

Anhörung des BMJV zum Verleih von E-Books durch Bibliotheken (sog. „E-Lending“) - Stellungnahme der divibib GmbH

Die divibib GmbH („divibib“) begrüßt, dass die Bundesregierung sich der Thematik des digitalen Verleihs von eBooks durch Bibliotheken (sog. „E-Lending“) annimmt und die interessierten Kreise um Stellungnahmen bittet. Der von dem *BMJV* vorgelegte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft enthält hierzu noch keinen Regelungsvorschlag. Im Lichte des viel diskutierten Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 10. November 2016, Rs. C-174/15 – „*Stichting Leenrecht*“ erachten wir es als erforderlich, dass der Gesetzgeber sich des Themas *E-Lending* annimmt.

Unsere Position dürfen wir vorab wie folgt zusammenfassen:

- *divibib* bietet für öffentliche Bibliotheken die sog. *Onleihe* an. Als Mittlerin zwischen etwa 4500 Verlagen und ca. 3000 Bibliotheken ist sie größte Anbieterin von *E-Lending*-Lösungen in Deutschland.
- Das Urteil des EuGH vom 10. November 2016, Rs. C-174/15 – „*Stichting Leenrecht*“, hat das (digitale) Verleihrecht der Bibliotheken gestärkt, indem festgestellt wird, dass im Kontext des Verleihangebots öffentlicher Bibliotheken haptische Werke mit digitalen Kopien eines Buches („eBook“) unter bestimmten Bedingungen gleichgesetzt werden können. Gleichwohl wirft die Entscheidung des EuGH eine Reihe von Fragen auf, die einer gesetzgeberischen Klärung zugeführt werden sollten.

- *divibib* befürwortet es, wenn die durch das Urheberrecht seit langem gestattete Verleihpraxis von (haptischen) Büchern durch öffentliche Bibliotheken und ein zeitgemäßes digitales Verleihen von *eBooks* aneinander angeblichen werden. Derzeit besteht erhebliche Rechts- und Planungsunsicherheit, ob bereits die geltenden § 27 Abs. 2 i. V. m. § 17 Abs. 2 UrhG öffentlichen Bibliotheken ein digitales Verleihen von *eBooks*, ohne eine gesonderte lizenzrechtliche Vereinbarung zu treffen, gestattet. Außerdem ist auch nach dem Urteil des EuGH nicht abschließend geklärt, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen haptischen Werken und *eBooks* unionsrechtlich gleichbehandelt werden dürfen, sodass die daraus resultierende Rechts- und Planungsunsicherheit aller Betroffenen (Autoren/Urhebern, Verlage, Bibliotheken, Nutzer und Dienstleister wie die *divibib*) durch eine gesetzliche Regelung ausgeräumt werden sollten.
- Eine gesetzliche Regelung in der durch die Vermiet- und Verleihrichtlinie der EU geregelten Sonderkonstellation erfordert für das digitale Verleihrecht der öffentlichen Bibliotheken keine Bestimmung zur „digitalen Erschöpfung“ des Verbreitungsrechts. Auch eine entsprechende Schrankenregelung, die zwangsläufig auf starren technischen und inhaltlichen Grenzziehungen beruhen müsste, würde aus Sicht von *divibib* der Dynamik der digitalen Welt nicht gerecht. Um eine möglichst flexible Lösung zu finden und die Interessen der Beteiligten sach- und interessengerecht zum Ausgleich zu bringen, befürwortet es *divibib*, eine gesetzliche Verpflichtung der Verlage zur Lizenzierung von *eBooks* für das digitale Verleihen durch öffentliche Bibliotheken zu angemessenen Konditionen zu schaffen. Für den Fall, dass Streit über die Angemessenheit entsteht, sollte gesetzlich die Verpflichtung zur Durchführung eines Schiedsverfahrens verankert werden. Damit könnte einerseits der Zugriff der Bibliotheken auf die am Markt verfügbaren *eBooks* abgesichert werden, andererseits würden auch die Verlage über Lizenzverträge weiterhin maßgeblich am Vertrieb und den zu erzielenden Umsätzen beteiligt. Die angemessene Vergütung der Urheber wäre zudem – neben der sich aus den Verlagsverträgen ergebenden Beteiligung – über eine Anhebung der Bibliothekstantieme für das digitale Verleihen von *eBooks* abzusichern.

