

SCHULZE KÜSTER MÜLLER MUELLER

RECHTSANWÄLTE

Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.
Herrn Justitiar Dr. Christian Sprang
Großer Hirschgraben 17 – 21

60311 Frankfurt am Main

Vorab per E-Mail: sprang@boev.de

DR. GERNOT SCHULZE
HERRAD KÜSTER
ANDREA MÜLLER
CHRISTOPHER MUELLER, LL.M.

BISMARCKSTRASSE 2
D-80803 MÜNCHEN
TEL.: +49-(0)89-33 40 45
FAX: +49-(0)89-33 87 70

kanzlei@schulze-kuester.de

München, den 14.12.2005
013/05-01
Dr. Schu/kg

Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. wegen Vermietung von Bestsellern

Lieber Herr Dr. Sprang,

Sie hatten mir mit E-Mail vom 10. Mai 2005 einzelne Unterlagen in dieser Sache zugemailt. Einzelheiten hatten wir u. a. am 24.5. und am 1.6.2005 telefonisch besprochen. Sie sagten, es solle ein Musterverfahren gegen die sich zunehmend verbreitende Praxis mancher Bibliotheken durchgeführt werden, die Bestseller vermieten und den Standpunkt vertreten, die Bestseller würden nicht vermietet, sondern lediglich gegen gesetzlich zulässige Gebühren verliehen. Frau Leenen hat bereits einen Aktenvermerk zur Leihgebühr für Bestseller verfasst. Sie baten mich, dieses Thema ebenfalls gutachterlich kurz abzuhandeln. Angesichts des schon vorhandenen Aktenvermerks, der sich weitgehend auch auf meine Darstellung in den Kommentierungen des Dreier/Schulze zu § 17 stützt, werde ich mich in erster Linie auf die Frage der Entgeltlichkeit und der Erwerbszwecke konzentrieren. Im Einzelnen hierzu wie folgt:

1. Ausgangslage

Leihbüchereien waren früher und sind auch heute grundsätzlich privilegiert, wenn sie öffentlich zugänglich sind und Bücher tatsächlich verleihen, also unentgeltlich zur vorübergehenden Nutzung Dritten zur Verfügung stellen. Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, dass das ausschließliche Verleihrecht, wie es in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 92/100 EWG vom 19.11.1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht (nachfolgend: Richtlinie zum Vermietrecht) vorgesehen ist, in Deutschland nicht als ausschließliches Verleihrecht umgesetzt worden ist. Vielmehr hat der deutsche Gesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, es beim gesetzlichen Vergütungsanspruch für das öffentliche Verleihen zu belassen (vgl. Schricker/Loewenheim² § 27 Rdnr. 11). Diese Möglichkeit bot Art. 5 der Richtlinie zum Vermietrecht.

Auf der einen Seite sollte mit der Umsetzung der Vermietrechtsrichtlinie die bisherige Möglichkeit des Verleihens unverändert bleiben (vgl. BT-Drucks. 13/115, S. 13). Auf der anderen Seite sollte hinsichtlich des Vermietrechts eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gelten, weil bei CD-Vermietläden und Videotheken versucht wurde, durch rechtliche Konstruktionen das ausschließliche Vermietrecht zu umgehen (vgl. BT-Drucks. 13/115, S. 12). Deshalb liegt eine Vermietung auch dann vor, wenn ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 535 BGB nicht besteht, z. B. weil ein ausdrücklicher Mietzins nicht geschuldet wird, in der Praxis aber eine vorübergehende Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt vorliegt (vgl. BT-Drucks. 13/115, S. 12; BGH GRUR 2001, 1036, 1037 – Kauf auf Probe; vgl. auch BGH GRUR 1989, 417, 418 – Kauf mit Rückgaberecht). Im Hinblick auf den Erschöpfungsgrundsatz sollte dort eine Grenze gezogen werden, wo das Werk in größerem Umfang genutzt und dem Urheber durch diese erweiterte Nutzung die ihm gebührende Vergütung vorenthalten wird. Soweit Ausnahmen von dem Exklusivrecht gemacht werden, müssen sie meines Erachtens eng ausgelegt werden. Dies gilt auch dann, wenn zugunsten des Verleihens in öffentlich zugänglichen Einrichtungen (Bibliotheken etc.) ein Entgelt nicht völlig ausgeschlossen wird. Es darf dann nur zur Deckung der Verwaltungskosten dienen und das hierfür erforderliche Maß nicht überschreiten (vgl. Schricker/Loewenheim² § 27 Rdnr. 16; v. Lewinski in Walter (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht Art. 1 Rdnr. 13 Vermiet- und Verleih-RL). Erwägungsgrund 14 der Richtlinie zum Vermietrecht lautet wörtlich wie folgt:

