#### Paul Klimpel

# Europarechtswidrige Vergütungspflicht? Is payment obligation conflicting with European law?

Dieser Text ist freigegeben unter der Creative Commons Lizenz Namensnennung (CC-BY 4.0), https:// creativecommons.org /licenses/by/4.0/ legalcode.de

# Kurze Einschätzung des Regierungsentwurfes zur Umsetzung der DSM-Richtlinie zu nicht verfügbaren Werken

Brief assessment of Germany's legislative proposal for transposing the European Directive on Copyright in the Digital Single Market at national level with regard to out-of-commerce works

https://doi.org/10.1515/bd-2020-0106

Zusammenfassung: Kulturinstitutionen müssen zahlreiche rechtliche Hindernisse überwinden, um kulturelles Erbe Online zu präsentieren. Das Urheberrecht erweist sich häufig als ein kaum lösbares Problem, insbesondere bei Zeugnissen sozialer Bewegungen wie der Frauenbewegung oder der Friedensbewegung, die niemals kommerziell vermarktet wurden. Die Klärung des urheberrechtlichen Stauts jedes einzelnen Objekts ist bei Massendigitalisierung kaum möglich. Die DSM-Richtline der EU wird die Situation verbessern, wobei einiges von den Details der Umsetzung abhängt. Dies gilt insbesondere für die Rolle der Verwertungsgesellschaften.

Schlüsselwörter: Kulturelles Erbe, Rechteklärung, vergriffene Werke

**Abstract:** The Directive on Copyright in the Digital Single Market (DSM) permits public institutions to make out-of-commerce works available online. This is an important step forward in the digitisation of cultural heritage. While the European Directive assumes the display is free of charge as long as there is no representing collecting society involved, the government proposal provides for payment obligations, thereby ignoring the character of these works as artefacts of everyday culture, and contradicting the original intentions of the Directive.

**Keywords:** Out-of-commerce works, orphan works, DSM Directive, collecting society, everyday culture, payment obligation

#### A. Teaser

Die Bundesregierung unter Federführung des BMJV hat einen Diskussionsentwurf zur Umsetzung der DSM-Richtlinie vorgelegt¹, der sich um einen Ausgleich unterschiedlicher Interessen bemüht, was angesichts der teils widersprüchlichen Vorgaben der Richtlinie wie auch der Protokollnotiz der Bundesregierung ein schwieriges Unterfangen ist. Ohne alle Regelungen im Einzelnen bewerten zu wollen, verdient dieses Bemühen großen Respekt.

In einem Teilbereich bleibt der Entwurf jedoch nicht nur hinter den Möglichkeiten der Richtlinie zurück, sondern steht zu ihr im Widerspruch. Es geht um
nicht verfügbare Werke, die von Kulturinstitutionen nach einem bestimmten Verfahren online zugänglich gemacht werden sollen. Während die Richtlinie davon
ausgeht, dass dies unentgeltlich geschehen soll, sofern es für die entsprechenden
Werke keine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt, sieht der Regierungsentwurf hier eine Vergütungspflicht vor. Er verkennt dabei den Charakter zahlreicher Zeugnisse der Alltagskultur, für die es keine repräsentativen Verwertungsgesellschaften gibt.

# B. Struktur und Lösungsansatz des Art. 8 der DSM-Richtlinie

Die Richtlinie adressiert in Art. 8 das Problem, dass sich in öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Archiven, Museen sowie im Bereich des Film- und Tonerbes tätigen Einrichtungen (Art. 2 Abs. 3 DSM Richtlinie) zahlreiche urheberrechtliche geschützte Zeugnisse befinden, die nicht (mehr) kommerziell verwertet werden oder dies auch nie wurden, und bei denen eine Klärung des genauen Rechtsstatus nicht oder nur mit sehr großem Aufwand möglich ist. Da viele dieser Zeugnisse gleichwohl kulturell wichtig sind, besteht das Bedürfnis, sie durch Archive, Museen und Bibliotheken zugänglich machen zu können.

Ganz generell sorgt die Richtlinie dafür, dass Urheber und Rechteinhaber jederzeit einer Nutzung widersprechen können – und zwar sowohl vor einer Zugänglichmachung, abgesichert durch die Pflicht, eine solche im Vorfeld anzukündigen, als auch später noch. Durch dieses Verfahren wird sichergestellt,

<sup>1</sup> https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\_II\_Anpas sung%20Urheberrecht\_digitaler\_Binnenmarkt.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=2 [Zugriff: 28.09. 2020].

dass Urheber oder Rechteinhaber keine Nutzungen dulden müssen, die sie nicht wollen.

Sodann aber unterscheidet die Richtlinie zwei Gruppen von nicht zugänglichen Werken. Zum einen in die, für die es eine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt in Art. 8 Abs. 1 DSM-Richtlinie und zum anderen solche, bei welchen das nicht der Fall ist in Art. 8 Abs. 2 und 3 DSM-Richtlinie. Während für die erste Gruppe ein Lizenzierungsmechanismus über Verwertungsgesellschaften vorgesehen ist, soll bei Werken, für die keine repräsentative Verwertungsgesellschaft besteht, eine unentgeltliche Nutzung durch Kulturinstitutionen erlaubt sein.

Die "vergriffenen Werke" berühren gleich drei Grundprobleme des Urheberrechts.

