

Ausfertigung

Eingegangen

27. Dez. 2005



^{Lovells}
LANDGERICHT MÜNCHEN I
Lenbachplatz 7, 80316 München

Az.: 7 O 11479/04

Verkündet am 15.12.2005

Rwb-PLS
Die Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Be. vor. 20.1.
Geran: 27.1. *not U*
Be-begr. vor. 20.2.
Geran: 27.2.
TB vor. 3.1. *not U*
Geran: 10.1. *not U*

In dem Rechtsstreit

Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., vertreten
durch seinen Vorsteher Dieter Schormann, Großer Hirsch-
graben 17-21, 60311 Frankfurt

- Kläger zu 1 -

**Stichting Secretariaat van de International Association
of Scientific Technical and Medical Publishers (Stichting
STM)**, vertreten durch den Vorstand Eric Arthur Swanson
und Petrus Wilhelmus Johannes Hendriks, Pr. Willem-
Alexanderhof 5, 2595BE's Grafenbage, Holland

- Kläger zu 2 -

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:
Rechtsanwälte Schulze Küster Müller Mueller, Bismarckstr.
2, 80803 München
Gz.: 045/02-163

gegen

**Freistaat Bayern als Träger der Universitätsbibliothek
Augsburg**, vertreten durch das Landesamt für Finanzen,
Dienststelle Augsburg, Ludwigstr. 36, 86152 Augsburg

- Beklagter zu 1 -

Prozessbevollmächtigte zu 1:
Rechtsanwälte Zanker & Vorbuchner, Annastr. 3, 86150
Augsburg
Gz.: 617/04 VO01 Gd D3/D51

Subito Dokumente aus Bibliotheken e.V., vertreten durch
den Vorstand Uwe Rosemann, Dr. Klaus Franken und Prof.
Dr. Bernd Hagenau, Cicerostr. 37/38, 10709 Berlin

- Beklagter zu 2-

Prozessbevollmächtigte zu 2:
Rechtsanwälte Lovells, Untermainanlage 1, 60329 Frankfurt
am Main
Gz.: S 1867.000222-RMB-ck

wegen Urheberrechtsverletzung

erlässt das Landgericht München I, 7. Zivilkammer, durch Vorsitzenden Richter am Landgericht Retzer, Richterin am Landgericht Dr. Brodherr und Richter am Landgericht Dr. Zigann aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30.6.2005 folgendes

TEILURTEIL

1. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung von Ordnungsgeld von EUR 5,- bis EUR 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, gegenüber dem Kläger zu 1 zu unterlassen,

die Aufsätze

- o „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);
- o „The Validity of Physiological Variables to Assess Training Intensity in Kayak Athletes“ von David Bishop, in der Zeitschrift „International journal of sports medicine“, 2004, Hest 1, S. 68-72 (herausgegeben von Georg Thieme Verlag KG);
- o „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);

per Email, FTP aktiv, und FTP passiv 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 weiter versenden.

2. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung von Ordnungsgeld von EUR 5,- bis EUR 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, gegenüber dem Kläger zu 2 zu unterlassen,

die Aufsätze

- o „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.);
- o „Intruduction 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.);
- o „Modeling Small Aluminium 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 Email, FTP aktiv, und FTP passiv 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 weiter versenden.

3. Die Beklagten werden verurteilt, gegenüber dem Kläger zu 1 über Art und Umfang der in Ziffer 1. genannten Nutzungen und gegenüber dem Kläger zu 2 über Art und Umfang der in Ziffer 2. genannten Nutzungen seit dem 1.1.2003 jeweils Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen. Insbesondere sind anzugeben:

a. die Anzahl derjenigen Kopien oder Vervielfältigungen gem. 1. und 2., die an Bibliotheken im In- oder Ausland elektronisch übermittelt wurden, die diese Beiträge an Dritte, nämlich deren Auftraggeber, in Deutschland, Österreich oder der Schweiz weitergeben oder weiter versenden, sowie die Namen und Anschriften dieser Bibliotheken, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;

b. die in Rechnung gestellten und/oder erhaltenen Beträge für die jeweilige Lieferung der Kopien oder Vervielfältigungen, und zwar aufgeschlüsselt nach Ländern;

c. die erzielten Bruttoumsätze und den erzielten Gewinn.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagten jeglichen Schaden als Gesamtschuldner zu ersetzen haben,

a. der den Verlagen Springer Verlag GmbH, Georg Thieme Verlag KG oder Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KG aA durch die in Ziffer 1. genannten Handlungen seit dem 1.1.2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen des Klägers zu 1;

b. sowie den Verlagen Elsevier B.V., Blackwell Publishing Ltd. oder der American Chemical Society durch die in Ziffer 2. genannten Handlungen seit dem 1.1.2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen des Klägers zu 2.

5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Von der Abweisung ausgenommen sind Ansprüche wegen des Versands der Aufsätze gem. Ziffern 1. und 2. per Email, FTP aktiv und FTP passiv an Nutzer in Österreich und der Schweiz sowie des Versands dieser Aufsätze per Post oder Fax an Bibliotheken im Ausland zur Aushändigung an deren Auftraggeber. Ferner ausgenommen sind Ansprüche hinsichtlich der übrigen klagegegenständlichen Aufsätze, soweit der Versand an Nutzer in Österreich und der Schweiz sowie an ausländische Bibliotheken zur Aushändigung an deren Auftraggeber betroffen ist.

6. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

7. Das Urteil ist in den Ziffern 1 bis 3 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,- EUR vorläufig vollstreckbar.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten um die urheberrechtliche Zulässigkeit von Nutzungshandlungen im Rahmen eines weltweiten Kopienversanddienstes.

Der Kläger zu 1 ist der Börsenverein des Deutschen Buchhandels, der seit 1825 die Interessen der Verleger und Buchhändler vertritt. Er trägt vor, die Verlage Springer, Thieme und Wiley-VCH hätten ihm die Nutzungsrechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Zugänglichmachung und zur weiteren Nutzung an sämtlichen von diesen Verlagen herausgegebenen wissenschaftliche Zeitschriften und den darin abgedruckten Beiträgen und Aufsätzen zur Geltendmachung im eigenen Namen eingeräumt. Sie hätten ihn auch ermächtigt, diese Rechte im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen (Abtretungserklärungen gem. Anlagen K 37 - K 39).

Der Kläger 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. Er trägt vor, die Verlage Elsevier, Blackwell und American Chemical Society hätten ihm die Nutzungsrechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Zugänglichmachung und zur weiteren Nutzung an sämtlichen von diesen Verlagen herausgegebenen wissenschaftliche Zeitschriften und den darin abgedruckten Beiträgen und Aufsätzen zur Geltendmachung im eigenen Namen eingeräumt. Sie haben sie auch ermächtigt, diese Rechte im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen (Abtretungserklärungen gem. Anlagen K 40 - K 42).

Hinsichtlich der sechs im Tenor aufgeführten Aufsätze sind die Aktivlegitimation und die urheberrechtliche Schutzfähigkeit als Sprachwerke jedoch unstrittig.

Der Beklagte zu 1 ist der Freistaat Bayern als Träger der Universitätsbibliothek Augsburg, die wiederum Mitglied des Beklagten zu 2 ist.

Der am 27.12.2002 ins Vereinsregister eingetragene und mittlerweile als gemeinnützig anerkannte Beklagte zu 2 betreibt keine eigene Bibliothek sondern fungiert seit dem 1.1.2003 als übergeordnetes Dach seiner Mitgliedsbibliotheken. Er organisiert den gemeinsam betriebenen Lieferdienst „Subito“ (vgl. Handbuch gem. Anlage K 13), der erstmals am 27.11.1997 als „Testbetrieb Subito I“ seinen

Dienst aufnahm (vgl. Klageerwiderung vom 15.10.2004, S. 10 = Bl. 88). Federführend ist seit dem 1.1.2000 die Technische Informationsbibliothek Hannover (TiB) tätig, die der Kläger zu 1 bereits mit Klageschrift vom 23.9.1994 wegen des von ihr damals betriebenen Kopienversanddienstes verklagt hat. Dieses Verfahren endete mit dem Urteil des BGH vom 25.2.1999 (BGHZ 141, 13 = GRUR 1999, 707 = ZUM 1999, 566 - Kopienversanddienst). Vor Gründung des Beklagten zu 2 wurden dessen Aufgaben von einer Arbeitsgemeinschaft der jetzigen Mitglieder wahrgenommen, die am 8.12.1999 gegründet worden war (vgl. Anlage K 12).