A. Hintergrund: Die *divibib GmbH*

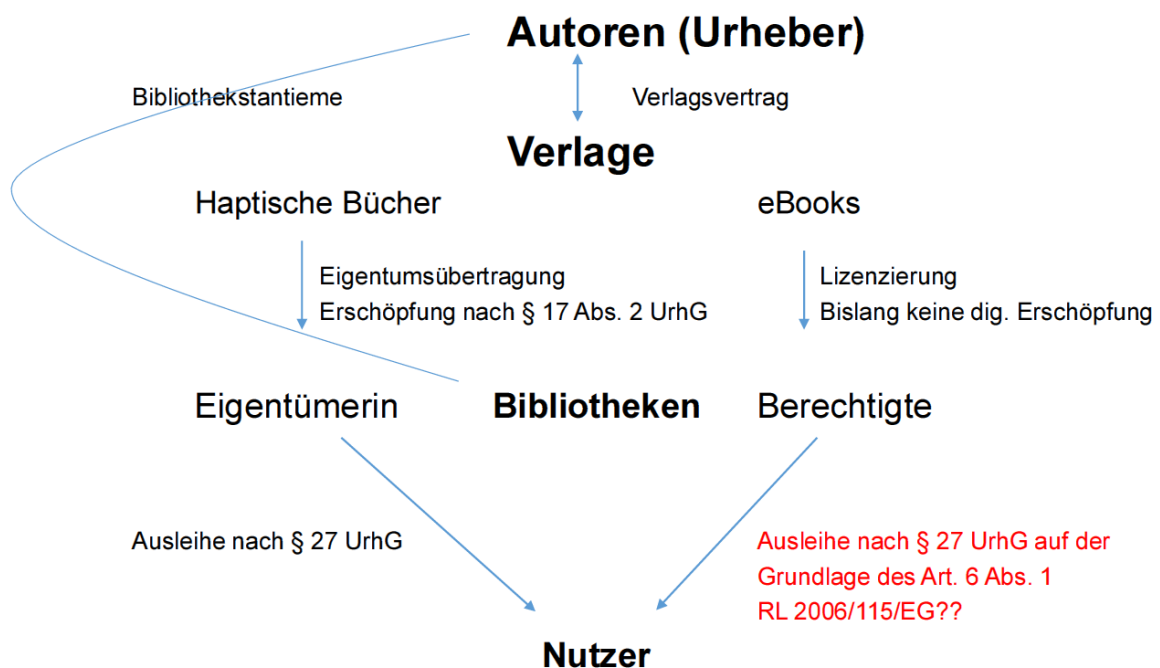
32. *divibib* wurde 2005 mit dem Zweck gegründet, öffentlichen Bibliotheken digitale Medien zum Download für ihre Nutzer zur Verfügung zu stellen. Dieser Geschäftszweck besteht bis heute unverändert fort. *divibib* gehört zu 100% der *ekz.bibliotheksservice GmbH*, die 1947 von Körperschaften der öffentlichen Hand gegründet worden ist. Die heutige Gesellschafterstruktur besteht aus 19 öffentlichen Gesellschaftern sowie dem Management der *ekz.bibliotheksservice GmbH*. Die Kapitalaufteilung ist wie folgt ausgestaltet: 33% der Kapitalanteile werden von der öffentlichen Hand gehalten, 67% von privater Seite. Den öffentlichen Gesellschaftern stehen durch Gesellschaftsvertrag nicht unerhebliche Vetorechte zu. Diese Rechte stärken deren Position im Gesellschaftergefüge und machen eine eigene Kapitalmehrheit entbehrlich. Der Zweckfestlegung von *divibib* ähnlich ist auch

der Unternehmenszweck der *ekz.bibliotheksservice GmbH* seit ihrer Gründung ausschließlich auf Produkte und Dienstleistungen für Bibliotheken ausgerichtet.

