Kulturgutdigitalisierung

Dr. Paul Klimpel*

Reformen für das kulturelle Erbe!?

Die Reformen des Urheberrechts bringen einige Verbesserungen der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Digitalisierung des kulturellen Erbes. Ob diese auch in der Praxis bewirken, dass die Bestände von Museen, Archiven und Bibliotheken zukünftig weitergehend online zugänglich sein werden, hängt davon ab, wie diese Regelungen umgesetzt und von den davon betroffenen Einrichtungen genutzt werden.

I. Geplante Regelungen

Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung soll das Urheberrecht angepasst und damit die im Frühjahr 2019 nach langen Diskussionen verabschiedete entsprechende EU-Richtlinie für das Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt („Digital Single Market", deshalb DSM-Richtlinie)[1] umgesetzt werden. Nach einem ersten Diskussionsentwurf des BMJV (Stand 20. Juni 2020)[2] und einem Referentenentwurf (Stand 2. September 2020)[3] wurde schließlich der Regierungsentwurf beschlossen, der diesen Erörterungen der geplanten Gesetzesänderungen zugrunde liegt.

Auch wenn die das kulturelle Erbe betreffenden Änderungen nicht im Vordergrund der politischen Debatten stehen, die sich vor allem um die Haftung von Content Providern, Uploadfilter und das Leistungsschutzrecht für Presseverleger drehen, ändern sich durch die Reform die Rahmenbedingungen für die Digitalisierung des Kulturerbes recht weitgehend. Die wichtigen, in diesem Beitrag behandelten Neuregelungen sind

* Der Verfasser Dr. Paul Klimpel ist als Rechtsanwalt Partner bei iRights.Law. Sein Schwerpunkt ist die Beratung von Archiven, Museen, Bibliotheken und Forschungseinrichtungen in Fragen der Digitalisierung von Kulturgut. Von 2002 bis 2011 war er Verwaltungsleiter bzw. -direktor der Stiftung Deutsche Kinemathek und leitet die von ihm 2011 initiierte jährliche internationale Konferenzreihe Zugang gestalten! Außerdem ist er seit 2017 Chapter Lead von Creative Commons Deutschland.

1 https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790?locale=de, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

2 https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

3 https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

 DOI: 10.5771/2699-1284-2021-1-68

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY-SA

der Schutz der Gemeinfreiheit, die zukünftig nicht dadurch umgangen werden darf, dass Reproduktionen gemeinfreier Werke einen eigenen Schutz beanspruchen, und die Regelungen zu „nicht verfügbaren Werken", die zukünftig unter bestimmten Umständen durch öffentliche Kulturinstitutionen online zugänglich gemacht werden dürfen.

Außerdem gibt es auch neue Regelungen zum Erhalt digitalen Kulturguts, diese werden aber in einem eigenen Beitrag von Jörn Brinkhus in dieser Zeitschrift behandelt. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich die Stellung von nicht kommerziellen Kulturplattformen auch dadurch verändert, dass nur für kommerzielle Plattformen eine Haftung für dort veröffentlichte Inhalte statuiert wird.

1. Schutz der Gemeinfreiheit

Der geplante Regierungsentwurf sieht die Einführung einer neuen Bestimmung vor, die verhindern soll, dass durch die Reproduktion bereits gemeinfreier Werke ein neuer Schutz entsteht.

> *§ 68 Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke*
>
> *Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke werden nicht durch verwandte Schutzrechte nach den Teilen 2 und 3 geschützt.*

Der Entwurf versucht nicht, die Richtlinie durch ergänzende Vorschriften zu Schutzfristen oder zu einzelnen Vorschriften (insbesondere zum Lichtbildschutz, § 72 UrhG) umzusetzen, sondern formuliert in einem eigenen Paragraphen das Prinzip, dass, was gemeinfrei ist, auch gemeinfrei bleiben müsse.

2. Nicht verfügbare Werke

Im Urheberrechtsgesetz selbst soll eine Bestimmung eingefügt werden, welche Kulturerbe-Einrichtungen die Nutzung von „nicht verfügbaren Werken" unter bestimmten Umständen erlaubt:

> *§ 61d Nicht verfügbare Werke*
>
> *(1) Kulturerbe-Einrichtungen (§ 60d) dürfen nicht verfügbare Werke (§ 52b des Verwertungsgesellschaftengesetzes) aus ihrem Bestand vervielfältigen oder vervielfältigen lassen sowie der Öffentlichkeit zugänglich machen. Dies gilt nur, wenn keine Verwertungsgesellschaft besteht, die diese Rechte für die jeweiligen Arten von Werken wahrnimmt und insoweit repräsentativ (§ 51b des Verwertungsgesellschaftengesetzes) ist. Nutzungen nach Satz 1 sind nur zu nicht kommerziellen Zwecken zulässig. Die öffentliche Zugänglichmachung ist nur auf nicht kommerziellen Internetseiten erlaubt.*
>
> *(2) Der Rechtsinhaber kann der Nutzung nach Absatz 1 jederzeit gegenüber dem Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum widersprechen.*

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY-SA

(3) Die Kulturerbe-Einrichtung informiert während der gesamten Nutzungsdauer im Online-Portal des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum über die betreffenden Werke, deren Nutzung und das Recht zum Widerspruch. Die öffentliche Zugänglichmachung darf erst erfolgen, wenn der Rechtsinhaber der Nutzung innerhalb von sechs Monaten seit Beginn der Bekanntgabe der Informationen nach Satz 1 nicht widersprochen hat.

(4) Die Nutzung nach Absatz 1 in Mitgliedstaaten der Europäischen Union und Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum gilt als nur in dem Mitgliedstaat oder Vertragsstaat erfolgt, in dem die Kulturerbe-Einrichtung ihren Sitz hat. Absatz 1 ist nicht auf Werkreihen anzuwenden, die überwiegend Werke aus Drittstaaten (§ 52c des Verwertungsgesellschaftengesetzes) enthalten.

Die Möglichkeit eines Widerspruchs des Rechteinhabers sowie die Informationspflichten über die Nutzung sollen durch Rechtsverordnung näher konkretisiert werden. Deshalb enthält § 61e RegE eine dahingehende Verordnungsermächtigung für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

Um die beabsichtigte Nutzung eines nicht verfügbaren Werks sechs Monate vorher auf dem dafür zuständigen Online-Portal des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum anzuzeigen, ist es sinnvoll, dort eben auch dieses Werk zu zeigen. Um dies zu ermöglichen enthält § 61f RegE dafür eine Sondererlaubnis.

Ergänzt werden diese Regelungen im Urheberrechtsgesetz durch neue Vorschriften zu erweiterten Kollektivlizenzen im VGG. Dort werden ganz allgemein erweiterte Kollektivlizenzen neu eingeführt.

Erweiterte kollektive Lizenzen sollen auch und gerade für nicht verfügbare Werke möglich sein. Dies wird in § 52 des Entwurfs für das VVG ausdrücklich festgehalten.

