

Paul Klimpel (Hg.)
Mit gutem Recht erinnern

Mit gutem Recht erinnern

Gedanken zur Änderung der rechtlichen
Rahmenbedingungen des kulturellen Erbes in
der digitalen Welt

Herausgegeben von Paul Klimpel

Hamburg University Press
Verlag der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg
Carl von Ossietzky

Impressum

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de/> abrufbar.

Online-Ausgabe

Die Online-Ausgabe dieses Werkes ist eine Open-Access-Publikation und ist auf den Verlagswebseiten frei verfügbar. Die Deutsche Nationalbibliothek hat die Online-Ausgabe archiviert. Diese ist dauerhaft auf dem Archivserver der Deutschen Nationalbibliothek (<https://portal.dnb.de/>) verfügbar.

DOI 10.15460/HUP.178

Printausgabe

ISBN 978-3-943423-46-4

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Das Werk steht unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung 4.0 International (CC BY 4.0, <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.de>).

Ausgenommen von der oben genannten Lizenz sind Teile, Abbildungen und sonstiges Drittmaterial, wenn anders gekennzeichnet.

Herausgeber: Paul Klimpel

Covergestaltung: Hamburg University Press

Coverabbildung: Jürgen Keiper, <http://www.jkeiper.de> (Fragment, TIB Hannover)

Druck und Bindung: Hansadruck, Kiel

2018 Hamburg University Press, Verlag der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky, Hamburg (Deutschland)
<http://hup.sub.uni-hamburg.de>

Besonderer Dank

gilt allen Autoren und der College Art Association. Ohne das große Engagement und die Geduld aller, die an diesem Buch mitgewirkt haben, hätte es nie entstehen können. Dank gilt auch Oliver Hinte und der Fachbibliothek Rechtswissenschaften der Universität Köln für die Unterstützung, insbesondere Frau Angelika Schmoranz für die Durchsicht der Beiträge, Sylvia Jacob für die Übersetzung der englischen Texte ins Deutsche, Frau Gabriele Beger und dem Verlag Hamburg University Press der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky, insbesondere Herrn Tobias Buck für die Geduld und die gute Zusammenarbeit, der Deutschen Digitalen Bibliothek, insbesondere Frank Frischmuth und auch dem iRights e. V., insbesondere Valie Djordjevic für die Unterstützung und Josephine Mahler für das sorgfältige Lektorat.

Paul Klimpel

Geleitwort

Die Aufgaben der Deutschen Digitalen Bibliothek sind es, das kulturelle Erbe im kollektiven Gedächtnis zu halten, den Zugang dazu zu erleichtern und neue Anwendungsmöglichkeiten für die Inhalte aufzuzeigen, perspektivisch also alle Bestände und Sammlungen aus Archiven, Bibliotheken, Museen und anderen Kultur- und Wissenseinrichtungen über ihr Onlineportal dauerhaft zugänglich zu machen und über ihre Plattform zur Nachnutzung bereitzustellen: kostenfrei, werbefrei und in attraktiver Form – nicht mehr und nicht weniger.

Bislang wird in der Deutschen Digitalen Bibliothek aber nur ein Teil des deutschen Kulturerbes nachgewiesen. Ein wesentlicher Grund dafür sind die rechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere die Regelungen zum geltenden Urheberrecht. Sie stellen für die Kultureinrichtungen bei ihren Digitalisierungsvorhaben ein beträchtliches Hindernis dar.

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Digitalisierung und Zugänglichmachung unseres kulturellen Erbes sind letztlich Fragen nach dem „Was wollen wir?“ und „Wie wollen wir in Zukunft leben?“. Wollen wir den Zugang zu Wissen und Information beschränken und ihn allein privaten Initiativen überlassen? Oder wollen wir sichergehen, dass unsere Traditionen, unser Wissen und unser kulturelles Erbe auch in Zukunft für alle Menschen zugänglich bleiben und ihre Inhalte genutzt werden können?

Der digitale Wandel berührt uns alle – nicht nur industrielle Produktions- und Verwertungsprozesse. Es handelt sich um einen Prozess, der die gesamte Gesellschaft und damit auch

unser kulturelles Erbe durchdringt. Wenn wir die digitale Transformation unserer Gesellschaft befördern wollen, muss es auch gelingen, die Rahmenbedingungen dafür zu schaffen. Gelingt es nicht, diese Rahmenbedingungen in gemeinsamer Auseinandersetzung und in einem demokratischen Prozess zu verbessern, werden wir auf dem Weg in die digitale Gesellschaft scheitern und uns als Zuschauer derer wiederfinden, die sich aufgemacht haben, die Potenziale, die aus der Digitalisierung entstehen können, in monetarisierbare Geschäftsmodelle umzusetzen.

Zu diesem dringend notwendigen Diskurs über die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Digitalisierung leistet das Buch einen wichtigen Beitrag.

Frank Frischmuth
Geschäftsführer
Finanzen, Recht, Kommunikation
Deutsche Digitale Bibliothek

Hamburger Note zur Digitalisierung des kulturellen Erbes

Die Digitalisierung bietet große Chancen für den Zugang zum kulturellen Erbe. Sie ist unumgänglich, damit Archive, Museen und Bibliotheken weiterhin ihren wichtigen öffentlichen Aufgaben gerecht werden können.

Allerdings sind die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen des Urheberrechts ein großes Hindernis. Bei älteren Werken, die noch urheberrechtlich geschützt sind, ist die Rechtesituation meist sehr kompliziert. Eine umfassende Digitalisierung des kulturellen Erbes wird damit noch auf Jahrzehnte hinaus nicht möglich sein, solange Archive, Bibliotheken und Museen für jedes einzelne Objekt den urheberrechtlichen Status klären müssen.

Augenscheinlich wird dies bei den sogenannten „verwaisten Werken“, bei denen die Hürden für eine Nutzung auch nach der neuen gesetzlichen Regelung noch zu hoch sind. Allerdings wurde in Deutschland bei Büchern eine Lösung gefunden, die im Zusammenspiel mit Verwertungsgesellschaften eine Einzelrechteklärung entbehrlich macht. Dies ist zwar ein erster Schritt. Wenn die Chancen der Digitalisierung genutzt werden sollen, bedarf es aber gesetzlicher Rahmenbedingungen, die für alle öffentlichen Gedächtnisinstitutionen eine rechtliche Einzelfallprüfung entbehrlich machen und grundsätzlich eine Sichtbarmachung von Beständen im Internet ermöglichen.

Gelingt es nicht, die rechtlichen Rahmenbedingungen entsprechend weiterzuentwickeln, können wichtige Zeugnisse des kulturellen Erbes weiter aus Gründen der rechtlichen Unsicherheit nicht digital genutzt werden. Dadurch droht eine bedenkliche Verzerrung unseres Geschichtsbildes. Auch werden weiter erhebliche öffentliche Ressourcen für die Klärung von Rechtsfragen aufgewendet, die den Gedächtnisinstitutionen fehlen und die auch nicht den Urhebern zugutekommen.¹

Oktober 2015

Erstunterzeichner

PROF. DR. GABRIELE BEGER

Direktorin der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg

CLAUDIA DILLMANN

Direktorin des Deutschen Filminstituts

PROF. DR. IUR. THOMAS DREIER M. C. J.

Leiter des Instituts für Informations- und Wirtschaftsrecht
und des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaften

PROF. DR. KATHARINA DE LA DURANTAYE, LL. M. (YALE)

Humboldt-Universität zu Berlin, Autorin des Gutachtens zur
Bildungs- und Wissenschaftsschranke

PROF. DR. RETO M. HILTY

Direktor des Max-Planck-Instituts für Innovation und
Wettbewerb

PROF. DR. THOMAS HOEREN

Universitätsprofessor und Direktor des Instituts für
Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht

¹ Vgl. http://hamburger-note.de/?page_id=2 (zuletzt aufgerufen am 7.12.2017).

DR. MICHAEL HOLLMANN
Präsident des Bundesarchivs

PROF. DR. HANS WALTER HÜTTER
Präsident der Stiftung Haus der Geschichte der
Bundesrepublik Deutschland

DR. PAUL KLIMPEL
Partner bei iRights.Law, Leiter der Konferenzreihe „Zugang
gestalten!“

DR. ELISABETH NIGGEMANN
Generaldirektorin der Deutschen Nationalbibliothek Leipzig
und Frankfurt am Main

BÖRRIES VON NOTZ
Alleinvorstand der Stiftung Historische Museen Hamburg

PROF. DR. DR. H. C. MULT. HERMANN PARZINGER
Präsident der Stiftung Preußischer Kulturbesitz

DR. FRANK SIMON-RITZ
Vorstandsvorsitzender des Deutschen Bibliotheksverbandes
e.V.

Inhaltsverzeichnis

- V Besonderer Dank
- VII Geleitwort
- IX „Hamburger Note zur Digitalisierung des kulturellen Erbes“

1 Einleitung

Paul Klimpel

- 3 Warum dieses Buch

9 Bereichsausnahmen

Gabriele Beger

- 11 Archivierung: ein Plädoyer für eine Bereichsausnahme

Andrea Hänger

- 25 Urheberrecht im Archiv: das Beispiel des Bundesarchivs

Julia Reda

- 37 Kulturelles Erbe befreien: zur Notwendigkeit einer europäischen Lösung

51 Neue Regeln für die Sichtbarkeit

Thomas Dreier und Veronika Fischer

- 53 Museen: digitaler Erhalt und digitale Sichtbarkeit

Dietmar Preißler

- 69 Bilder-Los: digitale Welt, Urheberrecht und Museen

79 Schutzfristen

Oliver Hinte

81 Nach 25 Jahren ist Schluss

Martin Kretschmer

89 Niemand hat etwas davon, wenn Werke nicht genutzt werden können

95 Kollektive Rechtewahrnehmung und Verwertungsgesellschaften

Elisabeth Niggemann

97 Neues Leben für vergriffene Werke

John Hendrik Weitzmann

113 Primat der Verfügbarkeit „verwaister Werke“

123 Recht als Hindernis – Hindernisse für das Recht

Eric W. Steinhauer

125 Recht als Risiko für das kulturelle Gedächtnis

Katharina de la Durantaye

137 Das kulturelle Gedächtnis als Kollateralschaden der „Copyright Wars“

143 Fair Use

Sylvia Jacob

145 Konkretisierung der US-amerikanischen *Fair-Use*-
Doktrin durch die verkehrsbeteiligten Kreise

Hunter O'Hanian

147 Best Practice-Leitfaden für die angemessene
Verwendung (*Fair Use*)

Peter Jaszi

163 *Fair Use* heute

171 Autorinnen und Autoren

EINLEITUNG

Paul Klimpel

Warum dieses Buch

Das Recht, insbesondere das Urheberrecht, hat große Auswirkungen darauf, was von dem großen Reichtum unseres kulturellen Erbes im kollektiven Gedächtnis verbleibt. In der digitalen Welt, in der alles Kopie ist und damit im urheberrechtlichen Sinne Vervielfältigung, ist auch jede Nutzung des kulturellen Erbes urheberrechtlich relevant. Dies gilt zumindest, solange es sich um Werke handelt, deren Schutzfrist noch nicht abgelaufen ist – was für weite Teile des reichen kulturellen Erbes des wechselhaften 20. Jahrhunderts gilt.

Gleichzeitig leben wir in Zeiten einer rasanten Medienentwicklung und eines Überflusses an Informationen, Bildern, Filmen und Texten. Umso größer ist die Herausforderung, die Erinnerung an unser kulturelles Erbe wachzuhalten. Dies kann nur gelingen, wenn zumindest der erste Zugang über das Internet möglich ist. Was über Suchmaschinen, Portale oder Webangebote der Institutionen im weltweiten Netz nicht gefunden werden kann, verschwindet aus dem kollektiven Bewusstsein.

Es ist also eine Frage der kulturellen Selbstbehauptung, wie die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Umgang mit unserem kulturellen Erbe gesetzt werden. Was nicht online gefunden werden kann, wird zunehmend verschwinden. Insofern können die Auswirkungen eines unausgewogenen Urheberrechts, das das kulturelle Erbe nicht ausreichend berücksichtigt, dramatisch sein. Dabei ist das Verschwinden kultureller Traditionen, wie dies beispielsweise in der chinesischen Kulturrevolution der Fall war, gar nicht beabsichtigt. Die Ergebnisse sind jedoch vergleichbar. Das macht die Wirkungsweise des Rechts besonders tragisch: Das Verschwinden des kultu-

rellen Erbes aus dem öffentlichen Bewusstsein ist ein Kollateralschaden der Bestrebungen, bestimmte Verwertungsmodelle kultureller Güter zu sichern.

In den leidenschaftlichen Diskussionen, die um das Urheberrecht geführt wurden und werden, prallen gegensätzliche Positionen aufeinander. Die ideologische Verhärtung macht die Suche nach interessengerechten Lösungen schwer. Trotzdem wurde nach langer und kontroverser Debatte das Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz noch kurz vor Ende der Legislaturperiode im Sommer 2017 verabschiedet. Obwohl die inhaltlichen Änderungen gering waren, gab es erheblichen Widerstand: Vor allem die Presse sah in dieser Reform des Urheberrechts – wie sooft in der Vergangenheit – eine Bedrohung ihrer Positionen. Inhaltlich falsche Vorwürfe und Einwände wurden mit unglaublicher Verve vorgetragen und haben die Reform fast zum Scheitern gebracht.

An dem in der „Hamburger Note“ beschriebenen Problem ändert die Reform nur wenig. Die Onlinepräsentation des kulturellen Erbes ist weiterhin nicht generell zulässig. Weiter müssen für jedes einzelne Objekt der urheberrechtliche Status geklärt und die entsprechenden Nutzungsrechte eingeholt werden. Dass dies nicht oder nicht mit vertretbarem Aufwand möglich ist, wird inzwischen kaum mehr von Jemandem bestritten.

Das heißt nicht, dass sich durch die Reform die rechtlichen Rahmenbedingungen nicht verbessert hätten. Ab 2018 wird es immerhin eine rechtliche Grundlage für die Digitalisierung von Archiv-, Museums- und Bibliotheksbeständen geben. Die sogenannte „Archivkopie“ war bisher nur bei Bestandsgefährdung erlaubt und taugte nicht für ein Massenverfahren. Viele Institutionen wichen auf die Regelung zu elektronischen Leseplätzen in § 52 b Urheberrechtsgesetz (UrhG) aus. Sie stellten Terminals auf und verwiesen darauf, dass die Digitalisierung dazu dient, die Objekte an elektronischen Leseplätzen zugänglich zu machen. Dabei ist im Wortlaut des § 52 b UrhG überhaupt keine Befugnis enthalten, die erforderlichen Digitalisate herzustellen. Diese wurde erst durch die Rechtsprechung entwickelt, da ansonsten die Norm ins Leere laufen würde. Die Digitalisierung des kulturellen Erbes des Landes der Dichter und Denker¹ beruhte bislang also auf einer ungeschriebenen Annex-Befugnis einer Vorschrift zu elektroni-

¹ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

schen Leseplätzen. Es ist erfreulich, dass die Reform diese abenteuerliche juristische Konstruktion durch klare Regeln ersetzt.

Und doch bedarf es weiterer Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen, soll das kulturelle Erbe der letzten 150 Jahre auch online verfügbar sein – eine notwendige Voraussetzung dafür, dass es weiterhin im kollektiven Gedächtnis erhalten und damit relevant bleibt. Das reichhaltige kulturelle Erbe Deutschlands wie Europas ist zu wertvoll, um in der digitalen Welt in Vergessenheit zu geraten.

Dieses Buch versammelt verschiedene Vorschläge und Überlegungen, wie die rechtlichen Rahmenbedingungen geändert werden können, um eine stärkere Präsenz des (urheberrechtlich geschützten) kulturellen Erbes im Netz zu ermöglichen. Verfasst sind diese Vorschläge von Experten sowohl aus den Gedächtnisinstitutionen als auch aus der Rechtswissenschaft und Politik – mithin von Autoren, die mit den internationalen Rahmenbedingungen und dem urheberrechtlichen Diskurs in Deutschland gut vertraut sind. Ihre Vorschläge skizzieren ganz unterschiedliche Wege. Es obliegt den politischen Entscheidungsträgern, zwischen diesen Wegen zu wählen. Die häufig gehörten Einwände, die geltende Rechtslage sei alternativlos und es könne keine Reformen geben, kann durch diese Publikation als widerlegt gelten. Es gibt Alternativen – sehr unterschiedliche, und doch alle dem klaren Ziel verpflichtet, unser kulturelles Erbe in der digitalen Welt wachzuhalten.

Einige Beiträge plädieren dafür, die Geltung des urheberrechtlichen Schutzes bei bestimmten Institutionen oder auch bestimmten Werken zu beschränken. Gabriele Beger, Direktorin der Universitäts- und Staatsbibliothek Hamburg, plädiert dafür, für Archive, Bibliotheken und Museen, sofern sie im deutlich formulierten Rahmen ihrer öffentlichen Aufgaben handeln, eine klare Bereichsausnahme des urheberrechtlichen Schutzes einzuführen. Andrea Hänger, Vizepräsidentin des Bundesarchivs, fordert, dass Werke, die von Angestellten des öffentlichen Dienstes gefertigt werden, weitgehend dem urheberrechtlichen Schutz entzogen sind, wie es in den USA durch „Section 105“ des „Copyright Act“ geregelt ist.

Der Diskurs über solche Bereichsausnahmen lässt sich jedoch nicht rein national führen. Auf die Notwendigkeit einer Veränderung des rechtlichen

Rahmens durch die EU verweist Julia Reda. Sie argumentiert, dass vertragliche Regelungen stets in ihrer Wirkungsweise beschränkt sein müssen.

Andere Beiträge setzen konkret an den Vorschriften zur Sichtbarkeit von Museumsbeständen an. Thomas Dreier, Leiter des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft am Karlsruher Institut für Technologie, und seine Mitarbeiterin Veronika Fischer weisen nach, dass das Urheberrecht die Regelungen für das Ausstellen von Museumsbeständen behutsam auch für die digitale Präsentation öffnen müsse und dafür auch auf europäischer Ebene geändert werden solle. Dietmar Preißler, Sammlungsdirektor des Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, schlägt vor, den Gedächtnisinstitutionen generell zu erlauben, ihre Bestände durch Vorschau-bilder im Internet präsentieren zu können.

Wieder andere Vorschläge setzen an den Schutzfristen an, die sehr viel länger dauern als die üblichen Verwertungszyklen urheberrechtlich geschützter Werke. Oliver Hinte, Geschäftsführer der Fachbibliothek Rechtswissenschaft an der Universität Köln, will diese Schutzfristen von aktuell 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers generell auf 25 Jahre verkürzen. Auch Martin Kretschmer, Professor für Immaterialgüterrecht an der Universität Glasgow und Leiter des CREATECentre (School of Law) setzt bei den Schutzfristen an und schlägt vor, dass Nutzungsrechte ab einer bestimmten Frist nur noch durch Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden. Damit könne dem Problem rechtlicher Unsicherheit und hoher Transaktionskosten bei älteren Werken begegnet werden.

Ein anderer Ansatz ist die stärkere Einbeziehung der Verwertungsgesellschaften in die Rechtklärung des kulturellen Erbes. Elisabeth Niggemann, Generaldirektorin der Deutschen Nationalbibliothek, sieht in der Regelung des Urheberrechts-Wahrnehmungs-Gesetzes, das die Nutzung vergriffener Werke gegen Zahlung einer Pauschale an die Verwertungsgesellschaften erlaubt, einen guten Weg, der ausgebaut werden sollte. Die Rolle der Verwertungsgesellschaften betont auch John Weitzmann, Referent für Politik und Recht bei Wikimedia Deutschland. Er fordert, dass die notwendige sorgfältige Suche nach den Rechteinhabern, die für eine Nutzung verwais-ter Werke notwendig ist, radikal vereinfacht wird.

Das Urheberrecht in seiner jetzigen Form erweist sich zunehmend als Hindernis für die Überlieferung des kulturellen Erbes. Auf der anderen

Seite stehen jeder Veränderung des Rechts erhebliche Hindernisse entgegen. Eric Steinhauer, Verwaltungsdirektor der Fernuniversität Hagen, analysiert, dass das Recht im Digitalen nicht vorsieht, dass private Sammlungen jenseits institutioneller Zuständigkeiten entstehen, und sieht darin eine große Gefahr für die Überlieferung. Katharina de la Durantaye, Professorin an der Humboldt-Universität zu Berlin und Autorin eines Gutachtens zur „Wissenschaftsschranke“, beschreibt, welche Hindernisse jeder Reform des Urheberrechts zugunsten des kulturellen Erbes entgegenstehen und plädiert in diesem Kontext für enge und zielgerichtete Neuregelungen jenseits urheberrechtlicher Grabenkämpfe.

Das, was bei der Digitalisierung des kulturellen Erbes in den USA bereits heute möglich ist, bildet gewissermaßen den Hintergrund, vor dem die Diskussion über Reformen in Deutschland und Europa geführt werden muss. Deshalb erscheint es sinnvoll, das *Fair-Use*-Prinzip und seine Auswirkungen genauer zu untersuchen. Peter Jaszi, US-amerikanischer Rechtswissenschaftler am Washington Collegue of Law der America University, erläutert die Stellung und Funktionsweise dieses Prinzips. Hunter O'Haninan führt aus, wo heute die Grenzen der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke liegen und wie ein Leitfaden entstanden ist, der die flexible Anwendung des *Fair-Use*-Prinzips beschreibt, wenn die Voraussetzungen sich ändern. Dadurch werden die neuen Handlungsmöglichkeiten von Gedächtnisinstitutionen deutlich.

Doch nicht nur wegen der *Fair-Use*-Doktrin ist die Nutzung des kulturellen Erbes in der digitalen Welt in den USA einfacher. So gab es dort bis 1989 eine Registrierungspflicht, die erst durch den Beitritt der USA zur Revidierten Berner Übereinkunft entfiel. Ältere, vor 1989 erschienene Werke sind entweder registriert oder nicht wirksam geschützt. Daher ist das Problem rechtlicher Unsicherheiten erheblich kleiner als in Deutschland. Dafür sorgt auch das „Work made for hire“-Prinzip, das eine Bündelung der Rechte beim jeweiligen Auftraggeber bewirkt und damit für mehr Rechtssicherheit sorgt. Unbestreitbar wären die großen amerikanischen Digitalisierungsprojekte – wie etwa das „Google Books“-Projekt oder die Massendigitalisierung durch das Internet Archive – in Deutschland und Europa aus rechtlichen Gründen unzulässig.

So verwundert es nicht, dass die Digitalisierung des kulturellen Erbes Deutschlands und Europas in den USA in manchen Bereichen weiter fortgeschritten ist als in den Herkunftsländern der Werke. Zwar ist es immer erfreulich, wenn durch Digitalisierung kulturelles Erbe zugänglich gemacht wird und damit weiter im kollektiven Gedächtnis verbleibt. Doch wäre zu wünschen, dass dies in Deutschland und Europa selbst ebenfalls geschieht.

Ceterum censeo

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Digitalisierung des kulturellen Erbes sind eine Frage der kulturellen Selbstbehauptung. Gelingt es uns nicht, diese Rahmenbedingungen angemessen zu gestalten, können wir unser kulturelles Erbe nicht selbst digitalisieren und zugänglich machen, sondern müssen darauf hoffen, dass dies in anderen Ländern mit anderen rechtlichen Bestimmungen geschieht. Eine Kultur, die ihre eigene Überlieferung aufs Spiel setzt, riskiert damit auch, dass andere bestimmen, was von ihr übrig bleibt.

BEREICHSAUSNAHMEN

Ein Weg, die Möglichkeiten des Zugangs zum kulturellen Erbe im und durch das Internet zu erleichtern und eine zeit- und ressourcenbindende Einzelrechtklärung entbehrlich zu machen, ist es, bestimmte Bereiche zu privilegieren und vom urheberrechtlichen Schutzregime auszunehmen. Dies kann für bestimmte Institutionen gelten, wie es Gabriele Beger für Archive, Bibliotheken und Museen fordert. Es kann aber auch bestimmte Typen von Materialien betreffen, die man dem urheberrechtlichen Schutz entzieht. Andrea Hänger fordert dies für Werke, die in staatlichen Stellen entstehen. Julia Reda macht deutlich, dass es einheitlicher europäischer Regelungen bedarf, welche Schranken des Urheberrechts für bestimmte Nutzungen des kulturellen Erbes festlegen, da vertragliche Regelungen – auch Vereinbarungen mit den Verwertungsgesellschaften – häufig national gebunden bleiben und keine einheitliche europäische Geltung beanspruchen können.

Gabriele Beger

Archivierung: ein Plädoyer für eine Bereichsausnahme

Seit Jahrhunderten ist der Menschheit bewusst, dass die Bewahrung des Kulturgutes eine wichtige Voraussetzung ist, um aus geschichtlichen, kulturellen und wissenschaftlichen Abläufen und daraus resultierenden Erkenntnissen neues Wissen schöpfen zu können. Man kann es auch mit dem berühmten Zitat von Theodor Heuss, dem ersten deutschen Bundespräsidenten bildhaft beschreiben: „Nur wer weiß, woher er kommt, weiß, wohin er geht.“ Es geht dabei nicht allein um das geschichtliche Vergessen, sondern ganz elementar um die Fortentwicklung der Gesellschaft. Noch heute betrauern Wissenschaftler den Untergang der Babylonischen Bibliothek.¹ Die willkürliche Zerstörung von Kulturgütern durch Krieg und Terrorismus² erfasst auch heute Jeden mit Entsetzen. Gehen diese Zeugnisse unter, fehlt ein Stück Zeitgeschichte einer gesellschaftlichen Entwicklung. Deshalb wenden alle Staaten erhebliche Mittel auf, um dieses Kulturgut zu sammeln, zu bewahren – auch, um es künftigen Generationen noch zugänglich machen zu können.

Als in Hamburg – einer Stadt, die angeblich von sogenannten „Pfeffersäcken“ regiert wird – die Kampagne der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg „Hamburg ohne Worte“ im Jahr 2006 auf den Zerfall des schrift-

¹ Die Bibliothek von Babel ist eine Erzählung von Jorge Luis Borges. Sie beschreibt den Aufbau einer Bibliothek mit allen Büchern der Welt.

² Man denke an die Zerstörung der Bibliothek von Löwen (Belgien) durch die Deutsche Wehrmacht 1914, die Bücherverbrennung durch die Nationalsozialisten 1933, die Zerstörung der Vijećnica in Sarajewo 1992 im letzten Bosnienkrieg oder die jüngsten Zerstörungen der Bibliotheken in Mossul und in der Provinz al-Anbar durch den „Islamischen Staat“ 2014/15.

lichen kulturellen Erbes der zwischen 1840 und 1990 erschienenen Werke durch die Verwendung säurehaltigen Papiers aufmerksam machte, spendeten die Hamburger spontan 340.000 Euro. Das überzeugte die Bürgerschaft und sie legte fortan ein Programm für Bestandserhaltungsmaßnahmen für die vom Säurefraß bedrohten Archivbestände der Hamburger Bibliotheken und des Staatsarchives auf, das seit 2009 jährlich 1,0 Mio. Euro bereitstellt.³ Wenn sich selbst Kaufleute – wozu unbestritten auch Verleger zählen –, die stets hinterfragen, welchen Nutzen der Aufwand bringt, für erhebliche Summen für den Erhalt des kulturellen Erbes ihrer Stadt entscheiden, dann können politische Akteure überaus glücklich sein und sich für einen Rechtsanspruch auf Archivierung einsetzen. Dazu sollen ihnen die folgenden Ausführungen dienen.

Bibliotheken als Gedächtnisinstitutionen

Neben Archiven und Museen gehören auch Bibliotheken zu den sogenannten Gedächtnisinstitutionen. Anders als in Archiven und Museen wird in den Bibliotheken überwiegend das geistige Schaffen einer Gesellschaft in Form von Publikationen gesammelt. Hierbei ist besonderes Augenmerk auf die Deutsche Nationalbibliothek (DNB) und die Regionalbibliotheken in den Ländern zu richten. Da es in Deutschland bis 1912 keine Nationalbibliothek gab, verfügen die Regionalbibliotheken in den Ländern über eine erheblich längere Tradition⁴ als die durch den Börsenverein des Deutschen Buchhandels Anfang des 20. Jahrhunderts gegründete, heutige Nationalbibliothek. Gemeinsam bilden sie heute unabhängig vom Trägermedium oder Datenformat und unabhängig vom Vertrieb durch den Buchhandel ein abgestimmtes System des Sammelns und Archivierens von Publikationen. So wird neben Verlagspublikationen auch das sogenannte „graue Schrifttum“, welches u. a. durch Institutionen, Unternehmen, Behörden oder Privatpersonen zur Veröffentlichung gelangt, gesammelt und zuneh-

³ Hamburgische Bürgerschaft. Drucksache 18/7511 „Schriftgut Hamburger Archive und Bibliotheken retten – Säurefraß stoppen!“

⁴ So wurde zum Beispiel die Staatsbibliothek Hamburg 1479, die Bayerische Staatsbibliothek 1558, die Staatsbibliothek zu Berlin 1661 und die Deutsche Bücherei (heutige Nationalbibliothek) 1912 gegründet.

mend frei verfügbar im Internet. In den Regionalbibliotheken werden auch unveröffentlichte Werke und Schutzgegenstände in die Sammlung einbezogen, wenn sie eine wichtige Quelle für die Region darstellen beziehungsweise einer Persönlichkeit des öffentlichen Lebens zugeordnet werden können. So befinden sich in den meisten Regionalbibliotheken bedeutende und historische Sammlungen und Nachlässe mit einmaligem Quellenmaterial. Der Nationalbibliothek und den Regionalbibliotheken werden die jeweiligen Sammelschwerpunkte und die Pflicht zur dauerhaften Bewahrung meist durch Rechtsvorschrift⁵ aufgetragen. Zu den Sammelaufträgen einer Regionalbibliothek gehört neben den innerhalb ihres Einzugsgebietes veröffentlichten Werken, die sie mittels Gesetz über die Ablieferung von Pflichtexemplaren in der Regel kostenneutral erhalten, auch das Sammeln und Bewahren der Veröffentlichungen, die Aussagen über die Region beinhalten. Diese müssen mitnichten innerhalb der Region erschienen sein und käuflich erworben werden. Diese Bestände insgesamt sind einer möglichen Vollständigkeit und nachhaltigen Bewahrung zuzuführen. Dies erfordert den dauerhaften Einsatz nicht unerheblicher Ressourcen an Personal, Kaufkraft, Raum, Klima, Sicherheit, Buchbindern, Restaurierung, Digitalisierung, Serverinfrastruktur, Metadatenmanagement, rechtlicher Expertise u. v. m. Der Wissenschaftsrat hat vor vielen Jahren die Träger der Regionalbibliotheken aufgefordert, mindestens ein Prozent des Erwerbungssetats für Bestandserhaltung aufzuwenden. Das entspricht heute p. a. rund 30,0 Mio. Euro.⁶ Mit dieser Größenordnung kommen die Bibliotheken bei Weitem nicht mehr aus. Die Bayerische Staatsbibliothek gibt an, dass sie aktuell nur für die Archivierung elektronischer Medien jährlich 500.000 Euro verausgabt. In der Staatsbibliothek Hamburg wurden im Jahr 2016 allein für die Bestandserhaltung gedruckter und digitaler Medien insgesamt 1,3 Mio. Euro (Buchbinder, Restaurierung, Entsäuerung, Digitalisierung) aufgewendet. Nicht eingerechnet sind hier die Betriebskosten für die klimatisierten und gesicherten Archivmagazine, die in Hamburg rund 100.000 Euro

⁵ Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek vom 22. Juni 2006 (BGBl. I S. 1338), das durch Art. 15 Abs. 62 des Gesetzes vom 5.2.2009 (BGBl. I S. 160) geändert worden ist; Pflichtexemplargesetze der Länder.

⁶ Deutsche Bibliotheksstatistik (2015). Vgl. <https://wiki1.hbznrw.de/display/DBS/05.+Wissenschaftliche+Bibliotheken++Gesamtauswertung+ab+2004> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

jährlich betragen, sowie Kosten für die IT-Infrastruktur.⁷ Folgerichtig formuliert der Regierungsentwurf zum Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz unter der Überschrift „Neue Aufgaben der Bibliotheken, Museen, Archive und anderer Institutionen“:

Wesentlichen Anteil an Bildung und Wissenschaft haben institutionelle Akteure, nämlich Bibliotheken, Museen, Archive und Bildungseinrichtungen im engeren Sinn. Sie haben zunehmend auch Werke in digitaler Form in ihren Beständen, die sie dauerhaft archivieren wollen, um deren langfristige Erhaltung und Verfügbarkeit zu sichern. Sie wollen zudem ihre Bestände im Internet präsentieren. Hinzu kommen die technischen Möglichkeiten, auch die Abgabe von Pflichtexemplaren digital abzuwickeln. Während den Bibliotheken die digitale Pflichtexemplarabwicklung verwaltungsrechtlich bereits erlaubt ist, fehlt bislang eine entsprechende urheberrechtliche Erlaubnis.⁸

Rechtliche Rahmenbedingungen für die Archivierung

Der deutsche Gesetzgeber hält einen Strauß an Rechtsvorschriften im Sinne der Archivierung zur Verfügung. Zum einen zu nennen sind hier das Archivgesetz des Bundes und die der Länder, das Kulturgutschutzgesetz, das Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek (DNB-Gesetz)⁹ und die Pflichtexemplargesetze der Länder¹⁰ über die Abgabepflicht von Publikationen an Regionalbibliotheken, zum anderen das Urheberrechtsgesetz mit gesetzlichen Schranken, um die Archivierung mit geeigneten Maßnahmen zu unterstützen. Während die erstgenannten Gesetze mehr der Behand-

⁷ Jahresbericht Bayerische Staatsbibliothek (2015). Vgl. <https://www.bsb-muenchen.de/ueber-uns/publikationen/jahresbericht/> und Jahresbericht Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg 2016. Vgl. <https://www.sub.uni-hamburg.de/bibliotheken/ueber-uns/publikationen/jahresberichte/artikel/jahresbericht-2016.html> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG) S. 20.

⁹ Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek vom 22. Juni 2006 (BGBl. I S. 1338), das durch Art. 15 Abs. 62 des Gesetzes vom 5.2.2009 (BGBl. I S. 160) geändert worden ist.

¹⁰ Zusammenstellung in Lansky, Ralph / Kesper, Carl Erich: Bibliotheksrechtliche Vorschriften – aktualisiertes Grundwerk. 4. überarb. Auflage. Loseblattsammlung. Stand: 9. Ergänzungslieferung 2010.

lung von Archivgut und der Wahrung des Persönlichkeitsrechts, das DNB-Gesetz sowie die landesrechtlichen Pflichtexemplargesetze der Bestimmung des Sammelauftrages, der Ablieferung von Pflichtexemplaren sowie der Pflicht zur Bewahrung dienen, ist das Urheberrechtsgesetz von besonderer Relevanz für die Nachhaltigkeit und Nutzung des kulturellen Erbes. Das geltende Urhebergesetz (UrhG) sowie der derzeit im Bundestag in der Behandlung befindliche Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG)¹¹ beinhalten eine Reihe von Bestimmungen, die der Archivierung dienen.

Urheberrechtliche Schranken für die Archivierung nach geltendem Recht

Nach geltendem Recht wird in § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bestimmt, dass zur Archivierung eines eigenen Werkstückes eine vollständige Kopie hergestellt werden darf, soweit dies zu diesem Zwecke geboten ist. Somit muss regelhaft geprüft werden, ob gegebenenfalls ein Exemplar gekauft oder auf anderem Wege beschafft werden kann. Die Vervielfältigung muss zudem von einem eigenen Werkstück vorgenommen werden – auch dann, wenn es bereits beschädigt ist. Das Vervielfältigungsstück muss ausnahmslos Eingang in ein eigenes Archiv zur internen Nutzung erhalten. Soweit das Archiv im öffentlichen Interesse tätig ist, kann die Vervielfältigungshandlung gemäß § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 auch elektronisch vorgenommen werden. Die Nutzung der Archivkopie ist stets dem internen Gebrauch vorbehalten, da Abs. 2 des § 53 auf den eigenen Gebrauch beschränkt bleibt. Nach Inkrafttreten des § 52 b im Jahr 2008 kann jedoch – soweit die Kopie von einem Werk, das keiner lizenzrechtlichen Bedingung mit dem Erwerb unterliegt, erstellt wurde – die Nutzung innerhalb der Räume der Bibliothek an eigens dafür eingerichteten Terminals erfolgen. Dabei können grundsätzlich so viele zeitgleiche Zugriffe gestattet werden, wie sich physisch vorhandene Exemplare im Bestand befinden. Nach dieser Zusammenfassung

¹¹ Vgl. <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/UrhWissG.html> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

erscheint dem außenstehenden Betrachter¹² die Archivierung durch das Urheberrecht ausreichend unterstützend ausgestaltet. Die Probleme sind auf den ersten Blick nicht erkennbar, sind aber beachtlich und beeinträchtigen das nachhaltige Archivieren und die Zugänglichmachung kulturellen Erbes stark.

Ein Hindernis stellt die Auflage, ein eigenes Werkstück zur Vervielfältigung zu verwenden, dar – selbst dann, wenn dieses beschädigt ist. Die Ausleihe eines intakten Exemplars zum Zwecke der Herstellung einer Archivkopie ist hingegen nach geltendem Recht nicht gestattet.

Soweit die Archivkopie elektronisch hergestellt wird und insbesondere wenn das zu archivierende Werk ein elektronisches ist, besteht die Notwendigkeit, die Dateien bei der Weiterentwicklung digitaler Technologien auf neue Betriebssysteme und Formate zu überführen, um die Nachhaltigkeit zu gewährleisten. Die Migration ist im urheberrechtlichen Sinn eine Bearbeitung (§ 23), die vom Schranken katalog nicht erfasst ist und somit stets der ausdrücklichen Zustimmung des Urhebers beziehungsweise Rechteinhabers bedarf. Somit muss bei jeglicher Überführung auf ein anderes Format die Zustimmung im Vorhinein eingeholt werden. Die Notwendigkeit zur Einräumung von Nutzungsrechten stellt nicht nur ein erhebliches Verwaltungsaufkommen dar, sondern ist mit der Suche nach dem Rechteinhaber verbunden, die sich oft schwieriger darstellt als angenommen.

Das UrhG gestattet zwar die Vervielfältigung von Archivbeständen in analoger und digitaler Form, definiert aber kein Recht der Vervielfältigung frei verfügbarer Netzpublikationen zum Zweck der Archivierung und öffentlichen Zugänglichmachung. Auf das Setzen eines Links kann jedoch gerade bei flüchtigen Netzpublikationen zum Zweck der Archivierung nicht vertraut werden.¹³

Ein weiteres rechtliches Hindernis tritt bei der Konkurrenz zwischen gesetzlicher Pflichtabgabe einer Netzpublikation und den Bestimmungen zu den technischen Schutzmaßnahmen nach § 95 a UrhG auf. Die Aufhebung

¹² Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets selbstverständlich alle Geschlechter gleichermaßen.

¹³ Vgl. EuGH Entscheidung vom 13.2.2014 zur Linksetzung auf im Internet frei verfügbare Inhalte. Vgl. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=2&part=1&modereq&docid=147847&occ=first&dir=&cid=24460> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

der Schutzmaßnahmen kann nach § 95 b Abs. 3 nicht verlangt werden. Die DNB hat zu diesem Zweck eine Vereinbarung mit dem Börsenverein geschlossen, wonach die Verlage der DNB auf freiwilliger Basis gebeten werden, die elektronischen Publikationen ohne technische Maßnahmen abzuliefern beziehungsweise zum Abruf bereitzustellen. Regionalbibliotheken sind davon nicht betroffen.

Aufgrund des Fehlens einer Anspruchsgrundlage in der Richtlinie zum Schutz von Datenbanken¹⁴ können diese ohne ausdrückliche Genehmigung auch zum Zweck der Archivierung nicht vervielfältigt werden. So schließt § 53 Abs. 5 die Vervielfältigung nach Abs. 2 Nr. 2 aus. In den Archivbibliotheken lagern deshalb bereits jetzt Massen an Datenbankwerken und Datenbanken, zum Teil auf CD-ROM, die nicht mehr aufgerufen werden können, da eine rechtzeitige Migration auf neue Formate rechtlich nicht privilegiert ist.

Auch das Gebot der internen Nutzung – internen Gebrauchs – von Archivkopien wirft immer wieder Fragen auf und ist für den juristischen Laien nicht rechtssicher aus dem UrhG abzuleiten.¹⁵

Abschließend sollen die erst jüngst ins UrhG beziehungsweise Verwertungsgesellschaftengesetz (VGG) eingefügten Regelungen zu den „verwaisten“ und vergriffenen Werken für die Archivierung und die Sichtbarmachung des kulturellen Erbes bewertet werden. Beide Normen werfen Fragen auf.

Die Schranke zu den „verwaisten Werken“ nach § 61 ff. beruht auf der Umsetzung der Richtlinie zu den „verwaisten Werken“.¹⁶ Sie dient der Vervielfältigung und Zugänglichmachung urheberrechtlich geschützter Werke, deren Urheber nicht bekannt oder auffindbar sind. Das Privileg ist jedoch mit einer durch die EU-Richtlinie vorgeschriebenen sorgfältigen Suche (§§ 61, 61 a, Anlage zu § 61 a) verbunden, die derart umfangreich ist, dass seit Inkrafttreten der Norm im Jahre 2014 lediglich 100 Werke in das Register der „verwaisten Werke“ eingetragen wurden. Da die anwendende Bibliothek trotz dokumentierter sorgfältiger Suche dafür haftet, dass es sich

¹⁴ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (ABl. L 77 vom 27.3.1996, S. 20, kurz Datenbanken-RL 96/9/EG).

¹⁵ Vgl. dazu auch den Beitrag von Elisabeth Niggemann in diesem Band.

¹⁶ Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 25.10.2012 über bestimmte Formen der Nutzung „verwaister Werke“ (ABl. L 299).

tatsächlich um ein „verwaistes Werk“ handelt, nehmen die meisten Bibliotheken in den EU-Mitgliedsstaaten Abstand von der Anwendung.

Eine weitere Option der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung besteht in der Lizenzierung vergriffener Werke. Nach § 51 VGG können öffentlich zugängliche Bibliotheken für Schriftwerke, die vor 1966 erschienen und nicht mehr im Verzeichnis lieferbarer Bücher (VLB) nachgewiesen sind, bei der Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) Lizenzen erwerben. Zuvor muss das Werk in das Register des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA) eingetragen und eine Einspruchsfrist der Rechteinhaber abgewartet werden. Im Jahr 2015, das heißt relativ schnell nach Inkrafttreten der Norm, wurde ein Gesamtvertrag zwischen der Kultusministerkonferenz (KMK) und der Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) über die Lizenzierung von Büchern geschlossen.¹⁷ Aufgrund eines klar strukturierten Workflows und einer hohen Rechtssicherheit wird diese Alternative rege von den Archivbibliotheken genutzt. Da es sich aber um keine gesetzliche Schranke handelt, besteht auch keine Pflicht zum Abschluss eines Gesamtvertrages. Deshalb können die Presseverlage bis heute einen Vertragsabschluss versagen. Ein wichtiges Zeitdokument (insbesondere Zeitungen), bleibt somit nur dem vorbehalten, der den Weg in die Räume der Bibliothek auf sich nimmt. Zudem ist die zugrunde liegende Vermutungsregelung in § 51 VGG, die die VG Wort ermächtigt, für alle Schriftwerke Lizenzen zu vergeben, nicht zweifelsfrei gegeben.¹⁸

Urheberrechtliche Schranken für die Archivierung nach dem Regierungsentwurf

Mit dem Regierungsentwurf zum Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG) ist ein großer Schritt in die richtige Richtung unternommen worden. In Vereinbarkeit mit dem EU-Recht wurde in § 60 e eine Schranke für Bibliotheken definiert, die sowohl das derzeit geltende Recht

¹⁷ Rahmenvertrag zur Nutzung von vergriffenen Werken in Büchern 2015. Vgl. <http://www.bibliotheksverband.de/dbv/vereinbarungen-und-vertraege/urheberrecht-gesamtvertraege.html> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

¹⁸ Vgl. EuGH-Urteil vom 16.11.2016 Rs. C 301/15.

nach den §§ 52 b, 53 Abs. 2 Nr. 2, 53 a und 58 Abs. 2 in einer Norm bündelt und dabei die Möglichkeiten nach der Informationsgesellschafts-Richtlinie (InfoSoc-RL) erstmalig ausschöpft.¹⁹ Dabei wird – soweit möglich – das Sammeln und Archivieren praxisnah und technologieneutral bewertet. So wird gestattet, dass zur Vervielfältigung einer Archivkopie ein fremdes Werk und nicht zwangsläufig das eigene beschädigte genutzt werden darf. Klargestellt wird des Weiteren, dass eine archivierungsnotwendige Bearbeitung bei der Herstellung einer digitalen Archivkopie zustimmungsfrei gestattet ist. Zudem wird im DNB-Gesetz das Recht zum „Web Harvesting“ und die elektronische Abwicklung der Pflichtexemplarverwaltung für alle Regionalbibliotheken sanktioniert. Dennoch konnten nicht alle Anforderungen befriedigend gelöst werden. Aufgrund des Fehlens von Anspruchsgrundlagen in der Datenbankrichtlinie und der InfoSoc-RL konnte keine Abhilfe bei der Herstellung einer Archivkopie von Datenbankwerken und Datenbanken sowie der Durchsetzbarkeit einer Schranke bei technischen Schutzmaßnahmen gegenüber Onlinewerken begründet werden, sodass es nach wie vor zu großen Lücken in der Bewahrung von Publikationen kommen wird. Auch die zu kompliziert ausgestaltete Schranke zu den „verwaisten Werken“ und die ohne Pflicht zum Vertragsabschluss vorhandene Norm zu den vergriffenen Werken im VGG²⁰ wurden durch die Reform nicht verändert, sodass die erheblichen Probleme in der praktischen Umsetzung dieser Regelungen weiter bestehen.

¹⁹ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167 vom 22.6.2001, S. 10, L 6 vom 10.1.2002, S. 71, kurz InfoSoc-RL 2001/29/EG).

²⁰ §§ 51 und 52 des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften (Verwertungsgesellschaftengesetz – VGG) vom 24.5.2016 (BGBl. I S. 1190), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 1. 6.2017 (BGBl. I S. 1416).

Welche rechtlichen Rahmenbedingungen sind erforderlich?