33. Im Jahr 2007 ist *divibib* mit ihrem Geschäftsmodell in den Markt eingetreten. Vier Pilotbibliotheken (Hamburger öffentliche Bücherhallen sowie die Stadtbibliotheken Köln, München und Würzburg) haben seinerzeit an dem noch heute existierenden *Onleihe*-Modell mitgearbeitet. Eckpfeiler des Modells sind:
- Einsatz eines harten DRM (derzeit über den Anbieter *ADOBE*);
 - Aggregation der Lizenzverhandlungen für die Bibliotheken;
 - Verhandlungen mit den Verlagen über die Nutzungsrechte für das digitale Verleihen digitaler Medien;
 - Konzentration auf die Bedarfe der öffentlichen Bibliotheken (keine wissenschaftliche Literatur);
 - Überführung der physischen in die digitale Welt im Hinblick auf die „Ausleihe“ digitaler Medien an die Nutzer der Bibliotheken (insb.: „*One loan after the other*“, bzw. „*serielle Ausleihe*“).
34. Die Lizenzverhandlungen mit den Verlagen sind freiwilliger und einzelvertraglicher Natur. Verhandlungszeiträume über 12-24 Monate sind keine Ausnahme. Am Ende der Verhandlungen entscheidet der Verlag darüber, ob er die Nutzungsrechte für das digitale Verleihen durch Bibliotheken zur Verfügung stellen möchte, über die Höhe der Vergütung und ggf. über eine etwaige zeitliche Befristung (also wie lange das Medium der Bibliothek und ihren Nutzern zur Verfügung stehen soll, bis es wieder neu von der Bibliothek für das digitale Verleihen „erworben“ werden muss). Dazu sei noch angemerkt, dass das Geschäftsmodell von *divibib* nichts mit den Subskription-Geschäftsmodellen von Unternehmen wie *Amazon* oder *Skoobe* zu tun hat. Aufgrund des seriellen Angebots und des begrenzten Medienbudgets der öffentlichen Bibliotheken können immer nur eine begrenzte Anzahl digitaler Medien durch öffentliche Bibliotheken digital verliehen werden. Das digitale Verleihangebot öffentlicher Bibliotheken stellt daher auch keine Bedrohung für die kommerziellen Modelle der genannten Unternehmen dar.
35. Das Know-how von *divibib* im Rahmen von Vertragsverhandlungen gründet auf ihrer breit gefächerten Erfahrung in der Vertragspraxis, auf deren Grundlage *divibib* einschätzen kann, wie das Erfordernis einer angemessenen Vergütung der Urheber und eine finanzielle Beteiligung der Verlage auf der einen Seite mit dem berechtigten Interesse der öffentlichen Bibliotheken, digitale Inhalte auch in Zeiten knapper Kassen ihrem kulturellen Auftrag entsprechend verfügbar zu halten, auf der anderen Seite miteinander in Einklang gebracht werden können. In der Vergangenheit ist es immer wieder zu Situationen gekommen, in denen die Verlage mit sehr hohen finanziellen Erwartungen und zu weitreichenden Forderungen in die jeweiligen Verhandlungen gegangen sind. Es gibt heute noch Verlage, die ihre *eBooks* nicht für das digitale Verleihen zur Verfügung stellen. Alle Verlage haben die Möglichkeit, den bestehenden Lizenzvertrag – auch nur für einzelne Titel – zu kündigen und

damit einem digitalen Verleihen durch öffentliche Bibliotheken zu entziehen. Auch kann ein Verlag jederzeit entscheiden, *divibib* keine neuen Titel mehr zu liefern, sodass die Bibliotheken Neuerscheinungen des betreffenden Verlags ihren Nutzern nicht anbieten können. Verlage haben damit die Freiheit zu entscheiden, ob – und wenn ja welche – Titel zu welchen Konditionen den öffentlichen Bibliotheken für den Lizenzwerb zur Verfügung stehen.

36. In diesem nicht einfachen Umfeld ist es *divibib* gleichwohl gelungen, in den letzten zehn Jahren ca. 4500 Verlage zu überzeugen, ihre Inhalte für das digitale Verleihen durch öffentliche Bibliotheken zur Verfügung zu stellen. Seit den Anfängen im Jahr 2007 ist der Bestand an *eBooks* in den öffentlichen Bibliotheken auf ca. 2,0 Mio. angestiegen. Im Jahr 2016 wurden von den Nutzern der ca. 3.000 teilnehmenden Bibliotheken ca. 22,5 Mio. Downloads ausgeführt. *divibib* ist im deutschsprachigen Markt Marktführer. Die von Wettbewerbern vorgehaltenen Angebote unterscheiden sich in ihrem Marktmodell im Wesentlichen nicht von dem Angebot von *divibib*.
37. Das Zusammenspiel zwischen Autoren (Urhebern), Verlagen, Bibliotheken und Nutzern bezogen auf (haptische) Bücher im Vergleich zu *eBooks* lässt sich grafisch wie folgt skizzieren:



