigen und Versenden von Zeitschriftenartikel durch die ETH-Bibliothek verbieten wollen, teilweise gutgeheissen. Eine Bestätigung des Urteils durch das Bundesgericht hätte schwerwiegende Konsequenzen für die Bibliotheken und die von der öffentlichen Hand finanzierte Wissenschaft. Der Zugang und die Vermittlung von Wissen würden noch stärker kommerzialisiert und von wissenschaftlichen Verlagen monopolisiert. Die Konferenz der Universitätsbibliotheken (KUB) nimmt daher im Folgenden Stellung zum Urteil des Handelsgerichts.

Zusammenfassung

Das Handelsgericht Zürich bezeichnet im Falle des Dokumentenlieferdienstes der ETH-Bibliothek – entgegen der bisherigen Rechtsprechung – den einzelnen Zeitungs- und Zeitschriftenartikel als ein „im Handel erhältliches Werkexemplar“ im Sinne von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG und verbietet damit die bisher erlaubte Vervielfältigung vollständiger Artikel durch Bibliotheken für ihre Nutzer. Begründet wird diese Haltung mit dem technologischen Wandel und den neuen verlegerischen Vertriebsmöglichkeiten einzelner Artikel über das Internet. Dabei unterlässt das Gericht die Unterscheidung möglicher Erscheinungsformen und Vertriebsarten von Zeitungs- und Zeitschriftenartikel. Für die umfangreichen Bibliotheksbestände gedruckter Zeitungs- und Zeitschriftenausgaben, die zu einem grossen Teil nach wie vor nur in gedruckter Version hergestellt und vertrieben werden, ist eine Praxisänderung sachlich nicht begründbar. Auch dann nicht, wenn solche Werke nachträglich von den Verlagen digitalisiert und online vertrieben werden. Eine solche Praxisänderung führt zu einer Verletzung der Rechtssicherheit und verunmöglicht eine seit Jahrzehnten bewährte Dienstleistung der Bibliotheken für die Wissenschaft. Einzelne Zeitungsartikel als Werkexemplar zu definieren und damit deren vollständige Kopie zu verbieten, würde sich, wenn überhaupt, nur im Falle von originär digital erstellter und vertriebener Artikel aufdrängen.

Das Gericht geht aber noch einen Schritt weiter und verbietet auch das elektronische Versenden von Kopien durch die Bibliotheken. Den technologischen Wandel nur im Interesse der Verlage, nämlich bei der Definition des „im Handel erhältlichen Werkexemplars“ anzuwenden, aber nicht bei der Zugänglichkeit durch digitale Übermittlung von Kopien, zwingt die Bibliotheken und deren Benutzer im analogen Zeitalter zu verharren und gesteht ihnen den technologischen Wandel mit seinen für die Wissenschaft unverzichtbaren Vorteilen nicht zu. Den vom Gericht vorgenommenen Interessenausgleich zwischen den Verlagen und den Bibliotheksnutzern, der diese auf den

persönlichen Gang in die Bibliothek und das eigenhändige Vervielfältigen von Artikeln verweist, belegt, wie einseitig die Vorteile des digitalen Wandels zu Gunsten der kommerziellen Verlage angewendet werden. Die Bibliotheken erfüllen mit dem Vervielfältigen und Versenden von Artikeln eine für die Wissenschaft und die Allgemeinheit unverzichtbare Aufgabe. Durch diese nichtkommerzielle Dienstleistung konkurrieren die Bibliotheken die Verlage nicht. Im Gegenteil, die Bibliotheken erwerben zuverlässig die Verlagsprodukte und vergüten die Vervielfältigungen gemäss den Gemeinsamen Tarifen an ProLitteris bzw. leisten hohe Lizenzgebühren für die Nutzung von digitalen Medien.

1. Problematische und undifferenzierte Praxisänderung bezüglich Auslegung des Begriffs „im Handel erhältliche Werkexemplare“

Das Schweizerische Urheberrecht (URG) bezweckt einen fairen Interessenausgleich zwischen Urhebern und Verlagen einerseits und Nutzern von urheberrechtlich geschützten Werken andererseits. Gemäss Art. 10 Abs. 2 URG hat der Autor das ausschliessliche Recht, Werkexemplare zu vervielfältigen und zu verbreiten bzw. dieses Recht nach Art. 16 URG an einen Verlag abzutreten. Um die Interessen der Nutzer nicht ungebührlich zu beschränken, kennt das URG die Urheberrechtsschranke des Eigengebrauchs (Art. 19 URG), aufgrund derer veröffentlichte Werke unter anderem im persönlichen und im schulischen Bereich (inkl. Lehre) verwendet werden dürfen. Allerdings wird diese Eigengebrauchsschranke ausserhalb des privaten Eigengebrauchs wiederum eingeschränkt, indem die vollständige Vervielfältigung von im Handel erhältlichen Werkexemplaren untersagt wird.