Bei der Darstellung der urheberrechtlichen Nutzungshandlungen im Zuge der Archivierung wird schnell deutlich, dass die zur Archivierung berufenen Bibliotheken sich gegenüber eines ganzen Spektrums von Rechtsvorschriften verhalten müssen und jede einzelne zum Teil erhebliches Verwaltungshandeln zur Folge hat. Als es allein um analoges Schrifttum ging, waren die Rechtsnormen für die Archivierung weitgehend ausreichend. Eine Vervielfältigung, zum Beispiel eines Buches oder einer Zeitschrift, reichte als sogenannte „Archivkopie“ auf Rollfilm aus. Der Weg in die Bibliothek zur Einsichtnahme gehörte zum Ritual eines wissenschaftlich Arbeitenden. Bei Bedarf stellte er sich eine Papierkopie eines Kapitels für seinen eigenen wissenschaftlichen Gebrauch her. Mit Einzug digitaler Technologien hat sich das wissenschaftliche Arbeiten und Publizieren gravierend geändert. Zunehmend werden wissenschaftliche Beiträge ausnahmslos digital publiziert und analoge Quellen, die nicht digital vorhanden sind, geraten in Vergessenheit. Der Archivierung kommt deshalb nicht nur das Bewahren im Originalformat zu, sondern auch die Bewahrung der Inhalte und die Zugänglichmachung analoger Werken in digitaler Form. Klaus Ceynova definiert dies in einem sehr einprägsamen Ausruf: „Der Text ist tot – Es lebe das Wissen.“²¹

Entsprechend der großen Relevanz vorhandenen Wissens und der damit einhergehenden Bedeutung der Archivierung kann diese letztendlich nur durch eine eigene Bereichsausnahme zukunftsorientiert und flexibel ausgestaltet werden. Danach sollten alle urheberrechtlichen Nutzungen, die der Archivierung dienen, gestattet sein – es sei denn, sie sind ausdrücklich durch ein Gesetz verboten. Zugegebenermaßen ist der Preis dafür, dass Auslegungen letztendlich durch Gerichte zu treffen sind, wenn sich die Interesseninhaber nicht einigen können. Bei der Archivierung aber sind die Interessenkonflikte nicht unüberwindlich, wie sich durch viele einzelne gemeinsame Handlungsfelder belegen lässt. Als Beweis können hier unter anderem der gemeinsam von Vertretern des dbv, der VG Wort und des Bör-

²¹ Ceynova, Klaus (2014). Der Text ist tot – Es lebe das Wissen! In: Hohe Luft – Philosophie-Zeitschrift 1 (2014), S. 52–57.

senvereins erarbeitete Vorschlag für eine Schranke zu „verwaisten“ und vergriffenen Werken,²² den sich die Deutsche Literaturkonferenz und der Deutsche Kulturrat zu eigen gemacht haben, oder der zeitnahe Abschluss eines Gesamtvertrages zu vergriffenen Büchern²³ sowie die Vereinbarung zugunsten der DNB über die Ablieferung von Onlinewerken ohne technische Schutzmaßnahmen herangezogen werden. Die Archivierung vorhandener Publikationen ist im Interesse Aller und ganz überwiegend kein Interessenkonflikt.

Durch die derzeitige Behandlung eines Vorschlags einer Richtlinie zur Reform des Urheberrechts im Europäischen Parlament besteht die reale Chance, sich für eine Archivierungsschranke als Bereichsausnahme einzusetzen. Der Richtlinienvorschlag hat im digitalen Markt insbesondere drei Schwerpunkte herausgehoben. Einer davon ist die Unterstützung der Archivierung. Dazu wird in der Begründung ausgeführt

Die Schaffung eines moderneren Rahmens für Ausnahmen und Beschränkungen wird dazu führen, ... dass Einrichtungen des kulturellen Erbes (das heißt öffentlich zugängliche Bibliotheken, Museen, Archive oder im Bereich des Film- oder Tonerbes tätige Einrichtungen) Unterstützung bei ihren Bemühungen um den Schutz des kulturellen Erbes erhalten – womit letztendlich auch den Interessen der EU-Bürger gedient wird.²⁴

²² Die Deutsche Literaturkonferenz und der Deutsche Kulturrat setzen sich auf der Buchmesse in Frankfurt am Main 2010 für eine Schranke zu den „verwaisten“ und vergriffenen Werken ein. Der Formulierungsvorschlag wurde weitgehend identisch in § 51 VVG übernommen. Vgl. <https://www.netzwerk-ebd.de/nachrichten/deutscher-kulturrat-regelungen-zur-rechtssicheren-digitalisierung-verwaister-und-vergriffener-werke-erforderlich/> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017). Aufgrund der europarechtlichen Bestimmungen wurde die Regelung zu den vergriffenen Werken separat im Wahrnehmungsgesetz geregelt.

²³ Rahmenvertrag zur Nutzung von vergriffenen Werken in Büchern. Stand: Januar 2015. Vgl. <http://www.bibliotheksverband.de/dbv/vereinbarungen-und-vertraege/urheberrecht-gesamtvertraege.html> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

²⁴ Am 14.9.2016 hat die Europäische Kommission im Kontext ihrer Strategie für einen digitalen Binnenmarkt („Digital Single Market“, DSM) einen Vorschlag für eine Richtlinie über das Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt (COM (2016) 593 final, kurz DSMUrH-RL) vorgelegt.

Nicht versäumt werden sollte in diesem Kontext, den deutschen Vorschlag einer gemeinsamen Schranke zu den „verwaisten“ und vergriffenen Werken mit einer angemessenen Vergütung über die Verwertungsgesellschaften zu erwähnen.

Nach Erwägungsgrund 40 der InfoSoc-RL sind Ausnahmen mit Verweis auf den Drei-Stufen-Test der Berner Übereinkunft nur dann zulässig, wenn sie auf Sonderfälle beschränkt bleiben. Daraus wird geschlossen, dass für die Archivierung eine Generalklausel nach europäischem Recht nicht zulässig ist.²⁵ Da die InfoSoc-RL jedoch die Vervielfältigung ganzer Werke durch die privilegierten Einrichtungen nach Art. 5 Abs. 1 nicht grundsätzlich ausschließt, kann bei enger Zweckbindung auch nach geltendem EU-Recht zulässig sein. Auch Durantaye verneint in ihrer Studie zur allgemeinen Bildungs- und Wissenschaftsschranke die europarechtliche Zulässigkeit einer Generalklausel, stellt in ihrer Neufassung des § XY Abs. 1 aber letztendlich auf eine Art Generalklausel ab, indem sie unter dem Recht der Vervielfältigung durch nicht-kommerzielle Bibliotheken, Archive und Museen auch die Archivierung subsumiert.²⁶

Vorschlag für eine Bereichsausnahme Archivierung

1. Nutzungen, die öffentlich zugängliche Archive, Bibliotheken und Museen, die zur Archivierung durch Rechtsvorschrift berufen sind und keinen gewerblichen Zweck verfolgen, zur Bestandssammlung, -erhaltung und -benutzung vornehmen, verstoßen nicht gegen Verwertungsrechte nach Maßgabe dieses Gesetzes. Dies gilt insbesondere für
 - a) Vervielfältigungshandlungen unabhängig vom Verfahren und einschließlich technisch notwendiger Bearbeitungen,

²⁵ Vgl. Durantaye, Katharina de la (2014). Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke. Münster. S. 248.

²⁶ Vgl. Ebd., S. 245 und 248.

- b) die öffentliche Zugänglichmachung von Werken aus öffentlich zugänglichen Netzen sowie „verwaisten“ und vergriffenen Werken. Die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe in den Räumen der Archive, Bibliotheken und Museen aller sonstigen Vervielfältigungen sind gestattet.
 - c) das Recht zur Aufhebung technischer Schutzmaßnahmen nach § 95 a.
2. Vertragliche Bedingungen, die Nutzungen zur Archivierung und der normalen Benutzung nach Maßgabe dieses Gesetzes widersprechen, sind nichtig.
 3. Für die öffentliche Zugänglichmachung „verwaister“ und vergriffener Werke nach Abs. 1 b ist eine angemessene Vergütung zu entrichten. Diese kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

Mit dieser Bereichsausnahme kann sichergestellt werden, dass sämtliche veröffentlichte und unveröffentlichte Werke, so auch neue Publikationswege sowie technische Entwicklungen von der Schranke erfasst sind. Dies ist nur möglich, wenn im Wesentlichen dem Prinzip des *Fair Use*²⁷ gefolgt wird. Hiernach wären alle gebotenen Nutzungshandlungen erlaubt, wenn sie nicht ausdrücklich verboten sind. Die Klärung muss im Streitfall ein Gericht vornehmen. Wie im US-amerikanischen *Fair Use* soll den Akteuren durch beispielhafte Aufzählung ein Rahmen, aber auch die Verneinung von Schadenersatzforderungen an die Hand gegeben werden, wenn nicht-kommerzielle privilegierte Einrichtungen begründet vortragen, dass sie von einer fairen Nutzung ausgegangen sind (vgl. § 506 Copyright Act). Soweit die Nutzungen der Sammlung und Archivierung dienen, ist auch in Deutschland davon auszugehen, dass im Wesentlichen kaum Streitfälle zu erwarten sind. Erst bei einer Nutzung außerhalb einer Bibliothek oder bei Anschlussnutzungen würden Argumente des Eingriffs in den Primärmarkt nach dem Drei-Stufen-Test (hier insbesondere der 2. Stufe) vorgetragen und somit durchaus ein Potenzial zur gerichtlichen Klärung begründen. Deshalb soll die Benutzung der Archivkopien auch bei der Bereichsausnahme

²⁷ § 108 US-Copyright Act „Limitations on exclusive rights: Reproduction by libraries and archives“.

me grundsätzlich innerhalb der Räume der Bibliotheken beziehungsweise ihrer Einrichtung erfolgen und Anschlussnutzungen nach Maßgabe des Gesetzes möglich sein. Die Gestattung einer uneingeschränkten öffentlichen Zugänglichmachung soll sich nur auf frei zugängliche Netzpublikationen sowie auf vergriffene und „verwaiste“ Werke beschränken – letztgenannte jedoch gegen Entrichtung einer angemessenen Vergütung. Damit soll ein fairer Interessenausgleich gewährleistet bleiben.

Andrea Hänger

Urheberrecht im Archiv: das Beispiel des Bundesarchivs

Im Wahlkampf 1969 machte der sonst sehr vorsichtig agierende Wirtschaftsminister Karl Schiller, SPD, einen schweren taktischen Fehler: Er beschuldigte den Bundeskanzler Kurt Georg Kiesinger, den Wert der Pressefreiheit nicht zu schätzen und unterstellte diesem, diese Haltung wohl im Dritten Reich ausgeprägt zu haben. Der unvorsichtige Angriff blieb nicht ohne Folgen. Kurz darauf sah sich Schiller selbst mit massiven Vorwürfen zu seiner eigenen NSDAP-Mitgliedschaft konfrontiert, zu denen er schwieg. Kein geringerer als sein Parteifreund Günter Grass versuchte ihn dazu zu bewegen, zu seiner Vergangenheit zu stehen und reinen Tisch zu machen.

Der Politologe Torben Lütjen nutzte im Rahmen seiner im Sommer 2006 fertig gestellten Dissertation zu Karl Schiller die im Bundesarchiv und im Walter Eucken Institut in Freiburg verwahrten Briefe von Grass an Schiller.¹ Für diese Arbeit waren die Briefe nur Mosaiksteine einer aus vielen Quellen gründlich zusammengetragenen Biografie. In der Tagesaktualität des Sommers 2006 erhielten sie allerdings eine ganz neue Bedeutung, da Günter Grass am 12. August 2006 in einem Interview in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (FAZ)² erstmals über seine bis dahin verschwiegene Mitgliedschaft in der Waffen-SS gesprochen hatte. Die FAZ war es auch, die das noch unveröffentlichte Manuskript der Schiller-Biografie zur Kenntnis-

¹ Lütjen, Torben (2007). Karl Schiller (1911-1994). „Superminister“ Willy Brandts. Bonn. S. 270.

² Schirrmacher, Frank / Spiegel, Hubert (2006). Warum ich nach sechzig Jahren mein Schweigen breche. Interview mit Günter Grass. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 186 (12.8.2006). S. 33.

nahme erhielt und aus den Grass-Briefen eine Geschichte machte.³ Unter dem Artikel wurden die beiden Grass-Briefe fast vollständig abgedruckt.

Der Nobelpreisträger ging vor Gericht und siegte in der ersten und der zweiten Instanz. Beide Gerichte sahen in der Veröffentlichung eine schwerwiegende Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts. Dabei prüften sie umfangreich, ob die Briefe als Werke im urheberrechtlichen Sinne einzuschätzen seien und kamen auf den Einzelfall bezogen zu einem positiven Ergebnis. Insbesondere die formale Höhe und individuelle Aussagekraft wurden konstatiert.⁴ Die Entscheidung über die Veröffentlichung läge ausschließlich beim Urheber, die FAZ hätte die Briefe nicht veröffentlichen dürfen.

Auch wenn das Archiv nicht selbst angeklagt wurde, hat das Urteil große Bedeutung für die Arbeit der Archive: Öffentliche Archive haben den Auftrag, Archivgut nicht nur zu sichern, sondern vor allem auch zugänglich zu machen. Dies ist in allen Archivgesetzen verankert. Das neue Bundesarchivgesetz (BArchG) ergänzt den gesetzlichen Auftrag signifikant: Nun heißt es nicht mehr nur wie bisher, das Archivgut des Bundes sei auf Dauer zu sichern, nutzbar zu machen und wissenschaftlich zu verwerten. Der Auftrag wird explizit erweitert auf die „öffentliche Zugänglichmachung im Internet“ gemäß § 3 Abs. 1 BArchG.

Diese Ergänzung ist ein wichtiger Schritt für das Bundesarchiv in seinem Bemühen, den digitalen Wandel der Gesellschaft nachzuvollziehen und neue Angebote zu schaffen, mit denen es seine Relevanz für Öffentlichkeit und Forschung erhalten kann. Das Internet verwirklicht das allgemeine Zugangsrecht für jede Person, wie es im Archivgesetz hinterlegt ist, auf geradezu ideale Weise, da die Nutzung von Archivgut nicht mehr nur einem kleinen Kreis vorbehalten bleibt, der sich in die Archive begibt, sondern von überall und Jedem zugänglich ist. Für das Bundesarchiv ist die digitale Präsenz damit die eigentliche „Erfüllung seines institutionellen Zwecks“.⁵ Darüber hin-

³ Löer, Wigbert (2006). Mir ist diese Materie nicht unvertraut. Den Kiesinger angreifen, das durfte nur einer: Wie Günter Grass dem Wirtschaftsminister Karl Schiller einmal sehr zusetzte. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 227 (29.9.2006). S. 35.

⁴ LG Berlin, Az 16 O 908/06 (Beschluss / einstweilige Verfügung) vom 10.10.2006.

⁵ Hollmann, Michael (2017). Archivgut im Zeitalter seiner digitalen Verfügbarkeit. In: Archivalische Zeitschrift 95 (2017), im Druck. Vorabdruck verfügbar als Teil der Stellungnahme des Bundesarchivs im Kulturausschuss im Deutschen Bundestag unter https://www.bundestag.de/ausschuesse/18/a22/oeffentliche_sitzungen/bundesarchivrecht/474656 (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

aus ist die digitale Präsenz auch erforderlich, damit Archivgut überhaupt noch wahrgenommen wird, zeichnet sich doch selbst in der wissenschaftlichen Forschung die Tendenz ab, dass vor allem rezipiert wird, was im Netz verfügbar ist.⁶

Die digitale Bereitstellung von Kulturgut ist auch das Ziel großer spartenübergreifender Portale wie der Deutschen Digitalen Bibliothek (DDB) oder der Europeana. Hier ist in den letzten Jahren sehr viel Geld der öffentlichen Hand investiert worden, um einen breit angelegten niederschweligen Zugang zu Kulturgut zu schaffen. Teilhabe am kulturellen Erbe wird hier durchaus nicht nur im Rahmen des Zugangsrechts gesehen, sondern darüber hinausgehend als Menschenrecht interpretiert.⁷

Allerdings zeichnet sich in der Praxis schnell ab, dass politischer Wille und die aktuelle Rechtslage nicht immer in Einklang zu bringen sind. Dies ist nicht nur ein deutsches Phänomen – auch die Gedächtnisinstitutionen anderer europäischer Länder beklagen, dass ungeklärte Rechtsfragen die digitale Bereitstellung von Kulturgut massiv behindern. Die Änderungen in der Urheberrechtsgesetzgebung der letzten Jahre auf europäischer und nationaler Ebene haben hier zumindest für die Archive keine Verbesserungen gebracht.

Aus dem gesetzlichen Auftrag des Bundesarchivs, Archivgut auch digital zugänglich zu machen, ergibt sich demnach nicht automatisch die rechtlich unbegrenzte Möglichkeit, dies auch tatsächlich zu tun. Das Gesetz macht die „Wahrung des Schutzes privater oder öffentlicher Belange“ zur Auflage. Zu diesen Belangen gehört neben dem Persönlichkeitsschutz auch der Schutz der Urheberrechte. Für den Ausgleich zwischen dem Zugangsrecht und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung enthält das Archivgesetz selbst das Regelwerk. Es legt Schutzfristen für bestimmte Unterlagenarten fest und beschreibt die Möglichkeiten, diese Schutzfristen beim Überwiegen berechtigter Belange einer anderen Person, eines Forschungsvorhabens oder aber auch des Informationsinteresses der Öffentlichkeit zu verkürzen.

⁶ Patel, Kiran Klaus (2011). Zeitgeschichte im digitalen Zeitalter. Neue und alte Herausforderungen. In: Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 59 (2011). S. 331–352.

⁷ RICHES Think Paper 01 (o. J.). Copyright and Cultural Heritage: Developing a Vision for the Future. Vgl. <http://resources.riches-project.eu/riches-think-paper-01-copyright-and-cultural-heritage-developing-a-vision-for-the-future/> (zuletzt aufgerufen am 31.3.2017).

Einen solchen Ermessensspielraum kennt das Urheberrecht nicht und stellt damit gerade Archive vor große Probleme. Zwischen dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als einem dem Urheber zukommenden Verwertungsrecht nach § 19 a UrhG und dem Auftrag zur öffentlichen Zugänglichmachung im Internet nach § 3 Abs. 1 BArchG liegen trotz der identischen Formulierung Welten.

Wie lässt sich in der Praxis damit umgehen und wo liegen die Probleme? Für eine differenzierte Bestandsaufnahme müssen zunächst die verschiedenen Arten von Archivgut, dann die verschiedenen Nutzungsarten von Archivgut unterschieden werden.

Archivgut zeichnet sich in der Regel dadurch aus, dass es unikal ist. Das Original, sei es ein Brief, ein Foto, eine Karte, ein Protokoll oder ähnliches gibt es nur ein einziges Mal an einem einzigen Ort. Diese Originale sind, und darin besteht das erste und gravierendste Konfliktpotenzial mit dem Urheberrecht, in der Regel nicht veröffentlicht. Wenn ein Archiv oder seine Benutzer eine urheberrechtlich geschützte Archivalie ohne Zustimmung des Urhebers⁸ veröffentlicht (und dazu gehört auch ein Zitat), verstoßen sie gegen das Urheberpersönlichkeitsrecht, wie der Fall Grass eindeutig gezeigt hat.

Nun unterliegen nicht alle Archivalien dem Urheberrecht – sei es weil sie keine Werke im Sinne des § 2 UrhG sind oder der Schutz abgelaufen ist. Letzteres ist allerdings für das Bundesarchiv nur für einen ganz kleinen Teil seiner Bestände mit abschließender Sicherheit zu konstatieren.

Im Bundesarchiv ist der größte Anteil des Archivguts staatliches Schriftgut, das heißt, es stammt von staatlichen Stellen des Deutschen Reiches, der DDR und der Bundesrepublik – insgesamt 331 Kilometer Akten, wobei hiervon mehr als 80 Prozent aus der Zeit nach 1945 stammen. Aus der staatlichen Provenienz lässt sich allerdings noch nicht automatisch ableiten, dass es sich hierbei um „amtliche Werke“ im Sinne von § 5 Abs. 1 UrhG handelt. Dies liegt zunächst an der sehr engen Definition des „amtlichen Werkes“ im deutschen Urheberrecht. Während im US-amerikanischen Recht grundsätzlich veröffentlichtes und unveröffentlichtes amtliches Schriftgut nicht dem Urheberrecht unterliegt, sind in Deutschland lediglich Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie

⁸ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

Entscheidungen und amtlich verfasste Leitsätze zu Entscheidungen vom Urheberrecht ausgenommen. Andere Werke staatlicher Provenienz sind nur dann vom Urheberrecht ausgenommen, wenn sie zur allgemeinen Kenntnisnahme veröffentlicht wurden. Veröffentlicht wird aber nur ein Bruchteil der amtlichen Werke.

Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass der alltägliche Schriftverkehr einer Behörde keinen Werkscharakter für sich beanspruchen kann. Das Gleiche gilt für interne Protokolle und Vermerke. Ohne eine solche Annahme wären zentrale zeitgeschichtliche Editionen wie Kabinettsprotokolle der Bundesregierung, Akten zur auswärtigen Politik oder Dokumente zur Deutschlandpolitik nicht realisierbar. Allerdings enthalten zum Beispiel die Sachakten eines Ministeriums bei Weitem nicht nur diese behördlichen Schreiben und Vermerke. Sehr häufig finden sich Presseauschnitte in den Akten, weil die Politik auf ein in der Öffentlichkeit diskutiertes Thema reagiert. Am Anfang von Gesetzgebungsvorhaben stehen oft auch Eingaben von Bürgern, die genauso über formale Höhe und individuelle Aussagekraft verfügen können, wie sie das Berliner Landgericht Günter Grass zuerkannte. Und auch der Brief von Günter Grass hätte sich statt im Nachlass Karl Schillers in einer Akte des Bestandes des Bundesministeriums für Wirtschaft finden können, war er doch nicht an die Privatadresse des Ministers sondern an das Ministerium adressiert. Ein weiterer häufiger Bestandteil von Sachakten sind von Behörden beauftragten Gutachten. Selbst wenn hier in der Regel die Nutzungsrechte des Auftraggebers vertraglich vereinbart wurden, schließen diese mit Sicherheit nicht das spätere Recht auf öffentliche Zugänglichmachung mit ein. Das Gleiche gilt für zahllose Fotos, deren Nutzungsrechte nur für die aktuellen und konkreten Zwecke des damaligen Auftraggebers erworben wurden.

Noch gravierender sind die urheberrechtlichen Probleme im Bereich des nicht-staatlichen Schriftgutes, da hier die Setzung, dass zumindest der schriftliche Niederschlag behördlichen Verwaltungshandelns nicht dem Urheberrecht unterliegt, nicht greift. Wenn auch die Menge im Verhältnis zum staatlichen Schriftgut wesentlich geringer ist, ist für viele Benutzer gerade der Bereich der nicht-staatlichen Bestände (hier besonders der Bereich der Nachlässe) von Interesse, weil die in Briefen oder Tagebüchern geschil-

derten persönlichen Eindrücke politische Entscheidungen und Ereignisse erst lebendig werden lassen.

Das Bundesarchiv verwahrt über 2.800 Nachlässe von Persönlichkeiten aus den Bereichen Politik, Wissenschaft und Kultur mit gesamtstaatlicher Bedeutung. In der Regel schließen entweder die Personen zu Lebzeiten selbst einen Vertrag mit dem Bundesarchiv oder ihre Erben übernehmen dies. Diese Verträge regeln den Übertrag der vollständigen und ausschließlichen Nutzungsrechte auf die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesarchiv, zur Verwertung in beliebiger Weise. In älteren Verträgen ist jedoch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht geregelt und muss im Einzelfall nachverhandelt werden. Wenn kein Vertrag vorliegt, kann davon ausgegangen werden, dass der Rechteinhaber mit der Übergabe seiner Unterlagen an ein öffentliches Archiv zumindest implizit den üblichen Nutzungsformen zugestimmt hat. Mit dem gesetzlichen Auftrag zur öffentlichen Zugänglichmachung hat das neue Bundesarchivgesetz diese üblichen Nutzungsformen erweitert. Rückwirkend kann dies allerdings nicht geltend gemacht werden. Zudem kann der Nachlasser auch nur diejenigen Nutzungsrechte übertragen, über die er selber verfügt. Dies ist regelmäßig nur für seinen Teil der Korrespondenz der Fall, nicht für die Briefe seiner Korrespondenzpartner. Das gilt auch für den Fall Grass. Karl Schiller selbst hat dem Bundesarchiv bereits 1975 seine Unterlagen übergeben, die mit seinem Tod im Jahre 1994 in das Eigentum des Bundes übergegangen sind. Damit ist auch der Grass-Brief rein körperlich Bundes Eigentum, nicht aber die Nutzungsrechte.

In den geschilderten Fällen steht in der Regel das Urheberpersönlichkeitsrecht für sehr lange Zeit einer umfassenden Nutzung entgegen. Im Bereich von Fotos und Filmen als weiteren Archivgut-Gattungen kommt außerdem die eigentumsrechtliche Komponente des Urheberrechtes hinzu, da die Werke – anders als private Briefe – ungeachtet ihrer Unveräußerlichkeit über einen wirtschaftlichen Verkehrswert verfügen. Auch hier ein paar Zahlen: Das Bundesarchiv verfügt über gut 12,5 Mio. Bilder. Eine Auswahl von 350.000 Bildern ist im Digitalen Bildarchiv frei zugänglich online gestellt. Bei diesen Bildern liegen die Nutzungsrechte beim Bundesarchiv, weil sie entweder vom ursprünglichen staatlichen Rechteinhaber auf das Archiv übergegangen sind oder vertraglich vom Urheber übertragen wur-

den – oder sie sind bereits erloschen, weil es sich zum Beispiel nur um Lichtbilder und nicht um Lichtbildwerke handelt. Für weit mehr als drei Mio. Bilder ist die Rechtesituation ungeklärt, weil der Urheber unbekannt ist. In gewisser Weise handelt es sich hierbei also um „verwaiste Werke“. Der für die Onlinestellung von verwaisten Werken eigens geschaffene § 61 UrhG ist hier indes nicht anwendbar. Er gilt nicht für Fotos. Allenfalls in Ausnahmefällen sind auch Fotos erfasst – dann nämlich, wenn sie in Büchern, Zeitschriften oder Ähnlichem erschienen sind. Dies ist bei Archivgut in der Regel nicht der Fall. Die andere im Gesetz genannte Möglichkeit ist, dass die Bestand haltende Institution das Werk bereits mit Zustimmung des Rechteinhabers zugänglich gemacht hat. Dies kann nur für den sehr kleinen Teil an Bildern geltend gemacht werden, bei dem ein Rechteinhaber dem Bundesarchiv seine Bilder übergeben hat, der nun aber nicht mehr auffindig gemacht werden kann, um die Nutzungsrechte zu erweitern. Für einen Großteil der Bilder, die über ehemalige Nutzungsinhaber ohne vollständige Informationen über den Urheber und den Umfang an übertragenen Nutzungsrechten ins Bundesarchiv gelangten, greift das Gesetz nicht. Es bleibt dahingestellt, ob dies wünschenswert wäre, weil die vom Urheberrechtsgesetz auferlegten Bedingungen zur sorgfältigen Suche des Rechteinhabers für Fotos in der Praxis nicht umsetzbar sind. Damit können fast drei Millionen Bilder nicht öffentlich zugänglich gemacht werden, da die Folgen einer Urheberrechtsverletzung für Archive nicht kalkulierbar sind. Es fehlen für beide Seiten faire Verfahren, die das Risiko einer unberechtigten öffentlichen Zugänglichmachung ebenso kalkulierbar machen wie sie die wirtschaftlichen Interessen der Urheber wahren. In der Konsequenz bedeutet dies eine Schmälerung des digital aufbereiteten kulturellen Erbes und vor allem einen wirtschaftlichen Verlust für die unbekanntes Urheber, die keine Möglichkeit bekommen, ihre Verwertungsrechte auszuüben. Noch komplexer gestaltet sich die Situation bei Filmen, an denen eine Vielzahl beteiligter Urheber- und verwandte Leistungsschutzrechte inhaben kann.

Die genannten Probleme beim Umgang mit urheberrechtlich geschützten Werken im Archiv wirken sich je nach Nutzungsform unterschiedlich gravierend auf Archive und ihre Nutzer aus.

Die klassische Nutzung von Archivgut findet im Lesesaal statt: Ein einzelner, bekannter Benutzer sieht Akten, Fotos, Karten oder Pläne ein. Die bloße Nutzung im Lesesaal ist keine Handlung, die urheberrechtlichen Regelungen unterliegt. Im urheberrechtlichen Sinne kann man vom „Werkgenuss“ sprechen, wenn Akten gelesen oder Fotos betrachtet werden – vergleichbar mit einem Besuch im Museum, bei dem die ausgestellten Kunstwerke betrachtet werden. Das Archiv lässt sich vom Benutzer unterschreiben, dass er Urheberrechts- und Persönlichkeitsschutzbelange zu achten hat und stellt sich von jeder Haftung im Falle einer Klage frei. Das ist gängige Praxis, gerichtlich bestätigt und gut für das Archiv – allerdings schon dann wenig hilfreich für die Benutzer, wenn sie aus den ihnen vorgelegten Akten zitieren wollen. Denn das Zitatrecht des Urheberrechts bezieht sich ganz ausdrücklich nur auf veröffentlichte Werke.

Problematisch wird es für Archiv und Benutzer gleichermaßen, wenn die Nutzung nicht im Lesesaal, sondern anhand von Kopien erfolgt. Hierbei handelt es sich um eine jahrzehntelang bewährte Praxis, die auf Verordnungsstufe über die Benutzungsverordnungen geregelt ist. Benutzer können für ihre jeweiligen Forschungszwecke Kopien von Archivgut bestellen oder anfertigen, die sie nicht weitergeben dürfen und nach Abschluss ihrer Arbeiten vernichten müssen. § 60 e Abs. 4 in Verbindung mit § 60 f Abs. 1 des Referentenentwurfs für ein Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz soll nun erstmals den Umgang mit Vervielfältigungen für Archive regeln. Geregelt wird aber nur der Umgang mit den von den Nutzern selbst erstellten Kopien an Terminals, zum Beispiel an „Readerprintern“ im Lesesaal. Hier soll die Anzahl der Vervielfältigungen auf zehn Prozent eines Werkes beschränkt werden. Erlaubt sind auch Vervielfältigungen von einzelnen Abbildungen, Beiträgen aus derselben Zeitung oder Zeitschrift, sonstigen Werken geringen Umfangs und vergriffenen Werken. Vervielfältigungen übermitteln dürfen Archive im Gegensatz zu Bibliotheken explizit nicht. Nun stellt sich zunächst die Frage, ob diese Regelungen überhaupt für das Gros der archivischen Überlieferung greifen, bestehen Akten doch in der Regel immer nur zu einem Teil aus urheberrechtlich geschütztem Material. Die Unikalität des Archivgutes könnte es zulassen, dieses mit vergriffenen Werken gleichzusetzen, da den Nutzern ein alternativer käuflicher Erwerb der Werke unmöglich ist. Müssten Archive das geplante Ge-

setz allerdings strenger umsetzen, liefe es den Benutzerinteressen diametral entgegen. Es ist in den letzten Jahren ein deutlicher Rückgang der persönlichen Nutzungen im Archiv zu verzeichnen. Gleichzeitig steigen die schriftlichen Nutzungen kontinuierlich an. Gerade im Bereich der akademischen Qualifizierungsarbeiten ist es heute oft gar nicht mehr möglich, ausgedehnte Archivreisen zu unternehmen. Stattdessen wird entweder das Aktenstudium auf das grobe Identifizieren relevanten Materials beschränkt, dessen ausführliche Auswertung anhand von Kopien erfolgt, oder der Besuch im Archiv entfällt ganz und es werden direkt Kopien bestellt.

Die dritte Form der Nutzung ist jene über frei zugängliche Angebote im Internet, die entweder vom Archiv selbst bereitgestellt oder von den Benutzern über eine „Digitalisierung on demand“ veranlasst werden.⁹ Allerdings bringt gerade diese zukunftsweisende und benutzerfreundliche Variante die meisten Kollisionen mit dem Urheberrecht mit sich. Auf das einzelne Stück bezogen sind die oben aufgeführten Probleme nicht unlösbar. Es ist grundsätzlich nicht unmöglich, den Autor eines Zeitungsartikels oder seinen Verlag zu kontaktieren, den Rechteinhaber eines Gutachtens zu ermitteln oder die Korrespondenzpartner eines Nachlassers um die Einwilligung in die öffentliche Zugänglichmachung ihrer Briefe zu bitten. Das Problem liegt in der schieren Menge. Digitale Bereitstellung sollte mehr sein als ein bloßes Schaufenster für die Zimelien eines Archivs und tatsächlich für viele Forschungsthemen den Besuch im Archiv wenigstens teilweise ersetzen.¹⁰ Dies hätte auch den Mehrwert, dass Forschungsergebnisse mit einem direkten Klick auf die Quelle intersubjektiv überprüfbar werden. Bei einem solchen Ansatz ist jedoch eine Einzelfallprüfung absolut ausgeschlossen. Das lässt sich ebenso klar konstatieren wie die Tatsache, dass nach der momentanen Rechtslage „das öffentliche Zugänglichmachen von Werken zustimmungs- und vergütungspflichtig“¹¹ ist.

⁹ Siehe zum Modell der „Digitalisierung on demand“: Hänger Andrea (2015). Gebührenordnungen im Widerspruch zu Informationsweiterverwendungsgesetz und Open Access?!. In: Euler, Ellen / Hagedorn-Saupe, Monika / Maier, Gerald / Schweibens, Werner / Sigelschmidt, Jörg (Hg.). Handbuch Kulturportale. Online-Angebote aus Kultur und Wissenschaft. Berlin/Boston. S. 44–50, hier S. 50.

¹⁰ Hollmann, Michael (2016). Deutschland in zwei Nachkriegszeiten. Der Einstieg in das Online-Archiv des Bundesarchivs. In: Der Archivar 69 (2016). S. 6–8.

In der Diskussion um mögliche Lösungen wird oft der *Fair Use* aus dem US-amerikanischen Recht angeführt. Diese Doktrin ermöglicht die Wiedergabe urheberrechtlich geschützten, auch unveröffentlichten Materials u. a. für Zwecke der Wissenschaft und Bildung unter bestimmten Bedingungen. Dabei sollte für beide Seiten – Gedächtnisinstitutionen und Urheber – Fairness gelten, da es für die Urheber nicht hinnehmbar sein kann, dass sie grundsätzlich nicht vergütet werden.¹²

Allerdings besteht zurzeit überhaupt keine Möglichkeit, dass Archive ihren Anteil an Lizenzgebühren für die Nutzung der bei ihnen verwahrten Werke zahlen, da es gar keine Verwertungsgesellschaften gibt, die für das heterogene Archivmaterial zuständig sind. Hier wäre ein erster Ansatzpunkt für eine deutliche Verbesserung der Situation in Bezug auf alle veröffentlichten Werke. Wünschenswert wäre auch eine dem US-amerikanischen Vorbild folgende großzügigere Ausnahme amtlicher Werke vom Urheberrecht. Die enge deutsche Regelung erscheint in Zeiten von „Open Government“ und dem Informations-Weiterverwendungs-Gesetz nicht mehr zeitgemäß.

Ungelöst bleiben die Hindernisse, die sich aus der persönlichkeitsrechtlichen Komponente des Urheberrechtes ergeben und die für die Mehrzahl der in Archiven verwahrten Werke gelten, weil sie nicht veröffentlicht sind. Hier sind Verwertungsgesellschaften keine Lösung. Die extrem langen Fristen überschatten aus archivischer Perspektive noch immer das gesamte 20. Jahrhundert. Die anfangs erwähnten Briefe von Günter Grass werden auch noch fast das gesamte 21. Jahrhundert, das heißt bis 2086, nicht zitiert werden dürfen. Mag die eigentumsrechtliche Komponente des Urheberrechts durchaus gerade in ihrem langen Bestand Sinn machen, weil in gewisser Weise zumindest bei Verlagen oder in der Musikindustrie das Alte das Neue finanzieren kann, ist der Nutzen der langen Fristen im Bereich des Urheberpersönlichkeitsschutzes weniger erkennbar. Im Vergleich zu

¹¹ Wandtke, Artur Axel (2015). Kulturportale und Urheberrecht. In: Euler, Ellen / Hagedorn-Saupe, Monika / Maier, Gerald / Schweibens, Werner / Sigelschmidt, Jörg (Hg.). Handbuch Kulturportale. Online-Angebote aus Kultur und Wissenschaft. Berlin/Boston. S. 33–43, hier S. 42 f.

¹² Einen Vorschlag für eine Übernahme einiger Aspekte des *Fair Use* in den europäischen Rechtsrahmen macht Metzger, Axel (2010). Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft. *Fair Use* oder enge Einzeltatbestände? In: Leistner, Matthias (Hg.). Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums. Tübingen. S. 101–122.

den Regelungen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Archivgesetz erscheint es fragwürdig, dass selbst der Umgang mit Aufzeichnungen über intimste Geheimnisse eines Menschen spätestens 60 Jahre nach ihrer Entstehung oder zehn Jahre nach seinem Tod seiner Verfügungsgewalt entzogen sind, während das Recht, über die Veröffentlichung eines Werkes zu entscheiden, noch mehr als zwei Generationen bestehen bleibt.

Eine echte Lösung ist nicht in Sicht. Eine Schrankenregelung für Kulturportale¹³ wird zwar diskutiert, aber ohne dass aufseiten der Gesetzgebung Absichten zu ihrer Realisierung erkennbar wären.¹⁴ Eine Möglichkeit, zumindest im Umgang mit Materialien der öffentlichen Hand zu einer Lösung zu kommen, wäre eine Erweiterung der Vorschrift zu „amtlichen Werken“ in dem Verständnis, das der US-amerikanischen Regelung der „Section 105“ des „Copyright Act“ zugrunde liegt: Da Mitarbeiter im öffentlichen Dienst für ihre Arbeit bereits entlohnt wurden und die Nutzungsrechte vielfach ohnehin auf den Dienstherrn übergehen, wäre eine solche Regelung auch nicht von den üblichen Interessengegensätzen betroffen, die sonst den urheberrechtlichen Diskurs bestimmen.

Den Archiven bleibt ansonsten nur, auf Zeitablauf zu setzen und mit den Themen zu beginnen, bei denen die urheberrechtlichen Herausforderungen zunehmend beherrschbar werden – wie das 2014 frei geschaltete Portal des Bundesarchivs zum Ersten Weltkrieg¹⁵ oder das für Anfang 2018 geplante Portal zur Weimarer Republik.¹⁶ Bei aktuelleren Themen wird es schwierig, die Angebote müssen bei der momentanen Rechtslage notgedrungen sehr übersichtlich bleiben.¹⁷ Wenn sich hieran etwas ändern soll, ist die Politik gefordert, die nötigen Rahmenbedingungen zu schaffen.

¹³ Euler, Ellen (2013). Bildstörung: Zur Notwendigkeit einer urheberrechtlichen Privilegierung für Vorschaubilder und Katalogbilder im Internet. In: CR 2013. S. 616–620.

¹⁴ Wandtke 2015, S. 42 f.

¹⁵ Menzel, Thomas (2014). Digitalisierungsinitiative im Kontext des Projektes „Gedenkjahr 1914 – Ausbruch des Ersten Weltkriegs“. In: Forum. Das Fachmagazin des Bundesarchivs (2014). S. 13–17.

¹⁶ Der Aufbau des Portals wird bereits jetzt in einem Blog beschrieben. Vgl. <https://blogweimar.hypotheses.org/> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

¹⁷ Hier ließe sich das Beispiel des gemeinsam vom Bundesarchiv und der Stiftung Aufarbeitung aufgebaute Angebot zu 25 Jahren Wiedervereinigung nennen.

Julia Reda

Kulturelles Erbe befreien: zur Notwendigkeit einer europäischen Lösung

Die Digitalisierung ist eine große Chance für Gedächtnisinstitutionen, kulturelles Erbe in einer bislang ungekannten Breite für zukünftige Generationen zu bewahren und immer größeren Personenkreisen zugänglich zu machen. Trotz dieses enormen Potenzials geht die Digitalisierung analoger kultureller Erzeugnisse und die systematische Archivierung genuin digitaler Werke („Web Harvesting“) nur schleppend voran. Gedächtnisinstitutionen sehen sich einem Dickicht urheberrechtlicher Regelungen ausgesetzt, deren Verständnis und strikte Befolgung enorme Ressourcen verschlingt. Der deutsche Gesetzgeber schöpft seine Gestaltungsmöglichkeiten zwar bei Weitem nicht aus, ist aber gleichzeitig auch durch europarechtliche Vorgaben eingeschränkt. Angesichts der sehr zaghaften Anpassung des europäischen „Urheberrechtsacquis“ an das digitale Zeitalter haben einige europäische Staaten Behelfslösungen gefunden, um die Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung insbesondere vergriffener Werke im Rahmen der bestehenden EU-Richtlinien zum Urheberrecht zu ermöglichen. Es mag verlockend sein, diese auf erweiterten kollektiven Lizenzen¹ oder auf Vermutungsregelungen² basierenden nationalen Regelungen nun im europäischen Recht fortzuschreiben; mit diesem Ansatz geht die Europäische

¹ So etwa in Schweden, geregelt durch §42 a ff. des Schwedischen Urheberrechtsgesetzes (Gesetz 1960:729).

² Eine solche Vermutungsregelung wurde für vergriffene Werke in Deutschland durch § 13 d Urheberrechts-Wahrnehmungsgesetz zeitgleich zur Umsetzung der Richtlinie 2012/28/EU über bestimmte zulässige Formen der Nutzung „verwaister Werke“ im Jahr 2013 eingeführt (BGBl. I S. 3728).

Union jedoch dem grundlegenden Reformbedarf des Urheberrechts aus dem Weg.

Erst spät hat der europäische Gesetzgeber angesichts mangelnder Flexibilität im Urheberrecht die Probleme von Gedächtnisinstitutionen erkannt und in den vergangenen Jahren Richtlinien auf den Weg gebracht, die die Zugänglichkeit unseres kulturellen Erbes über das Internet verbessern sollen. Vorausgegangen waren Versuche, die lediglich auf freiwillige Vereinbarungen zwischen den betroffenen Parteien setzten.³ Der erste gesetzgeberische Vorstoß in diese Richtung, die Richtlinie über bestimmte zulässige Nutzungen „verwaister Werke“,⁴ kann angesichts nicht praktikabler Prüfungspflichten für die potenziellen Nutzer „verwaister Werke“ und dementsprechend geringfügiger tatsächlicher Nutzung⁵ als gescheitert angesehen werden. Im September 2016 stellte der damalige Digitalkommissar Günther Oettinger einen weiteren Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vor⁶, der zwar nicht das von Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker in Aussicht gestellte „Einreißen nationaler Silos im Urheberrecht“ und damit eine weitgehende Harmonisierung des europäischen Urheberrechts vorsieht, aber zumindest Regelungen enthält, die die Massendigitalisierung kulturellen Erbes ermöglichen sollen. Relevant sind in diesem Kontext insbesondere Art. 5 bis 9, die eine verpflichtende Urheberrechtsausnahme für Zwecke des Erhalts kulturellen Erbes sowie eine Regelung für erweiterte kollektive Lizenzen für vergriffene Werke vorsehen.

Mit dem Vorschlag für erweiterte kollektive Lizenzen zur Digitalisierung und Zugänglichmachung vergriffener Werke greift die Europäische Kommission einen Trend auf, der in zahlreichen Mitgliedsstaaten aus der Not geboren wurde, nationale Urheberrechtsgesetze in den engen Grenzen

³ Absichtserklärung über die wichtigsten Grundsätze für die Digitalisierung und Zugänglichmachung von vergriffenen Werken. Vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf vom 20.9.2011 (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

⁴ Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung „verwaister Werke“ (ABl. L 299 vom 27.10.2012, S. 5–12).

⁵ Mit dem Stand vom 20.3.2017 sind insgesamt 2.041 Haupt- und 6.397 eingebettete Werke in der Datenbank „verwaister Werke“ des Amtes der Europäischen Union für Geistiges Eigentum (EUIPO) aufgelistet.

⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vom 14.9.2016. (2016/0280 (COD)). Im Folgenden: Richtlinienentwurf.

der Informationsgesellschafts-Richtlinie (InfoSoc-RL)⁷, die eine abschließende Liste optionaler Urheberrechtsschranken und -ausnahmen enthält, fortschreiben zu müssen. Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen und Archive dürfen demnach Werke aus ihren eigenen Sammlungen maximal „auf eigens hierfür eingerichteten Terminals in den Räumlichkeiten der genannten Einrichtungen“⁸ zugänglich machen, nicht aber über das Internet. Der Rückgriff auf erweiterte kollektive Lizenzen hat sich für einige Werksgattungen, insbesondere für Bücher, als pragmatische Lösung zur Durchführung von Massendigitalisierungsprojekten erwiesen, deren Ergebnisse online öffentlich zugänglich gemacht werden sollen. Selbst die erfolgreichsten dieser Projekte⁹ scheitern aber spätestens an der Aufgabe, Bestände auch über Landesgrenzen hinweg anzubieten – wie es einer europäischen Kulturpolitik angemessen wäre. Die Legalität dieser Projekte wurde zudem jüngst durch ein Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union infrage gestellt.¹⁰

Der laufende Reformprozess wäre demnach eine willkommene Gelegenheit, die praktischen Hürden für die Nachnutzung kulturellen Erbes auf den Weg zu bringen. Tatsächlich schlägt die Kommission vor, die bislang bloß optional geltende Reproduktionsschranke zugunsten von Gedächtnisinstitutionen verpflichtend zu machen – zumindest soweit dies zum Erhalt des Kulturerbes notwendig ist.¹¹ In Erwägungsgrund 18 wird dabei explizit auf die Digitalisierung als Technik zur Bewahrung kulturellen Erbes verwiesen. Diese verpflichtende Urheberrechtsschranke ist eine

⁷ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. (ABl. L 167 vom 22. Juni 2001. S. 10–19). Im Folgenden: InfoSoc-RL.

⁸ InfoSoc-RL Art. 5 Abs.3 lit. n.