„Wird bei einem Verleihen durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung ein Entgelt bezahlt, dessen Betrag das für die Deckung der Verwaltungskosten der Einrichtung erforderliche Maß nicht überschreitet, so liegt keine unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche oder kommerzielle Nutzung im Sinne dieser Richtlinie vor.“ (abgedruckt in GRUR Int. 1993, 144)

Verleihen im Sinne von § 27 Abs. 2 UrhG ist die zeitlich begrenzte, weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung (vgl. § 27 Abs. 2 Satz 2 UrhG).

Auf der einen Seite verlangt das Verleihen jedenfalls nicht ausdrücklich eine Unentgeltlichkeit. Es darf nur weder mittelbar noch unmittelbar Erwerbszwecken dienen. Nach wohl vorherrschender Meinung liegen keine Erwerbszwecke vor, wenn öffentlich zugängliche Einrichtungen lediglich einen Betrag für die Deckung der Verwaltungskosten beanspruchen, wie es Erwägungsgrund 14 der Richtlinie zum Vermietrecht vorsieht (vgl. Schricker/Loewenheim² § 27 Rdnr. 16; Wandtke/Bullinger/Heerma § 17 Rdnr. 24; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht² Rdnr. 458).

Auf der anderen Seite enthalten die Artikel der Vermietrechtsrichtlinie jedenfalls keine ausdrückliche Formulierung, wie sie in Erwägungsgrund 14 besagter Richtlinie zu lesen ist. Darüber hinaus hat auch der deutsche Gesetzgeber weder in § 17 UrhG noch in § 27 UrhG ausdrücklich geregelt, dass ein Entgelt, welches die Deckung der Verwaltungskosten nicht überschreitet, keine unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche oder kommerzielle Nutzung darstelle. Da das Verleihrecht auch als Ausschließlichkeitsrecht hätte geregelt werden können (vgl. Art. 1 der Vermietrechtsrichtlinie), besteht auch kein Umsetzungsbedarf desjenigen, was im (bloßen) Erwägungsgrund 14 der Richtlinie vorgesehen ist. Infolgedessen besteht keine Notwendigkeit, in der Zahlung eines Betrages für die Deckung der Verwaltungskosten

zwangsläufig eine nicht-wirtschaftliche oder nicht-kommerzielle Nutzung zu sehen. Vielmehr könnte man sie durchaus auch als (mittelbar) wirtschaftliche oder kommerzielle Nutzung einstufen.

Da auch in der amtlichen Begründung zum Urheberrechtsänderungsgesetz ein dem Erwägungsgrund 14 der Richtlinie vergleichbarer Text soweit ersichtlich nicht enthalten ist (vgl. BT-Drucks. 13/115, S. 8 und S. 13 f), spricht jedenfalls viel dafür, wirtschaftliche oder kommerzielle Zwecke bereits dann anzunehmen, wenn nicht offenkundig oder nachgewiesenermaßen ausschließlich Verwaltungskosten für den betreffenden Verleihvorgang vergütet werden. Der Betrag muss also entsprechend niedrig sein.