#### I. Schutzfristen länger als Auswertung

Eins der Probleme ergibt sich aus den insgesamt sehr langen Schutzfristen, die in der Regel länger sind als die Zeit, in der Werke kommerziell verwertet werden. Mit zunehmendem Alter lohnt sich bei vielen Werken ein kommerzieller Vertrieb nicht mehr, zumal auch dieser mit Kosten verbunden ist. Bei Büchern beispielsweise gibt es nur wenige "Longseller", die sich lange Zeit nach ihrem Erscheinen noch gut verkaufen. Die meisten Publikationen dagegen werden bereits nach wenigen Jahren aus dem Sortiment genommen und makuliert. Auch bei Filmen und anderen Produkten professioneller Kulturproduktion gilt in der Regel, dass bei diesen nach einer "Auswertungskaskade" (Kinoauswertung, Video- bzw. DVD-Auswertung, Fernsehauswertung) der gewinnorientierte Vertrieb endet. Die Digitalisierung hat zwar zu einer Reduzierung der Vertriebskosten geführt und damit in einigen Fällen eine längere Verwertung lukrativ gemacht (long tail). Doch auch der digitale Vertrieb und insbesondere die Digitalisierung ist mit Kosten verbunden, die sich häufig aus kommerzieller Perspektive heraus nicht lohnen.

Ist der kommerzielle Vertrieb von Werken beendet, verhindert der weiterbestehende urheberrechtliche Schutz gleichwohl, dass diese Werke zugänglich gemacht werden können. Für solche, im engen Wortsinn "vergriffenen" Werke, schafft die Richtlinie Abhilfe über ein vereinfachtes Lizenzierungsverfahren über Verwertungsgesellschaften. Für Werke der professionellen Kulturproduktion gibt es in der Regel repräsentative Verwertungsgesellschaften, für andere jedoch nicht.

#### II. "Unbewusster" Urheberrechtsschutz

Das zweite Grundproblem besteht darin, dass die Schwelle des urheberrechtlichen Schutzes (inzwischen) sehr niedrig ist. Das Konzept der "kleinen Münze" und weitreichende Leistungsschutzrechte wie z.B. der Lichtbildschutz sorgen dafür, dass vieles urheberrechtlich geschützt ist, bei dem sich – anders als bei einem Roman oder Gemälde – niemand dieses urheberrechtlichen Schutzes bewusst war und ist.

Wenn beispielsweise ein Lehrer ein Tafelbild aufwändig gestaltet, dann kann dies Werkcharakter haben, auch wenn der Lehrer es nach der Stunde wieder wegwischt und sich dieses Schutzes gar nicht bewusst ist. Wenn weiter ein Schüler dieses Tafelbild mit seinem Handy fotografiert, weil er sich das Abschreiben ersparen möchte, dann kommt durch dieses Foto eine weitere urheberrechtliche Schutzschicht hinzu, nämlich (mindestens) die des Lichtbildschutzes. An dem Foto des Tafelbilds hat der Lehrer als Urheber und der Schüler als Lichtbildner Rechte, ohne dass es wahrscheinlich ist, dass sich auch nur einer der beiden dieses Schutzes bewusst ist oder ihn gar möchte.

Gleiches gilt auch bei zahlreichen Zeugnissen, die sich in Archiven und Museen befinden – und dies umso mehr, als vor der Digitalisierung das Urheberrecht ein juristisches Spezialgebiet für die professionell an der kommerziellen Kulturproduktion Beteiligten war, z.B. Verlagen, Plattenlabel oder Autoren. Wer dagegen in einer politischen Aktivistengruppe zusammen mit Gleichgesinnten ein Flugblatt verfasst hat, der hat sich über urheberrechtliche Fragen wohl kaum je den Kopf zerbrochen. Teilweise wurde in diesen von kollektivistischem Denken bestimmten Gruppen die Idee eines individuellen Urheberrechts sogar explizit abgelehnt. Es gibt viele urheberrechtlich geschützte Inhalte, bei denen sich nie jemand dieses Schutzes bewusst war, bei dem auch nie eine (kommerzielle) Verwertung im Raum stand. Solche Zeugnisse befinden sich in nahezu allen Kultureinrichtungen, besonders jedoch in den Archiven der sozialen Bewegungen wie der Studenten-, Umwelt-, Frauen-, Schwulen- oder Friedensbewegung.

Dort gibt es auch eine große Masse an Zeugnissen, die sich an der Grenze des nach dem Prinzip der "kleinen Münze" gerade noch Geschützten befinden. Diese Grenze ist ohnehin oft schwer zu ziehen und immer eine Einzelfallbetrachtung. So wird man beispielsweise bei einem schematischen Protokoll, dass lediglich den Ablauf einer Sitzung wiedergibt, nicht von einem Werkcharakter ausgehen können. Enthält dies Protokoll dagegen längere, bewertende, besonders formu-

<sup>2</sup> Vgl. Dreier/Schulze – Schulze, § 2 Rn 85, Loewenheim: Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht, GRUR 1987, S. 761.

lierte Textpassagen, wird man die notwendige Schöpfungshöhe bejahen müssen. Gleichwohl ist unwahrscheinlich, dass irgendein Beteiligter ein Bewusstsein für diesen Schutz hatte.

Schön lässt sich das Beispiel eines unbewussten und ungewollten urheberrechtlichen Schutzes auch am Beispiel eines "offenen Briefes" erläutern, den eine gesellschaftliche Gruppe – vielleicht sogar nur unter einer Kollektivbezeichnung – in den 1970er Jahren veröffentlicht hat. Obwohl dies in der Absicht geschah, möglichst eine große Reichweite zu erlangen, wäre es unzulässig, diesen offenen Brief heute online zu stellen, da dafür keine ausreichenden Nutzungsrechte vorliegen. (Auch § 1371 UrhG hilft hier nicht weiter, da es in solchen Fällen in der Regel überhaupt keine ausdrücklichen Rechteübertragungen gegeben hat.)

