Was gemeinfrei ist, muss gemeinfrei bleiben

Über die Unzulässigkeit einer vertraglichen Verlängerung urheberrechtlicher Monopolrechte durch öffentliche Archive[1]

von Paul Klimpel und Fabian Rack

Öffentliche Archive – Täter, nicht nur Opfer

In öffentlichen Archiven werden umfangreiche Bestände verwahrt, die Zeugnis geben über die politische, gesellschaftliche, wirtschaftliche, religiöse und kulturelle Entwicklung unseres Landes. Dabei erweist sich das Urheberrecht häufig als großes Hindernis für die Digitalisierung und die Präsentation dieser Bestände im Internet. Eine Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen, wie sie etwa in der Hamburger Note von den Spitzen der Gedächtnisinstitutionen wie auch den wichtigsten deutschen Urheberrechtlern angemahnt wird,[2] ist dringend geboten. Dies sollte jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass vielfach das Urheberrecht gar kein Hindernis für die Nutzung ist, da die Objekte überhaupt nicht urheberrechtlich geschützt sind. Es sind häufig die Archive selbst, die die Nutzung gemeinfreier Rechte behindern. Sie sind nicht nur Opfer der rechtlichen Rahmenbedingungen, sondern vielfach auch Täter, wenn sie ihren (vermeintlichen) vertraglichen Gestaltungsspielraum zu Lasten der Nutzer missbrauchen.[3] Eine Beschränkung der Nutzung gemeinfreier Werke durch vertragliche Nutzungsbedingen widerspricht jedoch sowohl dem öffentlichen Auftrag von Archiven als auch gesetzlichen Wertungen.

Lizenzgebühren, damit Erlaubtes erlaubt wird?

Viele Archivalien sind gemeinfrei, sei es, dass sie nicht urheberrechtlich geschützt sind, wie etwa gewöhnliche Geschäftspost, sei es, dass die Schutzfrist abgelaufen ist. Es ist wichtig, sich vor Augen zu führen, dass urheberrechtlicher Schutz nicht die Regel, sondern die Ausnahme ist – ein ausnahmsweise einem Kreativen zugestandener Monopolschutz auf Zeit.

Trotzdem verlangen viele Archive Gebühren für die Nutzung gemeinfreier Werke. Bei dieser Nutzungsgebühr handelt es sich nicht um eine „Lizenzgebühr", zumindest nicht in dem in Deutschland gebräuchlichen Verständnis des Begriffs der Lizenz. Eine Lizenz ist – ganz allgemein – eine Erlaubnis, Dinge zu tun, die ohne diese Erlaubnis verboten sind. Speziell im Bereich des Urheberrechts wird der Begriff verwendet, wenn jemandem ein Nutzungsrecht an einem urheberrechtlich geschützten Werk eingeräumt wird. Dieses ist erforderlich, denn die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke ohne Zustimmung des Rechteinhabers (oder das Eingreifen einer gesetzlichen Erlaubnis) ist verboten und nach § 106 des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) sogar strafbar.

Sind die Archivalien beziehungsweise deren Digitalisate gemeinfrei, bedarf es keiner Erlaubnis, damit sie genutzt werden dürfen. Ein Nutzungsvertrag, der die Nutzung auf bestimmte Zwecke beschränkt und weitere Nutzungen von weiteren Zahlungen abhängig macht, tut sogar das Gegenteil von dem, was eine Lizenz regelt: Er erlaubt nicht etwas Verbotenes, sondern schränkt ver-

1 Dieser Beitrag steht unter der Lizenz CC-BY 4.0.

2 www.hamburger-note.de [Stand: 20.06.2017, gilt ebenfalls für alle nachfolgenden Hinweise auf Internetseiten].