§ 52 Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung für nicht verfügbare Werke

(1) Schließt eine Verwertungsgesellschaft einen Vertrag über Nutzungen von Werken ihres Repertoires, die nicht verfügbar sind (§ 52b), mit einer inländischen Kulturerbe-Einrichtung (§ 60d des Urheberrechtsgesetzes), so hat sie entsprechende Nutzungsrechte nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen auch am Werk eines Außenstehenden (§ 7a) einzuräumen.

(2) Der Außenstehende kann der Rechtseinräumung jederzeit gegenüber dem Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum widersprechen.

Im VGG wird auch geregelt, wann eine Verwertungsgesellschaft als repräsentativ anzusehen ist.

§ 51b Repräsentativität der Verwertungsgesellschaft

(1) Eine Verwertungsgesellschaft ist repräsentativ, wenn sie für eine ausreichend große Zahl von Rechtsinhabern Rechte, die Gegenstand der kollektiven Lizenz sein sollen, auf vertraglicher Grundlage wahrnimmt.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

(2) Nimmt nur eine Verwertungsgesellschaft, der eine Erlaubnis (§ 77) erteilt wurde, Rechte nach Absatz 1 wahr, so wird widerleglich vermutet, dass sie repräsentativ ist.

Das VGG enthält auch weitere Bedingungen für die Wirksamkeit einer Rechteeinräumung durch Verwertungsgesellschaften bei nicht verfügbaren Werken. So muss sich die Rechteeinräumung auf Nutzungen zu nicht kommerziellen Zwecken beschränken. Außerdem muss sich das betreffende Werk im Bestand der Kulturerbe-Einrichtung befinden. Weiter wird auch hier die Ankündigung über das Online-Portal des Europäischen Amts für geistiges Eigentum vorgesehen. Auch ist die erweiterte Kollektivlizenz nur möglich, wenn der Rechteinhaber dem nicht widerspricht, § 52a RegE.

Als nicht verfügbar wird in § 52b RegE ein Werk definiert, wenn es „der Allgemeinheit auf keinem der üblichen Vertriebswege in seiner vollständigen Fassung angeboten wird". Dies wird unwiderleglich vermutet, wenn sich die Kulturerbe Einrichtung vergeblich um Angebote bemüht hat, § 52b Abs. 2 RegE.

Allerdings wird für „Werke, die in Büchern, Fachzeitschriften, Zeitungen, Zeitschriften oder in anderen Schriften veröffentlicht wurden" noch eine weitere Bedingung für die kollektive Lizenzierung gelten: Die Veröffentlichung dieser Werke muss nach § 52b Abs. 3 RegE mindestens 30 Jahre zurückliegen. Angesichts der in der Regel recht kurzen Verwertungszyklen solcher Werke erscheint diese Frist recht lang. Vergleicht man diese Regel jedoch mit dem geltenden § 51 VGG, so fällt auf, dass die bisherige Grenze für die Zulässigkeit kollektiver Lizenzen nicht nur noch weiter in der Vergangenheit liegt, sondern dass sich konzeptionell etwas geändert hat. Anstatt auf ein festes Datum zu setzen, wird eine „moving Wall" konstituiert, eine bewegliche Grenze.

II. Europarechtlicher Hintergrund

Mit der Reform wird die DSM-Richtlinie umgesetzt. In der Richtlinie war der digitale Zugang zum kulturellen Erbe durchaus ein wichtiger Schwerpunkt.

1. Schutz der Gemeinfreiheit

Durch § 68 des Regierungsentwurfs wird Art. 14 der DSM-Richtlinie umgesetzt, in dem es heißt:

Artikel 14 Gemeinfreie Werke der bildenden Kunst

Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass nach Ablauf der Dauer des Schutzes eines Werkes der bildenden Kunst Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung dieses Werkes entstanden ist, weder urheberrechtlich noch durch verwandte Schutzrechte geschützt ist, es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar.

Diese Regelung war eine Reaktion darauf, dass in einigen europäischen Ländern, insbesondere in Deutschland und Italien, der Reproduktion gemeinfreier Werke ein eige-

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

ner urheberrechtlicher Schutz zugesprochen wurde. In Deutschland geschah dies auf der Grundlage des – europarechtlich nicht zwingend vorgeschriebenen und nur in einigen Ländern eingeführten – Schutzes bloßer Lichtbilder, die keinen eigenen Werkcharakter haben, nach § 72 UrhG.

2. „Out of Commerce" Works

Der Regierungsentwurf setzt die DSM-Richtlinie[4] um, die in Artikel 8 mit einer komplizierten Bestimmung Vorgaben macht, wie die Nutzung von „vergriffenen Werken" durch Kulturinstitutionen ermöglicht werden soll. Dabei kommt es zu einer Überschneidung mit dem Institut der erweiterten Kollektivlizenzen, die in Art. 12 der DSM-Richtlinie ganz allgemein vorgesehen sind – wenngleich nur als Möglichkeit für die jeweiligen Mitgliedstaaten, nicht als Verpflichtung.

Nach Art. 8 DSM-Richtlinie müssen Einrichtungen des Kulturerbes bei vergriffenen Werken zunächst versuchen, eine Lizenzierung mit einer für diese Werke zuständigen Verwertungseinrichtung zu schließen. Dabei gelten Werke als vergriffen, „wenn nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden kann, dass das gesamte Werk […] für die Öffentlichkeit nicht erhältlich ist, nachdem ein vertretbarer Aufwand betrieben wurde, um [dies] festzustellen" (Artikel 8 Absatz 5 DSM-Richtlinie). Dies soll ausweislich des Erwägungsgrunds 30 der Richtlinie auch für solche Werke gelten, die „ursprünglich nicht für gewerbliche Zwecke gedacht waren oder niemals gewerblich genutzt wurden". Der Anwendungsbereich ist also auch vom Richtliniengeber sehr weit verstanden worden. In Erwägungsgrund 37 werden beispielhaft „Plakate, Faltblätter, Schützengrabenzeitungen oder von Laien geschaffene audiovisuelle Werke, aber auch unveröffentlichte Werke oder sonstige Schutzgegenstände" aufgeführt. Angesichts dessen ist die Terminologie des Gesetzesvorschlags auch folgerichtig, der diese Werke als „nicht verfügbare" bezeichnet. Somit wird die bisher auch im rechtspolitischen Diskurs verwendete Bezeichnung der „vergriffenen Werke" fallen gelassen, obwohl dies eine wörtlichere Übersetzung der Richtlinie gewesen wäre.

Allerdings soll sichergestellt werden, dass eine solche Lizenzierung nicht gegen den Willen des Rechteinhabers erfolgt. Daher muss die beabsichtigte Lizenzierung des Werkes zunächst sechs Monate lang auf einem zentralen und öffentlich zugänglichen Online-Portal des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum angezeigt werden.

Sollte es für bestimmte Werke keine repräsentative Verwertungsgesellschaft geben, sieht die Richtlinie vor, dass die vergriffenen Werke aufgrund einer gesetzlichen Erlaubnis genutzt werden dürfen.

4 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

III. Unterschied zum geltenden Recht

Sowohl die neue Regelung zum Schutz der Gemeinfreiheit als auch die Regelung zu nicht verfügbaren Werken unterscheiden sich erheblich von der bisherigen Rechtslage.