Doch bei solchen Dokumenten passen die am Schutz der Verwertungsinteressen von professionellen Autoren und Künstlern dienenden urheberrechtlichen Vorschriften nicht. Und rein quantitativ wird dies die überwiegende Mehrzahl der urheberrechtlich geschützten Inhalte sein – man denke nur beispielhaft an die jeden Tag millionenfach gemachten Fotos.

Auch und gerade solche Werke sind jedoch von dem weiten Verständnis der "vergriffenen Werke" in Art. 8 DSM-Richtlinie erfasst. Erwägungsgrund 37 nennt beispielhaft "Plakate, Faltblätter, Schützengrabenzeitungen oder von Laien geschaffene audiovisuelle Werke, aber auch unveröffentlichte Werke oder sonstige Schutzgegenstände".

Für diese zweite Gruppe urheberrechtlich geschützter Inhalte gibt es keine repräsentativen Verwertungsgesellschaften. Zwar ist der Begriff der "repräsentativen Verwertungsgesellschaft" auslegungsbedürftig. Doch für solche Werke, für die sich Urheber typischerweise nicht in einer Verwertungsgesellschaft organisieren, wird man eine Verwertungsgesellschaft – unabhängig von deren Zuständigkeit für bestimmte "Werkarten" im urheberrechtlichen Sinn des § 2 Abs. 1 UrhG – nicht als repräsentativ erachten. Und sofern es keine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt, sieht die DSM-Richtlinie vor, dass sie unentgeltlich genutzt werden dürfen (wobei dem Urheber oder Rechteinhaber auch hier die Möglichkeit verbleibt, der Nutzung zu widersprechen, so dass insoweit seine Interessen gewahrt bleiben).

#### III. Verwaiste Werke

Quasi nebenbei wird durch diese Regelung auch das Problem der "verwaisten Werke" gelöst. Verwaiste Werke sind urheberrechtlich geschützte Werke, deren Rechteinhaber nicht bekannt oder nicht lokalisierbar sind. Gerade bei älteren Beständen in Archiven, Museen und Bibliotheken sind verwaiste Werke ein häufiges Phänomen.

Art. 8 Abs. 2 Buchstabe a) DSM-Richtlinie verzichtet auf die Nennung des Urhebers oder Rechteinhabers "in Fällen, in denen sich das als unmöglich erweist; [...]". Dieser Verzicht auf Nennung verdeutlicht, dass die Zugänglichmachung von verwaisten Werken ebenfalls ermöglicht werden soll.

Bereits eine 2012 verabschiedete Richtlinie<sup>3</sup>, die in Deutschland in den §§ 61 ff. UrhG umgesetzt wurde, hatte sich dieses Problems angenommen. Sie blieb in der Praxis aber nahezu wirkungslos.<sup>4</sup> Zu hoch waren die Anforderungen an die Museen und Archive. Die gesetzlich geforderte "sorgfältige Suche" war so kosten- und personalintensiv, dass sie bei Massendigitalisierung nicht zu leisten war. Hinzu kam das Risiko der Institutionen, dass sich diese Investitionen nicht nur als vergeblich erweisen können, wenn ein später auftauchender Rechteinhaber der Nutzung widerspricht, sondern dass sie sogar § 61b UrhG für erfolgte Nutzungen zahlen mussten. Dieses Risiko war und ist den meist finanziell klammen Institutionen zu groß.

Doch die parallel zu den Reglungen zu den verwaisten Werken eingeführten Regelungen der §§ 51 und 52 VGG zu "vergriffenen Werken" hatte gezeigt, dass eine Lizenzierung durch Verwertungsgesellschaften gegen eine niedrige Pauschale ein sinnvollerer Lösungsansatz war. Zwar lässt sich begrifflich zwischen verwaisten und vergriffenen Werken unterscheiden, beide Gruppen weisen jedoch eine große Schnittmenge auf und Bücher, die "verwaist" sind, sind in der Regel auch vergriffen. Für die Gedächtnisinstitutionen war es sinnvoller, sich des Lizenzierungsservices der DNB<sup>5</sup> zu bedienen und die moderaten Lizenzgebühren zu zahlen, als den kostspieligen Aufwand einer sorgfältigen Suche zu betreiben.

# C. Gute Ansätze im Diskussionsentwurf der Bundesregierung

Der Diskussionsentwurf der Bundesregierung macht nun Vorschläge, wie die Vorgaben der DSM-Richtlinie für vergriffene Werke im deutschen Urheberrecht umgesetzt werden soll.

<sup>3</sup> https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?id=591723 [Zugriff: 28.09.2020].

<sup>4</sup> Talhoff, Oliver: Verwaist, Vergriffen, Vergessen?, ZUM 2020, S. 223.

<sup>5</sup> https://www.dnb.de/DE/Professionell/Services/VW-LiS/vwlis\_node.html#doc187226body Text3 [Zugriff: 28.09.2020].

Dabei wird durchaus gesehen, dass es nicht nur um solche urheberrechtlich geschützten Werke geht, bei denen sich der kommerzielle Vertrieb nicht mehr lohnt, sondern auch um solche, die nie kommerziell vertrieben wurden. Ausdrücklich zu loben ist seine kluge Wortwahl. Anstatt die in der DSM-Richtlinie und die bisher im VGG genutzte Formulierung der "vergriffenen Werke" weiterhin zu nutzen, wird in § 61d UrhG-E die Bezeichnung "nicht verfügbare Werke" verwendet. Diese Bezeichnung macht – ganz im Sinne der Richtlinie – deutlich, dass sie auch solche Werke umfasst, die "ursprünglich nicht für gewerbliche Zwecke gedacht waren oder niemals gewerblich genutzt wurden", wie es auch in Erwägungsgrund 30 der DSM-Richtlinie heißt.