„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. Ziel von Subito war und ist es, „ein elektronisches Informationssystem“ bereitzustellen, „das von der Suche nach wissenschaftlicher Information (Recherche) über die Bestellung bis zur Lieferung reicht“ (vgl. Anlage K 14, S. 31). Subito soll zu einem „international renommierten Markenprodukt“ weiterentwickelt werden (vgl. Anlage K 15). Im Rahmen des Subito-Lieferdienstes stellen die dem Beklagten zu 2 angeschlossenen Bibliotheken Nutzern auf Anfrage und gegen Entgelt (vgl. die Preisliste in der Anlage K 13 S. 7 f. und Anlage K 19), das vom Beklagten zu 2 erhoben und kassiert wird, Kopien bzw. Vervielfältigungen von einzelnen wissenschaftlichen Aufsätzen aus Zeitschriften bereit, die in einer der angeschlossenen Mitgliedsbibliotheken einstehen. Die Auslieferung der bestellten Kopie über die Mitgliedsbibliotheken erfolgt nicht nur per Post und Telefax, so der Streitgegenstand im BGH-Urteil Kopienversanddienst, sondern auch per Email, FTP aktiv, Internet-Download (FTP passiv) oder Selbstabholung (vgl. Anlage K 16). Der Beklagte zu 2 stellt im Vorfeld im Subito-Online-Katalog ein Verzeichnis der lieferbaren Zeitschriften bereit.

Bei der Versandform „Email“ erhält der Besteller eine eingescannte Grafikdatei des gewünschten Aufsatzes als Anhang zu einer Email zugeschickt.

Bei „FTP aktiv“ hinterlegt die liefernde Bibliothek das elektronische Dokument auf dem FTP-Server des Bestellers. Dieser entscheidet dann über den Zeitpunkt, wann er das Dokument öffnet und betrachtet sowie über den weiteren Zeitpunkt, wann er das Dokument ggf. ausdrucken will.

Als Alternative hierzu hinterlegt die liefernde Bibliothek bei der Versandart „Internet Download“ (= FTP pas-

siv) das elektronische Dokument für einen gewissen Zeitraum auf ihrem eigenen FTP-Server und schickt dem Besteller per Email-Nachricht einen spezifischen und jeweils neu erstellten Link auf eine Seite des FTP-Servers. Der Empfänger entscheidet dann über den Zeitpunkt, wann er den FTP-Server der Lieferantin aufsucht um dort das Dokument zu betrachten, herunter zu laden und ggf. auszudrucken. Durch Weiterleitung der Linkadresse ist es auch anderen Personen möglich, diese Internetseite zu betrachten und das dort hinterlegte Dokument herunter zu laden.

In der Vergangenheit haben einzelne Mitgliedsbibliotheken die Dokumente auch durch den Versand von http-Links zugänglich gemacht (Schriftsatz vom 8.6.2005 S. 12 = Bl. 251), jedoch auf Intervention des Beklagten zu 2 vom Juni 2005 den Versand auf FTP-Links umgestellt.

Mit Subito werden weltweit sämtliche Endverbraucher angesprochen und bedient, gleichwie, ob sie wissenschaftlich, gewerblich, nicht-gewerblich oder aus sonstigen Motiven tätig sind und mit wissenschaftlicher Literatur versorgt werden wollen. Dabei werden die Nutzer in folgende Nutzergruppen unterteilt; eine Aufteilung in in- und ausländische Nutzer erfolgt nicht (vgl. Allgemeine Geschäftsbedingungen vom 16.4.2004 gem. Anlage K 20):

- | | |
|-----------------|--|
| Nutzergruppe 1: | Schüler, Auszubildende, Studierenden, 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: | inländische Bibliotheken |
| Nutzergruppe 8: | ausländische Bibliotheken |

Für die verschiedenen Nutzergruppen halten die Beklagten unterschiedliche Preislisten (vgl. Anlage K 13, S. 7 f.) bereit.

Darüber hinaus betreiben die Beklagten seit dem 1.1.2002 den ebenfalls entgeltlichen „Subito Library Service“, dessen Endkunden nicht Endverbraucher sondern in- und ausländische Bibliotheken sind, die ihrerseits Endverbraucher beliefern (vgl. Anlagen K 17, K 18).

Die Beklagten bezeichnen sich selbst als den fünftgrößten weltweit tätigen Erbringer von Endnutzerdienstleistungen für Dokumentenlieferungen. Das durchschnittliche Bestellaufkommen liegt bei derzeit ca. 4000 Bestellungen pro Arbeitstag (vgl. Anlage K 22). Dabei werden Bestellungen aus 56 Ländern bearbeitet (vgl. Anlage K 17).

Die Kläger sehen dadurch die wirtschaftliche Existenz der von ihnen vertretenen Verlage bedroht. Sie hätten einen deutlichen Rückgang der Zeitschriftenabonnements von Bibliotheken festgestellt, der mit Sparmaßnahmen alleine nicht mehr erklärbar sei. Vielmehr propagierten die Mitgliedsbibliotheken des Beklagten zu 2 eine Substitution der Abonnements durch das Subito-Angebot. Dies würde aufgrund der weltweiten Verfügbarkeit des Subito-Angebots via Email und Internet schließlich dazu führen, dass weltweit ein Bibliotheksexemplar einer Zeitschrift ausreichen würde, um die weltweite Nachfrage zu befriedigen. Dies würde den Verlagen jedoch die wirtschaftliche Grundlage entziehen. Letztendlich drohte vielen wissenschaftlichen Zeitschriften das Aus.

Darüber hinaus beeinträchtigt das Angebot der Beklagten auch die eigenen elektronischen Dokumentenlieferdienste der Verlage. Die Verlage investierten pro Heft im Rahmen der wissenschaftlichen Qualitätskontrolle „Peer Review“ erhebliche Geldbeträge, so dass sie den sui generis-Schutz des § 87 b Abs. 1 UrhG in Anspruch nehmen könnten.

Aufgrund des Sprungs in das digitale Zeitalter seien die von Subito vorgenommenen Nutzungshandlungen auch nicht nach den Grundsätzen der BGH-Entscheidung „Kopienversanddienst“ durch eine gesetzliche Lizenz privilegiert. Hinsichtlich des Subito Library Service gelte dies auch für analoge Übermittlungswege.

Außergerichtliche Verhandlungen der Parteien, die durch das Schreiben vom 4.10.2002 (Anlage K 25) eingeleitet wurden, blieben trotz Beteiligung der zuständigen Ministerien von Bund und Ländern weitgehend erfolglos. Allerdings haben die Beklagten erklärt, ab dem 20.9.2003 die Dokumentenlieferung an Kunden der Nutzergruppen 1, 2 und 3 und Gäste aus dem nicht-deutschsprachigen Ausland vorübergehend einzustellen. Der Subito Library-Service soll hiervon nicht betroffen sein. Außerdem sollen weiterhin

Kopien an Nutzer in Österreich und in die Schweiz versendet werden (Anlage K 28).

Unter dem 17.12.2003 rief die Ständige Konferenz der Kultusminister der Länder als Vertreterin der Bundesrepublik Deutschland sowie der 15 Bundesländer die Schiedsstelle für Urheberrechts-Streitfälle beim Deutschen Patent- und Markenamt mit dem Ziel an, die VG Wort und die VG Bild Kunst dazu zu zwingen, einen Gesamtvertrag über den Kopierendirektversand abzuschließen, der die elektronischen Lieferformen und die Lieferung ins Ausland einschließt (Az. Sch-Urh 41/03, Anlage K 32). Vor dem United States District Court for the District of Massachusetts sowie dem High Court of Justice in London wurden ähnliche Verfahren gegen Mitgliedsbibliotheken des Beklagten zu 2 angestrengt. Bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften wurde eine Beschwerde gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen mangelhafter Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG angebracht (vgl. Klageerwiderung vom 15.10.2004 (S. 6 = Bl. 84)

Im April und Mai 2004 veranlassten die Kläger zahlreiche Testbestellungen bei der Universitätsbibliothek Augsburg, die alle angebotenen Übermittlungswege, die Länder Deutschland, Österreich und die Schweiz sowie die sechs im Tenor genannten wissenschaftlichen Artikel beinhalten.