2. Zur Verleihpraxis

Studiert man die Ausleihbedingungen z. B. bei der Münchner Stadtbibliothek, dann stellt man folgendes fest.:

- a) Üblicherweise muss sich der Benutzer der Stadtbibliothek einen Bibliotheksausweis besorgen. Dieser Ausweis kostet für Erwachsene € 15,00 jährlich, bzw. € 5,00 vierteljährlich. Für Auszubildende, Schülerinnen und Schüler, Studentinnen und Studenten sowie für weitere Personen reduziert sich der Betrag jeweils auf die Hälfte. Für Kinder und Jugendliche bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres und für weitere bestimmte Personen ist der Bibliotheksausweis kostenlos.

Weitere Vergütungen werden im Falle geringfügiger Beschädigungen oder Verluste verlangt. Desgleichen wird eine Pauschale pro Tag bei Fristüberschreitungen geltend gemacht, nämlich € 0,25, bzw. € 0,15 (für Kinder und Jugendliche). Vorbestellungen von bestellten Medien sowie Benachrichtigungen hierzu kosten extra, nämlich € 0,80 für Erwachsene und 0,50 für Kinder und Jugendliche.

Ansonsten werden für den jeweiligen Ausleihvorgang keine Kosten geltend gemacht. Wer also ohne Vorbestellung und ohne Leihfristüberschreitung das ausgeliehene Medium für die übliche Leihfrist von 28 Kalendertagen nutzt, muss nichts bezahlen. Dabei kann das Medium, soweit es nicht vorbestellt ist, i.d.R. zweimal um jeweils 14 Tage verlängert werden. Dies ist ebenfalls kostenlos, bzw. mit der jährlichen Vergütung für den Bibliotheksausweis abgegolten.

Mit dem jährlichen Beitrag für den Benutzerausweis in Höhe von € 15,00 kann der Nutzer beliebig viele Medien ausleihen, ohne darüber hinaus zuzahlen zu müssen, wenn er sich an die vorgegebenen Leihfristen hält.

- b) Demgegenüber wird allein für den Bestseller-Service eine "Ausleihe" in Höhe von € 2,00 je Medium verlangt. Hier gibt es keine Ermäßigungen für Kinder oder andere Personen. Die Leihfrist beträgt hier nur 14 Tage und ist nicht verlängerbar. Eine Vormerkung der Titel ist nicht möglich.
- c) Soweit ersichtlich verhält es sich bei anderen Bibliotheken ähnlich.

In der mir vorliegenden Korrespondenz schreibt Frau Dr. Beger, die Kostendeckungsgrenze sei in den einzelnen Bibliotheken aufgrund der technischen und räumlichen Gegebenheiten unterschiedlich. Derzeit liege die Grenze durchschnittlich bei rund € 4,00. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass alle Einnahmen der Bibliotheken letztlich deren Kaufkraft erhöhe, die dann wiederum dem Buchhandel zugute komme (vgl. das Schreiben von Frau Dr. Beger an Frau Leenen zu deren Schreiben vom 16.12.2004). In einem weiteren Schreiben des Herrn Harald Müller vom 27.1.2005 wird darauf hingewiesen, dass die Bibliotheken laut darüber denken, wie sie ihre Einnahmen und damit ihre Kaufkraft steigern können. Derartige Äußerungen lassen darauf schließen, dass mit den Einnahmen Bestseller erworben werden, um sie dann wiederum gegen Zahlung von jeweils € 2,00 14-tätig den interessierten Nutzern vorübergehend zu überlassen.

3. Rechtliche Würdigung

Legt man die oben unter Ziffer 1 dargelegten Vorgaben bei der von den Bibliotheken praktizierten Bestseller-Überlassung zugrunde, dann werden meines Erachtens kommerzielle Zwecke verfolgt. Demgemäß ist der Vorgang als Vermietung, nicht hingegen als Verleih einzustufen. Ohne das hierfür erforderliche Vermietrecht verstößt die Praxis der Bibliotheken gegen § 17 Abs. 3 UrhG und stellt eine Urheberrechtsverletzung dar (vgl. § 97 UrhG). Im Einzelnen hierzu wie folgt:

- a) Unstreitig wird der jeweilige Bestseller dem Nutzer nur für 14 Tage, also vorübergehend überlassen. Desgleichen ist unstreitig, dass für die vorübergehende Überlassung (maximal 14 Tage) ein Entgelt in Höhe von € 2,00 bezahlt werden muss, und zwar neben dem Bibliotheksausweis, für den der Nutzer jährlich ebenfalls einen Betrag zu zahlen hat.