Auch für das erste genannte Problem, dass es urheberrechtlich geschützte Werke der professionellen Kulturproduktion gibt, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr kommerziell vertrieben werden, schafft der Regierungsentwurf genau wie in der Richtlinie vorgesehen die Möglichkeit, diese über Verwertungsgesellschaften zu lizenzieren. Damit wird die bisher in §§ 51, 52 VGG geschaffene Möglichkeit der Lizenzierung vergriffener Werke, die bisher lediglich für vor 1966 veröffentlichte Monografien umgesetzt wurde, auf eine neue Grundlage gestellt und in seinem Anwendungsbereich erweitert.

# D. Ausnahmslose Vergütungspflicht?

Was die Lösung des zweiten Grundproblems angeht – also die Zeugnisse der Alltagskultur, deren urheberrechtlicher Schutz den Betroffenen meist nicht bewusst ist, so wird der Regierungsentwurf weder dem Problem noch der Vorgabe der Richtlinie gerecht. Die in § 61a Abs. 5 UrhG-E vorgesehene Vergütungspflicht auch für solche urheberrechtlich geschützten Inhalte, für die es keine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt, widerspricht den europarechtlichen Vorgaben und ist auch nicht interessengerecht. Auch die im Entwurf gegebene Begründung für die Vergütungspflicht überzeugt nicht. Dort heißt es, diese allgemeine Vergütungspflicht würde verhindern, dass die Interessen der Urheber und Rechteinhaber ungebührlich verletzt werden und sie an der Verwertung ihrer Inhalte teilhaben könnten.<sup>6</sup> Sie macht den Fehler, erneut die für professionelle Verwertungen konzipierten Regelungen zu verallgemeinern, ohne die in der Richtlinie angelegte Differenzierung zu beachten. Denn weder werden durch eine unentgelt-

<sup>6</sup> https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\_II\_Anpassung %20Urheberrecht\_digitaler\_Binnenmarkt.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=2, Seite 67 [Zugriff: 28.09.2020].

liche Nutzung die Rechte der Urheber ungebührlich beeinträchtigt, noch geht es um Verwertungen, noch wird eine solche Vergütungspflicht sicherstellen können, dass auch tatsächlich die Urheber entsprechen profitieren.

#### I. Europarechtswidrige Bestimmung

Wie auch die Begründung zum Entwurf einräumt,<sup>7</sup> findet diese Vergütungspflicht keine Entsprechung in der DSM-Richtlinie. Sie widerspricht der klaren Intention des europäischen Gesetzgebers, die Nutzung von nicht verfügbaren Werken dort *unentgeltlich* zu ermöglichen, wo es keine repräsentativen Verwertungsgesellschaften gibt.

Mit der DSM-Richtlinie und damit mit europäischem Recht ist sie nicht vereinbar. Dort, wo eine Vergütungspflicht an Verwertungsgesellschaften möglich sein soll, ist dies in den EU-Richtlinien zum Urheberrecht klar benannt, so etwa bei der Bildungs- und Wissenschaftsschranke (Art. 5 DSM-Richtlinie). Dort heißt es in Bezug auf die Nutzung von Materialien für Bildung und Wissenschaft in Abs. 4 ausdrücklich:

"Werden Werke oder sonstige Schutzgegenstände nach Absatz 1 genutzt, so können die Mitgliedstaaten hierfür einen gerechten Ausgleich für die jeweiligen Rechteinhaber vorsehen."

Dies heißt im Umkehrschluss, dass der nationale Gesetzgeber eine Vergütungspflicht nur einführen darf, wo dies europarechtlich vorgesehen ist – bei den "vergriffenen Werken" also nur, wo es repräsentative Verwertungsgesellschaften gibt.

Die DSM-Richtlinie unterscheidet sich in dieser Hinsicht auch von der Info-Soc-Richtlinie. In der DSM-Richtlinie sind Schranken und die Rolle der Verwertungsgesellschaften sehr viel detaillierter geregelt, es besteht daher kein Spielraum für den nationalen Gesetzgeber, neue Vergütungspflichten zu erfinden, die der Intention der Richtlinie zuwiderlaufen.

Bei einem nationalen Alleingang wären in Deutschland die Voraussetzungen für die Digitalisierung von großen Beständen des kulturellen Erbes schlechter als in anderen EU-Staaten, welche die Richtlinie unverändert umsetzen. Dies beeinträchtigt nicht nur die Möglichkeiten, deutsche Kultur online zu präsentieren, sondern es läuft auch der erstrebten Harmonisierung des Rechts in Europa zuwider. Immerhin wäre es noch möglich, nicht verfügbare Werke aus Deutsch-

<sup>7</sup> https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\_II\_Anpas sung%20Urheberrecht\_digitaler\_Binnenmarkt.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=2, Seite 67 [Zugriff: 28.09.2020].

land, für die es keine Verwertungsgesellschaften gibt, in einem anderen EU-Land entgeltlos online zu stellen.