3 „Archive und das Urheberrecht – Täter oder Opfer?" war der Titel des vom Autor gehaltenen Vortrags beim westfälischen Archivtag 2017 in Hamm.

traglich etwas Erlaubtes – die unbeschränkte Nutzung gemeinfreier Werke – ein. Die Verwendung des Begriffes Lizenz ist in solchen Fällen irreführend. Denn damit wird suggeriert, die „Erlaubnis" der Nutzung sei ein besonderes Zugeständnis. Allerdings steht der Nutzungsgebühr – anders als bei der Bereitstellungsgebühr oder der Gebühr für die Digitalisierung – keine Gegenleistung gegenüber: Gemeinfreie Werke dürfen schon ohne Beschränkung genutzt werden. Allein die auf der Sachherrschaft beruhende Position der Archive bewirkt, dass sie die Bereitstellung von Digitalisaten an Bedingungen knüpfen kann, denen sich jeder unterwerfen muss, der sie nutzen will. Die Archive behaupten für sich dadurch eine Position, die der vergleichbar ist, die bestünde, würden ihnen die urheberrechtlichen Nutzungsrechte zustehen.

Allerdings gilt diese vertragliche Verpflichtung nur gegenüber dem Nutzer – ein Dritter ist daran nicht gebunden. Damit werden Archivnutzer durch die Nutzungsbedingungen schlechter gestellt als Außenstehende, die später die dann frei zugänglichen gemeinfreien Werke nutzen. Ab dem Moment der Verfügbarkeit für Dritte verliert ein Archiv denn auch die Möglichkeit, Nutzungsbedingungen vorzuschreiben.

Um es an einem Beispiel zu konkretisieren: Wenn Verlag A das gemeinfreie Digitalisat eines Dokumentes erhält und sich vertraglich aufgrund von Nutzungsbedingungen verpflichtet, dieses Digitalisat nur einmal, in einer Ausgabe eines Buches zu verwenden, dann gilt diese Verpflichtung nur gegen den Verlag A. Ein Verlag B könnte das dann publizierte gemeinfreie Dokument frei nutzen, ohne dass das Archiv dies rechtlich verhindern könnte.[4]

Sinn und Zweck öffentlicher Archive – Archive sind keine Wirtschaftsunternehmen

Expliziter Zweck vieler Archive ist es, ihre Bestände für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Angesichts dessen erscheint es fraglich, ob der Zugang allein deshalb begrenzt werden darf, um damit ein bestimmtes Verwertungsmodell zu schützen und Einnahmen zu generieren. Dann wäre die öffentliche Finanzierung von Archiven die Subventionierung von Wirtschaftsunternehmen und müsste ganz anderen Regelungen unterfallen. Nur weil öffentliche Archive nicht als Wirtschaftsunternehmen gesehen werden, ist die öffentliche Finanzierung in der jetzt üblichen Form überhaupt zulässig.

Die Satzungen der Archive sprechen meist von „Entgelten für die Benutzung ihrer Einrichtungen". Der Begriff „Entgelt" bezeichnet eine in einem Vertrag vereinbarte Geldzahlung für eine Gegenleistung. In diesem Sinne wird der Begriff auch im Gesetz verwendet, beispielsweise im Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 286 und 288 BGB). Das Besondere am Nutzungsentgelt für gemeinfreie Digitalisate ist jedoch, dass dieser Geldleistung – wie bereits erwähnt – keine Gegenleistung gegenübersteht.

Wirtschaftsunternehmen sind in ihrer Preisgestaltung frei. Öffentliche Einrichtungen, sofern ihre Leistungen nicht ohnehin durch Steuermittel finanziert werden, sind in ihrer Gebührengestaltung grundsätzlich darauf beschränkt, sich den tatsächlich anfallenden Aufwand oder erbrachte Leistungen erstatten zu lassen.