1. Schutz gemeinfreier Werke

In Deutschland war es lange umstritten, ob bei der bloßen Reproduktionsfotografie gemeinfreier Werke neue Schutzrechte entstehen. Der BGH hatte in seinem Urteil zur Bibelreproduktion[5] zunächst der bloßen Reproduktion einer zweidimensionalen Vorlage den urheberrechtlichen Schutz verwehrt. Es entwickelte sich in der Folgezeit eine verwirrende Kasuistik, ob und wann Reproduktionen als Lichtbilder geschützt seien.[6]

Es war die Stadt Mannheim, die auf Betreiben ihres Regiebetriebs, des Reiss-Engelhorn-Museums, gerichtlich gegen verschiedene, auch gemeinnützige, Nutzer vorging, die Reproduktionsfotos eines gemeinfreien Gemäldes nutzten. Und es war der Wikimedia e.V., der Verein zur Förderung des freien Wissens, der auch die verschiedenen Wikipedia-Projekte unterstützte, die diesen Streitfall bis vor den BGH brachten.[7]

Sowohl von Vorinstanzen[8] als auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum war argumentiert worden, dass eine Zuerkennung von urheberrechtlichem Schutz für die Reproduktionsfotografie die Gemeinfreiheit aushöhlen würde. Letztlich entschied der BGH dennoch (wie zuvor schon das OLG Stuttgart)[9], dass auch Reproduktionsfotos zweidimensionaler Objekte den leistungsschutzrechtlichen Schutz als Lichtbild nach § 72 UrhG beanspruchen können.[10]

Dies hatte weitreichende Folgen für die Zugänglichkeit des gemeinfreien kulturellen Erbes in der digitalen Welt. Denn wenn durch das Fotografieren ein neuer urheberrechtlicher Schutz an eigentlich gemeinfreien Werken entsteht, dann ist die Gemeinfreiheit in der digitalen Sphäre, die ja auf Reproduktionsfotografien angewiesen ist, weitgehend aufgehoben.

Und es war letztlich auch diese Gerichtsentscheidung, die in den Verhandlungen zur DSM-Richtlinie dafür gesorgt hat, dass die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns erkannt wurde, sollte nicht das gemeinfreie europäische Kulturerbe erneut urheberrechtlichen Beschränkungen unterworfen werden.

5 BGH GRUR 1990, 669 ff. – Bibelreproduktion.
6 Ausführlich: *Klimpel, Paul/Rack, Fabian*, Reproduktionen und urheberrechtlicher Schutz, RuZ 2020, 243, 249 ff.
7 Vgl. https://blog.wikimedia.de/2016/06/21/erklaerung-zum-fall-reiss-engelhorn-museen, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.
8 AG Nürnberg, Urteil v. 28.10.2015 – 32 C 4607/15 = ZM-RD 2016, 615.
9 GRUR 2017, 905.
10 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17 – *Museumsfotos*.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

2. Nicht verfügbare Werke

Bislang gibt es in Deutschland eine Regelung für „vergriffene Werke“ im § 51f VGG, auf dessen Grundlage ein Rahmenvertrag zwischen den Ländern auf der einen und den Verwertungsgesellschaften Wort und Bild-Kunst auf der anderen Seite geschlossen wurde.[11] Im Rahmen dessen wurde ein von der DNB betriebener Lizenzierungsservice[12] aufgebaut, der bisher aber nur für vergriffene Monografien angeboten wird, die vor 1966 erschienen sind.

Allerdings ist die jetzige Regelung sehr viel weitgehender. Sie umfasst sämtliche nicht zugänglichen Werke, enthält also weder in Bezug auf die Werkart noch auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung bzw. Entstehung eine Beschränkung. Auch ist es nicht mehr Voraussetzung für die Nutzung, dass es eine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt. Allerdings unterscheidet sich das Verfahren bei Werken, für die es repräsentative Verwertungsgesellschaften gibt, von solchen, wo es diese nicht gibt.

Sofern repräsentative Verwertungsgesellschaften bestehen, müssen mit diesen Lizenzvereinbarungen über die Nutzung der nicht verfügbaren Werke geschlossen werden. Dies gilt auch für die Werke von Rechteinhabern, die selbst gar nicht in einer Verwertungsgesellschaft organisiert sind, sofern die Verwertungsgesellschaft nur insgesamt für diese Art der Werke repräsentativ ist. Das Prinzip der „erweiterten Kollektivlizenzen“ lässt sich mit dem eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags im Arbeitsrecht vergleichen, der ebenfalls nicht nur für die Mitglieder der Gewerkschaft gilt, die ihn verhandelt hat, sondern für alle Beschäftigten. Der große Vorteil solcher erweiterten Kollektivlizenzen, die insbesondere in den skandinavischen Ländern sehr verbreitet sind, liegt darin, dass nur noch mit einem zentralen Verhandlungspartner – der Verwertungsgesellschaft – ein Vertrag geschlossen werden muss und nicht mehr mit jedem Urheber und Rechteinhaber einzeln.

Gänzlich neu ist, dass die Nutzung von nicht verfügbaren Werken durch Kulturerbe-Einrichtungen auch dann zulässig ist, wenn es dafür keine repräsentativen Verwertungsgesellschaften gibt. Dann erfolgt die Nutzung sogar unentgeltlich.

Gemein ist sowohl der Nutzung von nicht verfügbaren Werken auf der Grundlage von erweiterten Kollektivlizenzen und von nicht verfügbaren Werken, für die es keine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt, dass diese Nutzung sechs Monate vorher in einem beim Europäischen Amt für geistiges Eigentum geführten Portal anzuzeigen ist und dass dort zukünftig auch das Register für nicht verfügbare Werke geführt wird. Rechteinhaber können einer Nutzung auch nach der Registrierung jederzeit widersprechen. Das bisher vom Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für vergriffene Werke soll nach einer Übergangszeit am 31.12.2025 geschlossen werden, § 141 Abs. 6 VGG.

11 https://www.dnb.de/SharedDocs/Downloads/DE/Professionell/VWLIS/rahmenvertrag_ueber_vergriffene_werke_in_buechern.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

12 https://www.dnb.de/DE/Professionell/Services/VW-LiS/vwlis_node.html, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

IV. Auswirkungen und Kritik

Die beabsichtigten Änderungen des Urheberrechts und des VVG sind eine erhebliche Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Zugänglichmachung der Bestände von Kulturinstitutionen. Es ist aber keinesfalls sicher, dass diese tatsächlich auch in der Praxis zu einer Verbesserung führen.

Dies liegt einerseits an einer Reihe von weiterhin bestehenden rechtlichen Unsicherheiten. Zum anderen sind die Auswirkungen der Regelungen auf die Praxis davon abhängig, wie die Beteiligten, insbesondere die Kulturinstitutionen, Verwertungsgesellschaften und Verwaltung, sie umsetzen.