#### II. Keine ungebührliche Verletzung der Rechte von Urhebern

Die Rechte der Urheber werden nicht ungebührlich verletzt. Zum einen ist für eine Nutzung nach Art. 10 DSM-Richtlinie erforderlich, dass diese bereits sechs Monate im Voraus auf einem eigens dafür zu schaffenden Online-Portal anzukündigen ist. Zum anderen gibt es sowohl in der DSM-Richtlinie in Art. 8 Abs. 4 als auch dem Diskussionsentwurf der Bundesregierung in § 61d Abs. 2 UrhG-E die Möglichkeit für Rechteinhaber, der Online-Stellung auch später noch zu widersprechen.

Dazu kommt, dass die gesetzliche Erlaubnis ohnehin nur eingreift, wenn keine repräsentative Verwertungsgesellschaft besteht. Die gesetzliche Erlaubnis betrifft damit die meisten Fälle von professioneller Kulturproduktion gar nicht. Denn es gibt in Deutschland eine flächendeckende Struktur von 13 Verwertungsgesellschaften, die von Romanen (VG Wort) bis zu Pornofilmen (GÜFA) alle Bereiche der kommerziellen Kulturproduktion abdecken. Aufgrund dieser Struktur, die sicherstellt, dass tatsächlich nur solche Werke der nicht kommerziell motivierten Alltagskultur betroffen sind, sowie der vorherigen Ankündigung werden die Rechte der Urheber und Rechteinhaber ausreichend gewahrt.

#### III. Keine Verwertung, keine Verwertungsbeteiligung geboten

Auch das Argument, Rechteinhaber sollen an der Verwertung ihrer Inhalte beteiligt werden, verfängt nicht. Denn die durch § 61d UrhG-E privilegierten Einrichtungen "verwerten" keine Inhalte. § 61d Abs. 3 Nr. 3 UrhG-E stellt auch ausdrücklich klar, dass die Online-Stellung nur auf nichtkommerziellen Seiten erfolgen darf. Wenn aber keine Verwertung stattfindet, dann ist für eine Beteiligung an einer solchen Verwertung auch kein Raum.

Die Möglichkeit, die Online-Stellung zu verhindern oder nur gegen Entgelt zuzulassen, bleibt den Rechteinhabern – wie erläutert – ja unbenommen. Wenn diese nicht genutzt wird, so erscheint es befremdlich, dass durch das Gesetz in einem Bereich, der nicht durch Verwertungsinteressen bestimmt ist, eine Vergütung einzuführen, die angesichts der öffentlichen Finanzierung der Kulturinstitutionen zu Lasten der Allgemeinheit geht. Dies gilt umso mehr, als es sich zumeist um Werke handelt, die nie mit Verwertungsabsicht erstellt wurden.

#### IV. Gibt es überhaupt eine Verwertungsgesellschaft?

Unklar ist jedoch, wer den Vergütungsanspruch geltend machen kann: Sofern es sich um eine repräsentative Verwertungsgesellschaft handeln würde, wäre eine Vergütung nach 61d Abs. 5 UrhG-E nicht relevant, da in diesem Fall eine erweiterte kollektive Lizenz abgeschlossen werden müsste. Es handelt sich also schon aufgrund der Gesetzessystematik um Verwertungsgesellschaften, die nicht repräsentativ sind.

Voraussetzung ist aber wohl, dass es überhaupt eine Verwertungsgesellschaft gibt, die die Rechte für diese Art der Materialien wahrnimmt. Aber wo ist das der Fall?

In den Kultureinrichtungen befinden sich Akten, Briefwechsel, Flugblätter, Streitschriften, Broschüren, private Fotos usw., die zwar urheberrechtlich geschützt sind, deren Urheber aber – anders als Schriftsteller sowie professionell am Kulturbetrieb Beteiligte – nicht in Verwertungsgesellschaften organisiert sind. Die betroffenen Werke lassen sich gut am Beispiel einer politischen Broschüre oder eines Flugblattes erläutern. Kaum je werden die Verfasser solcher Werke als solche in die VG Wort eintreten. Insofern ist fraglich, ob es überhaupt eine Verwertungsgesellschaft für solche Werke gibt. Oder für private Urlaubsfotos. Allerdings sind die Zuständigkeiten von Verwertungsgesellschaften abstrakt formuliert und so lässt sich meist eine Zuständigkeit begründen.

Was aber heißt das? Ist die VG BildKunst auch für private Urlaubsbilder, ist die VG Wort auch für Flugblätter zuständig? Man denke an ein Konvolut von privaten Urlaubsfotos aus Kabul der 1970er Jahre, die Zustimmung zur Veröffentlichung unterstellt. Darf dann die VG BildKunst Pauschalen geltend machen, obwohl der Urlauber, der die Fotos gemacht hat, nie in der VG BildKunst war und die Verwertungsgesellschaft für private Urlaubsfotos auch nicht repräsentativ ist? Hier gibt es erhebliche Unsicherheiten. Da die Verwertungsgesellschaften pauschale Forderungen gelten machen können, können sie versucht sein, dies auch in Fällen zu tun, für die sie sich bisher nicht interessiert haben, da sich eine Einzelberechnung aufgrund des damit verbundenen Verwaltungsaufwands nicht gelohnt hat.