B. Das Urteil des EuGH „*Stichting Leenrecht*“

38. Das Urteil des EuGH vom 10. November 2016, Rs. C-174/15 – „*Stichting Leenrecht*“, hat das (digitale) Verleihrecht der Bibliotheken gestärkt, indem festgestellt wird, dass *eBooks* im Kontext des Verleihangebots öffentlicher Bibliotheken mit haptischen Werken unter bestimmten Bedingungen gleichgesetzt werden können. Gleichwohl wirft die Entscheidung des EuGH eine Reihe von Fragen auf, die einer gesetzgeberischen Klärung zugeführt werden sollten. Der EuGH legt im Übrigen nur verbindlich die unionsrechtlichen Vorgaben aus. Im Lichte des Art. 6 Abs. 1 der Vermiet- und Verleihrichtlinie der EU verbleibt den Mitgliedstaaten ein erheblicher Spielraum, um den unionsrechtlich definierten Rahmen im nationalen Recht auszufüllen. Vor diesem Hintergrund gibt es zahlreiche offene Fragen, die von dem deutschen Gesetzgeber geklärt werden sollten (vgl. dazu sogleich unter Randnummer 15 dieser Stellungnahme).
39. Der EuGH hat die Frage nach den Voraussetzungen einer *digitalen Erschöpfung* des Verbreitungsrechts nicht entschieden, weil er im Hinblick auf das Verleihrecht und die Möglichkeit der Privilegierung öffentlicher Bibliotheken ausschließlich die Vermiet- und Verleihrichtlinie der EU zur Anwendung bringt. Dabei hatte das vorliegende niederländische Gericht eine Frage nach der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29 (Urheberrechtsrichtlinie) gestellt. In dieser Regelung wird auf den Erstverkauf von Gegenständen oder einer anderen erstmaligen Eigentumsübertragung für den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz abgehoben. Die Beantwortung dieser Frage durch den EuGH hätte Aufschluss darüber geben können, ob im Rahmen des derzeit geltenden unionsrechtlichen Rahmens für das Urheberrecht eine *digitale Erschöpfung* möglich oder aber ausgeschlossen ist. Der EuGH hat indes ausgeführt, dass Art. 4 Abs. 2 der Urheberrechtsrichtlinie nicht maßgeblich für die Auslegung der Vermiet- und Verleihrichtlinie – und damit des unionsrechtlich vorgegebenen Rahmens – ist, um öffentliche Bibliotheken hinsichtlich des digitalen Verleihs von *eBooks* zu privilegieren (vgl. Rn. 56f. des Urteils).
40. Auch Art. 6 Abs. 1 der Vermiet- und Verleihrichtlinie der EU setzt seinem Wortlaut nach keine *digitale Erschöpfung* für die Privilegierung öffentlicher Bibliotheken voraus. Gleichwohl können die Mitgliedstaaten weitergehende Anforderungen für das in der Norm angelegte Herabstufen des ausschließlichen Verleihrechts der Urheber zu einem Vergütungsanspruch aufstellen. Dies stellte der EuGH in der angesprochenen Entscheidung ausdrücklich fest, da die Niederlande das Verleihrecht davon abhängig machen, ob ein Erstverkauf oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung stattgefunden hat. Da es sich dabei um zusätzliche nationale Anforderungen handelt, legte der EuGH die genannten Rechtsbegriffe nicht weiter aus, entschied jedoch, dass ein Abhängigmachen des Verleihrechts öffentlicher Bibliotheken für *eBooks* von den genannten Kriterien zulässig ist (vgl. Rn. 61 ff. des Urteils). Fraglich ist damit z. B., ob die Gleichsetzung eines haptischen Buchs (z.B. eines Romans) mit dem entsprechenden *eBook* bedeutet, dass eine erstmalige Eigentumsübertragung dann vorliegt und dieser entspricht, wenn es zu einer unbefristeten Gebrauchsüberlassung des

eBooks gekommen ist.

41. Im deutschen Urheberrecht wird das Verleihrecht in § 27 Abs. 2 i.V.m. § 17 Abs. 2 UrhG geregelt. Hiernach ist Bibliotheken gegen eine angemessene Vergütung der Urheber das Verleihen von Originalen und Vervielfältigungsstücken erlaubt, „*deren Verbreitung nach § 17 Abs. 2 zulässig ist*“. Nach § 17 Abs. 2 UrhG ist eine Verbreitung dann zulässig, wenn das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Europäischen Wirtschaftsraum „*im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden*“ sind. Insofern stellt sich mit Blick auf die deutsche Rechtslage die zuvor erörterte Frage nach einem Äquivalent zum Erstverkauf oder für eine erstmalige Eigentumsübertragung ganz ähnlich wie nach niederländischem Recht. Die Anleihen an den Voraussetzungen des Erschöpfungsgrundsatzes dürfen nach der Entscheidung des EuGH jedoch nicht dahin missverstanden werden, dass damit der *digitalen Erschöpfung* für eBooks der Boden bereitet wird. Vielmehr macht der EuGH deutlich, dass seine Entscheidung allein die Sonderkonstellation des (digitalen) Verleihens durch öffentliche Bibliotheken betrifft. In diesem klar umrissenen Bereich kann der Mitgliedstaat kulturpolitischen Zielsetzungen und dem öffentlichen Interesse nachkommen (vgl. Rn. 60 des Urteils).
42. Vor diesem Hintergrund hat der EuGH die zentrale Ausgangsfrage entschieden, wonach der Begriff des „*Verleihens*“ nach der EU-Vermiet- und Verleih-Richtlinie – anders als der Begriff des „*Vermietens*“ – auch eBooks umfasst. Für den Bereich des Verleihwesens öffentlicher Bibliotheken hat der EuGH damit die Weichen gestellt, dass eBooks durch die Mitgliedstaaten haptischen Büchern gleichgestellt oder jedenfalls in ihrer rechtlichen Behandlung einander stark angenähert werden können. Welche konkreten Voraussetzungen dafür zu erfüllen sind, bleibt jedoch teilweise offen.
43. Klar ist nach der Entscheidung des EuGH, dass das für den (digitalen) Verleihvorgang maßgebliche Vervielfältigungsstück keiner unrechtmäßigen Quelle entstammen darf und dass Mitgliedstaaten die Herabstufung des *per se* dem Urheber zugeordneten Verleihrechts nach Art. 6 Abs. 1 der Vermiet- und Verleihrichtlinie zu einem Vergütungsanspruch mit weitergehenden Bedingungen verknüpfen dürfen (vgl. Rn. 61 des Urteils). Wie bereits angeführt, erachtet der EuGH die Bedingung des niederländischen Rechts eines vorherigen Erstverkaufs bzw. einer vorherigen (sonstigen) Eigentumsübertragung auch im Bereich des digitalen Verleihens als zulässig.

