

Stellungnahme

des Wikimedia Deutschland, Gesellschaft zur Förderung Freien Wissens e. V. zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes (Referentenentwurf mit Stand 2. September 2020)¹

Berlin, den 06.11.2020

Wikimedia Deutschland setzt sich für Chancengleichheit beim Zugang zu Wissen und Bildung ein und unterstützt die vielen Tausend Ehrenamtlichen, die z. B. in der Wikipedia tagtäglich ihr Wissen mit allen Menschen teilen. Wir danken für die Einbeziehung und nehmen zum Referentenentwurf (im Folgenden auch RefE) für ein Gesetz zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2019/790 vom 17. April 2019 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (Copyright in the Digital Single Market; im Folgenden: DSM-RL)² wie unten dargelegt Stellung.

Schwerpunkte der Stellungnahme sind neben weiteren Einzelaspekten:

Die gesetzliche Erlaubnis für Pastiche ist in Verbindung mit einer Vergütungspflicht grundrechtswidrig (S. 4 und 5).

Die Rückfallschranke für das Verfügbarmachen sonst nicht verfügbarer Werke wird in ihrer Tragweite unterschätzt und muss ebenfalls vergütungsfrei ausgestaltet werden, da Art. 8 Abs. 2 und 3 der Richtlinie dies anordnen und insoweit vollharmonisiert wurde (ab S. 6).

Der gegenwärtige Entwurf zu § 68 UrhG-E kann noch weiter verbessert und sollte um gesetzgeberische Klarstellungen zum Verhältnis zu vermeintlich sachenrechtlich herleitbaren Ausschließlichkeitsrechten an gemeinfreien visuellen Werken, um ein Verbot vertraglicher Umgehung sowie um eine wenigstens in der Gesetzesbegründung platzierte Aussage zu “Quasi-Immaterialgüterrechten” an nicht schutzfähigen Objekten ergänzt werden (ab S. 8).

Die Reihenfolge der Eingaben folgt dabei der Nummerierung, wie sie im Referentenentwurf ab Seite 5 zu finden ist.

¹ https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7

² Englische Fassung: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790>; deutsche Fassung: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790>

Gesellschaft zur Förderung Freien Wissens e. V.

Postfach 61 03 49, 10925 Berlin · Tempelhofer Ufer 23-24, 10963 Berlin

Tel.: +49 (0) 30 219 158 26 - 0 · Fax: +49 (0) 30 219 158 26 - 9 · <http://wikimedia.de> · info@wikimedia.de

Geschäftsführender Vorstand: Abraham Taherivand · Eingetragen beim Amtsgericht Berlin-Charlottenburg unter der Nummer 23855 B

Spendenkonto: IBAN: DE05 1002 0500 0003 2873 00, BIC: BFSWDE33BER

Zu Artikel 1 - Änderung des Urheberrechtsgesetzes

Wir nehmen zum gegenwärtigen Zeitpunkt Stellung zu folgenden Ziffern des Referentenentwurfs:

[Ziffer 9. - §§ 32d bis 32g UrhG-E, Urhebervertragsrecht](#)

[Ziffer 14. - § 44b UrhG-E, Text und Data Mining](#)

[Ziffer 15. - § 51a UrhG-E, Karikatur, Parodie und Pastiche](#)

[Ziffer 16. - § 60a UrhG-E, Gesetzliche Erlaubnisse für Zwecke der Bildung](#)

[Ziffer 18. - § 60d UrhG-E, Text und Data Mining in der wissenschaftlichen Forschung](#)

[Ziffer 22. - § 61d UrhG-E, Nicht verfügbare Werke](#)

[Ziffer 26. - § 68 UrhG-E, Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke](#)

Im Einzelnen ...

Zu Ziffer 9. - §§ 32d bis 32g UrhG-E, Urhebervertragsrecht

Im Bereich der bereits bestehenden §§ 32 ff. Urheberrechtsgesetz gibt es eine Reihe besonderer Regeln, denen zufolge Urheberinnen und Urheber zum eigenen Schutz nicht auf bestimmte Mindestvergütungs- und Auskunftsansprüche verzichten können, selbst wenn sie durch Verwertende stark genug unter Druck gesetzt werden, dass sie sonst einem Verzicht zustimmen würden.

Da jegliche Unverzichtbarkeitskonstruktion allerdings das Potenzial birgt, das korrekte Funktionieren von Standard- / Jedermannlizenzen einschließlich freier Lizenzen zu vereiteln, sind zum Schutz der Ökosysteme von Open-Source-Software und Open Content allgemein wohlweislich die sogenannten "Linux-Klauseln" eingeführt worden. Sie lassen Ausnahmen von der Unverzichtbarkeit zu, wenn es um "unentgeltliche einfache Nutzungsrechte für jedermann" geht, der gesetzestechnischen Chiffre für die vorgenannten Standardlizenzen. Man findet Linuxklauseln derzeit in § 32 und § 32a, jeweils als Satz 3 des Absatzes 3 sowie in § 32c Abs. 3 Satz 2 UrhG.