Im vorliegenden Rechtsstreit geht es nun genau um die Frage, ob ein einzelner Artikel in einer wissenschaftlichen Zeitschrift für sich ein im Handel erhältliches Werkexemplar ist und damit die Dienstleistung der ETH-Bibliothek unter die Gegen Ausnahme von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG fällt. Aus Bibliothekssicht betrifft die aufgeworfene Frage aber nicht nur Zeitschriften und die darin enthaltenen Artikel, sondern allgemein Sammelwerke in einem nicht rein juristischen Sinn, insbesondere Zeitungen, Fest- und Gedenkschriften, Kongressberichte sowie Jahrbücher. Im Folgenden werden der Einfachheit halber alle Arten von Sammelwerken unter den Begriff der Zeitschrift subsumiert.

Das Handelsgericht Zürich legt den Begriff des im Handel erhältlichen Werkexemplars nach Art. 19 Abs. 3 lit. a URG mit dem Hinweis auf den technologischen Wandel neu und entgegen der bisherigen Bundesgerichtspraxis aus. Im Bundesgerichtsentscheid BGE 133 III 473 hat das Bundesgericht das Werkexemplar als die „jeweilige Zeitung oder Zeitschrift, nicht hingegen der einzelne darin enthaltene Presseartikel“ (BGE 133 III 478) definiert, dies in Übereinstimmung mit der Umschreibung in der Botschaft 1989, wonach „aus dem im Handel erhältlichen Exemplar nur Auszüge kopiert [...]: ein Artikel aus einer wissenschaftlichen Zeitung, [...werden dürfen]“. (BBl 1989 III 475ff., S. 541)

Dass der Begriff „im Handel erhältliche Werkexemplare“ im digitalen Zeitalter für Zeitschriftenartikel nicht mehr nur für die herkömmlichen gedruckten Vertriebsarten (Zeitschriftenheft) und Vertriebskanäle gilt, sondern auch für den Vertrieb einzelner Artikel über das Internet gelten kann, könnte eine Praxisänderung sachlich begründen.

Das Handelsgericht Zürich verkennt allerdings, dass zu differenzieren ist zwischen Zeitschriftenartikel, die ursprünglich digital erstellt (digital born) und einzeln online vertrieben werden (a.), solchen, die ausschliesslich in gedruckter Version als Teil einer Zeitschrift produziert und vertrieben wurden oder noch werden (b.), solchen, die ursprünglich gedruckt als Teil einer Zeitschrift erschienen sind und entsprechend vertrieben wurden und erst zu einem späteren Zeitpunkt nachträglich digitalisiert wurden (entweder

als einzeln erwerbbar Artikel oder als Sammelwerk) (c.) und solchen Werken, die gleichzeitig gedruckt und online erschienen sind, sei es als einzelner Artikel oder als Sammelwerke (d.).

(a.) Die meisten digital born-Zeitschriftenartikel, welche in den Bibliotheken zur Nutzung angeboten werden, sind Teil von Datenbanken oder E-Journals, welche von den Bibliotheken zu hohen Preisen lizenziert werden. Nur in seltenen Ausnahmen erwerben Bibliotheken einzelne elektronische Artikel zu Eigentum. Das Handelsgericht Zürich differenziert diesbezüglich im vorliegenden Urteil leider nicht zwischen Werkexemplaren, die durch die Bibliotheken käuflich erworben – und deren Nutzung nach Urheberrechtsgesetz geregelt ist – und solchen, die lizenziert wurden und deren Nutzung in erster Linie lizenzvertraglichen Bestimmungen unterliegen.

Der technologische Wandel betrifft nicht nur die Definition des Werkexemplars und der Vertriebskanäle, sondern auch die Verlagerung der Erwerbungsart von Werkexemplaren durch die Bibliotheken. Wurden im vordigitalen Zeitalter ausschliesslich gedruckte Zeitschriften käuflich zu Eigentum erworben, werden heute zunehmend Artikel als Teil von Zeitschriften in Datenbanken oder als E-Journals zur Nutzung lizenziert. Die zulässige Nutzung von lizenzierten Werken, insbesondere das Vervielfältigen und Verbreiten, ist lizenzvertraglich geregelt. In aller Regel wird den Bibliotheken, über den gesetzlich eingeräumten Eigengebrauch hinausgehend, vertraglich ausdrücklich erlaubt, ihren Nutzern vollständige Vervielfältigungen von in den Datenbanken oder E-Journals enthaltenen Artikeln anzufertigen und sie ihnen auch digital zuzusenden, ebenso den interbibliothekarischen Versand von Kopien. Ein solchermassen Nebeneinander von gesetzlicher und vertraglicher Lizenz wurde bereits bei der letzten Revision des Urheberrechtsgesetzes vorgesehen.