Gemeinfreiheit und urheberrechtlicher Monopolschutz

Außerdem sind öffentliche Archive bei der Ausgestaltung von Nutzungsbedingungen verpflichtet, die objektive Rechtsordnung zu wahren; die Regeln des freien Marktes gelten nicht uneingeschränkt. Nicht alles, was faktisch möglich ist, ist zulässig, wenn es Grundgedanken der Rechtsordnung widerspricht.[5]

Die (urheberrechtliche) Gemeinfreiheit ist Teil der Rechtsordnung. Gemeinfreiheit bedeutet allgemein, dass etwa Informationen, Zeichen, Inhalte, Erfindungen und – im Urheberrecht – Werke und Lichtbilder[6] von jedermann frei genutzt werden dürfen, ohne dass es einer Zustimmung von Rechteinhabern und etwaigen Rechtsnachfolgern bedarf. Wenn Werke gemeinfrei sind, dürfen sie frei kopiert, aufgeführt, online gestellt, bearbeitet werden.

Die Entscheidung, durch das Urheberrecht nur bestimmte Werke einem Monopolschutz zu unterwerfen und diesen auch zu befristen, ist eine Wertentscheidung des Gesetzgebers. Der überwiegende Teil unseres kulturellen Erbes ist gemeinfrei. Das Bundesverfassungsgericht führte hierzu aus:

> „Das Urheberrechtsgesetz knüpft an die bisherige Rechtsentwicklung an, die nur befristete Rechte kennt. […] [Die] im Urheberrechtsgesetz geregelten Befugnisse [sind] ihrem Wesen nach Rechte auf Zeit; sowohl die geistig-schöpferische als auch die wiederschaffende Leistung sind darauf angelegt, nach einiger Zeit frei zugänglich zu werden."[7]

Es gilt ganz allgemein, dass Immaterialgüterrechte eine Ausnahme von der Gemeinfreiheit bilden,[8] nicht umgekehrt. Daher ist jede Ausnahme von der Gemeinfreiheit begründungsbedürftig. Wenn Archive Nutzungsgebühren und Nutzungsbedingungen für gemeinfreie Digitalisate vorsehen, bewirken sie eine vertragliche Verlängerung von urheberrechtlichen Positionen.

Das Bestreben öffentlicher Institutionen, über Nutzungsbedingungen oder auf andere Weise ein verlängertes Urheberrecht zu schaffen, wird in der juristischen Fachliteratur – aber auch durch die Rechtsprechung – überwiegend abgelehnt. Der BGH etwa führte zu Ausschließlichkeitsvereinbarungen von Museen aus, dass

4 Man spricht in diesem Zusammenhang von der Relativität der Schuldverhältnisse.
5 Vgl. Rupprecht Podszun, Die Marktordnung für Public Sector Information. Plädoyer für eine wettbewerbsorientierte Auslegung der Richtlinie, in: Thomas Dreier u. a., Informationen der öffentlichen Hand. Zugang und Nutzen, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, hier S. 339.
6 Sowie weitere Güter, die unter Leistungsschutzrechte nach §§ 70 ff. UrhG fallen bzw. einmal gefallen sind.
7 BVerfGE 31, 275.
8 Alexander Peukert, Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik, Tübingen 2012, Rn. 126 m. w. N.

> „der Eigentümer des einzigen körperlichen Festlegungsexemplars eines gemeinfreien Kunstwerks durch Abschluß derartiger „Lizenzverträge“ sich für einen unbegrenzten Zeitraum das Recht der gewerblichen Nutzung dieses Kunstwerkes durch Verbreitung von Kopien sichern könnte, deren Herstellung er nur von ihm ausgewählten Vertragspartnern gegen Zahlung einer „Lizenzgebühr“ gestattet. Dies wäre aber unvereinbar mit dem Rechtsgedanken, der der zeitlichen Begrenzung des Urheberrechtsschutzes zugrunde liegt, wonach nach Ablauf der Schutzfrist das Werk als geistiges Gebilde der Allgemeinheit für jede Art der Nutzung frei zugänglich sein soll.“[9]

Allerdings wird vereinzelt aus dem Sacheigentum die Befugnis abgeleitet, auch über die Nutzung von Werken zu entscheiden. So argumentiert das OLG Stuttgart in einer umstrittenen Entscheidung[10], ein Museum dürfe alleine bestimmen, wer Fotos von Ausstellungsgegenständen veröffentlichen darf, wenn diese Gegenstände im Eigentum des Museums stehen. Die ungenehmigte beziehungsweise von der Hausordnung untersagte Verwertung der Fotografien stelle eine Eigentumsverletzung dar. Angesichts der genannten Ausführungen zur Befristung des Urheberrechts erscheint es jedoch zweifelhaft, ob diese Argumentation, die in unzulässiger Weise die Grenzen zwischen Sacheigentum und Urheberrecht verwischt, im weiteren Rechtsweg Bestand haben wird.