Prima facie ist jede entgeltliche vorübergehende Überlassung kein Verleihen, sondern ein Vermieten. Sollte trotz Entgeltes noch ein Verleihen vorliegen, ist es Sache des Verleihers, die hierfür verlangten Voraussetzungen konkret darzulegen und zu beweisen. Zum einen handelte es sich dann um eine Ausnahme, die grundsätzlich eng auszulegen ist. Zum anderen wird von der üblichen Ausgangslage (Entgelt=Erwerbszweck=Vermietung) abgewichen, so dass das Unübliche entsprechend darzulegen und zu beweisen ist.

- b) Vergleicht man die Bestseller-Praxis und die dort verlangte Vergütung mit sonstigen Ausleihbedingungen und Preisen, fällt auf, dass allein für Bestseller eine besondere Vergütung – zusätzlich zu dem jährlich zu erwerbenden Bibliotheksausweis – zu zahlen ist. Hinsichtlich aller anderen üblichen Medien wird kein Betrag verlangt. Infolgedessen kann es sich bei € 2,00 pro Bestseller nicht mehr um bloße kostendeckende Verwaltungskosten handeln; denn diese Kosten müssten dann auch bei allen anderen Ausleihvorgängen hinsichtlich anderer Medien, die keine Bestseller sind, verlangt werden. Die kostendeckenden Verwaltungskosten werden jedoch schon mit dem jährlichen Betrag zum Erwerb des Bibliotheksausweis abgedeckt. Jedenfalls zeigt diese ungleiche Vergütungsstruktur bei Bestsellern einerseits und Nicht-Bestsellern andererseits, dass es sich bei € 2,00 um ein wirtschaftliches Entgelt, nicht hingegen um zu deckende Verwaltungskosten handelt.

- c) Außerdem ist zu berücksichtigen, was überhaupt als Verwaltungskosten angesehen werden kann. Beschaffungskosten fallen nicht darunter. Vielmehr müssten es Kosten sein, die allein wegen des betreffenden Ausleihvorgangs anfallen. Nach den Äußerungen der Vertreter der Bibliotheken sollen mit den Einnahmen aus der Bestseller-Überlassung weitere Bücher erworben werden. Sie dienen der Beschaffung und letztlich dem Erwerb, also Erwerbzwecken. Dies ist unter keinen Umständen in der von den Bibliotheken angenommenen Weise privilegiert.
- d) Darüber hinaus wird man die Verwaltungskosten aus den oben unter Ziffer 1 genannten Gründen eng auslegen und allenfalls auf die konkreten Kosten beschränken müssen, die allein mit dem Ausleihvorgang verbunden sind. Dies könnten z. B. die Kosten für ein notwendiges Ausleihformular sein, also allenfalls geringe Beträge. Ähnlich wie bei der Berechnung des Verletzergewinns der Gemeinkostenanteil nicht berücksichtigt werden darf, wird man auch hier etwaige Gemeinkosten für ohnehin bereitstehendes Personal, die Miete der Bibliotheksräume etc. meines Erachtens nicht berücksichtigen dürfen (vgl. hierzu BGH GRUR 2001, 329, 332 – Gemeinkostenanteil; zur allgemeinen Geltung dieser Entscheidung vgl. Haft/Donle/Ehlers/Nack GRUR Int. 2005, 403, 405). In jedem Falle liegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass angebliche Kosten für den Ausleihvorgang in der behaupteten Höhe anfallen, bei den Bibliotheken (vgl. BGH GRUR 2001, 329, 332 linke Spalte oben – Gemeinkostenanteil).