⁹ Norwegen geht sogar über vergriffene Werke hinaus und hat alle in Norwegen erschienenen Bücher digitalisiert. Grundlage für das „bokhylla“ genannte Projekt ist eine Vereinbarung zwischen der Norwegischen Nationalbibliothek und der Verwertungsgesellschaft Kopinor vom August 2012. Vgl. <http://www.kopinor.no/avtaletekster/bokhylla-avtalen> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017). Als EFTA-Mitglied hat Norwegen die Verpflichtung, die InfoSoc-RL umzusetzen, da diese in Annex XVII des EFTA-Vertragswerkes als relevant für den europäischen Binnenmarkt eingestuft wird. Vgl. <https://www.efta.int/media/documents/legal-texts/eea/the-eea-agreement/Annexes%20to%20the%20Agreement/annex17.pdf> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

¹⁰ C-301/15 „Soulier und Doke“. Urteil des Gerichtshofs (Dritte Kammer) vom 16.11.2016 (ECLI:EU:C:2016:878). Im Folgenden: Soulier und Doke.

¹¹ InfoSoc-RL Art. 5.

notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für die öffentliche Bereitstellung kulturellen Erbes, da die Kommission es versäumt, die öffentliche Zugänglichmachung der mittels Digitalisierung bewahrten Werke ebenfalls durch eine Schrankenregelung zu gestatten. Stattdessen schlägt die Kommission in Art. 7 bis 9 eine Regelung für die grenzüberschreitende öffentliche Wiedergabe oder Zugänglichmachung vergriffener Werke mittels erweiterter kollektiver Lizenzen vor. Die aus der Not geborene Reaktion einiger Mitgliedsstaaten auf das Fehlen geeigneter Urheberrechtsschranken erklärt die Kommission also kurzerhand zur Tugend und erhebt die erweiterten kollektiven Lizenzen zum europaweiten Standard. Dieses Vorgehen ist in vielerlei Hinsicht problematisch.

Alle Ansätze zur Massendigitalisierung haben gemein, dass sie das Grundproblem der individuellen Rechtklärung lösen müssen. Im Gegensatz zu Digitalisierungsvorhaben einzelner Werke, bei denen eine Verhandlung mit den Rechteinhabern¹² unter Umständen möglich und praktikabel ist, zeichnet sich die Massendigitalisierung durch eine so große Zahl individueller, bekannter oder nicht bekannter Rechteinhaber aus, dass auf individueller Rechtklärung aufbauende Vorhaben an zu hohen Transaktionskosten für die Suche der Rechteinhaber und die Verhandlung von Lizenzen scheitern. Auf dieses Grundproblem weist die „Hamburger Note“ hin:

Wenn die Chancen der Digitalisierung genutzt werden sollen, bedarf es aber gesetzlicher Rahmenbedingungen, die für alle öffentlichen Gedächtnisinstitutionen eine rechtliche Einzelfallprüfung entbehrlich machen und grundsätzlich eine Sichtbarmachung von Beständen im Internet ermöglichen.¹³

Während Urheberrechtsschranken die individuelle Rechtklärung vermeiden, indem sie die Exklusivrechte der Urheber aufgrund eines überwiegenden öffentlichen Interesses ein Stück weit einschränken, basieren erweiterte kollektive Lizenzsysteme auf der Annahme, dass Verwertungsgesellschaften für eine bestimmte Werkgattung legitimiert sind, auch im Namen

¹² Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

¹³ Vgl. http://hamburger-note.de/?page_id=2 (zuletzt aufgerufen am: 22.8.2017).

von Urhebern anderer Werke der gleichen Werksgattung, die nicht Mitglied dieser Verwertungsgesellschaft sind, Lizenzverträge abzuschließen. In Vermutungsregelungen, wie etwa dem § 51 Verwertungsgesellschaftengesetz (VGG)¹⁴ zu vergriffenen Büchern in Deutschland, ist explizit gemacht, dass es sich hierbei um eine (widerlegbare) Vermutung handelt. Es ist offensichtlich, warum zahlreiche Mitgliedsstaaten angesichts der Tatsache, dass eine öffentliche Zugänglichmachung über das Internet mittels Schrankenregelungen im Rahmen des europäischen Rechts nicht gestattet ist diesen Weg gewählt haben. Dennoch kann es sich bei erweiterten kollektiven Lizenzen nur um eine Teillösung handeln, da ihr Anwendungsbereich natürlicherweise auf diejenigen Werksgattungen beschränkt bleiben muss, für die es Verwertungsgesellschaften gibt. Insbesondere in den Beständen von Museen und Archiven finden sich aber auch zahlreiche Werke, die, wie beispielsweise graue Literatur, niemals für eine kommerzielle Verwendung bestimmt waren („never in commerce works“). Da die Urheber solcher Werke ihre Rechte typischerweise nicht durch Verwertungsgesellschaften wahrnehmen lassen, lässt sich eine Regelung, die Verwertungsgesellschaften zur Lizenzierung aller Werke einer solchen Werksgattung ermächtigt, nur schwer verteidigen. Doch selbst bereits bestehende, erweiterte kollektive Lizenzen dürften seit dem jüngst ergangenen EuGH-Urteil im Fall Soulier und Doke rechtlich auf wackeligen Füßen stehen.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) untersuchte die Vereinbarkeit der französischen Regelung zur digitalen Nutzung vergriffener Bücher durch Verlage¹⁵ mit der InfoSoc-RL. Geklagt hatten eine Autorin und ein Autor, der französische „Conseil d’État“ hatte eine Vorabentscheidung des EuGH zur Auslegung der Exklusivrechte und der Schrankenbestimmungen in der InfoSoc-RL ersucht. Am 16. November 2016, also wenige Monate nach Veröffentlichung des Entwurfs der Europäischen Kommission für eine Regelung zu vergriffenen Werken, fällte der EuGH sein Urteil und erklärte die französische Regelung zu vergriffenen Büchern für unvereinbar – nicht nur

¹⁴ Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften vom 24.5.2016. (BGBl. I S. 1190, Verwertungsgesellschaftengesetz – VGG).

¹⁵ Dekret Nr. 2013-182 vom 27. Februar 2013 über die Anwendung der ABl. L. 134-1 bis L. 134-9 des Gesetzbuchs über das geistige Eigentum und die digitale Nutzung vergriffener Bücher des 20. Jahrhunderts. Vgl. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2013/2/27/MCCB1240663D/jo/texte> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

mit der InfoSoc-RL, sondern auch mit dem völkerrechtlichen Rechtsrahmen der Berner Übereinkunft.

Die Besonderheit der französischen Regelung ist, dass die Lizenz zur digitalen Verbreitung vergriffener Bücher nicht an Gedächtnisinstitutionen, sondern an Verlage vergeben wird, die die Bücher anschließend gewerblich verwerten dürfen. In ihrer Klage hatten Soulier und Doke angeführt, es handle sich bei der französischen Regelung um eine Beschränkung des ausschließlichen Rechts auf Vervielfältigung, das in der abgeschlossenen Liste möglicher Schranken und Ausnahmen der InfoSoc-RL nicht vorgesehen sei.¹⁶ Zwar hat sich der EuGH nicht explizit der Argumentation angeschlossen, es handele sich bei erweiterten kollektiven Lizenzvereinbarungen um ein Äquivalent zu einer Urheberrechtsschranke, jedoch hat er festgestellt, dass die französische Regelung in Abwesenheit einer anwendbaren optionalen Schranke in der InfoSoc-RL¹⁷ eine Verletzung des exklusiven Vervielfältigungsrechts der Urheber darstellt, auch wenn diese die Möglichkeit haben, der Lizenzierung ihrer Werke unter Umständen zu widersprechen. Ausschlaggebend hierfür sei die notwendigerweise weite Auslegung der Exklusivrechte der Urheber, die gemäß der Berner Übereinkunft auch die Ausübung dieser Rechte umfasse.¹⁸ Jegliche nicht von Schrankenregelungen gedeckte Nutzung der Werke dürfen demnach nur nach zumindest impliziter Zustimmung des Urhebers stattfinden. Von einer impliziten Zustimmung könne nur dann ausgegangen werden, wenn der Urheber tatsächlich über die potenzielle Nutzung des Werks und etwaiger Einspruchsmöglichkeiten informiert wurde.¹⁹ So seien nationale Gesetzgebungen zur Nachnutzung vergriffener Werke zwar nicht grundsätzlich unzulässig, die französische Regelung habe aber versäumt, eine tatsächliche

¹⁶ Soulier und Doke, Randnummer 19. Die InfoSoc-RL erlaubt den Mitgliedsstaaten in Art. 5 Abs. 2 lit. c die Einführung von Ausnahmen des Vervielfältigungsrechts zugunsten von Gedächtnisinstitutionen und in Art. 5 Abs. 3 lit. n weiterhin auch Ausnahmen vom Recht auf öffentliche Zugänglichmachung, jedoch nur „auf eigens hierfür eingerichteten Terminals in den Räumlichkeiten der genannten Einrichtungen“. Da die französische Regelung zu vergriffenen Werken nicht Gedächtnisinstitutionen begünstigt, hat der EuGH diese Bestimmungen in seinem Urteil nicht berücksichtigt. Sie könnten jedoch für die Bewertung anderer nationaler Regelungen erweiterter kollektiver Lizenzen relevant sein.

¹⁷ Ebd., Randnummer 26 f.

¹⁸ Ebd., Randnummer 31 f.

¹⁹ Ebd., Randnummer 38 ff.

Information der Urheber sicherzustellen, was angesichts der gewerbsmäßigen Nachnutzung der Werke besonders notwendig gewesen wäre. Weiterhin wird bemängelt, dass Urheber nach der französischen Regelung der Nachnutzung ihrer Werke (Bücher) nur dann wirksam widersprechen können, wenn sie nachweisen, dass sie die alleinigen Rechteinhaber an dem betreffenden Buch sind. Diese Regelung widerspreche dem Ausschluss von Förmlichkeiten als Voraussetzung für die Ausübung von Exklusivrechten, die aus der Berner Übereinkunft hervorgehe.²⁰

Zwar unterscheidet sich die im Fall Soulier und Doke untersuchte Regelung zu vergriffenen Büchern insbesondere mit Blick auf die gewerbliche Nachnutzung in einigen wichtigen Punkten, wie die fehlenden Anstrengungen zur tatsächlichen Information der Urheber und die nur eingeschränkten Widerspruchsmöglichkeiten, von ähnlichen Regelungen in anderen Ländern. Dennoch ist denkbar, dass alle Initiativen erweiterter kollektiver Lizenzen an der Anforderung scheitern könnten, alle Urheber tatsächlich über die Nachnutzung zu informieren, sofern der europäische Gesetzgeber für ihren Geltungsbereich keine Schranken oder Ausnahmen vorgesehen hat. Die individuelle Verhandlung mit allen Betroffenen und die damit einhergehenden Transaktionskosten sind ja gerade das Problem, das erweiterte kollektive Lizenzen zu umgehen versuchen, wobei ein nicht unwesentlicher Teil dieser Transaktionskosten auf das Auffinden und Kontaktieren aller Urheber entfallen könnte. Diese rechtliche Unsicherheit ist ein starkes Argument dafür, jegliche bereits bestehenden Initiativen zur Massendigitalisierung zumindest durch eine optionale Urheberrechtsschranke auf europäischer Ebene abzusichern, wenn der europäische Gesetzgeber bereits diese Massendigitalisierungsprojekte nicht aufs Spiel setzen will. Wenn aber die Voraussetzung für Urheberrechtsschranken und -ausnahmen im Europarecht erst einmal geschaffen wurde, stellt sich die Frage, warum man überhaupt noch auf das Hilfskonstrukt der erweiterten kollektiven Lizenzen zurückgreifen sollte, wenn sich die Bereitstellung kulturellen Erbes über das Internet viel eleganter und rechtssicherer über Urheberrechtsschranken realisieren lässt. Sollte durch die Nachnutzung vergriffener Werke tatsächlich ein wirtschaftlicher Verlust entstehen – was angesichts der Natur kommerziell nicht mehr verwerteter Werke zumin-

²⁰ Ebd., Randnummer 50.

dest zweifelhaft ist – könnte dieser durch eine Urheberrechtsabgabe ebenso wie durch eine Lizenzgebühr kompensiert werden.

Tatsächlich hat eine Schrankenregelung gegenüber erweiterten kollektiven Lizenzen entscheidende Vorteile. Selbst wenn der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine europarechtliche Regelung erweiterter kollektiver Lizenzen für vergriffene Werke geeignet sein sollte, die Bedenken des EuGH auszuräumen²¹, so versetzt er Gedächtnisinstitutionen doch nicht in die Lage, beliebige Sammlungen vergriffener Werke öffentlich zugänglich zu machen. Zunächst ist die vorgeschlagene Lösung abhängig von der Existenz einer für die jeweilige Werksgattung repräsentativen Verwertungsgesellschaft. Diese Einschränkung schließt nicht nur solche Werke aus, die typischerweise nicht von Verwertungsgesellschaften lizenziert werden, da sie kommerziell nicht relevant sind, sondern es gibt auch erhebliche Unterschiede zwischen dem Organisationsgrad kollektiver Rechteverwertung zwischen den Mitgliedsstaaten. So verfügen beispielsweise Estland, Zypern und Malta über keine Verwertungsgesellschaft für Textwerke, in den Niederlanden gibt es keine kollektive Rechteverwertung für die Rechte von Filmproduzenten und in Slowenien keine für Fotografien.²²

Selbst wenn eine hinreichend repräsentative Verwertungsgesellschaft für die bestehende Werksgattung existiert, ist es dieser nach wie vor selbst überlassen, ob sie unter praktikablen Konditionen Lizenzen für die digitale Nachnutzung der von ihr verwalteten Werke erteilen will. Schließlich können auch die von der Verwertungsgesellschaft angesetzten Preise für die Lizenzen für Gedächtnisinstitutionen unerschwinglich sein. Der Vorschlag der Europäischen Kommission ist also im Wesentlichen dazu geeignet, die durch das Soulier-Urteil entstandene Rechtsunsicherheit für bereits bestehende erweiterte kollektive Lizenzen zu beseitigen und darüber hinaus die grenzübergreifende Zugänglichkeit der auf diese Weise lizenzierten Werke

²¹ Zumindest im Hinblick auf die Information der Urheber trifft Art. 7 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags einige Regelungen. Es ist aber unklar, ob diese, wie vom EuGH gefordert, geeignet sind, alle Betroffenen tatsächlich über geplante Nachnutzungen zu informieren.

²² Präsentation der Konferenz der Europäischen Nationalbibliotheken (CENL) im Europäischen Parlament in Straßburg am 15.3.2017, basierend auf Angaben der International Federation of Reproduction Rights Organisations (IFRRO), der maltesischen Regierung und eigenen Erhebungen an Bibliotheken aus den jeweiligen Ländern.

zu ermöglichen.²³ Er enthält aber keinerlei Verpflichtung für die Mitgliedsstaaten, die tatsächliche Existenz erweiterter kollektiver Lizenzen für alle Werksgattungen sicherzustellen. Der Situation, dass in vielen Mitgliedsstaaten auch heute noch eine Lösung zur Massendigitalisierung vergriffener Bücher fehlt, wird dadurch nicht geholfen. Um Rechtssicherheit für bestehende Projekte zu liefern, muss der Kommissionsvorschlag zumindest um eine Änderung der InfoSoc-RL ergänzt werden, die die Knüpfung der bestehenden Ausnahme für die öffentliche Zugänglichmachung zugunsten von Gedächtnisinstitutionen an die Nutzung von „eigens hierfür eingerichteten Terminals in den Räumlichkeiten der genannten Einrichtungen“ entfernt. Anderenfalls könnten die neuen Artikel zu vergriffenen Werken im Richtlinienvorschlag mit den Exklusivrechten aus der InfoSoc-RL kollidieren, wenn sie nicht geeignet sind, Urheber und Urheberinnen über die Nutzung ihrer Werke im Rahmen von erweiterten kollektiven Lizenzen tatsächlich in Kenntnis zu setzen.

Durch den Richtlinienvorschlag könnten sogar unbeabsichtigte Folgeprobleme für die wenigen bestehenden Projekte entstehen, da der Vorschlag eine Definition vergriffener Werke einführt, die an eine große Anzahl von Voraussetzungen geknüpft ist. Sollte es am Ende den begünstigten Gedächtnisinstitutionen auferlegt werden, für jedes Werk oder anderen Schutzgegenstand zu überprüfen, ob er, wie es in der Definition vergriffener Werke der Kommission heißt, „in all seinen Übersetzungen, Fassungen und Erscheinungsformen auf den üblichen Vertriebswegen für die Öffentlichkeit nicht erhältlich ist und nach menschlichem Ermessen nicht davon ausgegangen werden kann, dass er in Zukunft erhältlich sein wird“²⁴, dürfte die Digitalisierung und Zugänglichmachung vergriffener Werke an ähnlichen praktischen Problemen scheitern wie bereits die Regelung zu „verwaisten Werken“ – nämlich an unverhältnismäßigen Transaktionskosten. Warum sollte beispielsweise eine Bibliothek erst die gewerbliche Verfügbarkeit der finnischen Übersetzung eines Buches überprüfen, ehe sie die deutsche Originalfassung ihrem überwiegend deutschsprachigen Publikum zugänglich machen darf? Wie kann ein Archiv überprüfen, ob ein bestimmtes Foto in seinen Archivbeständen als eingebettetes Werk bereits in einem noch im

²³ Grenzübergreifende Nutzungen sind in Art. 8 des Richtlinienentwurfs geregelt.

²⁴ Art. 7 Abs. 2 Richtlinienentwurf.

Vertrieb befindlichen Sammelband abgedruckt wurde? Schließt „in all seinen Erscheinungsformen“ auch solche eingebetteten Werke ein? Unklar ist auch, in welchem Verhältnis diese Definition zu bereits geltenden nationalen Gesetzen zu vergriffenen Werken stehen soll. Die deutsche Regelung zu vergriffenen Werken gilt für alle Textwerke, deren Erstveröffentlichung von dem 1. Januar 1966 stattgefunden hat.²⁵ Einerseits beschränkt dieser Ansatz den Nutzen der Regelung erheblich, da neuere vergriffene Werke pauschal ausgeschlossen sind, andererseits ver-ringert er den Prüfungsaufwand für die Anwendung der Regelung erheblich. Es ist unklar, ob nach Implementierung des Richtlinienvorschlags der Kommission in nationales Recht zusätzliche Kriterien für die Definition vergriffener Werke auch auf die bereits bestehende Regelung angewendet werden müssten.

Leider versäumt es der Richtlinienvorschlag ebenfalls, eine weniger diskutierte, aber nichtsdestotrotz reale Hürde für die Bewahrung kulturellen Erbes aus dem Weg zu räumen, die nicht die analogen Archivbestände unserer Gedächtnisinstitutionen betrifft, sondern die neuen kulturellen Erzeugnisse, die jeden Tag in digitaler Form geschaffen und über das Internet bereitgestellt werden. Um diese „born digital“-Werke sammeln und archivieren zu können, müssen Gedächtnisinstitutionen diese auch vervielfältigen. Der Richtlinienentwurf sieht zwar eine Schranke für Vervielfältigungen durch Gedächtnisinstitutionen zu Bewahrungszwecken vor, allerdings nur von solchen Werken, „die sich dauerhaft in ihren Sammlungen befinden“.²⁶ Für die Langzeitarchivierung erheblicher Teile unseres kulturellen Erbes, die nur noch über das Internet zugänglich gemacht und beispielsweise nicht mehr in Verlagen publiziert werden, ist aber gerade die erste Vervielfältigung entscheidend, um diese Werke aus dem Internet erstmals in die dauerhaften Sammlungen der Gedächtnisinstitutionen zu überführen. Das gilt vor allem in Fällen, in denen Bibliotheken einerseits den Auftrag haben, auch „born digital“-Werke für die Nachwelt zu erhalten, andererseits aber weder auf Urheberrechtsschranken, die ihnen das Sammeln dieser Werke („Web Harvesting“) erlauben, noch auf eine gesetzliche Regelung zu Pflichtexemplaren, die Autoren der „born digital“-Werke zur Abgabe einer Kopie an bestimmte Bibliotheken verpflichten würde, zurück-

²⁵ § 51 VGG.

²⁶ Art. 5 Richtlinienentwurf.

greifen können.²⁷ Dieser Problematik könnte Rechnung getragen werden, indem die im Richtlinienvorschlag vorgesehene Schranke auf frei über das Internet zugängliche Inhalte ausgeweitet wird.

Um die Voraussetzung für die Zugänglichmachung unseres kulturellen Erbes grundlegend zu ändern, müssen wir auf eine ambitionierte europäische Lösung setzen. Zwar wäre die Entfernung der bisher in der Info-Soc-RL bestehenden Einschränkung von Urheberrechtsschranken für Gedächtnisinstitutionen auf eigens eingerichtete Terminals ein erster Schritt in die richtige Richtung, er würde allerdings keinerlei unmittelbare Verbesserung der Lage in den Mitgliedsstaaten erwirken, da diese Urheberrechtsschranke weiterhin optional bliebe und keine grenzübergreifende Wirkung entfalten würde. Infolge einer bloßen Ausweitung des Geltungsbereichs der optionalen Schranke müsste das nationale Recht zunächst nicht angepasst werden. Aus diesem Grund ist es zusätzlich notwendig, das laufende Reformverfahren auf europäischer Ebene zum Anlass zu nehmen, eine verpflichtende Urheberrechtsschranke zugunsten von Gedächtnisinstitutionen zumindest für die Massendigitalisierung und Zugänglichmachung vergriffener Werke einzuführen. Nur so können signifikante Teile unseres kulturellen Erbes unbürokratisch und grenzübergreifend nutzbar gemacht werden. Eine solche verpflichtende Urheberrechtsschranke müsste sich auf eine pragmatische Definition vergriffener Werke stützen, die auf subjektive Elemente wie die Frage, ob „davon ausgegangen werden kann, dass [das Werk] in Zukunft erhältlich sein wird“²⁸ verzichtet.

Der Einwand ist berechtigt, dass die nachträgliche Abwicklung bereits bestehender und gut funktionierender Systeme erweiterter kollektiver Lizenzen infolge der Einführung einer verpflichtenden Schranke nicht sinnvoll wäre. Um dieser Sorge Rechnung zu tragen, könnte eine europäische Regelung für Mitgliedsstaaten die Möglichkeit vorsehen, die Schranke in den Fällen und für die Werksgattungen nicht zur Anwendung zu bringen, für die bereits erweiterte kollektive Lizenzen zu fairen Bedingungen zur Verfügung stehen. Allerdings sollte dabei deutlich gemacht werden, dass

²⁷ Steinhauer, Eric W. (2015). Wissen ohne Zukunft? Der Rechtsrahmen der digitalen Langzeitarchivierung von Netzpublikationen. In: Klimpel, Paul / Euler, Ellen (Hg.). Der Vergangenheit eine Zukunft. Kulturelles Erbe in der digitalen Welt. Deutsche Digitale Bibliothek. 2015. S. 142-150 ff.

²⁸ Art. 7 Abs. 2 Richtlinienentwurf.

es sich bei dieser Flexibilität für die Mitgliedsstaaten lediglich um ein Instrument handelt, historisch gewachsene Lizenzierungssysteme in ein neues schrankenbasiertes System für die Massendigitalisierung und Zugänglichmachung vergriffener Werke zu integrieren. Die rechtlichen Probleme, die der EuGH im Zusammenhang mit erweiterten kollektiven Lizenzen aufgeworfen hat, sollten ebenso wie die weiten Bereiche beispielsweise der grauen Literatur, die sich Lizenzlösungen entziehen, Grund genug sein, diesen Ansatz nicht zum Idealfall zu stilisieren, sondern rechtlich saubere und europaweit einheitliche, schrankenbasierte Lösungen zu finden.

Mehr als zehn Jahre ist es her, dass sechs europäische Staatsoberhäupter auf Initiative des damaligen französischen Präsidenten Jacques Chirac den damaligen Kommissionspräsidenten José Manuel Barroso zur Schaffung einer virtuellen europäischen Bibliothek aufriefen, die Europas kulturelles Erbe für alle zugänglich machen sollte.²⁹ Dieser Initiative folgte im Jahr 2008 die Eröffnung der europäischen digitalen Bibliothek Europeana,³⁰ die bis heute nicht auf die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen bauen kann, um ihren Auftrag vollumfänglich zu erfüllen. Dabei scheint es eine Ironie der Geschichte zu sein, dass einige der sechs Unterzeichnerstaaten mit ihren Interventionen im Rat und gegenüber der Europäischen Kommission eine zeitgemäße Urheberrechtsreform und die Einführung neuer, verpflichtender Urheberrechtsschranken nach Kräften zu verhindern versuchen.³¹ Es bleibt zu hoffen, dass sich im europäischen Reformprozess die

²⁹ Brief der Staatsoberhäupter, respektive Regierungschefs, Frankreichs, Polens, Deutschlands, Italiens, Spaniens und Ungarns an Kommissionspräsident Barroso vom 28.4.2005. Vgl. http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=5978 (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

³⁰ 20.11.2008 – The European Digital Library – Europeana – was launched in the presence of José Manuel Barroso, President of the European Commission, Viviane Reding, Commissioner for Information Society and Media, Christine Albanel, French Minister of Culture and Communication, Cultural Ministers from other Member States and representatives of European cultural institutions, in Brussels, Belgium. Vgl. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/timeline-digitisation-and-online-accessibility-cultural-heritage> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

³¹ Aus der Antwort Frankreichs auf die Urheberrechtskonsultation der Europäischen Kommission vom 5.3.2014: „Le caractère optionnel de la liste d'exceptions prévue par la directive 2001/29 est donc très important car il apporte la flexibilité nécessaire aux États membres pour mettre en œuvre leur choix en matière de politique culturelle et permet également aux législations nationales de répondre au mieux au financement de la création, notamment par la mise en place d'une rémunération de ces exceptions. Une harmonisation plus poussée, que ce soit sur le caractère facultatif de certaines exceptions ou sur le nombre des exceptions possibles, ne permettrait plus de

Erkenntnis durchsetzt, dass nur einheitliche, pragmatische Schrankenregelungen einen fairen Ausgleich zwischen den Interessen der Rechteinhaber und der Allgemeinheit herbeiführen können.

répondre à cet objectif fonctionnel" (Hervorhebung im Original). Vgl. https://cdn2.nextinpact.com/medias/140311mcc-reponse-des-af-a_-la-consultation---5-mars-2014.pdf (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017)

NEUE REGELN FÜR DIE SICHTBARKEIT

Thomas Dreier und Veronika Fischer plädieren für eine Ausweitung der für Museen geltenden Schrankenregelungen auf nationaler wie europäischer Ebene, um die Onlinepräsentation insbesondere von Ausstellungen weitergehender als bisher ermöglichen zu können. Dietmar Preißler will Gedächtnisinstitutionen ganz generell erlauben, ihre Bestände im Internet sichtbar zu machen, ohne dass dies ein Ersatz für den eigentlichen Werkgenuss sein soll.

Thomas Dreier und Veronika Fischer

Museen: digitaler Erhalt und digitale Sichtbarkeit

Die Aufgabe der Gedächtnisinstitutionen und die Mittel zu ihrer Realisierung

Als Gedächtnisinstitutionen obliegen Museen ebenso wie Archiven und Bibliotheken die Aufgaben des Sammelns, Bewahrens, Erschließens und Zugänglichmachens von Kulturgut. Sie nehmen diese Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit mit dem Ziel wahr, der jetzigen wie auch künftigen Generationen die Verbindung zur Vergangenheit zu erhalten und ihnen auf diese Weise Orientierung für gegenwärtiges und die Planung zukünftigen Handelns zu geben. Der Blick in die Zukunft erfolgt mit dem Blick in den Rückspiegel der Geschichte, lautet ein Slogan, der diese Zusammenhänge von Vergangenheit, Identitätsbildung und Weltdeutung für die Ausgestaltung der Zukunft etwas vereinfacht, dafür aber plakativ und einprägsam auf den Punkt bringt.

Das Vergessen erinnerungswerter Informationen und der Verlust bewahrenswerter Artefakte ist die Regel, das Nicht-Vergessen und die Bewahrung vor Verlust die Ausnahme. Sammeln, Bewahren, Erschließen und Zugänglichmachen bedürfen daher alle der besonderen Anstrengung und entsprechender Vorkehrungen. Museen mit Sammlungsdepots und Ausstellungsräumen müssen gebaut und unterhalten werden, Sammlungsgegenstände müssen erworben, gepflegt und inhaltlich erschlossen werden. Das alles kostet Zeit und Geld und kann immer nur mit den Mitteln erfolgen, die gerade zur Verfügung stehen. Dieser Mittel sollten sich die Museen als Gedächtnisinstitutionen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben aber auch

tatsächlich bedienen können, wobei zwischen Aufwand und zu erwartendem Ertrag abzuwägen ist. Dennoch sollte sich das Verhältnis von Vergessen und Nichtbewahren als Regel sowie von Erinnerung und Bewahren spiegelbildlich in der Verwendung der Mittel fortsetzen. Danach sollte die Verwendung aktuell vorhandener Mittel die Regel und ihre Nichtnutzung die Ausnahme darstellen.

Mit anderen Worten: Museen sollten sich, soweit es den ihnen obliegenden Aufgaben des Sammelns, Bewahrens, Erschließens und Zugänglichmachens dient, digitaler Technologien bedienen können und auch dürfen. Dazu gehört nicht allein die Digitalisierung vorhandener Bestände zum Erhalt des Kulturerbes, sondern auch deren öffentliche Zugänglichmachung im Netz. Ausnahmen von dieser Grundregel aus finanziellen oder rechtlichen Gründen wären begründungspflichtig. In der Abwägung von Vorteilen des Einsatzes digitaler Technologien gegenüber den Nachteilen sollte der Einsatz also nicht nur dort und unter Umständen erfolgen, unter denen die Vorteile wichtiger erscheinen als die Nachteile, sondern vielmehr überall dort, wo die Nachteile die Vorteile des Einsatzes digitaler Technologien nicht überwiegen.

Die „Hamburger Note“ und die Perspektive der Gesetzgebung

Ganz in diesem Sinne heißt es in der von namhaften Persönlichkeiten unterzeichneten sogenannten „Hamburger Note“¹: „Die Digitalisierung bietet große Chancen für den Zugang zum kulturellen Erbe. Sie ist unumgänglich, damit Archive, Museen und Bibliotheken weiterhin ihren wichtigen öffentlichen Aufgaben gerecht werden können.“

Dieses Thema ist in seinem Kern auch auf europäischer Ebene angekommen. In dem momentan im Gesetzgebungsprozess diskutierten Vorschlag der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt² heißt es, dass „die Digitaltechnik neue Möglichkeiten [bietet], das in diesen Samm-

¹ Vgl. http://hamburger-note.de/?page_id=2 (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

² COM (2016) 593 final, 14.9.2016.

lungen bewahrte Erbe zu erhalten“³ – mit der Folge, „dass Einrichtungen des kulturellen Erbes (das heißt öffentlich zugängliche Bibliotheken, Museen, Archive oder im Bereich des Film- oder Tonerbes tätige Einrichtungen) Unterstützung bei ihren Bemühungen um den Schutz des kulturellen Erbes erhalten“ sollen. In Deutschland hat der Bundesrat die Bundesregierung gebeten, sich in Brüssel dafür einzusetzen, „einer breiten Öffentlichkeit besseren Zugang zu urheberrechtlich geschützten Kulturgütern im Bestand der Museen zu ermöglichen“⁴. Mit dem Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die Erfordernisse der Wissensgesellschaft – Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG)⁵ – hat der Gesetzgeber in Deutschland jedenfalls einen ersten Schritt unternommen, um die „auf dem Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung und Verfügbarmachung des kulturellen Erbes“ beruhenden Befugnisse der Museen – wie auch der Bibliotheken und Archive – zu erweitern.⁶ Denn diese „haben zunehmend auch Werke in digitaler Form in ihren Beständen, die sie dauerhaft archivieren wollen, um deren langfristige Erhaltung und Verfügbarkeit zu sichern“ und sie „wollen zudem ihre Bestände im Internet präsentieren“.⁷ Der deutsche Gesetzgeber nimmt damit immerhin Bezug auf schon seit Längerem erhobenen Forderungen aus dem Kreis der betroffenen Museen⁸ wie auch aus der Literatur.⁹

³ Ebd., Erwägungsgrund 18.

⁴ Bundesrats-Drucksache 565/16 (Beschluss) vom 16. Dezember 2016, Ziffer 28, sowie Bundesrats-Drucksache 312/17 (Beschluss) vom 12.5.2017, Ziffer 4 b.

⁵ BGBl I S. 3346. – Das Gesetz tritt am 1.5.2018 in Kraft.

⁶ Bundestags-Drucksache 535/17 (Beschluss) vom 30. Juni 2017.

⁷ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG), S. 20; s. auch S. 27: „Verfügbarmachung des kulturellen Erbes“.

⁸ Deutscher Museumsbund (2012). Kulturelles Erbe im Internet sichtbar machen – Museumsobjekte und Urheberrecht. Vgl. www.museumsbund.de/fileadmin/geschaefts/presse_u_kurzmitteilungen/2012/Positionspapier-Kulturelles_Erbe_im_Internet_sichtbar_machen_Januar_2012.pdf (zuletzt aufgerufen am 23.8.2017).

⁹ Stellungnahme der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V. (GRUR) zu den Vorschlägen der EU-Kommission zur Reform des europäischen Urheberrechts vom 14.9.2016, GRUR 2017, S. 48, 51; ebenso zuvor bereits die „Hamburger Note“. Vgl. http://hamburger-note.de/?page_id=2 (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017); Dreier, Thomas / Euler, Ellen / Fischer, Veronika / van Raay, Annika (2012). Museen, Bibliotheken und Archive in der Europäischen Union: Plädoyer für die Schaffung des notwendigen urheberrechtlichen Freiraums. In: ZUM 2012. S. 273 ff.

Der gesetzliche Rahmen

Doch wie sieht es mit dem aktuellen wie auch dem künftigen Rechtsrahmen aus? Hier zeigt sich, dass Museen beim Einsatz digitaler Technologien im Zuge ihrer Wahrnehmung die ihnen angestammten Aufgaben gegenwärtig wie auch in Zukunft nur zu einem kleinen Teil mithilfe digitaler Mittel wahrnehmen können. Der größere Teil, ein flächendeckendes Archivieren von Beständen und vor allem die Zugänglichmachung über das Netz, sind dagegen nicht zulässig, sofern die Museen nicht zuvor in jedem Einzelfall die Zustimmung zur Digitalisierung und der Zugänglichmachung im Internet von den einzelnen Urhebern¹⁰ beziehungsweise deren Erben eingeholt haben. Letzteres erweist sich in der Praxis angesichts der Vielzahl von Sammlungsgegenständen jedoch als nicht gangbarer Weg. So gelangt die „Hamburger Note“ zu dem Schluss:

Allerdings sind die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen des Urheberrechts ein großes Hindernis. Bei älteren Werken, die noch urheberrechtlich geschützt sind, ist die Rechtesituation meist sehr kompliziert. Eine umfassende Digitalisierung des kulturellen Erbes wird damit noch auf Jahrzehnte hinaus nicht möglich sein, solange Archive, Bibliotheken und Museen für jedes einzelne Objekt den urheberrechtlichen Status klären müssen.

Augenscheinlich wird dies bei den sogenannten ‚verwaisten Werken‘, bei denen die Hürden für eine Nutzung auch nach der neuen gesetzlichen Regelung noch zu hoch sind. Allerdings wurde in Deutschland bei Büchern eine Lösung gefunden, die im Zusammenspiel mit Verwertungsgesellschaften eine Einzelrechtklärung entbehrlich macht. Dies ist zwar ein erster Schritt. Wenn die Chancen der Digitalisierung genutzt werden sollen, bedarf es aber gesetzlicher Rahmenbedingungen, die für alle öffentlichen Gedächtnisinstitutionen eine rechtliche Einzelfallprüfung entbehrlich machen und grundsätzlich eine Sichtbarmachung von Beständen im Internet ermöglichen.

¹⁰ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

Gelingt es nicht, die rechtlichen Rahmenbedingungen entsprechend weiterzuentwickeln, können wichtige Zeugnisse des kulturellen Erbes weiter aus Gründen der rechtlichen Unsicherheit nicht digital genutzt werden. Dadurch droht eine bedenkliche Verzerrung unseres Geschichtsbildes. Auch werden weiter erhebliche öffentliche Ressourcen für die Klärung von Rechtsfragen aufgewendet, die den Gedächtnisinstitutionen fehlen und die auch nicht den Urhebern zugutekommen.

Um dieses Ziel zu erreichen, ist es jedoch unumgänglich, sich mit den Einzelheiten der bestehenden wie auch einer denkbaren zukünftigen gesetzlichen Regelung auseinanderzusetzen.

Erlaubte Handlungen

Was ist nun nach gegenwärtigem Recht konkret an digitalen Handlungen seitens der Museen erlaubt und was nicht?

Zunächst ist der Spielraum, innerhalb dessen sich EU-Mitgliedsstaaten bewegen können, vom europäischen Gesetzgeber in der Informationsgesellschafts-Richtlinie (InfoSoc-RL) aus dem Jahr 2001 vorgegeben.¹¹ Diese zielt in Bezug auf die Museen in zwei Richtungen: Zum einen sollen Museen „bestimmte Vervielfältigungshandlungen“ vornehmen dürfen, die „keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen“,¹² zum anderen sollen Museen „die öffentliche Ausstellung ... von künstlerischen Werken in dem zur Förderung der betreffenden Veranstaltung erforderlichen Ausmaß unter Ausschluss jeglicher anderer kommerzieller Nutzung“ bewerben dürfen.¹³ Schließlich dürfen Museen ebenso wie Bibliotheken Werke „für einzelne Mitglieder der Öffentlichkeit zu Zwecken der Forschung und privater Studien auf eigens hierfür einge-

¹¹ Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. (ABl. EU L 167 vom 22. Juni 2001, S. 10).

¹² Ebd., Art. 5 Abs. 2 lit. c.

¹³ Ebd., Art. 5 Abs. 3 lit. j.

richteten Terminals in den [eigenen] Räumlichkeiten“ zugänglich machen, sofern „keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten“.¹⁴

Im deutschen Recht ist diese Regelung bis zum Inkrafttreten des UrhWissG in den Absätzen 1 (Werbung) und 2 (Bestandsdokumentation) von § 58 UrhG unter der Überschrift „Werke in Ausstellungen, öffentlichem Verkauf und öffentlich zugänglichen Einrichtungen“ umgesetzt. Ohne Zustimmung der Urheber beziehungsweise deren Erben zulässig sind zum einen „die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung von öffentlich ausgestellten oder zur öffentlichen Ausstellung ... bestimmten Werken der bildenden Künste und Lichtbildwerken durch den Veranstalter zur Werbung, soweit dies zur Förderung der Veranstaltung erforderlich ist“.¹⁵ Zulässig sind zum anderen „die Vervielfältigung und Verbreitung der ... genannten Werke in Verzeichnissen, die von öffentlich zugänglichen ... Museen in inhaltlichem und zeitlichem Zusammenhang mit einer Ausstellung oder zur Dokumentation von Beständen herausgegeben werden und mit denen kein eigenständiger Erwerbzweck verfolgt wird“.¹⁶ Die Erlaubnis der Terminalnutzung findet sich momentan noch in § 52 b UrhG.

Welche Handlungen seitens der Museen sind danach *nicht* zulässig, sofern keine Zustimmung des Urhebers oder Rechteinhabers vorliegt?

Das ist zunächst die online zugängliche Archivierung von Ausstellungsbewerbungen, dienen solche archivierten Dokumente doch nicht mehr „zur Förderung“ einer Ausstellung.¹⁷ Auch das Zitatrecht (§ 51 UrhG) vermag hier mangels Zitat ebenso wenig weiterzuhelfen wie § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG, nach dem die Aufnahme einer Vervielfältigung in ein eigenes Archiv nur dann erlaubt ist, wenn das Original im Eigentum des Museums steht, sodass Leihgaben nicht erfasst sind. Zwar dürfen Museen, deren Archiv „im öffentlichen Interesse tätig ist und keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbzweck verfolgt“¹⁸, durchaus digitale Vervielfältigungen vornehmen. Aber selbst für Werke, die dem Museum gehören,

¹⁴ Ebd., Art. 5 Abs. 3 lit. n – s. dazu EuGH Rs. C-117/13, GRUR 2014, S. 1078 „Eugen Ulmer“ sowie nachfolgend BGH GRUR 2015, S. 1101 „Elektronische Leseplätze II“.

¹⁵ § 58 Abs. 1 UrhG.

¹⁶ § 58 Abs. 2 UrhG.

¹⁷ BGH GRUR 2011, S. 415 – Kunstausstellung im Online-Archiv, verfassungsrechtlich nicht beanstandet von BVerfG GRUR 2012, S. 389.

¹⁸ § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 UrhG.

erlaubt das Gesetz nur die Nutzung des Archivs zum „internen Gebrauch“ – nicht hingegen, das digitale Archiv zugleich auch Außenstehenden zu öffnen, betrifft § 53 UrhG doch nur die Vervielfältigung und nicht die öffentliche Zugänglichmachung.

Der Gesetzgeber hat darüber hinaus bei der Verabschiedung der jetzigen Fassung des § 58 Abs. 2 UrhG in der Gesetzesbegründung explizit nur „digitale Offline-Medien wie CD-ROM“ und nicht auch vernetzte Daten-server genannt.¹⁹ Mit dem im Gesetz verwandten Begriff „Verzeichnisse“ waren überdies früher allein Papierdokumentationen gemeint. Würde man diese enge Auslegung des Gesetzestextes tatsächlich zugrunde legen, hätte der deutsche Gesetzgeber den von Art. 5 Abs. 2 lit. c der InfoSoc-RL vorgegebenen Spielraum bislang nicht voll ausgenutzt.

Ohne Einzellizenzierung unzulässig ist mit Sicherheit hingegen eine öffentliche Zugänglichmachung von Bestandsdokumentationen. Eine nachhaltige öffentliche Zugänglichmachung von Bestandsdokumentationen bedarf daher in jedem Einzelfall der Lizenzierung durch den betroffenen Rechteinhaber, sofern eine Nutzung nicht ausnahmsweise bei „verwaisten Werken“ gemäß den §§ 61 ff. UrhG in Betracht kommt. Die Zahl der Werke, die bislang nach der vom Gesetz vorgeschriebenen umfänglichen Suche den Status als „verwaistes Werk“ erlangt haben, ist jedoch sehr gering. Eine flächendeckende Zugänglichmachung digitalisierter Werke lässt sich damit nicht bewerkstelligen.

Erweiterungsvorschlag der EU-Kommission

Mit welchen Erweiterungen ihres Handlungsspielraumes in Bezug auf den Einsatz digitaler Mittel können Museen nun künftig zur Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben rechnen?

Die EU-Kommission schlägt in Art. 5 ihres aktuellen Richtlinien-vorschlags²⁰ vor, dass Mitgliedsstaaten zum „Erhalt des Kulturerbes“ in ihrem nationalen Recht verpflichtend eine Ausnahme vom ausschließlichen Vervielfältigungsrecht bereithalten. Danach soll es den Einrichtungen des Kul-

¹⁹ Bundestags-Drucksache 15/38. S. 22.

²⁰ COM (2016) 593 final, 14.9.2016.

turerbes – zu denen auch die Museen zählen – gestattet sein, „Werke und sonstige Schutzgegenstände, die sich dauerhaft in ihren Sammlungen befinden, unabhängig vom Format oder Medium für den alleinigen Zweck des *Erhalts* dieser Werke oder sonstiger Gegenstände in dem für diesen Erhalt *notwendigen Umfang* zu vervielfältigen“.²¹

Das geht jedoch in zweierlei Hinsicht nicht weit genug: Zum einen scheint die alleinige Festlegung auf den Zweck des „Erhalts“ – mit der weiteren Beschränkung auf den für den Erhalt „notwendigen Umfang“ – eine Vervielfältigung nur in dem Umfang zuzulassen, in dem ohne analoge oder digitale Vervielfältigung der Erhalt gefährdet wäre. Eine umfassende Digitalisierung von Sammlungsbeständen wäre nach dieser Lesart nicht möglich. Dafür spricht in gewissem Maße auch Erwägungsgrund 18 des Richtlinienvorschlags, der insofern von „dem Erhalt dienende[n] Handlungen“ spricht. Ähnlich auch Erwägungsgrund 20, nach dem es „[i]m Rahmen einer solchen Ausnahme ... möglich sein [sollte], mit für die Erhaltung geeigneten Werkzeugen, Mitteln oder Techniken Kopien in der erforderlichen Anzahl und zu jedem Zeitpunkt in der Lebensdauer eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstands in dem Umfang anfertigen zu dürfen, der für die Herstellung einer Kopie ausschließlich zu Erhaltungszwecken notwendig ist“. Auch hier ist wiederum „ausschließlich“ von Erhaltungszwecken die Rede. Zugleich aber dürfen solche, dem Erhalt dienenden Kopien „zu jedem Zeitpunkt in der Lebensdauer eines Werkes“ angefertigt werden. Da kein Werkexemplar ewig Bestand hat, könnte man dies möglicherweise dahingehend interpretieren, dass vorsorglich digitale Kopien aller Sammlungsgegenstände angefertigt werden dürfen. Für eine solche weitere Lesart spricht auch, dass bei engerer Lesart die neue Regelung in ihrem Umfang hinter der bisherigen Regelung von Art. 5 Abs. 2 lit. c der InfoSoc-RL zurückbliebe. Es würde also eine weiterreichende optionale durch eine engere verpflichtende Vorschrift ersetzt. Das wäre kein Fort-, sondern vielmehr ein Rückschritt – es sei denn, den Mitgliedsstaaten bliebe die optionale weitere Regelung der InfoSoc-RL weiterhin erhalten. Dafür könnte immerhin sprechen, dass die neue Regelung nach den Erläuterungen zum Richtlinienvorschlag die Vorschriften der InfoSoc-RL „ergänzt“.²²

²¹ Ebd. Art. 2 Abs. 3.

²² Ebd. S. 4, Text zur dortigen Fußnote 8.