Abmahnschreiben vom 19.5.2004 (Anlagen K 33 und K 34) blieben erfolglos.

Mit der daraufhin am 18.6.2004 bei Gericht eingegangenen Klage vom gleichen Tag kündigten die Kläger unter Berufung auf §§ 2 Abs. 1, 4, 15, 16, 17, 19a, 87a, 96 ff. UrhG, den entsprechenden Vorschriften des österreichischen und schweizerischen Urheberrechts, die §§ 242, 259, 260, 812, 823 ff. BGB sowie § 1 UWG die Stellung folgender Anträge an:

1. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel 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 aA, Elsevier B.V., Blackwell Publishing Ltd. oder der American Chemical Society publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere Beiträge aus den in Anlagen 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, Hest 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.);
- „Intruduction 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 Aluminium 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 Email, 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 Anlagen K 1 a-f genannten Zeitschriften oder die in a. genannten Aufsätze, per Email, 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 weiter versenden.

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 Angaben 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 gem. 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 weiter versenden, 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.

Soweit das Gericht diesen Anträgen nicht stattgeben wollte, müsste es zuvor dem Europäischen Gerichtshof einige Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2001/29/EG vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informa-

tionsgesellschaft zur Vorabentscheidung vorlegen (vgl. Klageschrift S. 59 f.).

Mit Schriftsatz vom 22.6.2005 (Bl. 282/300), eingegangen bei Gericht am 23.6.2005, wurden die Anträge neu gefasst.

Die Kläger **beantragen**:

1. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel gegenüber dem Kläger zu 1 zu unterlassen,

a. Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den Verlagen Springer Verlag GmbH, Georg Thieme Verlag KG oder Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KG aA publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere Beiträge aus den in Anlagen K 1 a-c 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, Hest 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);

per Email, FTP aktiv oder Internet Download (FTP passiv) 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 1.a genannten Verlagen publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere aus den in Anlagen K 1 a-c genannten Zeitschriften oder die in 1.a. genannten Aufsätze, per Email, FTP Ak-

tiv, Internet Download (FTP passiv), 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 weiter versenden.

2. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel gegenüber der Klägerin zu 2 zu unterlassen,

a. Beiträge aus Zeitschriften (oder Kopien hiervon), die von den Verlagen Elsevier B.V., Blackwell Publishing Ltd. oder der American Chemical Society publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere Beiträge aus den in Anlagen K 1 d-f aufgelisteten Zeitschriften der genannten Verlage und hieraus wiederum insbesondere die Aufsätze

- „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.);
- „Intruduction 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 Aluminium 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 Email, FTP aktiv oder Internet Download (FTP passiv) 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 2.a genannten Verlagen publiziert worden sind oder publiziert werden, insbesondere aus den in Anlagen K 1 d-f genannten Zeitschriften oder die in 2.a genannten Aufsätze, per Email, FTP aktiv, Internet Download (FTP passiv), 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 weiter versenden.

3. Die Beklagten werden verurteilt, gegenüber dem Kläger zu 1 über Art und Umfang der in Antrag 1. genannten Nutzungen und gegenüber der Klägerin zu 2 über Art und Umfang der in Antrag 2. genannten Nutzungen seit dem 1.1.2003 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 Angaben 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 gem. 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 weiter versenden, 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,

a. der den in Antrag 1. genannten Verlagen durch die in Antrag 1. genannten Handlungen seit dem 1.1.2003

entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen des Klägers zu 1;

b. sowie der den in Antrag 2. genannten Verlagen durch die in Antrag 2. genannten Handlungen seit dem 1.1.2003 entstanden ist oder noch entstehen wird, und zwar zu Händen der Klägerin zu 2.

Die Beklagten **beantragen**,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagten vertreten unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung zur Urheberrechtsnovelle 2003 die Auffassung, die von ihnen im Rahmen ihres öffentlichen Auftrags vorgenommenen Nutzungshandlungen erfolgten nicht „entgeltlich“ im Sinne des § 53 Abs. 1 UrhG, da kein Gewinn erzielt werde, bzw. seien gem. § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 4 a UrhG nach den Grundsätzen der BGH-Entscheidung „Kopienversanddienst“ sowie aufgrund des am 30.4.2001 mit der Verwertungsgemeinschaft Wort (VG Wort) abgeschlossenen „Gesamtvertrag Kopienversanddienst“ (Anlage K 21), mit Laufzeit bis zum 31.12.2002, verlängert bis 31.12.2003 (vgl. Anlage K 32 S. 2 unten und S. 3 Mitte), gedeckt. Insoweit bestehe eine technische Gleichwertigkeit im Sinne eines „Verfahrens mit ähnlicher Wirkung“ gem. § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 UrhG zwischen der Versendung als Fax und der Versendung als Email, insbesondere da es mittlerweile auch möglich sei, ein Telefax papierlos mittels eines Computers sowohl zu senden, als auch zu empfangen.

Der Subito Library Service sei als Fortentwicklung des Fernleihverkehrs durch die §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG gerechtfertigt.

Die im Rahmen des Subito-Versanddienstes vorgenommenen Vervielfältigungshandlungen seien als analog zu werten, dem jeweiligen Auftraggeber zuzurechen und von dessen Recht auf Privatkopie nach § 53 UrhG gedeckt. Bei keinem der Versendungsarten käme es zu einem öffentlichen Zugänglichmachen der Texte im Sinne des § 19a UrhG, da nur der jeweilige Besteller mittels eines Passwortes auf die erstellte Kopie zugreifen könne. Auf die Bereithaltung des Subito-Online-Katalogs könne insoweit nicht abgestellt werden.

Bei ausländischen Bestellern sei aufgrund des Schutzlandprinzips auf die deutschen Privilegierungstatbestände abzustellen.

Unabhängig hiervon sei - mit Ausnahme der sechs konkret bezeichneten Artikeln - zu bestreiten, dass alle weiteren im Klageantrag aufgeführten Aufsätze und Beiträge die nach § 2 Abs.2 UrhG erforderliche Schöpfungshöhe erreichen, die Werke jedenfalls zum Teil wegen Zeitablaufs gemeinfrei geworden sind, den jeweiligen Verlagen von den Autoren, auch vor dem Aufkommen der neuen Nutzungsart der elektronischen Versandes, alle geltend gemachten Rechte eingeräumt worden sind und auch eine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr in Bezug auf elektronische Volltextdokumente bestehe. Denn die Mitgliedsbibliotheken des Beklagten zu 2 versendeten ausschließlich Grafikdateien. Eine Versendung von Volltextdateien sei ohne die vorherige Einholung der dazu erforderlichen Nutzungsrechte zu keiner Zeit geplant gewesen.

Auch genossen die einzelnen Hefte keinen sui generis-Schutz als Datenbankwerke gem. § 87 a ff. UrhG. Die „Peer Review“ werde den Verlagen von der öffentlichen Hand unentgeltlich zur Verfügung gestellt (vgl. Anlagen B 3, B 25 und B 27).

Die von den Klägern geltend gemachten Ansprüche seien verwirkt. Denn der Kläger zu 1 sei unstreitig im Rahmen der „Arbeitsgruppe Recht“ seit November 1997 in die Gründung und den Ausbau des Subito-Angebots eingebunden gewesen. Bis zur Abmahnung vom 4.10.2002 habe er in Übereinstimmung mit den anderen Beteiligten die Auffassung vertreten, dass die von Subito vorgenommenen Nutzungshandlungen im Wege der Bibliothekstantieme sowie einer gesonderten Tantieme in Analogie zu §§ 27 Abs. 2, 3, 49 Abs. 1, 54a Abs. 2 i.V.m 54h Abs. 1 UrhG zu vergüten seien (vgl. Klageerwiderung vom 15.10.2004 (S. 53 ff. = Bl. 131 ff.; Anlagen B 5, B 7, B 12). Dies gelte jedenfalls im Hinblick auf den „Subito Library Service“, da der Kläger zu 1 in einer gemeinsamen Erklärung vom 16.5.1997 (Anlage B 7) insoweit ausdrücklich eine Ausnahme zugestanden habe.