C. Auswirkungen der Entscheidung des EuGH

44. Wesentliche Bedeutung kommt aus Sicht von *divibib* dem Umstand zu, dass der EuGH in seiner Entscheidung die besondere Rolle der öffentlichen Bibliotheken für die Kultur und die Bildung in den Mitgliedstaaten anerkennt und sogar deutlich heraushebt. Die kulturelle Bedeutung der Bibliotheken ist auch eine zentrale Erwägung des Gerichts, um ihre Privilegierung beim Verleih von eBooks zu rechtfertigen. Dies gilt jedenfalls für die *serielle*

Ausleihe. Andere Modelle standen in dem von dem EuGH entschiedenen Fall nicht zur Debatte.

IV. Erhebliche Rechts- und Planungsunsicherheit infolge des EuGH-Urteils

45. Der Ansatz des EuGH, öffentlichen Bibliotheken die das digitale Verleihen von *eBooks* zu erleichtern und insoweit einen gewissen Gleichlauf mit der Verleihmöglichkeit für haptische Bücher herzustellen, ist aus Sicht von *divibib* zu begrüßen. Gleichwohl verbleibt trotz der Entscheidung des EuGH erhebliche Rechts- und Planungsunsicherheit.
46. Diese entsteht zunächst dadurch, dass in rechtlicher Hinsicht unsicher und umstritten ist, ob die Umsetzung der Entscheidung des EuGH in Deutschland einer Gesetzesänderung bedarf oder ob die Regelungen des deutschen Urheberrechts bereits heute eine ausreichende Basis für das (digitale) Verleihen von *eBooks* durch Bibliotheken darstellt.
47. *divibib* ist der Ansicht, dass eine gesetzliche Regelung unbedingt erforderlich ist. Außerdem besteht erhebliche Rechts- und Planungsunsicherheit dadurch, dass viele maßgebliche Rechtsfragen durch das EuGH-Urteil unbeantwortet geblieben sind. Klärungs- bzw. regelungsbedürftig sind – zusammenfassend dargestellt – insbesondere die nachfolgenden Fragen:
 - Eröffnet § 27 UrhG möglicherweise schon heute die *serielle Ausleihe* von *eBooks*?
 - In welchem Verhältnis würden die vielfältigen bereits geschlossenen Lizenzvereinbarungen zu einer (bestehenden oder zukünftigen) gesetzlichen Regelung zum digitalen Verleihen von *eBooks* stehen?
 - In welchem Verhältnis stünde die gesetzliche Privilegierung öffentlicher Bibliotheken für das digitale Verleihen von *eBooks* zu zukünftigen Lizenzvereinbarungen?
 - Bedarf es einer Erweiterung der Bibliothekstantieme, um eine angemessene Vergütung der Urheber zu erreichen? Wie wäre die Bibliothekstantieme für das digitale Verleihen von *eBooks* zu berechnen?
 - Sollen Verlage an der Bibliothekstantieme zukünftig beteiligt werden?
 - Gibt es ein Äquivalent zum Inverkehrbringen durch Veräußerung bzw. zum „Erstverkauf“/zur „erstmaligen Eigentumsübertragung“ bei *eBooks*? Wenn ja, wie sieht es aus?
 - Soll den öffentlichen Bibliotheken nach der Entscheidung des EuGH ein Verleihrecht (nur) dann zustehen, wenn ein sog. „download to own“ erfolgt ist oder reicht etwa auch eine in zeitlicher Hinsicht begrenzte Zugriffsmöglichkeit/Gebrauchsüberlassung aus, die gewissermaßen eine Analogie zur „Haltbarkeit“ eines (haptischen) Buches herstellt?
 - Gilt die Privilegierung auch für *eBooks*, die durch die Bibliotheken selbst aus analogen Quellen digitalisiert worden sind?