Die PSI-Richtlinie und das Informationsweiterverwendungsgesetz

Archive müssen zudem den rechtlichen Rahmen der Informationsweiterverwendung beachten. Die 2003 in Kraft getretene und 2013 novellierte Public Sector Information-Richtlinie (PSI-Richtlinie)[11] regelt die Weiterverwendung öffentlicher Informationen und ist durch das Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) in deutsches Recht umgesetzt. Kerngedanke von PSI-Richtlinie und IWG ist explizit, die kommerzielle Weiterverwendung von öffentlichen Informationen zu fördern. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass frei nutzbare öffentliche Information zu einer Stimulierung der Wirtschaft führt[12] und der damit verbundene volkswirtschaftliche Nutzen – Förderung des Zugangs zu und den Erwerb von Kenntnissen[13], Transparenz und Demokratie[14] – regelmäßig andere Interessen überwiegt.

Informationen der öffentlichen Hand, die mit Steuermitteln erhoben wurden, sollen grundsätzlich gebührenfrei weiterverwendet[15] werden. Lediglich die tatsächlich bei der Reproduktion, Bereitstellung und Verbreitung von Dokumenten entstehenden Kosten dürfen nach § 5 Abs. 1 IWG erhoben werden. Seit der Novelle 2013 sind Bibliotheken, Archive und Museen in den Anwendungsbereich der PSI-Richtlinie einbezogen. Auch kulturelle Informationen sollen möglich breit wiederverwendet werden, damit sich ihr wirtschaftliches Potential entfalten kann.[16] Bei Kultureinrichtung sind nur solche Materialien, an denen sie Rechte des geistigen Eigentums haben, hiervon ausgenommen. Bei gemeinfreien Werken – hier bestehen keine Rechte des geistigen Eigentums – muss die Nutzung dagegen gestatten werden;[17] es greift der Grundsatz der Weiterverwendung nach § 2a S. 1 IWG.

Allerdings begründen Kulturinstitutionen häufig die Erhebung von Gebühren für die Nutzung gemeinfreier Werke mit Verweis auf das IWG. Dabei argumentieren sie, dass die sonst im IWG geltende Deckelung von Gebühren auf die tatsächlich anfallenden Grenzkosten (vgl. § 5 Abs. 1 IWG) für Kulturinstitutionen nicht gelte. § 5 Abs. 2 IWG (Art. 6 PSI-Richtlinie 2013) regelt jedoch Ausnahmen für Archive.[18] Für sie gilt, dass

> „die Gesamteinnahmen aus der Bereitstellung von Informationen und der Gestattung ihrer Weiterverwendung in dem entsprechenden Abrechnungszeitraum die Kosten ihrer Erfassung, Erstellung, Reproduktion, Verbreitung, Bewahrung und der Rechteklärung zuzüglich einer angemessenen Gewinnspanne nicht übersteigen“ dürfen (§ 5 Abs. 4 S. 1 IWG bzw. Erwägungsgrund 23 PSI-Richtlinie 2013).