1. Schutz der Gemeinfreiheit

In der Begründung des Entwurfs wird auch darauf eingegangen, ob die Gemeinfreiheit der Reproduktion auch für solche Werke gelten soll, die niemals urheberrechtlich geschützt waren. Dort heißt es unmissverständlich:

> *„(…) Dies erleichtert den Zugang zu Reproduktionen von gemeinfreien Werken, die selbst keinen Urheberrechtsschutz genießen, weil sie entweder niemals urheberrechtlich geschützt waren oder weil ihre Schutzdauer abgelaufen ist."*[13]

Diese Klarstellung ist begrüßenswert und verhindert Rechtsunsicherheit über die Reichweite der Vorschrift. Dies gilt auch für die Klarstellung, dass die Gemeinfreiheit

> *„sowohl für Reproduktionen [gilt], die nach Inkrafttreten der Neuregelung hergestellt werden, als auch für solche, die vorher entstanden sind."*[14]

Sowohl diese Regelung als auch die zugrundeliegende Richtlinie enthalten eine klare Wertentscheidung für den Schutz der Gemeinfreiheit.

Fraglich ist allerdings, ob auch die Kulturinstitutionen diese Wertentscheidung akzeptieren, die ja mit ihrer ureigenen Aufgabe der Vermittlung von Kulturerbe übereinstimmt.

Zweifel sind insofern geboten, als dass es ja ausgerechnet ein Museum war, nämlich das Reiss-Engelhorn-Museum, welches die Stadt Mannheim dazu veranlasste, bis zum BGH zu klagen, um die Verbreitung von gemeinfreien Werken zu verhindern. Zudem gehört es zur fragwürdigen Praxis zahlreicher Archive und Museen, auch über gemeinfreie Werke vertragliche Vereinbarungen zu treffen, durch die ein „quasi-urheberrechtlicher" Schutz auch für gemeinfreie Werke vereinbart wird.

13 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, S. 3. Vgl. zum Verständnis der zugrundeliegenden DSM-Richtlinie auch *Klimpel/Rack*, Reproduktion und urheberrechtlicher Schutz, RuZ 2020, 253, m.w.N.

14 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, S. 58.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Die rechtliche Zulässigkeit eines solchen „verlängerten Urheberrechts" war bereits in der Vergangenheit fragwürdig.[15] Spätestens aber durch die DSM-Richtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht sind vertragliche Regelungen, die der Gemeinfreiheit widersprechen, als AGB-widrig anzusehen, da sie den Grundwertungen des Rechtes widersprechen.

Allgemeine Fotografierverbote in Kulturerbe-Einrichtungen wurden bereits in Hinblick auf das Informationsfreiheitsgesetz (IFG) und das Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) kritisch gesehen, wenn man sie im Ergebnis überwiegend für zulässig hielt.[16] Auch aus der DSM-Richtlinie lässt sich wohl nicht ableiten, dass Kulturinstitutionen auf Grundlage des Hausrechts kein Fotografierverbot erlassen dürften. Denn mit einem solchen Fotografierverbot können auch andere, durchaus legitime Zwecke verfolgt werden – etwa, weil Leihgeber ein solches Verbot zur Bedingung gemacht haben, um eine Ausstellung zu erlauben.[17] Allerdings widersprechen allgemeine Fotografierverbote dem mit IFG, IWG und jetzt auch mit der DSM-Richtlinie verfolgten Zweck, den Zugang wie auch die Weiternutzung von kulturellem Erbe zu fördern. Es liegt hier in der Hand der Kulturinstitutionen, legitime Zwecke nicht generell als Vorwand zu benutzen, um eine Verbreitung von gemeinfreien Inhalten zu behindern.[18]

Hinzu kommt, dass der Bundesgerichtshof in zwei umstrittenen Entscheidungen[19] zu Schloss Sanssouci geurteilt hat, dass sich unter bestimmten Umständen bei Immobilien aus dem Sachenrecht ein gegen jedermann geltendes Recht auch auf Fotografien dieser Immobilien ableiten lässt. In der Entscheidung *Museumsfoto*[20] hat der Bundesgerichtshof dieses aus dem Sacheigentum gefolgerte Recht an Fotografien aber nicht auf bewegliche Sachen ausgeweitet, sondern diese offengelassen. Ein generelles Recht jedes Sacheigentümers an Fotos der Sache würde im groben Widerspruch zur gelebten Praxis der Alltagsfotografie stehen und zur systemwidrigen Verwischung von Urheberrecht und Sachenrecht führen. Nur dort, wo dem freien Fotografieren ausdrücklich eine Rechtsposition entgegengesetzt wird – wie beim Recht am eigenen Bild – sind gesetzliche Einschränkungen einer weitverbreiteten, alltäglichen Kulturtechnik begründbar, von der keine Einwirkung auf die Sache ausgeht.

15 *Paul Klimpel, Fabian Rack*: Was gemeinfrei ist, muss gemeinfrei bleiben, in: Archivpflege in Westfalen-Lippe, Heft 87, 2017, S. 39–43.

16 Dreier, Veronika Fischer: Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Kultur und Medien des Landtages Nordrhein-Westfalen zum Antrag „Den Reichtum unserer Museen durch Digitalisierung besser sichtbar machen", abrufbar unter: https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument?Id=MMST16%2F3614%7C1%7C0, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

17 So auch BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17 – *Museumsfotos*.

18 Auch kulturpolitisch werden Fotografierverbote zunehmend kritisch gesehen, vgl. hierzu einen Antrag der CDU im Landtag von NRW, der auf parteiübergreifende Zustimmung gestoßen ist, abrufbar unter: https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD16-10422.pdf, zuletzt abgerufen am 30.01.2021. Auch wird diskutiert, ob diese mit der PSI-Richtlinie vereinbar sind.

19 BGH, Urt. v. 17. 12. 2010 – V ZR 45/10, NJW 2011, 749, BGH, Urt. v. 01.03.2013 – V ZR 14/12, NJW 2013, 1809.

20 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17 – *Museumsfotos*.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

2. Nicht verfügbare Werke

Begrüßenswert ist, dass mit dieser Regelung zu nicht verfügbaren Werken gleichzeitig auch das Problem der verwaisten Werke gelöst wird.

Ob und inwieweit sich die Regelung zu nicht verfügbaren Werken in der Praxis beweisen wird, ist noch nicht abzusehen. Zum einen gibt es eine Reihe unklarer Abgrenzungsschwierigkeiten, von denen insbesondere auch abhängig ist, welche Rolle die Verwertungsgesellschaften spielen werden. In früheren Entwürfen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz war die Verordnungsermächtigung des § 61d RegE auch sehr viel weiter gefasst, um auch diese Schwierigkeiten verringern zu können. Zum anderen ist für die praktische Bedeutung der Regelung ebenfalls wichtig, wie das Verfahren der Rechteklärung und Lizenzierung tatsächlich in Digitalisierungsprozesse integriert werden kann.

a) Verwaiste Werke

Verwaiste Werke sind urheberrechtlich geschützte Werke, deren Rechteinhaber nicht bekannt oder nicht lokalisierbar sind. Gerade bei älteren Beständen in Archiven, Museen und Bibliotheken sind verwaiste Werke ein häufiges Phänomen.