#### V. Chilling Effects?

Eine allgemeine Vergütungspflicht hat bei der Digitalisierung von kulturellem Erbe auch dort eine starke abschreckende Wirkung, wo sie von den jeweiligen Verwertungsgesellschaften gar nicht wahrgenommen wird. Dies Erfahrung lehrt die Einführung des elektronischen Leseplatzes 2007 im früheren § 52b UrhG, heute als Terminal geregelt in § 60e Abs. 4 UrhG. Die VG Wort hatte mit dem Deutschen

Bibliotheksverband einen Rahmenvertrag vereinbart, bei der sich die Vergütungshöhe für Terminalnutzung am Verkaufspreis von Büchern orientiert hat, vgl. § 3 des Vertrages vom November 2011.8 Auch in den Folgeverträgen wurde die Orientierung der Vergütung am Verkaufspreis von Büchern beibehalten.9

Im Umkehrschluss hieß dies, dass bei Sprachwerken, die keinen Verkaufspreis hatten, auch keine Vergütung verlangt wurde. Die gesetzliche Erlaubnis der Terminalnutzung galt, eine Vergütung wurde hingegen bei Flugblättern, Broschüren und anderen, nicht kommerziell vertriebenen Sprachwerken nicht geltend gemacht. Trotzdem haben viele Institutionen diese Art von Werken nicht an Terminals zur Verfügung gestellt. Die Möglichkeit, Vergütungen zu fordern, obwohl sie gar nicht ausgeübt wurde, wirkte abschreckend. Solange es hier keine ausdrückliche Freistellung durch die Verwertungsgesellschaften gäbe, so die Argumentation vieler Rechtsabteilungen in Bibliotheken, Archiven und Museen, wolle man nicht das Risiko eingehen, Werke an Terminals zugänglich zu machen, für die die Vergütung nicht geregelt sei.

Eine allgemeine Vergütungspflicht für Kulturinstitutionen wirkt abschreckend, sie entwickelt auch dort "Chilling Effects", wo sie von den Verwertungsgesellschaften gar nicht wahrgenommen wird.

#### VI. Kreative profitieren nicht

Schließlich werden die Kreativen und Rechteinhaber allenfalls in Ausnahmefällen von der Vergütung profitieren. Denn es genügt eine pauschale Vergütung oder auch eine nutzungsbezogene Vergütung auf Grundlage einer repräsentativen Stichprobe, wie sich aus dem Verweis in § 61d Abs. 5 auf § 60h Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 UrhG-E ergibt.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine Verwertungsgesellschaft Pauschalabgaben geltend machen kann, so stellt sich die Frage, wer von diesen Zahlungen profitieren soll. In der Regel werden dies nicht die Urheber sein. Denn diese sind, wie bereits ausgeführt, nicht in der Verwertungsgesellschaft organisiert und haben meist auch gar nicht die Möglichkeit, bei Verwertungsgesellschaften Ausschüttungsansprüche für solche Werke überhaupt geltend zu machen. Niemand

<sup>8</sup> https://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user\_upload/DBV/vereinbarungen/2012-01-30\_Gesamtvertrag\_Bibliothekstantieme\_52b.pdf [Zugriff: 28.09.2020].

<sup>9</sup> https://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user\_upload/DBV/vereinbarungen/2016-10-05\_Rahmenvertrag\_zur\_Verguetung\_von\_Anspruechen\_nach\_\_\_52a\_UrhG.pdf, bibliotheksverband.de/fileadmin/user\_upload/DBV/vereinbarungen/Rahmenvertrag\_60e\_ Abs\_4\_UrhG\_Terminals\_unterzeichnet.pdf [Zugriffe: 28.09.2020].

könnte beispielsweise wegen des Flugblattes Ansprüche geltend machen, die VG Wort sieht keine Meldung derartiger Texte vor. Im Gegenteil macht die Verwertungsgesellschaft einen Anspruch oft von einem Mindestumfang abhängig, der vielfach gar nicht erreicht sein wird.<sup>10</sup>

Hinzu kommt, dass gerade bei den Zeugnissen sozialer Bewegungen Urheber bzw. Rechteinhaber oft gar nicht zu ermitteln sind. Dies hat unterschiedliche Gründe: Sehr häufig wurden Texte bewusst anonym oder unter Pseudonym verfasst, meist von Gruppen, bei denen nicht mehr nachweisbar ist, wer tatsächlich beteiligt war. Häufig ist schlicht nicht überliefert, wer Urheber der Materialien ist. Der große Vorteil der angestrebten Regelung zu den nicht verfügbaren Werken – im Gegensatz zu der untauglichen Regelung zu verwaisten Werken – ist ja, dass für eine Nutzung nicht zwingend erforderlich ist, den Rechteinhaber zu ermitteln und dadurch das Problem der "verwaisten Werke", das bislang nicht befriedigend gelöst ist, quasi mitgeregelt wird.

Damit ist aber auch unklar, an wen mögliche Pauschaleinnahmen ausgeschüttet werden können. Die Einnahmen kommen damit gerade nicht den Urhebern zugute. Die Finanzierung von Verwertungsgesellschaften ist aber kein Selbstzweck.

Um dies am Beispiel der VG Wort zu veranschaulichen: Einnahmen, die nicht individuell zugeordnet werden können, sollen nach § 8 Abs. 4 des geltenden Verteilungsplans<sup>11</sup> entweder hälftig der Deckung der Verwaltungsaufgaben dienen oder bestimmten Wissenschaftsorganisationen zugeordnet werden oder in den jeweiligen Sparten verteilt werden.

Das würde aber bedeuten, dass professionelle Autoren von Einnahmen profitieren würden, die von Kulturinstitutionen für Werke gezahlt werden, die sie gar nicht geschaffen haben. Entweder indirekt, wenn diese Einnahmen in die Verwaltungspauschale der VG fließen und damit den Anteil senken, den die auszahlungsberechtigten Autoren sonst selbst zahlen müssten oder direkt durch die Ausschüttungen.