Zum anderen ist die vorgeschlagene Neuregelung nicht so mutig zu erlauben, dass die digitalisierten Sammlungsbestände auch jenseits der bisher erlaubten, innerhalb des Museums eigens zu diesem Zweck eingerichteten Terminals öffentlich über das Internet zugänglich gemacht werden. Sollte die Regelung – so wie vorgeschlagen – Gesetz werden, führte das zu einer nur begrenzten Sichtbarkeit des kulturellen Erbes. Im Netz verfügbar wären im Wesentlichen nur Sammlungsobjekte, die entweder keinen Urheberschutz genießen oder deren Urheberschutz bereits abgelaufen ist. Dass die Sichtbarkeit im Netz selbst insofern noch zusätzlich eingeschränkt wird, als ihr trotz Gemeinfreiheit des abgebildeten Objekts Rechte der Fotografen an den Abbildungen entgegenstehen, ist freilich ein deutsches Sonderproblem, das durch den Schutz für einfache Lichtbilder (§ 72 UrhG) hervorgerufen und durch dessen extensive Auslegung durch die Untergerichte noch verschärft wird.²³

Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG)

Der deutsche Gesetzgeber setzt sich im Zuge einer umfassenderen Privilegierung von Wissenschaft und Forschung seinerseits für eine Ausweitung des digitalen Handlungsspielraums der Museen ein. Er will ebenfalls berücksichtigen wissen, dass Museen „zunehmend auch Werke in digitaler Form in ihren Beständen [haben], die sie dauerhaft archivieren wollen, um deren langfristige Erhaltung und Verfügbarkeit zu sichern“. Auch dass Museen „ihre Bestände im Internet präsentieren“ wollen wird anerkannt.²⁴ Bei der Umsetzung muss er sich einstweilen freilich noch an die Grenzen hal-

²³ Obwohl nach BGH GRUR 1990, S. 669, 673 „Bibelreproduktion für das Foto eines Fotos eines gemeinfreien Werkes“ und nach BGH GRUR 2001, 755 „Telefonkarte für das Foto einer Grafik“ kein Schutz in Betracht kommt, dehnen das OLG München GRUR 2017, S. 905 „Reiss-Engelhorn-Museen“ (Revision beim BGH anhängig unter Az. I ZR 104/17) wie zuvor schon das LG Stuttgart ZUM-RD 2017, S. 161, LG Berlin GRUR-RR 2016, 318, und das LG München I ZUM-RD 2016, S. 610 den Schutz auf aufwendige und letztlich investitionsintensive Fotos aus; a. A. hingegen AG Nürnberg ZUM-RD 2016, S. 615, das beim Abfotografieren eines gemeinfreien Gemäldes keinen Leistungsschutz an der Fotografie gewähren will.

²⁴ S. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG), S. 20.

ten, die vom geltenden EU-Recht in der InfoSoc-RL gezogen sind. Doch auch danach ist zwar eine Erweiterung der Vervielfältigungsbefugnis möglich, nicht hingegen eine Ausdehnung auf die öffentliche Zugänglichmachung.

Im Einzelnen soll die Bewerbungsmöglichkeit, die gemäß § 58 Abs. 1 UrhG bislang auf Werke der bildenden Künste und Lichtbildwerke beschränkt ist, auch auf Filmwerke ausgedehnt werden. Der bisherige § 58 Abs. 2 UrhG soll als neuer § 60 f im Wege des Verweises auf § 60 e UrhG (neu) Museen die gleichen Befugnisse gewähren wie den Bibliotheken. Dazu zählen zum einen Vervielfältigungen von Werken „aus ihrem Bestand oder ihrer Ausstellung für Zwecke der Zugänglichmachung, Indizierung, Katalogisierung, Erhaltung und Restaurierung ...“, auch mehrfach und mit technisch bedingten Änderungen“. Zugleich soll ein zeitlicher Zusammenhang mit der Ausstellung – anders als noch in § 58 Abs. 2 UrhG – nicht mehr erforderlich sein.²⁵ Damit sollten digitale Museumsarchive mit Informationen zu vergangenen Ausstellungen künftig zulässig sein. Zum anderen bleibt es bei der Zugänglichmachung von Werken aus ihrem Bestand „an Terminals in ihren Räumen“, die bislang in § 52 b UrhG enthalten ist.

Wie schon bisher bleibt die Neuregelung auf Museen beschränkt, „die keine unmittelbaren oder mittelbaren kommerziellen Zwecke verfolgen“.²⁶ Die gesetzliche Erlaubnis gilt mithin nicht, „wenn die Einrichtungen zu kommerziellen Zwecken handeln, also mit ihrer Tätigkeit Gewinn erzielen wollen. Sie gilt hingegen, solange bloß Entgelte verlangt werden, die die Verwaltungskosten der Tätigkeit decken“.²⁷

Die Nutzungshandlungen nach § 60 f UrhG (neu) sind gemäß § 60 h Abs. 1 UrhG (neu) vergütungspflichtig und in § 60 g UrhG (neu) vorbehaltlich der bisher bestehenden Sonderregelung für Terminals vertragsfest ausgestaltet. Gegenüber der geltenden Rechtslage stellt dies allerdings insofern eine Einschränkung dar, als die nach der Schranke des bisherigen § 58 UrhG erlaubten Nutzungen bislang nicht an eine Vergütungspflicht

²⁵ Ebd. S. 47.

²⁶ Ebd. § 60 f Abs. 1 UrhG (neu).

²⁷ Ebd. S. 49, unter Hinweis auf Erwägungsgrund 11 der „Vermiet- und Verleih-Richtlinie“ 2006/115/EG.

geknüpft sind, sodass Ausstellungsbroschüren mit zeitlichem Bezug zu einer Ausstellung, nicht hingegen Buchhandelsausgaben sowie Bestandsverzeichnisse vergütungsfrei blieben.

Vorstellungen des Bundesrates

Der Bundesrat geht einen entscheidenden Schritt weiter und will die Vermittlung des kulturellen Erbes im Netz für zulässig erklären. Er hält die öffentliche Zugänglichmachung von Museumsbeständen für

zwingend erforderlich, da nationale Portale, wie die Deutsche Digitale Bibliothek und das Archivportal-D, sowie europäische Portale, wie die ‚Europeana‘ oder das ‚Archives Portal Europe‘, Inhalte nicht nur zum Zweck der Kulturvermittlung, sondern gerade auch zum Zweck der wissenschaftlichen Auswertung bereitstellen und sich zu einer umfassenden und allgemein zugänglichen Quelle des Wissens über das kulturelle Erbe Europas weiterentwickeln sollen.²⁸

Der Bundesrat fordert die Bundesregierung daher dazu auf, sich in Brüssel im Zuge der Verhandlungen der Urheberrechtsrichtlinie für eine entsprechende Erweiterung des europäischen Rechtsrahmens und eine „tragfähige Regelung für die öffentliche Zugänglichmachung des kulturellen Erbes im Rahmen der Aufgabenstellung der jeweiligen Gedächtnisinstitution einzusetzen“.²⁹ Das Ziel soll sein,

Museen eine gesetzliche Erlaubnis einzuräumen, ihre Bestände über das Internet öffentlich zugänglich zu machen, um dadurch einer breiten Öffentlichkeit besseren Zugang zu urheberrechtlich geschützten Kulturgütern im Bestand der Museen zu ermöglichen.³⁰

²⁸ Bundesrats-Drucksache 565/16 (Beschluss) vom 16.12.2016, Ziffer 27.

²⁹ Ebd. Ziffer 28 sowie Bundesrats-Drucksache 312/17 (Beschluss) vom 12.5.2017, Ziffer 4 c.

³⁰ Ebd. Ziffer 28.

Der Bundesrat schlägt daher vor, Museen die Befugnis zu erteilen, Sammlungsbestände „über ein gesichertes elektronisches Netz zum Zwecke der Kulturvermittlung und der wissenschaftlichen Auswertung öffentlich zu nichtgewerblichen Zwecken zugänglich zu machen“.³¹

Die Lösung: Ein Gesetzesvorschlag

Wie ließe sich auch die Online-Zugänglichmachung gesetzestechnisch bewerkstelligen? Zu diesem Zweck haben die Verfasser des vorliegenden Beitrags im Rahmen einer Anhörung des Ausschusses für Kultur und Medien im Landtag Nordrhein-Westfalen im April 2016 den nachfolgend wiedergegebenen Vorschlag unterbreitet.³² Ausgangspunkt ist dabei, dass zunächst das europäische und nachfolgend dann das deutsche Urheberrecht zu ändern sind.

Die Änderung auf europäischer Ebene könnte an Art. 5 Abs. 3 lit. j der InfoSoc-RL ansetzen und wie folgt lauten:

Art. 5 Abs. 3 lit. j der Richtlinie 29/2001/EG n. F.

- (3) Die Mitgliedsstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 und 3 vorgesehenen Rechte vorsehen:

...

- (j) für die Nutzung zum Zwecke der Werbung für die öffentliche Ausstellung oder den öffentlichen Verkauf von künstlerischen Werken *und Lichtbildwerken* in dem zur Förderung der betreffenden Veranstaltung erforderlichen Ausmaß unter Ausschluss jeglicher anderer kommerzieller Nutzung *sowie zum Zwecke der*

³¹ Ebenda, Ziff. 27.

³² Dreier, Thomas / Fischer, Veronika (o. J.). Stellungnahme zum Antrag „Den Reichtum unserer Museen durch Digitalisierung besser sichtbar machen“ für den Landtag Nordrhein-Westfalen, 16/3614, welcher der vorliegende Text im Kern entnommen ist. Vgl. <https://www.landtag.nrw.de/-Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST16-3614.pdf> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

Dokumentation von Sammlungsbeständen, sofern über technische Beschränkungen sichergestellt ist, dass über die Belegfunktion hinaus rechtlich unzulässige Werkwiedergaben ausgeschlossen werden.

Im Nachgang könnte dann entsprechend das deutsche Recht wie folgt geändert werden.

§ 58 – Werke in Ausstellungen, öffentlichem Verkauf und öffentlich zugänglichen Einrichtungen n. F.

- (1) Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung von öffentlich ausgestellten oder zur öffentlichen Ausstellung oder zum öffentlichen Verkauf bestimmten Werken der bildenden Künste und Lichtbildwerken durch den Veranstalter zur Werbung *oder zur Dokumentation*, soweit dies zur Förderung *oder zur Dokumentation* der Veranstaltung erforderlich ist.
- (2) Zulässig ist ~~ferner~~ die Vervielfältigung und Verbreitung der in Absatz 1 genannten Werke in Verzeichnissen, die von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen oder Museen in inhaltlichem und zeitlichem Zusammenhang mit einer Ausstellung ~~oder zur Dokumentation von Beständen~~ herausgegeben werden und mit denen kein eigenständiger Erwerbzweck verfolgt wird.
- (3) *Zulässig ist ferner die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung von Werken der bildenden und der angewandten Künste und von Lichtbildwerken zur Dokumentation von Sammlungsbeständen, sofern über technische Beschränkungen sichergestellt ist, dass über die Belegfunktion hinaus rechtlich unzulässige Werkwiedergaben ausgeschlossen werden.*

Der am Ende angefügte Hinweis auf die technischen Beschränkungen, die sicherstellen, dass „über die Belegfunktion hinaus rechtlich unzulässige Werkwiedergaben ausgeschlossen“ sein müssen, begründet sich darin, dass jede Beschränkung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte nach

internationalem und europäischem Recht den Vorgaben des sogenannten Drei-Stufen-Tests genügen muss.³³ Danach sind urheberrechtliche Schranken auf bestimmte Sonderfälle zu beschränken, die normale Verwertung darf nicht beeinträchtigt und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers dürfen nicht ungebührlich verletzt werden. Angesichts dieser Vorgabe ist bei der digitalen Dokumentation und Online-Zugänglichmachung von Sammlungsbeständen über technische Beschränkungen sicherzustellen, dass die Primärverwertung der Rechte an den Sammlungsgegenständen durch die Urheber und Rechteinhaber nicht über Gebühr beeinträchtigt wird.³⁴

Freilich ließe sich dieser Vorschlag um die mittlerweile erfolgte Fortentwicklung des deutschen Rechts durch das UrhWissG ergänzen. Zu begrüßen ist, dass die Beschränkung auf Werke der bildenden Kunst und Lichtbildwerke unter Einbeziehung auch von Filmwerken in § 58 Abs. 1 UrhG (neu) aufgehoben wurde. Die vom Referentenentwurf für ein UrhWissG zunächst vorgeschlagene terminologische Einordnung als „künstlerische Werke“ ist entfallen. Zwar findet sich diese Bezeichnung bereits in Art. 5 Abs. 3 lit. j der InfoSoc-RL und bietet den Vorteil, dass eine Beschränkung auf einzelne Werkarten entfällt. Sie könnte jedoch zu dem Fehlschluss verleiten, dass ein Werk als „Kunst“ anerkannt sein müsse, um in den Genuss dieser Regelung zu gelangen. Entscheidendes Kriterium für die Zwecke des Urheberrechts ist dagegen, dass die genannten Werkarten eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG darstellen. Der Gesetzgeber geht aber nicht so weit, die Beschränkung für einzelne Werkkategorien insgesamt aufzuheben.³⁵ Dies wäre vor dem Hintergrund multimedialer Werke, die keiner einzelnen Werkkategorie zuzuordnen sind, sondern als Werke *sui generis* urheberrechtlich geschützt sind, überlegenswert, zumal ausweislich der Gesetzesbegründung gerade zeitgenössische Kunst

³³ Art. 13 TRIPS; Art. 10 WCT; Art. 16 Abs. 2 WPPT und Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL 2001/29/EG.

³⁴ Siehe Deutscher Museumsbund (2012). Kulturelles Erbe im Internet sichtbar machen – Museumsobjekte und Urheberrecht. Vgl. www.museumsbund.de/fileadmin/geschaefts/presse_u_kurzmitteilungen/2012/Positionspapier-Kulturelles_Erbe_im_Internet_sichtbar_machen_Januar_2012.pdf (zuletzt aufgerufen am 23.8.2017).

³⁵ Allerdings wird der Anwendungsbereich in § 58 Abs. 1 bzw. 60 e Abs. 3 UrhG (neu) dann doch wiederum auf Werke im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4-6 eingeschränkt.

als Hauptanwendungsfall privilegiert werden soll.³⁶ Zudem ergeben sich Widersprüche innerhalb der einzelnen Vorschriften, da sich § 60 f Abs. 1 UrhG (neu) auf Einrichtungen des Tonerbes bezieht, in § 58 UrhG (neu) Musikwerke nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG jedoch nicht genannt sind. Dasselbe gilt für Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG, die zwar in § 60 e Abs. 3 UrhG (neu), nicht hingegen in § 58 UrhG (neu) aufgeführt werden. Die Vervielfältigung eines urheberrechtlich geschützten Kartenwerkes zur Bewerbung einer Ausstellung über Kartenwerke wäre danach also nicht zulässig.

Zugleich sucht das UrhWissG in § 60 f in Verbindung mit § 60 e Art. 1 UrhG (neu) die oben genannten, gegenwärtig in § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 UrhG enthaltenen Beschränkungen zulässiger Vervielfältigungshandlungen zu beseitigen. Darunter fällt insbesondere die Langzeitarchivierung analoger und digitaler Bestände.³⁷ Da auf Werke im Bestand des Museums sowie deren Ausstellungen Bezug genommen wird, dürfte die Digitalisierung auch in Bezug auf Dauer- und temporäre Leihgaben zulässig sein. Eine Lücke verbliebe danach, wenn man die Abbildung dreidimensionaler Werke als Bearbeitung im Sinne von § 23 UrhG und nicht als Vervielfältigung ansehen wollte.

Weiterhin ungelöst bleibt das große Problem der fehlenden digitalen öffentlichen Zugänglichmachung, das der nationale Gesetzgeber nicht lösen kann, solange der EU-Gesetzgeber nicht die Grundlage dafür schafft. Es geht um das Plädoyer für eine digitale Sichtbarkeit musealer Sammlungsbestände!

³⁶ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG), S. 36.

³⁷ Darüber hinaus werden in § 60 e Abs. 3 UrhG (neu) über § 58 Abs. 2 UrhG hinausgehend Verbreitungshandlungen außerhalb des zeitlichen Zusammenhangs mit Ausstellungen privilegiert. Ebd. S. 46.

Dietmar Preißler

Bilder-Los: digitale Welt, Urheberrecht und Museen

„Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, sich im weiteren Verfahren dafür einzusetzen, durch eine geeignete Ergänzung in Artikel 5 Museen eine gesetzliche Erlaubnis einzuräumen, ihre Bestände über das Internet öffentlich zugänglich zu machen, um dadurch einer breiten Öffentlichkeit besseren Zugang zu urheberrechtlich geschützten Kulturgütern im Bestand der Museen zu ermöglichen.“¹ Begründet wird diese im Dezember 2016 getätigte Forderung nach einer Änderung des europäischen Rechts mit dem Hinweis, dass nationale und europäische Internetportale wie die Deutsche Digitale Bibliothek (DDB) oder die Europeana sich „zu einer umfassenden und allgemein zugänglichen Quelle des Wissens über das kulturelle Erbe Europas weiterentwickeln sollen“.² Dies ist aber nach dem aktuell bestehenden Urheberrecht nicht im notwendigen Maße möglich. Das schicksalhafte Los der Bilder von Kulturgut des 20. und 21. Jahrhunderts ist es, vom Urheberrecht so geschützt zu werden, dass die Abbildungen in den von der europäischen und deutschen Kulturpolitik angeregten und finanzierten

¹ Drucksache 565/16 Punkt 28, S. 9 (Beschluss des Bundesrats vom 16.12.2016 zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt COM (2016) 593 final; Ratsdokument 12254/16. Vgl. <https://www.bundesrat.de/drs.html?id=565-16%28B%29> (zuletzt aufgerufen am 14.12.2017). Diese Aufforderung hat ihre Wurzeln in den „Empfehlungen der Kommission Zukunft der Informationsinfrastruktur im Auftrag der Gemeinsamen Wissenschaftskonferenz des Bundes und der Länder: Gesamtkonzept für die Informationsinfrastruktur in Deutschland“, 4.2011, S. B49. https://www.leibniz-gemeinschaft.de/fileadmin/user_upload/downloads/Infrastruktur/KII_Gesamtkonzept.pdf (zuletzt aufgerufen am 14.12.2017).

² Drucksache 565/16 Punkt 27, S. 9. Vgl. <https://www.bundesrat.de/drs.html?id=565-16%28B%29> (zuletzt aufgerufen am 14.12.2017).

Kulturgut-Datenbanken rechtlich einwandfrei eigentlich nicht oder nur mit einem unvertretbaren finanziellen und verwaltungstechnischen Aufwand gezeigt werden dürfen.

Das Dilemma für Museen, die zeithistorische Objekte sammeln, ergibt sich einerseits aus der Notwendigkeit, das gesamte Kulturgut im Internet im Bild zeigen zu sollen und zu wollen, andererseits aus den Regelungen des Urheberrechts, die dies weitgehend verhindern. Das Problem muss in aller Deutlichkeit angesprochen werden: Wenn das Urheberrecht konsequent angewendet würde, dürfte ein Großteil des musealen Kulturguts aus dem letzten Jahrhundert als Abbildung nicht im Netz zu finden sein. Wenn dennoch solches Kulturgut in den Datenbanken als Bild auftaucht, kann der geneigte Nutzer nur darauf vertrauen, dass die zuständigen Museumsmitarbeiter entweder viel Zeit und Geld in die Recherche nach den Rechteinhabern und die Lizenzhonorarabgeltung investiert haben oder der zynischen Freude des Risikomanagements frönen. Um zum Ende des Aufsatzes Lösungen für dieses Problem vorschlagen zu können, muss zunächst ein Blick auf die rechtliche Situation gerichtet werden.

Dem Schutz geistigen Eigentums kommt in unserer Gesellschaft zu Recht eine hohe Bedeutung zu. Dem wird unter anderem durch den § 64 UrhG³ Rechnung getragen. Diese Regelung sieht eine Schutzfrist von 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers⁴ für weitere Nutzungen vor. Erst danach können Museen ohne Zustimmung des Urhebers diese Werke nutzen. Die Abbildung eines im Museum befindlichen Objekts aus der modernen Zeit in einer Internetdatenbank wie der Europeana ist im Sinne des Urheberrechts also eine Nutzung, deren Rechtsgrundlage der 2003 neu eingeführte § 19 a UrhG ist „Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.“ Damit gilt auch hier die 70-jährige Schutzfrist. Wollen Museen aber nicht so lange warten, gäbe es die rechtliche Möglichkeit, dass sie mit den Urhebern oder deren Erben

³ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz – UrhG).

⁴ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

verhandeln und versuchen, eine vertragliche Lösung für eine öffentliche Zugänglichmachung zu finden.

Dort, wo dies möglich ist, sollten Museen bei neuen Erwerbungen unbedingt darauf achten, sich von den Urhebern, ihren Erben oder gegebenenfalls auch von den relevanten Verwertungsgesellschaften die notwendigen Rechte übertragen zu lassen. Um Abbildungen von Objekten in Internetdatenbanken platzieren zu dürfen, wäre eine Nutzungserlaubnis nach § 19 a UrhG als zumindest einfaches Nutzungsrecht für die Dauer der gesetzlichen Schutzfrist in den Vertrag aufzunehmen.

Für die meisten Objekte der Zeitgeschichte bleiben vertragliche Lösungen allerdings eine Illusion. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen: Beim Erwerb aus Auktionen, von Händlern oder über Dritte ist der Urheber in der Regel nicht beteiligt und kann vertraglich in dieser Situation nicht mitwirken. Auch bei Schenkungen von Dritten entfällt die Option einer direkten vertraglichen Regelung mit den Urhebern. Darüber hinaus bestand bis in die Neunzigerjahre rechtlich gar keine Möglichkeit, sich die Nutzung der „öffentlichen Zugänglichmachung“ übertragen zu lassen, denn Nutzungsrechte können nur übertragen werden, wenn sie bekannt und rechtlich konkret definiert wurden. Daher müssten konsequenterweise für alle älteren, in die Sammlungen von Museen übernommenen Objekte Nachverhandlungen mit Urhebern oder deren Rechtsnachfolgern geführt werden – sofern nicht ausnahmsweise rückwirkend die Übertragung auch unbekannter Nutzungsarten nach den komplizierten Regelungen des § 137I UrhG angenommen werden kann. Dies ist aber nur in seltenen Fällen möglich, wenn dem Museum schon zuvor vertraglich sämtliche Nutzungsrechte eingeräumt wurden. Zu klären wären hierbei die Fragen: Wo leben die Urheber? Wo finden wir die Nachfahren oder Erben? Für wie viele Tausend Objekte müssten Verhandlungen geführt werden?

Zum Problem der Quantität sei aus den Sammlungen der Stiftung Haus der Geschichte ein Beispiel ausgeführt: Die Plakatsammlung umfasst etwa 50.000 Objekte. Für jedes Plakat müsste nun rückwirkend geprüft werden: Wer sind die entwerfenden Gebrauchsgrafiker? Welches Vertragsverhältnis hatten sie zu ihren Auftraggebern? Haben sie die Rechte an diese übertragen? Anfragen müssten also an die Grafiker und die sie beauftragenden Institutionen gerichtet werden. Unterstellen wir, dass pro Objekt eine Stunde

Recherchezeit ausreichte, um diese Fragen zu klären, würde ein Mitarbeiter etwa 28 Jahre nichts anderes tun als diesen Urheberrechtsprüfungen nachzugehen. Sollte er wider Erwarten Erfolg bei der Recherche haben, müsste das Museum aller Voraussicht nach von diesem Zeitpunkt an pro Objekt regelmäßig eine nicht genau zu bestimmende Summe für die Nutzung als Lizenzgebühr für die „öffentliche Zugänglichmachung“ bezahlen. Diese Summe ist bisher wohl in keinem Museumshaushalt vorgesehen. Neben Plakaten wären auch Tausende anderer Objekte von dieser Prüfung betroffen –, so zum Beispiel Flugblätter, Cover, Grafiken, Kunst und alle designten Objekte der Alltagskultur. Um das Problem noch etwas zuzuspitzen, ist darauf hinzuweisen, dass es in der Moderne kaum ein Objekt gibt, das nicht designt wurde. Damit unterliegen diese alle den Regelungen des Urheberrechts.

Noch deutlicher wird das rechtliche Dilemma für Museen mit zeitgenössischen Objekten, wenn ein Urheber nicht zu finden ist. Dann gilt das Werk faktisch und rechtlich als „verwaist“ und dürfte nicht genutzt werden. Der Gesetzgeber hat sich dieses Phänomens 2014 angenommen. Das Positive daran ist, dass er auf gesetzlichem Wege und nicht über vertragliche Regelungen eine Lösung herbeiführen wollte. Das Fatale für Museen ist, dass Museumsgut allerdings nicht unter die Kategorie „verwaiste Werke“ fällt. Denn nur „Werke und sonstige Schutzgegenstände in Büchern, Fachzeitschriften, Zeitungen, Zeitschriften und anderen Schriften (1), Filmwerke sowie Bildträger und Bild- und Tonträger, auf denen Filmwerke aufgenommen sind (2) und Tonträger (3)“ könnten nach dem neuen § 61 Abs. 2 UrhG nach einem aufwändigen Prüfungsverfahren gegebenenfalls in eine Internetdatenbank aufgenommen werden. Objektbestände von Museen, wie Plakate, Karikaturen, Grafiken, Urkunden, Designobjekte, Spielzeug und Gegenstände der Alltagskultur, sind mit keinem Wort erwähnt. Damit fehlt die Rechtsgrundlage, diese typischen Museumsgattungen überhaupt als „verwaistes Kulturgut“ einstufen zu können.

Auch ein weiterer Versuch, das Problem einer vertraglichen Lösung zuzuführen, wurde bisher nicht von Erfolg gekrönt. Verhandlungen zwischen der Deutschen Digitalen Bibliothek (DDB) und der Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst waren weit gediehen. Deren Ziel war es, „für Abbildungen von Werken der bildenden Kunst hinsichtlich derer der VG Bild-Kunst

eine kollektive Rechtewahrung obliegt“, eine lizenzvertragliche Lösung zu finden. Gegen eine „angemessene Lizenzgebühr“ sollte „das gesamte Repertoire an Abbildungen von Werken der bildenden Kunst in guter Auflösung“⁵ gezeigt werden können. Dieser Ansatz, der zumindest für einen Teilbereich des musealen Sammlungsguts eine Lösung ermöglicht hätte, scheiterte zunächst aber am Problem des „Framings“. Das heißt, die VG Bild-Kunst knüpft die Lizenzierung an die Verpflichtung, dass die Deutsche Digitale Bibliothek technische Lösungen implementieren sollte, die es weiteren Nutzern unmöglich macht, die bei der DDB gezeigten Inhalte mittels eines „Frames“ in die eigene Website einzubinden. Damit ist ein grundsätzlich rechtliches und technisches Problem angesprochen, das beide Seiten einvernehmlich zunächst gerichtlich klären lassen wollen. Es ist aber davon auszugehen, dass auf diesem Wege vorerst keine Lösung zu erwarten ist. Selbst wenn das Verfahren einen Weg bahnte, ist dies wiederum nur eine Teillösung für „hohes Kulturgut“ und lässt Fotografien, Grafiken und sonstiges vom Urheberrecht berührtes Kulturgut unberücksichtigt. Darüber hinaus bedeuten solche vertraglichen Lösungen auch immer, dass Lizenzhonorare von Museen abgeführt werden müssten.

Vor dem Hintergrund bisher ungenügender gesetzlicher Regelungen und dargestellter Probleme bei vertraglichen Ansätzen hat die sogenannte „Hamburger Note“ von 2015, die von Vertretern bedeutender nationaler Kulturinstitutionen getragen wird, zu Recht einen klaren Weg aufgezeigt:

Wenn die Chancen der Digitalisierung genutzt werden sollen, bedarf es gesetzlicher Rahmenbedingungen, die für alle öffentlichen Gedächtnisinstitutionen eine rechtliche Einzelfallprüfung entbehrlich machen und grundsätzlich eine Sichtbarmachung von Beständen im Internet ermöglichen.⁶

Mit dieser Forderung knüpft die „Hamburger Note“ an ein Positionspapier des Deutschen Museumsbundes „Kulturelles Erbe im Internet sichtbar ma-

⁵ Euler, Ellen (2016). Deutsche Digitale Bibliothek ./ VG Bild-Kunst. Musterverfahren zum „Framing“ vom 15.6.2016. Vgl. <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/content/ueber-uns/aktuelles/-deutsche-digitale-bibliothek-vg-bild-kunst-musterverfahren-zum-framing> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

⁶ Vgl. http://hamburger-note.de/?page_id=2 (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

chen“⁷ von 2012 an. Darin wird das grundsätzliche Problem bereits formuliert und ein Lösungsvorschlag angeregt, der die Interessen von Urhebern, Gedächtnisinstitutionen und der interessierten Öffentlichkeit aufeinander zubewegt:

Museen, die vorwiegend öffentlich finanziert sind oder nichtkommerziellen kulturellen Zwecken dienen, erhalten im Zuge einer Weiterentwicklung des Urheberrechts die Möglichkeit, in öffentlich zugänglichen Internetdatenbanken ergänzend zu den Text-Metadaten das ihnen anvertraute Kulturgut auch visuell in einer dem Medium angemessenen Form zu präsentieren, ohne dafür Gebühren entrichten zu müssen.

Um Urheberrechtsverletzungen in diesem Zusammenhang auszuschließen, ist über technische Beschränkungen sicher zu stellen, dass über die Belegfunktion hinaus rechtlich unzulässige Werkwiedergaben ausgeschlossen werden. Entsprechende Einschränkungen bei der Bildqualität, die hochwertige Reproduktionen nicht zulassen, und zusätzliche Maßnahmen wie digitale Wasserzeichen oder Kopierschutz können beispielsweise präventiv in die notwendigen gesetzlichen Regelungen aufgenommen werden.⁸

Diese Position des Museumsbundes, die in gleicher Weise für andere Gedächtnisinstitutionen gilt, die mit visuellem Kulturgut umgehen, bedarf einer Begründung. Das Urheberrecht und seine begleitenden Gesetze dienen dem Interessenschutz der Urheber: Generell wird im Urheberrecht unterstellt, dass jegliche Form der Verwendung eine zustimmungsbedürftige Nutzung sei. Nur wenige Ausnahmen – sogenannte „Schranken“ – lässt das Urheberrecht für den musealen Bereich zu, zum Beispiel das Zitatrecht nach § 51 UrhG oder das Katalogrecht bei Ausstellungen nach § 58 Abs. 2 UrhG. Bei diesen beiden Ausnahmen darf sicherlich angenommen werden, dass diese Regelungen gleichermaßen im Interesse der öffentlichen Nutzer, der Gedächtnisinstitutionen und auch der Urheber liegen. Solche Interes-

⁷ Vgl. https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/static/files/asset/document/positionspapier_deutscher_museumsbund_cc_by_4.0_auszug_aus_der_vergangenheit_eine_zukunft.pdf (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

⁸ Ebd.

sen ausgleichenden Überlegungen sollten auch für das digitale Zeitalter an gestellt werden. Aus Sicht der Museen ist eine angemessene digitale Sicht barmachung ihrer Bestände über Abbildungen in Internetobjekt Daten ban ken, wie sie von der Politik gefordert werden, eine pure Notwendigkeit. Das Positionspapier der Deutschen Digitalen Bibliothek vom 21.3.2017 bringt dies auf den Punkt: „Sowohl in der ‚Europeana‘, als auch in der DDB gibt es nachweislich ein ‚schwarzes Loch des 20. Jahrhun derts‘.“⁹ Die zum Teil häufig zu beobachtende Praxis, Objekt Datensätze in Datenbanken mit dem frustrierenden Hinweis „Aus urheberrechtlichen Gründen darf dieses Bild nicht gezeigt werden“ zu versehen und nur die sogenannten „Metadaten“ – also allein den Dokumentationstext – in die öf fentlich zugänglichen Datenbanken zu stellen, ist befremdlich, nicht zu kunftsorientiert und widerspricht jeglicher musealer Aufgabe zur Visuali sierung des Kulturguts. Ein kleines Beispiel mag dies verdeutlichen: In einer großen Datenbank brachte die Recherche nach dem bekannten deut schen Künstler Markus Lüpertz unter anderem das Ergebnis: handsignierte Kunstpostkarte „Ratten und Melonen“ mit allen Angaben zu Technik, Ma ßen etc. – aber eben kein Bild. Es bleibt der Fantasie des Datenbanknutzers überlassen, wie er sich „Ratten und Melonen“ von Lüpertz vorzustellen hat. Nur noch als grotesk kann das urheberrechtliche Los der Gedächtni sinstitutionen bezeichnet werden, wenn man die gleiche Suche über Google eingibt. Dort findet der Rechercheur eine Abbildung – nicht aber in der vom Urheberrecht dominierten Objekt Datenbank der Deutschen Digitalen Bibliothek, die als öffentlich-rechtlich ausgerichtete Körperschaft ihren Teil nehmern vertraglich die urheberrechtliche Prüfung all ihrer Bestände vor schreiben muss – mit der Folge, dass weder Ratten noch Melonen zu finden sind.

Im Sinne eines Interessenausgleichs zwischen Nutzern, Gedächtnisinstitutionen und Urhebern ist es sicherlich richtig, für die Abbildungen der Objekte in Internetdatenbanken während der gesetzlichen Schutzfrist eine nicht reproduktionsfähige Qualität mit entsprechenden digitalen Wasser zeichen vorzuschreiben. Gegebenenfalls wären weitere moderne technische

⁹ Position zu den Vorschlägen der EU-Kommission zur Reform des europäischen Urheberrechts vom 14.9.2016 – COM (2016) 592 final bis COM (2016) 596 final „Kulturerbeeinrichtungen in Europa benötigen eine digitale Visualisierungsschranke“, S. 2.

Schutzmaßnahmen denkbar. Damit wird deutlich, dass diese Abbildungen nicht dem Werkgenuss dienen und keine Möglichkeit zu einer hochwertigen Reproduktion bieten sollen. Ähnlich wie im Katalog- oder Zitatrecht hat die Abbildung lediglich eine Belegfunktion.

Eine angemessene Visualisierung von Beständen des 20. und 21. Jahrhunderts liegt gewiss auch im Interesse der Urheber beziehungsweise der Rechteinhaber. Urheber und Museen wollen, dass Werke in Bildform aufgefunden und geschützt werden. Sie wollen nicht, dass der Öffentlichkeit kulturelle Leistungen im Internet entzogen werden und dadurch in Vergessenheit geraten.

Die im öffentlichen Auftrag Kulturgut sammelnden Institutionen pflegen ihre Bestände mit hohem Aufwand. Sie dokumentieren deren Status sowie deren gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Kontext. Damit sichern sie das Kulturgut in seiner Existenz für die Zukunft, halten es zugänglich für die Gegenwart und leisten einen wichtigen Beitrag für Bildung und Wissenschaft. Sie tun dies im öffentlichen Auftrag und zum Nutzen der Allgemeinheit. Sie handeln damit auch im Interesse der Urheber. So wird über die Internetobjektbanken der Gedächtnisinstitutionen der Weg zum Objekt häufig erst geebnet. Hier mag ein Beispiel aus der Praxis das Problem verdeutlichen: Leihanfragen an das Haus der Geschichte erfolgten im ausgehenden 20. Jahrhundert über formelle Anschreiben mit der Bitte, für Ausstellungsvorhaben eine entsprechende Objektliste aus dem Bestand zu erhalten. Heute kommen nahezu ausschließlich Leihanfragen ins Haus, die über die Objektbank „SINT“ (Sammlungen im Internet) gesteuert sind. Darin befinden sich aber aufgrund der beschriebenen urheberrechtlichen Situation lediglich etwa acht Prozent des Sammlungsbestandes. Klarer kann wohl nicht belegt werden, dass nur Objekte, die im Netz visuell auffindbar sind, bei Museen angefragt werden.

Das Internet fördert die weltweite Kommunikation mit zunehmender Bedeutung des Visuellen. Museen bietet sich damit ein Instrument, die von ihnen bewahrte und gepflegte kulturelle Überlieferung in einen globalen Vermittlungsprozess einzubringen und lebendig zu halten. In einer Informationsgesellschaft ist zu verhindern, dass der Öffentlichkeit Kulturgut vorenthalten wird. Die Museen sehen hier gleichermaßen ihre Chance und ihre Verpflichtung.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Nicht-kommerzielle Museen sind als wichtige Kulturgutträger im Urheberrecht durch entsprechende Schrankenregelungen im europäischen und nationalen Recht zu berücksichtigen. Sollen Museen den ihnen zugeordneten Aufgaben gerecht werden, benötigen sie die rechtlichen Voraussetzungen, die zumindest zweierlei erlauben: Das von ihnen archivierte und gepflegte Kulturgut in einer visuell vertretbaren Version einer interessierten Öffentlichkeit kostenfrei zugänglich zu machen und die berechtigten Interessen der Urheber und Leistungsschutzberechtigten nicht nur zu wahren, sondern ihnen durch diese öffentliche Vermittlung auch zu dienen – damit wir nicht bilderlos bleiben.

SCHUTZFRISTEN

Eine Möglichkeit, den urheberrechtlichen Problemen im Umgang mit dem kulturellen Erbe zu begegnen, wäre eine Verkürzung der Schutzfristen, die bislang deutlich länger sind als die gewöhnlichen Auswertungszyklen kultureller Güter – einer der Gründe für die fehlende Dokumentation von Rechten und Unsicherheit. Sobald es keine Verwertungsperspektiven mehr gibt, entfällt auch die (wirtschaftliche) Notwendigkeit, die urheberrechtliche Situation von Werken zu dokumentieren. Einen radikalen Vorschlag macht Oliver Hinte, der die urheberrechtliche Schutzfrist auf fünf Jahre beschränken will. Dem gegenüber will Martin Kretzschmer die Schutzfrist zwar unberührt lassen, die Wahrnehmung dieser Rechte ab einer bestimmten Zeit jedoch im Regelfall kollektiv durch Verwertungsgesellschaften vornehmen lassen.

Oliver Hinte

Nach 25 Jahren ist Schluss

Ein Denkansatz zur Verbesserung der Bewahrung des kulturellen Erbes und zur Förderung der Kreativität

Der Schutz des geistigen Eigentums ist im Zusammenhang mit dem sogenannten UrhWissG¹ in jüngster Vergangenheit in unterschiedlicher Form thematisiert worden. Ist es in der derzeitigen Konstitution, in allen seinen Ausprägungen und mit seinen Schutzfristen noch zeitgemäß?

Ich denke nicht. Es scheint zwar etwas weit hergeholt, hier als Begründung für eine Reform die Digitalisierung heranzuführen, aber es trifft den Kern. Aufgrund der in vielen Bereichen infrage kommenden Formatänderungen, beispielsweise Papier in Dateien umzuwandeln oder Töne digital abzuspeichern, hat sich die Möglichkeit ergeben, urheberrechtliche Erzeugnisse leichter zu verbreiten und zugänglich zu machen. Nachdem sich die faktische Zugangsmöglichkeit damit immens erhöht hat, gilt es nunmehr, den rechtlichen Zugang zu erleichtern. Dies könnte man einerseits erreichen, indem man eine „Kulturgoodschranke“ einführt. Danach dürften alle urheberrechtlichen Leistungen, die als kulturelles Erbe eingeordnet sind, gegen eine angemessene Vergütung von allen genutzt werden.

Die dafür notwendige Einordnung als Kulturgut ist jedoch problematisch. Soll sie inhaltlich erfolgen oder an bestimmte Institutionen gebunden bleiben? Jeder Versuch einer Definition führt zu unnötigen Konflikten,

¹ Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz UrhWissG), Bundesrats-Drucksache 535/17, vom 30. Juni 2017. Die Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt lag zum Zeitpunkt der Druckfassung noch nicht vor.

denn wie soll der Gesetzgeber „kulturelles Erbe“ vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts² definieren und es den unterschiedlichen Akteuren recht machen? Einerseits könnte die kulturschaffende Person oder auch der Rechteinhaber³ besonderen Wert darauf legen, sein Erzeugnis als solches definiert zu wissen, weil sich daraus ein Imagegewinn ergeben könnte. Andererseits könnte sein Interesse auch dahin gehen, keine entsprechende Einordnung vornehmen zu lassen, damit das exklusive Verbreitungsrecht beim Rechteinhaber verbleibt und ein höherer wirtschaftlicher Erlös erzielt werden kann.

Eine allgemeine Schranke für das kulturelle Erbe ist kaum umsetzbar. Bei der derzeitigen „Politik der kleinen Schritte“⁴ bedarf es dringend einiger grundlegender Veränderungen, damit der gesellschaftliche Wandel möglich bleibt und Teile des kulturellen Erbes nicht verloren gehen.⁵ Auch João Pedro Quintais geht in seiner umfangreichen Monografie⁶ unter anderem der Frage nach, wie Massendigitalisierungen, die bei der Bewahrung des kulturellen Erbes von großer Relevanz sind, über eine Schranke oder Lizenz zufriedenstellend geregelt werden können.⁷ Sein Ergebnis lautet, dass derzeit keine entsprechende Lösung zur Verfügung steht.⁸ Dass ein solches System wohl kaum harmonisiert weltweit etabliert werden kann, ziehen Sheldon W. Halpern und Phillip Johnson in ihrem gemeinsamen Werk „Harmonising copyright law and dealing with dissonance“⁹ als wichtiges Zwischenfazit.¹⁰ Wann immer es um Kultur geht, so die Auffassung der beiden Autoren, ist der Disput vorprogrammiert, da das kulturelle Ver-

² Vgl. zum Beispiel BverfGE 30, 173 „Mephisto“.

³ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets selbstverständlich alle Geschlechter gleichermaßen.

⁴ Von Angela Merkel zu Beginn ihrer Amtszeit im Jahr 2005 ausgegebene Parole für Ihre Regierungspolitik. Vgl. https://de.m.wikipedia.org/wiki/Politik_der_kleinen_Schritte (zuletzt aufgerufen am 31.8.2017).

⁵ Euler, Ellen. Vgl. <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20040278> (zuletzt aufgerufen am 31.8.2017).

⁶ Quintais, João Pedro (2017). *Copyright in the age of online access*. Wolters Kluwer Law International.

⁷ Vgl. ebd., Ziffer 2.2.2, S. 24 f.

⁸ Vgl. ebd. mit weiteren Nachweisen in den dortigen Fußnote.

⁹ Halpern Sheldon W. / Johnson Phillip (2014). *Harmonising Copyright Law and Dealing with Dissonance. A Framework for Convergence of US and EU law*. Cheltenham, UK.

¹⁰ Ebd., S.16 f.

ständnis von Staat zu Staat, beziehungsweise von Region zu Region, sehr unterschiedlich sein kann, wodurch sich schon eine nationalstaatliche Lösung auf dieser Ebene schwierig gestaltet.¹¹

Letztlich wäre eine solche „Kulturgutschranke“ auch lediglich ein Herumlaborieren an Symptomen, ohne dass der Kern des Problems gelöst wird, der auch – aber nicht nur – in den Problemen bei der Digitalisierung des kulturellen Erbes zum Ausdruck kommt: Die Schutzfristen des Urheberrechts sind zu lang.

Die „Statue of Anne“ – das in England 1710 verabschiedete erste moderne Urheberrechtsgesetz – sah einen Schutz von lediglich 14 Jahren vor, der ein einziges Mal um die gleiche Frist verlängert werden konnte. Das Fotografienschutzgesetz von 1876 sah eine Schutzfrist von fünf Jahren vor – heute ist bei Fotos nahezu immer von einer Schutzfrist von 70 Jahren nach Tod des Fotografen auszugehen. Diese Schutzfrist von 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers hat sich in Deutschland bei allen Werkarten etabliert.

Seit Entstehung des Urheberrechts wurden die Schutzfristen kontinuierlich verlängert. Verkürzungen wurden nur unter Ökonomen diskutiert, die die negativen Auswirkungen der durch das Urheberrecht entstehenden überlangen Monopolrechte kritisierten. Von Juristen wird diese Kritik hingegen kaum reflektiert.

Dabei wäre die übergroße Mehrheit von Werken und damit auch von Kreativen und Verwertern von einer drastischen Reduzierung der Schutzfrist überhaupt nicht betroffen. Insgesamt ist das Urheberrecht ein Recht, das von der Interessenlage einer kleinen Minderheit eine allgemeinverbindliche Regelung ableitet. Angesichts der sehr geringen Anforderungen an Kreativität und persönlich-geistige Schöpfung, die heute schon dazu führen, dass Werke zumindest als „kleine Münze“ geschützt werden, gilt Vieles als Werk oder ist zumindest urheberrechtlich geschützt, auch wenn die dem Urheberrecht zugrundeliegenden Gedanken und Bewertungen schlicht nicht passen: Alltagsprodukte der Kreativität werden immer verbreiteter – man denke nur an Fotografie, deren Nutzung sich exponentiell vervielfacht hat; oder auch an Flugblätter oder Plakate, die gemacht werden, um möglichst weit verbreitet zu werden. Hier passen die Bewertungen des Urheberrechts weder auf die Interessen des „Schöpfers“ noch auf spä-

¹¹ Vgl. ebd.

tere Nutzer. Die Entstehung und inzwischen sehr starke Verbreitung freier Lizenzen, insbesondere der „Creative Commons“-Lizenzen, sind ein Beleg dafür, dass die Bewertungen des Urheberrechts in vielen Fällen als zu restriktiv empfunden werden.

Ab einem zeitlichen Abstand zur erstmaligen Veröffentlichung eines Werkes – wenn die kommerziellen Auswertungsmöglichkeiten in den Hintergrund treten – wird der urheberrechtliche Schutz bei der Verbreitung zu einer bloßen Hürde. Es ist häufig unklar, wer welche Rechte an älteren Werken hat – eine Unsicherheit, die einer weiteren Nutzung entgegen steht und damit im Widerspruch zu den Interessen von Kreativen darstellt, die Werke erschaffen, die rezipiert werden sollen.

Aus ökonomischer Sicht ist es so, dass die gewöhnlichen Refinanzierungszyklen sehr kurz und meist nach wenigen Jahren abgeschlossen sind. Nur sehr wenige Werke werden länger als fünf oder zehn Jahre kommerziell ausgewertet. Das Urheberrechtsgesetz selbst geht in den §§ 70 und 71 bei wissenschaftlichen Ausgaben und nachgelassenen Werken davon aus, dass 25 Jahre Schutzfrist für die Refinanzierung von Investitionen ausreichen. Vor der Reform von 1990 waren dies lediglich zehn Jahre und es ist nicht ersichtlich, dass die Verlängerung zu mehr Investitionen geführt hätte.

Gleichwohl soll hier die Schutzfrist der §§ 70, 71 UrhG zum Maßstab genommen werden. Vorgesprochen wird, die gewöhnliche Schutzfrist des Urheberrechts auf 25 Jahre zu begrenzen.

Von einer solchen Reduzierung der Schutzfrist wären die allermeisten Werke überhaupt nicht betroffen, da sie nicht mehr kommerziell ausgewertet werden und es würden nahezu alle Probleme, die zurzeit aufgrund des Urheberrechts bei der Digitalisierung des kulturellen Erbes bestehen, gelöst.