Es gibt bereits seit 2012 eine eigene Richtlinie[21], die dafür sorgen sollte, dass Kulturinstitutionen verwaiste Werke online zugänglich machen dürfen. Sie wurde in Deutschland in den §§ 61 ff. UrhG umgesetzt, blieb in der Praxis aber weitgehend folgenlos,[22] da die damit verbundenen Anforderungen zu hoch waren. So ist eine „sorgfältige Suche", die auch dokumentiert werden muss, Voraussetzung dafür, verwaiste Werke online zugänglich machen zu können. Das ist jedoch mit viel Personal und hohen Kosten verbunden und damit für die Massendigitalisierung ungeeignet. Hinzu kommt das Risiko der Institutionen, dass sich diese Investitionen nicht nur als vergeblich erweisen können, wenn ein später auftauchender Rechteinhaber der Nutzung widerspricht, sondern dass sie sogar nach § 61b UrhG für erfolgte Nutzungen zahlen mussten.

Durch die neuen Regelungen zu nicht verfügbaren Werken wird das Problem der verwaisten Werke quasi in einem Aufwasch mit erledigt. Auch Art. 8 Abs. 2 Buchstabe a) DSM-Richtlinie verzichtet auf die Nennung des Urhebers oder Rechteinhabers „in Fällen, in denen sich das als unmöglich erweist; […]". Dieser Verzicht auf Nennung verdeutlicht, dass die Zugänglichmachung von verwaisten Werken ebenfalls ermöglicht werden soll.

Zwar lässt sich begrifflich zwischen verwaisten und nicht verfügbaren Werken unterscheiden, beide Gruppen weisen jedoch eine große Schnittmenge auf und Bücher, die „verwaist" sind, sind in der Regel auch nicht verfügbar.

21 https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?id=591723, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

22 *Talhoff, Oliver*, Verwaist, Vergriffen, Vergessen?, ZUM 2020, 223.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

b) Repräsentative Verwertungsgesellschaften

Eine der wichtigsten Abgrenzungsschwierigkeiten ist die Frage, ob es für bestimmte Werke in den Kulturinstitutionen repräsentative Verwertungsgesellschaften gibt. Dies ist nach dem jetzigen Entwurf – aber auch nach der DSM-Richtlinie – die Voraussetzung dafür, dass für die Nutzung nicht verfügbarer Werke eine Vergütung gezahlt werden muss.

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hatte in einem früheren Referentenentwurf auch für die Nutzung von nicht verfügbaren Werken eine Vergütungspflicht vorgesehen, wenn es dafür keine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt.[23] Davon abgesehen, dass diese Regelung europarechtswidrig[24] wäre und auch im Widerspruch zur Umsetzung der Richtlinie in anderen Ländern der EU stünde, die eine solche Vergütungspflicht nicht vorsehen,[25] würden sich die Abgrenzungsschwierigkeiten dadurch noch verschärfen. Denn Voraussetzung für diese Vergütungspflicht bei Werken ohne repräsentative Verwertungsgesellschaften wäre gleichwohl, dass es überhaupt eine Verwertungsgesellschaft für solche Werke gibt. Das heißt, man müsste zweimal abgrenzen, einmal zwischen den Werken, für die es eine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt und solchen, für die es diese nicht gibt. Und zum Zweiten zwischen Werken, für die es zwar eine Verwertungsgesellschaft gibt, die aber nicht repräsentativ ist, und solchen, für die es überhaupt keine Verwertungsgesellschaft gibt. Es ist offensichtlich, dass zwei schwierige Abgrenzungsfragen noch mehr Rechtsunsicherheit geschaffen hätten, als es bei einer der Fall ist.

Doch auch so bleibt die Abgrenzung schwierig. Zwar enthält § 51b RegE eine widerlegliche Vermutung, dass Verwertungsgesellschaften, wenn sie denn eine Erlaubnis des Patent- und Markenamtes als zuständige Aufsichtsbehörde haben, auch als repräsentativ gelten. Doch was heißt das konkret?

Um diese Abgrenzungsschwierigkeiten an Beispielen zu veranschaulichen: Die VG Bild-Kunst vertritt Fotografen. Heißt das nun, dass sie für alle Lichtbilder und Lichtbildwerke als repräsentative Verwertungsgesellschaft anzusehen ist? Das wäre angesichts massenhaft vorkommender Alltagsfotografie – die zumindest dem Lichtbildschutz nach § 72 UrhG unterliegt – eine wirklichkeitsfremde Vorstellung. Was gilt für ein Konvolut von nichtprofessionellen Urlaubsbildern eines Weltenbummlers, die er in den späten 1970er Jahren in Kabul gemacht hat? Es wäre abwegig, davon auszugehen, dass die VG Bild-Kunst auch für private Urlaubsbilder eine repräsentative Verwertungsgesellschaft ist. Gleichwohl können solche Fotos von großem zeitgeschichtlichen Wert sein.

23 https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7, S. 14 f., zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

24 *Klimpel, Paul*: Europarechtswidrige Vergütungspflicht?, Bibliotheksdienst 2020, 909, 916.

25 Vgl. die Umsetzung in den Niederlanden, wo ein neuer Art. 18c in das nationale Urheberrechtsgesetz eingefügt werden soll, der keine Vergütungspflicht enthält, abrufbar unter: https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2020-558.html, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Wie sieht es mit Fotos aus, die bereits gemeinfrei waren, bei denen der urheberrechtliche Schutz infolge der Urheberrechtsrichtlinie von 1995 jedoch wieder auflebte, weil sie in einem anderen europäischen Land durchgehend geschützt waren?[26] Ist die VG Bild-Kunst auch für solche Fotos repräsentativ? Dies betrifft zahlreiche Fotokonvolute professioneller Fotografen aus den 1950er und 1960er Jahren.

Eine Möglichkeit wäre, die VG Bild-Kunst nur für Lichtbildwerke, nicht aber für einfache Lichtbilder, die nur nach § 72 UrhG geschützt sind, als repräsentativ anzusehen. Dann würde aber die schwierige Abgrenzung zwischen Lichtbildern und Lichtbildwerken wichtig werden, die der Gesetzgeber ja einst gezielt beseitigte und die bisher in der Praxis nur bedeutsam war, wenn es auf die unterschiedlichen Schutzfristen ankam.

Auch im Bereich der Texte ist die Abgrenzung nicht einfach. Die VG Wort ist bei kommerziell vertriebenen Büchern und Periodika repräsentativ. Aber gilt das auch für die in Erwägungsgrund 37 der DSM-Richtlinie genannten Faltblätter und Schützengrabenzeitungen? Was ist mit Broschüren, Agitationsschriften oder Flugblättern, die nie im Buchhandel erhältlich waren? Und wem kämen dann Lizenzeinnahmen aus der Nutzung solcher Schriftwerke zugute? Sicherlich nicht den Autoren, den politischen Aktivisten und Verfassern von Flugblättern, da davon auszugehen ist, dass diese nicht in Verwertungsgesellschaften organisiert sind.

Gibt es repräsentative Verwertungsgesellschaften für Plakate? Für private Filmaufnahmen? Für Werbefilme, also bei Filmen, bei denen dafür gezahlt wird, dass sie gezeigt werden?