„[...] Vervielfältigungshandlungen, die mit dem Herunterladen erlaubterweise zugänglich gemachter Werke über On-Demand-Dienste wie iTunes verbunden sind. Er hebt für solche Vervielfältigungen die einschränkenden Bedingungen auf, die gemäss [Art. 19] Absatz 1 Buchstabe c und Absatz 3 [URG] für das Kopieren von Werken zum Eigengebrauch gelten. Dies ist notwendig, damit neben den natürlichen auch juristische Personen wie Unterrichtsanstalten, Betriebe, öffentliche Verwaltungen, Bibliotheken, Institute usw. Werke direkt über den elektronischen Geschäftsverkehr beziehen können, ohne mit den Bedingungen für das Vervielfältigen zum Eigengebrauch in Konflikt zu geraten.“ (BBl 2006, S. 3429)

In diesen Fällen geht demnach die vertragliche Lizenz der gesetzlichen Lizenz des Eigengebrauchs nach Art. 19 URG vor. Bei „Digital born-Artikeln“, die online über lizenzierte Datenbanken oder E-Journals vertrieben werden, kommt die Gegenausnahme zur Eigengebrauchsschranke nach Art. 19 Abs. 3 lit. a URG daher nicht zur Anwendung.

- (b.) Im Fall von gedruckten Zeitschriftenausgaben, die ausschliesslich in gedruckter Version als Teil eines Sammelwerks produziert und vertrieben wurden oder noch werden, ist eine Praxisänderung der Auslegung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG mit dem Argument des technologischen Wandels nicht begründbar.

Ausschliesslich gedruckt vorliegende Dokumente spielen nach wie vor eine wichtige Rolle, insbesondere in den geisteswissenschaftlichen Fächern. Insgesamt ist die Anzahl der publizierten, von den Bibliotheken erworbenen, sowie der ausgeliehenen Werke, seit Jahren ziemlich stabil. Entgegen der impliziten Annahme des Handelsgerichts ist die Veränderung der Vertriebsarten nur sehr partiell und umfasst bei weitem nicht das ganze Publikationswesen.

Zudem ist bei vielen Zeitschriften die Produktion eingestellt, eine Digitalisierung dieser nicht mehr verlegten Titel durch die Verlage selber ist in den allermeisten Fällen nicht zu erwarten, und bei zahlreichen dieser Sammlungen ist zudem von verwaisten Werken auszugehen.

- (c.) Anders ist es im Falle von gedruckten Zeitschriften, die als gedruckte Exemplare vertrieben werden bzw. wurden und die nachträglich vom Verlag als ganzes oder als einzelne Artikel digitalisiert und online vertrieben werden. Hier stellt sich die Frage, ob das Anbieten nachträglich digitalisierter Artikel den Werkexemplarcharakter der betreffenden gedruckten Zeitschriften verändert bzw. ob diesfalls der einzelne Artikel Werkexemplarcharakter bekommt. Die Bibliotheken haben über Jahrzehnte umfangreiche Bestände an gedruckten Zeitschriften aufgebaut. Aktuell bieten sie rund 600'000 gedruckte Zeitungs- und Zeitschriftentitel an (inklusive der zahlreichen eingestellten Titel). Diese Werke wurden unter der bis anhin geltenden Rechtspraxis erworben. Die Rechtslage ist dadurch gekennzeichnet, dass nur die ganze Zeitschriftenausgabe ein Werkexemplar im Sinn von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG ist, und dass somit einzelne Artikel vollständig vervielfältigt werden können. Eine Praxisänderung der Auslegung des Begriffs „unvollständiges, im Handel erhältliches Werkexemplar“ im Sinne des Handelsgerichts, sollte sich diese auch auf die unter bisheriger Rechtspraxis erworbenen gedruckten Zeitschriften beziehen, würde zu einer Verletzung der Rechtssicherheit führen.

- (d.) Im vierten Fall, bei dem die Verlage die Zeitschriften bzw. die darin enthaltenen Artikel zeitgleich sowohl als Papiaerausgabe wie auch als elektronisches Dokument herausgeben, kann in den meisten Fällen davon ausgegangen werden, dass die Bibliotheken über einen Aufpreis die digitale Ausgabe zusätzlich zur gedruckten lizenzieren und damit bezüglich der elektronischen Artikel wieder gemäss dem Lizenzvertrag berechtigt sind, Kopien herzustellen.

In jenen Fällen aber, in denen die Bibliotheken aus technischen oder finanziellen Gründen weiterhin nur die gedruckte Ausgabe erwerben können und auf das Online-

Angebot verzichten müssen, muss die vollständige Vervielfältigung von einzelnen Artikeln aus gedruckten Zeitschriften weiterhin, gemäss der bisherigen Rechtspraxis, möglich sein.

2. Technologischer Wandel findet auch in den Bibliotheken und bei deren Nutzern statt

Neben der zeitgemässen Neuauslegung des Art. 19 Abs. 3 lit. a URG geht das Handelsgericht Zürich auch eingehend auf Art. 19 Abs. 2 URG ein und kommt hier zum Schluss, dass das Herstellen von Vervielfältigungen für den eigengebrauchsberechtigten Nutzer durch Bibliotheken unter Beachtung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG erlaubt ist, aber nicht das elektronische Versenden der Kopien.

Tatsächlich ist in Art. 19 Abs. 2 URG nur das Vervielfältigen, aber nicht das Versenden von Werkexemplaren erwähnt.

Wenn das Handelsgericht Zürich allerdings einerseits eine Praxisänderung bei der Auslegung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG mit der Begründung des technologischen Wandels vornimmt, ist nicht zu verstehen, warum es dies bei der Anwendung von Art. 19 Abs. 2 URG nicht gleichermassen tut. Die Unterscheidung zwischen Vervielfältigung und dem Versenden stammt aus der analogen Zeit.

Bei digitalen Werkexemplaren erscheint es widersinnig, dass zwar solche für Eigengebrauchsberechtigte gemäss Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 lit. a URG hergestellt werden dürfen, aber diese nicht ihrer Natur gemäss digital versendet werden könnten. Auch Kopien von gedruckten Werken werden heute mehrheitlich digital vervielfältigt, indem Scans als pdf-Dateien hergestellt werden. Auch solche Vervielfältigungen sind ihrer Natur gemäss in erster Linie dazu geeignet, ebenfalls digital als Attachment versendet zu werden. Das Handelsgericht Zürich erkennt, dass es im digitalen Zeitalter nicht mehr angehen kann, dass digitale Vervielfältigungen nicht auch digital versendet werden könnten. Die vom Handelsgericht vorgelegte Lösung des Problems erscheint dann aber wieder sehr altertümlich, nämlich, dass der Bibliotheksnutzer, die ihm von der Bibliothek hergestellte Kopie auf einem Computer der Bibliothek eigenhändig als Attachment an seine eigene Mailadresse schicken könne.

Unter Art. 19 Abs. 2 URG fällt auch der Tatbestand des Selberkopierens durch Bibliotheksnutzer auf Kopiergeräten der Bibliotheken. Nach Gesetzeswortlaut fällt jegliches Vervielfältigen auf Kopiergeräten in der Bibliothek unter die Einschränkung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG, womit für den Bibliotheksnutzer nur die unvollständige Vervielfältigung auf Kopiergeräten der Bibliothek erlaubt ist (Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 lit. a URG). Das Handelsgericht Zürich legt bezüglich dem Selberkopieren durch Bibliotheksnutzer nun Art. 19 Abs. 2 URG neu aus und pflichtet den klagenden Verlagen bei, dass eine vollständige Vervielfältigung durch den privaten Bibliotheksnutzer im Sinn von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG auf Kopiergeräten der Bibliothek zulässig sein soll, da dies keine direkte Konkurrenzierung des

Verlagsangebots darstelle. Durch die Zulässigkeit der vollständigen Vervielfältigung auf Kopiergeräten der Bibliotheken durch Bibliotheksnutzer sei der Interessenausgleich zwischen den finanziellen Interessen der Verlage und dem Interesse der Bibliotheksnutzer an der Sicherstellung ihrer Kommunikationsgrundrechte gewahrt. Konkret heisst das aber nichts anderes, als dass das Ausüben der Kommunikationsgrundrechte durch den privaten Bibliotheksnutzer auf den persönlichen Gang zur Bibliothek beschränkt würde. Die übrigen eigengebrauchsberechtigten Bibliotheksnutzer, in erster Linie jene, die im Rahmen von Lehre und Forschung tätig sind, könnten in diesem Sinn die Ausübung der Kommunikationsgrundrechte nicht wahrnehmen. Ihnen wäre das Vervielfältigen von vollständigen Werkexemplaren sogar beim persönlichen Gang zur Bibliothek untersagt. Das heisst, ein wesentlicher Vorteil des digitalen Wandels, nämlich der Zugang zur Information mittels elektronischer Übermittlung und damit die Wahrnehmung der Kommunikationsgrundrechte mittels der Dienstleistung der Bibliotheken wird – ausser dem privaten Bibliotheksnutzer - abgesprochen.

Seit Jahren erbringen wissenschaftliche Bibliotheken eine von Lehre und wissenschaftlicher Forschung geforderte und ans digitale Zeitalter angepasste, nicht kommerzielle Dienstleistung. Sie vervielfältigen und versenden Dokumente in digitaler Form an Eigengebrauchsberechtigte. Den digitalen Wandel nur beim Vertrieb von Werken durch die Verlage zu beachten und nicht bei der Dienstleistung der Bibliotheken, heisst den Bibliotheken zu verbieten, sich ebenfalls an das digitale Zeitalter anzupassen und damit zu verhindern, dass sie damit im Interesse der Öffentlichkeit einen wichtigen Beitrag zur Informationsgesellschaft leisten. Das Handelsgericht schützt diesbezüglich die wirtschaftlichen Interessen der Verlage zu Ungunsten der Bibliotheken bzw. der öffentlichen Hand, die zu einem wesentlichen Teil die Bibliotheken finanzieren.