Nach 25 Jahren sind Werke in der Regel nicht mehr für Verwertungen interessant, sondern werden Teil der kulturellen Überlieferung. Ihr Wert besteht in der Möglichkeit, nachfolgenden Generationen gegenüber als Schlüssel zum Verständnis ihrer Entstehungszeit sowie als kulturelle Wurzeln zu fungieren. Das tun sie in der Regel auch nur deshalb, weil öffentlich finanzierte Gedächtnisinstitutionen sich ihrer annehmen.

Um den kommerziellen Interessen von Rechteinhabern entgegenzukommen, könnte eine Verlängerung dieser Schutzfrist ermöglicht werden. Diese bedarf aber des aktiven Handelns und tritt nicht automatisch ein. Wenn

man den zeitlichen Rahmen für die Möglichkeit von Verlängerungen auf die heute allgemein geltenden Fristen (in der Regel 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers) ausdehnt, entginge man auch dem Vorwurf, den Urhebern beziehungsweise den Rechteinhabern etwas wegzunehmen, sie zu enteignen. Diese behalten die Möglichkeit, ihre Rechte auch in Zukunft weit über die gewöhnliche Frist von 25 Jahren geltend zu machen – sofern sie dies aktiv betreiben und sich dafür entsprechend registrieren ließen.

Ein Entgegenkommen gegenüber den Rechteinhabern von „Longsellern“, das heißt von Werken der Popkultur, die über einen sehr langen Zeitraum kommerziell ausgewertet werden, erscheint auch ein Gebot politischer Klugheit: Alle Verlängerungen von Schutzfristen der letzten Jahre waren getrieben von dem Wunsch der Rechteinhaber, solche Werke weiter auswerten zu können. Indem die zwingende Verbindung zwischen der Schutzfrist für diese Werke – die wirklich eine extreme Ausnahme sind – und allen übrigen Werken aufgehoben wird, muss das kulturelle Erbe nicht mehr insgesamt für die wirtschaftlichen Interessen weniger in Geiselschaft genommen werden. Eine Befreiung des kulturellen Erbes wird gegen eine gut organisierte Lobby nur durchsetzbar sein, wenn auf die Interessen von beispielsweise den Schöpfungen Walt Disneys oder den Tonträgerherstellern der Aufnahmen der Beatles Rücksicht genommen wird.

Was ist also zu tun? Wichtig ist, sich im Hinblick auf die Kultur und ihre Werke klar zu machen, dass die Gemeinfreiheit die Regel und der urheberrechtliche Schutz die (begründungsbedürftige) Ausnahme ist. Alexander Peukert schreibt in seinem Werk „Die Gemeinfreiheit“¹² darüber und stellt unter anderem fest: „Die Gemeinfreiheit genießt [in Deutschland] keine solche Aufmerksamkeit. Im Gegenteil, sie kann gerade geradezu als Nicht Thema bezeichnet werden. In den politischen Vorhaben zur Informationsgesellschaft spielt sie keine nennenswerte Rolle.“¹³ Gemeinfreiheit ist jedoch die Voraussetzung dafür, dass ehemals urheberrechtlich geschützte Objekte erlaubnis- und vergütungsfrei genutzt werden können. In einer Welt, in der alles geschützt wäre, könnte nichts Neues entstehen.

¹² Peukert, Alexander (2013). Die Gemeinfreiheit. Tübingen.

¹³ Quintais, João Pedro (2017). Copyright in the age of online access. Wolters Kluwer Law International, S. 1.

Eine Verkürzung der gewöhnlichen Schutzfrist würde der Kreativität heute und der künftigen Produktion kultureller Güter erhebliche Impulse geben: Durch die Digitalisierung ist die Kulturproduktion schnelllebiger geworden. Nachweislich sind die Entstehungsprozesse kreativer Leistungen insgesamt kürzer. Nach Berechnungen aus der Betriebswirtschaftslehre können aufgrund der Digitalisierung in einzelnen Fällen Zeitersparnisse bis zu 92 Prozent erzielt werden.¹⁴ Überlange Schutzfristen wirken hier lähmend. Hinderlich wirkt dabei nicht nur die Länge der Schutzfristen an sich, sondern auch die Unterschiede dieser Fristen — abhängig davon, ob es sich um Urheberrechte oder Leistungsschutzrechte handelt. Eine Verkürzung der Fristen würde dieses Ungleichgewicht harmonisieren.

Mit einer deutlichen Verkürzung der Schutzfristen würden also gleich mehrere Ziele erreicht: Kreativität würde gefördert, indem leichter auf schon bestehende Werke aufgebaut werden kann. Die Verbreitung älterer Werke würde gefördert, weil dieser nicht mehr die häufig unklare Rechtsituation entgegen stünde. Und schließlich würde die Arbeit von Gedächtnisinstitutionen ermöglicht.

Notwendigerweise wäre eine Änderung der urheberrechtlichen Regelungen zur Schutzdauer des Urheberrechts in den §§ 64 ff. UrhG vorzunehmen.

Was könnte einer solchen Verkürzung der Schutzdauer entgegen stehen? Dies ist vor allem die Einbindung des deutschen Urheberrechts in europäische und internationale Vereinbarungen. Art. 7 der Revidierten Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst beispielsweise sieht in Abs. 1 eine Schutzdauer von 50 Jahren nach dem Tod des Urhebers vor. Dabei wird den Vertragsstaaten in Abs. 6 lediglich eine Verlängerung, nicht aber eine Verkürzung gestattet. Da diese Vorschriften wohl keiner anderen Auslegung zugänglich sind, müsste eine Änderung erreicht werden. Das ist sicher ein sehr schwieriges Unterfangen, haben doch die „Copyright Wars“ der vergangenen Jahre zu einer erheblichen Verhärtung der unterschiedlichen Positionen geführt. Auch deshalb erscheint der oben bereits geäußerte Gedanke richtig, dem Rechteinhaber eine Verlängerung des gewöhnlichen Schutzes weiter zu ermöglichen.

Es erscheint auch falsch, Änderungen der internationalen Vereinbarungen für unerreichbar zu halten. Die Berner Übereinkunft von 1887 ist einer

¹⁴ Jahn, Myriam (2017). *Industrie 4.0 konkret*. Wiesbaden. S. 12.

der ältesten internationalen Verträge überhaupt und wurde seit seiner Verabschiedung mehrfach revidiert. Warum sollte nicht auch jetzt, wo sich infolge der Digitalisierung die Voraussetzungen für die Produktion und Nutzung von Werken so radikal verändert haben, eine erneute Revision möglich sein? Zumal die Übereinkunft auch in ihrer jetzigen Form in bestimmten Konstellationen nach Abs. 4 eine Verkürzung der Schutzdauer, beispielsweise für Werke der Fotografie zulässt.

Heute mag die Verkürzung der Schutzfristen als Utopie erscheinen. Das muss nicht so bleiben. Es hat sich so viel und so Grundlegendes im Umgang mit kulturellem Erbe geändert, dass es zunehmend utopisch erscheint, hergebrachte Wertungen aus der analogen Zeit weiter durchsetzen zu wollen. Dabei ist der Konsens über die Notwendigkeit einer Lockerung des restriktiven Urheberrechts weiter als gedacht. *Fair Use* in den USA, freie Lizenzen überall auf der Welt, Kollektivlizenzen in den skandinavischen Staaten — all dies sind Ansätze, die negativen Folgen urheberrechtlicher Restriktion zu überwinden. Doch statt solcher punktueller Lösungen wäre es an der Zeit, an die Wurzel des Übels zu gehen: die überlangen Schutzfristen.

Martin Kretschmer

Niemand hat etwas davon, wenn Werke nicht genutzt werden können

Viele alte Texte, Fotos oder Grafiken könnten in digitalen Bibliotheken zugänglich sein, doch der Hemmschuh dabei sind meist ungeklärte Rechte. Neue Lösungsmodelle stoßen zu oft auf Abwehr, sagt der Urheberrechtswissenschaftler Martin Kretschmer.¹

iRights.info Herr Kretschmer, Sie sagen, dass immens viele urheberrechtlich geschützte Werke in einem „schwarzen Loch“ verschwinden. Was meinen Sie damit?

Martin Kretschmer Viele Werke, die nicht länger kommerziell verwertet werden, bleiben aufgrund laufender Schutzfristen oder ungeklärter Urheberrechtssituation ungenutzt. Es ist oft nicht möglich, sie neu herauszubringen oder zumindest online zugänglich zu machen. Nach 50 Jahren sind über 90 Prozent aller geschützten Werke in dieser Situation. Das Dilemma ist, dass niemand etwas davon hat, wenn geschützte Werke nicht genutzt werden können – weder die Rechteinhaber noch die Gesellschaft.

¹ Interview von Henry Steinhilber (iRights.info), veröffentlicht am 5.9.2016 auf iRights.info. Vgl. <https://irights.info/artikel/martin-kretschmer-niemand-hat-etwas-davon-wenn-werke-nicht-genutzt-werden-koennen/27800> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

Ist dieses „schwarze Loch“ also mehr als ein rechtliches Problem, eine gesellschaftspolitische Frage?

Ja, und der Gesetzgeber beginnt die Problematik auch zu erkennen, was sich etwa in der europäischen Richtlinie zu „verwaisten Werken“ ausdrückte.

Diese Richtlinie sollte es erleichtern, an ungenutzte Werke rechtlich heranzukommen. Jedoch sind in bestimmtem Maße nach wie vor gründliche Rechtereklärungen erforderlich.

Und daraus ergibt sich die Frage: Wie hoch sind dafür die Kosten – und sind sie am Ende gerechtfertigt?

Welche Kosten meinen Sie?

Im CREATE-Forschungsinstitut in Glasgow haben wir dazu gerade eine Studie durchgeführt. Es ging um eine Serie von Collagenbüchern² eines wichtigen schottischen Dichters, Edwin Morgan. Sie entstanden zwischen 1931 und 1966 und sollten nun digitalisiert werden. Die 16 Bände enthalten etwa 54.000 verschiedene Ausrisse, Fotos, Bilder, Zeichnungen, Grafiken, Zeitungs- und Magazintexte. Davon gelten etwa 72 Prozent als „verwaist“³, weil die Urheber beziehungsweise Rechteinhaber unbekannt sind. Wir haben dann versucht, die Rechte daran unter verschiedenen rahmenrechtlichen Bedingungen zu klären, zum Beispiel unter der europäischen Richtlinie und dem britischen „Orphan Works Licensing Scheme“,

² Vgl. <http://www.create.ac.uk/blog/2015/06/03/diligent-searching-in-the-dark-identifying-images-out-of-context/> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

³ Als „verwaist“ gelten Werke, wenn der Urheber oder Rechteinhaber nicht bekannt oder nicht auffindbar ist. Sie bleiben daher häufig ungenutzt. Ist zum Beispiel der Rechteinhaber an einem Buch oder Zeitungsartikel nicht bekannt, können die Inhalte nicht ohne Weiteres in digitalen Bibliotheken angeboten werden. Seit 2014 dürfen Archive, Bibliotheken und Museen „verwaiste Werke“ unter bestimmten Bedingungen online zugänglich machen. Dazu gehört, dass sie sorgfältig nach Rechteinhabern gesucht haben, die Suche dokumentieren und Werke bei einem Register anmelden. Ungenutzt bleiben neben den „verwaisten Werken“ häufig auch vergriffene Werke, etwa Bücher ohne Neuauflage. Vgl. <https://dejure.org/gesetze/UrhG/61.html> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

das potenziell auch kommerzielle Nutzungen ermöglicht. Hierbei erfassten wir anhand einer Stichprobe den dafür erforderlichen Zeitaufwand und die daraus resultierenden Kosten.

Und was kam dabei heraus?

Nach unseren Berechnungen würde eine vollbeschäftigte Kraft zwölf Jahre nichts anderes tun, als die Rechte zu klären, die die digitale Veröffentlichung dieser kulturhistorisch wichtigen Bände ermöglichen würde. Hochgerechnet von unserer Stichprobe wären Kosten in der Höhe von 288.430 Britischen Pfund für die Rechteklärung aufgelaufen. Dies ist vielleicht ein extremer Fall, aber untypisch sind solche Kosten für komplexe Digitalisierungsprojekte nicht. Die Frage ist nun: Wer wagt sich unter diesen Umständen daran, verlorene Werke wieder zugänglich zu machen?

Wenn also die Richtlinie für „verwaiste Werke“ oder einzelstaatliche Regelungen nicht helfen, wie ließe sich die von Ihnen festgestellte Misere dennoch überwinden?

Man könnte eine Regel einführen, wie man sie aus dem internationalen Markenschutzrecht kennt. Wird eine geschützte Marke eine bestimmte Zeit lang nicht genutzt, kann der Rechteinhaber sie verlieren. Etwas ähnliches ließe sich für urheberrechtliche Werke entwickeln. Meiner Ansicht nach wäre das ein pragmatischer Weg, weil es ein solches Rechtsprinzip, das den Schutz einschränkt, bereits gibt.

Wäre eine solche Regelung für Deutschland oder in Europa tatsächlich durchsetzbar und mit den vorhandenen Rechtsrahmen vereinbar?

Man könnte innerhalb der internationalen Rahmenbedingungen beispielsweise einen Rechterückfall an Urheber vorsehen. Und zwar in der Form, dass ungenutzte Rechte standardmäßig kollektiv verwertet werden. Das heißt, das Verbotsrecht wird damit in der Praxis zu einem Vergütungsrecht. Wohlge-

merkt wären das immer noch Autorenrechte im Sinne der Berner Übereinkunft,⁴ nur verschwänden die Werke nicht mehr im schwarzen Loch. Vielmehr ließen sie sich über die kollektive Verwertung, abgewickelt durch Verwertungsgesellschaften, wieder aktivieren.

Was ist, wenn sich der Rechteinhaber nach diesem Rückfall doch wieder meldet?

Es muss dem Rechteinhaber im Prinzip möglich sein, die betreffenden Werke wieder aus dem Pool der Verwertungsgesellschaft herauszunehmen.

Somit würde aus dem schwarzen Loch eine Art Depot, in dem ungenutzte Werke grundsätzlich zugänglich sind. Das klingt vernünftig. Was spräche dagegen, so eine Regelung einzuführen?

In erster Linie die Reflexe der Beteiligten. Die politische Debatte um das Urheberrecht ist so eingefahren, dass jeder Versuch, eine progressivere Perspektive einzubringen, sofort von den alten ideologischen Argumenten erstickt wird. Daher müssten wir als erstes einen gesellschaftlichen Konsens schaffen: Ungenutzte Werke sollen nicht verschwinden, sondern zugänglich bleiben. Ist dieser Konsens erreicht, überlegt man, welche Möglichkeiten es gäbe, ihn rechtlich umzusetzen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass wieder die gleichen politischen Gefechte ausgetragen werden, wie wir sie in den vergangenen Jahrzehnten bei jeder neuen Ausnahmeregelung erlebten. Selbst der WIPO-Blindenvertrag von Marrakesch⁵, eine vergleichsweise kleine Schranke, gegen die eigentlich niemand etwas haben sollte, benötigte 50 Jahre, bis sie verab-

⁴ Vgl. <https://irights.info/artikel/der-traum-vom-weltweit-einheitlichen-urheberrecht/5068> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

⁵ Der Vertrag von Marrakesch über die Erleichterung des Zugangs zu veröffentlichten Werken für blinde, sehbehinderte oder sonst lesebehinderte Menschen (Vertrag von Marrakesch) regelt Beschränkungen bzw. Ausnahmestimmungen im Urheberrecht zugunsten von Blinden, Sehbehinderten und sonst lesebehinderten Menschen, damit die betroffenen Personen auf einen größeren Teil von Werken in barrierefreien Formaten zugreifen können.

schiedet wurde. Das ist doch absurd. Es gibt so eine reflexartige Rhetorik, die viele bei jedem Reformversuch immer wieder aufs Neue strapazieren. In einem Zeitalter, das von technologischen Umbrüchen geprägt ist, sollten wir solche Reflexe vermeiden.“

KOLLEKTIVE RECHTEWAHRNEHMUNG UND VERWERTUNGSGESELLSCHAFTEN

Verwertungsgesellschaften spielen in den Überlegungen für einfache Regelungen zur Rechtklärung beim kulturellen Erbe eine wichtige Rolle. Elisabeth Niggemann plädiert dafür, das bei der Nationalbibliothek in Zusammenarbeit mit den Verwertungsgesellschaften aufgebaute Lizenzierungssystem für vergriffene Werke weiter auszubauen. John Weitzmann dagegen will den Verwertungsgesellschaften bei der Rechtklärung eine Schlüsselrolle zukommen lassen, um alle Werke, deren Rechte sich nicht zuordnen lassen, als „verwaist“ zu qualifizieren.

Elisabeth Niggemann

Neues Leben für vergriffene Werke

Der Lizenzierungsservice der Deutschen
Nationalbibliothek für vergriffene Werke (VW-LiS)

Vorgeschichte

Digitalisierung ist ein Thema, das die globale Gesellschaft bewegt und auch vor Bibliotheken und anderen Kulturinstitutionen nicht haltmacht. Im Gegenteil: Der Buchbereich war und ist einer der ersten, in denen der Ruf nach Digitalisierung laut wurde. Gerade für mittelalterliche Handschriften oder Frühdrucke, deren Nutzung im Original nur sehr wenigen Fachleuten möglich wäre, hat sich die Digitalisierung schnell als probates Mittel erwiesen, um die Informationen einem größeren Kreis zugänglich zu machen. Bei „gemeinfreien Werken“, das heißt Werken, deren Urheber¹ seit mehr als 70 Jahren tot ist, ist eine Digitalisierung und Bereitstellung rechtlich gesehen problemlos möglich, sodass viele Bibliotheken ihre wertvollen Altbestände digitalisieren und frei verfügbar auf ihrer Website und über Portale wie die Europeana und die Deutsche Digitale Bibliothek anbieten können.

Ein Meilenstein in dieser Entwicklung ist sicherlich der 28. April 2005. An diesem Tag schrieben sechs europäische Staatsoberhäupter, darunter auch der damalige deutsche Bundeskanzler Gerhard Schröder, einen Brief an den Präsidenten der Europäischen Kommission, in dem sie ihn baten, eine europäische digitale Bibliothek aufzubauen. Der Hintergrund dafür waren die Digitalisierungsaktivitäten von Google; die treibende Kraft der

¹ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

europäischen Initiative waren Jacques Chirac und im Hintergrund Jean-Noël Jeanneney, der damalige Präsident der Französischen Nationalbibliothek.² Dabei ging es nicht nur um gemeinfreies, sondern vor allem auch um urheberrechtsgeschütztes Material in Archiven, Bibliotheken und anderen Gedächtnisinstitutionen, das in seiner ursprünglichen Form vergriffen ist und das auch nicht von Urhebern, Verlagen und anderen Rechteinhabern digital angeboten und verbreitet wird. Gerne wird in diesem Zusammenhang das Bild vom „schwarzen Loch des 20. Jahrhunderts“ verwandt. Zwar werden viele vergriffene Bücher und Periodika als „E-Books“, „E-Journals“ und durch „Print on demand“ wieder zugänglich gemacht, doch war und ist völlig klar, dass es in europäischen Bibliotheken darüber hinaus ein enormes Reservoir an weiterhin vergriffenen Titeln gibt, die für die digitale Nutzung als Schatz verborgen bleiben.

Der Brief löste eine Fülle von Aktivitäten aus – darunter den Aufbau der Europeana³ und ein „Memorandum of Understanding. Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works“.⁴ Dieses Memorandum wurde auf Vermittlung der Europäischen Kommission von Experten aus vielen europäischen Verbänden von Bibliotheken, Autoren, Künstlern, Verlagen sowie Verwertungsgesellschaften erarbeitet und am 20. September 2011 von Repräsentanten von insgesamt zehn Verbänden⁵ sowie von Michel Barnier als Kommissar für Binnenmarkt und Dienstleistungen unterschrieben. Barnier sagte damals in einer Presseerklärung:

Mit der heute unterzeichneten Absichtserklärung haben die Beteiligten einen wichtigen Schritt hin zu konkreten und gangbaren Lösungen getan, mit denen europäische digitale Bibliotheken gefördert werden und

² Vgl. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/europeana-background-digitalisation-initiative> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

³ Vgl. <http://www.europeana.eu/> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

⁴ Vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/2010920-mouen.pdf (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

⁵ Ligue des Bibliothèques Européennes de Recherche (LIBER), Conference of European Librarians (CENL), Executive Committee of the European Bureau of Library (EBLIDA), Europäische Journalisten Föderation (EFJ), European Publishers Council (EPC), European Writers' Council (EWC), European Visual Artists (EVA), Federation of European Publishers (FEP), Association of Scientific, Technical and Medical Publishers (STM) und International Federation of Reproduction Rights Organisations (IFFRO).

der Zugang zu unserem reichen Kulturerbe gewährleistet wird. Dies ist nach meiner Sicht ein klares Zeichen dafür, dass man durch Dialog und Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse einer Branche die urheberrechtlichen Probleme des digitalen Zeitalters lösen kann.⁶

In dieser gemeinsamen Absichtserklärung wurden zentrale Grundsätze vereinbart, auf deren Grundlage europäische Bibliotheken und andere Kultureinrichtungen vergriffene Bücher und Zeitschriften ihrer Sammlungen digitalisieren und im Internet bereitstellen können sollten. Dies sollte insbesondere unter folgenden Rahmenbedingungen geschehen: freiwillige Lizenzvereinbarungen, Wahrung des Urheberrechts in vollem Umfang und die Möglichkeit für Rechteinhaber, immer als erste ein vergriffenes Werk zu digitalisieren und zugänglich zu machen. In der schon zitierten Presseerklärung begrüßten die Präsidenten der beteiligten Verbände, darunter namentlich der Präsident des Europäischen Schriftstellerkongresses, der Präsident des Europäischen Verlegerverbandes sowie die Präsidentin des internationalen Verbandes der Verwertungsgesellschaften für Vervielfältigungsrechte, das Memorandum, seine Ziele und die vorgeschlagene nationale Implementierung. Immer wieder wurde betont, dass der achtmonatige Branchendialog zu einer Lösung geführt habe,

die sowohl die Interessen der Autoren und des Verlagssektors als auch die Anliegen der Bibliotheken und der Massendigitalisierungsprojekte berücksichtigt. Die Verwertungsgesellschaften, die die Inhaber von Rechten an Büchern und Fachzeitschriften vertreten, werden bei der konkreten Umsetzung der Absichtserklärung eine große Rolle spielen. Letztere dürfte die Aushandlung und den Erwerb von Lizenzen wesentlich erleichtern, die Bibliotheken und ähnliche kulturelle Einrichtungen zur Digitalisierung eines Großteils ihrer Archive (der vergriffenen Bücher und Fachzeitschriften in ihren Sammlungen) sowie dessen Bereitstellung im Internet benötigen.⁷

⁶ Vgl. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1055_de.htm (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

⁷ Ebd.

Kurz nach Unterzeichnung des „Memorandum of Understanding“ trat am 25. Oktober 2012 die europäische Richtlinie zu den „verwaisten Werken“⁸ in Kraft, die innerhalb der folgenden zwei Jahre in allen europäischen Ländern in nationales Recht umgesetzt werden musste. Der Deutsche Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Nutzung „verwaister“ und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 1. Oktober 2013 nicht nur die Richtlinie, sondern auch das Memorandum zu den vergriffenen Werken im spezifischen nationalen Rechtskontext aufgegriffen und in eine verbindliche gesetzliche Regelung gegossen. Deutsche Bibliotheken werden dafür zu Recht beneidet!

Nur wenige europäische Länder haben mittlerweile eine Gesetzgebung zu vergriffenen Werken: Neben der deutschen Regelung gibt es gesetzliche Lösungen, die vergriffene Werke einschließen, in nur sieben weiteren Ländern. Schaut man genauer hin, so sind alle Regelungen unterschiedlich, beispielsweise was die Möglichkeit des Angebots der Digitalisate jenseits der eigenen Staatsgrenzen angeht. Die deutsche Regelung ist vorbildlich: Sie wurde praxisbezogen in Gesprächen zwischen Vertretern der Verlage, der Bibliotheken und der Verwertungsgesellschaften erarbeitet, begleitet von weiteren Gesprächsrunden, in denen auch die Urheber sowie Übersetzer vertreten sind. So wurde ein gemeinsames Verständnis zur Regelung der Digitalisierungswünsche von Gedächtnisinstitutionen entwickelt, das sich in der Praxis insofern bewährt hat, als es bisher kaum Widersprüche gegen vorgenommene Lizenzierungen gab. Der Vorteil der langen Vorbereitung in Gesprächen und der allen Beteiligten gemeinsamen klaren Bereitschaft zum Kompromiss hat ein gutes, auch in der Realität erfolgreiches System entstehen lassen. Zahlreiche Einladungen zu Vorträgen über den deutschen Weg der adäquaten Umsetzung des „Memorandum of Understanding“ belegen das große Interesse anderer Länder an dieser Lösung.

⁸ Richtlinie 2012/28/EU. Vgl. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:DE:PDF> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

Die gesetzliche Grundlage

Von dem Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 1. Oktober 2013 und der Regelung zur Nutzung vergriffener Werke in § 13 d ff. Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (UrhWahrnG) vom 1. April 2014, seit 2016 § 51 f. Verwertungsgesellschaftengesetz (VGG), sind nur Printwerke betroffen, die vor dem 1. Januar 1966 erschienen sind. Es handelt sich um eine gesetzliche Vermutung (rechtstechnisch im Wege der gesetzlichen Fiktion), wonach die Verwertungsgesellschaften bis auf Widerruf auch für Außenseiter mit der Wahrnehmung der Rechte der Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung betraut sind. Daher kann ohne Rechtklärung eine Lizenz erworben werden, deren Tarife von den Verwertungsgesellschaften festgelegt werden.

Unter bestimmten Voraussetzungen, die seinerzeit in §§ 13 d ff. UrhWahrnG, heute durch dessen Novellierung des Jahres 2016 in § 51 und § 52 VGG sowie im Rahmenvertrag zur Nutzung vergriffener Werke in Büchern geregelt sind⁹, kann für ein vergriffenes Druckwerk eine Nutzungslizenz durch die Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) eingeräumt werden: Es muss sich um ein Werk handeln, das vor dem 1. Januar 1966 in Büchern, Fachzeitschriften, Zeitungen, Zeitschriften oder in anderen Schriften veröffentlicht wurde und das sich im körperlichen Bestand der Institution befindet, die eine Lizenz erwirbt. Das Gesetz umfasst die Bestände öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archive und von Einrichtungen, die im Bereich des Film- oder Tonerbes tätig sind. Dabei muss das betreffende Werk im Buchhandel vergriffen sein, das heißt, es darf kein verlegerisches Angebot mehr existieren. Der Rahmenvertrag räumt das Recht zur Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung ausschließlich zum Zweck der Nutzung im Rahmen digitaler Bibliotheken ein und schließt eine Nutzung zu gewerblichen Zwecken aus.

Lizenzen für die Nutzung vergriffener Werke werden von der VG Wort gegen die Zahlung einer Vergütung eingeräumt. Bevor die Lizenzierung

⁹ Rahmenvertrag zur Nutzung vergriffener Werken in Büchern. Abgeschlossen 2015 zwischen der Kultusministerkonferenz für den Bund und die Länder und den beiden Verwertungsgesellschaften Wort und Bild-Kunst. Vgl. http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/-vereinbarungen/2015_01_RV_vergriffene_Werke.pdf (zuletzt aufgerufen am 06.12.2017).

für ein Werk erfolgen kann, muss dieses zunächst im Register vergriffener Werke des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA)¹⁰ eingetragen werden. Erfolgt innerhalb einer gesetzlich festgelegten Frist von sechs Wochen kein Widerspruch durch einen Rechteinhaber kann die Lizenzierung erfolgen. Die Kosten für Registrierung und Vergütung sind in § 7 des Rahmenvertrags zur Nutzung vergriffener Werke in Büchern sowie in der Verordnung über das Register für vergriffene Werke geregelt.

Ein Widerspruch eines Rechteinhabers kann später jederzeit erfolgen, sodass die Einrichtung, die das Digitalisat anbietet, es aus ihrem Webangebot entfernen muss und es nur noch als Archivkopie verwenden kann. Dazu kann jeder Rechteinhaber in der Datenbank recherchieren, ob ein vergriffenes Werk zur Lizenzierung ansteht oder bereits lizenziert ist und beispielsweise wegen einer geplanten Neuausgabe oder einer Eigendigitalisierung Widerspruch einlegen.

Lizenzierungsservice der Deutschen Nationalbibliothek – Workflow

Als Institution, deren Sammelauftrag erst mit dem Jahr 1913 beginnt, verfügt die Deutsche Nationalbibliothek kaum über gemeinfreie Werke. Ihr Bestandsschwerpunkt liegt im 20. Jahrhundert. Mit dem Gesetz über die vergriffenen Werke von 2014 haben sich der Deutschen Nationalbibliothek im Hinblick auf vergriffene Werke erstmals attraktive Handlungsspielräume eröffnet. Sie hat daher einen Lizenzierungsservice für vergriffene Bücher aufgebaut, der ihr die Recherche und Beantragung von Nutzungslizenzen für vergriffene Druckwerke über die zuständigen Verwertungsgesellschaften erleichtert. Dabei kooperiert sie mit der VG Wort und dem DPMA.

Darüber hinaus bietet die Deutsche Nationalbibliothek ihren Lizenzierungsservice auch allen anderen vom Gesetz privilegierten Institutionen, die Recherche und Beantragung vergriffener Druckwerke über die VG Wort, an. Voraussetzungen für die Nutzung des Lizenzierungsservices

¹⁰ Vgl. https://www.dpma.de/service/e_dienstleistungen/register_vergriffener_werke/ (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

sind die Registrierung der Institution durch ein entsprechendes Benutzungskonto bei der Deutschen Nationalbibliothek sowie der Beitritt der Institution zum Rahmenvertrag.

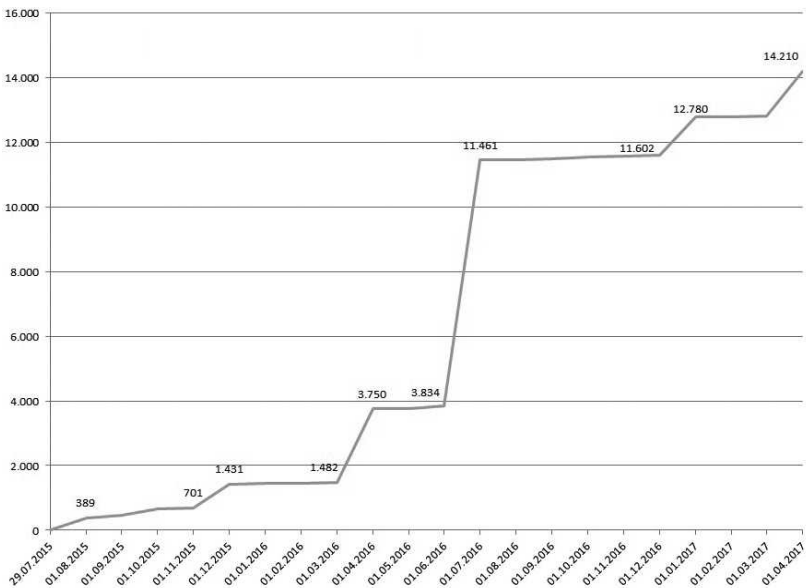
Der Lizenzierungsservice erleichtert die Ermittlung vergriffener Werke und den Lizenzwerb. Zunächst wird durch einen automatisierten Abgleich mit Verzeichnissen des Buchhandels der Lieferbarkeitsstatus für die Werke im Bestand der Deutschen Nationalbibliothek ermittelt. Sowohl über die Katalogsuche im Portal als auch über den Upload von Listen von jeweils bis zu 1.000 Titeln kann eine Institution den Lieferbarkeitsstatus der Werke feststellen, für die sie eine Lizenzierung plant, und direkt vom Suchergebnis den Schritt zur Lizenzbeantragung gehen. Sind vergriffene Titel identifiziert, bietet der Lizenzierungsservice die Möglichkeit, Anträge für eine Lizenzierung der betreffenden Werke zu stellen, sofern die bibliografischen Mindestanforderungen erfüllt sind (§ 52 VGG). Dabei kann die Beantragung für einzelne Titel, aber auch für ein umfangreicheres Titelseit gebündelt stattfinden. Dies geschieht aus der Oberfläche des Lizenzierungsservices heraus, und die Anträge werden direkt an die VG Wort übermittelt. Mit dem Eingang des Lizenzantrags veranlasst die VG Wort zudem automatisch die Eintragung aller beantragten Werke in das Register des DPMA.

In ihrem Benutzungskonto kann eine Institution den Bearbeitungsstatus ihrer Anträge verfolgen. Die tatsächliche Einräumung der Lizenz erfolgt direkt zwischen der VG Wort und der beantragenden Institution. Ob eine Lizenz erteilt oder abgelehnt wurde, wird ebenfalls im Benutzungskonto angezeigt und den Antragstellern per E-Mail mitgeteilt. Durch die weitgehende Automatisierung des Verfahrens kann der Aufwand für alle Seiten klein gehalten und der Lizenzierungsservice seitens der Deutschen Nationalbibliothek kostenfrei angeboten werden.

Seit der Inbetriebnahme des Dienstes für Monografien im Juli 2015 hat sich eine Reihe von Bibliotheken und anderen privilegierten Einrichtungen als Nutzer registrieren lassen und Anträge gestellt. Die ersten Nutzungslizenzen wurden nach Ablauf der sechswöchigen Widerspruchsfrist Mitte September 2015 erteilt. Anfang 2017 sind 35 Kulturerbeinstitutionen, darunter Staats- und Universitätsbibliotheken sowie – natürlich – die Deutsche Nationalbibliothek registriert. Die Gründe für den Wunsch der Digita-

lisierung sind vielseitig: entweder, weil die Institutionen im Rahmen von Projekten inhaltsbezogen arbeiten, weil ihre Leser die Werke in digitaler Form benötigen, weil Bücher beispielsweise durch Säurefraß so geschädigt sind, dass sie nicht mehr zur Benutzung zur Verfügung gestellt werden können oder ganz einfach, weil sie das allgemeinere Ziel verfolgen, die Verfügbarkeit von Materialien des 20. Jahrhunderts in digitaler Form zu erhöhen. In den knapp eineinhalb Jahren seit der Aufnahme des Services ist die Zahl der Lizenzen schnell angewachsen. Die Entwicklung wird in der folgenden Grafik deutlich:

Tabelle 1: Entwicklung der Anträge monatlich



Quelle: Deutsche Nationalbibliothek

Einer der großen Vorteile des Verfahrens ist, dass die Nutzung vergriffener Werke auf der Basis einer Einmalzahlung der Lizenzgebühr an die VG Wort erfolgt. Dies garantiert den Gedächtnisinstitutionen eine finanzielle Planbarkeit. Dass in Deutschland bislang nicht mehr vergriffene Bü-

cher von Gedächtnisinstitutionen online zugänglich gemacht wurden, lag bisher einerseits an ganz praktischen Hürden, die noch zu überwinden sind. Andererseits aber, und dieser Aspekt gilt auch in Zukunft, fehlt es an finanziellen wie personellen Ressourcen.

Die Deutsche Nationalbibliothek strebt eine Erweiterung des Serviceangebots von VW-LiS an, sodass auch Werke außerhalb ihres Bestandes berücksichtigt werden können. Auch die Abgleichalgorithmen und die zugrunde gelegten Datenbestände bedürfen der kontinuierlichen Pflege und Erweiterung; entsprechende Schritte werden folgen, um beispielsweise bislang nicht berücksichtigte Lieferbarkeitsnachweise einzubeziehen. Darüber hinaus ist der Service derzeit nur für einbändige monografische Werke anwendbar. Für mehrbändige Werke sind noch vergleichbare Entwicklungen notwendig.

Lizenzierungsservice der Deutschen Nationalbibliothek – Perspektiven und Wünsche

Periodika

Perspektivisch ist es für die Deutsche Nationalbibliothek unabdingbar, dass auch für Periodika die gesetzliche Regelung durch eine Erweiterung des Rahmenvertrags umgesetzt wird. Periodika sind einerseits für Wissenschaft und Forschung besonders wichtige Quellen, andererseits ein Alptraum bei der Rechteklärung: Neben anonym bleibenden oder unter Kürzeln publizierenden Autoren sind Tausende namentlich genannte Autoren pro Jahrgang die Regel, eine sorgfältige Rechteklärung für jeden einzelnen unmöglich.

Als ein Beispiel unter vielen sollen die digitalisierten „Jüdischen Periodika aus NS-Deutschland“ dienen, die die Deutsche Nationalbibliothek von 2004 bis 2006 in einem von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Projekt digitalisiert hat.¹¹ Diese stellen für die Erforschung des Lebens und Leidens der jüdischen Gemeinschaft unter nationalsozialistischer Herrschaft eine historische Quelle von hohem Rang dar. Aufgrund der

¹¹ Vgl. <http://www.dnb.de/juedischeperiodika> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

Überlieferungssituation ist der Zugang zu ihnen nur eingeschränkt oder unter großen Schwierigkeiten möglich, das heißt, es handelt sich um wichtiges und schwer zugängliches Quellenmaterial. Das Ziel des damaligen Projektes war die Digitalisierung, Erschließung und Bereitstellung wichtiger, in Deutschland nach der nationalsozialistischen Machtübernahme 1933 (oder kurz zuvor) gegründeter jüdischer Periodika – zumeist Organe der zum Teil neu gegründeten Selbsthilfeeinrichtungen der jüdischen Gemeinschaft stellen sie deren direkte Antwort auf die Verfolgung durch das NS-Regime dar.

Digitalisiert wurden 25 Titel, beispielsweise der „Arbeitsbericht des Zentralausschusses der Deutschen Juden für Hilfe und Aufbau“, Berlin 1934–1938, „Jüdische Auswanderung“, Berlin 1936–1939, „Der Vortrupp“, Berlin 1933–1935, verschiedene Ausgaben des „Jüdischen Nachrichtenblattes“ sowie Periodika des Kulturbunds Deutscher Juden. Um die Lage einschätzen zu können und eine ungefähre Vorstellung von der Größenordnung einer korrekten Rechteklärung zu erhalten, hat die Deutsche Nationalbibliothek eine vorläufige Auswertung vorgenommen. Insgesamt wurden 34.320 Artikel digitalisiert, davon 22.531 ohne namentliche Zeichnung, 1.697 mit Pseudonym und 10.092 mit Realnamen gezeichnete Artikel, die sich auf ungefähr 3.300 Autorenangaben zurückführen lassen. Für eine erhebliche Anzahl der digitalisierten Werke sind die Rechteinhaber nicht bekannt, das heißt es sind „verwaiste Werke“. Eine sorgfältige Suche angesichts dieser Zahlen ist ausgeschlossen.

Über viele Jahre waren die digitalisierten Zeitschriften mit den darin enthaltenen Artikeln online recherchierbar. Ihre Nutzung war hoch, es gab viel Anerkennung vonseiten der Wissenschaft. Im Rahmen der intensiven Urheberrechtsdiskussionen, vor allem im Zuge der Debatte um das „Google Settlement“¹², wurde der Zugriff aber auf die Lesesäle der Deutschen Nationalbibliothek in Leipzig und Frankfurt am Main beschränkt – was trotz vieler Anfragen und Bitten bis zum heutigen Tag der Fall ist. Sobald die rechtlichen Rahmenbedingungen auch die Lizenzierung vergriffener, in Deutschland vor 1966 erschienener Periodika erlauben, wird die Deutsche Nationalbibliothek diese Regelungen und auf ihnen basierende

¹² Vgl. <https://web.archive.org/web/2011228062119/http://www.googlebooksettlement.com/agreement.html> (zuletzt aufgerufen am 06.12.2017).

Verfahren nutzen, um die vorstehend genannten Werke erneut umfassend zugänglich zu machen. Sie plant darüber hinaus die Lizenzierung weiterer, unter diese Regelung fallende Periodika.

Weitere Werke

Es ist darüber hinaus wünschenswert, dass eine vergleichbare gesetzliche Regelung auch für vergriffene Musikwerke, Tonträger und Noten verankert wird. Das Pflichtexemplarrecht der Deutschen Nationalbibliothek umfasst Tonträger und Musikalien ab 1913: Auch hier ruht ein Schatz an vergriffenen Werken.

Werke des Exils

Durch den deutschen Gesetzgeber nicht gelöst werden kann der Umgang mit dem für die Deutsche Nationalbibliothek so wichtigen Thema der Werke des Exils 1933–45. Schließlich gilt die nationale Regelung zu den vergriffenen Werken nur für Werke, die in Deutschland veröffentlicht wurden — also eben nicht für Werke, die im Exil entstanden. Für Werke, die im europäischen Exil (EU-Staaten) erstveröffentlicht wurden, kann zwar auf die Regelungen zu den verwaisten Werken abgestellt werden, wie sie die EU-Richtlinie verlangt für Werke, die in Ländern außerhalb der EU (wie Schweiz, China oder USA) veröffentlicht wurden, ist die Rechtslage erst recht problematisch: Hintergrund ist das geltende Territorialprinzip, wodurch die urheberrechtlichen Befugnisse an den nationalen Grenzen enden, sowie das daraus resultierende Schutzlandprinzip.

Die Deutsche Nationalbibliothek besitzt in ihren Exilsammlungen von deutschen Exilanten im ausländischen Exil verfasste oder veröffentlichte Druckwerke, unter Mitwirkung von Emigranten entstandene Flugblätter sowie Archivalien (Akten, Nachlässe und Teilnachlässe, Sammlungen, Briefkonvolute, Einzelbriefe, Manuskripte und anderes). Es handelt sich um insgesamt circa 33.000 Monografien und etwa ebenso viele Zeitschriften, etwa 2.680 Flugblätter, 480 Tarnschriften und circa 300 Nachlässe.

Vor allem die Exilzeitschriften und -zeitungen sind Quellenmaterial mit hohem interdisziplinärem Forschungspotenzial. Rund 450 Zeitschriften sind zwischen 1933 und 1945 im europäischen Ausland und in Übersee erschienen. Mit dem Projekt „Exilpresse digital“ wollte das Deutsche Exilarchiv einen möglichst repräsentativen Überblick über die Exilpresse geben und besonders schwer zugängliche Periodika verfügbar machen.¹³ Bei der Auswahl der Titel wurde darauf geachtet, dass kulturpolitische und literarische, wissenschaftliche und politische Zeitschriften ausgewählt und unterschiedliche Erscheinungszeiträume sowie unterschiedliche Exilländer als Erscheinungsorte berücksichtigt wurden.

Gerade mit Blick auf die wissenschaftliche Erforschung der Exilbewegungen 1933 bis 1945 ist es unabdingbar, diese wichtigen Zeitzugnisse verfügbar zu halten. Im Rahmen des von 1997 bis 2003 von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Projektes „Exilpresse digital – deutschsprachige Exilzeitschriften 1933–1945“ digitalisierte das Deutsche Exilarchiv 1933–1945 der Deutschen Nationalbibliothek in Frankfurt am Main aus seinem Bestand ausgewählte Exilzeitungen und -zeitschriften, ergänzt durch die Bestände der Sammlung Exil-Literatur 1933–1945 der Deutschen Nationalbibliothek in Leipzig und anderer Bibliotheken. Die Exilpresse digital war der Beitrag der Deutschen Nationalbibliothek als Partnerbibliothek der Arbeitsgemeinschaft Sammlung Deutscher Drucke, die das Zeitsegment ab 1913 vertritt, und des DFG-Förderprogramms Verteilte Digitale Forschungsbibliothek, die gefährdete Bibliotheksbestände durch Digitalisierung sichert. Es ist gleichzeitig ein Beitrag zum Projekt Bibliotheca universalis, das von der Ministerkonferenz der sieben wichtigsten Industriestaaten (G7) unterstützt wurde.

30 Titel wurden digitalisiert. Darunter das „Acht-Uhr-Abendblatt“, Shanghai, „Das Andere Deutschland“, Buenos Aires, der „Aufbau“, New York, „Der deutsche Schriftsteller“, Paris, „Die Freie deutsche Kultur“, London, der „Neue Vorwärts“, Karlsbad und Paris, „Das Reich“, Saarbrücken und „Internationale Literatur“, Moskau, um mit einigen Beispielen das Spektrum des Projektes anzudeuten. Über die Digitalisierung hinaus wurde eine inhaltliche Erschließung erarbeitet und ein Navigationssystem ge-

¹³ Vgl. <http://www.dnb.de/exilpressedigital> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

schaffen. Mittels OCR-Erkennung¹⁴ wurde auch die Volltextsuche ermöglicht. Insgesamt wurden 239.270 Artikel digitalisiert. Von diesen waren 168.47 nicht, 12.881 mit Pseudonym und 58.042 mit Realnamen gezeichnet. In der Summe sind diese Artikel auf ungefähr 13.000 Autorenangaben zurückzuführen, für die der Rechtstatus geklärt werden müsste – was keine realistische und auch keine wirtschaftlich vertretbare Option ist.

Die digitalisierten Zeitschriften mit den darin enthaltenen Artikeln waren – wie die oben erwähnten Digitalisate der Jüdischen Periodika – online recherchierbar und die Zugriffszahlen sehr erfreulich: 2010 beispielsweise waren es 669.864 geladene Images von 25.967 einzelnen Benutzern, 2009 902.878 geladene Images von 26.419 einzelnen Benutzern, 2008 327.474 geladene Images von 18.418 Benutzern. Es gab darüber hinaus viel Anerkennung vonseiten der Wissenschaft. Auch hier wurde der Zugriff im Rahmen der intensiven Urheberrechtsdiskussionen zunächst auf die Lesesäle der Deutschen Nationalbibliothek in Leipzig und Frankfurt am Main beschränkt. Entwicklungen im Urheberrecht und die Einschätzung von Experten ließen es dann aber kürzlich vertretbar erscheinen, die digitalisierte Exilpresse wieder online verfügbar zu machen. Kritik an diesem Schritt gab es bisher nicht – wohl aber viel Zustimmung vonseiten der Nutzer. Auch das P.E.N.-Zentrum deutschsprachiger Autoren im Ausland unterstützt die Onlinestellung der digitalisierten Exilpresse. Der elektronische Zugriff auf diese Bestände leiste, so der Verband, einen wesentlichen Beitrag zum Verständnis der Geschichte des Exils.¹⁵

Angesichts der Komplexität historischer politischer Entwicklungen, nationalstaatlicher urheberrechtlicher Bedingungen und der schlechten Rechtesituation für Lebensläufe und Erbläufe einzelner Rechteinhaber wäre es der Traum aller Gedächtnisinstitutionen, wenn die Prinzipien des „Memorandum of Understanding“ zu den vergriffenen Werken weltweit so umgesetzt wären, dass eine Nutzung der genannten Exilwerke national wie grenzüberschreitend rechtssicher möglich wäre.

