

Julia Reda

Kulturelles Erbe befreien: zur Notwendigkeit
einer europäischen Lösung

aus:

Mit gutem Recht erinnern

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

Herausgegeben von Paul Klimpel

S. 37 – 49

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>

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

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)