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Lizenzierung vergriffener Werke durch Verwertungsgesellschaften der Regelfall ist. Dieser Annahme liegt die Vorstellung zugrunde, dass Urheber sich zumeist durch Verwertungsgesellschaften vertreten lassen. Und dass diese Urheber auch eine Gruppe mit weitgehend konsistenten Interessen darstellen. Gesetzgeber wie auch professionell an der Kulturproduktion beteiligte Urheber unterliegen bei einer solchen Herangehensweise einer „déformation professionelle". Sie berücksichtigen nicht, dass in den Archiven und Museen zahlreiche zeitgeschichtliche Zeugnisse bewahrt werden, die zwar (als „Kleine Münze" oder auch durch Leistungsschutzrechte) urheberrechtlich geschützt sind, die aber nicht aus professioneller Kulturproduktion stammen, deren Urheber sich nie einen Gedanken über Rechte gemacht haben und die auch nie irgendwie verwertet wurden.[27] Rein quantitativ machen diese Zeugnisse die Mehrheit der Bestände von Archiven aus.

c) Höhe von kollektiven Lizenzen

Der Erfolg der Regelung wird auch davon abhängen, wie die Verwertungsgesellschaften die Tarife für kollektive Lizenzen gestalten. Dabei ist zu bedenken, dass nicht ver-

26 Zum Wiederaufleben des urheberrechtlichen Schutzes: Dreier/Schulze – *Schulze*, § 72 Rn 41, *Dietz*, GRUR Int. 1995, 670, 682 f.

27 *Klimpel, Paul*: Europarechtswidrige Vergütungspflicht?, Bibliotheksdienst 2020, 909, 912.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

fügbare Werke ihr „kommerzielles Leben“ bereits hinter sich haben. Wäre ihr Vertrieb unter kommerziellen Gesichtspunkten einträglich, wären sie schließlich noch verfügbar. Dass sie ungeachtet des Endes des Verwertungszyklus überhaupt noch existieren, ist meist eben jenen Kulturinstitutionen zu verdanken, die nun für ihre Nutzung noch Lizenzen erwerben sollen.

In jedem Fall sollte bei der Höhe der Lizenzen berücksichtigt werden, dass Kulturinstitutionen bereits erheblich in die Erhaltung der Werke investiert haben. Diese Investitionen lagen durchaus im Interesse der Urheber, weshalb gelegentlich die Forderung erhoben wird, die Verwertungsgesellschaften sollten an die Kulturinstitutionen zahlen, anstatt von ihnen noch Gebühren zu verlangen. Tatsächlich passiert dies ja sogar in einigen, ausgewählten Fällen, wenn die Kulturfonds der Verwertungsgesellschaften Projekte von Kulturinstitutionen fördern.

Beim bereits bestehenden Lizenzierungsverfahren für vergriffene Bücher haben die Verwertungsgesellschaften durchaus unter Beweis gestellt, dass sie Lizenzen zu maßvollen Konditionen anbieten. Schließlich sind die dort verlangten Gebühren auch attraktiv, weil sie eine sehr aufwändige und damit kostspielige Rechterecherche ersparen. Das würde sich ändern, wenn diese ohnehin … Recherche wegfallen würde, wenn zukünftig eine Anzeige der nicht verfügbaren Werke auf dem Portal des Europäischen Amtes für geistiges Eigentum ausreichte. Wurden die Lizenzierungsangebote von Verwertungsgesellschaften bisher als „Rettung in der Not“ angesehen, um Rechteklärung zu umgehen, so werden sie zukünftig nur noch als Forderungen wahrgenommen. Verwertungsgesellschaften verhindern dann eine kostenlose Nutzung aufgrund der gesetzlichen Erlaubnis des § 61d RegEUrhG.

Der Gesetzgeber geht wohl von einer geringen Gebührenhöhe aus, im Regierungsentwurf heißt es:

> *„Im Zusammenhang mit der Lizenzierung nicht verfügbarer Werke durch Kulturerbe-Einrichtungen gemäß § 52 VGG-E fallen bei den öffentlichen Haushalten geringfügige Ausgaben für Zahlungen an Verwertungsgesellschaften an, sofern Kulturerbe-Einrichtungen in Trägerschaft von Bund, Ländern oder Gemeinden (zum Beispiel Bundesarchiv, Landesbibliotheken, städtische Museen) entsprechende Nutzungen vornehmen und Verwertungsgesellschaften bestehen, die die Nutzungslizenzen erteilen.“*[28]

d) „Enteignung“ von Kulturerbe-Einrichtungen

Im urheberrechtlichen Diskurs wird häufig vorschnell vor einer angeblichen „Enteignung“ von Rechteinhabern gewarnt. Umso erstaunlicher ist, dass der Regierungsentwurf tatsächlich quasi eine „Enteignung“ vorsieht, nämlich von solchen Kulturinstitutionen, die nach dem bisher geltenden § 51 VGG eine Lizenz für die Nutzung eines

28 Regierungsentwurf, S. 64.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

vergriffenen Buches erworben haben. Denn nach § 144 VGG Abs. 3 vRegE VGG sollen

> *„Nutzungsrechte, die nach den §§ 51 bis 52a in der bis einschließlich 6. Juni 2021 geltenden Fassung eingeräumt worden sind, […] spätestens mit Ablauf des 31. Dezember 2025 [enden].“*

Grund für diese Bestimmung waren möglicherweise Zweifel an der europarechtlichen Zulässigkeit der bisherigen Regelung, die geäußert wurden. Der EuGH hatte eine ähnliche französische Vorschrift für unzulässig erklärt.[29] Um jegliche Zweifel auszuräumen, soll sich die Zulässigkeit der Nutzung vergriffener Werke zukünftig einheitlich nach den neuen Regeln für nicht verfügbare Werke richten. Die Regelung des § 144 vRegE VGG soll einen Übergang von der bislang geltenden Regelung zu vergriffenen Werken zur zukünftigen Regelung zu den nicht verfügbaren Werken schaffen. Dass dafür Kulturerbe-Einrichtungen ihre bereits bezahlten Lizenzen ersatzlos verlieren, um sie darauf zu verweisen, sich Lizenzen nach den neuen Regeln erneut von Verwertungsgesellschaft einräumen zu lassen (wie dies in § 144 Abs. 4 RegE VGG-E geschieht), ist jedoch ein sehr fragwürdiges Verfahren. Warum müssen sich Kulturerbe-Einrichtungen ein zweites Mal um eine Lizenz bemühen, wenn sie bereits für eine unbefristete Lizenz bezahlt haben? Warum kann der Staat hier ohne Entschädigung in die Eigentumsrechte der Kulturinstitutionen eingreifen? Zumal es auch keine Pflicht für die VG Wort gibt, einer Kulturinstitution, die bereits eine Lizenz nach bislang geltenden Regeln erworben hat, auch unentgeltlich eine Lizenz nach den neuen Bestimmungen zu gewähren. Sie könnte insofern ein zweites Mal eine Zahlung verlangen – oder auch die erneute Lizenzierung gänzlich verweigern.

e) Europarechtswidrige Stichtagsregelung?