Diese Formulierung wird gelegentlich dahingehend interpretiert, dass Kulturinstitutionen Gebühren erheben müssten. Dies ist falsch, denn es gibt europarechtlich keine Pflicht zur Gebührenerhebung. Vielmehr wird den Mitgliedstaaten das Recht zuerkannt, keine oder nur niedrigere (also unter den Grenzkosten liegende) Gebühren zu erheben (vgl. Erwägungsgrund 24 PSI-Richtlinie 2013).[19]

Richtig ist, dass der Spielraum von Kulturinstitutionen bei der Berechnung der Gebührenhöhe erweitert wurde, um dem Bedürfnis nach eigenen Einnahmen und den hohen Kosten für die Bewahrung des kulturellen Erbes gerecht zu werden. Ob dieser Spielraum ausreicht, um auch für die Nutzung gemeinfreier Werke Gebühren zu verlangen, erscheint jedoch zweifelhaft.

Wenn „Lizenzen“ auch dann verwendet werden dürften, wenn die öffentliche Stelle kein Schutzrecht hat, auf

9 BGHZ 44, 288 – Apfelmadonna.
10 Urteil vom 31. Mai 2017, Az. 4 U 204/16; Vorinstanz: LG Stuttgart, Urteil vom 27. September 2016, Az. 17 O 690/15.
11 Richtlinie 2003/98/EG in deren gemäß RL-2013/67/EU novellierter Fassung.
12 Vgl. Erwägungsgrund 5 der PSI-Richtlinie.
13 Erwägungsgrund 2 der PSI-Richtlinie.
14 Erwägungsgrund 16 der PSI-Richtlinie.
15 Weiterverwendung wird in § 2 Nr. 3 IWG definiert als „jede Nutzung von Informationen für kommerzielle und nicht-kommerzielle Zwecke, die über die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hinausgeht.“
16 Hannah Wirtz, Kultur für alle? Zwischen organisierter Plünderung und der Demokratisierung kultureller Güter, in: Paul Klimpel/Ellen Euler (Hrsg.), Der Vergangenheit eine Zukunft. Kulturelles Erbe in der digitalen Welt, Berlin 2015, S. 260, 261.
17 Hanna Wirtz, Die Kommerzialisierung kultureller Informationen der öffentlichen Hand. Auswirkungen der Einbeziehung kultureller Einrichtungen in den Anwendungsbereich der PSI-Richtlinie, Berlin 2017, S. 131 f.
18 Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der PSI-RL 2013 nennt als sonst umfasste Institution, die aufgrund von Rechtsvorschriften kostendeckend arbeiten müssen, z. B. den Deutschen Wetterdienst, BT-Drucks. 18/4614 S. 14 f.
19 So auch die „Leitlinien für empfohlene Standardlizenzen, Datensätze und Gebühren für die Weiterverwendung von Dokumenten“ (Amtsblatt der Europäischen Union 2014/C 240/01 vom 24. Juli 2014), wonach ein „Nulltarif-Ansatz“ nicht ausgeschlossen ist. Ferner empfiehlt die europäische Kommission den Mitgliedsstaaten, möglichst wenig Kosten in die Abrechnungsverfahren einzubeziehen oder gänzlich auf Gebühren zu verzichten, s. BR-Drs. 58/15, S. 13.

das sie sich berufen könnte, liefe das auf die Errichtung eines eigenen Lizenzregimes hinaus, das isoliert von urheberrechtlichen Wertungen weitere Einschränkungen der Weiterverwendung begründen würde. Eine solche Auslegung würde dem Sinn und Zweck des IWG wie der PSI-Richtlinie zuwiderlaufen, welche die Nutzungsmöglichkeiten von öffentlichen Institutionen erweitern wollten. Durch die Umdeutung in eine Ermächtigungsgrundlage für ein eigenes Lizenzregime mit neuen Beschränkungsmöglichkeiten würden Richtlinie und Gesetz das Gegenteil bewirken.[20] Auch die „Leitlinien für empfohlene Standardlizenzen, Datensätze und Gebühren für die Weiterverwendung von Dokumenten" der EU sprechen dafür, dass die PSI-Richtlinie kein „Ersatzurheberrecht" für gemeinfreie Werke ermöglichen soll.[21] Danach sollen für die Verbreitung bereits digitalisierter Dokumente keine Gebühren gefordert werden. Für urheberrechtlich geschützte Materialien wird empfohlen, die weitere Nutzung mittels Creative-Commons-Lizenzen zu ermöglichen. Wenn aber die Nutzung urheberrechtlich geschützter Materialien freigegeben werden soll, so muss erst recht gelten, dass Gemeinfreiheit, die keiner „Freigabe" bedarf, nicht eingeschränkt werden darf.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Ermächtigung der Kultureinrichtungen, eine „angemessene Gewinnspanne" in die Entgeltberechnung einzubeziehen. Denn diese Ermächtigung lässt sich auch nutzen, indem die Gebühren dort höher angesetzt werden, so ihnen eine tatsächliche Gegenleistung gegenübersteht. Dort lassen sich Kosten berücksichtigen, die typischerweise in Archiven anfallen (etwa die Konservierung oder Rechteklärung) und die nicht im direkten Zusammenhang mit der Bereitstellung oder Digitalisierung stehen.