Die Kläger verweisen zur Darlegung ihrer Aktivlegitimation zusätzlich auf die in sämtlichen streitgegenständlichen Zeitschriften vorhandenen Copyright-Vermerke zu Gunsten der jeweiligen Verlage sowie auf die in Art. 4 und 5 der Richtlinie 2004/48/EG vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums niedergelegten und bereits jetzt anzuwendenden Grundsätze.

Einer Verwirkung der Ansprüche aufgrund der Duldung des Pilotprojekts Subito sei durch die Regelung in Ziffer 2.1 a der Anlage B 7 die Grundlage entzogen. Eine Verwirkung der in die Zukunft gerichteten Unterlassungsansprüche sei ohnehin nicht denkbar. Jedenfalls greife der Verwirkungseinwand keinesfalls auch auf die ausländischen Verlage durch, denn diese seien durch den Kläger zu 1 bei Unterzeichnung der Vereinbarung gem. der Anlage B 7 nicht vertreten worden.

Da die Beklagten ausweislich der Anlage K 16 ihre Aktivitäten auch als „Internet-Download“ bezeichneten und insoweit auch keine Unterlassungserklärung abgegeben hätten, bestehe diesbezüglich weiterhin Wiederholungsgefahr.

Auch der Email-Versand stelle ein öffentliches Zugänglichmachen dar, da die Beklagten jedem beliebigen Besteller und damit der gesamten Öffentlichkeit ihre Dienste anböten. Hilfsweise handele es sich um ein unbenanntes Verwertungsrecht.

Für einen Analogieschluss mit den vom BGH im Kopienversanddienst-Urteil aufgestellten Grundsätzen bestehe kein Raum, da Schranken des Urheberrechts ohnehin eng auszulegen seien und der Versand von Grafikdateien keine Weiterentwicklung von Post und Telefax darstelle, sondern eine Vorstufe zur Volltextdatei und mithin ein aliud. Dies zeige auch der Referentenentwurf zu dem neu zu schaffenden § 53a UrhG (Anlage K 46):

„[1] Zulässig ist auf Einzelbestellung die Vervielfältigung und Verbreitung einzelnen in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge sowie kleiner Teile eines erschienenen Werkes im Wege des Post- oder Faxversandes durch öffentliche Bibliotheken, sofern sich der Besteller auf einen durch § 53 privilegierten Zweck berufen kann. Die Vervielfältigung und Verbreitung in sonstiger elektronischer Form ist ausschließlich als grafische Datei und nur dann zulässig, wenn die Beiträge oder kleinen Teile eines Werkes von Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung erworben werden können.

[2] Für die Vervielfältigung und Verbreitung ist dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.“

Auch werde im Fall einer Ausweitung der Privilegierung des § 53 UrhG auf den Versand elektronischer Kopien der Dreistufentest nach Art. 5 Abs. 5 der RL 2001/29/EG, Art.

8 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS und Art. 10 WCT nicht (mehr) erfüllt.

Ein privilegierter Fernleihverkehr setze die körperliche Versendung des ausgeliehenen Werkes voraus, die Versendung von Kopien reiche nicht (vgl. Grundsätze zum internationalen Leihverkehr, Anlage K 45).

Die Beklagten wenden hierzu u.a. ein, dass im Rahmen der Fernleihe bereits seit 1953/54 bei Aufsätzen im Regelfall kopierte Werke zum Einsatz gekommen seien (Schriftsatz vom 8.6.2004 (S. 5 = Bl. 244)).

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die von den Parteien eingereichten Schriftsätze sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 30.6.2005 (Bl. 303/306) verwiesen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Klage ist teilweise begründet, teilweise unbegründet und teilweise noch nicht entscheidungsreif.

Die Kläger sind nach deutschem Recht nur hinsichtlich der sechs im Tenor aufgeführten Aufsätze aktivlegitimiert. Soweit sich eine weitergehende Aktivlegitimation aus ausländischem Recht und hinsichtlich Nutzungshandlungen, die im Ausland vorgenommen werden, ergeben könnte, ist der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif.

Soweit die Aktivlegitimation festzustellen war, hat die Klage nur in Bezug auf Lieferungen von Kopien per Email, FTP aktiv und FTP passiv an Bibliotheken im In- und Ausland zur Aushändigung an deren Auftraggeber Erfolg. Diese Ansprüche sind auch nicht verwirkt.

Eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 234 EGV war aufgrund der klaren Sachlage nicht veranlasst.

Soweit weitere grenzüberschreitende Sachverhalte betroffen sind, ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif.

A. anwendbares Recht

I.

Soweit Lieferungen vom Inland aus an Besteller im Inland erfolgen, beurteilt sich die Rechtmäßigkeit sowie die Aktivlegitimation ausschließlich nach deutschem Recht.

II.

Soweit Lieferungen an Besteller im Ausland erfolgen, beurteilt sich die Rechtslage sowie die Aktivlegitimation sowohl nach dem deutschen als auch nach dem ausländischen Urheberrecht. Denn die Kläger haben durch ihren Klageantrag zum Ausdruck gebracht (vgl. BGH GRUR Int. 2005, 340 - Hundefigur), dass sie auch hinsichtlich Verletzungs-

handlungen, die nach ihrer Auffassung - Ort der Bestellung - im Ausland begangen wurden und werden, Schutz begehren. Nach dem im Urheberrecht geltenden Schutzlandprinzip sind demnach grenzüberschreitende Handlungen nach dem jeweils angesprochenen nationalen Recht auf ihre urheberrechtliche Relevanz hin zu untersuchen (vgl. BGH GRUR 2004, 421, 424 - Tonträgerpiraterie durch CD-Export; GRUR 2002, 328 - Sender Felsberg). Bei der Herstellung einer Grafikdatei in Deutschland und der anschließenden Versendung per Email von Deutschland nach z.B. Österreich sind demnach das deutsche für die Herstellung sowie das deutsche und das österreichische Urheberrecht für die Versendung betroffen. Urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen der Beklagten müssen demnach nach beiden Rechtsordnungen privilegiert sein.

III.

Soweit das ausländische Recht betroffen ist, ist der Rechtsstreit teilweise noch nicht zur Entscheidung reif, da der Inhalt des ausländischen Rechts von den Parteien noch nicht ausreichend aufbereitet worden ist.

B.

Aktivlegitimation/Urheberrechtsschutz

I.

Nach deutschem Recht können sich die Kläger nur auf die ihnen unstreitig eingeräumten ausschließlichen Nutzungsrechte an den sechs im Tenor einzeln aufgeführten Aufsätzen berufen.

Denn soweit ihr Antrag sich auch auf andere Artikel und Beiträge bezieht, die in den Zeitschriften gem. Anlage K 1 a-f erschienen sind oder noch erscheinen werden, wurde die Aktivlegitimation erfolgreich bestritten. Es wäre demnach, wie in jedem anderen Fall der Geltendmachung gewerblicher Schutzrechte oder Urheberrechte, notwendig gewesen, für jeden einzelnen Artikel die jeweilige Rechtekette vorzutragen. Davon haben die Kläger jedoch unter Hinweis auf Art. 4 und 5 der Richtlinie 2004/38/EG, den Charakter der Klage als Musterklage, sowie die analoge Heranziehung der GEMA-Vermutung verzichtet.

Die Charakterisierung als Musterklage entbindet den Kläger jedoch nicht davon, seine Aktivlegitimation, wie in jeden anderen Verfahren auch, im Bestreitensfall darzulegen und zu beweisen. Das Bestreiten durch die Gegenseite ist bereits im Hinblick auf die Geltendmachung von Rechten an Artikeln, die erst noch erscheinen werden, auch nicht treuwidrig.

Auch die Vermutungswirkung des § 10 Abs. 2 UrhG hilft vorliegend insoweit nicht weiter, da nach dem unstreitigen Vorbringen der Beklagten die jeweiligen Autoren der Artikel genannt sind. Darüber hinaus haben die Beklagten auch eingewandt, dass die 70jährige Schutzfrist teilweise auch abgelaufen sein kann. Auch könnte es sich um Autoren handeln, die aufgrund ihrer Nationalität im Inland keinen Urheberrechtsschutz genießen (vgl. § 121 UrhG).