- Müssen Bibliotheken die digital zu verleihenden *eBooks* selbst erwerben oder können weiterhin Dienstleister zwischengeschaltet werden?
 - Wie ist etwa mit sog. *extended eBooks* zu verfahren, d.h. *eBooks*, die eine multimediale Erweiterung des Inhalts erfahren?
 - Gilt die Privilegierung öffentlicher Bibliotheken auch für andere Medienkategorien?
 - Welche Anforderungen werden an den Server gestellt, von dem die digitalen Ausleihen vorgenommen werden? Muss jede Bibliothek eine solchen Server physisch vorhalten oder kann weiterhin auf technische Plattformen spezialisierter Dienstleister zugegriffen werden?
48. Da die vorgenannten Rechtsfragen für die (digitale) Verleihpraxis von Bibliotheken entscheidend sind, kann das EuGH-Urteil vom 10. November 2016 lediglich als Anstoß für eine gesetzliche Regelung zum Verleihrecht im digitalen Umfeld gelten. Die vielfältigen offenen Rechtsfragen bedürfen einer gesetzgeberischen Entscheidung. Nur so können einerseits die nötige Rechtsklarheit und Planungssicherheit geschaffen und andererseits die verschiedenen – teilweise einander widerstrebenden – Interessen der Urheber, Verlage und Bibliotheken miteinander in einen gerechten Ausgleich gebracht werden.

V. Vorteile und Probleme bei der derzeitigen Lizenzierungspraxis

49. Die Vor- und Nachteile der derzeitigen Lizenzierungspraxis von *eBooks* sind vielschichtig. Sie sind unter dem Aspekt eines Interessenausgleichs der beteiligten Branchen zu bewerten. Nicht geklärt ist insbesondere die Frage, ob die rechtlich unterschiedliche Behandlung von (haptischen) Büchern und *eBooks* sachgerecht ist, wenn man bedenkt, dass *eBooks* für Bibliotheksnutzer zunehmend Surrogate für Bücher im klassischen Sinne darstellen.
50. Zu den Vor- und Nachteilen der derzeitigen Lizenzierung von *eBooks* und anderen elektronischen Medien im Einzelnen:

1. Vorteile

51. Die Vorteile der bisherigen Lizenzierungspraxis lassen sich wie folgt zusammenfassen:
- Eingeebte Verhandlungs- und Vertriebsstrukturen (allerdings teilweise getrübt durch lange Verhandlungszyklen und divergierende Preisvorstellungen);
 - anforderungsspezifisches DRM;
 - die Möglichkeit, flexible Regelungen zu treffen um z.B. unterschiedlichen Medientypen und Ausleihkonstellationen gerecht zu werden;
 - Aggregation der Lizenzverhandlungen für die Bibliotheken (z. B. durch *divibib*) und

hierdurch ermöglichte Hebung von Synergieeffekten.

2. Nachteile

52. Den zuvor bezeichneten Vorteilen stehen Nachteile gegenüber, die insbesondere folgende Probleme betreffen:

- Teilweise sehr langwierige Vertragsverhandlungen mit einzelnen Verlagen (12 bis 24 Monate);
- Konfrontation mit überhöhten Lizenzforderungen der Verlage, die die finanzielle Leistungsfähigkeit der öffentlichen Bibliotheken übersteigen;
- manche *eBooks* werden öffentlichen Bibliotheken derzeit vorenthalten und einige Verlage verschließen sich einer entsprechenden Zusammenarbeit. Folge: Die Bibliotheken können ihrem kulturellen Auftrag nicht vollumfänglich nachkommen;
- Verlage haben die Möglichkeit, die bestehenden Lizenzverträge jederzeit mit der Folge zu kündigen, dass die betreffenden *eBooks* von den öffentlichen Bibliotheken zu Lasten der Bibliotheksnutzer nicht mehr zur digitalen Ausleihe angeboten werden können.

VI. Vor- und Nachteile einer gesetzlichen Regelung

53. Durch eine gesetzliche Regelung werden die rechtlichen Rahmenbedingungen für das digitale Verleihen verändert, was ggf. zu einer Modifikation und Anpassung von bestehenden Geschäftsmodellen führen kann. Diese „Nachteile“ sind jedoch jeder gesetzlichen Neuregelung inhärent. Aus unserer Sicht wiegen diese Nachteile die Vorteile einer gesetzlichen Regelung zum *E-Lending* nicht auf:

- Durch eine gesetzliche Regelung des *E-Lending* werden die durch die o. g. Entscheidung des EuGH offen Rechtsfragen im Legislativwege geklärt und damit für alle Beteiligten, d. h. für Autoren (Urheber), Verlage, Bibliotheken, Nutzer und Dienstleister, Rechtsklarheit und Planungssicherheit geschaffen;
- der Gesetzgeber erhält die Möglichkeit, eine weitere Annäherung der digitalen an die analoge Medienwelt zu vollziehen und dem Gedanken des EuGH folgend, eine Privilegierung der öffentlichen Bibliotheken im Verleihrecht aus kulturellen Gründen auszugestalten;
- nur eine gesetzliche Regelung dürfte die Voraussetzung schaffen, um einen gerechten Interessenausgleich zu erreichen;
- der Gesetzgeber könnte neben einer nach dem Unionsrecht erforderlichen angemessenen Vergütung der Urheber auch eine finanzielle Beteiligung der Verlage (Stichwort: „Vogel“-Entscheidung des BGH, Urt. v. 21. April 2016, Az.: I ZR 198/13)

regeln, ohne die öffentlichen Bibliotheken finanziell zu überfordern;

- durch die Etablierung einer gesetzlichen Verpflichtung, eBooks für das digitale Verleihen durch die öffentlichen Bibliotheken zu lizenzieren, ließe sich das Angebot der öffentlichen Bibliotheken unter Berücksichtigung der Interessen der Urheber und Verlage erweitern und könnte dadurch die Erfüllung ihres kulturellen Auftrags nachhaltig gefördert werden.

54. Zusammenfassend hebt *divibib* nochmals hervor, dass eine entsprechende gesetzliche Regelung nicht nur sinnvoll, sondern rechtlich unbedingt erforderlich ist, um im Nachgang zu der Entscheidung des EuGH Rechtsklarheit und Planungssicherheit für die betroffene Branche zu schaffen. Durch eine gesetzliche Regelung kann der Gesetzgeber die – teilweise widerstreitenden – Interessen aller Beteiligten in einen gerechten Ausgleich bringen.

V. Keine Alternativen zu einer gesetzlichen Regelung des *E-Lending*

55. Sinnvolle Alternativen zu einer gesetzlichen Regelung sieht *divibib* nicht. Insbesondere ist es nicht zweckmäßig, durch gerichtliche Verfahren eine höchstrichterliche Klärung der o.g. Rechtsfragen, die im Zusammenhang mit dem EuGH-Urteil entstanden sind, abzuwarten und erst danach gesetzgeberisch tätig zu werden. Dies würde zu jahrelanger Rechtsunsicherheit, fehlender Planungssicherheit und nicht zuletzt unüberschaubaren finanziellen Unwägbarkeiten führen. Schließlich sollten nicht die Gerichte in die Rolle eines „Ersatz-Gesetzgebers“ gedrängt werden, sondern der Gesetzgeber selbst tätig werden und seinen Gestaltungsspielraum sinnvoll nutzen.

D. Regelungsvarianten und notwendige Folgeänderungen

56. Aus Sicht von *divibib* bestehen die drei nachfolgend skizzierten gesetzlichen Regelungsansätze:

V. 1. Variante: *Digitale Erschöpfung*

57. Bislang wurde weder durch den deutschen Gesetzgeber oder den europäischen Richtlinien- und Ordnungsgeber eine allgemeine *digitale Erschöpfung* rechtlich verankert noch wurde sie durch die deutschen und/oder europäischen Höchstgerichte anerkannt. Eine Ausnahme gilt nach Maßgabe von Art. 4 Abs. 2 der Computerprogramm-Richtlinie der Europäischen Union (Richtlinie 2009/24/EG) nur im Hinblick auf die *digitale Erschöpfung* des Verbreitungsrechts von Computersoftware.

58. Diese Sonderregelung belegt, dass grundsätzlich eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch bei digitalen Werkstücken in Betracht kommt. Es erscheint jedoch äußerst zweifelhaft, ob die Bundesrepublik Deutschland diese Sonderkonstellation im Wege eines

Bundesgesetzes auf andere digitale Werke, wie z. B. *eBooks* übertragen darf, ohne gegen das Unionsrecht, insbesondere gegen die Urheberrechtsrichtlinie und die Vermiet- und Verleihrichtlinie, zu verstoßen. Zwar würde eine allgemein geltende *digitale Erschöpfung* des Verbreitungsrechts für digitale Werke, *eBooks* an haptische Bücher angleichen, da in diesem Falle §§ 27 i.V.m. 17 UrhG n. F. ohne weiteres das digitale Verleihen von *eBooks* durch öffentliche Bibliotheken erlaubt wäre, vorausgesetzt die Urheber würden angemessen vergütet. Im Lichte der Entscheidung des EuGH bestehen gegen diesen Weg jedoch derart schwerwiegende unionsrechtliche Bedenken, dass dieser Weg nicht beschritten werden sollte.