Die „angemessene Gewinnspanne" ermächtigt aber keine Umgehung der Gemeinfreiheit. Auch das Bundesverfassungsgericht hat für öffentliche Institutionen abgelehnt, die Kontrolle über den Zugang zu gemeinfreien Werken dazu zu nutzen, Einnahmen zu generieren.

> „Die Gemeinfreiheit soll die allgemeine Kenntnisnahme der amtlichen Werke ermöglichen (§ 5 Abs. 2 UrhG). Diese kann auch durch überhöhte Preise erschwert werden. Der Ausschluß des urheberrechtlichen Schutzes soll verhindern, daß das Verbotsrecht des Urhebers als Druckmittel in Verhandlungen mit an der Nutzung des Werkes Interessierten eingesetzt werden kann. Die Möglichkeit des freien Nachdrucks soll dämpfend auf die Preise wirken."[22]

Diese Argumentation hat der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Baden-Württemberg 2013 in seiner juris-Entscheidung noch einmal unterstrichen. Dort wurde die Gemeinfreiheit im Zusammenhang mit der Informationsweiterverwendung diskutiert.[23] Im Verfahren vor dem VGH ging es darum, ob es einen Anspruch nach dem IWG auf Urteile des Bundesverfassungsgerichts gibt, die nach § 5 UrhG als amtliche Werke nicht urheberrechtlich geschützt sind. Der VGH bejahte einen solchen Anspruch.

Einnahmeerwartung und Nutzungsentgelt

Dass Kultureinrichtungen eigene Einnahmen erzielen sollen, war kulturpolitisch gewollt. Es entsprach dem Zeitgeist, dass 1992 die Kultusministerkonferenz eine Empfehlung für Gebühren für das Fotografieren in Museen und Archiven verabschiedete und davon ausging, dass bei gemeinfreien Werken ein „Nutzungsentgelt" erhoben werden sollte. Ein Gesetz war diese Empfehlung jedoch nie und nicht erst angesichts der Neuorientierung durch die PSI-Richtlinie und das Informationsweiterverwendungsgesetz ist ihre Gültigkeit zweifelhaft, setzt sie sich doch über gesetzliche Wertungen hinweg. Heute werden Fotografieverbote in Gedächtnisinstitutionen zunehmend kritisch gesehen – auch und gerade in den Bundesländern.[24] Dies gilt umso mehr, als dieses Ziel auch gesetzeskonform erreicht werden kann. Mit der Bereitstellungsgebühr und der Digitalisierungsgebühr regeln Archive zwei Gebührentatbestände, denen jeweils eine Gegenleistung gegenübersteht und deren Höhe sie so regeln können, dass sie einen Ausfall von Einnahmen durch den Verzicht auf ein Entgelt kompensieren können.

Rechtsdurchsetzung

Es stellt sich die Frage, ob Archive Ansprüche durchsetzen können, die daraus entstehen, dass Nutzer sich nicht an Vorgaben halten und ein gemeinfreies Digitalisat umfangreicher nutzen als vereinbart. Zunächst einmal wird für „alle Streitigkeiten nach diesem Gesetz" in § 7 IWG der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Dazu wird man auch den Verstoß gegen Nutzungsbedingungen zählen müssen. Das IWG hält allerdings für öffentliche Institutionen nicht die rechtliche Grundlage bereit, sich zur Rechtsdurchsetzung selbst einen Verwaltungsakt – etwa eine Untersagungsanordnung – zu schaffen, gegen den sein Adressat (der Nutzer) wiederum verwaltungsgerichtlich vorgehen könnte. Wenn zudem die Bedingungen selbst unzulässig sind, weil sie im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen (siehe oben), kann auch ihre Einhaltung nicht gerichtlich erstritten werden.

Ohnehin besteht gegen Dritte, die die Digitalisate verwenden, keinerlei rechtliche Handhabe, sie daran zu hindern.

Förderbedingungen und das Open-Access-Paradigma

In der Berliner Erklärung von 2003 fand das Streben nach gebührenfreier Weiterverwendung von Wissen eine wirkmächtige Formulierung; ihr haben sich inzwischen 589 Institutionen weltweit angeschlossen (Stand 20. Juni 2017).[25] Besonderheit dieser Erklärung war, dass sie, im Unterschied zu früheren Erklärungen wie der Budapester Open-Access-

20 Zu Konkurrenzen bei der Gemeinfreiheit allgemein Peukert, Gemeinfreiheit (wie Anm. 8), Rn. 203 f.
21 Amtsblatt der Europäischen Union 2014/C 240/01 vom 24. Juli 2014, im Folgenden nur als „Leitlinien" bezeichnet.
22 Beschluss vom 29. Juli 1998, Az. 1 BvR 1143/90.
23 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2013, 821 ff.
24 Vgl. hierzu einen Antrag der CDU im Landtag von NRW, der auf parteiübergreifende Zustimmung gestoßen ist: https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD16-10422.pdf.

Initiative, Gedächtnisinstitutionen als Verwalter des kulturellen Erbes ausdrücklich einbezog, um einen freien Zugang zu „Metadaten, Quellenmaterial, digitale[n] Darstellungen von Bild und Graphikmaterial" zu ermöglichen, was das Recht einschloss, dieses Inhalte „zu kopieren, zu nutzen, zu verbreiten, zu übertragen und öffentlich wiederzugeben sowie Bearbeitungen davon zu erstellen und zu verbreiten, sofern die Urheberschaft korrekt angegeben wird."[26]

Das Open-Access-Paradigma findet zunehmend Eingang in die Bedingungen öffentlicher Förderung. In den Praxisregeln Digitalisierung der Deutschen Forschungsgemeinschaft heißt es zum Beispiel:

„Bei der Digitalisierung gemeinfreien Materials wird die Markierung der Digitalisate als Public Domain erwartet."[27]

Ebenso hängt die Digitalisierungsförderung vieler Bundesländer von Open-Access-Regelungen ab.[28] Auch in Archiven, deren institutionelle Finanzierung oder Förderung keine solchen Bedingungen enthalten, erfolgt die Finanzierung der Erschließung und Digitalisierung bestimmter Nachlässe oder Sammlungen häufig projektbezogen durch Drittmittel, die mit entsprechenden Open-Access-Vorgaben verbunden sind. Es würde einen großen Verwaltungsaufwand für ein Archiv mit sich bringen, wenn bei Digitalisaten gemeinfreier Werke unterschieden werden müsste, ob die Digitalisierung von Förderern kommt, die unbeschränkten Zugang fordern oder nicht.

Fazit

Die Nutzung gemeinfreier Digitalisate vertraglich zu beschränken und Nutzungsentgelte dafür zu erheben, gründet allein darin, dass die Archive die Verfügungsgewalt über die Archivalien haben.

Diesen Nutzungsentgelten stehen keine Gegenleistungen gegenüber. Im Gegenteil: Durch die Nutzungsbedingungen wird ein Archivnutzer schlechter gestellt als ein Dritter, der ein bereits veröffentlichtes Archivgut nutzt.

Sie stehen im Hinblick auf gemeinfreie Digitalisate im Widerspruch zu einer Grundwertung des Urheberrechts, nach der Werke nach einer bestimmten Frist gemeinfrei werden sollen. Öffentliche Archive sind verpflichtet, gesetzliche Wertentscheidungen in ihrer Geschäftspolitik zu berücksichtigen.

Außerdem gehen die Gesetze zur Informationsweiterverwendung grundsätzlich davon aus, dass Informationen von Archiven möglichst frei genutzt werden dürfen. Nach den Empfehlungen zur Verwendung von freien Lizenzen sollen Archive und andere Kultureinrichtungen Digitalisate sogar dann zur freien Nutzung zur Verfügung stellen, wenn sie daran urheberrechtliche Rechte haben. Umso mehr sollten gemeinfreie Digitalisate ohne Einschränkungen zur Verfügung gestellt werden.

Zur Erzielung von Einnahmen kann das Preisgefüge über Bereitstellungs- und Digitalisierungsgebühr so gestaltet werden, dass der Bedarf der problematischen Nutzungsgebühr wegfällt, ohne dass dies zwingend mit Einnahmeeinbußen verbunden ist.

Die Durchsetzung von Verstößen gegen die Nutzungsbedingungen bei gemeinfreien Werken ist mit erheblichen Prozessrisiken verbunden sowie zeit- und kostenaufwändig. Die dafür notwendigen Ressourcen stehen in keinem Verhältnis zu den möglicherweise erreichbaren Gebühren.

Schließlich sehen sich öffentliche Fördergeber zunehmend dem Open-Access-Paradigma verpflichtet. Folge ist, dass die Erhebung von Nutzungsentgelten für gemeinfreie Werke nur zulässig wäre, wenn diese nicht den Förderbedingungen des Geldgebers widersprechen. Dies würde Differenzierungen erforderlich machen, die zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand führen.

Im Ergebnis sollten Archive sich daher auf die Erhebung von Entgelten für die Bereitstellung sowie die Digitalisierung beschränken. Beiden Entgelten steht eine klare und nachvollziehbare Gegenleistung gegenüber. Bei gemeinfreien Digitalisaten dagegen sollte sie hingegen auf ein vertraglich vereinbartes Entgelt für die bloße Nutzung verzichten.[29] ■

Dr. Paul Klimpel[30]
iRights.Law, Berlin
p.klimpel@irights-law.de

Fabian Rack
Nolte Pustejovsky, Freiburg
rack@np-recht.de

25 https://openaccess.mpg.de/3883/Signatories.
26 https://openaccess.mpg.de/68053/Berliner_Erklaerung_dt_Version_07-2006.pdf.
27 http://www.dfg.de/formulare/12_151/12_151_de.pdf (S. 43).
28 Vgl. hierzu die Diskussion zu Nachhaltigkeit und Finanzierung auf der Konferenz „Zugang gestalten!" am 18. November 2016, https://www.youtube.com/watch?v=y9lxFKmr9JQ; außerdem: https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD16-10422.pdf sowie die Koalitionsvereinbarung für die Legislaturperiode 2016–2021 in Berlin auf S. 115, abrufbar unter https://gruene.berlin/sites/gruene.berlin/files/2016-11-16-koalitionsvereinbarung_2016-21_final_0.pdf.
29 Für eine solche Struktur der Gebührenordnung plädiert auch Andrea Hänger, Vizepräsidentin des Bundesarchivs. Vgl. hierzu: Gebührenordnung im Widerspruch zu Informationsweiterverwendungsgesetz und Open Access?!, in: Ellen Euler u. a. (Hrsg): Handbuch Kulturportale. Online-Angebote aus Kultur und Wissenschaft, Berlin 2015, S. 44, 40.
30 Foto (Ausschnitt): Hansgeorg Schöner CC-BY 4.0 Lizenz.