Mit der Umsetzung der DSM-Richtlinie wird nun wieder viel geändert in den §§ 32 ff. UrhG und wir möchten schon jetzt alle am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten bitten, pro-aktiv darauf zu achten, bei weiteren / geänderten Unverzichtbarkeitsregeln nicht etwaig zu ergänzende Linux-Klauseln zu vergessen.

Oberflächlich betrachtet nicht erforderlich erscheint eine solche innerhalb des im RefE vorgeschlagenen § 32d UrhG-E, da dieser seinem Wortlaut nach nur entgeltliche Einräumungen von Nutzungsrechten erfasst, also gerade nicht die o. g. Standardlizenzen. Wir sind jedoch der Auffassung, dass der hier umzusetzende Artikel 19 der DSM-Richtlinie keineswegs nur auf entgeltliche Einräumungen abstellt. Vielmehr schafft er auch für all diejenigen unverzichtbare Auskunftsansprüche, die Rechte unentgeltlich etwa großen

Wissenschaftsverlagen einräumen. Diese Urheberinnen und Urheber erscheinen besonders schutzbedürftig und die Auskunftserteilung ihnen gegenüber auch besonders weitgehend zumutbar, da das jeweilige Verwertungsunternehmen ja noch nicht einmal direkte Lizenzkosten aufzuwenden hatte.

Entsprechend muss unseres Erachtens, um richtlinienkonform umzusetzen, § 32d UrhG-E auch für unentgeltliche Nutzungsrechtseinräumungen gelten. Und dann wiederum muss ihm eine Linux-Klausel hinzugefügt werden, weil eine Auskunftspflicht upstream bei Jedermannlizenzen naturgemäß weder sinnvoll noch einhaltbar ist.

Zu Ziffer 14. - § 44b UrhG-E, Text und Data Mining

Wir begrüßen ausdrücklich, dass die Bundesregierung den vorliegenden Ansatz für Text und Data Mining jenseits der besonders privilegierten Forschungszwecke wählt.

Allerdings vereinnahmt die hier in § 44b Abs. 1 UrhG-E vorgeschlagene Definition von Text und Data Mining den durch sie legaldefinierten Begriff vollständig für die Regelungsmaterie des Urheberrechts. TDM ist also Technik jedoch keineswegs darauf festgelegt, nur auf Werke im Sinne des § 2 UrhG angewandt zu werden. Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 9 der DSM-RL:

„Das Text und Data Mining kann auch für reine, nicht urheberrechtlich geschützte Fakten oder Daten erfolgen, und in diesen Fällen ist nach dem Urheberrecht keine Erlaubnis erforderlich.“

Ganz im Sinne dessen sagt die DSM-RL entsprechend auch in ihrem Artikel 2 Absatz 2:

„Text und Data Mining“ bezeichnet eine Technik für die automatisierte Analyse von Texten und Daten (...)

Zwar ist auch diese Formulierung nicht so neutral, wie der technische Hintergrund es erfordert, aber zumindest nicht auf Werke enggeführt. Bei der Umsetzung sollte jedenfalls vermieden werden, eine Legaldefinition in die Welt zu bringen, die es erforderlich machen würde, dieselbe Grundlagentechnologie an anderen Stellen in Gesetzen oder Verordnungen anders zu nennen als „Text und Data Mining“ oder alternativ unterschiedliche und miteinander konkurrierende Legaldefinitionen von TDM innerhalb derselben Rechtsordnung nebeneinander zu schaffen. Lösen ließe sich dies hier wohl in erster Linie auf zwei Arten:

Entweder könnte nach „*Werken*“ ein „*oder sonstigen Inhalten*“ eingefügt oder hinter „*Text und Data Mining*“ die Worte „*als Nutzungsart im Sinne dieses Gesetzes*“ ergänzt werden. Mutmaßlich sind diverse weitere Varianten denkbar, die dasselbe leisten. Die eigentliche Grundnorm für das Ausschließlichkeitsrecht folgt ja dann ohnehin erst in § 44b Absatz 3 Satz 1.

Ausdrücklich begrüßt wird, dass die Bundesregierung vorliegend auch die Klarstellung, dass keine Erlaubnis erforderlich ist für die Anwendung von TDM auf nicht durch das UrhG geschützte Inhalte, und dass für bloß flüchtige Vervielfältigungen insoweit ganz normal § 44a UrhG greift, aus Erwägungsgrund 9 der Richtlinie in die Gesetzesbegründung übernimmt.

Zu Ziffer 15. - § 51a UrhG-E, Karikatur, Parodie und Pastiche

Dass § 51a UrhG-E die Möglichkeiten des Artikel 5 der DSM-Richtlinie aufgreift und nach dem Wegfall des § 24 UrhG in § 51a UrhG-E Karikatur, Parodie und Pastiche einheitlich regelt, begrüßen wir sehr.