Schließlich stellt sich die Frage, wie überhaupt die Angemessenheit einer zu zahlenden Pauschale bestimmt werden soll. Die Archive nehmen ohnehin eine wichtige Aufgabe für die Kreativen wahr, deren Werke sonst überwiegend nicht erhalten würden. Angesichts dessen wird die Zahlung von Vergütungen an Verwertungsgesellschaften wohl kaum jemals als angemessen erachtet werden können. Zudem sollte man auch bedenken, dass die Sammlung und Erhaltung

**<sup>10</sup>** Vgl. https://www.vgwort.de/verguetungen/auszahlungen/wissenschaftliche-publikationen. html [Zugriff: 28.09.2020].

**<sup>11</sup>** Vgl. https://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/verteilungsplan/Verteilungsplan\_Mai\_2019.pdf [Zugriff: 28.09.2020].

von Werken in Kulturerbeeinrichtungen, die ja auch im Interesse des Urhebers liegt, durchaus kostspielig ist und insoweit bereits "Vergütung" genug ist.

### E. Verwaltungskosten

Dem Regierungsentwurf kann man insofern einen nachvollziehbaren Ansatz zugestehen, als dass mit der Möglichkeit zu pauschalierten Zahlungen das Problem der hohen Verwaltungskosten für die Verwertungsgesellschaften reduziert würde. Denn die Kosten der Verwaltung von Einzellizenzierungen wären – sofern sich die Lizenzgebühren in einem vertretbaren Rahmen bewegen – meist höher als die Einnahmen und damit für die Verwertungsgesellschaften nicht lukrativ. Im Gegenteil, es würde sogar dem Sinn und Zweck von Verwertungsgesellschaften widersprechen, zu Gunsten ihrer Mitglieder Einnahmen zu generieren, wenn sie sich auf das Geschäft kostenintensiver Einzellizenzierungen in einem Bereich einlassen würden, in dem dies kostendeckend kaum möglich ist.

Die bestehende Regelung zu den vergriffenen Büchern funktioniert auch deshalb so gut, weil mit der Deutschen Nationalbibliothek eine öffentlich geförderte Einrichtung den Lizenzierungsservice organisiert und damit der VG Wort Verwaltungskosten erspart. Nur deshalb können vergriffene Bücher zu angemessenen Gebühren (je nach Alter 5 Euro bis maximal 15 Euro) lizenziert werden.

Dazu kommt, dass es sich bei Büchern um klar umrissene, nach einem etablierten System vertriebene Handelsware handelt.

All das ist bei Flugblättern, Broschüren usw. nicht möglich. Hier gibt es meist im Gegensatz zu Büchern und Zeitschriften noch nicht einmal brauchbare Metadaten, um eine Lizenzverwaltung überhaupt durchführen zu können. Notwendiger Verwaltungsaufwand und angemessene Lizenzgebühren stehen daher in einem unauflöslichen Widerspruch. Von daher scheint nachvollziehbar, auf Pauschalzahlungen oder auf Zahlungen auf der Grundlage nur stichprobenhaft erhobener Nutzungen auszuweichen. Dies Verfahren hat sich bei anderen vergütungspflichtigen Schranken durchaus bewährt.

Die ausweislich der DSM-Richtlinie durch Kulturinstitutionen vergütungsfrei nutzbaren Materialien unterscheiden sich jedoch von anderen Werken, bei denen mit pauschalen Vergütungen gearbeitet wird: Es gibt meist keine Gruppe, die in einer Verwertungsgesellschaft organisiert wäre und der man solche Vergütungen grundsätzlich berechtigterweise zuordnen kann und wo es lediglich in der Höhe zu Randunschärfen käme. Von der Vergütungspflicht würden gänzlich andere profitieren als die, die Werke geschaffen haben.

# F. Viele Fragen offen

Die Alltagstauglichkeit des Regierungsvorschlags zu den nicht verfügbaren Werken kann nicht abschließend beurteilt werden, weil viel davon abhängt, wie das BMJV als Verordnungsgeber von der Ermächtigung in § 61e UrhG-E Gebrauch macht, bestimmte Abgrenzungen und Definitionen zu regeln. Nahezu alle kritischen Fragen werden auf diese spätere Konkretisierung im Wege einer Verordnung verschoben, namentlich die Ausübung und Rechtsfolgen eines Widerspruchs des Rechteinhabers, die Informationen zu Nutzungen (§ 61d Absatz 3 Nummer 3 UrhG-E) und deren Bekanntgabe, die berechtigte Kulturerbe-Einrichtungen (§ 61d UrhG-E), sowie schließlich die Verfügbarkeit von Werken (§ 61d UrhG-E) einschließlich des zur Ermittlung der Verfügbarkeit erforderlichen vertretbaren Aufwands. Auch die Repräsentativität von Verwertungsgesellschaften soll durch Rechtsverordnung näher konkretisiert werden und dies ist eine ganz entscheidende Frage. Denn mit Blick auf die "nie zur Verwertung bestimmten" urheberrechtlich geschützten Materialien ist in der Regel nicht von einer Repräsentativität der Verwertungsgesellschaften auszugehen. Es wäre beispielsweise nicht sachgerecht, die VG Wort aufgrund ihrer zweifelsfrei bestehenden Repräsentativität bei kommerziell veröffentlichten Texten ganz grundsätzlich für alle Werke dieser Werkart i.S.d. § 2 Abs. 1 UrhG für repräsentativ zu erachten, da sie das – wie erläutert – bei Flugblättern und anderen Produkten der Alltagskultur eben gerade nicht ist. So angemessen es ist, dass die VG BildKunst als repräsentative Verwertungsgesellschaft für professionelle Fotografen einzuordnen, so fragwürdig wäre es, dies auf alle täglich millionenfach gemachten Alltagsfotografien auszudehnen.