Eine analoge Anwendung der höchstrichterlichen Entscheidungen zur so genannten GEMA-Vermutung kommt schon aufgrund der unterschiedlichen Vertretung durch den Kläger zu 1 und den Kläger zu 2, die auch nicht nahezu alle Verlage repräsentieren, die wissenschaftliche Artikel veröffentlichen, nicht in Betracht.

Art. 4 und 5 der RL 2004/38/EG sind derzeit nicht unmittelbar anwendbar. Denn die Richtlinie richtet sich an die Mitgliedsstaaten (Art. 22 der RL), die die Richtlinie bis zum 29.4.2006 in nationales Recht umzusetzen haben (Art. 20 der RL). Eine direkte Anwendung von einzelnen Bestimmungen einer europäischen Richtlinie kommt aber allenfalls nach (erfolglosem) Verstreichen der Umsetzungsfrist in Betracht.

II.

Soweit deutsches Recht zur Anwendung kommt, genießen die sechs im Tenor aufgeführten wissenschaftliche Artikel (vgl. Anlagen K 53 a-f) als Sprachwerke nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG bzw. Darstellungen wissenschaftlicher Art nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG unstreitig Urheberrechtsschutz.

Sie genießen hingegen keinen Schutz als Teile eines Sammelwerkes (§ 4 Abs. 1 UrhG) bzw. eines Datenbankwerkes (§ 4 Abs. 2 UrhG), da nicht ausreichend dargetan ist, dass die wissenschaftlichen Zeitschriften, in denen sie veröffentlicht wurden, Sammelwerke sind, deren Elemente systematisch oder methodisch angeordnet sind und hinsichtlich der Anordnung der einzelnen Artikel im jeweiligen Heft einen schöpferischen Gehalt (§ 2 Abs. 2 UrhG) aufweisen. Nach dem bisherigen Vortrag ist lediglich feststellbar,

dass der Aufbau allgemeinen Ordnungskriterien wie z.B. die Unterteilung in „Wasserchemie“, „Chemiedidaktik“ und „Photochemie“ (Anlagen K 53 a-i) folgt bzw. durch das Erfordernis der Aktualität sowie dem Vorhandensein zur Veröffentlichung eingereichter und geeigneter Aufsätze bedingt ist. Dies reicht zur Feststellung einer persönlich-geistigen Schöpfung jedoch nicht aus.

Der Aufwand, der den Verlagen bei der Überprüfung der wissenschaftlichen Fundiertheit der eingesandten Aufsätze entsteht (s.g. „peer review“-Verfahren), schlägt sich nicht in einer systematischen oder methodischen Anordnung der veröffentlichten Beiträge nieder.

Ob die sechs Aufsätze aufgrund des „peer review“-Verfahrens als Teile einer Datenbank (§ 87a UrhG) Schutz genießen, kann - wie noch zu zeigen sein wird - dahinstehen.

III.

Soweit das ausländische Recht betroffen ist, ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif.

C.

Eingriff in Ausschließlichkeitsrechte

Der Kopienversanddienst des Beklagten zu 2 greift nach deutschem Recht in das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) und - soweit nicht die Privilegierung gem. § 53 UrhG greift - auch in das Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG) ein.

Die Kläger haben klargestellt, dass sie derzeit ausschließlich den Versand von Grafik-Dateien angreifen und der Hinweis auf die mögliche Umstellung auf Volltextdateien nur im Rahmen der Argumentation erfolgte.

Ferner haben die Kläger klargestellt, dass sie die Versandart „FTP passiv“, die früher durch die Beklagten selbst auch als „Internet Download“ bezeichnet wurde, nur innerhalb des unten dargestellten technischen Umfangs angreifen. Soweit einzelne Mitgliedsbibliotheken in der Vergangenheit die Dokumente auch durch den Versand von http-Links zugänglich gemacht haben (Schriftsatz vom 8.6.2005 S. 12 = Bl. 251), ist dies daher nicht Streitgegenstand.

I.

Nach Eingang der Bestellung wird der gesuchte Artikel durch einen Bibliotheksmitarbeiter unter den vorhandenen Werkexemplaren herausgesucht und kopiert bzw. eingescannt.

- Bei der Versandart **Post** erhält der Besteller eine Fotokopie des nachgesuchten Aufsatzes per Post.

- Bei der Versandart **Telefax** wird dem Besteller die erstellte Fotokopie vorab zugefaxt. Zusätzlich wird die Faxvorlage per Post versandt.

- Bei der Versandart **Email** erhält der Besteller den eingescannten Text als angehängte Grafikdatei per Email.

- Bei der Versandart **FTP passiv** wird der Text als Grafikdatei auf einem speziellen FTP-Server der ausliefernden Bibliothek hinterlegt. Der Besteller erhält als Email einen Link zu derjenigen Seite des FTP-Servers, auf der der Text für ein paar Tage abgerufen werden kann. Der Link ähnelt einer kompliziert aufgebauten Internetadresse und wird für jeden Text unter Hinzufügung eines individuellen Benutzernamens sowie Passwortes erzeugt. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten im Termin ist es weder möglich, diese Internetadresse zu erraten, noch ist es aufgrund einer Firewall so genannten Suchmaschinen möglich, auf den Inhalt der Seite zuzugreifen. Der Besteller kann diesen Link allerdings an beliebig viele weitere Personen weiterleiten, die dadurch die Möglichkeit erhalten, von ihrem jeweiligen Aufenthaltsort aus auf den hinterlegten Text zuzugreifen.

- Bei der Versandart **FTP aktiv** wird die Grafikdatei des gewünschten Textes auf dem FTP-Server des Bestellers hinterlegt.

Die Beklagten erheben für diese Dienstleistungen ein nach Nutzergruppen gestaffeltes Entgelt.

Soweit die Abwicklung der Bestellung im Rahmen des SUBITO Library Service erfolgt, werden die Textkopie auf den beschriebenen unterschiedlichen Versandwegen gegen Entgelt direkt an die bestellende in- oder ausländische Biblio-

thek versandt, die die Kopie nach Erhalt an ihren Nutzer, teilweise wiederum gegen Entgelt, aushändigt.

II.

Durch die beschriebenen Maßnahmen werden die Texte in der Bundesrepublik Deutschland vervielfältigt (§ 16 UrhG).

Da die Vervielfältigungshandlungen nur in Deutschland vorgenommen werden, sind diese nur nach deutschem Recht zu beurteilen.

III.

Die Texte werden in Deutschland, soweit keine Privilegierung gem. § 53 UrhG greift (vgl. BGH GRUR 1999, 707, 709 f. - Kopienversanddienst), auch verbreitet.

Soweit die Texte nicht durch den Privilegierten, sondern, wie beim SUBITO Library Service, durch eine andere Bibliothek bei den Mitgliedsbibliotheken des Beklagten zu 2 bestellt werden, scheidet eine Berufung auf die Privilegierungstatbestände des § 53 UrhG jedoch wegen dessen Absatz 6 Satz 1 aus. Denn insoweit ist darauf abzustellen, dass die anfragende Bibliothek formal Auftraggeber der Kopien ist und die angefragte Bibliothek keinerlei Einfluss darauf hat, ob sich derjenige, der die Bestellung bei der anfragenden Bibliothek letztendlich veranlasst hat, auf einen Privilegierungstatbestand berufen kann.

Unschädlich ist jedoch die Einschaltung des Beklagten zu 2, der selbst keine eigene Bibliothek betreibt. Denn diese dient zum einen nur rein der organisatorisch-technischen Abwicklung und zum anderen stellt § 53 UrhG weder in der alten, noch in der aktuellen Fassung auf den Status des Dritten als öffentliche Bibliothek ab.

Da die Verbreitungshandlungen bei grenzüberschreitenden Lieferungen sowohl im Inland, als auch im Ausland vorgenommen werden, wäre zur Beurteilung des Antrags 1.a insoweit eigentlich die Erörterung des deutschen, österreichischen und Schweizer Rechts notwendig, bei Antrag 1.b die Erörterung aller weltweit bestehenden Urheberrechtsgesetze.