Das hier nun allerdings über § 7 Abs. 2 des UrhDaG-E eine Vergütung für Pastiches vorgesehen werden soll, die von Plattformen entrichtet werden soll, stellt aufgrund der nicht auflösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den drei genannten Formen transformativer Nutzung eine nicht vertretbare Einschränkung der darin manifestierten Ausübung von Kommunikationsgrundrechten dar.

Die hier zunächst bei den Plattformen entstehenden Kosten werden diese entsprechend betriebswirtschaftlicher Logik entweder an die Nutzenden weiterreichen müssen oder durch Unterbinden von Remixes einsparen wollen. Hierdurch würden nicht mehr wegzudenkende Kulturtechniken in der gesamten Breite also – je nach unternehmerischer Entscheidung der jeweiligen Plattform – entweder vergütungspflichtig gemacht oder unterdrückt. Beide Alternativen würden einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in Grundrechte bedeuten.

Karikaturen und Satire stehen vorliegend nicht zur materiellen Neuregelung an, wie auch die Begründung zum RefE zum Ausdruck bringt. Durchaus zu erwartende Einnahmen alleine rechtfertigen es ganz klar ebenfalls nicht, Karikatur und Satire über den Umweg der Wirtschaftlichkeitsrechnung der Plattformen zu einem Kostenfaktor werden zu lassen. Zu dieser “Bewirtschaftung von Grundrechten” darf es nicht kommen.

Wären Pastiches sicher von Karikaturen und Parodien abgrenzbar, wäre die Lage anders, wäre das vorgenannte “Überlaufen” einer Vergütungspflicht für Pastiches auf relevante Bereiche der Meinungsfreiheit und anderer Grundrechte weniger zu besorgen. Remixes, Memes und die meisten weiteren der in der Begründung zum RefE auf S. 97 genannten Phänomene sind jedoch gerade keine inhaltlichen Kategorien, sondern sind Formen, in denen Karikaturen, Satire und Parodien zunehmend häufig zum Ausdruck kommen. Eine inhaltliche Abgrenzung anhand der Formen ist dabei weder derzeit klar möglich noch in Zukunft realistisch absehbar. Die verfassungsrechtlich geschützte Kommunikationsfreiheit ist insoweit also nicht über die Formen teilbar.

Es handelt sich bei Art. 17 Abs. 7 lit. b DSM-RL letztlich um eine einheitliche Vorgabe, die weder semantisch noch legistisch aufgeteilt werden kann. Und wie oben bereit gesagt, muss der Grundrechtsschutz von Kostenlogik freigehalten werden. Die absehbaren

Schwierigkeiten bei der Zuordnung entstehender Einnahmen haben insoweit instruierenden Charakter. Auch Pastiches müssen daher umfassend vergütungsfrei bleiben und die erste Alternative in § 7 Abs. 2 Satz 1 UrhDaG-E ist entsprechend zu streichen.

Zu Ziffer 16. - § 60a UrhG-E, Gesetzliche Erlaubnisse für Zwecke der Bildung

Bei den Bildungsschranken wird zwar bekanntlich nur etwas nachgesteuert, allerdings im immer wichtiger werdenden Bereich der grenzüberschreitenden Online-Nutzung.

Dass es hierzu nun ausdrücklich gesetzliche Erlaubnisse geben soll, wird ebenso begrüßt wie das Sitzlandprinzip hinsichtlich gesicherter Umgebungen.

Auch dass die Schrankenschraken des § 60a Abs. 3 UrhG nun zukünftig weniger absolut gelten, ist grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch trägt die Art und Weise, wie hier die gesetzlichen Erlaubnisse in eine Abhängigkeit vom Vorhandensein von Marktangeboten – und damit von unternehmerischen Entscheidungen – geraten sollen, eine höchst problematische Art von Regelung in einen sehr empfindlichen Teil des deutschen Urheberrechts. Dieser ist geprägt von einer äußerst sensiblen Balance der betroffenen Interessen, was sich keinesfalls mit einem wechselnden Lizenzangebot am Markt und Preisen verträgt, die mal über, dann aber auch mal unter dem liegen, was gesetzlich “den Bedürfnisse und Besonderheiten” der Einrichtungen entspricht.

Die Rolle von Unternehmen in dieser Weise von derjenigen der Aushandlungspartner zu einer ad hoc steuernden aufzuwerten, bedeutet den Einstieg in eine Regelungslogik, die bei ihrer Verbreitung das Ende der bewährten Ausgleichsfindung rund um die Bildungsschranken bedeuten würde. Wir raten daher dringend davon ab, diesen Weg zu gehen.

Zu Ziffer 18. - § 60d UrhG-E, Text und Data Mining in der wissenschaftlichen Forschung

Der vorliegend gewählte Weg der Umsetzung wird ausdrücklich begrüßt, auch hinsichtlich der Art und Weise, wie er die bereits zuvor bestanden habende Rechtslage nach Inkrafttreten des UrhWissG sachgerecht fortschreibt.

Zur Problematik einer vereinnahmenden Legaldefinition von Text und Data Mining in § 44b UrhG-E siehe oben zu Ziffer 14.