VI. 2. Variante: Schrankenregelung für das digitale Verleihen

59. In dieser Variante würde eine Schrankenregelung für das digitale Verleihen in das Urhebergesetz aufgenommen. Auf diese Weise könnte eine konkrete Ausnahme vom Verleihrecht des Urhebers zugunsten der öffentlichen Bibliotheken vorgesehen werden, digitale Werkstücke (insbesondere *eBooks*) ohne gesonderte lizenzrechtliche Gestattung an ihre Nutzer digital zu verleihen. Problematisch dürfte bei dieser Variante aber sein, dass eine solche Schrankenregelung nur einen engen Anwendungsbereich (z.B. bezogen auf die technische Realisierung und Inhalte) erfassen kann, der zudem im Detail auszugestalten wäre. Einer solche Schrankenregelung dürfte damit die erforderliche Flexibilität fehlen, um zukünftigen, sich verändernden Konstellationen in der sich schnell ändernden digitalen Welt (Stichworte: *extended eBooks*, *Clouddienste* etc.) gerecht zu werden und um die unterschiedlichen Positionen aller Beteiligten zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Auch das Verhältnis zu komplexeren Lizenzmodellen (z.B. Kontingentmodelle) wäre unklar.
60. Nicht zuletzt wäre das Verhältnis einer solchen Schranke zu den vielfältigen vertraglichen Regelungen, die bereits heute mit Verlagen und Bibliotheken bestehen, äußerst problematisch. Fraglich ist zudem, ob eine Schrankenregelung zum digitalen Verleihrecht der Bibliotheken durch besondere lizenzrechtliche Vertragsgestaltungen abbedungen werden könnte oder ob sich eine differenziertere Vertragsgestaltung insoweit verbietet.

VII. 3. Variante: Lizenzierungsverpflichtung und Ausweitung der gesetzlichen Vergütungspflicht für das digitale Verleihen digitaler Medien

61. Der gerechte Ausgleich der verschiedenen Interessen aller Beteiligten ist zentral für eine gesetzliche Regelung. Öffentliche Bibliotheken müssen in der Lage sein, ihren kulturellen Auftrag mit beschränkten Medienetats auch im digitalen Umfeld zu erfüllen, während die Urheber, aber auch Verlage, angemessen zu vergüten sind. Nur eine Regelung, die diese Gesichtspunkte berücksichtigt, wird auf eine breite Akzeptanz stoßen. Dazu erscheint es zunächst sinnvoll, den verwertungsgesellschaftspflichtigen Vergütungsanspruch der Urheber nach § 27 Abs. 2 UrhG auf das Verleihen digitaler Medien ausdrücklich zu erweitern. Auch

die Vergütung der Verlage sollte dabei nach unserer Auffassung nicht in Frage gestellt werden.

62. Um die vorstehend beschriebenen Ziele zu erreichen, ist es zweckmäßig, Verlage gesetzlich (lediglich) dazu zu verpflichten, *eBooks* an öffentliche Bibliotheken zu angemessenen Konditionen zu lizenzieren. Damit öffentliche Bibliotheken ihren öffentlichen Auftrag erfüllen können, muss eine Lizenzierung ohne zeitlichen Verzug und zu angemessenen Bedingungen erfolgen. Sollte hierzu Streit entstehen, böte sich die Verpflichtung zur Durchführung eines Schiedsverfahrens an. Damit könnte einerseits der Zugriff der Bibliotheken auf die am Markt verfügbaren *eBooks* abgesichert werden. Andererseits würden auch die Verlage über Lizenzverträge weiterhin maßgeblich am Vertrieb und den zu erzielenden Umsätzen beteiligt. Die angemessene Vergütung der Urheber wären zudem – neben der sich aus den Verlagsverträgen ergebenden Beteiligung – über eine Anhebung der Bibliothekstantieme für das digitale Verleihen von *eBooks* abgesichert.

VIII. Bewertung

33. Im Lichte der Defizite der zuerst genannten beiden gesetzgeberischen Gestaltungsvarianten ist dem zuletzt vorgeschlagenen Ansatz wegen der erforderlichen Flexibilität, zu der er führt, und des sachgerechten Interessenausgleichs, den er bewirkt, der Vorzug zu geben. Durch die gesetzliche Verpflichtung der Verlage zur Lizenzierung digitaler Medien für das digitale Verleihen durch öffentliche Bibliotheken wird sichergestellt, dass Bibliotheken ihren kulturellen Auftrag angemessen erfüllen können. Es besteht nicht mehr die Möglichkeit, dass Verlage den Bibliotheken und Bibliotheksnutzern besonders attraktive Werke in elektronischer Form vorenthalten. Andererseits wird durch die Verpflichtung zur Angemessenheit der Lizenzierungsgegenleistung sichergestellt, dass auch die berechtigten Interessen der Verlage gleichermaßen zu berücksichtigen sind. Urheber würden neben ihren Beteiligungsansprüchen aus den Verlagsverträgen über eine erweiterte Bibliothekstantieme beteiligt. Insgesamt erweist sich dieser Weg als die flexibelste und zukunftsfähigste Variante, um das *E-Lending* im deutschen Recht abzusichern.