¹⁴ Unter OCR (optical character recognition) versteht man die automatisierte Texterkennung bei Digitalisaten, die lediglich als Rastergrafiken vorliegen.

¹⁵ Gabriele Alioth, Generalsekretärin des PEN-Zentrums deutschsprachiger Autoren im Ausland, an Sylvia Asmus. Deutsches Exilarchiv 1933-1945 der Deutschen Nationalbibliothek. 3.9.2015.

Gefahr im Verzug?

Eine Gefahr droht allerdings auch der in Deutschland entwickelten Lösung: Wie bereits erwähnt, gibt es auch in Frankreich eine gesetzliche Regelung zur digitalen Nutzung vergriffener Werke, die 2012 in Kraft trat.¹⁶ Auch hier ist gemäß des „Memorandum of Understanding“ mit der Société Française des Intérêts des Auteurs de l’Écrit (SOFIA) eine Verwertungsgesellschaft einbezogen. Gegen das Gesetz richtet sich nun eine Klage zweier französischer Autoren, Marc Soulier und Sara Doke – mit der Begründung, es sei nicht mit der Richtlinie 2001/29/EG zum Urheberrecht in der Informationsgesellschafts-Richtlinie (InfoSoc-RL) vereinbar. Der mit dieser Klage befasste Conseil d’Etat hat dazu den Europäischen Gerichtshof (EuGH) befragt. Am 16. November 2016 hat dieser geurteilt, dass jeder Urheber über die künftige Nutzung seines Werkes durch einen Dritten individuell zu informieren ist, damit er die Möglichkeit hat, gegebenenfalls dieser Nutzung zu widersprechen. Der EuGH entscheidet damit nicht über den französischen Rechtsstreit, aber das nationale Gericht muss jetzt seine Rechtssache mit der Entscheidung des EuGH in Einklang bringen. Außerdem bindet die Entscheidung des EuGH andere nationale Gerichte, die mit einem ähnlichen Problem befasst werden.

Auch wenn sich die deutschen Regelungen deutlich von den französischen unterscheiden, gilt für beide, dass die Rechtswahrnehmung bei vergriffenen Werken über Verwertungsgesellschaften geschieht und die Eintragung in ein zentrales Register erfolgt. Für beide Regelungen war das „Memorandum of Understanding“ die Ausgangsbasis.

So sieht das Memorandum nicht nur freiwillige Vereinbarungen zwischen Kulturinstitutionen, die keine direkten oder indirekten wirtschaftlichen oder kommerziellen Ziele verfolgen, einerseits und Rechteinhabern andererseits vor (Principle Nr. 1), sondern eröffnet auch die Möglichkeit von Kollektivverträgen mit den betreffenden Verwertungsgesellschaften (Principle Nr. 2). Schon auf der Ebene des Memorandums war demnach für vergriffene Werke die Möglichkeit der Repräsentation von Rechteinhabern

¹⁶ LOI n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique. Vgl. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025489865> (zuletzt aufgerufen am 22.8.2017).

durch Verwertungsgesellschaften im Wege eines Vermutungstatbestands vorgesehen, soweit für eine verbindliche Informationsmöglichkeit der Rechteinhaber Sorge getragen wird (Principle Nr. 2 Ziffer 4).

Jetzt kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Regelungen in Frankreich mit der InfoSoc-RL nicht vereinbar sind. Damit erscheint auch das deutsche Verfahren in Gefahr.

Allerdings sieht das deutsche Recht nicht nur eine gesetzliche Fiktion vor, die die Repräsentationsmöglichkeit der Verwertungsgesellschaft (in diesem Fall der VG Wort) und damit die Öffnung hin zu kollektiven Wahrnehmungsverträgen direkt im VGG festschreibt. Vielmehr regelt § 51 Abs. 1 Nr. 3 VGG, dass die Vervielfältigung (Digitalisierung) und die öffentliche Zugänglichmachung keinem gewerblichen Zweck dienen darf – was einen fundamentalen Unterschied zur französischen Regelung darstellt. Ferner legt § 51 in Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 sowie in Abs. 2 fest, dass die vergriffenen Werke in einem öffentlichen Register beim DPMA geführt werden müssen und dem Rechteinhaber umfangreiche Widerspruchsmöglichkeiten ohne zeitliche Begrenzung eingeräumt werden. Dennoch ist die Rechtslage vor dem Hintergrund der EuGH-Entscheidung unklar.

„Es wäre urheberrechtlich, kulturpolitisch und wirtschaftlich desaströs, wenn die geltenden Regelungen nicht europarechtskonform sein sollten.“ Diese Einschätzung von Dr. Robert Staats aus dem Jahr 2015 ist so aktuell wie vor zwei Jahren, und die Autorin schließt sich ihr heute, nach dem Vorliegen des EuGH-Urteils, besorgt an. Alle, die an der deutschen Regelung und dem europäischen „Memorandum of Understanding“ beteiligt waren, hoffen nun auf eine europäische Regelung zugunsten des Geistes, der das Memorandum möglich gemacht hat – den Geist der gemeinsamen Erarbeitung realitätsnaher, konsensorientierter, wirtschaftlicher Regelungen, die eine echte „Win-Win“-Situation zugunsten aller „Stakeholder“ darstellen.

John Hendrik Weitzmann

Primat der Verfügbarkeit „verwaister Werke“

Viel ist gesprochen worden über „verwaiste Werke“. Viel wurde geregelt, wenig erreicht. Noch immer ist ein verschwindend geringer Teil derjenigen Werke im Bestand öffentlicher Gedächtnisinstitutionen, deren physische Provenienz und Nutzungsrechtstatus nicht vollständig geklärt sind, auch formell als „verwaist“ eingestuft. Die Datenbank „verwaister Werke“ beim Amt für Geistiges Eigentum der EU (EUIPO) spricht Bände, obwohl sie nicht reden kann: Gerade einmal etwas über 2.000 eigenständige sowie 6.000 eingebettete Werke sind dort bislang registriert, haben also den kompletten Prozess der sorgfältigen Suche und Registrierung durchlaufen.

Um diese Zahlen bewerten zu können, muss man sie in Relation setzen, indem man sich vor Augen hält, dass der größte Teil der noch nicht gemeinfrei gewordenen Werke zumindest potenziell „verwaist“ ist. Das meint die Situation, dass trotz mutmaßlich noch laufender Sonderschutzrechte (vor allem des Urheberrechts) weder klare Nutzungsvereinbarungen vorliegen noch aktueller Kontakt zu den Rechteinhabern¹ besteht. Bei genauem Hinsehen dürfte das auf die allermeisten Werke zutreffen, die sich in den Beständen der Museen Europas befinden. Indem eine Nutzung dieser Werke in diesem Fall nicht zulässig ist, wirkt sich ganz praktisch ein eherner Zweifelsgrundsatz der kontinentaleuropäischen Urheberrechtsdogmatik aus: Der Grundsatz, dass Rechte im Zweifel bei Urhebern verbleiben und Nutzungsrechte im Zweifel als nicht eingeräumt gelten. Der rechtliche Status „verwaist“ hat in diesem Zusammenhang zum Ziel, den

¹ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

vorgenannten Zweifelsgrundsatz trotz Zweifeln zu durchbrechen und eine Nutzbarkeit zugunsten bestimmter Gemeinwohlzwecke herzustellen.

Doch eherne Grundsätze durchbricht man nicht so leicht. Da braucht es schon stählerne Entschlossenheit, um im Materialbild zu bleiben, und das macht nachvollziehbar, warum es der Politik so schwer fällt, praktikable Lösungen zugunsten des kulturellen Bewusstseins der Menschen in Europa zu finden. Praktikabilität und die Interessen einer amorphen Gruppe wie der Allgemeinheit haben – das tritt seit Jahren offen zutage – politisch keinen leichten Stand gegen gut organisierte Verwerterverbände und ein Lamento von Enteignungsrhetorik. Es ist dem gegenüber offenbar recht einfach, die Biografien benachteiligter Kunstschaffender zu Lebzeiten oder postmortem fruchtbar zu machen, um die strenge Rechtebindung an die Urheber gegen jede noch so vernünftige Durchbrechung zu verteidigen. Dennoch muss eine Durchbrechung her, sollen nicht Millionen potenziell „verwaister Werke“ – vor allem des 20. Jahrhunderts – in faktischer Unsichtbarkeit verschwinden. Ob sie, beziehungsweise welche von ihnen, materiell wirklich als „verwaist“ zu gelten hätten, wenn man eine sorgfältige Suche nach den Rechteinhabern durchführen würde, hängt maßgeblich von zwei Faktoren ab: Den Anforderungen an diese sorgfältige Suche als Voraussetzung des „verwaisten Status“ und den Anforderungen an Nutzungsrechtseinräumungen, die die Suche schließlich zutage fördern soll.

Die unterbliebene Durchbrechung eherner Zweifelsgrundsätze

Derzeit sind beide Anforderungen so hoch, dass die Wirkung der Durchbrechung des Zweifelsgrundsatzes mittels „verwaistem Status“ minimal ist – und der Verlust für das kulturelle Bewusstsein Europas weiterhin immens. Zusammen genommen mit einem rückwirkenden Kostenrisiko im Falle später wieder auftauchender Rechteinhaber sind die Rahmenbedingungen momentan letztlich fast für alle Gedächtnisinstitutionen Europas prohibitiv, was die EUIPO-Datenbank eindrucksvoll beweist. Es verbietet sich aufgrund des Aufwands unter den gegebenen Rahmenbedingungen für sie ganz einfach, die „offizielle Verwaisung“ der potenziell „ver-

waisten“ Teile ihrer Bestände festzustellen – vor allem dort, wo es um größere Sammlungen oder allgemein um große Stückzahlen von Werken geht. Einzelne, als besonders wichtig eingestufte Werke werden zur Statusklärung herausgepickt. Diese Auswahl führt zwangsläufig zu einer Einengung dessen, dessen sich die Gesellschaften Europas hinsichtlich ihres kulturellen Erbes bewusst sein können. Konkret durchdekliniert sind die Rahmenbedingungen wie folgt:

Die erforderliche Rechercheleistung zur Rechteprovenienz und Rechteinhabern eines veröffentlichten Buches etwa gilt in Umsetzung der Richtlinie 2012/28/EU in Deutschland gemäß § 61 UrhG nebst Anhang erst dann als sorgfältig, wenn die Recherchierenden neben den Datenbanken der entsprechenden Verwertungsgesellschaften und dem Katalog der Deutschen Nationalbibliothek auch „die von Bibliotheken und anderen Institutionen geführten Bibliothekskataloge und Schlagwortlisten“, allgemein (alle?) „Informationen der Verleger- und Autorenverbände“, sonstige (alle?) „bestehenden Datenbanken und Verzeichnisse“ und ganz allgemein noch „Quellen, die mehrere Datenbanken und Verzeichnisse zusammenfassen“ sichten – für jedes Werk einzeln wohlgemerkt. Für Fotografien, die ohnehin nur eingebettet in andere Publikationen von der Regelung erfasst werden und somit als Werksgattung auch im „verwaisten“ Status nur ausnahmsweise zugänglich gemacht werden können, sind alle vorgenannten Quellen plus diverse für Periodika bestehende Datenbestände einschließlich der Depots amtlich hinterlegter Pflichtexemplare und zusätzlich die Datenbanken der Bild-Verwertungsgesellschaften sowie pauschal die Datenbanken von Bildagenturen zu durchsuchen – auch dies für jedes eingebettete Foto separat.

Bei genauer Befolgung dieses Standards ist der zu treibende Aufwand absurd, sodass sich der Eindruck aufdrängt, der Gesetzgeber selbst erwarte nicht ernsthaft, dass eine solche Suche für größere Bestände durchgeführt werden kann. Die einzige alternative Interpretation dürfte sein, dass nicht davon ausgegangen wird, dass der Standard genau befolgt wird. Beides ist Zeichen von schlechter Gesetzgebung, die Regelung insgesamt betrachtet ein praktisch nicht handhabbarer Formelkompromiss. Hier wurde die notwendige und vordergründig angestrebte Durchbrechung der ehernen Zweifelsregelungen des Urheberrechts über so hohe Umsetzungshürden so weit konterkariert, dass sie im Ergebnis gar nicht erfolgt ist. Da ist es dann

fast schon unerheblich, dass die sorgfältige Suche überhaupt aufgrund der Zweifelsregelungen in derart vielen Fällen angezeigt wäre wie oben beschrieben. Warum der Zweifelsfall insoweit eher den Regelfall darstellt, wird deutlich, wenn man sich den zweiten genannten Faktor ansieht: die Hürden der Einräumung von Nutzungsrechten.

Hohe Anforderungen an Nutzungsrechtseinräumungen als Ausgangspunkt

Die Anforderungen an die wirksame Einräumung von Nutzungsrechten sind so hoch, dass die wenigsten noch urheberrechtlich geschützten, von Gedächtnisinstitutionen bewahrten Werke „umfassend nicht verwaist“ sein dürften. In concreto geht es bei den (dysfunktionalen) Regelungen zu „verwaisten Werken“ um die Nutzungsrechte der Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung – bei letzterer also um die Erlaubnis zur Onlineverfügbarkeit. Dafür, dass diese Nutzungsrechte als eingeräumt angesehen werden können, müssen erst einmal belegbare Äußerungen der Urheber beziehungsweise sonstiger Rechteinhaber zu diesen Nutzungen vorliegen. Schon das ist nicht oft der Fall – gerade natürlich nicht bei Werken, die vor Entstehung des Internets als Nutzungssphäre in die Bestände von Gedächtnisinstitutionen gelangt sind. Diese Äußerungen müssen zudem nicht nur genau die Gedächtnisinstitutionen als begünstigte nennen, sondern auch von denjenigen Personen stammen, die am Ende einer lückenlosen Kette von Rechteeinräumungen stehen.

Dabei bestehende Unklarheiten – etwa, ob bestimmte Nutzungsrechte zuvor bereits anderweitig vergeben wurden und so mehrere Ketten von Einräumungen entstanden sind, oder es zum berüchtigten „Split Copyright“ gekommen sein könnte – gehen im Zweifel zulasten der Institutionen, bei denen sich die Werke heute befinden und die beweisen müssen, dass gerade sie die erforderlichen Rechte für eine bestimmte Nutzung erhalten haben und nicht andere. Mit herausfordernden Zweifelsregeln geht es weiter: Selbst wenn glücklicherweise dokumentierte Erlaubnisse von dazu legitimierten Personen vorliegen, sind diese im Zweifel restriktiv zugunsten der Urheber auszulegen – auch das ist Teil des schon genannten

ehernen Grundsatzes. Das heißt, dass auch bei sprachlich umfassend klingenden Einräumungen „aller Rechte“ oder ähnlichen Formulierungen allenfalls hinsichtlich der zurzeit der Erlaubnisse bekannten Nutzungsarten Nutzungsrechte eingeräumt werden konnten und im Zweifel nur so weit eingeräumt wurden, wie es sich die Parteien den Umständen dieser Zeit entsprechend übereinstimmend dachten. Insbesondere die Onlinenutzung ist dann in der Regel trotz sprachlicher Reichweite der Äußerungen rechtlich nicht erlaubt worden.

Angesichts dieser beiden Hürden, also der extrem hohen rechtlichen Anforderungen an Rechteeinräumungen und den gleichsam extrem hohen praktischen Anforderungen an die sorgfältige Suche zur Feststellung des „verwaisten“ Status, mutet es fast wundersam an, dass Gedächtnisinstitutionen überhaupt mit irgendwelchem Material arbeiten können. Des Rätsels Lösung ist, dass die prohibitiven Rahmenbedingungen gleichsam durch die verbreitete Praxis übertüncht werden, mit offiziellen Annahmen zur Provenienz von Nutzungsrechten zu hantieren – von denen inoffiziell allerdings zumindest die Insider des jeweiligen Werkbereichs wissen, dass sie höchstwahrscheinlich falsch sind. Deshalb würden sich sogar viele Werke, die heute offiziell als nicht „verwaist“ gelten, durch eine sorgfältige Suche schnell als elternlos erweisen. Das mag ein weiterer Grund dafür sein, dass das Instrument der sorgfältigen Suche kaum angerührt wird. Mutmaßlich ist der allergrößte Teil des noch urheberrechtlich geschützten Werkbestandes materiell „verwaist“, soll heißen: Wegen der hohen dogmatischen Hürden bei der Nutzungsrechtseinräumung müsste bei den meisten Werken des kulturellen Erbes eigentlich nach physischer Provenienz und Rechtstatus gefahndet werden. Dann würde schon eine weniger überfrachtete sorgfältige Suche ergeben, dass bei diesen Werken die Urheber nicht sicher feststehen oder nicht aufzufinden sind. Vor diesem Hintergrund wird die geringe Zahl bisher registrierter „verwaister Werke“ noch mehr zum Fanal einer politischen Scheinlösung. Letztlich muss man fragen, ob fast fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der als Lösung gepriesenen EU-Richtlinie überhaupt schon etwas erreicht wurde. Anders als das Ozonloch über der Antarktis ist das „schwarze Loch des 20. Jahrhunderts“ in der Zugänglichkeit des kulturellen Erbes Europas trotz gemeinsamer Anstrengungen größer geworden, nicht kleiner.

Die Folgen sind nicht absehbar. Nicht nur gilt hier der auf die öffentliche Zugänglichmachung über das Internet gemünzte Satz: Was nicht online ist, ist nicht in der Welt. Die (Nicht-)Verfügbarkeit „verwaister Werke“ betrifft mit dem Vervielfältigungsrecht auch Offline-Nutzungen. Das faktische Ausblenden dieser Werke aus dem kulturellen Bewusstsein der Gesellschaft geht insofern noch über das rein digitale Problem der Onlinenutzung hinaus. Die Gründe für die Entstehung des „schwarzen Lochs“ sind so bekannt wie banal und wurden oben schon dargestellt: Im Ergebnis ist der Aufwand für die so oft erforderliche Suche meist schlicht prohibitiv hoch. Je heterogener die untersuchten Bestände sind, desto größer wird die Zahl und Art der zu konsultierenden Quellen, Verzeichnisse usw. Doch selbst wenn man sich diesen Aufwand wegdenkt, sind die Herausforderungen noch nicht verschwunden. Auch wer die Hürden der Suche erfolgreich meistert, muss sich anschließend mit der rückwirkenden Vergütungspflicht aus § 61 b UrhG und den daraus folgenden finanziellen Risiken der Verfügbarmachung der „verwaisten Werke“ auseinandersetzen. Diese Pflicht schafft ein mit der Anzahl der Werke skalierbares strukturelles Risiko für jede Institution, die sich an die Regelungen zu „verwaisten Werken“ wagt. Es ist vorab meist so wenig zuverlässig einschätzbar, dass das allein oft schon einen ausreichenden Grund darstellt, die Verfügbarmachung zu unterlassen.

Ein nicht zu rechtfertigendes zusätzliches finanzielles Risiko

Sogar dort, wo das nachlaufende finanzielle Risiko einigermaßen einschätzbar ist, wird es oft genug zur Unterlassung führen, weil die verfügbaren Mittel der jeweiligen Institution weder die direkte Risikoübernahme noch die einer Versicherung oder dergleichen zulassen. Dabei ist diese dritte, finanzielle, der drei Hürden auf dem Weg zur Zugänglichmachung „verwaister Werke“, also die rückwirkende Vergütungspflicht bei späterem Bekanntwerden der Rechteinhaber, für sich genommen nur schwer zu rechtfertigen: All die Strenge insbesondere zugunsten der Urheber, die sich der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) und den von

ihr abgeleiteten Rechtsakten (urheberrechtliche Rechtsakte der EU, nationale Urheberrechtsgesetze) entnehmen lässt und die oben genannte Zweifelsgrundsätze erzeugt, macht doch nur einen Teil der Abwägung aus. Gerade wer argumentativ darauf besteht, das sogenannte „geistige Eigentum“ dem Sacheigentum vollständig ebenbürtig zu sehen, muss erklären, wie der Grundsatz, dass Eigentum verpflichtet und sein Gebrauch laut Art. 4 Abs. 2 des Grundgesetzes auch dem Wohle der Allgemeinheit zu dienen habe, im Falle „verwaister Werke“ ausreichend berücksichtigt sein soll. Beim gegenwärtigen Regelungsstand ist aus Sicht der Allgemeinheit keine ausreichende Berücksichtigung erkennbar – gerade wenn man den öffentlichen Auftrag der Gedächtnisinstitutionen in die Betrachtung einbezieht:

Im „verwaisten“ Zustand, egal ob dieser nach vernünftigen Maßstäben lediglich materiell besteht oder formell festgestellt ist, wird ein Werk typischerweise weder verlegt noch anderweitig verwertet, und die Intention des Werkschaffenden hierzu ist in der Regel völlig unklar. Sobald er sich hierzu ablehnend äußert, muss die (weitere) öffentliche Verfügbarkeit selbstverständlich unterbleiben. Solange eine solche Äußerung aber nicht vorliegt, fällt die Situation einzig auf den öffentlichen Auftrag der Gedächtnisinstitutionen zurück, das kulturelle Erbe möglichst umfassend zugänglich zu machen. Da es hier keine Wahlfreiheit der Institutionen gibt, sondern deren Pflicht darstellt, ist in dieser unschwer das Substitut der Pflicht der geistigen Eigentümer aus Art. 14 Grundgesetz zu erkennen. Mit anderen Worten verpflichtet das „geistige Eigentum“ zumindest für die Dauer des unklaren „intentionalen Status“ der „verwaisten Werke“ die Gedächtnisinstitutionen über den öffentlichen Auftrag anstelle der Werkschöpfenden zur Verfügbarmachung dieses Teils des kulturellen Erbes aller.

Zugleich besteht die Verwertungslogik im Urheberrecht darin, die Monetarisierung und Marktgängigkeit schöpferischer Leistungen über die Monopolisierung der Entscheidung über die Vergabe oder Nichtvergabe von Nutzungsrechten zu erreichen. Deshalb ergibt sich auch aus dem Entschädigungsgedanken bei vergüteten Schranken keine Rechtfertigung für eine rückwirkende Vergütungspflicht: Nicht nur gibt es im „verwaisten“ Zustand keinerlei Grundlage für die Annahme einer Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen der Urheber oder ihrer Zustimmungsinteressen in Sachen Verfügbarkeit – eine wirtschaftliche Auswertung findet ja gerade

nicht statt und die aktuelle Intention zur Verfügbarkeit ist unbekannt –, so dass insoweit zumindest für die Dauer des verwaisten Zustandes nur die ursprüngliche Zustimmung zur Veröffentlichung im Sinne des § 12 UrhG relevant ist. Darüber hinaus wird jedoch durch Schranken ohnehin nur eine Duldungspflicht der Werkschöpfenden auf der Angebotsseite geregelt und vergütet, während bei den Institutionen und damit auf der Nachfrageseite durch den „verwaisten“ Status, wie oben gezeigt, eine Pflicht entsteht. Das ist etwas deutlich anderes: Statt hier in Entschädigungsgedanken aus der Welt der Schranken zu verfallen, wäre es vielmehr angebracht, im rechtlichen Konstrukt der Verfügbarmachungspflicht der Gedächtnisinstitutionen als Einrede zu denken, die etwaigen späteren Vergütungsforderungen der Urheber entgegen gehalten werden kann.

Weitergehend ließe sich anführen, dass durch die Verfügbarmachung von Werken während des „verwaisten“ Zustands vor allem durch erneutes beziehungsweise fortgesetztes Bekanntmachen der Werke nicht selten erst neue Verwertungsmöglichkeiten für die Zeit danach entstehen. So gesehen liegen hier ersparte Aufwendungen der später wieder aufgetauchten Werkschöpfenden vor. Nach der oben vorgebrachten Argumentation einer Verfügbarmachungspflicht der Gedächtnisinstitutionen kann man zwar sicher nicht so weit gehen, zu dem Ergebnis zu kommen, dass die Werkschöpfenden den Institutionen diese ersparten eigenen Aufwendungen ersetzen müssten (etwa analog der Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag im BGB). Genauso sicher verbieten sich jedoch rückwirkende Zahlungsansprüche gegen die Institutionen, wie sie derzeit in den Regelungen zu „verwaisten Werken“ vorgesehen sind.

Veröffentlichung als definierendes Moment des kulturellen Erbes

Ein zusätzliches Argument ergibt sich direkt aus der Grundentscheidung der Werkschaffenden bei Veröffentlichung ihrer Werke: Unabhängig von besonderen Sachlagen, wie etwa dem späterem Rückruf wegen gewandelter Überzeugung oder ganz allgemein dem Fehlen beziehungsweise Entfallen von Nutzungsrechten, folgt aus der Veröffentlichungsentscheidung so-

fort das Rezeptionsrecht der Öffentlichkeit und damit im selben Moment das Eingehen des jeweiligen Werkes in das kulturelle Erbe – nicht nur in jenes der wie auch immer zu definierenden Bezugsgruppe des Urhebers, sondern ins kulturelle Erbe der Menschheit schlechthin. Diese rein faktische Dimension der Veröffentlichungsentscheidung führt dazu, dass die Entscheidung endgültig ist. Das lässt zwar keineswegs die rechtlich zugestandene Verfügungsgewalt der Werkschaffenden, die über Vorschriften über Nutzungsrechtsvergabe, Rückrufrechte, aber auch Erschöpfungsgrundsätze detailliert geregelt ist, vollständig entfallen. Das faktische Eingehen ins kulturelle Erbe muss aber wenigstens dazu reichen, dass in Zuständen wie dem „verwaisten Status“ ein Primat der Verfügbarkeit besteht.

Die derzeitigen Regelungen zu „verwaisten Werken“ atmen einen ganz anderen Geist: Sie schreiben die ohnehin hohen Anforderungen an Nutzungsrechtseinräumungen letztlich nur fort, bauen hohe formelle Hürden in Form von Recherche- und Registrierungspflichten auf und lassen durch die rückwirkende Vergütungspflicht finanzielle Risiken entstehen. Damit zerstören sie faktisch das Primat der Verfügbarkeit und verkehren es ins Gegenteil – ganz so, als handele es sich beim Zustand des „Verwaistseins“ im Regelungsspektrum der RBÜ und der von ihr abgeleiteten Normenwerke um einen ganz normalen Zustand. In Wirklichkeit aber sind in diesem Zustand bestimmte Axiome der RBÜ ungültig – allen voran das der effektiven Manifestationsmöglichkeit des Urheberwillens.

Fazit

Im Ergebnis ist neben den nicht handhabbaren Anforderungen an die sorgfältige Suche zur Feststellung des „verwaisten Status“ vor allem die Schaffung der rückwirkenden Vergütungspflicht nicht zu rechtfertigen. Diese Pflicht gehört entsprechend vollständig gestrichen. Dass es in jedem Falle einen geregelten Prozess braucht, um den Zustand des „Verwaistseins“ als vorliegend zu etablieren ist selbstverständlich – gerade wenn man den verwaisten Status innerhalb der RBÜ-Dogmatik als Ausnahmezustand versteht. Ohne einen Prozess wäre nicht entscheidbar, ob diese Sondersituation überhaupt vorliegt, bestimmte Axiome der RBÜ ungültig sein und

entsprechend eine andere Rechte- und Pflichtenlage entstehen ließe. Es wäre zusätzlich dringend nötig, auch die Anforderungen an die sorgfältige Suche angemessen zurückzufahren. Maßstab hierfür muss sein, dass es auch kleineren Gedächtnisinstitutionen möglich bleiben muss, ihren öffentlichen Auftrag zu erfüllen. Die nächstliegende Lösung wäre, dem Repertoire der Verwertungsgesellschaften eine zentrale Rolle zu geben und die Sorgfältigkeit einzig an eine Abfrage der jeweiligen Register zu knüpfen. Dies würde zu klaren Rechercheergebnissen führen und Anreize setzen, sich als Rechteinhaber der ohnehin vorhandenen Strukturen der Verwertungsgesellschaften zu bedienen, ohne dass zugleich eine Pflicht zur Verwertung über die Gesellschaften oder ein System des „Extended Collective Licensing“ notwendig würde. Vielmehr könnten die Anreize auf die Sicherung der ständigen Rekonstruierbarkeit der Rechteprovenienz begrenzt bleiben und die Registrierung über eine einmalige Gebühr abgelten. Auf mittlere Sicht wäre eine rundum begrüßenswerte Kanalisierung der Informationen über Rechtele Flüsse die Folge, deren Streuung die Rechteprovenienz aktuell zu einem so überaus schwierig zu klärenden Faktor macht. Zugleich entstünde die Chance, das kulturelle Erbe endlich ohne komplette Jahrhunderte umfassende Lücken im Bewusstsein der Menschen zu halten.

RECHT ALS HINDERNIS – HINDERNISSE FÜR DAS RECHT

Eric Steinhauer weist darauf hin, dass sich das Recht als Hindernis für die Entstehung privater Überlieferung erweist, die bislang eine wichtige Ergänzung und Quelle für die Überlieferung in öffentlichen Archiven war. Katharina de la Durantaye dagegen beschreibt, mit welchen Problemen die Regulierung zu kämpfen hat, sofern das kulturelle Erbe nicht isoliert, sondern zusammen mit anderen hoch umstrittenen Bereichen des Urheberrechts kodifiziert werden soll.

Eric W. Steinhauer

Recht als Risiko für das kulturelle Gedächtnis

Ein blinder Fleck der Technikfolgenabschätzung des digitalen Wandels

Hinführung

Mit dem Aufkommen neuer faszinierender, aber auch riskanter Technologien wie der Atomkraft oder der Gentechnik sieht sich die politische Planung in Parlament und Ministerien Risikoszenarien gegenüber, die in ihrer konkreten Gestalt schwer fassbar, in ihren Auswirkungen aber vermutlich deaströs sein würden. Will man die Vorteile, die eine neue Technologie bietet, nicht leichtfertig ausschlagen, so gilt es Sorge dafür zu tragen, dass die Risiken einer politischen Entscheidung für den Einsatz, die Erlaubnis oder die gezielte Förderung neuer Technik vorbedacht, eingehegt und abgefedert werden. Ein wichtiges Mittel dazu sind Rechtsvorschriften, die bestimmte Verfahren, Prüfungen und Sicherungsmaßnahmen vorschreiben. Durch diese Bestimmungen sollen Risiken, die im Rahmen einer Technologiefolgenabschätzung identifiziert worden sind, ausgeschaltet oder wenigstens minimiert werden. Diese Abschätzung, die mittlerweile ein fest etablierter Bereich der politischen Planung und der politikwissenschaftlichen Forschung ist, gibt dem Technikrecht so wichtige Impulse, wobei dieses seinerseits als Instrument der Risikoeindämmung fungiert.¹

¹ Vgl. Marburger, Peter (1981). Das technische Risiko als Rechtsproblem. In: Bitburger Gespräche – Jahrbuch 1981. Trier. S. 39–59; Roßnagel, Alexander (1997). Die Rolle des Rechts im Prozeß der Technikfolgenabschätzung. In: von Westphalen, Raban (Hg.). Technikfolgenabschätzung. 3. Aufl. München [u. a.]. S. 222–237.

Aus juristischer Perspektive kann Technikfolgenabschätzung aber auch als eine Form der Rechtstatsachenforschung begriffen werden, die gerade nicht die Normen, sondern die durch Normen geregelten Lebensbereiche erfasst und nach deren Auswirkungen auf das Recht fragt. Dabei geht es weniger um allgemeine Anpassungen von Rechtsvorschriften, sondern darum, wie anerkannte Werte – vor allem solche von Verfassungsrang – unter veränderten technischen Bedingungen weiterhin geschützt werden können.²

Nachfolgend sollen die rechtlichen Rahmenbedingungen für ein digitales kulturelles Gedächtnis im Sinne einer Technikfolgenabschätzung untersucht werden. Dabei wird zunächst die Reaktion des Rechts auf die zunehmende Digitalisierung kultureller Äußerungen dargestellt. Anschließend werden die rechtlichen Probleme des digitalen kulturellen Gedächtnisses aufgezeigt, wobei besonders auf die private, nicht-institutionelle Überlieferungsbildung abgestellt werden soll. Abschließend werden die Defizite in der aktuellen rechts- und kulturpolitischen Debatte problematisiert.

Privatsphäre und geistiges Eigentum

Es gehört zu den wohl wichtigsten Effekten der Digitalisierung, dass Inhalte in und über Netze verlustfrei zugänglich sind, wobei diese Form der Vernetzung nicht nur die Kenntnis von Informationen und kulturellen Äußerungen ermöglicht, sondern auch die unmittelbare Interaktion, Reaktion, Kommentierung und Adaption durch Jedermann. Damit ist nicht nur eine enorme Beschleunigung gegenüber analogen Verhältnissen, als Inhalte ohne körperliche Träger praktisch nicht kommunizierbar waren, sondern auch eine Entwertung ehemals einträglicher Monopole der Inhaltsverteilung durch die Möglichkeit verlustfreier Vervielfältigung und unkontrollierter Distribution im Netz verbunden.

Herausgefordert ist hier der Schutz des sogenannten „geistigen Eigentums“. Das Recht hat auf diese Herausforderung unter anderem durch die Schaffung spezifischer Bestimmungen zu technischen Schutzmaßnahmen

² Vgl. Murswiek, Dietrich (1997). Technische Risiken als verfassungsrechtliches Problem. In: von Westphalen, Raban (Hg.). Technikfolgenabschätzung. 3. Aufl. München [u. a.]. S. 238–265.

(vgl. §§ 95 a ff. UrhG) reagiert, deren Einsatz nicht nur durch einen strafrechtlichen Schutz flankiert wurde (vgl. § 108 b UrhG), sondern die überdies auch die Geltung der im Gemeinwohlinteresse bestehenden Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes weitgehend suspendieren (vgl. § 95 b Abs. 3 UrhG). Technische Schutzmaßnahmen zielen auf Kontrolle ab. Eine solche Kontrolle aber wäre unvollkommen, wenn im Falle ihrer Umgehung oder der Verletzung urheberrechtlich geschützter Rechtspositionen nicht die effektive Möglichkeit von Sanktionen eröffnet wäre. Eine solche Möglichkeit aber setzt ihrerseits eine wie auch immer geartete Form von Überwachung und Rückverfolgbarkeit von Onlineaktivitäten, also eine Verhaltenskontrolle, voraus.³

Solche Verhaltenskontrollen schützen zwar das „geistige Eigentum“, erzeugen ihrerseits aber Probleme für die Privatsphäre der Internetnutzer, das heißt für ihr Persönlichkeitsrecht und ihr damit zusammenhängendes Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Den speziellen Bestimmungen zum Schutz des geistigen Eigentums im Internet treten damit die Regelungen des Datenschutzrechts gegenüber, die einer totalen Kontrolle der Internetnutzung entgegenstehen.

Das Datenschutzrecht selbst ist konzeptionell vergleichsweise alt. Es hat sich in den Siebzigerjahren als Reaktion auf die Gefahren für die Privatsphäre des Einzelnen⁴ durch den Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen vor allem in der öffentlichen Verwaltung entwickelt.⁵ Mit der Etablierung des Internets sowie vornehmlich digital abgewickelter Kommunikation zwischen Verbrauchern und Unternehmern hat sich das Datenschutzrecht bedeutend ausgeweitet und zu einem umfangreichen und komplexen Rechtsgebiet entwickelt. Mittlerweile umfasst es alle Aspekte personenbezogener Informationen in Datennetzen. Eine neue Entwicklung

³ Vgl. zum Problem Leistner, Matthias (2012). Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet. In: ZUM 2012, S. 722–740; Spindler, Gerald (2012). Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?. In: ZUM 2017, S. 473–487.

⁴ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets selbstverständlich alle Geschlechter gleichermaßen.

⁵ Vgl. von Lewinski, Kai (2012). Zur Geschichte von Privatsphäre und Datenschutz, in: Schmidt, Jan-Hinrik / Weichert, Thilo (Hg.), Datenschutz – Grundlagen, Entwicklungen und Kontroversen. Bonn. S. 28.

ist hier das europarechtlich entwickelte „Recht auf Vergessenwerden“, das in Art. 17 der europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) Eingang gefunden hat.⁶

Sowohl beim „geistigen Eigentum“ als auch beim Schutz der Persönlichkeit hat die Rechtsordnung durch die Schaffung neuer rechtlicher Instrumente auf Risiken reagiert, die durch den Einsatz vernetzter digitaler Medien entstehen. Insoweit ist das Recht ein Ergebnis von Technikfolgenabschätzung. Es wurde aber schon deutlich, dass auch das Recht selbst eigene Risiken erzeugt: So ist ein totaler Schutz „geistigen Eigentums“ nur um den Preis einer Aufgabe der Privatsphäre in digitalen Räumen zu haben. Das Datenschutzrecht, das dies verhindert, ist nicht als Reaktion auf einen zu starken Urheberrechtsschutz entstanden, sondern konzeptionell älter als das Internet, da es bereits im Umfeld nicht vernetzter Datenverarbeitungsanlagen entwickelt worden ist. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass nicht nur eine neue Technologie, sondern auch das Recht selbst für wichtige Rechtsgüter riskant ist. Dies soll nachfolgend für die kulturelle Überlieferung digitaler Inhalte untersucht werden.

Digitales Sammeln

Sammeln ist eine zutiefst menschliche Verhaltensweise.⁷ Es ist nicht nur eine frühe Form des Nahrungserwerbs, sondern auch die Bedingung der Möglichkeit für jede Form der kulturellen Überlieferung. Träger der Überlieferung sind zum einen – gerade in schriftlosen Kulturen – mündliche Überlieferung, Rituale, aber auch mit besonderen Erinnerungen aufgeladene Gegenstände und Artefakte, nach der Erfindung der Schrift vor allem Urkunden, Bücher und Dokumente. Soll kulturelle Überlieferung nicht vom Gedächtnis einzelner Menschen abhängig sein, sodass sie bei zunehmender Komplexität nur noch von wenigen professionellen und langwierig ausgebildeten Erinnerungsträgern gewährleistet werden kann, wird sie in Gegenständen materialisiert, die gesammelt und an künftige Generationen

⁶ Vgl. Mayer-Schönberger, Viktor (2010). Delete – Die Tugend des Vergessens in digitalen Zeiten. Berlin.

⁷ Vgl. Sommer, Manfred (1999). Sammeln - ein philosophischer Versuch. Frankfurt am Main.

überliefert werden.⁸ Das Sammeln findet in spezifischen Gedächtnisinstitutionen wie Archiven, Bibliotheken oder Museen, vor allem aber im privaten Umfeld nahezu jedes Menschen und jeder Familie statt. Auf diese Weise entstehen bedeutende Kollektionen, meist außerhalb von Gedächtnisinstitutionen, die am stabilsten jedoch von und in diesen Einrichtungen bewahrt und überliefert werden können. Gedächtnisinstitutionen übernehmen daher immer wieder privat erstellte Kollektionen. Die meisten privaten Sammlungen freilich zerstreuen sich wieder, wobei Teile von ihnen in anderen Zusammenhängen und neuen Sammlungen weiter überliefert werden.⁹ Insgesamt zeichnet sich die kulturelle Überlieferung durch ein buntes Netz Abertausender Sammler und Sammlungen aus, aus denen die meist von der öffentlichen Hand getragenen Gedächtnisinstitutionen als wichtige Leuchttürme herausragen – ohne allerdings die Mehrheit der kulturellen Überlieferungen tatsächlich zu beherbergen, geschweige denn zu Kollektionen verdichtet zu haben. Die Grundlage für dieses Sammeln ist das Sacheigentum an einzelnen Kulturgütern. Dabei ist es wegen des Erschöpfungsgrundsatzes in § 17 Abs. 2 UrhG für die Anlage von Sammlungen und deren Überlassung an Dritte ohne Bedeutung, ob bestimmte Kulturgüter urheberrechtlich geschützte Inhalte verkörpern oder nicht. Das Sammeln konzentriert sich allein auf das materielle Objekt.

In dem Maße, in dem das Internet zu einem Leitmedium der gegenwärtigen Alltagskultur, zu einer wichtigen Publikationsplattform für die Wissenschaft und zu einem mehr als nur für Randbereiche interessanten Ort künstlerischer Praxis wird, stellt sich die Frage, wie Inhalte, die es nur und ausschließlich „im Netz“ gibt, für künftige Generationen gesichert werden können.¹⁰ Alte Zeitschriften gibt es in Bibliotheken, Kunstwerke in Museen und vieles in privaten Sammlungen und im Antiquitätenhandel. Aber wo werden in ein paar Jahren noch Netzdokumente zu finden sein? Überträgt man die eingangs geschilderte Sammelpraxis der analogen Welt auf Netz-

⁸ Vgl. Erll, Astrid (2017). *Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen*. 3. Aufl. Stuttgart. S. 24 ff.

⁹ Eindrucksvoll beschrieben im Schlusskapitel „Bunter Staub“ bei Jünger, Ernst (1980). *Subtile Jagden*. Stuttgart. S. 274–277 (Sämtliche Werke Band 10).

¹⁰ Umfassend dazu Euler, Ellen (2011). *Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht: Status quo der rechtlichen, insbesondere urheberrechtlichen Rahmenbedingungen von Bestandsaufbau, Bestandserhaltung und kommunikativer sowie kommerzieller Bestandsvermittlung kultureller Äußerungen im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien durch Bibliotheken, Archive und Museen in Deutschland und Regelungsalternativen*. Bad Honnef.

publikationen, könnte man meinen, dass Bibliotheken oder auch Privatpersonen, die sich für die entsprechenden Inhalte interessieren, Netzpublikationen sammeln. Tatsächlich hat wohl schon Jeder für sich wichtige Seiten aus dem Netz ausgedruckt oder auf der eigenen Festplatte gespeichert, um sie auch dann noch zur Hand zu haben, wenn sie im Netz nicht mehr zu finden sind. Im Gegensatz zu konkreten Gegenständen, die im Sinne des bürgerlichen Rechts eigentumsfähig sind, handelt es sich bei Netzpublikationen um unkörperliche Datenströme, die allein in Form einer Kopie angesehen und gespeichert werden. Kopien jedoch berühren das Vervielfältigungsrecht des Urhebers. Da es beim Vervielfältigungsrecht keinen Erschöpfungsgrundsatz gibt, ist bei der Befassung mit unkörperlichen Netzinhalten das Urheberrecht stets mitzudenken. Dies wirkt sich bereits auf das Sammeln von Netzinhalten aus.

Bei körperlichen Objekten genügt es, bei der Aufnahme in eine Sammlung vom Berechtigten Eigentum an der jeweiligen Sache zu erwerben. Inhaber von Urheberrechten oder anderen Immaterialgüterrechten spielen bei diesem Vorgang keine Rolle. Handelt es sich jedoch um einen unkörperlichen Netzinhalt, fällt seine Eingliederung in eine Sammlung zusammen mit einem Vervielfältigungsvorgang auf einem Datenträger – sei es eine Festplatte oder bloß ein Ausdruck. Soweit der jeweilige Inhalt urheberrechtlich geschützt ist, liegt darin ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des Rechteinhabers vor. Dieser Eingriff ist zulässig, wenn der Rechteinhaber ihn gestattet, was bei Netzpublikationen allenfalls in Form freier Lizenzen oder wenn eine Schranke des Urheberrechts ihn deckt erfolgt. Für das private Sammeln von Netzinhalten ist mit der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG und, soweit ein wissenschaftliches Interesse verfolgt wird, mit dem Vervielfältigungsrecht zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG (künftig § 60 c UrhG) eine ausreichende Grundlage gegeben.

Wird die Sammlung allerdings aus beruflichen Gründen angelegt, so treten Schwierigkeiten auf, denn eine zulässige Vorlage für die in diesem Fall einschlägige Vervielfältigung zum sonstigen eigenen Gebrauch kann nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 a UrhG nur von einem erschienenen Werk gemacht werden. Nach herrschender Meinung gelten flüchtige Netzpublikationen, an deren Sammlung mit Blick auf ihr rasches Verschwinden ein be-

sonderes Interesse besteht, als nicht erschienen im Sinne von § 6 UrhG und dürfen damit auch nicht für den sonstigen eigenen Gebrauch vervielfältigt werden.¹¹ Eine solche Vervielfältigung wäre nach § 53 Abs. 2 S. 3 in Verbindung mit S. 2 Nr. 1 oder 2 UrhG übrigens nur in analoger Form oder für eine bloße analoge Nutzung zulässig gewesen.

Trotz dieser für die Anlage von Sammlungen lediglich in digitaler Form vorliegender Netzpublikationen denkbar ungünstigen Ausgangslage im geltenden Urheberrecht wurde im Jahr 2006 in dem Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG) der gesetzliche Sammelauftrag dieser Bibliothek auch auf Netzpublikationen erweitert.¹² Dabei sollte die Bibliothek nicht bloß von Ablieferungspflichtigen übermittelte Inhalte sammeln, sondern selbstständig das deutschsprachige Internet in einer repräsentativen Auswahl sichern.¹³ Aber auch ohne diesen, im Gesetz selbst übrigens nur angedeuteten Auftrag, muss die Deutsche Nationalbibliothek in der Lage sein, Netzpublikationen selbstständig zu vervielfältigen – nämlich dann, wenn Ablieferungspflichtige ihrer Ablieferungspflicht nicht nachkommen. Woher, wenn nicht aus dem Netz selbst, könnte die Bibliothek dann den ihr gesetzlichen zustehenden Inhalt bekommen? Sicher könnte die Bibliothek den säumigen Ablieferungspflichtigen durch die Verhängung eines Ordnungsgeldes nach § 19 DNBG zur Erfüllung seiner Pflicht anhalten. Dieser umständliche Weg ist aber nicht nur nicht praktikabel, er wäre angesichts der technischen Möglichkeit, das gewünschte Werk einfach selbst abzuspeichern auch unverhältnismäßig, da ein Bußgeldverfahren um ein Vielfaches aufwändiger ist als das schlichte Abspeichern einer frei zugänglichen Onlineressource.

So einsichtig und einfach die Dinge erscheinen, so einfach sind sie nicht. Bei der Erweiterung des gesetzlichen Sammelauftrages auf Netzpublikationen hatte der Gesetzgeber offenbar übersehen, dass unkörperliche Medienwerke in rechtlicher Hinsicht etwas ganz anderes sind als gedruckte Bücher oder dergleichen.¹⁴ Während bei Büchern mit der Ablieferung zugleich die für eine Eigentumsübertragung nach § 929 S. 1 BGB notwendige Übergabe

¹¹ Vgl. Dreier, Thomas (2015). 6, Randnummer. 16. In Dreier, Thomas / Schulze, Urheberrechtsgesetz. 5. Aufl.. München 2015.