Der Inhalt der ausländischen Rechtsordnungen kann jedoch dahinstehen, soweit - wie noch zu zeigen sein wird - die Klage bereits auf der Grundlage des deutschen Urheberrechts Erfolg hat.

Soweit dies nicht dahinstehen kann, ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif.

IV.

Die Texte werden - soweit allein deutsches Recht zur Anwendung kommt - aber nicht im Sinne des § 19a UrhG öffentlich zugänglich gemacht.

Das neu eingeführte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG ist das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Dies setzt voraus, dass die Werkwiedergabe für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist (Dreier/Schulze, UrhG, § 19a Rn. 7; Wandtke/Bullinger, UrhG, Erg.Bd., § 19a Rn. 6).

Bei der Versendung individueller Emails ist allgemein anerkannt, dass das Werk dadurch nicht öffentlich wiedergegeben wird, da die Email nicht an eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit sondern nur an einen bestimmten Empfänger adressiert ist (vgl. Dreier/Schulze aaO § 19a Rn. 7; Wandtke/Bullinger, aaO § 19a Rn. 27).

Aber auch bei der Versandart FTP passiv ist die Werkwiedergabe nur für den Besteller bestimmt. Denn nur dieser erhält per Email den nicht erratbaren speziell generierten Link zu der FTP-Seite, auf der er den Text abrufen kann. Da Suchmaschinen aufgrund einer Firewall nicht auf den hinterlegten Text zugreifen können, können Dritte den Text nur dann betrachten oder herunterladen, wenn ihnen der Besteller zuvor die spezielle Link-Adresse mitgeteilt hat. Dies liegt jedoch nicht mehr im Einflussbereich der absendenden Bibliothek, die die Grafik-Kopie des gewünschten Textes ausweislich der Nutzungsbedingungen (vgl. Anlagen B 40 und B 41) ausschließlich für den Besteller bereithält.

Ebenso verhält es sich bei der Versandart FTP aktiv. Hier liegt es allein im Verantwortungsbereich des Bestellers, den von ihm betriebenen FTP-Server durch eine Firewall vor Internetsuchmaschinen zu schützen sowie die Textkopie

nur im Rahmen des ihm zgedachten Nutzungsumfanges zu nutzen.

Ob im Ausland eine vergleichbare Regelung existiert und ob deren Tatbestandsmerkmale erfüllt werden, kann derzeit nicht beurteilt werden.

D.

**Rechtfertigung durch § 53 UrhG a.F.
Zeitraum bis zum 13.9.2003**

Die von den Beklagten im Zeitraum 1.1.2003 bis 13.9.2003 in Deutschland vorgenommenen Vervielfältigungshandlungen durch den **Kopienversand per Email, FTP aktiv und FTP passiv an Nutzer im Inland** waren jedenfalls durch § 53 Abs. 2 Nr. 4 a UrhG a.F. gerechtfertigt. Die hierauf gerichteten Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsansprüche waren daher unabhängig davon abzuweisen, dass konkrete Verletzungshandlungen hinsichtlich der sechs im Tenor ausgeführten Aufsätze erst für April und Mai 2004 (nach Inkrafttreten der Urheberrechtsnovelle vom 13.9.2003) vorgetragen worden sind (I.)

Auch Ansprüche aus Datenbankschutz (II.) oder UWG (III.) greifen nicht.

Teilweise ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif (IV.).

I.

Da § 53 Abs. 2 UrhG a.F. nicht auf eine bestimmte Werkkategorie abstellte (vgl. Wandtke/Bullinger-Lüft aaO § 53 Rn. 11), kann vorliegend zunächst dahinstehen, ob die sechs im Tenor aufgeführten Artikel auch nach § 87a UrhG Schutz genießen.

Die o.g. Vervielfältigungshandlungen waren bis zum 13.9.2003 durch § 53 UrhG a.F. gerechtfertigt.

§ 53 UrhG a.F. lautete (auszugsweise):

„(2) Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen ...

4. zum sonstigen eigenen Gebrauch,

a. wenn es sich um kleine Teile eines erschienenen Werks oder um einzelne Beiträge handelt, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind, (...)

(5) ¹Absatz 1 sowie Absatz 2 Nr. 2 bis 4 finden keine Anwendung auf Datenbankwerke, deren Elemente einzeln mit Hilfe elektronischer Medien zugänglich sind. ²Absatz 2 Nr. 1 findet auf solche Datenbankwerke mit der Maßgabe Anwendung, dass der wissenschaftliche Gebrauch nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt.

(6) ¹Die Vervielfältigungsstücke dürfen weder verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden. ...“

Dass der Versand von Vervielfältigungen per Post und Fax an inländische Besteller durch Bibliotheken nach § 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG a.F. erlaubt ist, hat bereits der Bundesgerichtshof in der Kopienversanddienst-Entscheidung (BGH GRUR 1999, 707) wie folgt entschieden:

„1. 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. Dies gilt auch dann, wenn die Bibliothek ihre Bestände durch einen online zugänglichen Katalog erschließt und für ihren Kopienversanddienst weltweit wirbt.

2. Werden Zeitschriftenbeiträge unter den Voraussetzungen des § 53 UrhG rechtmäßig von einem Dritten vervielfältigt, unterliegt die Übermittlung der Vervielfältigungsstücke an den Auftraggeber nicht dem Verbreitungsrecht.

3. Die Werbung für die Herstellung von Vervielfältigungen und deren Post- oder Faxversand an Besteller, die sich auf einen nach § 53 UrhG

privilegierten Zweck berufen können, verletzt auch bei Fehlen der Zustimmung der Urheberberechtigten nicht das Verbreitungsrecht.

4. Bei einer reprographischen Vervielfältigung eines urheberrechtlich geschützten Werkes durch eine öffentliche Bibliothek oder eine andere für die Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung zum Zweck des Post- oder Faxversands an einen Besteller, der sich auf einen nach § 53 UrhG privilegierten Zweck berufen kann, ist - in rechtsanaloger Anwendung des § 27 Abs. 2 und 3 UrhG, des § 49 Abs. 1 UrhG sowie des § 54a Abs. 2 in Verb. mit § 54h Abs. 1 UrhG - als Ausgleich für den Ausschluss des Verbotsrechts ein Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung anzuerkennen, der nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann."

Ob die Kopie analog oder digital, entgeltlich oder unentgeltlich hergestellt sowie zu privaten oder gewerblichen Zwecken benutzt wird, ist nach dem Wortlaut der Vorschrift, die den sehr weiten „sonstigen eigenen Gebrauch“ privilegiert, unerheblich. Unter den Begriff „sonstigen eigenen Gebrauch“ fallen alle denkbaren Zwecke, auch die Zwecke juristischer Personen, mit Ausnahme der Weitergabe an Dritte (vgl. Schrickler/Loewenheim, UrhR, 2. Aufl., § 53 Rn. 17 mwN).

Die Schrankenschranke des Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 2 UrhG greift nicht, da es sich bei den sechs Aufsätzen um keine Teile eines Datenbankwerkes handelt (vgl. oben).

Soweit eine Weitergabe an Dritte durch eine beauftragende Bibliothek im Rahmen des SUBITO Library Service erfolgt (Absatz 6 Satz 1), ist dies durch § 53 UrhG a.F. nicht und durch die §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG nur teilweise gerechtfertigt (vgl. unter F.). Denn insoweit dürfte schon keine Herstellung „zum sonstigen eigenen Gebrauch“ im Sinne des § 53 Abs. 2 Nr. 4 a a.F. UrhG vorliegen. Jedenfalls aber ist die Weitergabe gem. § 53 Abs. 6 Satz 1 UrhG unzulässig (vgl. Wandtke/Bullinger, UrhR Ergänzungsband, 1. Aufl., § 53 Rn. 40).

II.

An diesem Ergebnis vermag auch die Berufung auf die Rechte des Datenbankerstellers nach § 87a UrhG nichts zu ändern.

Denn selbst wenn man zu Gunsten der Kläger unterstellt, dass die sechs Aufsätze jeweils Teile einer Datenbank i.S.d. § 87a UrhG darstellen, so fehlt es doch an einer wiederholten und systematischen Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe von nach Art und Umfang unwesentlichen Teilen der Datenbank im Sinne des § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG.

Da die Beklagten nicht von sich aus bestimmte Aufsätze vervielfältigen, sondern jeweils den Eingang einer Bestellung abwarten, können die von ihnen vorgenommenen Vervielfältigungshandlungen nicht als „systematisch“ im Sinne dieser Vorschrift bezeichnet werden. Denn die Bestellungen verteilen sich auf eine Vielzahl unterschiedlicher Aufsätze und Zeitschriften und nicht immer auf dieselben. Soweit sie sich auf denselben Aufsatz beziehen, spricht gegen ein systematisches Vorgehen, wenn sich die Wiederholung der Entnahmen zufällig - wie hier durch Bestellungen unterschiedlicher Nutzer - aus einem bestimmten Forschungs- oder Verwendungszweck ergibt. Wiederholte Nutzungen ohne systematisches Vorgehen reichen jedoch nicht aus (vgl. Schricker/Loewenheim aaO § 87b Rn. 22).

III.

Soweit die Privilegierung reicht, käme die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen nur dann in Betracht, wenn die Klageanträge auf Handlungen abstellten, die trotz ihrer urheberrechtlichen Unbedenklichkeit als wettbewerbswidrig bzw. unlauter im Sinne des UWG erschienen. (vgl. BGH aaO - Kopienversanddienst S. 711). Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Klageanträge beschreiben allein urheberrechtliche Nutzungshandlungen.

Die Klage war daher insoweit abzuweisen.

IV.

Soweit der Versand ins Ausland erfolgte, ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif, da der Inhalt der betroffenen ausländischen Rechtsordnungen noch vorzutragen ist. Denn bei grenzüberschreitenden Nutzungshandlungen sind nach dem Schutzlandprinzip die Urheberrechtsgesetze aller betroffenen Rechtsordnungen für ihr jewei-

liges Territorium angesprochen (vgl. oben). Die Beklagten bedürfen daher zur Rechtfertigung ihrer Verbreitungshandlungen im grenzüberschreitenden Verkehr gleichzeitig sowohl einer Privilegierung nach deutschem Recht, als auch einer Privilegierung nach dem jeweils angesprochenen ausländischen Recht.

E.

**Rechtfertigung durch § 53 UrhG n.F.
Zeitraum ab dem 13.9.2003**

Der Versand von Kopien per Email, FTP aktiv und FTP passiv an Nutzer im Inland ist seit dem 13.9.2003 jedenfalls gem. § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a UrhG n.F. gerechtfertigt (I.). Soweit mit der Klage der Versand per Email, FTP aktiv und FTP passiv an Nutzer im Ausland angegriffen wird, ist die Sache noch nicht entscheidungsreif (II.).

I.

Der Versand von Kopien per Email, FTP aktiv und FTP passiv an Nutzer im Inland ist jedenfalls gem. § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a UrhG n.F. gerechtfertigt.

1. § 53 Abs. 2 S. 1 UrhG n.F. lautet insoweit:

„(2) ¹Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen ...

4. zum sonstigen eigenen Gebrauch,

a) wenn es sich um kleine Teile eines erschienenen Werkes oder um einzelne Beiträge handelt, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind, ...

²Dies gilt im Fall des Satzes 1 Nr. 2 nur, wenn zusätzlich

1. die Vervielfältigung auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer

Verfahren mit ähnlicher Wirkung vorgenommen wird oder

2. eine ausschließlich analoge Nutzung stattfindet ...

³Dies gilt in den Fällen des Satzes 1 Nr. 3 und 4 nur, wenn zusätzlich eine der Voraussetzungen des Satzes 2 Nr. 1 oder 2 vorliegt.“

2. Die Grundsätze der oben zitierten Kopienversanddienst-Entscheidung des BGH finden auch nach neuem Recht Anwendung.

Denn der Privilegierung des sonstigen eigenen Gebrauchs in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a UrhG n.F. steht die Regelung des Satz 3 i.V.m. Satz 2 Nr. 1 und 2 nicht entgegen, da nach dem Versand einer Grafikdatei per Email, FTP aktiv und FTP passiv ausschließlich eine analoge Nutzung stattfindet. Ob die Vervielfältigung entgeltlich oder unentgeltlich, zu privaten oder wirtschaftlichen Zwecken und für eine natürliche oder juristische Person erfolgt, ist nach wie vor ohne Belang.

Wie der BGH bereits in der Kopienversanddienst-Entscheidung ausgeführt hat, war bereits nach dem alten Recht nicht auf den (digitalen) Übermittlungsweg, sondern nur auf die letztendlich dem Endnutzer zur Verfügung stehende (analoge) Form der (Fax-)Kopie abzustellen (BGH aaO - Kopienversanddienst S. 711).

Daran hat sich auch nach dem neuen Recht nichts geändert, so dass die Übernahme digitaler Medien dann zulässig ist, sofern es nur zu Papierausdrucken oder nur zu einer sonstigen analogen Nutzung kommt. Es ist, soweit der elektronische Versand lediglich funktional an die Stelle der Einzelübermittlung in körperlicher Form tritt, auf den (analogen) Inhalt und nicht das (digitale) Trägermedium abzustellen (vgl. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 53 Rn. 35; Möhring/Nicolini/Decker, UrhG, 2. Aufl., § 53 Rn. 31). Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass sich durch die Neuregelung nach Ansicht des Gesetzgebers keine inhaltliche Änderung des geltenden Rechts ergeben sollte (vgl. BT-DS 15/38 S. 20 re. Sp. und S. 21 li. Sp.; Referenten-Entwurf zu § 53 a, S. 33 f, 49 f.; Flechsig, ZRP 2004, 249, 252).

Bei eingescannten Grafikdateien kommt es in diesem Sinne nur zu einer analogen Nutzung. Denn der Empfänger kann das Dokument, das mit einer herkömmlichen Fotokopie verglichen werden kann, so wie es ist, am Bildschirm betrachten oder ausdrucken. Er kann die Grafikdatei auch an auf weitere Speichermedien kopieren. An den beschränkten Möglichkeiten der Endnutzung ändert dies jedoch nichts.

Ohne weitere technische Maßnahmen - z.B. die Verwendung eines Texterkennungsprogramms - ist es nicht möglich, nach einzelnen Textstellen innerhalb des Grafikdokuments zu suchen oder einzelne Textpassagen in einen anderen elektronischen Text als Teil dieses elektronischen Textes, d.h. durch Angleichung von Schriftbild und Formatierung, einzubinden. Denn das Dokument liegt letztendlich nur als noch nicht ausgedrucktes Fax vor. Eine digitale Nutzung ist somit nicht möglich.

Hinsichtlich der Problematik Datenbankwerk (§ 4 Abs. 2 UrhG), Datenbank (§ 87a UrhG) und Ansprüche nach dem UWG kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Die Klage war daher auch insoweit abzuweisen.

II.

Soweit mit der Klage der Versand **per Email, FTP aktiv und FTP passiv an Nutzer im Ausland** angegriffen wird, ist die Sache noch nicht entscheidungsreif, da unklar ist, ob sich die Beklagten hinsichtlich desjenigen Teilstücks des Versandweges, der auf ausländischem Territorium liegt, auch nach dem dortigen Recht auf eine Privilegierung stützen können.

Denn bei grenzüberschreitenden Nutzungshandlungen sind die Urheberrechtsgesetze aller betroffenen Rechtsordnungen für ihr jeweiliges Territorium angesprochen (vgl. oben). Die Beklagten bedürfen daher zur Rechtfertigung ihrer Verbreitungshandlungen im grenzüberschreitenden Verkehr gleichzeitig sowohl einer Privilegierung nach deutschem Recht, als auch einer Privilegierung nach dem jeweils angesprochenen ausländischen Recht. Insoweit ist der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif, da zu den jeweiligen Privilegierungstatbeständen der ausländischen Rechtsordnungen noch vorzutragen ist.

F.
andere Rechtfertigungsgründe

Der Versand von Kopien per Post und Fax an andere Bibliotheken im Inland zur Aushändigung an deren Auftraggeber im Rahmen der Fernleihe bzw. des SUBITO Library Service ist jedoch durch eine analoge Anwendung der §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG gerechtfertigt (I.)