Da die Bibliotheken bereits eingeräumt haben, dass sie mit den Einnahmen aus der Bestseller-Überlassung ihre Bestände erweitern wollen, sind sie hieran festzuhalten. Es geht nicht um die Deckung bloßer Verwaltungskosten, sondern um die Beschaffung der Bibliotheksbestände und um die Abdeckung weiterer Kosten. Dies ist weder nach Erwägungsgrund 14 der EU-Richtlinie zum Vermietrecht noch anderweitig gerechtfertigt. Vielmehr handelt es sich um eine Vermietung, die ohne vorherige Einräumung des Vermietrechts unzulässig ist.

- e) Die Zeit eines Bestsellers ist grundsätzlich beschränkt. I.d.R. ist die Beliebtheit des betreffenden Mediums für eine kurze Zeit enorm, danach flaut sie ab. Dies zeigt sich in der Regelung der Bibliotheken, Bestseller nicht wie üblich 28 Kalendertage, sondern nur 14 Tage ausleihen zu können, und zwar ohne Verlängerungsmöglichkeit. Es sollen also möglichst viele Nutzer kurzfristig und möglichst oft das Buch zu jeweils € 2,00 ausleihen. Zwangsläufig muss das den Verkauf des Buches beeinträchtigen. Die Praxis der Bibliothek konkurriert nicht nur mit dem Absatz der Verlage, sondern auch mit den Interessen der von den Verlagen eingeschalteten Buchhandlungen. Es muss den Verlagen überlassen bleiben, die Vertriebswege zu bestimmen. Die von den Bibliotheken geübte Praxis verstieße deshalb auch gegen den sog. Dreistufentext (vgl. Art. 13 TRIPS-Abkommen; Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft), wenn an die Stelle des Verkaufs der Bestseller ihre entsprechend häufige Vermietung träte und die entsprechend zahlreichen erforderlichen Miet-Exemplare über die Mieteinnahmen finanziert würden.
- f) Das Vermietrecht sollte mehrfach durch Hilfskonstruktionen wie z. B. Kauf mit Rückgaberecht oder Kauf auf Probe umgangen werden. Der BGH hat sich hierdurch nicht irritieren lassen, sondern eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angelegt und eine Vermietung bejaht (vgl. BGH GRUR 1989, 417, 418 – Kauf mit Rückgaberecht; BGH GRUR 2001, 1036, 1037 f – Kauf auf Probe). Diese

wirtschaftliche Betrachtungsweise gilt nicht nur für die Frage, ob eine Veräußerung oder eine Vermietung vorliegt, sondern ebenso für die Frage, ob vermietet oder verliehen wird. Sollen Beschaffungskosten hereingewirtschaftet werden, um die Bibliotheken zunächst mit „Leihgaben“ zu bestücken, ist dies wirtschaftlich gesehen ein Versuch, das exklusive Vermietrecht zu umgehen. Dieser Versuch ist genauso untauglich wie jener beim Kauf auf Probe oder Kauf mit Rückgaberecht.

- g)** Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Bibliotheken Erwerbszwecke verfolgen (vgl. auch Berger, Urheberrechtliche Fragen der Vermietung von Schulbüchern durch öffentliche Schulen, ZUM 2005, 19, 21 f; abweichend hiervon Ermer, Die Einführung eines Büchergelds an Bayerischen Schulen unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten, ZUM 2005, 356). Die für eine einschlägige Vermietung erforderlichen Nutzungsrechte haben die Bibliotheken nicht erworben. Infolgedessen begehen sie Urheberrechtsverletzungen, wenn die bisherige Praxis zur Überlassung von Bestsellern fortgeführt wird.

Ich darf es zunächst bei diesen Ausführungen belassen. Sollten Sie hierzu noch Fragen haben, lassen Sie es mich bitte wissen. Teilen Sie mir bitte ferner mit, welche weiteren Schritte unternommen werden sollen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Gernot Schulze
Rechtsanwalt