¹² Vgl. Steinhauer, Eric (2016). 10 Jahre Pflichtablieferung von Netzpublikationen – Eine Baustelle wird besichtigt. In: Dialog mit Bibliotheken 28 (2016), Heft 2. S. 31–36.

¹³ Vgl. BR-Drs. 396/05, S. 18.

erfolgt – wobei allen Beteiligten klar ist, dass die Bibliothek Eigentum an dem abgelieferten Pflichtstück erwerben soll – wird bei der Übermittlung eines unkörperlichen Medienwerkes nur eine Kopie auf dem Mailserver der Bibliothek erzeugt, ohne dass damit dem Sacheigentum vergleichbare Nutzungsrechte verbunden sind.

Wenigstens für den Fall der Ablieferung durch den Ablieferungspflichtigen, dem klar ist, dass die Bibliothek die Netzpublikation dauerhaft archivieren möchte, hätte der Umfang der notwendigen Nutzungsrechte, die der Ablieferungspflichtige mit der Ablieferung der Bibliothek schlüssig einräumt, gesetzlich bestimmt werden müssen. Anders als beim Sacheigentum ist der Umfang urheberrechtlicher Nutzungsrechte nicht allgemein bestimmt und bedarf daher einer Konkretisierung. Kann man bei der willentlichen Ablieferung durch Auslegung für die Anlegung einer Sammlung von Netzpublikationen noch zu einem halbwegs gangbaren Ergebnis kommen,¹⁵ gibt es für diejenigen Inhalte, die nicht abgeliefert werden und daher von der Bibliothek selbst eingesammelt werden müssen, bislang im Urheberrecht keine Möglichkeit, sie legal zu sammeln.¹⁶ Erst mit Art. 2 des Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG) wird sich dies zum 1. März 2018 ändern.¹⁷

Mit einem gesetzlichen Pflichtexemplarrecht rechtlich abgesichert ist freilich nur die Anlage eines digitalen kulturellen Gedächtnisses durch die Deutsche Nationalbibliothek sowie durch die Landes- und Regionalbibliotheken in den Bundesländern. Wir hatten jedoch gesehen, dass in der analogen Welt vor allem die private und nicht institutionalisierte Sammlung das Fundament für unser kulturelles Gedächtnis legt. Die Grundlage hierfür ist das Sacheigentum an gesammelten Objekten, das nicht nur eine Anlage von Sammlungen, sondern auch deren Übertragung oder Neukonfigu-

¹⁴ Vgl. Steinhauer, Eric (2009). Pflichtablieferung von Netzpublikationen – urheberrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Ablieferungspflicht von Netzpublikationen an die Deutsche Nationalbibliothek. In: *Kommunikation & Recht* 2009. S. 161–166.

¹⁵ Vgl. Heckmann, Jörn / Weber, Marc (2008) Elektronische Netzpublikationen im Lichte des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG). In: *AfP* 2008. S. 269–276.

¹⁶ Vgl. Euler, Ellen (2008). Web-Harvesting vs. Urheberrecht – Was Bibliotheken und Archive dürfen und was nicht. In: *CR* 2008. S. 64–68.

¹⁷ Vgl. die vom Bundestag verabschiedete Fassung in BR-Drs. 535/17, S. 10. Das Gesetz war zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrages noch nicht im Bundesgesetzblatt verkündet.

ration möglich macht. Digitale Inhalte sind demgegenüber trägerlos. Damit entfällt auch das Sacheigentum an Trägermedien, mit denen diese Inhalte fest verbunden sind und an denen sich urheberrechtliche Befugnisse erschöpfen können.

Die Weitergabe dieser nur digital vorliegenden Inhalte oder deren Nutzung durch einen größeren Personenkreis greifen daher in das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) und das Recht der öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 2 UrhG) ein. Selbst wenn ein unkörperliches Medienwerk etwa durch Abspeichern auf einen Datenträger oder durch Ausdrucken körperlich fixiert wird, erschöpft sich an diesen Kopien das Verbreitungsrecht aus § 17 UrhG nicht mit der Folge, dass die Weitergabe der Kopien ebenfalls urheberrechtlich relevant ist. Das ergibt sich aus § 53 Abs. 6 S. 1 UrhG, wonach die Weitergabe von Vervielfältigungen oder deren öffentliche Wiedergabe nicht gestattet ist. Durch den Wegfall des Sacheigentums an einem mit dem Inhalt fest verbundenen Trägermedium wird daher das gesamte Sammeln digitaler kultureller Inhalte dem Urheberrecht unterworfen.

In Ermangelung ausreichender Schrankenbestimmungen können diese Inhalte nun nicht mehr wie analoge Dinge zu Sammlungen vereint werden, die später mit anderen Sammlungen vereint oder in Gedächtnisinstitutionen dauerhaft gesichert werden können. Die ganze Logik des Sammelns und der Genese des kulturellen Gedächtnisses im Wechselspiel privater Initiative und öffentlicher Gedächtniseinrichtung findet in der digitalen Welt keine Entsprechung. Die Folgen für das kulturelle Gedächtnis sind dramatisch: Wir werden in Zukunft nur noch dasjenige Material zur Verfügung haben, das wenige Bibliotheken sammeln und erhalten dürfen. Alle anderen Inhalte werden in vielen kleinen privaten Sammlungen auf Datenträgern mehr oder weniger dem Vergessen anheimgegeben!

Die Gründe hierfür sind nicht technischer sondern allein rechtlicher Art. Der dadurch vorprogrammierte Verlust an kulturellen Inhalten, der in den nächsten Jahren droht, ist gewissermaßen ein Kollateralschaden eines überzogenen Urheberschutzes für digitale Inhalte. Anders als körperliche Werkstücke, die durch die Erschöpfung des Verbreitungsrechts gewissermaßen aus dem Regime des Urheberrechts entlassen werden und damit – soweit es um die Nutzung dieser Werkstücke als Dinge geht – in eine bloß kulturell bestimmte Sphäre eintreten, bleiben digitale Inhalte, sofern nicht aus-

nahmsweise Schrankenbestimmungen eingreifen, immer (!) unter urheberrechtlicher Kontrolle.

Politische Agenda

Der drohende Schaden für das kulturelle Gedächtnis ist durch den Wegfall privaten Sammelns und Überlieferns von digitalen Inhalten im politischen Raum bislang nicht angekommen. Das hat viele Gründe: Zunächst wird wegen des unglaublich großen Angebots an digitalen Inhalten ein Verschwinden dieser Fülle in naher Zukunft nicht für wahrscheinlich gehalten. Ein Angebot wie das Internetarchiv Archive.org, das frei zugängliche Webseiten dauerhaft in periodischen Abständen archiviert, täuscht darüber hinweg, wie wenig nachhaltig das Sammeln kulturell relevanter Netzinhalte derzeit ist. Allerdings kann Archive.org seine Sammlung nur deshalb aufbauen, weil das erheblich liberalere amerikanische Urheberrecht dies gestattet. Soll das digitale kulturelle Gedächtnis der Zukunft nicht aus Amerika kommen, wird das europäische Recht eine eigene Antwort finden müssen, um Netzpublikationen dauerhaft zu sichern.

Dringlich scheint diese Frage derzeit aber nicht zu sein. Bezeichnend für die politische Nachrangigkeit des Problems ist der Umstand, dass allein für das institutionelle Sammeln der Pflichtexemplar-Bibliotheken zwischen der Formulierung des gesetzlichen Auftrages und der Verabschiedung der zur Durchführung dieses Auftrages notwendigen urheberrechtlichen Instrumente fast zwölf Jahre verstrichen sind. Nachteilig ist auch, dass im politischen Betrieb unter dem schillernden Begriff „digitaler Langzeitarchivierung“ immer noch die Sicherung analoger Kulturgütern durch Digitalisierung, aber nicht die langfristige Erhaltung rein digitaler Inhalte verstanden wird. Forderungen nach einem angemessenen Rechtsrahmen für digitale Langzeitarchivierung werden daher oft als Forderungen nach mehr Digitalisierungsbefugnissen missverstanden.¹⁸

¹⁸ Vgl. Steinhauer, Eric (2015). Wissen ohne Zukunft? Der Rechtsrahmen der digitalen Langzeitarchivierung von Netzpublikationen, in: Klimpel, Paul / Euler, Ellen (Hg.). Der Vergangenheit eine Zukunft – Kulturelles Erbe in der digitalen Welt. Berlin. S: 160 mit weiteren Nachweisen.

Fatal für das digitale kulturelle Gedächtnis sind überdies auch neuere Entwicklungen im Datenschutz. Ein „Recht auf Vergessenwerden“, wie es der Europäische Gerichtshof entwickelt hat und wie es sich jetzt in der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) findet¹⁹, passt nicht gut zum Aufbau eines digitalen kulturellen Gedächtnisses. Das Vergessen, um das es hier geht, ist das Vergessen im sogenannten kommunikativen Gedächtnis. Dass damit aber auch das kulturelle Gedächtnis verändert wird, das eigentlich erst dann einsetzt, wenn die Persönlichkeitsrechte, die durch ein Vergessenwerden geschützt werden, längst erloschen sind, ist wiederum ein Kollateralschaden – diesmal nicht des Urheberrechts, sondern des Datenschutzes.

Ausblick

Angesichts der Ausgangslage im Urheber- und Datenschutzrecht müsste eine solide Technikfolgenabschätzung der weiter zunehmenden Nutzung der digitalen Kommunikations- und Informationswege nicht nur allein die Technik und ihre möglichen negativen Folgen in den Blick nehmen, sondern auch die aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen der digitalen Welt. Bei näherem Hinsehen ist es nicht die problematische Technik, die die kulturelle Überlieferung einer zunehmend digital kommunizierenden Informationsgesellschaft gefährdet – es ist das Recht selbst, das den Aufbau kulturell bedeutsamer Sammlungen behindert und die Entstehung eines kulturellen Gedächtnisses mit digitalen Inhalten nahezu unmöglich macht. In einer demokratischen und pluralen Gesellschaft ist es jedoch sehr wichtig, dass nicht nur einzelne öffentliche Stellen Gedächtnisse und Sammlungen anlegen können, sondern die verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen und Strömungen ihre eigene kulturelle Identität dokumentieren und der Nachwelt nutzbar übergeben. Das war in der analogen Welt immer möglich und soll nun im digitalen Zeitalter plötzlich verboten sein? Wenn hier keine Lösung gefunden wird, endet das Offenheit, Vielfalt und Partizipation verheißende Experiment der Onlinekommunikation über das Inter-

¹⁹ Vgl. Boehme-Neßler, Volker (2014). Das Recht auf Vergessenwerden – Ein neues Internet-Grundrecht im Europäischen Recht. In: NVWZ 2014. S. 825–830.

net in einem „schwarzen Loch des Vergessens“. Eine Rechtsordnung, die das nicht nur nicht verhindert, sondern als Rechtspflicht sogar fordert, verliert sehr schnell ihre Legitimation. Dem Schutz des sogenannten „geistigen Eigentums“ im Internet als Ausgangspunkt für diese Entwicklung würde damit die Grundlage entzogen. Es ist daher dringend notwendig, in absehbarer Zeit intensiv politisch über die angemessene Art der kulturellen Überlieferung digitaler Inhalte durch Jedermann zu reden.

Immerhin deutet sich im jüngst verabschiedeten UrhWissG eine Lösung des Problems an. In Art. 2 wird das DNBG um eine Regelung ergänzt, die der Bibliothek gestatten soll, auf Initiative von Wissenschaftlern frei zugängliche Webressourcen dauerhaft zu speichern und insbesondere zur Überprüfung von Zitaten zur Verfügung zu stellen. Nach diesem Vorbild könnte man generell die Übergabe von Kopien an Gedächtnisinstitutionen regeln. Dies sollte zudem medienneutral ausgestaltet sein, sodass privat gesammelte Netzpublikationen und digitale Inhalte ebenso dauerhaft gesichert und genutzt werden könnten wie – um ein älteres Problem aus dem Archivrecht zu bemühen – mit Anmerkungen versehene Fotokopien in Nachlässen. Das Inkrafttreten des UrhWissG am 1. März 2018 könnte zum Anlass genommen werden, eine politische Diskussion um einen angemessenen Rechtsrahmen für das Sammeln digitaler Inhalte durch Jedermann zu beginnen. Da das UrhWissG in seinen wesentlichen Regelungen auf fünf Jahre befristet ist, sollte diese Zeitspanne genutzt werden, um tragfähige Vorschläge zur Lösung der in diesem Beitrag dargestellten Probleme zu erarbeiten. Sie könnten bei der jetzt schon absehbaren nächsten größeren Urheberrechtsnovelle umgesetzt werden.

Das kulturelle Gedächtnis als Kollateralschaden der „Copyright Wars“

Wir alle wissen: Das Urheberrecht ist ein großes Hemmnis für die Zugänglichkeit des kulturellen Gedächtnisses. Gedächtnisinstitutionen können insbesondere die Vorteile digitaler Informationstechnologien nur dann nutzen, wenn sie erhebliche Hindernisse überwinden: Die Digitalisierung stellt eine Vervielfältigungshandlung dar. Das Recht, eine solche Handlung vorzunehmen, steht dem Urheber¹ zu. Möchte die Institution das digitalisierte Werk der Öffentlichkeit zugänglich machen, benötigt sie dafür wiederum die Zustimmung des Urhebers. Eine ganze Reihe von Digitalisierungsprojekten ist spektakulär gescheitert – nicht weil die Digitalisierung so teuer war, sondern weil die Einrichtungen die erforderlichen Rechte aus wirtschaftlichen oder tatsächlichen Gründen nicht einholen konnten.²

Es mangelt nicht an Vorschlägen dafür, wie sich die rechtlichen Rahmenbedingungen auf deutscher, insbesondere aber auf europäischer Ebene verändern ließen. Immer wieder wird beispielsweise darauf verwiesen, dass erweiterte kollektive Lizenzen, wie sie in skandinavischen Ländern existieren, die Rechtklärung erleichtern.³ Verwertungsgesellschaften, die

¹ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

² Vgl. die vielen Beispiele, die seit Jahren in den einschlägigen Studien zum Thema genannt werden, etwa U.S. Copyright Office (2006). Report on Orphan Works ; IviR (2006). The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy: Final Report; Vuopala, Anna (2010). Assessment of the Orphan Works Issue and Costs for Rights Clearance. DG Informationsgesellschaft und Medien bei der Europäischen Kommission.

³ Vgl. Klimpel, Paul (2015). Urheberrecht Praxis und Fiktion. In: Klimpel, Paul / Euler, Paul (Hg.). Der Vergangenheit eine Zukunft – Kulturelles Erbe in der digitalen Welt. S. 168, 183.

eine bestimmte Anzahl an Rechteinhabern für Werke einer gewissen Werkart vertreten, dürfen dort auch für Nichtmitglieder Lizenzen abschließen.⁴ Auch eine Ausweitung der Schrankenbestimmungen für (öffentliche) Gedächtnisinstitutionen wird erwogen. Institutionen sollen Werke, die sie in ihrem Bestand haben, per se ausstellen bzw. öffentlich zugänglich machen dürfen (es sei denn, der Urheber erklärt ausdrücklich seinen Widerspruch).⁵ Für eine digitale Katalogbildschranke wird seit Jahren gestritten – bislang vergeblich.⁶

Auch die völkerrechtlichen Vorgaben sind erheblicher Kritik ausgesetzt. So wird immer wieder für eine radikale Verkürzung der urheberrechtlichen Schutzfrist beziehungsweise für die Einführung eines Registrierungserfordernisses plädiert⁷ – entweder, um urheberrechtlichen Schutz zu erlangen oder aber, um ein Werk über den registrierungsfreien Mindestzeitraum hinaus schützen zu lassen.⁸ In Mitgliedsstaaten der Europäischen Union endet die urheberrechtliche Schutzfrist, dem deutschen Vorbild folgend 70 Jahre nach dem Tod des Autors. Als der US-Supreme Court vor Jahren über ein Gesetz zu entscheiden hatte, das die Schutzfrist in den USA von 50 auf 70 Jahre post mortem auctoris verlängerte, rechnete Justice Breyer in einem legendären abweichenden Votum vor, dass bereits nach 55–75 Jahren nur noch zwei Prozent der urheberrechtlich geschützten Werke wirtschaftlichen Wert haben – die Verlängerung der Schutzfrist also nur einem Bruch-

⁴ Zur Funktionsweise erweiterter kollektiver Lizenzen vgl. de la Durantaye, Katharina (2015). Orphan Works: A Comparative and International Perspective. In: Gervais, Daniel (Hg.). *International Intellectual Property*. S. 190, 199 ff.

⁵ Vgl. hierzu in diesem Buch Beger, Gabriele. Archivierung – Ein Plädoyer für eine Bereichsausnahme. S.11–24. Hier: S. 12.

⁶ Vgl. Euler, Ellen (2013) Bildstörung: Zur Notwendigkeit einer Privilegierung für Vorschaubilder und Katalogbilder im Internet. CR 2013, S. 616, 619; Euler, Ellen / Dreier, Thomas (2015). In: Klimpel, Paul / Euler, Ellen (Hg.). *Der Vergangenheit eine Zukunft – Kulturelles Erbe in der digitalen Welt*. S. 196, 207.

⁷ Vgl. Giblin, Rebecca (2017). Reimagining copyright's duration. In Giblin, Rebecca / Weatherall, Kimberlee (Hg.). *What If We Could Reimagine Copyright*. Acton, Australia. S. 177-212. hier: S. 177.

⁸ Diese Diskussion wird insbesondere in den USA mit Vehemenz geführt. Vgl. die Beiträge im Symposium Issue „Reform(aliz)ing Copyright for the Internet Age“, 28 Berkeley Tech. L.J. (2013), außerdem Gangjee, Dev S. (2017). Copyright formalities: A return to registration? In Giblin, Rebecca / Weatherall, Kimberlee (Hg.). *What If We Could Reimagine Copyright*. Acton, Australia. S. 213-252. hier: S. 213.

teil der Rechteinhaber zugutekomme.⁹ Viele Werke seien bereits nach wenigen Jahren wirtschaftlich wertlos, könnten aber sehr wohl hohen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben.¹⁰

So viel zur Theorie. In der Wirklichkeit scheitern aber bereits deutlich zurückhaltendere Versuche, die Bedingungen für die Zugänglichmachung des kulturellen Erbes zu verbessern. Nicht selten werden sie zwischen den Fronten der in den USA schon seit Langem sprichwörtlichen „Copyright Wars“ zermahlen. Jüngstes Beispiel ist das Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG), das am letzten Sitzungstag des 18. Deutschen Bundestages Ende Juni 2017 verabschiedet wurde und am 1. März 2018 in Kraft treten wird. In erster Linie soll das Gesetz die Bedingungen für die (digitale) Forschung und Lehre verbessern.¹¹

Das Gesetz enthält aber auch Normen, welche Gedächtnisinstitutionen die Bewahrung und Zugänglichmachung von Werken erleichtern sollen. Paradigmatisch war schon der Ansatz: Die Schranken für Gedächtnisinstitutionen waren zugeschnitten auf die Bedürfnisse von Bibliotheken – Einrichtungen, die über eine vergleichsweise große Lobbykraft verfügen. Die Norm für Archive, Einrichtungen im Bereich des Film- oder Tonerbes sowie öffentlich zugängliche Museen und Bildungseinrichtungen beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die für Bibliotheken geltenden Schranken (§ 60e UrhG) für weitgehend entsprechend anwendbar zu erklären (§ 60 f Abs. 1 UrhG). Lediglich für Archive findet sich eine Sonderregelung: Sind sie auch im öffentlichen Interesse tätig, dürfen sie ein Werk vervielfältigen, um es als Archivgut in ihre Bestände aufzunehmen, wenn die abgebende Stelle unverzüglich die bei ihr vorhandenen Vervielfältigungen löscht (§ 60 f Abs. 2 UrhG). Die Rechteinhaber haben diesen § 60 f UrhG im Gesetzgebungsverfahren nicht kritisiert.

Auch das Gesetz für die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG) wird erweitert: Die DNB hat, wie einige Pflichtexemplarsbibliotheken der Länder, seit Jahren den Auftrag, Medienwerke auch in unkörperlicher Form zu sammeln und zu bewahren – etwa Werke, die im Internet zugänglich ge-

⁹ Ashcroft, Eldred v. (2003). 537 U.S. S. 186, 254. Vgl. auch den Economists Brief. In: Dies. (2003). 537 US 186. S. 4–7.

¹⁰ Vgl. hierzu auch Kretschmer, M. (2012). Copyright term reversion and the 'use-it-or-lose-it' principle. *International Journal of Music Business Research*, 1(1). S. 44–53. hier: S. 44 f.

¹¹ Bundestags-Drucksache 18/12329, S. 1 f., 20 ff.

macht wurden.¹² Bislang fehlte der Bibliothek aber die entsprechende urheberrechtliche Befugnis. Der neue § 16 a Abs. 1 DNBG schafft hier nun endlich Abhilfe für die DNB und über § 21 Satz 2 DNBG auch für Pflichtexemplarbibliotheken auf Landesebene. Darüber hinaus gestattet die Norm der DNB auch das „Web Harvesting“, also das automatisierte Sammeln von Werken aus dem Internet. Die DNB darf Medienwerke in unkörperlicher Form für eigene und fremde Pflichtexemplarbestände vergütungsfrei auch automatisiert und systematisch vervielfältigen und übermitteln. Dies gilt nur, soweit die Medienwerke entweder ohne Beschränkungen für Jedermann und unentgeltlich, öffentlich zugänglich oder zur Abholung durch die Bibliothek bereitgestellt sind. Die nach den Sätzen 1 und 2 erstellten Vervielfältigungen dürfen anschließend wie andere Bestandswerke weitergenutzt werden. Auch diese Norm war im Gesetzgebungsverfahren unumstritten.

§ 16 a Abs. 2 DNBG enthält die Erlaubnis, Zitationsarchive für Forscher zu erstellen und dauerhaft zugänglich zu machen. Solche Archive sind essentiell, um unter Einhaltung wissenschaftlicher Standards auf Onlineinhalte zu verweisen und diese zu erforschen. Solche Inhalte sind oft volatil, weil sie gelöscht oder Webadressen verändert bzw. geschlossen werden.¹³ Erlaubt wird die Übernahme in das Zitationsarchiv nur für den Fall, dass der betreffende Inhalt ohne Beschränkungen für Jedermann und unentgeltlich, öffentlich zugänglich sind und ihre Zugänglichkeit nicht dauerhaft gesichert ist.

Auch diese Norm wurde für ebenso sinnvoll wie unproblematisch erachtet – bis die Zeitungs- und Zeitschriftenverlage Wind von dem Regierungsentwurf für das UrhWissG bekamen. Sie streiten derzeit mit harten Bandagen für ein europäisches Leistungsschutzrecht. Ihnen gefiel nicht, dass nach dem UrhWissG – wie nach geltendem Recht übrigens auch – Ar-

¹² §§ 2, 3 DNBG. Vgl. hierzu de la Durantaye, Katharina (2014). Web Harvesting, Refreshment & Co-rechtliche Probleme der Langzeitarchivierung und ihre Lösungen. In: Hinte, Oliver / Steinhauer, Eric (Hg.). Die digitale Bibliothek und ihr Recht – ein Stiefkind der Informationsgesellschaft? S. 161, 172; Euler, Ellen / Steinhauer, Eric (2014): Pflichtexemplare im digitalen Zeitalter. In: Hinte, Oliver / Steinhauer, Eric (Hg.). Die digitale Bibliothek und ihr Recht – ein Stiefkind der Informationsgesellschaft? S. 109, 113.

¹³ Vgl. Ernst, Wolfgang (2014). Zwischen(-)speichern und übertragen. In: Hinte, Oliver / Steinhauer, Eric (Hg.). Die digitale Bibliothek und ihr Recht – ein Stiefkind der Informationsgesellschaft? S. 85, 105.

tikel aus Zeitungen und Zeitschriften für Zwecke der Forschung und Lehre komplett vervielfältigt und zugänglich gemacht werden dürfen.

Ohnehin im Kampfmodus, lasen sie auch § 16 a DNBG wenig genau. Sie verkündeten, dass die Norm der DNB ermögliche, Zeitungs- und Zeitschriftenarchive kostenlos für alle zugänglich zu machen und damit in Konkurrenz zu den kommerziellen Archiven der Zeitungen zu treten. Dass die Norm der DNB die Zugänglichmachung nur dann gestattet, wenn die Zugänglichmachung frei zugänglicher Inhalte nicht dauerhaft gesichert ist, seriös geführte und auf Dauer angelegte Pressearchive also gar nicht betroffen wären, fiel dabei unter den Tisch.

Was war das Ergebnis des Aufschreis von FAZ, BILD-Zeitung und Co.? Der Rechtsausschuss des Bundestages wurde panisch und beschloss gegenüber dem Regierungsentwurf zwei folgenschwere Änderungen, die der Bundestag übernahm: Von Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln, die keine Fachzeitschriftenartikel sind, dürfen nur 15 Prozent für Zwecke von Forschung und Bildung genutzt werden – vor allem für Forschende, Lehrende und Studierende der Zeit- und Kulturgeschichte ein Desaster. Und eine Ungleichbehandlung von Fach- und Publikumszeitschriften, die umso schwerer nachzuvollziehen ist, da die Interessen von Verlagen, die Zeitungen und Publikumszeitschriften verlegen, durch die Nutzung ihrer Werke in Unterricht und Forschung deutlich weniger berührt werden als die Interessen von Wissenschaftsverlagen, die Fachzeitschriften publizieren. Besonders absurd wird es, wenn man sich vor Augen führt, dass gewerbliche Nutzer und Nutzer, die Kopien für private, also etwa Unterhaltungszwecke erstellen, Zeitungs- und Zeitschriftenartikel weiterhin in Gänze kopieren dürfen.

Mindestens ebenso schwer wiegt: Das gesamte Gesetz wurde auf fünf Jahre befristet. Das betrifft auch die moderaten Verbesserungen, die das Gesetz für Gedächtnisinstitutionen vorsieht und die auch unter Verlagsvertretern unumstritten waren, weil sie insbesondere die Zugänglichmachung von Werken betreffen, die keinen wirtschaftlichen Wert (mehr) haben. Damit ist das Gesetz zwar wohl gemeint und enthält auch viel Gutes,¹⁴ aber innovativere Nutzungen wie etwa das „Web Harvesting“ wird das Gesetz wenigstens erst einmal nicht wirklich fördern. Solche Nutzungen erfordern

¹⁴ Vgl. hierzu de la Durantaye, Katharina (2017). GRUR 2017, S. 558 ff.

Investitionen – und investiert wird nur dort, wo Planungssicherheit besteht. Für chronisch unterfinanzierte, mit strikten haushaltsrechtlichen Vorgaben ausgestattete und in langen Zeiträumen denkende Gedächtnisinstitutionen sind fünf Jahre keine lange Zeit.

Was lernen wir daraus? Wir müssen dafür sensibilisieren, dass Bewahrung und Zugänglichmachung des kulturellen Gedächtnisses in unser aller Interesse liegt und dass sie in erster Linie Werke betrifft, die höchstens einen nominalen wirtschaftlichen Wert haben. Wir müssen dafür sorgen, dass veränderte rechtliche Rahmenbedingungen für die Nutzung solcher Werke nicht gemeinsam mit Themen diskutiert und verhandelt werden, die politisch umstritten sind. Im Herbst 2017 wird sich der 19. Deutsche Bundestag konstituieren. Nach dem Spiel ist vor dem Spiel.

FAIR USE

Fair Use ist ein Rechtsprinzip des US-amerikanischen Copyrights. Angesichts der großen Bedeutung zahlreicher und weitreichender US-amerikanischer Digitalisierungsprojekte erscheint es sinnvoll, die Entwicklung und Wirkungsweise dieses Rechtsprinzip zu erläutern und zu dokumentieren. Nach einer Einordnung aus deutscher Perspektive durch die Juristin und Übersetzerin Sylvia Jacob erläutert Hunter O'Hanian, Executive Director der College Art Association, die Entstehung eines „Best Practice“-Leitfadens, in dem die Wirkungsweise und die Grenzen von *Fair Use* in der bildenden Kunst beschrieben werden, während Peter Jaszi die Rolle von *Fair Use* im amerikanischen Urheberrechtssystem insgesamt beschreibt.

Sylvia Jacob

Konkretisierung der US-amerikanischen *Fair-Use*-Doktrin durch die verkehrsbeteiligten Kreise

Anders als das deutsche Urheberrechtsgesetz, in dem die Schrankenregelungen als geschlossener Katalog kodifiziert sind, enthält das US-Urheberrechtsgesetz in Sektion 107 des US-Codes eine flexible Schrankenregelung namens *Fair Use*. Diese erlaubt den Nutzern unter bestimmten Umständen, urheberrechtlich geschützte Güter lizenzfrei zu nutzen.

Welche Umstände dies sind, ist jedoch nicht genau definiert. Das Gesetz gibt Richtern und Anwälten¹ vier relativ unspezifische Faktoren an die Hand, um zu entscheiden, ob eine Nutzung gegebenenfalls *fair* war.

Die Vagheit der vier Faktoren hat in den USA zu einer weit verbreiteten Unsicherheit in der Kunstszene geführt: Laut einer Umfrage der College Art Association (CAA) bricht etwa ein Drittel aller möglichen *Fair-Use*-Privilegierten Arbeiten ab oder beginnt sie gar nicht erst, da sie nicht das Risiko einer Fehleinschätzung der rechtlichen Lage eingehen wollen. Auch in Europa wird die Rechtsunsicherheit, die eine *Fair-Use*-Schranke mit sich bringen würde, als Hauptgrund gegen ihre Einführung genannt.

Dieser Unsicherheit wollte die CAA entgegenwirken und erstellte einen Leitfaden, der die *Fair-Use*-Doktrin aus der Perspektive der Urheber und möglichen Nutzer präzisiert. Kontributoren und Adressaten des Leitfadens sind Wissenschaftler, Lehrkräfte, Künstler, Museumskuratoren und Archivar.

¹ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

Auch in Deutschland gibt es Schranken für die betreffenden Akteure: die Zitatschranke (§51 UrhG), das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung (§52 a UrhG), das Recht zur freien Benutzung (§ 24 UrhG) und das Recht zur Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven (§ 52 b UrhG). Doch sind diese so eng gefasst, dass sie der technologischen Entwicklung stets hinterher hinken. So wäre das Onlinestellen urheberrechtlich geschützter Materialien zu Informationszwecken auf einer Museums-Website nicht mehr durch den Wortlaut des § 52 b UrhG gedeckt.

Anders dagegen die Regelung des „Best Practice“-Leitfadens, die Museen erlaubt, sich auf *Fair Use* zu berufen, wenn sie urheberrechtlich geschützte Werke zur Förderung ihrer Kernaufgabe verwenden.

Somit erlaubt der generalklauselartige Charakter der *Fair-Use*-Schranke die Anpassung des Rechts an eine geänderte Wirklichkeit, ohne die jeweiligen Gesetze ändern zu müssen. Eine starre Regelungssystematik hingegen führt dazu, dass auch sinnvolle Nutzungen verboten bleiben, denen keine gewichtigen Interessen von Rechteinhabern entgegenstehen. Die Präzisierung der abstrakten *Fair-Use*-Formel erfolgt praxisnah durch die verkehrsbeteiligten Kreise. Auch in Deutschland und Europa wird die Einführung eines offenen *Fair-Use*-Prinzips oder zumindest von Öffnungsklauseln in der Schrankensystematik des Urheberrechts diskutiert. Dadurch könnte der urheberrechtlichen Interessenausgleich neu belebt und praxisnah ausdifferenziert werden.

Hunter O'Hanian

Best Practice-Leitfaden für die angemessene Verwendung (*Fair Use*)

Ein Papier, das sich mit einem kritischen Aspekt des Urheberrechts in den Vereinigten Staaten befasst¹

Die 1911 gegründete College Art Association (CAA) ist eine gemeinnützige Organisation und weltweit einer der größten professionellen Verbände für Kunstgeschichte. 2012 entwickelte sie Leitlinien für die Verwendung von Materialien, die in den USA urheberrechtlich geschützt sind.

Als Antwort auf die Fragen ihrer Mitglieder, wie und wann die Doktrin der angemessenen Verwendung (*Fair-Use*-Doktrin) bei der Entwicklung neuer kreativer Projekte Anwendung finden könnte, wollte die CAA der Frage auf den Grund gehen, wie Wissenschaftler, Künstler², Museumsfachleute und andere in der Kunstszene Tätige legal und ethisch vertretbar urheberrechtlich geschützte Materialien in der Lehre, in wissenschaftlichen Abhandlungen, in Veröffentlichungen (sowohl in den Printmedien als auch online) und beim Kunst schaffen verwenden könnten.

¹ Dieser Aufsatz ist das Ergebnis einer Zusammenarbeit zwischen dem CAA-Geschäftsführer Hunter O'Hanian und der ehemaligen CAA-Präsidentin Anne Collins Goodyear. Goodyear möchte sich hiermit bei O'Hanian und Betty Leigh Hutcheson, Direktorin für Veröffentlichungen bei der College Art Association, für die Möglichkeit bedanken, mit „Crafting the CAA's Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts: An Overview of Its Development, Claims, and Application“ ein ähnliches Papier: bei dem Forum „Copyrighted Material in the Museum: A Path to Fair Use“, das von O'Hanian bei dem jährlichen American Alliance of Museums (AAM)-Treffen vom 7.-10.5.2017 in St. Louis, Missouri, geleitet wurde, zu präsentieren.

² Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

Im Jahre 2015 resultierte dieses Unterfangen in der Veröffentlichung des CAA-Best Practice-Leitfadens für die angemessene Verwendung (*Fair Use*) von Werken der bildenden Kunst.

Die *Fair-Use*-Doktrin, die aus dem US-Urheberrechtsgesetz von 1976 erwächst, und in Titel 17, Sektion 107 des US-Codes kodifiziert ist, enthält das Recht, urheberrechtlich geschützte Materialien für wissenschaftliche und kreative Zwecke lizenzfrei zu nutzen.

Wie im Gesetz festgelegt, müssen vier Faktoren geprüft werden, um herauszufinden, ob eine bestimmte Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Materials als *fair* eingestuft werden kann:

1. Zweck und Art der Benutzung, ob die Verwendung kommerzieller Natur ist oder für gemeinnützige oder Bildungszwecke;
2. die Art des urheberrechtlich geschützten Werkes;
3. die Höhe und die Wesentlichkeit der verwendeten Menge im Verhältnis zu dem urheberrechtlich geschützten Werk als Ganzes; und
4. die Auswirkungen der Nutzung auf den potenziellen Markt oder Wert des urheberrechtlich geschützten Werks.³

Die Ungewissheit, wann und wie diese Faktoren – und damit das Gesetz selbst – Anwendung finden, hat zu lähmenden Bedenken bei vielen professionell in der Kunstszene Tätigen geführt und zu einer abschreckenden Kultur des „um Erlaubnis bitten müßens“ beigetragen, die kreatives Schaffen, wissenschaftliche Auseinandersetzung sowie Herstellung und Ausstellung neuer Kunst unterbunden hat.

Dank der großzügigen Unterstützung der Samuel H. Kress Foundation und der Andrew W. Mellon Foundation konnte die CAA im Herbst des Jahres 2012 ein Team von Kollegen aus allen Bereichen der bildenden Kunst, einschließlich Patricia Aufderheide und Peter Jaszi, beides Professoren für Kommunikationsrecht an der American University in Washington, D.C., zusammenstellen, um mit den Mitgliedern der CAA und anderen führenden Kräften der Kunstszene zusammenzuarbeiten.⁴ Weitere Schlüsselfiguren waren Anne Collins Goodyear, Co-Direktorin des Bowdoin Col-

³ Für eine nähere Erläuterung dieser Norm des US-Urheberrechtsgesetzes siehe Peter Jaszi (o. J.), „Anhang A: Fair Use heute“ im Best Practice-Leitfaden für die angemessene Verwendung (*Fair Use*) bei Werken der bildenden Kunst. Vgl. <http://www.collegeart.org/programs/caa-fair-use> abrufbar (zuletzt aufgerufen am 23.8.2017).

lege Museums of Art, Vorsitzende des CAA-Komitees für geistiges Eigentum und ehemalige CA-Präsidentin, Jeffrey P. Cunard, Rechtsberater der CAA, Linda Downs, ehemalige Geschäftsführerin der CAA und die Projektmanagerin Janet Landay.

Bekannt für ihre umfangreichen Erfahrungen mit dem sich stetig weiterentwickelnden Verständnis von *Fair Use* in unterschiedlichen kreativen Milieus, das sie in ihrem Buch „Reclaiming Fair Use: How to Put the Balance Back in Copyright“ aus dem Jahr 2011 beschrieben haben, sind Aufderheide und Jaszi in Kooperation mit der CAA der Frage auf den Grund gegangen, wie *Fair Use* in der Kunstszene verstanden wird.⁵ Das Projekt ging von der Beobachtung aus, dass Richter dazu tendierten, auf die Praxis der kreativen Gemeinschaften zu schauen, um die Angemessenheit der Nutzung urheberrechtlich geschützten Materials für neue Zwecke zu bewerten und festzustellen, ob eine Nutzung *fair* war.

In der ersten Phase führten Aufderheide und Jaszi für die CAA somit eine Studie durch, die herauszustellen suchte, wie *Fair Use* und Urheberrecht in der Kunstszene verstanden werden.

Diese Arbeit führte zu der Abfassung des detaillierten Problembereichs „Copyright, Permissions, and Fair Use among Visual Artists and the Academic and Museum Visual Arts Communities: An Issues Report“,⁶ der 2014 veröffentlicht wurde und seitdem (im Original) auf CollegeArt.org abrufbar ist. Ihre Forschung beinhaltete jedoch nicht nur eine Literaturlauswertung, sondern darüber hinaus umfangreiche Interviews mit hundert angesehenen Fachleuten aus der Kunstszene und eine Umfrage bei den Mitgliedern der CAA, die nahezu 3.000 Antworten generierte.

⁴ Dieses Unterfangen wird von Christopher Howard in dem Beitrag „CAA Receives Major Mellon Grant“. CAA News Today. 14.1.2013. (Vgl. <http://www.collegeart.org/news/2013/01/14/caa-receives-major-mellon-grant/> (zuletzt aufgerufen am 23.8.2017).

⁵ „Well known for their extensive experience in the development of fair use codes for numerous creative communities, a practice described in detail in their 2011 book *Reclaiming Fair Use: How to Put the Balance Back in Copyright*, Aufderheide and Jaszi worked with CAA to fashion a three-phase project to tackle the question of how to define fair use in the visual arts environment.“ zit. nach: Aufderheide, Patricia / Jaszi, Peter (2011). *Reclaiming Fair Use: How to Put the Balance Back in Copyright*. Chicago.

⁶ Übersetzt etwa: „Urheberrecht, Lizenzen und *Fair Use* zwischen Künstlern und den Wissenschafts- und Museumsgemeinschaften für bildende Kunst: Ein Problembereich.“

Es soll betont werden, dass all diejenigen, die während dieser und darauffolgenden Phasen über ihre Erfahrung mit urheberrechtlich geschützten Werken berichteten, sowohl Nutzer als auch Schöpfer urheberrechtlich geschützter Materialien waren.

Der Problembereich, der von dem CAA-Berufspraxiskomitee, der Arbeitsgruppe für *Fair Use*, dem Komitee für geistiges Eigentum und dem Vorstand gegengelesen wurde, bestätigte und dokumentierte viele der anekdotischen Erlebnisberichte, die dazu geführt hatten, dass die CAA den Bericht überhaupt erst in Auftrag gegeben hatte. Zu den ernüchterndsten Befunden von Aufderheide und Jaszi zählte, dass ein Drittel der professionell in der Kunstszene Tätigen, einschließlich Wissenschaftler, Kuratoren und Künstler, Arbeiten in ihrem Feld aufgrund urheberrechtlicher Bedenken gar nicht erst begonnen oder abgebrochen hatten.

Während Aufderheide und Jaszi in der ersten Phase des Projektes wissenschaftliche und bildungsrelevante Nutzungen urheberrechtlich geschützter Materialien dokumentiert hatten, arbeiteten sie im nächsten Schritt mit CAA-Mitgliedern und anderen führenden Kräften in der Kunstszene zusammen, um den Best Practice-Leitfaden für die angemessene Verwendung (*Fair Use*) für Werke der bildenden Kunst zu erstellen, der (im Original) auf CollegeArt.org abrufbar ist. In diesem Teil des Projekts leiteten Aufderheide und Jaszi im Sommer 2014 kleine Diskussionsrunden mit 150 unterschiedlichen Fachleuten der Kunstszene aus allen Teilen der USA, um herauszufinden, welche Praktiken die Einzelnen als *Fair Use* urheberrechtlich geschützter Materialien ansahen. Basierend auf den Informationen, die bei diesen Runden gesammelt wurden, kristallisierten sich fünf *Fair-Use*-Prinzipien für die folgenden Bereiche mit dazugehörigen Einschränkungen heraus:

- wissenschaftliches Schreiben
- Kunsterziehung
- künstlerisch tätig sein
- Verwendung im Museumskontext
- Onlinezugang zu Archiv- und Sondersammlungen

Jeder der im Leitfaden angesprochenen fünf Bereiche bietet flexible Anhaltspunkte, um herauszufinden, wann ein bestimmter herkömmlicher oder neuartiger Gebrauch als *fair* angesehen werden kann. Zu diesem

Zweck fordert Jaszi Wissenschaftler, Künstler und Museumsfachleute dazu auf, die Nutzung urheberrechtlich geschützter Materialien für einen verbesserten Zugang und neue Interpretationsansätze gegen die Menge des urheberrechtlich geschützten Materials, das in einem bestimmten Kontext gebraucht wird, abzuwägen.

Um sicherzugehen, dass der Leitfaden mit der Rechtspraxis übereinstimmt, wurde sein Inhalt durch eine Gruppe von Rechtsexperten überprüft und vom CAA-Vorstand genehmigt.

Die dritte Phase des Projekts beinhaltet die Verbreitung des Leitfadens in der weltweiten Kunstszene. Jeder der angesprochenen Bereiche ist von hoher Relevanz für die einzelnen Praktiker – etwa für Künstler oder Kunsthistoriker, aber auch für Kunstverbände, die die Schnittstelle zwischen Wissenschaft, Kuration, künstlerischem Schaffen und dem öffentlichen Zugang zu Objekten und ihren Geschichten wertschätzen, fördern oder repräsentieren.

Während jeder Teil des Leitfadens spezifische Aspekte der Nutzung urheberrechtlich geschützten Materials durch professionell in der Kunstszene Tätige anspricht, bilden die Teile insgesamt eine Einheit und damit ein wertvolles Instrument, um wohldurchdacht zu beurteilen, ob eine bestimmte Nutzung urheberrechtlich geschützten Materials als *fair* angesehen werden kann. Zu diesem Zweck erkennt der Leitfaden beispielsweise an, dass Erziehungsbeauftragte, Kuratoren, Archivare und ähnliche Kollegen immer mehr auf digitale, aber auch auf gedruckte Materialien zurückgreifen, um ihre Studierenden oder ihr Publikum zu involvieren. Die Informationen, die sie zur Verfügung stellen, reichen von einfachen Tatsachen – wie Lebens- und Todesdaten – bis hin zu erläuternden Kommentaren.

Die dazugehörigen Einschränkungen oder Verantwortlichkeiten sind im Grunde genommen selbstverständlich: Die Größe und Auflösung der genutzten Vervielfältigungen soll für den angestrebten Zweck geeignet sein, angemessene Quellenangaben und Metadaten enthalten und die Privatsphäre Einzelner sowie kulturelle Sensibilitäten anderer Gemeinschaften, die das urheberrechtlich geschützte Material produziert haben, schützen.

Dieser Ausgleich suchende Ansatz spiegelt die Grundidee des Leitfadens für die Einordnung bestimmter Nutzungen urheberrechtlich ge-

geschützter Materialien wider anstatt ein klares Regelwerk oder feste Leitlinien für Bildgröße oder -auflösung vorzuschreiben.

Die Herangehensweise der CAA hat praktische Vorteile: Selbst wenn sich die technologischen Standards weiterentwickeln, wird die Argumentationslogik, warum eine bestimmte Nutzung *fair* ist, fortbestehen.

Bis heute hat die CAA den Leitfaden in mehr als dreißig Städten innerhalb der USA vorgestellt und dabei Tausende von Künstlern, Wissenschaftlern, Archivaren, Bibliothekaren, Museumsfachleuten, Anwälten und Verlegern erreicht. Die Resonanz war ziemlich erfreulich. Tatsächlich wird der Einfluss des Leitfadens in den USA immer deutlicher. Er wurde weitläufig angenommen und es gibt immer mehr Beweise, die zeigen, dass der Leitfaden stärkeres Vertrauen bei den Einzelnen, aber auch bei Organisationen, die urheberrechtlich geschütztes Material für wissenschaftliche Abhandlungen, Lehraktivitäten, kulturelles Schaffen, Museumsressourcen und Onlinezugänge zu archivierten Materialien nutzen wollen, hervorruft.⁷

Die CAA selbst hat ihre Autorenverträge für ihre Veröffentlichungen „The Art Bulletin, Art Journal“ und „caa.reviews“ aktualisiert und sie auf CollegeArt.org online gestellt.

Autoren, die den CAA-Leitfaden nutzen, um abzuwägen, ob ein bestimmter Gebrauch urheberrechtlich geschützter Materialien *fair* ist, müssen die Organisation nicht entschädigen. Viele Museen, Verleger und Stiftungen haben angefangen, ihre internen Richtlinien zu überarbeiten, um *Fair Use* zu integrieren.

Die CAA versucht, mit dem Leitfaden und seiner Verbreitung der Korrosionswirkung, die die Furcht vor dem Urheberrecht hervorruft, entgegenzuwirken und somit urheberrechtlich geschützte Ressourcen, die neue kreative Perspektiven aufzeigen, leichter zugänglich und damit einflussreicher zu machen.

In diesem Sinne hat sie flexible Best Practice-Rahmenrichtlinien für die angemessene Verwendung (*Fair Use*) geschaffen, die nicht nur Museen, sondern der ganzen Kunstszene zugutekommen werden.

⁷ Vgl. <http://www.collegeart.org/news/2017/03/14/learning-from-experience-fair-use-in-practice/>; Landay, Janet (2016). CAA Celebrates National Fair Use Week. CAA News Today. 22.2.2016. Vgl. www.collegeart.org/news/2016/02/22/caa-celebrates-national-fair-use-week/ (zuletzt aufgerufen am 23.8.2017).