In diesem Sinne ist die Frage der Repräsentativität zu konkretisieren. In der Begründung zum Diskussionsentwurf wird argumentiert, eine Repräsentativität kann vermutet werden, weil eine Verwertungsgesellschaft "gemäß § 77 VGG eine Erlaubnis für ihre Tätigkeit benötigt und diese Tätigkeit nach § 79 Absatz 1 Nummer 3 VGG voraussetzt, dass die Rechtswahrnehmung eine entsprechende wirtschaftliche Grundlage"<sup>12</sup> besteht. Die wirtschaftliche Grundlage für die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaft sind die kommerziell vertriebenen Werke, nicht solche, die nie kommerziell verwertet werden sollten. Auch das spricht gegen eine allgemeine Repräsentativität, die sich allein an der Werkgattung im Sinne des § 2 Abs. 1 UrhG orientiert.

<sup>12</sup> https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\_II\_Anpas sung%20Urheberrecht\_digitaler\_Binnenmarkt.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=2, S. 78 [Zugriff: 28.09.2020].

Schließlich soll auch der Drittstaatenbezug (§ 61d Absatz 3 Nummer 4 UrhG-E) durch Rechtsverordnung weiter konkretisiert werden.

Besonders relevant ist auch die Frage, inwieweit die Erstveröffentlichung von Archivgut, die nach der DSM-Richtlinie ja möglich wäre, in Deutschland aus urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gründen unzulässig ist. Hier gibt es Abgrenzungsschwierigkeiten. Ist beispielsweise grundsätzlich in der freiwilligen Übergabe an ein öffentliches Archiv auch eine (konkludente) Zustimmung zur Veröffentlichung zu sehen?13

#### G. Fazit

Mit der durch die DSM-Richtlinie in Art. 8 Abs. 2 und 3 vorgesehenen vergütungsfreien Schranke wird in das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers eingegriffen. Doch ein solcher Eingriff ist verhältnismäßig. Da nur öffentlichen Kultureinrichtungen die Nutzung erlaubt wird, geht es um das öffentliche Interesse, Kunst, Kultur, Geschichte und gesellschaftliche Entwicklung zu reflektieren und im öffentlichen Bewusstsein wach zu halten. Dies ist ein legitimer Grund, Ausschließlichkeitsrechte einzuschränken. Durch die Widerspruchsmöglichkeiten des Rechteinhabers gegen die Nutzung wird abgesichert, dass es zu keinen unverhältnismäßigen Eingriffen kommt.

Die Differenzierung in solche Werke, die in einem kommerziellen Kontext genutzt wurden (und für die es repräsentative Verwertungsgesellschaften gibt) und solche, die das nicht sind, erscheint ebenfalls sinnvoll. Bei einem kommerziellen Kontext von Werken ist eine Lizenzzahlung an Verwertungsgesellschaften als Kompensation für den Eingriff noch vertretbar, solange sich diese Zahlung in einem angemessenen Rahmen bewegt. Es ist zumindest möglich, dass sich eine Nutzung durch Kulturinstitutionen nachteilig auf Verwertungsmöglichkeiten auswirkt. Auch ist angesichts von repräsentativen Verwertungsgesellschaften grundsätzlich sichergestellt, dass die betroffenen Urheber auch davon profitieren. Zwingend ist auch das nicht und es ließe sich durchaus argumentieren, Kulturinstitutionen sollten nicht auch noch dafür zahlen, wenn sie alten Werken nach Ablauf der kommerziellen Verwertungsphase neues Leben einhauchen. Zumal es sich oft um Werke handelt, die es ohne diese Institutionen gar nicht mehr geben würde.

<sup>13</sup> So de la Durantaye, Katharina; Kuschel, Linda: Vergriffene Werke größer gedacht: Art. 8-11 DSM-Richtlinie, ZUM 2019, S. 694 am Beispiel eines Tagebuchs; kritisch: Talhoff, Oliver: Verwaist, Vergriffen, Vergessen?, ZUM 2020, S. 223.

Bei Werken hingegen, die nie im kommerziellen Kontext entstanden sind, würde die Vergütungspflicht eine nachträgliche "Zwangskommerzialisierung" bewirken, die dazu noch nicht mal den Urhebern zugute käme, sondern eine Umverteilung von nicht professionellen, nicht in Verwertungsgesellschaften organisierten Urhebern zugunsten der professionellen Urheber und (!) der Verwerter bewirken würde.

Damit die großen Chancen genutzt werden können, die sich mit der Umsetzung der DSM-Richtlinie für das kulturelle Erbe ergeben, sollte auf die Vergütungspflicht für nicht verfügbare Werke, für die es keine repräsentative Verwertungsgesellschaft gibt, verzichtet werden – zumal diese ohnehin europarechtswidrig wäre. Vielmehr sollte die Umsetzung berücksichtigen, dass es in den Kulturinstitutionen viele zeitgeschichtlich wichtige Zeugnisse gibt, bei denen nie eine kommerzielle Verwertung beabsichtigt war und bei dem sich die Beteiligten häufig auch des urheberrechtlichen Schutzes nicht bewusst waren und an einem solchen Schutz auch gar nicht interessiert sind. Für diese Materialien gibt es keine repräsentativen Verwertungsgesellschaften und es wäre sachwidrig, den durch öffentliche Einrichtungen des Kulturerbes ermöglichten Zugang genauso zu regeln wie bei Werken der professionellen Kulturwirtschaft.



Dr. Paul Klimpel Dieffenbachstr. 19 10967 Berlin Deutschland

E-Mail: post@paulklimpel.de