Die gesetzliche Berücksichtigung auch der einzelnen Forscherinnen und Forscher, die über keine definierte Affiliation mit einer Forschungseinrichtung verfügen, wird ebenfalls ausdrücklich begrüßt.

Zu Ziffer 22. - § 61d UrhG-E, Nicht verfügbare Werke

Was nicht im Netz ist, ist nicht in der Welt – Das betrifft unser aller kulturelles Erbe im Zweifel noch mehr als andere Inhalte, weil das Kulturerbe bereits einen starken Bezug zum Vergangensein aufweist. Dennoch speist sich gerade aus dem Kulturerbe die aktuelle Kulturproduktion jeden Tag neu und sind gerade kreative Menschen darauf angewiesen, dass sie Inspiration aus dem kulturellen Erbe ziehen und sich dazu positionieren können.

Dazu muss das Kulturerbe möglichst frei zugänglich sein, sonst ist es schlicht mit der Zeit immer weniger im kulturellen Bewusstsein präsent. Gedächtnisinstitutionen müssen daher in der Lage sein, Kulturgüter im Rahmen ihres öffentlichen Auftrags zugänglich zu machen. Dies darf insbesondere nicht durch in der Regel unabsichtlich entstandene, bloß marktbezogene Umstände oder fehlende Informationen behindert werden.

Die nun noch einmal überarbeiteten Regeln zur möglichst unkomplizierten Zugänglichmachung nicht verfügbarer (einschließlich der verwaister) Werke leisten hierzu bereits viel und werden grundsätzlich begrüßt.

Auch das Sitzlandprinzip (Abs. 4) sowie die Nutzbarmachung von Kollektivlizenzierung mit erweiterter Wirkung (Abs. 3) werden viele Verbesserungen bringen, wenngleich rund um die neuen ECL-Verfahren vieles letztlich von den erst noch auszuhandelnden Details der Lizenzkonditionen abhängen wird. Insoweit hoffen wir darauf, dass die für die Aushandlung vorgesehenen Prozesse im Sinne der Kultur insgesamt funktionieren werden.

Im Entwurf ist derzeit allerdings eine europarechtswidrige Vergütungspflicht auch dann vorgesehen, wenn es überhaupt keine Verwertungsgesellschaft für die fragliche Werkgruppe gibt. Artikel 8 der DSM-RL macht in seinen Absätzen 2 und 3 deutlich, dass hier zwei Regelungen für unterschiedliche Konstellationen geschaffen wurden:

Einmal diejenige für Werke, für deren Wahrnehmung eine repräsentative Verwertungsgesellschaft existiert, und weiterhin jene für Werke, bei denen das nicht der Fall ist. Letzteres umfasst damit notwendigerweise sowohl den Fall des Bestehens einer nicht i. S. d. ECL-Regeln repräsentativen VG als auch den eines gänzlichen Fehlens jeglicher VG.

Manche mögen diese letztere Konstellation mit ihren zwei Unterfällen für selten halten, da die Anforderungen an Repräsentativität von VGs nach den vorgeschlagenen Regeln sehr niedrig sind. Aber selbst dann ist und bleibt die Regelung von Art. 8 Abs. 2 und 3 DSM-RL dennoch eine eigenständige, in der Diskussion auch als "Rückfallschranke" bezeichnet, bei der der europäische Gesetzgeber gerade keine Vergütungspflicht vorsieht.

Ausweislich der Begründung des RefE auf S. 110 geht dieser irrig davon aus, Vergütungsfreiheit könne (und solle) sich nur faktisch in Form des nicht erfolgenden Eintreibens wegen völligem Fehlen jeglicher VG ergeben. Das entspricht jedoch nicht der Regelung des Art. 8 Abs 3 i. V. m. Abs. 2 DSM-RL, die Vergütungsfreiheit vielmehr selbst

dann vorsieht, wenn eine VG besteht aber nicht als repräsentativ anzusehen ist (Abs. 3) – und natürlich erst Recht dann, wenn gar keine VG existiert.

Mehrzahl der Alltagsobjekte ohne Verwertungsdimension

Diese zweite Konstellation der Absätze 2 und 3, also die der Rückfallschranke ist überdies in concreto keineswegs wirklich so selten, wie manche zu glauben scheinen. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass es in den Beständen von Gedächtnisinstitutionen unzählige grds. urheberrechtlich schutzfähige und zeitgeschichtlich wichtige Zeugnisse gibt, für die jedoch nie eine kommerzielle Verwertung beabsichtigt und teils nicht einmal praktisch möglich war und bei denen sich die an der Entstehung Beteiligten auch eines etwaigen urheberrechtlichen Schutzes weder bewusst waren noch sich dafür interessierten. Genannt werden sollen hier beispielhaft nur historische private Film- und Fotoaufnahmen, Alltagsobjekte im Graubereich von Design und Werkschutz, Wahl- und sonstige Plakate, Akten, Briefwechsel, Streitschriften, Broschüren, historische Kataloge und etwa auch politische Pamphlete. Letztere sind ein sehr plastisches Beispiel, sind sie doch typischerweise auf maximale Verbreitung angelegt, für die Ausschließlichkeitsrechte gerade besonders hinderlich wären.

Quantitativ handelt es sich hierbei mit hoher Wahrscheinlichkeit um den Großteil aller Bestände der Gedächtnisinstitutionen, wengleich einen üblicherweise übersehenen Großteil.

Für diese Materialien kann es mangels intendierter Verwertungsdimension auch im Nachhinein materiell gesehen keine repräsentativen Verwertungsgesellschaften geben. Würden VGs insoweit für zuständig und ggf. sogar repräsentativ und damit für ECL-fähig erklärt, wäre das eine reine Fiktion. Und es wäre auch strukturell betrachtet sachwidrig, den durch öffentliche Einrichtungen des Kulturerbes ermöglichten Zugang hier genauso zu regeln wie bei Werken der professionellen Kulturwirtschaft. Dies würde vielmehr faktisch neue, zusätzliche Verwertungsstrukturen ohne Beteiligung der wirklichen Werkschöpferinnen und -schöpfer schaffen. Darin wäre eine unzulässige Umverteilung zu sehen von denen, die früher ohne Verwertungsabsicht Kulturgut geschaffen haben zu jenen, die ganz andere Kulturgüter heute zu Erwerbszwecken schaffen.

Entsprechend kann hier bei genauer Betrachtung nicht die Rede davon sein, dass es praktisch keine Werkgruppen mehr gebe, für die keine VG existiere, ob repräsentativ oder nicht. Die Rückfallschranke ist daher von weit größerer Relevanz als vielfach vermutet wird.

Kein Zweifel kann i. Ü. daran bestehen, dass hier vollharmonisiert wurde über Art. 8 DSM-RL. Das ergibt sich allein schon aus dem gegenüber bisherigem EU-Primärrecht zu diesem Thema viel höheren Detailgrad. Der deutsche Gesetzgeber kann daher nicht von der Vergütungsfreiheit des Art. 8 Abs. 2 und 3 DSM-RL abweichen. Vielmehr nimmt der EU-Gesetzgeber hier eine Unterscheidung vor, der auch der deutsche Gesetzgeber folgen muss. § 61d Abs. 5 UrhG-E ist entsprechend klar europarechtswidrig und ersatzlos zu streichen.

Eingriff ist umfassend verhältnismäßig und gerechtfertigt

Dass mittels der durch Art. 8 Abs. 2 und 3 DSM-RL geschaffenen vergütungsfreien Rückfallschranke in Ausschließlichkeitsrechte eingegriffen wird, steht dabei außer Zweifel. Doch ein solcher Eingriff ist verhältnismäßig und nach dem Drei-Stufen-Test umfassend gerechtfertigt, schließlich wird hier nur öffentlichen Kultureinrichtungen die Nutzung erlaubt, und nur für die im Rahmen ihres öffentlichen Auftrags ohne Erwerbsinteressen zu erbringende Leistung, das öffentliche Interesse zu sichern, Kunst, Kultur, Geschichte und gesellschaftliche Entwicklung wahrnehmen und reflektieren zu können. Dass die Institutionen und somit die Allgemeinheit insgesamt für die selbst erbrachte Erhaltungsleistung – Erhaltung hier im doppelten Sinne bezogen auf die physischen Werkstücke und das kulturelle Bewusstsein der Menschen – auch noch zahlen müssen sollten, ergibt sich nicht aus der DSM-RL und kann daher auch bei deren Umsetzung nicht vorgesehen werden, siehe vorigen Absatz.

Etwaige Rechteinhaberinnen und -inhaber mit Interesse an Verwertung erhalten hier vielmehr bereits kostenfrei die genannte Wachhaltens-Leistung der Gedächtnisinstitutionen hinsichtlich zahlloser Werke, die ohne diese Institutionen schon längst unrettbar verschwunden wären. Sie sind also in gewisser Weise “in Naturalien” bereits Vergütungsempfangende. Falls dann doch einmal der Wunsch nach Wiederaufnahme eigener Verwertungshandlungen bestehen sollte, gibt es die umfassenden gesetzlichen Widerspruchsmöglichkeiten und sind die Rechteinhaberinnen und -inhaber folglich rundum abgesichert gegen unverhältnismäßige Eingriffe in ihre Rechte.

Zu Ziffer 26. - § 68 UrhG-E, Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke

Die dem § 68 UrhG-E zugrunde liegende Regelung des Artikel 14 der DSM-Richtlinie geht maßgeblich auf die zivilgesellschaftliche Forderung zurück, dass auch die Reproduktionen gemeinfreier Werke rechtfrei und umfassend nutzbar sein müssen.

Hintergrund ist die Erkenntnis, dass andernfalls die in den urheberrechtlichen Schutzfristen zum Ausdruck kommende und EU-weit harmonisierte gesetzgeberische Wertung, dass Ausschließlichkeitsrechte des geistigen Eigentums nur temporär bestehen dürfen, über den Schritt der (heute meist digitalen) Reproduktion und die dabei entstehenden Fotorechte faktisch unterlaufen werden kann. Dass und wie dies spürbare Folgen für die Verfügbarkeit visueller Repräsentationen des Kulturerbes im Internet haben kann, hatte dann im Dezember 2018 schließlich die BGH-Entscheidung “Museumsfotos”³ eindrücklich belegt.

³ BGH, Urteil vom 20.12.2018 - I ZR 104/17.

Diese Schiefelage wird nun über Art. 14 DSM-RL korrigiert. Und um künftigen Fehlauslegungen vorzubeugen, wurde bereits im Diskussionsentwurf richtigerweise der Begriff "visuelle Werke" i. S. d. Definition der Verwaiste-Werke-Richtlinie 2012/28/EU verwendet und damit zugleich ein Übersetzungsfehler des Sprachendienstes der EU ausgeglichen.

Die umsetzende Regelung an der ebenfalls bereits im DiskE so gewählten Stelle des zuvor vakanten § 68 zu verorten, ist ebenfalls richtig. Schließlich handelt es sich hier um eine Grundssatzentscheidung des Gesetzgebers, die Gemeinfreiheit positiv zu regeln, was systematisch nicht nur aber vor allem zur Thematik der Schutzdauer zu rechnen ist und damit in Teil 1 Abschnitt 7 UrhG gehört. Ein solches Vor-die-Klammer-Ziehen ist auch regelungsökonomisch vorzugswürdig gegenüber mehreren gleichlautenden Regelungen an anderen Stellen im Gesetz.

Charakter einer Bereichsausnahme stärken

Der RefE greift auch begrüßenswerterweise die Einwände gegenüber der vorherigen Formulierung auf, die noch auf das Erlöschen von Rechten abgestellt hatte und damit u. a. Unklarheiten beließ hinsichtlich solcher Objekte, die unter dem bestehenden Urheberrechtsregime nie geschützt waren.

Die nun gewählte Formulierung ist insoweit besser, weist nun jedoch neben dem intendierten Charakter einer Bereichsausnahme auch Elemente einer Regelung des Schutzzumfangs auf. Das ist zwar kein großes Problem, wir möchten dennoch an dieser Stelle eine alternative Formulierung vorschlagen:

“Verwandte Schutzrechte können an Lichtbildern und anderem Material, das durch eine Handlung der Vervielfältigung eines visuellen Werkes entstanden ist, nur während der Schutzdauer dieses Werkes bestehen.”

Diese auch in der Stellungnahme der GRUR vom 27.08.2020 vorgeschlagene Formulierung stellt über das auch zeitlich zu lesende Merkmal *“können nur bestehen während der Schutzdauer”* unmissverständlich die gewollte direkte Akzessorietät zur Schutzdauer des vervielfältigten Werkes heraus und funktioniert dabei genauso gut wie die Formulierung des RefE hinsichtlich nie geschützt gewesener Objekte mit Werkqualität.

Darüber hinaus vermeidet sie die im deutschen Urheberrecht verbreitete aber ungenaue doppelte Verwendung des Begriffs *“Vervielfältigung”* für zwei unterschiedliche Dinge zugleich, nämlich den Vervielfältigungsvorgang und sein Ergebnis. Sie stellt zudem durch die Kombination des Oberbegriffs *“Material”* mit seiner Unterkategorie *“Lichtbilder”* klar, dass die Vervielfältigungsergebnisse in ihrer Formenvielfalt nicht hinter derjenigen der visuellen Werke selbst zurückstehen, von denen sie abgeleitet sind.

“Ersatz-Ausschließlichkeitsrechte”

Bei Art. 14 der DSM-RL handelt es sich um eine auf das urheberrechtliche Leitbild bezogene Regelung und gerade nicht um eine Sonderregel für irgendeine Nische. Was Artikel 14 postuliert, ist die Regel, die absoluten Schutzrechte des geistigen Eigentums die temporäre Ausnahme. Deswegen darf es selbstverständlich nicht, sobald das geistige Eigentum am Werk erlischt, zu einer nahtlosen Ersetzung des abgelaufenen Ausschließlichkeitsrechts der Urheberin durch weitgehend gleich wirkende Befugnisse aus dem Sacheigentum kommen. Siehe hierzu auch die Ausführungen in der Stellungnahme der GRUR vom 27.08.2020, S. 6.

Dass die spezialgesetzliche Materie des Urheberrechts ab einem bestimmten Zeitpunkt die freie Nutzbarkeit visueller Eindrücke anordnet, darf nicht durch das allgemeine Sachenrecht unterlaufen werden. Wie schon bei den §§ 25 und § 44 UrhG ist das Verhältnis zwischen geistigem Eigentum und allgemeinem Sachenrecht insoweit im Urheberrechtsgesetz selbst zu regeln.

Wir regen an, dies durch folgenden Absatz 2 des § 68 UrhG neu zu tun:

“(2) Eigentum und Besitz an einem Original oder Vervielfältigungsstück eines visuellen Werkes begründen keinerlei ausschließliche Verwertungsbefugnisse gegenüber jedermann im Hinblick auf Lichtbilder und anderes Material im Sinne des Absatzes 1. Entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen sind unwirksam.”

Satz 2 dieser den Kern von § 68 UrhG-E sichernden Regelung ist erforderlich, da auch Vertragsgestaltungen das Potenzial haben, die Regelung des Art. 14 in der Praxis vielfach auszuhebeln. Sie stehen der Geltendmachung eines aus dem Sacheigentum hergeleiteten “Rechts am Bild der eigenen Sache” insoweit in nichts nach.

Der Phantasie sind kaum Grenzen gesetzt, wenn es darum geht, mangels wirklich bestehender Ausschließlichkeitsrechte deren Wirkungen vertraglich nachzubilden, und zwar gegenüber Privatpersonen genauso wie im B2B-Bereich. Dass dies in der Regel keine Drittwirkung haben kann und mitunter im Detail AGB-rechtlich unwirksam ist, wird die Verwendenden nicht abhalten. Die schon heute hohe Verbreitung des Phänomens der Schutzrechtsberühmung auch unter höchst ehrenwerten öffentlichen Einrichtungen vermittelt einen Eindruck davon, was hierzu nach Inkrafttreten von § 68 UrhG-E noch zu erwarten ist.

Es steht zu befürchten, dass sich auf Basis dieses vertraglichen Typus’ von Umgehungs konstruktion eine spürbare Breitenwirkung besonders unter rechtstreuen Bürgerinnen und Bürgern einstellen wird. Gerade sie werden dann von einer eigentlich zulässigen Nachnutzung absehen, selbst wenn diese ihnen gegenüber gar nicht wirksam untersagt oder untersagbar ist. Diejenigen dagegen, die eine Schädigung der Interessen anderer ohnehin in Kauf nehmen, werden sich auch von vertraglichen Nutzungsuntersagungen nicht von ihrem Tun abhalten lassen, AGB-Kontrolle hin oder her.

Die gesetzlich nun positiv geregelte Gemeinfreiheit der visuellen Eindrücke der Welt muss daher auch gegen vertragliche „Nachbildung“ von Ausschließlichkeitsrechten inter partes (und ggf. darüber hinaus) gesichert werden, gerade zugunsten der vielen rechtstreuen Menschen.

Weiterhin Regelungsmöglichkeiten über das Hausrecht

Sachlich begründete Einschränkungen hinsichtlich etwa des Fotografierens in Museen durch deren Besucherinnen und Besucher bleiben im Übrigen dennoch weiter möglich, gestützt auf das jeweilige Hausrecht, in Form einseitiger Gestattung des Betretens unter einschränkenden Bedingungen. Ein Konflikt zur sachenrechtlichen Klarstellung des oben angeregten Abs. 2 des § 68 UrhG-E besteht hier nicht:

Zwar unterstützt auch das Hausrecht die Sachherrschaft, tut dies als raumbezogenes Recht jedoch jenseits der körperlichen Sachen und ihrer visuellen Erscheinung und völlig unabhängig davon, und dient dabei noch weiteren Zwecken. So ist einer der Zweck des Hausrechts beispielsweise auch der Schutz bestimmter Abläufe innerhalb von Einrichtungen, etwa über Sanktionierung eines bestimmten Verhaltens der Besucherinnen und Besucher. Derlei Einflussnahme sollte weder gesetzgeberisch durch das Urheberrechtsgesetz geregelt noch umgekehrt seitens der Hausrechtsinhabenden über das Urheberrecht „gehebelt“ werden. Das Verhalten von Personen muss Regelungsgegenstand des jeweiligen Hausrechts bleiben, die Nutzbarkeit immaterieller Inhalte Regelungsgegenstand des Urheberrechtsgesetzes.

Der BGH hat dem in „Museumsfotos“ teilweise zur Geltung verholfen, indem er eine Drittwirkung des hausrechtlich begründeten Fotografiervots abgelehnt hat. Gleichwohl erscheint es ratsam, auch dem Drang zur Ausdehnung der Reichweite hausrechtlicher Regelungsbefugnisse seitens des Gesetzgebers etwas entgegen zu setzen.

Keinesfalls darf es eine „hausrechtliche Patentlösung“ geben, mit der die Wirkung von Art. 14 pauschal und großflächig umgangen werden kann, etwa ein auf Hausrecht gestütztes generelles Fotografierverbot innerhalb von Gedächtnisinstitutionen mit Verweis auf die Empfindlichkeit von Exponaten gegenüber Blitzlicht. Eine solche Empfindlichkeit darf allenfalls zur Untersagung von Blitzlichtfotografie führen, nicht des Fotografierens generell. Auch die ohne weiteres nachvollziehbaren Zwänge von Museen hinsichtlich Fotografiervoten, die sie gegenüber privaten Leihgebern zusichern müssen, um bestimmte Exponate zu erhalten (siehe dazu längere Ausführungen des 1. Zivilsenats des BGH in „Museumsfotos“), dürfen allenfalls dazu führen, dass innerhalb der Ausstellungen selektiv das Fotografieren dort verboten wird, wo private Leihgaben einsehbar sind, nicht aber pauschal überall.