Im Juni 2017 brachte die CAA den Leitfaden mit Präsentationen in Fontainebleau und Paris, einer französischen Übersetzung des Dokuments (abrufbar auf CollegeArt.org) und der Teilnahme an Debatten über die Anpassungsfähigkeit des Urheberrechts in der Europäischen Union zu ihrer Zielgruppe nach Europa.⁸

Obwohl die *Fair-Use*-Doktrin ein US-spezifisches Rechtsinstrument ist, mag der Ansatz der CAA, ihre Auslegung mit Bezug auf Praxisgemeinschaften zu präzisieren, im internationalen Kontext als Vorbild für die Untersuchung der hinter dem Urheberrecht steckenden Prinzipien und Philosophien dienen und dabei helfen, die Ziele der Urheberrechtsgesetze in anderen Ländern zu hinterfragen. Vielleicht kann er auch für internationale Wissensgemeinschaften richtungweisend sein, die an dem, was Peter Jaszi den „dem Urheberrecht zugrundeliegende Interessenausgleich“ nannte⁹, arbeiten? Letzteren beschrieb Jaszi als die Notwendigkeit, den Schutz kreativer Güter gegen die Möglichkeit des Zugangs zu kreativen Gütern abzuwägen, um weitere Innovationen und Erfolge zu ermöglichen. Ein wesentlicher erster Schritt, um dieser Frage nachzugehen, stellt diese Veröffentlichung dar, die die Ziele und das Verfahren hinter dem CAA-Best Practice-Leitfaden für die angemessene Verwendung (*Fair Use*) für Werke der bildenden Kunst beschreibt.

Ob der Versuch, kreativen Gemeinschaften in den Vereinigten Staaten zu helfen, auch für Kollegen in anderen Ländern relevant ist, ist ein Thema, mit dem sich die CAA in der Zukunft näher beschäftigen wird.

„Der Best Practice-Leitfaden: Situationen, Prinzipien und Einschränkungen“ (herausgelöst aus dem „Best Practice-Leitfaden für die angemessene Verwendung (*Fair Use*) von Werken der bildenden Kunst“) ist im Original auf CollegeArt.org abrufbar.

⁸ Hunter O'Hanian hielt folgende Vorträge: „Fair Use and Open Content“ beim Le Festival de l'histoire de l'art vom 2.–4.6.2017 und „Copyright Flexibilities in the U.S. and E.U.: How Fair Use and other Flexibilities are Helping Museums to Fulfill their Mission“ bei der International Council of Museums Europe Alliance am 6.6.2017.

⁹ Jaszi, Peter (o. J.). Appendix A: Fair Use today, Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts, S. 14–17, hier: S. 14. Vgl. <http://www.collegeart.org/pdf/fair-use/best-practices-fair-use-visual-arts.pdf> (zuletzt aufgerufen am 6.12.2017).

Der Best Practice-Leitfaden für die angemessene Verwendung (*Fair Use*) von Werken der bildenden Kunst erstreckt sich auf fünf Hauptbereiche, die im Folgenden genauer erläutert werden.

Wissenschaftliches Schreiben

Wissenschaftliches Schreiben betrifft Künstler, Kunstwerke und Bewegungen; es umfasst Analysen der Kunst in größeren kulturellen, politischen und theoretischen Kontexten.

Solche Schriften enthalten routinemäßig – ganz oder in Teilen – Vervielfältigungen der relevanten Kunstwerke, beispielsweise Texte, historische Bildnisse, digitale Phänomene und andere visuelle Kultur. Diese Materialien – viele davon sind urheberrechtlich geschützt – können aus einer Vielzahl von Quellen bezogen werden – so auch aus Sammlungen von Bibliotheken und Archiven (hier allgemein als Gedächtnisinstitutionen bezeichnet), Notizen und Fotografien des Schriftstellers und aus dokumentarischen Vervielfältigungen, die von anderen erstellt oder veröffentlicht wurden. Einige Werke entstammen noch der analogen Epoche, andere werden gleich digital erzeugt.

Manchmal sind die bildlichen oder schriftlichen Werke, die im Zusammenhang mit den wissenschaftlichen Texten vervielfältigt werden, im Fokus der wissenschaftlichen Analyse. Manchmal werden sie aber auch zur Illustration künstlerischer Strömungen und Tendenzen herangezogen, oder um einen bestimmten Punkt oder eine Schlussfolgerung zu untermauern.

Diese Schriften können sowohl über traditionelle akademische Kanäle, als auch auf immer vielfältigeren alternativen Wegen veröffentlicht werden.

Dies impliziert eine Vielzahl von Formaten, einschließlich gedruckter und elektronischer Bücher und Zeitschriften, Ausstellungs- und Sammlungskataloge, Blog- und „Social Media“-Beiträge und Beiträge zu kollaborativen digitalen Projekten wie Wikis (die oft in institutionellen Repositorien anzufinden sind). Die Schriften können bei wissenschaftlichen Konferenzen oder ähnlichen Anlässen genutzt werden. Der Wirkungsgrad des wissenschaftlichen Schreibens über die Kunst wird durch die Wiedergabe des Materials, das es beschreibt, erhöht.

In vielen Fällen, vor allem bei Werken der bildenden Kunst, können Autoren zu dem Schluss kommen, dass das Werk als Ganzes reproduziert werden sollte, um seinen Standpunkt am besten darzustellen.

In ihrer wissenschaftlichen Abhandlung über Kunst dürfen Wissenschaftler und andere Schriftsteller (und weiter gedacht: auch ihre Verleger) auf *Fair Use* zurückgreifen, um urheberrechtlich geschützte Werke zu vervielfältigen, so lange sie folgende Einschränkungen beachten:

- Die Nutzung des Werkes in Teilen oder als Ganzes sollte durch einen wissenschaftlichen Zweck gerechtfertigt und der Nutzer in der Lage sein, diesen Zweck zu benennen.
- Der wissenschaftliche Zweck sollte überwiegen und das Werk, oder die Werke, nicht um ihrer selbst willen gezeigt werden.
- Die Menge und Art des verwendeten Materials und – wo Bilder betroffen sind – die Größe und Auflösung der veröffentlichten Vervielfältigung sollten dem wissenschaftlichen Zweck entsprechen.
- Die Legitimation für die Verwendung und die verwendete Menge sollten besonders sorgfältig geprüft werden, wenn es sich um digitale Vervielfältigungen digital erstellter Werken handelt, da dort das Risiko besonders hoch ist, dass die Vervielfältigungen als Ersatz für die Originale fungieren.
- Reproduktionen sollten die Originale unter den gegebenen Umständen so genau wie möglich darstellen.
- Die Schrift sollte den Titel des Originals anführen, soweit dies in dem betreffenden Feld üblich und möglich ist.

Kunsterziehung

Für die Kunsterziehung, sei es in einem Kunstatelier oder Klassenraum, in der Wissenschaft oder anderswo, wurde schon immer in Form von Illustrationen auf Reproduktionen von Kunstwerken zurückgegriffen.

Heutzutage bleibt ein Unterrichtsraum dank Technologie nicht mehr auf vier Wände begrenzt: Lehrkräfte können digitale Folien oder Videos im Klassenzimmer zeigen oder aber den Studierenden beispielsweise über „Course Management“-Plattformen online Werke zur Verfügung stellen,

die mit dem Unterricht zu tun haben. Manche Institutionen bieten ihren Studierenden sogar Kunstlehrgänge an, die nur online stattfinden.

Obwohl es besondere Urheberrechtsschranken für Lehraktivitäten gibt, wird der Spielraum der Lehrkräfte oft durch den engen Anwendungsbereich dieser Ausnahmen begrenzt.

Diese Schranken mögen für den Präsenzunterricht oder in Echtzeit übertragene Fernlehrgänge angemessen sein. Doch sie decken viele Arten der Betreuung, die Lehrkräfte ihren Studierenden vor und nach dem Unterricht zukommen lassen möchten, nicht ab.

Zur Bereicherung ihrer Lehraktivitäten unterhalten Kunstlehrer für ihren eigenen Bedarf und den ihrer Studierenden seit jeher Sammlungen beispielhafter Dokumentation.

Manchmal werden diese in ihren persönlichen Unterlagen, manchmal in institutionellen oder fakultätsinternen Referenzsammlungen aufbewahrt. Diejenigen, die solche Sammlungen pflegen, stimmen im Großen und Ganzen überein, dass sie diese gerne weitläufiger teilen würden – beispielsweise mit Gleichgesinnten oder ähnlichen Institutionen, um noch bessere Unterrichtsmaterialien zu schaffen.

Kunstlehrer dürfen sich auf *Fair Use* berufen, wenn sie urheberrechtlich geschützte Materialien in unterschiedlichen Formaten für ihren regulären Unterricht und für Referenzsammlungen verwenden – auch dann, wenn die Nutzung den regulären Unterricht ergänzt. Voraussetzung ist, sie beachten folgende Einschränkungen:

- Die ausgewählten Werke sollen die wesentlichen pädagogischen Ziele der Lehrkraft untermauern.
- Die pädagogischen Ziele der Lehrkraft sollen überwiegen und das Werk oder die Werke nicht um ihrer selbst willen gezeigt werden.
- „Course Management“-Seiten auf denen Werke öffentlich zugänglich gemacht werden, sollten nur für Studierende zugänglich sein, die in dem betreffenden Kurs immatrikuliert sind, oder anderweitig durch die Lehrkraft beschränkt werden.
- Bilder, die den Studierenden zugänglich gemacht werden, sollten die betreffenden Werke soweit wie möglich originalgetreu darstellen.
- Sollte es für das pädagogische Ziel unerlässlich sein, herunterladbare Bilder online zur Verfügung zu stellen, sollen diese Bilder groß genug

für eine Vollbilddarstellung auf einem PC oder Mobilgerät sein, im Allgemeinen aber nicht größer.

- Wenn die Bilder angezeigt werden, sollten sie den Titel des Originals anführen, soweit dies in dem betreffenden Feld üblich und möglich ist.
- Illustrationen und andere Elemente einer Referenzsammlung sollten mit angemessenen und real verfügbaren Metadaten angereichert werden.
- Der Zugang zu einer institutionellen Referenzkollektion sollte auf Personen beschränkt werden, die zu der Institution bzw. ihren Partnerinstitutionen gehören – beispielsweise auf Studierende, andere Fakultäten oder autorisierte Forscher – unter der Voraussetzung, dass die Inhalte nur für legitime Zwecke verwendet werden.

Neue Kunstwerke schaffen

Über Jahrhunderte hinweg haben Künstler Werke Dritter als Teil ihrer kreativen Arbeit in ihre Werke einfließen lassen.

Heutzutage zitieren oder integrieren viele Künstler zuweilen oder routinemäßig Kunstwerke oder andere kulturelle Produktionen in ihren eigenen Kreationen. Solch eine Nutzung trägt zur Entstehung neuer Kultur bei, die notwendigerweise auf existierender Kultur aufbaut. Sie enthält oft eine neue Interpretation schon existierender Werke und kann (muss aber nicht) absichtlich provokativ sein. Künstler verwenden in zunehmendem Maß digitale Werkzeuge, um existierende (auch digitale) Werke in ihre eigenen zu integrieren. Dabei nutzen sie Techniken, die von Persiflage und Collage (*remix*) bis hin zur Schaffung neuer Geräuschkulissen und Lichteffekte reichen. Zuweilen verletzen diese Nachbildungen das Urheberrecht. Doch ganz gleich welche Technik angewendet wird und was auch immer dafür genutzt wird (von Motiven oder Themen bis hin zu spezifischen Bildern, Texten oder Tönen): Sie kann helfen, neue Kunst zu generieren.

Künstler können sich auf *Fair Use* berufen, um urheberrechtlich geschütztes Material in ihre neuen Kunstwerke zu integrieren, so lange sie folgende Einschränkungen beachten: Künstler sollten es vermeiden, beste-

hendes urheberrechtlich geschütztes Material zu verwenden, das keine neue künstlerische Bedeutung hat, und auch beachten, dass ein anderes Medium diesem Standard ohne irgendeinen Zusatz möglicherweise nicht entspricht.

- Die Nutzung eines bereits existierenden Werkes in Teilen oder als Ganzes sollte durch den künstlerischen Zweck gerechtfertigt sein. Künstler, die absichtlich urheberrechtlich geschützte Werke umfunktionieren, sollten in der Lage sein, ihre Gründe sowohl für die Nutzung als auch für das Ausmaß der Nutzung darzulegen.
- Künstler sollten nicht suggerieren, dass die integrierten Elemente für sie originell seien – es sei denn, sie sind für die Bedeutung des neuen Werkes unerlässlich.
- Wenn ein Künstler das Werk eines Dritten verwendet, sollte er die Quelle zitieren – egal, ob in dem neuen Werk oder anderswo (durch Kennzeichnung oder Einbettung) – es sei denn, es gibt einen benennbaren ästhetischen Grund, dies nicht zu tun.

Verwendung im Museumskontext

Museen kuratieren regelmäßig und organisieren kurzzeitige oder dauerhafte, das heißt längerfristige, Ausstellungen, die ihre eigenen Werke, die anderer Institute und private Sammlungen umfassen.

Ausstellungen können neue künstlerische und wissenschaftliche Einblicke gewähren, Museumsbesucher anziehen und ihr Besucherlebnis verbessern. Oftmals verstärken oder untermauern Ausstellungen das Renommee der Künstler, deren Werke ausgestellt werden.

Museen erstellen im Zusammenhang mit Ausstellungen regelmäßig Druck- und anderes grafisches Material, einschließlich Wandtafeln, die Texte und Reproduktionen der betreffenden Bilder zeigen. Sie verteilen Broschüren und Handbücher, publizieren Kataloge und bieten dazugehörige Lehrveranstaltungen beziehungsweise andere, öffentlich zugängliche Veranstaltungen an.

Viele Museen nutzen verschiedene Informationskanäle – einschließlich öffentlich zugänglicher Datenbanken –, die Bilder für viele oder sogar für

all ihre Werke in ihren dauerhaften Kollektionen enthalten. Immer öfter kommen dabei digitale und andere neue Technologien zum Einsatz. Besucher können beispielsweise mit ihrem eigenen oder einem von dem Museum zur Verfügung gestellten, möglicherweise vernetzten, tragbaren Mobilgerät auf elektronische Informationen über Ausstellungen und Sammlungen zugreifen.

Lehrkräfte und Studierende können auf der Website des Museums und über „Social Media“-Kanäle, aber auch über Drittanbieter, auf ausstellungs- und sammlungsbezogenes Lehrmaterial wie beispielsweise Texte, gemischte Medien, und Videos zugreifen. Drittanbieter können sowohl gewinnorientierte als auch gemeinnützige Verleger sein.

Physische Ausstellungen können über virtuelle Counterparts oder Onlineerweiterungen ergänzt werden, sodass weit entfernte Besucher quasi „durch die Ausstellung laufen“ können.

Galerien schätzen kuratorische Zusammenfassungen und fokussieren, falls erwünscht, ihre Aufmerksamkeit auf bestimmte Werke. Ähnlich kann eine Onlinedokumentation über Sammlungen (einschließlich Sammlungskatalogen, Bilddatenbanken und Metadaten) helfen, einzelne Werke in einem größeren institutionellen oder kulturellen Kontext darzustellen und ein paar der Vorteile, die ein physischer Museumsbesuch mit sich bringt, bieten, wobei auch ein Zugang zu Werken möglich ist, die in dem Moment nicht ausgestellt sind.

Solch eine Dokumentation mag die Besucher auch dazu animieren, sich intensiver mit der Kunst auseinanderzusetzen, wenn sie das Museum persönlich besuchen.

Museen und ihre Angestellten dürfen sich auf *Fair Use* berufen, wenn sie urheberrechtlich geschützte Werke, einschließlich Bilder und Texte sowie zeitgenössisches und digital erstelltes Material, zur Förderung ihrer Kernaufgabe verwenden – vorausgesetzt, sie beachten folgende Einschränkungen:

- Wenn urheberrechtlich geschütztes Material in Verbindung mit physischen oder virtuellen Ausstellungen genutzt wird, sollten die Nutzungen durch kuratorische Zwecke gerechtfertigt werden und der Nutzer in der Lage sein, diese Zwecke zu benennen.

- Die verwendete Menge eines Werks in Museumspublikationen, die Größe und Auflösung veröffentlichter Reproduktionen und die Güte dieser Reproduktionen sollte für den wissenschaftlichen bzw. Bildungszweck angemessen sein. Herunterladbare Bilder, die online zur Verfügung gestellt werden, sollten groß genug für eine Vollbild-darstellung auf einem PC oder Mobilgerät sein, im Allgemeinen aber nicht größer.
- Wenn die Möglichkeit besteht, Bilddetails bzw. online etwas vergrößert durch besonders große oder hochaufgelöste Bilder zu sehen, sollten die Bilder nicht heruntergeladen werden können – es sei denn, es gibt einen besonderen Grund dafür.
- Illustrationen, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, sollten die Originalquelle nennen, soweit dies in dem betreffenden Feld üblich und möglich ist.
- Bilder und andere Illustrationen von Museumssammlungen sollten mit allen angemessenen und real verfügbaren Metadaten angereichert werden. Bilder und andere Dokumentationsmaterialien von Museumssammlungen sollten die Institutionsrichtlinien achten und die nicht-urheberrechtlich verankerten Interessen Dritter, einschließlich der Privatsphäre Einzelner und kulturelle Sensibilitäten anderer Gesellschaften schützen.

Onlinezugang zu kunstbezogenen Sammlungen in Gedächtnisinstitutionen

Viele Institutionen, einschließlich wissenschaftliche Bibliotheken, Kunsthochschulen, Museen, Archive und Bildungszentren, unterhalten Sammlungen kunstbezogener Dokumentation, einschließlich Entwürfen und Studien, Manuskripten, Finanzaufzeichnungen, persönliche Fotografien und Buchsammlungen von Künstlern, Sammlern, Händlern und anderen.

Wenn sie nicht gerade beispielsweise durch Spendenvereinbarungen Nutzungsbeschränkungen unterworfen sind, stellen Gedächtnisinstitutionen diese Dokumentation normalerweise privaten Nutzern, Wissenschaftlern für Bildungszwecke und zum Fotokopieren zur Verfügung.

Vieles des wertvollen, oft einzigartigen und teilweise unveröffentlichten Studienmaterials mag urheberrechtlich geschützt sein – auch wenn es unter Umständen schwer sein kann, die jeweiligen Rechteinhaber zu ermitteln.

Der Onlinezugang durch die Digitalisierung dieser Kollektionen erweitert in großem Maße ihren Nutzwert für Wissenschaftler, Studierende, Künstler und die Öffentlichkeit. Außerdem trägt er dazu bei, die Information gegen Diebstahl, Naturkatastrophen und Verfall zu schützen. Gedächtnisinstitutionen und ihre Angestellten dürfen sich auf *Fair Use* berufen, wenn sie digitale Erhaltungskopien erstellen, urheberrechtlich geschütztes Material aus ihren Kollektionen digitalisieren und mit geeigneten Suchfunktionen online zugänglich machen, solange sie folgende Einschränkungen beachten:

- Materialien, die online zur Verfügung gestellt werden, sollten redaktionell bearbeitet werden, um die Privatsphäre und andere nicht-urheberrechtlich verankerten Interessen Dritter im Einklang mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Berufsausübung zu schützen.
- Besucher der Seiten sollten darüber informiert werden, dass die Materialien, auf die sie zugreifen, nur für persönliche beziehungsweise wissenschaftliche Zwecke zur Verfügung gestellt werden, und dass sie dafür verantwortlich sind, Urheberrechtslizenzen, die für ihre eigene Weiterverwendung der Materialien nötig sind, zu erwerben.
- Institutionen sollten diesen Nutzern eine gut sichtbare Anlaufstelle für weitere Informationen und Schriftverkehr zur Verfügung stellen und schnell auf Beschwerden, Berichtigungen und Fragen reagieren. Wenn herunterladbare Bilder online zur Verfügung gestellt werden, sollten sich Größe und Auflösung für eine Vollbildprojektion auf einem PC oder Mobilgerät eignen, im Allgemeinen aber nicht größer sein.
- Die zur Verfügung gestellten Materialien sollten die Originalquelle nennen, soweit dies in dem Gebiet üblich und möglich ist.
- Die einzelnen Artikel sollten mit allen angemessenen und real verfügbaren Metadaten versehen werden.

Peter Jaszi

Fair Use heute

Wenn man sich fragt, wie der Leitfaden angewendet werden soll, mögen einige Hintergrundinformationen über die *Fair-Use*-Doktrin im Zusammenhang mit dem US-Urheberrechtsgesetz und seinen Zielen hilfreich sein. Ziel des Urheberrechts ist es, die Weiterentwicklung von Wissen und Kultur zu fördern.¹

Sein bekanntestes Merkmal ist der Schutz von Eigentumsrechten. Gleichzeitig kann aber das Vervielfältigen, Zitieren, Rekontextualisieren und Wiederverwenden vorhandener Kulturgüter für die Schaffung und Verbreitung von Wissen und Kultur von entscheidender Bedeutung sein. Deshalb liegt dem Urheberrecht ein gesellschaftlicher Interessenausgleich zugrunde. Dieser Ausgleich manifestiert sich wie folgt:

Unsere Gesellschaft gibt den Schöpfern einige Ausschließlichkeitsrechte für urheberrechtlich geschützte Werke, um sie zur Schaffung von Kulturgütern zu animieren. Die Entschädigung, die die Schöpfer² für die Verwertung ihres Urheberrechts erhalten, ist ein wichtiger Anreiz. Sie ist jedoch kein Selbstzweck.

Die Gesellschaft beschränkt das Urheberrecht außerdem in vielerlei Hinsicht, sodass der Hauptbegünstigte des Urheberrechts – die Öffentlichkeit – von den Werken profitieren kann.

Ganz einfach ausgedrückt gilt das Urheberrecht nur für eine begrenzte Zeit. Danach werden die Werke gemeinfrei, sodass Alle sie nutzen können. Andere Schranken erlauben die Nutzung urheberrechtlich geschützter

¹ Dieser Aufsatz wurde als Annex A zusammen mit dem *Fair-Use*-Leitfaden veröffentlicht.

² Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

Werke ohne Erlaubnis oder Tantiemen an den Urheberrechtinhaber. Ohne diese Nutzungen würden künstlerische und wissenschaftliche Aktivitäten leiden und der Öffentlichkeit wichtige neue Werke – die, die auf vergangenen aufbauen – vorenthalten bleiben.

Wie Sektion 107 des US Urheberrechtsgesetzes von 1976 besagt: „Die angemessene Verwendung (*Fair Use*) eines urheberrechtlich geschützten Werkes [...] ist keine Urheberrechtsverletzung.“³

Die *Fair-Use*-Doktrin ist die wichtigste Einschränkung von Urheberrechtsmonopolrechten. Sie ist seit mehr als 170 Jahren Teil des US-Urheberrechts. Wo sie gilt, ist *Fair Use* ein Recht und kein bloßes Privileg. Weil das US-Urheberrechtsgesetz *Fair Use* nur vage umschreibt, kann sich die *Fair-Use*-Doktrin an neue Umstände anpassen; dass sie prozessual als Rechtfertigung herangezogen werden kann, sollte sich nicht auf diese Eigenschaft auswirken.

So ist beispielsweise die Meinungsfreiheit ein Recht, das als Verteidigung in Verleumdungsfällen erhalten kann. Anstatt einer festen Formel zu folgen, beurteilen Rechtsanwälte und Richter, ob eine bestimmte Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials „angemessen“ (*fair*) ist. Dabei folgen sie einer „gerechten Vernunftregel“ („equitable rule of reason“).

Das beinhaltet die Berücksichtigung aller Fakten und Umstände, um zu entscheiden, ob ein unlizenzierter Gebrauch urheberrechtlich geschützten Materials soziale oder kulturelle Vorteile mit sich bringt, die die finanziellen Nachteile für den Urheberrechtinhaber überwiegen.

Gerichtsentscheidungen über *Fair Use* geben Anwälten wichtige Anhaltspunkte für die Auslegung der Doktrin an die Hand. Im Jahre 1976 schrieb der Kongress die ehrwürdige, auf Richterrecht beruhende Regel in Sektion 107 nieder und kodifizierte damit die bekannten „vier Faktoren“.⁴

³ Sektion 107. Einschränkung von Ausschließlichkeitsrechten: Angemessene Verwendung (*Fair Use*)s. Hierzu O’Hanian in diesem Band.

⁴ Beachten Sie, dass die Aufzählung nicht erschöpfend ist, obwohl die Faktoren oft als die vier Grundpfeiler der *Fair-Use*-Analyse angesehen werden, das heißt: Gerichte können von Zeit zu Zeit andere Gesichtspunkte wie zum Beispiel das „öffentliche Interesse“ berücksichtigen, um die betreffende Verwendung abzunicken. Dies kann für Nutzer des Bildungswesens und Vertretern von Gedächtnisinstitutionen relevant sein, da ihren Aufgaben großer gesellschaftlicher Nutzen zukommt.

Er nahm auch eine Eingangsformel auf, in der er Beispiele von Verwendungen aufzählte, die als *Fair Use* angesehen werden können. Besonders beachtenswert ist, dass einige von diesen (wie „Kritik, Kommentare, Lehre, Wissenschaft, [und] Forschung“) Kernaktivitäten vieler der in der Kunstszene tätigen Fachleute sind.

Es folgte ein Jahrzehnt von hauptsächlich vorsichtigen und sogar konservativen Gerichtsentscheidungen, die den eigentlichen Nutzen der Doktrin für diejenigen, die Kulturgüter produzieren und kommentieren, regelrecht untergrub.

Anfang der Neunzigerjahre nahm die Rechtsprechung jedoch eine dramatische Wendung: Bis 2002, als der Oberste Gerichtshof der USA die starke Verknüpfung zwischen *Fair Use* und der im „First Amendment“ enthaltenen Meinungsfreiheit in „*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186“ bekräftigte, hatte sich die Rechtsdogmatik bereits dramatisch verändert. In der Zwischenzeit hatten die Gerichte darauf hingewiesen, dass eine gemeinhin essenzielle Überlegung bei der Bewertung der *Fair-Use*-Faktoren sei, ob die Verwendung als „umgestaltend“ (*transformative*) angesehen werden könne, ob sie etwas „Neues, mit einem weiteren Zweck bzw. unterschiedlichem Charakter“ hinzufüge, wie das Oberste US-Gericht in der Entscheidung „*Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994)“ statuierte.

Seitdem haben die Entscheidungen die Ansicht bestärkt, dass eine Verwendung nicht – wie es sonst regelmäßig der Fall ist – einer wortwörtlichen Veränderung oder Überarbeitung des Originals bedarf, um als „umgestaltend“ angesehen zu werden, sondern es wesentlich ist, dass das Material in einen neuen Kontext gesetzt wird, in dem es eine neue Funktion erfüllt. Somit könnte die Reproduktion eines Bildes genauso wie die Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials in neuer Kunst dazu zählen, um die Argumente eines wissenschaftlichen Artikels zu untermauern.

Wo eine Verwendung umgestaltend wirkt, wird der erste gesetzlich vorgeschriebene Faktor (nach Zweck und Eigenart zu schauen) stark für *Fair Use* sprechen, selbst wenn die neue Verwendung „kommerzieller“ Natur ist.

Der zweite Faktor (der sich auf die Art des Werkes bezieht) tendiert auch dazu, umgestaltende Verwendungen zu bevorzugen. Dieser Faktor ist dazu da, gewisse einfallsreiche Werke mit einem besonderen Schutz gegen

unlautere Verwertung zu versehen. Jedoch verfehlt dieses Anliegen seine Wirkung, wenn sie für andere Zwecke verwendet werden.

Was den dritten Faktor betrifft, werden Gerichte die Angemessenheit der genutzten Menge des urheberrechtlich geschützten Materials an dem umgestaltenden Zweck dieser Nutzung messen.

Wo bildliche Darstellungen betroffen sind, wird oft die Verwendung eines ganzen Bildes darunter fallen, wie in „Nunez v. Caribbean Int'l News Corp., 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000)“ entschieden wurde.

Ganz besonders wichtig: Eine umgestaltende Verwendung wird unter dem vierten Faktor, der sich auf den kommerziellen Schaden des Urheberrechtinhabers bezieht, wohl eher zugunsten von *Fair Use* ausgelegt werden, weil eine immer größer werdende Menge von Gerichten entschieden hat, das Urheberrechtinhaber nicht dazu befugt sind, die Sekundärmärkte für ihre umgestalteten Werke zu kontrollieren, wie beispielsweise in „Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006)“ entschieden wurde. Dieser Fall betraf eine Grafik, die eine historische Erzählung wiedergab.

Die unlicenzierte Verwendung von Vorschaubildern (sogenannten „thumbnails“) in Internetsuchmaschinen wurde auf dieser Basis als *Fair Use* eingestuft. Ein Beispiel hierfür ist der Fall „Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)“.

Andererseits schützt der Umgestaltungstest auch die Rechteinhaber gegen das Eindringen in kommerziell signifikante oder potenzielle Märkte, die ihnen zur Verwertung zustehen.

Wenn eine Verwendung nur eine autorisierte Nutzung im Kernmarkt des Urheberrechtinhabers substituiert – zum Beispiel das Bild einer ausgewählten Statue, die aufgrund ihrer ansprechenden Ästhetik auf einer Briefmarke verwendet wird, wie in „Gaylord v. United States, 595 F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010)“ – ist es weniger wahrscheinlich, dass dies als *Fair Use* eingestuft wird.

Wo eine Verwendung nicht als umgestaltend eingestuft wird, ist es wahrscheinlich, dass der kommerzielle Schadenstest des vierten Faktors eine gewichtigere Rolle in der Auswertung spielt.

So wird beispielsweise das Versäumnis eines Lehrbuchautoren, die Lizenzen für die Zusammenfassung des beruflichen Werdeganges verschie-

dener Künstler, die er von einer proprietären Website übernommen hat, zu erwerben, gegen eine Einordnung als *Fair Use* sprechen.

Andererseits kann die Vervielfältigung eines verwaisten Werkes, das nicht aktiv verwertet wird, aus demselben Grund als *Fair Use* gelten.

Wie zu erwarten ist, wurden diese Entwicklungen im Fallrecht von manchen infrage gestellt, die den Umgestaltungstest als zu subjektiv kritisierten, zu weitgehend im Ergebnis (was die Interessen der Urheberrechtinhaber angeht) und gewissermaßen ein Widerspruch dazu, das gemäß Sektion 106 Abs. 2 des US- Urheberrechtsgesetzes das ausschließliche Recht, abgeleitete Werke anzufertigen, dem Rechteinhaber zukommt.

Nur die Zeit wird zeigen, wie gerechtfertigt diese Einwände sind. Was den letzten angeht sollte hervorgehoben werden, dass all die Ausschließlichkeitsrechte, die Sektion 106 gewährt, eingeschränkt sind. Es ist deshalb nicht klar, warum das Abgeleitete-Werk-Recht weniger unter die *Fair-Use*-Doktrin fallen können soll als das Recht zur Vervielfältigung, Verbreitung oder Aufführung.

Sicherlich bleibt es streitig, inwieweit *Fair Use* auf sogenannte Aneignungskunst („Appropriation Art“) Anwendung findet, deren Fallrecht lange in dem Problembericht thematisiert wurde, der diesem Leitfaden zugrunde liegt. Die besondere Anwendung des Umgestaltungstests in „*Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013)“, bei dem es um neue Kunstwerke ging, die der Beklagte durch das Übermalen von Fotografien anfertigte, die aus dem Buch des Klägers stammten, scheidet immer noch die Geister.

Der vorliegende Leitfaden schlägt in diesem Praxisbereich der bildenden Kunst genau wie in den anderen Bereichen eine ausgeglichene Herangehensweise für die Anwendung von *Fair Use* vor.

Im Allgemeinen hat es nie eine stärkere gerichtliche Übereinstimmung über das Wesen der *Fair-Use*-Doktrin gegeben als heute. Während sie *Fair-Use*-Entscheidungen treffen, wie sie der Kunstszene tagtäglich begegnen, konzentrieren sie sich faktisch auf zwei Schlüsselfragen:

- Hat die Verwendung das urheberrechtlich geschützte Material „umgestaltet“, indem es für einen Zweck gebraucht wurde, der signifikant anders ist als der Ursprüngliche, oder stellt es für den Verbraucher nur ein Substitut für das Original dar?

- Waren die Menge und die Art des Materials, das verwendet wurde, angemessen, wenn man das Wesen des urheberrechtlich geschützten Werkes und dessen Verwendung berücksichtigt?

Diese beiden Fragen kompensieren praktisch die vier Faktoren. Die erste Frage enthält die ersten zwei Faktoren – den Zweck der Verwendung und die Art des verwendeten Werkes.

So würde beispielsweise die Tatsache, dass es sich um ein unveröffentlichtes Werk handelt, gegen die *Fair-Use*-Doktrin sprechen, wenn ein privater Brief eines verstorbenen Künstlers für entgeltlose Effekthascherei genutzt würde. Aber es wäre ohne Auswirkung, wenn er für einen wissenschaftlichen und somit umgestaltenden Zweck genutzt würde.

Die dritte Frage formuliert den dritten Faktor um, der auf die Quantität und Qualität des verwendeten Materials schaut.

Beide Schlüsselfragen berühren den vierten Faktor, der auf den kommerziellen Schaden gerichtet ist, den die Verwendung auf dem relevanten Markt des Urheberrechtinhabers auslösen würde.

Das liegt daran, dass Gerichte klargestellt haben, dass es der Substitutionsschaden ist, der bei der Anwendung des vierten Faktors zählt. Das heißt, dass ein solcher Schaden entstehen könnte, wenn Künstler Bs Parodien von Künstler As Werken die Käufe von Künstler As Werken in den Hintergrund drängen, nicht jedoch, wenn im Ergebnis Künstler As Werke an Beliebtheit oder Verkäuflichkeit einbüßen würden.

Mit anderen Worten: Wenn die Antwort auf diese Fragen eindeutig positiv ausfällt, ist es wahrscheinlich, dass die Gerichte *Fair Use* bejahen werden, selbst wenn ein Werk als Ganzes genutzt wird. Wo dies der Fall ist, sollte ein Rechteinhaber auch einsehen, dass es sich nicht lohnt, gegen die Verwendung vorzugehen.

Gerichtsentscheidungen zeigen auch, dass es hilfreich für das *Fair-Use*-Argument ist, wenn der Nutzer die neue Funktion, Zweck oder Kontext der Verwendung erklären kann.

Das Fallrecht legt ferner nahe: Je schlüssiger die Begründung des Verwendens, wie und warum es angemessen war, das urheberrechtlich geschützte Werk zu verwenden, desto leichter ist es für die Richter zu verstehen, ob und warum die Verwendung als „umgestaltend“ anzusehen ist.

Die Flexibilität der *Fair-Use*-Doktrin kann dazu führen, dass Nutzer sich klarere Regeln oder Trennlinien wünschen. Aber gerade die Flexibilität der *Fair-Use*-Doktrin ist ihre Stärke.

Gerichte haben betont, dass die *Fair-Use*-Bewertung fakten- und situationsspezifisch ist. In den meisten Fällen ist sie jedoch auch recht vorhersehbar. Sie kann allerdings noch vorhersehbarer gemacht werden: Selbst ohne Fallrecht, das sich mit einer spezifischen Verwendung befasst, können Richter und Anwälte Erwartungen und Praxis berücksichtigen – beispielsweise, ob der Verwender vernünftig und gutgläubig in einem bestimmten Feld im Lichte der Standards der üblichen Praxis gehandelt hat.

Ein Weg, um ein besseres Verständnis dafür zu schaffen, was unter *Fair-Use* erlaubt ist, ist daher, die fundierten Ansichten und Best Practice-Lösungen einer Fachgemeinschaft zu dokumentieren.

Zu guter Letzt sollte erwähnt werden, dass Rechtsexperten uneinig darüber sind, inwieweit die Gutgläubigkeit des Verwenders seine *Fair-Use*-Rechtfertigung untermauern kann – obwohl sie natürlich nicht schaden kann. Nichtsdestotrotz glaubten die Mitglieder der Kunstszene, die sich trafen, um den Konsens zu entwickeln, an ihre Relevanz. Somit spiegelt der Leitfaden einige weitläufig und stark verbreitete Gemeinschaftswerte, wie insbesondere die Bedeutung der Benennung der ursprünglichen Quelle sowie der Schutz nicht-urheberrechtlich verankerter Interessen wie Privatsphäre und kultureller Sensibilitäten (insbesondere die von Ureinwohnern), die nicht an die Sprache des US-Urheberrechtsakts gebunden sind.

AUTORINNEN UND AUTOREN

PROF. DR. GABRIELE BEGER

ist Bibliothekarin und Juristin. Sie leitet seit 2005 die Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg und lehrt Medienrecht an der Universität Hamburg und der Humboldt-Universität zu Berlin. Ehrenamtlich vertritt sie unter anderem den Deutschen Bibliotheksverband in der Kommission Bibliothekstantieme der KMK, ist Vorsitzende des Fachausschusses Urheberrecht des Deutschen Kulturrates und Mitglied im Fachausschuss Kultur, UNESCO Deutschland. Sie publiziert vorrangig zu urheberrechtlichen Themen.

PROF. DR. THOMAS DREIER

ist Direktor des Zentrums für Angewandte Rechtswissenschaft des Karlsruher Instituts für Technologie (KIT), Honorarprofessor an der Universität Freiburg und Senior Fellow des Bonner Käte-Hamburger-Kollegs „Recht als Kultur“. Dreier ist Vorsitzender des Fachausschusses „Urheberrecht“ der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR).

PROF. DR. KATHARINA DE LA DURANTAYE LL.M.

lehrt seit 2010 als Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, insbesondere Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Humboldt-Universität zu Berlin. Sie gilt als Expertin für Urheberrecht. Katharina de la Durantaye hat Kunstgeschichte, Psychologie und Soziologie an der Università degli Studi di Bologna, Italien, sowie Rechtswissenschaft, Neuere deutsche Literatur, Kulturwissenschaft und Volkswirtschaftslehre an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Humboldt-Universität zu Berlin studiert. Nach der

Promotion in Rechtswissenschaft 2003 (ausgezeichnet als Juristisches Buch des Jahres 2005) hat sie einen Master of Laws an der Yale Law School erworben. Sie hat als Hochschullehrerin an der Boston University School of Law, Columbia Law School und St. John's University School of Law in den USA gelehrt. Seit 2010 ist sie Juniorprofessorin an der Humboldt-Universität zu Berlin.

VERONIKA FISCHER

ist Rechtsanwältin in Karlsruhe, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Angewandte Rechtswissenschaft, Karlsruher Institut für Technologie (KIT), und Geschäftsführerin der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e. V. (DGRI).

HUNTER O'HANIAN

ist seit 2016 geschäftsführender Direktor der College Art Association (CAA), eine der weltweit größten gemeinnützigen Verbände für Kunstgeschichte. Zuvor war er seit 2012 Leiter des Leslie-Lohman-Museums für Schule und Lesbische Kunst in New York. Zuvor war er am Massachusetts College of Art and Design in Boston tätig. Er ist Autor zahlreicher Bücher und zu schwuler und lesbischer Kunst.

DR. ANDREA HÄNGER

ist seit dem Jahr 2000 im Bundesarchiv tätig. Ihr mit der Promotion abgeschlossenes Studium der Geschichte, Politikwissenschaften und Germanistik hatte Frau Hänger in Freiburg, Göttingen und Grenoble absolviert. Vor dem Referendariat beim Bundesarchiv (2000-2002) war sie als Projektmitarbeiterin am Haus der Geschichte der Bundesrepublik in Bonn und an der Universität Freiburg tätig. Im Jahr 2011 übernahm sie die Leitung des Referats für archivfachliche Grundsatzeangelegenheiten mit einer speziellen Zuständigkeit, unter anderem für Archivrecht und Internationale Beziehungen. Dr. Andrea Hänger folgt im Amt der Vizepäsidentin des Bundesarchivs auf Prof. Dr. Angelika Menne-Haritz, die Ende Juli 2014 in den Ruhestand eingetreten ist.

OLIVER HINTE

ist Geschäftsführer der Fachbibliothek Rechtswissenschaft an der Universität Köln. Er ist einer der Sprecher des Aktionsbündnisses Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft und juristischer Berater des Verbands der Bibliotheken des Landes NRW.

PROF. PETER JASZI

ist ein bekannter US-amerikanischer Urheberrechtsexperte und zusammen mit Patricia Aufderheide Autor des Buches „Reclaiming Fair Use“, welches die Bedeutung von *Fair Use* für Forschung und Lehre, Kunst und die freie Meinungsäußerung untersucht. Er hat seinen Abschluss 1971 an der Harvard Law School gemacht und ist Professor am Washington College of Law der American University. Dort unterrichtet er US-amerikanisches und internationales Urheberrecht. Außerdem ist er Direktor der Glushko-Samuelson Intellectual Property Law Clinic.

Jaszi war 1995 an der Gründung der „Digital Future Coalition“ beteiligt, welche die Interessen von Bibliotheken und anderen öffentlichen Institutionen und Gruppen in Urheberrechtsfragen vertrat. Politisch aktiv wurde er auch als Experte vor dem US-Senat, wo er gegen die Annahme des Sonny Bono Copyright Term Extension Act argumentierte.

DR. PAUL KLIMPEL

studierte Jura in Bonn und München und Philosophie, Psychologie und Sozialwissenschaften an der Jesuitischen Hochschule für Philosophie. Er absolvierte ein Referendariat in Berlin, seine Dissertation an der Humboldt-Universität zu Berlin. 2002 kam er zur Stiftung Deutsche Kinemathek, deren Verwaltungsdirektor er von 2006 bis 2011 war. Er wirkte in zahlreichen nationalen und internationalen Gremien mit und war Geschäftsführer des Netzwerks Mediatheken. Er leitet die Konferenzreihe „Zugang gestalten! Mehr Verantwortung für das kulturellen Erbe“. Seit 2012 ist er Partner in der Rechtsanwaltskanzlei iRights.Law. 2013 leitete er eine interdisziplinäre Expertengruppe, die den „Berliner Appell zum Erhalt des digitalen Kulturerbes“ formulierte. 2015 initiierte er die „Hamburger Note zur Digitalisierung des kulturellen Erbes“. Er lehrt an verschiedenen Hochschulen und Institutionen.

SYLVIA JACOB

geboren 1982 in Eckernförde. Sie studierte Rechtswissenschaften an der University of Abertay Dundee, Schottland, Referendariat in Glasgow. Seit 2012 ist sie Wissenschaftliche Mitarbeiterin Institut für Rechtsinformatik der Universität Hannover.

PROF. DR. MARTIN KRETSCHMER

ist Professor für Immaterialgüterrecht an der Universität Glasgow und Leiter des CREATE Centre (School of Law). Zudem gehört er der European Copyright Society, einem Verband europäischer Urheberrechtswissenschaftler, an.

DR. ELISABETH NIGGEMANN

ist seit 1999 Generaldirektorin der Deutschen Nationalbibliothek (DNB) mit Standorten in Leipzig und Frankfurt am Main. Darüber hinaus arbeitet sie in den folgenden Gremien mit: Conference of Directors of National Libraries (CDNL), Conference of European National Librarians (CENL); sie ist Vorsitzende der Europeana Foundation: Vorsitzende der International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA): Standing Committee (Section 01 National Libraries). In der Kulturstiftung der Länder ist sie Mitglied im Kuratorium, im Online Computer Library Center (OCLC) ist sie Mitglied im Board of Trustees, in der Stiftung Buchkunst Mitglied im Vorstand, in der Stiftung Preußischer Kulturbesitz sowie in der Stiftung Zentral- und Landesbibliothek Berlin (ZLB) Mitglied im Beirat. Ferner ist Sie Mitglied des Advisory Board im International Journal of Libraries and Information Services (Libri) und Mitherausgeberin der Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie (ZfBB).

DR. DIETMAR PRESSLER

ist ein deutscher Historiker und seit 2002 erster Sammlungsdirektor der Stiftung Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Aufgrund seiner Erfahrungen in musealen dokumentationstheoretischen und urheberrechtlichen Fragen war er Mitglied in entsprechenden wissenschaftlichen Beiräten, unter anderem 2004 bis 2009 von „nestor I+II – Kompetenznetzwerk Langzeitarchivierung“.

JULIA REDA

ist eine deutsche Politikerin der Piratenpartei und war von 2013 bis 2015 die Vorsitzende der Young Pirates of Europe. Seit 2014 ist sie Mitglied des Europäischen Parlaments. Sie schloss sich der Fraktion Die Grünen/Europäische Freie Allianz im Europäischen Parlament an, zu deren stellvertretenden Vorsitzenden sie gewählt wurde. Sie ist Mitglied im Rechtsausschuss, der sie Anfang 2014 zur Berichterstatlerin für die Evaluation der Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie von 2001 (InfoSoc-Richtlinie) ernannte. Außerdem ist sie stellvertretendes Mitglied im Petitionsausschuss und im Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz.

HENRY STEINHAU

arbeitet als freier Medienkulturjournalist und Autor in Berlin und als Redakteur bei iRights.info. Daneben ist er als Vortragsreferent und Livemoderator sowie als Lehrbeauftragter tätig.

PROF. DR. ERIC STEINHAUER

ist Verwaltungsdirektor der Fernuniversität in Hagen und Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin. Prof. Dr. Eric W. Steinhauer hat Rechtswissenschaft, katholische Theologie, Philosophie, Politik- und Erziehungswissenschaft in Münster und Hagen studiert. Er promovierte zum Dr. jur. in Münster. Nach dem Bibliotheksreferendariat in Freiburg/Breisgau und München war er wissenschaftlicher Bibliothekar in Ilmenau, Magdeburg und arbeitet in dieser Position derzeit in Hagen. Seit 2014 ist er Honorarprofessor am Institut für Bibliotheks- und Informationswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin. Seine Arbeitsschwerpunkte sind Bibliotheks- und Urheberrecht, digitales kulturelles Gedächtnis und Kulturwissenschaft der Bibliothek.

JOHN HENDRIK WEITZMANN

ist Referent für Politik und Recht bei Wikimedia Deutschland e. V. in Berlin und Rechtsanwalt mit Arbeitsschwerpunkt Immaterialgüterrecht. Er befasst sich als Autor mit Rechtsfragen der digitalen Welt und ist seit 2007 als ehrenamtliches Legal Project Lead des deutschen Creative-Commons-Projekts tätig.