Der Regierungsentwurf sieht in § 52b Abs. 3 VVG vor, dass „Werke, die in Büchern, Fachzeitschriften, Zeitungen, Zeitschriften oder in anderen Schriften veröffentlicht wurden“ nur dann als vergriffen gelten, wenn sie mindestens 30 Jahre vor der Bekanntgabe auf dem Portal des Europäischen Amts für geistiges Eigentum veröffentlicht wurden. Die DSM-Richtlinie sieht in Art. 8 Abs. 5 ausdrücklich die Einführung von weiteren Anforderungen und insbesondere Stichtagsregelungen durch die Mitgliedstaaten vor. Allerdings dürfen diese „weder über das Notwendige und Vertretbare hinausgehen noch die Möglichkeit ausschließen, eine Reihe von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen insgesamt als vergriffen einzustufen, wenn nach billigem Ermessen davon auszugehen ist, dass all diese Werke oder sonstigen Schutzgegenstände vergriffen sind.“

Bücher und Zeitschriften haben in der Regel recht kurze Verwertungszyklen. Daher ist die Zeitspanne von 30 Jahren recht lang gewählt und Zweifel an der Notwendigkeit

29 EuGH, Urt. v. 16.11.2016 – C-301/15 – Marc Soulier u.a. / Premier ministre u. a., ZUM 2017, 147 ff.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

dieser langen Frist sind angebracht. Gleichwohl erscheint diese Regelung noch als vertretbar. Anders sieht es hingegen bei den „anderen Schriften" aus. Unter diese Formulierung fallen auch Flugblätter oder politische Broschüren, die nie kommerziell vertrieben wurden, die aber von großem zeitgeschichtlichen Wert sind. Man denke an eine Broschüre im Zusammenhang mit den politischen Auseinandersetzungen um die Verschärfung des Asylrechts 1993. Bei solchen „anderen Schriften" ist nach billigen Ermessen davon auszugehen, dass sie vergriffen sind. Die Stichtagsregelung ist in diesen Fällen gänzlich unangemessen.

Will man nicht von einer Europarechtswidrigkeit der Regelung ausgehen, ist hier eine europarechtskonforme, teleologische Auslegung geboten. Danach wäre § 52b Abs. 3 VVG RegE nur auf Werke anwendbar, für die es repräsentative Verwertungsgesellschaften gibt. Denn der Ausschluss aller „anderen Schriften", die jünger als 30 Jahre sind, aus dem Anwendungsbereich der vergriffenen Werke ist nur eine Folge davon, dass im Urheberrecht auf eine Definition aus dem VGG verwiesen wird. Das VGG geht aber von der Vertretung durch Verwertungsgesellschaften aus. Werktypen, bei denen dies nicht der Fall ist, wie etwa Flugblätter oder politische Broschüren, werden nicht berücksichtigt. Deshalb ist eine im Normzusammenhang der Verwertungsgesellschaften gewählte Frist unangemessen, wenn man sie auf solche Werke anwendet.

f) Erstveröffentlichungen

Besonders relevant ist auch die Frage, inwieweit die Erstveröffentlichung von Archivgut, die nach der DSM-Richtlinie möglich wäre, in Deutschland aus urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gründen unzulässig ist. Hier gibt es Abgrenzungsschwierigkeiten. Ist beispielsweise grundsätzlich in der freiwilligen Übergabe an ein öffentliches Archiv auch eine (konkludente) Zustimmung zur Veröffentlichung zu sehen?[30]

Diskussionsbedürftig erscheint darüber hinaus zu sein, wie lange eine solche Rücksichtnahme auf die Persönlichkeitsrechte des Urhebers geboten ist. Denn in allen anderen Bereichen geht man davon aus, dass das Persönlichkeitsrecht mit dem Tod endet (so etwa im Datenschutzrecht, vgl. Art. 1 Abs. 2, EG 27 DSGVO). Selbst wo man von einer Fortgeltung entsprechender Ansprüche ausgeht bzw. diese festschreibt – beispielsweise im KUG oder in den Sperrfristen von Archivgesetzen – ist der dafür gewährte Zeitraum von i. d. R. 10 Jahren stets kürzer als die Schutzdauer des Urheberrechts. Es erscheint unsachgerecht, einen persönlichkeitsrechtlichen Schutz im Urheberrecht länger Vorrang gegenüber einer gesetzlichen Erlaubnis zu gewähren, als dies in anderen Rechtsbereichen der Fall ist. Zumal selbst bei Lebenden gilt, dass gesetzliche Schranken (§§ 44a ff. UrhG) die Nutzung auch unveröffentlichter Werke rechtfertigen können.

30 So *de la Durantaye, Katharina/Kuschel, Linda*, Vergriffene Werke größer gedacht: Art. 8–11 DSM-Richtlinie; ZUM 2019, 694 am Beispiel eines Tagebuchs; kritisch: *Talhoff, Oliver*, Verwaist, Vergriffen, Vergessen?, ZUM 2020, 223.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

g) Kooperationsprojekte, Plattformen, DDB

Ein weiteres Problem bei den geplanten Regelungen zu den nicht verfügbaren Werken ist, dass nur eine einzelne, isolierte „Kulturerbe-Einrichtung" die nicht verfügbaren Werke „aus ihrem Bestand" online stellen darf. Dieses gesetzliche Idealbild geht von einer einzelnen Einrichtung aus, welche die Werke, die sie in ihrem Bestand hat, digitalisiert und dann online stellt. Beispielsweise ein Archiv, das Flugblätter in seinem Bestand hat und diese digitalisiert.

Die Praxis von Digitalisierungsprojekten beim kulturellen Erbe weicht jedoch häufig von diesem gesetzgeberischen Idealbild ab. Denn oft digitalisieren nicht einzelne Einrichtungen isoliert ihre jeweiligen Bestände. Vielmehr schließen sich (gerade kleine) Einrichtungen zu Verbünden oder Portalen zusammen. Vielfach bauen sie auch eine gemeinsame Infrastruktur für die öffentliche Zugänglichmachung auf und organisieren Digitalisierungsvorhaben arbeitsteilig. Die Struktur solcher Zusammenschlüsse ist unterschiedlich, in einigen Fällen wird eine eigene juristische Person dafür geschaffen.

Die Deutsche Digitale Bibliothek (DDB), die bei der Digitalisierung und der öffentlichen Zugänglichmachung von kulturellem Erbe eine zentrale Rolle spielt, geht in ihrer Struktur davon aus, nicht nur mit einzelnen Einrichtungen, sondern auch mit sogenannten „Aggregatoren" Kooperationsverträge abzuschließen. Dies geschieht aus der Erkenntnis, dass gerade kleine Einrichtungen häufig zunächst gemeinsam mit anderen, vergleichbaren Institutionen gemeinsame Infrastrukturen aufbauen.

Der mit der Richtlinie verfolgte Zweck einer verbesserten Zugänglichkeit des europäischen kulturellen Erbes gebietet es, auch die Zugänglichkeit solcher Werke über die Europeana und die DDB zu ermöglichen. Auch dies ist nach dem jetzigen Stand wohl aber nicht möglich, weil eben nur die jeweiligen Kulturerbe-Einrichtungen selbst gesetzlich begünstigt werden.