3. Kernaufgabe der Bibliotheken ist die Informationsvermittlung

Das Handelsgericht Zürich spricht den Bibliotheken ab, dass ihre Dienstleistung des Dokumentenversands zur Kernaufgabe der Bibliotheken zählt. Die Aufgabe der Bibliotheken umfasst das Sammeln, Erschliessen, Erhalten und das Vermitteln von Information sowohl in gedruckter wie auch in digitaler Form. Zur Informationsvermittlung zählt längstens nicht nur das räumliche „Zugänglichmachen von Literatur“. Entgegen der Annahme des Handelsgerichts werden viele typische Dienstleistungen der Bibliotheken gar nicht mehr im Gebäude selbst erbracht. Informationsvermittlung heisst dem Bibliotheksnutzer den Zugang zur Information möglichst gut, umfassend und technologieangepasst zu ermöglichen. Die Bibliotheken erwerben Information auf verschiedenen Trägern und vermitteln ebenso die Information auf je unterschiedliche, dem Medium entsprechende Art und Weise. Dazu zählt seit jeher auch das Vermitteln von Information durch das Versenden von Kopien, sei es in gedruckter Form oder in digitaler.

Der Dokumentenversand zählt seit langem zu einem von den Verlagen und den

Verwertungsgesellschaften anerkanntes Angebot der Bibliotheken, welches über die Gemeinsamen Tarife 8 und 9 vergütet wird (vgl. unten).

4. Bibliotheken sind keine Konkurrenz für Verlage

Dass die Bibliotheken die Verlage aufgrund ihrer Dokumentenlieferdienste konkurrieren würden, wird durch die schweizerische Bibliotheksstatistik¹ schnell widerlegt. In erster Linie leisten die Bibliotheken immense Beiträge an die Verlage durch die Erwerbung und Lizenzierung von Medien und hohe Vergütungen für das Kopieren.

Gemäss schweizerischer Bibliotheksstatistik wendeten die Schweizerischen Universitätsbibliotheken 2013 insgesamt rund CHF 80 Mio. für den Kauf und die Lizenzierung von Inhalten auf, davon knapp die Hälfte (39 Mio.) für lizenzierte elektronische Medien. Die Erwerbungskosten der Bibliotheken – und damit insbesondere die den wissenschaftlichen Grossverlagen wie den Klägern zufließenden Mittel – haben sich in den letzten 10 Jahren fast verdoppelt. 2003 erwarben die Bibliotheken noch für CHF 44 Millionen Medien, wovon allerdings erst knapp CHF 8 Mio. für elektronische Werke. Es hat demnach nicht nur eine Steigerung der Erwerbungs Ausgaben insgesamt stattgefunden, sondern vor allem auch eine markante Verschiebung der Erwerbungs kosten für gedruckte hin zu elektronischen Werken. Im genannten Zeitraum 2003 – 2013 hat sich aber der Bestand an gedruckten Medien in den Bibliotheken kaum erhöht. Zählte man 2003 noch 20 Mio. gedruckte Medien, waren es 2013 nur wenig mehr, nämlich 29 Mio. Dem gegenüber hat beim Bestand an elektronischen Medien, deren Nutzung gemäss Lizenzverträgen geregelt und auch vergütet ist, mehr oder weniger eine Verzehnfachung stattgefunden. 2003 waren es erst ca. 300'000 elektronische Medien und 2013 ca. 3 Mio., dies korreliert auch mit den Zugriffszahlen auf Datenbanken und elektronische Zeitungsartikel, waren es 2003 ca. 4 Mio. Zugriffe, sind es 2013 bereits 50 Mio.

2013 haben die Universitätsbibliotheken gemäss Bibliotheksstatistik insgesamt 138'007 Kopieraufträge erfüllt², was gemessen an der elektronischen Nutzung³ als vernachlässigbar erscheint. Zudem ist anzumerken, dass die Bibliotheksstatistik bei den Angaben der Kopieraufträge nicht unterscheidet zwischen urheberrechtlich geschützten Werken und gemeinfreien und auch nicht, ob im Einzelfall eine vertragliche Einwilligung für die Vervielfältigung vorliegt. Der Kopienversand durch die Bibliotheken ist quantitativ eine Nischendienstleistung und nimmt seit 2003 markant ab⁴.

Im Weiteren besteht keine Konkurrenz der wissenschaftlichen Verlage durch die nichtkommerzielle (in der Regel auch nicht kostendeckende) Kopiertätigkeit der Bibliotheken

1 <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/02/02.html>

2 In der Bibliotheksstatistik jeweils Spalte G62; gemäss Definition der Statistikvariablen umfasst diese „Zeitschriften-Artikel. Positiv erledigte Anfragen: Gesamtzahl der positiv erledigten Anfragen nach Artikeln aus Zeitschriften, Zeitungen, Festschriften u.ä. (Recherche, Kopiererstellung, Scanning, Versand); unabhängig von der Art der Bestellung (interbibliothekarischer Leihverkehr, Direktbestellung bei Bibliothek) und der Art des Versands (Papier- oder elektronische Kopie)“

3 Gemäss Bibliotheksstatistik Spalten G71 und G72

4 2003 erfüllten die Bibliotheken noch 227'422 Kopieraufträge

und ihrer Nutzer, weil die Bibliotheken für das Kopieren umfangreiche Vergütungen gemäss Art. 20 URG und den entsprechenden Gemeinsamen Tarifen 8 und 9 leisten (vgl. unten).

Bei der Frage einer möglichen Konkurrenz ist auch zu erwähnen, dass die Bibliotheken nur auf einzelnen Auftrag durch den Benutzer hin Kopien herstellen, die Bibliotheken vervielfältigen nicht auf Vorrat.

5. Dokumentenlieferdienst der Bibliotheken unter Beachtung des Drei-Stufen-Tests

Das Handelsgericht Zürich begründet seine Haltung mit der Unvereinbarkeit des Dokumentenlieferdienstes der Bibliotheken mit dem sog. Drei-Stufen-Test, insbesondere mit der zweiten und dritten Stufe. Die wissenschaftlichen Bibliotheken stellen sich auf den Standpunkt, dass die zweite Stufe des Drei-Stufen-Tests, die normale Auswertung des Werkes durch die Verlage durch das nicht kommerzielle, auf Einzelauftrag bezogene Dienstleistungsangebot, nicht beeinträchtigt wird. Die Bibliotheken erwerben die von den Verlagen zu einem wesentlichen Teil immer noch als Sammelwerke angebotenen gedruckten Zeitungen und Zeitschriften, teilweise zu höheren Preisen als private Nutzer, um die intensivere Nutzung abzugelten, oder aber sie lizenzieren elektronische Zeitschriften, oft im Rahmen von Datenbanken und E-Journal-Paketen, zu noch höheren Preisen. Die Bibliotheken sind der Meinung, dass der Verkauf von gedruckten und digitalen Zeitschriften, welche wie bisher in wissenschaftlich zitierfähiger Form als Hefte und Jahrgänge erscheinen, mindestens auch immer noch die „traditionelle Vermarktungsform“ darstellt, neben dem neu hinzugekommenen digitalen Angebot von Online-Archiven, in denen einzelne Artikel erworben werden können. Solange die Verlage noch Zeitschriften als Sammelwerke verkaufen, konkurrenziert die Dienstleistung der Bibliotheken nicht die traditionelle Vermarktungsform bzw. Verwertungsmöglichkeiten der Verlage. Und die Frage der Konkurrenz bezüglich einzelner online erwerbbarer Artikel stellt sich in der Regel nicht, weil diese meistens Teil von lizenzierten Datenbanken und E-Journals sind und damit die Nutzung durch die Bibliotheken lizenzvertraglich geregelt ist.

Die dritte Stufe des Drei-Stufen-Tests verbietet eine unzumutbare Beeinträchtigung der urheberrechtlichen Interessen der Urheber bzw. verlangt eine Milderung dieser allfälligen Beeinträchtigung durch entsprechende Vergütungen. Eine Beeinträchtigung der Interessen des Urhebers ist dann zulässig, wenn die Interessen Dritter höher gewichtet werden als jene des Urhebers. Die Bibliotheken erfüllen für die Öffentlichkeit und die Wissenschaft unter dem Aspekt der Kommunikationsgrundrechte eine unverzichtbare Aufgabe, indem sie die Werke erwerben, sammeln und ihren Nutzern zur Verfügung stellen, insbesondere für den reinen Werkgenuss, aber auch für das Vervielfältigen und Versenden. Dies wird um so wichtiger, als dass die Kosten für die Erwerbung von urheberrechtlich geschützten Werken zunehmend steigen. Die steigenden Kosten führen auch bei Bibliotheken zum Teil zu einem eingeschränkteren Angebot.

Dazu kommt, dass durch die Verlagerung von gedruckten wissenschaftlichen Werken zu online-Angeboten die Verlage die Werke der Öffentlichkeit entziehen. Denn schon bereits der reine Werkgenuss, der bei veröffentlichten Werken kostenfrei gewährleistet ist, ist bei online-Angeboten kostenpflichtig. Die Veröffentlichung von Werken ist aber Voraussetzung für die zwingende gesetzliche Lizenz des Eigengebrauchs, sie wird durch den bereits kostenpflichtigen Werkgenuss verhindert.

Zum Ausgleich solchermaßen eingetretener Beeinträchtigungen der Interessen der Verlage und Urheber erhebt die Verwertungsgesellschaft ProLitteris gestützt auf Art. 20 URG und die Gemeinsamen Tarife (GT) 8 (II & VI) und 9 (II & VI) bei den Bibliotheken für ihre Dokumentenlieferdienste Vergütungen.

So heisst es in Ziff. 6.3.24 von GT 8 VI für „das Herstellen von ein- und mehrfarbigen Kopien [...] auf Papier, Kunststoff oder anderen Trägern mit Hilfe von Fotokopiergeräten, von Multifunktionsgeräten, von Telefaxapparaten, von Druckern oder ähnlichen Geräten und zwar ab einer Papier- oder einer digitalen Vorlage“:

„6.3.24.1 Vergütung für Vervielfältigungen als Dritter im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG Für Presseauschnitt-, Medienbeobachtungsdienste, Dokumentationslieferdienste und weitere vergleichbare Dienste wird die jährliche Vergütung aufgrund der von diesen Diensten zu meldenden Gesamtkopiemenge und aufgrund des Branchenkoeffizienten von 70 % wie folgt berechnet: $GKM \times 70\% \times CHF 0.035 = CHF$ “

Und in GT 9 VI wird die Vergütungspflicht für den Versand von elektronischen Vervielfältigungen in Ziff. 6.3.24 .1 a umschrieben:

*„Vergütung für Nutzung als Dritter im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG Für Presseauschnitt-, Medienbeobachtungsdiensten, Dokumentationslieferdiensten und weiteren vergleichbaren Dienste wird die jährliche Vergütung für Textwerke, [...] aufgrund der von diesen Diensten zu meldenden Anzahl Dokumentenseiten [...] berechnet.
a) Versenden von elektronischen Vervielfältigungen von Textwerken, [...] Die im Rahmen des erlaubten Eigengebrauchs gemäss Art. 19 URG erstellten elektronischen Vervielfältigungen, die ein [...], Dokumentationslieferdienst sowie weitere vergleichbare Dienste, als Dritter im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG dem Berechtigten elektronisch versendet (z.B. als Attachment eines E-mails) [...]“.*

Das Handelsgericht Zürich zieht als weitere Argumentationshilfe einen selektiven Rechtsvergleichs bei und verweist bezüglich dem Verbot des Versands von elektronischen Kopien auf Art. 5 Abs. 2 in Verbindung mit dem Erwägungsgrund 40 der EU-Richtlinie 2001/29/EG. Einerseits ist dieser Rechtsvergleich sehr selektiv und andererseits enthält der erwähnte Erwägungsgrund 40 nur eine soll-Bestimmung. Die EU-Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten aber einen grösseren Spielraum für Schrankenbestimmungen als das Handelsgericht ausführt, sofern die Schranke den Drei-Stufen-Test erfüllt. Gemäss der EU-

Richtlinie muss sich die Schranke auf bestimmte Fälle (z.B. „Unterrichts- und wissenschaftliche Zwecke“: Erwägung 34) beziehen, die die normale Auswertung des Werks nicht beeinträchtigen („nicht kommerzielle Art der Tätigkeit“: Erwägung 42) und bei Bedarf ein Interessenausgleich in Form einer Entschädigungspflicht vorsehen (z.B. Erwägung 35). Dem entsprechend erlaubt beispielsweise das Deutsche Urheberrechtsgesetz (UrhG) gemäss §53a UrhG den Versand von elektronischen Kopien zu Unterrichts- und wissenschaftlichen Forschungszwecken gegen eine angemessene Vergütung.

6. Einschneidende Konsequenzen für Bibliotheken und Wissenschaft bei Bestätigung des Urteils durch das Bundesgericht

Sollte das Bundesgericht seine mehrjährige Praxis bezüglich Art. 19 Abs. 3 lit. a URG fundamental ändern und unabhängig von der Erscheinungsform von Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln diese als vollständige Werkexemplare anerkennen, führt dies zu einem immensen Wertverlust. Die über Jahrzehnte mit Mitteln der öffentlichen Hand erworbenen und archivierten Sammelwerke, wie Zeitungen, Zeitschriften, Fest- und Kongressschriften könnten nur vor Ort eingesehen und ausgeliehen werden. Ausschliesslich dem privaten Bibliotheksnutzer wäre es erlaubt, eigenhändig Kopien von vollständigen Zeitschriftenartikeln herzustellen, allenfalls mit der Hilfe vom Bibliothekspersonal. Lehrende und Forschende könnten im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Arbeit zwar nach wie vor in den Räumen der Bibliothek Einsicht in die Werke nehmen, aber die Vervielfältigung von ganzen Werken – auch die eigenhändige – zum Zwecke von Forschung und Lehre wäre ausgeschlossen. Das Versenden von Vervielfältigungen vollständiger Artikel wäre ausgeschlossen. Die Aufgabe der Bibliotheken, die Informationsvermittlung, wäre nur noch eingeschränkt möglich, und die Bibliotheken wären bezüglich dieser grossen Bestände an Zeitungen und Zeitschriften nur noch reine Archive.

Besonders stossend wäre eine Praxisänderung bezüglich Art. 19 Abs. 3 lit. a URG, dass auch Werke, die von Angehörigen der eigenen Universitäten hergestellt wurden, ebenso nicht mehr vervielfältigt werden dürften.

Sollte das Bundesgericht bei der Auslegung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG eine Differenzierung je nach Erscheinungsform des Werkexemplars vornehmen, ist es fraglich, ob die Bibliotheken die jeweilige Überprüfung mit den vorhandenen Ressourcen leisten könnten. Jeder einzelne Artikel aus einer gedruckten Zeitschrift müsste – zusätzlich zur standardmässigen Überprüfung, ob der gewünschte Artikel in einer von der Bibliothek lizenzierten Datenbank erschienen ist – daraufhin überprüft werden, ob er allenfalls auch sonst irgendwo online erwerbbar ist. Da die Verlage ihre Werke fortlaufend retrodigitalisieren, müsste diese Abklärung immer wieder von neuem gemacht werden. Im Weiteren müssten die Bibliotheken bei den gewünschten Artikeln konsequenterweise auch jeweils prüfen, ob ein

Werk allenfalls keinen urheberrechtlichen Schutz mehr genießt und damit frei verwendbar ist oder auch, ob ein Verlag eine Einwilligung zum Vervielfältigen gegeben hat. Diese Abklärungen sind enorm aufwändig und kosten viel. In der Konsequenz würde dies zu Lasten der öffentlichen Hand und der Erwerbungsbudgets der Bibliotheken – und damit auch zulasten der Verlage – gehen.

Ohne die Subsumption des Artikelversands durch die Bibliotheken unter Art. 19 Abs. 2 URG würden viele Inhalte faktisch unzugänglich: die Hochschulbibliotheken lagern zunehmend gedruckte Medien, insbesondere Zeitungen und Zeitschriften – wegen Raumnot und aus Kostengründen – in Aussenlager aus. Diese Aussenmagazine sind reine Lagerräumlichkeiten, sie verfügen in der Regel über keine Lesesäle wie die Bibliotheken, und der physische Zugriff durch den Bibliotheksnutzer auf die gelagerten Papierexemplare ist oft auch aus konservatorischen Gründen nicht möglich. Aktuell realisieren die Universitäts- bzw. Kantonsbibliotheken von Aarau, Basel, Luzern, Solothurn und Zürich in Büron die sogenannte „Kooperative Speicherbibliothek (vgl. dazu NZZ vom 24. November 2013). Die Speicherbibliothek führt die Bestände der verschiedenen Bibliotheken zusammen, komplettiert sie und reduziert den so entstandenen neuen Gesamtbestand mehrheitlich auf je ein Exemplar pro Werk. Die Benutzung des Bestandes erfolgt über den Kopienversand der gewünschten Werkexemplare.

Das weiterhin mögliche Versenden von Artikeln ist auch im Fall von raum- und ressourcensparenden Kooperationsprojekten der wissenschaftlichen Bibliotheken, wie beispielsweise die „Kooperative Print-Archivierung“, zwingend erforderlich. Ziel der Kooperativen Print-Archivierung ist die sichere, langfristige Aufbewahrung eines gedruckten, letzten Exemplars von wissenschaftlichen ausländischen Zeitschriften für den Fall, dass die elektronische Version aus irgendeinem Grund nicht mehr zugänglich sein sollte. Die Aufgabe wurde nach Fachgebieten zwischen den Hochschulbibliotheken und Universitäten der Schweiz aufgeteilt. Die koordinierte Printarchivierung erleichtert es den übrigen Bibliotheken, Zeitschriften aus jenen Fachgebieten abzubestellen, für deren Archivierung sie nicht verantwortlich sind.

Die Folge der Unzulässigkeit von Kopienversand würde konkret im Fall der Kooperativen Speicherbibliothek, der Kooperativen Print-Archivierung, aber auch generell heissen, dass die Bibliotheksnutzer, gerade auch Wissenschaftler, gezwungen wären, von Bibliothek zu Bibliothek zu reisen, was im digitalen Zeitalter anachronistisch ist.

Bei gewissen Werken sprechen zudem konservatorische Gründe gegen eine physische Benutzung durch die Bibliotheksnutzer, insbesondere, wenn es sich um „letzte“ Exemplare handelt, die in den Bibliotheken archiviert werden. Ohne Vervielfältigungs- und Versandmöglichkeiten wären diese Werke für die Öffentlichkeit damit nicht mehr zugänglich.

Die Bestätigung des Urteils durch das Bundesgericht würde den Bibliotheken verbieten, ihre umfangreichen Sammlungen an Zeitungen und Zeitschriften sowohl in technologischer wie

auch in konservatorischer Hinsicht bestmöglich zu verwalten und zugänglich zu machen. Damit würden die Bibliotheken einerseits gezwungen, im analogen Zeitalter zu verharren, und andererseits würde Information und deren Vermittlung entgegen dem Interesse von Öffentlichkeit und Wissenschaft an freiem Zugang zu Information zunehmend kommerzialisiert und monopolisiert.