Zugleich muss klar sein, dass in Bereichen, die weder für Publikumsverkehr vorgesehen noch ohne weiteres durch beliebige Personen einsehbar sind, weiterhin das Recht der jeweiligen Hausherrin besteht, das Fotografieren generell zu untersagen und dieses Verbot

gegebenenfalls auch durchzusetzen. Um dies alles zu berücksichtigen, schlagen wir daher vor, in der Gesetzesbegründung beispielsweise wie folgt auszuführen:

„In hausrechtliche Befugnisse wird durch dieses Gesetz nicht eingegriffen. Die ausdrückliche europäische Regelung bestimmter Aspekte der Gemeinfreiheit hat jedoch auch in diesem Bereich gewisse Auswirkungen: Soweit der Zugang der Öffentlichkeit entgeltlich oder unentgeltlich zu gemeinfreien visuellen Werken oder zu im Sinne des Urheberrechtsgesetzes nicht schutzfähigen Objekten eröffnet ist, würden pauschale, auch diese Werke und Objekte erfassende und auf Hausrecht gestützte Restriktionen visueller Reproduktionen (beispielsweise durch Besucherinnen und Besucher angefertigte Fotografien) den Sinn und Zweck der Regelung des neuen § 68 UrhG ungerechtfertigt unterlaufen. Die generelle Zulässigkeit nichtstörender Vervielfältigungshandlungen muss vielmehr auch gegenüber hausrechtlichen Erwägungen Vorrang haben.“

“Quasi-Immaterialgüterrechte” an nicht schutzfähigen Objekten

Des Weiteren folgt spätestens seit Inkrafttreten der DSM-Richtlinie im Wege eines Erst-recht-Schlusses, dass es keine „Quasi-Immaterialgüterrechte“ an der visuellen Erscheinung gar nicht erst schutzfähiger Objekte geben darf. Andernfalls könnte es zu dem kuriosen Ergebnis kommen, dass etwa innerhalb des Bestandes gemischter Ausstellungen (= einstmals schutzfähige Werke werden zusammen mit anderen Objekten gezeigt) visuelle Reproduktionen der Werke frei nutzbar, solche anderer Objekte jedoch Restriktionen unterwerfbar wären.

Gleichwohl zeigen die Bezugnahmen auf das Sacheigentum in den „Sanssouci“-Entscheidungen einen problematischen Drang zur Ausdehnung der Wirkungen des Sacheigentums ins Immaterielle (siehe dazu bereits oben) – und eben nicht nur bei Gegenständen mit Werkqualität, sondern genauso bei gar nicht erst schutzfähigen Objekten. Zu nennen sind hier Fälle wie der des Mops „Sir Henry“ vor dem OLG München. Es steht zu erwarten, dass dieser nicht nur im Gefolge der Digitalisierung noch zunehmen wird. Umso wichtiger ist es, das Wort des BGH in der Entscheidung „Apfel-Madonna“ wieder hörbar zu machen:

„Die bürgerlichrechtliche Besitz- und Eigentumsordnung dient nur dem Schutz der Sachherrschaft über einen körperlichen Gegenstand“

... und damit gerade nicht der Kontrolle auch der visuellen Erscheinung in Form eines „Rechts am Bild der eigenen Sache“. Eine derart weitgehende Einschränkung des Menschen als sprichwörtliches „Augentier“ ist einzig im Bereich des Persönlichkeitsrechts gerechtfertigt und gegebenenfalls in Sonderfällen vor allem des öffentlichen Rechts, etwa rund um militärische Anlagen, weitergehend jedoch nicht.

Sowohl die aktuell im RefE zu findende als auch die oben vorgeschlagene andere Formulierung des § 68 (Abs. 1) UrhG-E müssen auf den in der Richtlinie verwendeten

Begriff der visuellen Werke abheben. Damit bleibt ein gewisser Raum für das Missverständnis, dies alles gelte nur für Objekte, die Werkqualität haben. Es ist daher dringend geboten, auf das durch Art. 14 DSM-Richtlinie noch einmal gestärkte argumentum a maiore ad minus zumindest in der Gesetzesbegründung ausdrücklich hinzuweisen:

„Das Freisein von verwandten Schutzrechten im Sinne des Urheberrechtsgesetzes gilt erst recht für Reproduktionen solcher visuell wahrnehmbarer Objekte, die bereits nicht schutzfähig sind im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG.“

Zu Artikel 1 Ziffer 35 ff. sowie den Artikeln 2 und 3 des RefE

Zum Umsetzungsvorschlag für Artikel 17 der DSM-Richtlinie (UrhDaG als neues Stammgesetz, Artikel 3 des RefE) sowie zu einigen Aspekten des Leistungsschutzrechts für Presseverleger (Ziffern 35 ff. des Artikel 1) und den vorgeschlagenen Änderungen des VGG (Artikel 2) nehmen wir zu einem späteren Zeitpunkt Stellung.

- - -