Der Versand per Email, FTP aktiv und FTP passiv an Bibliotheken im Inland- und Ausland ist jedoch nicht mehr gerechtfertigt (II.)

Hinsichtlich des Versands per Post und Fax an Bibliotheken im Ausland ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif (III.)

I.

Der Versand von Kopien per Post und Fax an andere Bibliotheken im Inland zur Aushändigung an deren Auftraggeber im Rahmen der Fernleihe bzw. des SUBITO Library Service ist durch eine analoge Anwendung der §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG i.V.m. § 242 BGB gerechtfertigt.

Diese Vorschriften setzen dem Wortlaut nach zwar voraus, dass ein Original oder ein Vervielfältigungsstück des Werkes, das vom Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden ist, durch eine öffentliche Bibliothek weiterverbreitet bzw. verliehen (im Sinne von § 27 Abs. 2 UrhG) wird (ohne Vermietung), während die Vervielfältigungen, die die Mitgliedsbibliotheken des Beklagten zu 2 verbreiten, nicht durch die Berechtigten im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht, sondern von den Mitgliedsbibliotheken durch Kopieren bzw. Einscannen selbst angefertigt wurden.

Spätestens seit dem Jahre 1966 (vgl. die Leihverkehrsordnung 1966 gem. Anlage B 9 sowie die Leihverkehrsordnung 2003 gem. Anlage B 10) werden im Rahmen der Fernleihe jedoch Zeitschriftenaufsätze geringen Umfangs grundsätzlich nur noch in Reproduktion geliefert und - aufgrund von Praktikabilitätsabwägungen - auch nicht zurückgegeben.

Diese Praxis wurde bis zur vorliegenden Klage zu keinem Zeitpunkt in Zweifel gezogen. Auch in der gemeinsamen Erklärung aus dem Jahre 1997 (Anlage B 7) gingen die betei-

ligten Kreise übereinstimmend davon aus, dass nur die direkte Lieferungen von Kopien außerhalb des innerbibliothekarischen Leihverkehrs rechtlich umstritten sei (vgl. Anlage B 7 S. 1 re. Sp.). So war die Lieferung an eine andere Bibliothek zum Zwecke der Aushändigung an deren Nutzer auch nicht Gegenstand der Kopienversanddienst-Entscheidung des BGH.

Nachdem nunmehr alle Beteiligten seit gut einem halben Jahrhundert von der Zulässigkeit dieser Praxis ausgegangen sind, ergibt sich deren Rechtfertigung - jedenfalls für die seit vielen Jahren praktizierten Versandformen Post und Fax - aus einer zum Gewohnheitsrecht erstarkten Analogie zu den §§ 17 Abs. 2, 27 Abs. 2 UrhG i.V.m. § 242 BGB.

Den berechtigten Interessen der Urheber bzw. der Inhaber von Nutzungsrechten ist durch die Ausschüttungsberechtigung an der Bibliothekstantieme gem. § 27 Abs. 2 S. 1 UrhG ausreichend genüge getan.

II.

Die Versandarten **Email, FTP aktiv und FTP passiv** sind allerdings neuere Entwicklungen. Insoweit konnte sich durch Zeitablauf noch keine gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung herausbilden. Auch ist die Zulässigkeit dieser Versandarten seit ihrer Einführung zwischen den beteiligten Kreisen umstritten.

Eine Rechtfertigung dieser Versandarten lässt sich auch dem Gesamtvertrag Kopienversanddienst (Anlage K 21; beendet zu, 31.12.2002; aktueller Vertrag gem. Anlage B 12, vgl. Bl. 96, 99 f.) nicht entnehmen, da dieser die Abgeltung der urheberrechtlichen Ansprüche entsprechend §§ 27, 49, 54a UrhG nur insoweit regelt, als der von den Bibliotheken betriebene Kopienversand ohne Zustimmung der Rechteinhaber zulässig ist (vgl. § 1 Abs. 1 2. Halbsatz).

Da bereits keine Rechtfertigung im Inland besteht, kommt es auf die ausländischen Rechtsordnungen nicht mehr an.

III.

Ob der Versand von Kopien per Post und Fax an andere Bibliotheken im Ausland zur Aushändigung an deren Auftraggeber im Rahmen der Fernleihe bzw. des SUBITO Library Ser-

vice durch das ausländische Recht, sei es durch eine explizite Regelung, sei es ebenfalls aufgrund Gewohnheitsrecht, gerechtfertigt ist, ist noch zu klären.

G.
Rechtsfolgen

Soweit eine nicht privilegierte Nutzung festzustellen war, stehen den Klägern die geltend gemachten Ansprüche weitgehend zu (I.). Diese Ansprüche sind nicht verwirkt (II.)

I.

Die zugesprochenen Ansprüche auf Unterlassung, Schadensersatzfeststellung und Auskunft folgen aus §§ 97 Abs. 1, 101a UrhG, 242 BGB. Die Tätigkeit des „Anbietens“ stellt, soweit keine Privilegierung greift, einen Unterfall des Vertreibens gem. § 17 UrhG dar. Der Auskunftsanspruch war im Umfang des zugesprochenen Unterlassungsanspruchs ebenfalls zuzusprechen, da die Kläger diese Angaben, mit Ausnahme der Angaben gem. Antrag 3.a, die sich bereits aus dem Tenor ergeben, benötigen, um den Schaden, der den Verlagen entstanden ist, nach einer der drei zulässigen Berechnungsmethoden zu ermitteln, sowie um die Angaben der Beklagten nachzuvollziehen. Da die Kläger eine Vielzahl von Rechteinhabern vertreten, an die sie etwaige Erlöse anteilig auskehren müssen, bedürfen sie der beantragten detaillierten Angaben.

Da es sich vorliegend nur um sechs Aufsätze handelt, ist den Beklagten die Zusammenstellung dieser Auskünfte auch zuzumuten.

Es ist auch zumindest von Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB) auf Seiten der Beklagten auszugehen. Dass sie die Versandformen Email, FTP aktiv und FTP passiv im Rahmen der Fernleihe bzw. des SUBITO Library Service für zulässig halten, kann sie nicht entlasten, da es sich hierbei um eine noch nicht geklärte Rechtsfrage handelt (st. Rspr. vgl. z.B. BGH GRUR 1995, 744, 749 - Feuer, Eis & Dynamit).

Da sämtliche sechs Aufsätze, die im Tenor aufgeführt sind, unter organisatorischer Federführung des Beklagten

zu 2 vom Beklagten zu 1 kopiert und versandt wurden, besteht auch eine Gesamtschuld. Es kann daher offen bleiben, ob der Beklagte zu 1 auch hinsichtlich solcher Aufsätze als Gesamtschuldner mithaftet, die von einer anderen Mitgliedsbibliothek des Beklagten zu 2 versandt wurden.

II.

Die zugesprochenen Ansprüche sind auch nicht gem. § 242 BGB verwirkt.

Insoweit wurde in Ziffer 2.1 a der Vereinbarung aus dem Jahre 1997 (Anlage B 7) explizit vereinbart, dass „die Abläufe im Rahmen der Pilotprojekte keine Rechtsfolgen präjudizieren und das Ergebnis von keiner Seite später als Argumentationsbasis einseitig benutzt wird.“ Aus dieser Vereinbarung kann daher weder ein Verzicht auf die Geltendmachung der hier zugesprochenen Ansprüche noch eine Verwirkung abgeleitet werden. Der Kläger zu 2 war an dieser Erklärung ohnehin nicht beteiligt.

Im Übrigen machen die Kläger mit ihrer am 18.6.2004 eingereichten Klage nur (noch) Ansprüche für den Zeitraum ab 2003 geltend, so dass es jedenfalls an der Verwirklichung des Zeitmoments mangelt.

H.

Nebenentscheidungen

Die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

Retzer
Vors. Richter am LG

Dr. Brodherr
Richterin am LG

Dr. Zigann
Richter am LG

Der Gesichtsloaf der Ausfertigung mit der Ur-
schrift wird bestätigt.

München, den 2. 12. 05

Der Urkundsbedante der

Geschäftsstelle des Landgerichts München I



Koll
Koll
Stellvertreter