Derzeit ist es für eine Kooperation von Kulturerbe-Einrichtungen mit der DDB erforderlich, dass der DDB bestimmte Rechte ausdrücklich eingeräumt werden müssen.[31] Dies hätte zur Folge, dass nicht verfügbare Werke ohne repräsentative Verwertungsgesellschaft zwar von einzelnen Einrichtungen online gestellt werden dürften, nicht aber in die DDB übernommen werden könnten.

Da die Integration von Digitalisaten in die DDB häufig Bedingung für die Förderung von Digitalisierungsprojekten ist, würde es die Kulturerbe-Einrichtungen in große Schwierigkeiten bringen, wenn sie diese Bedingung nicht erfüllen könnten.

h) Registrierung, Integration in Digitalisierungsprozesse

Von ganz erheblicher Bedeutung wird auch sein, wie leicht sich eine Registrierung von nicht verfügbaren Werken auf dem Online-Portal des Amtes der Europäischen Union

31 Vgl. https://pro.deutsche-digitale-bibliothek.de/downloads/public/ddb_kooperationsvertrag_2017_v2.1_2017-07-26.pdf, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

für geistiges Eigentum möglich sein wird und wieweit sich dies in die Arbeitsprozesse von Digitalisierungsprojekten integrieren und auch automatisieren lässt.

Zum Aufbau des Lizenzierungsservices der Deutschen Nationalbibliothek waren erhebliche Anstrengungen erforderlich. Wünschenswert wäre, wenn auch zukünftig den Kulturinstitutionen, die mit diesen Angelegenheiten häufig überfordert sind, ein zentral organisierter Service für die Registrierung als nicht zugängliches Werk und den Abschluss von Lizenzverträgen mit Verwertungsgesellschaften zur Verfügung stünde. Für Bücher könnte man dabei auf den bestehenden Service aufbauen. Fraglich ist aber, wer diese Aufgabe für andere Materialien übernehmen sollte. Dies gilt umso mehr, als nicht nur die Lizenzierung mit unterschiedlichen Verwertungsgesellschaften zu klären ist, sondern auch die Frage, ob es überhaupt eine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt. Anders ausgedrückt: Wenn jede Institution bei jedem digitalisierten Archivgegenstand zunächst klären müsste, ob es dafür eine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt, um dann jeweils einzeln Lizenzbedingungen auszuhandeln, wird dies viele, gerade kleine Institutionen, überfordern. Wenn es dagegen einen Lizenzierungsservice als „one stop shop" gäbe, der die Einrichtungen sowohl bei der Frage unterstützt, ob es eine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt, als auch dann gegebenenfalls bei der Lizenzierung, würde dies die Schritte, die vor einer Online-Stellung von nicht verfügbaren Werken erforderlich sind, erheblich erleichtern. Im Ergebnis würde dies auch öffentliche Mittel sparen, wenn die öffentlich finanzierten Kulturerbe-Einrichtungen nicht jeden Schritt auf dem Weg zur Registrierung neu selbst gehen müssten.

3. Neues Alleinstellungsmerkmal von Kulturplattformen durch Haftung kommerzieller Plattformen

Eine neue Situation ergibt sich auch dadurch, dass für die meisten Kulturinstitutionen die Haftung von Plattformen bleibt, wie sie ist, während sich das Umfeld grundlegend ändert. Denn die Einführung der Haftung für Content Provider, für die ein eigenes Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG) verabschiedet werden soll, betrifft sie nicht. Nach § 3 dieses Gesetzes sind insbesondere nicht gewinnorientierte Online-Enzyklopädien sowie nicht gewinnorientierte bildungsbezogene oder wissenschaftliche Repositorien ausdrücklich nicht erfasst. Damit ist aber sichergestellt, dass nicht nur die Wikipedia und die damit verbundenen Angebote, sondern auch Plattformen öffentlich finanzierter Kulturinstitutionen haftungsrechtlich gegenüber den großen kommerziellen Plattformen privilegiert werden. Und es gibt einige solche Plattformen, welche jedermann das Hochladen von Inhalten ermöglichen, wie beispielsweise „Jewish Places".[32] Es bleibt abzuwarten, ob dies langfristig zu einer Stärkung des Plattformkonzepts im Bereich des Kulturerbes führt.

32 https://www.jewish-places.de, zuletzt abgerufen am 30.01.2021.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

4. Notwendige Bedingung – auf die Umsetzung kommt es an

Die geplante Umsetzung der DSM-Richtlinie schafft die rechtlichen Voraussetzungen dafür, dass die Digitalisierung des kulturellen Erbes erleichtert wird und das „schwarze Loch des 20. Jahrhunderts" geschlossen werden kann.

Damit dies gelingt, kommt es darauf an, wie diese Regelungen in der Praxis umgesetzt werden bzw. umgesetzt werden können. Und hierbei kommt es auf viele Akteure an:

- Auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, wie es die Verordnungsermächtigung zu nicht verfügbaren Werken wahrnimmt.
- Auf die Kultureinrichtungen, auf die Museen, Archive und Bibliotheken, ob sie die gesetzliche Wertentscheidung für die Gemeinfreiheit akzeptieren oder ob sie versuchen, in Widerspruch zu ihrem öffentlichen Auftrag, diese Wertentscheidung durch hausrechtliche Regelungen und vermeidbare Fotografieverbote zu hintertreiben.
- Auf die Rechtsprechung, ob sie die für Liegenschaften aufgestellten Grundsätze, nach dem der Sacheigentümer auch ein gegen jedermann geltendes Recht an den Fotografien der Sache hat, zu einem allgemeinen Prinzip auch bei beweglichen Sachen ausbauen. Der Schutz der Gemeinfreiheit wäre wirkungslos, könnte er durch das Recht der Schacheigentümer am Foto überspielt werden.
- Auf die Verwertungsgesellschaften, ob sie erweiterte kollektive Lizenzen zu angemessenen Konditionen anbieten und damit die Nutzung von nicht verfügbaren Werken ermöglichen.
- Auf das Europäische Amt für geistiges Eigentum, ob es gelingt, eine nutzerfreundliche Plattform für die Registrierung nicht verfügbarer Werke zu schaffen.
- Auf die Deutsche Nationalbibliothek, ob es ihr gelingt, den etablierten Lizenzierungsservice für vergriffene Werke auch unter den neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen weiterzubetreiben.
- Auf die VG Wort und die VG Bild-Kunst und die Deutsche Nationalbibliothek, ob sie trotz der Enteignung der Lizenznehmer nach § 144 Abs. 3 vRegE eine kostenlose (sic!) „Umlizenzierung" der bereits lizenzierten Werke auf die neuen Vorschriften vereinbaren.
- Ob es gelingt, auch für andere Werke als Bücher und Zeitschriften einen zentralen Lizenzierungs- und Registrierungsservice als „one stop shop" aufzubauen, der als Bindeglied zum Portal des Europäischen Amtes für geistiges Eigentum fungiert und die Kulturinstitutionen bei der Einordnung und Registrierung von nicht zugänglichen Werken unterstützt.

https://doi.org/10.5771/2699-1284-2021-1-68 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA