

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Weiterbildender Masterstudiengang "INFORMATIONSDREHT" (LL.M.)

Masterarbeit

Titel: „Verwaiste Werke: Regelungsmöglichkeiten auf europäischer Ebene und Umsetzung im Deutschen Recht“

vorgelegt von

Armin Talke

Betreuende Gutachterin: Prof. Dr. Völzmann-Stickelbrock

Zweiter Gutachter: Prof. Dr. Taeger

A. EINLEITUNG: BEDARF FÜR EINE EUROPaweITE REGELUNG “VERWAISTER WERKE”	1
B. DER VORSCHLAG DER EU-KOMMISSION IM VERGLEICH	2
I. Anwendungsbereich: Privilegierte Einrichtungen	3
II. Nutzungsmöglichkeiten „Verwaister Werke“	6
1. Nutzungsmöglichkeiten privilegierter Einrichtungen	6
2. Nutzungsmöglichkeiten nicht privilegierter Einrichtungen nur im Rahmen der Schranken	6
a) Öffentliche Zugänglichmachung	6
b) Vervielfältigung	7
c) Bewertung	7
III. Anwendungsbereich: Zulässiger Zweck	8
IV. Geltung nur für veröffentlichte Werke	9
V. Suche nach dem Rechteinhaber	11
1. Ermitteln und ausfindig machen der Rechteinhaber	11
a) Ermitteln eines einzelnen Rechteinhabers	12
b) Ermitteln mehrerer Rechteinhaber	12
c) Ermitteln von Verwertern mit ausschließlichen Nutzungsrechten	13
d) Ermitteln der Rechteinhaber bei Unklarheiten hinsichtlich des Umfangs der Rechteübertragung	14
e) Die Suche nach Erben	16
f) „Ausfindig machen“ des ermittelten Rechteinhabers	17
g) Fazit: Ermitteln und ausfindig machen	18
2. Vorgaben für die sorgfältige Suche	18
a) Die sorgfältige Suche im Vergleich	19
aa) Kanada	19
bb) USA	20
cc) Ungarn	22
dd) Bewertung der einzelstaatlichen Lösungen	23
ee) Bewertung der „sorgfältigen Suche“ im RL-V	24
(1) Aufwand und Rechtssicherheit	25
(2) Spielraum der nutzenden Einrichtungen	26
(3) Technische Unterstützung für die sorgfältige Suche	27

(4) Gemeinschaftliche Werke	28
(5) Sektorenspezifische Vorgaben	28
b) Alternativen zur sorgfältigen Suche	32
aa) Befristete öffentliche Ausschreibung	32
bb) Erweiterte kollektive Lizenzen für vergriffene Werke	33
V. Beendigung des Status als verwaistes Werk nach dem RL-V	34
VI. Vorgaben des RL-V hinsichtlich der Vergütung	35
VI. Völkerrechtliche Zulässigkeit	37
1. Rechtscharakter einer Regelung für „Verwaiste Werke“	37
2. 3-Stufen-Test.....	38
3. Fazit.....	40
VII. Verhältnis des RL-V zur „Infosoc“-Richtlinie	40
 C. UMSETZUNGSVORSCHLÄGE UND -MÖGLICHKEITEN IN DEUTSCHLAND.....	 41
I. Schranke oder Wahrnehmungsregelung ?	41
1. Schrankenregelung	42
2. Wahrnehmungsfiktion	43
3. Fazit.....	43
II. Adressaten.....	44
III. Suchvoraussetzungen	44
IV. Beendigung des Waisenstatus.....	45
V. Unterlassungsanspruch	45
VI. Vergütungsanspruch für die Nutzung des verwaisten Werkes	46
VII. Verwendung der Vergütung, wenn der Rechteinhaber nicht erscheint	47
VIII. Vergütung für die Nutzung nach Beendigung des Waisenstatus	49
IX. Fazit.....	50
D. Exkurs: Vorschläge für vergriffene Werke in Deutschland.....	50

E. VERHÄLTNIS ZU BESTEHENDEN SCHRANKENREGELN DES URHEBERRECHTSGESETZES	53
I. § 52a UrhG, Öffentliche Zugänglichmachung für Forschung und Unterricht	53
1. Nutzungszweck des § 52a UrhG.....	54
2. Adressaten	54
3. Gegenstände und Umfang der Nutzung	55
4. Rechtsfolge: Zulässigkeit der „öffentlichen Zugänglichmachung“ in bestimmtem Rahmen	55
5. Vervielfältigungsrecht nach § 52a Abs.3 UrhG	56
6. Vergütung	56
7. Befristung des § 52a UrhG.....	57
II. § 52b UrhG - Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken.....	57
1. Adressaten	57
2. Gegenstand und Umfang der erlaubten Nutzung.....	57
3. Privilegierte Zwecke	58
4. Anschlussnutzung	58
5. Vergütung	59
6. Perspektive.....	59
III. § 53 UrhG	60
1. Privatkopie, § 53 Abs.1 UrhG	60
2. Vervielfältigung für eigene wissenschaftliche Zwecke	60
3. Die Vervielfältigung zur Aufnahme in ein eigenes Archiv, § 53 Abs.2 S.2 Nr.2 UrhG	61
4. Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch, § 53 Abs.2 S.2 Nr.4 UrhG	62
5. Vergütungspflicht, § 54ff. UrhG	63
6. Fazit.....	63
IV. Übertragung von Rechten über neue Nutzungsarten,	64
§ 137 I UrhG	64
1. Gegenstand.....	64
2. Voraussetzungen.....	65
3. Rechtsfolge.....	65
4. Vergleich der Folgen für den Urheber	66
5. Wechselwirkungen des § 137 I UrhG mit einer Regelung der Verwaisten Werke.....	66

F. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE, PERSPEKTIVEN67

LITERATURVERZEICHNIS69

A. EINLEITUNG: BEDARF FÜR EINE EUROPaweITE REGELUNG “VERWAISTER WERKE”

Bibliotheken, Archive und Medienanstalten machen ihre analogen Bestände zunehmend im Internet zugänglich. Eine Vielzahl der Bücher, Bilder und Filme bringen die öffentlichen Kultureinrichtungen selbst in digitale Form. Großenteils sind an der Digitalisierung aber auch Unternehmen wie Google beteiligt, mit dem Ziel, die Medien selbst im Netz zu präsentieren. Altbestand, an dem Rechteinhaber wegen des Ablaufs der urheberrechtlichen Schutzfrist keine Verwertungsrechte mehr geltend machen können, dürfen dabei ohne Zustimmung der Schöpfer oder deren Rechtsnachfolger in digitale Form gebracht und öffentlich zugänglich gemacht werden. Rechtliche Hindernisse ergeben sich vorwiegend dort, wo die Frist der urheberrechtlichen Schutzrechte noch nicht abgelaufen ist oder wo nicht sicher vom Fristablauf ausgegangen werden kann, weil der Werkschöpfer oder dessen Todeszeitpunkt unbekannt ist. Ohne Risiko eines Urheberrechtsverstoßes können die Kultureinrichtungen ihre Bestände nicht verwerten, weil Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche in Verbindung mit Abmahnkosten drohen.

Bei den Werken, deren Rechteinhaber nicht gefunden und daher nicht um Zustimmung gebeten werden können, handelt es sich immer auch um solche, die vergriffen sind und auch anderweitig nicht verwertet werden. Daher ist es umso bedauerlicher, dass öffentliche Einrichtungen, die für die Bewahrung des kulturellen Erbes zuständig sind, sie der Allgemeinheit nicht digital zugänglich machen dürfen: Ein wirtschaftlicher Konflikt mit Rechteinhabern, die ein konkurrierendes digitales Angebot der Kultureinrichtungen fürchten müssten, besteht ja hier gar nicht. Weil es gleichzeitig einen politischen Auftrag zum Aufbau von digitalen Bibliotheken gibt, widerspricht das politische Sollen dem rechtlichen Dürfen. Um diesen Widerspruch aufzulösen, wurden in Kanada, Ungarn und des USA Lösungen geschaffen oder vorgeschlagen, die es erlauben, Werke ohne Zustimmung des Rechteinhabers zu digitalisieren und online zu nutzen, wenn nur zuvor sorgfältig nach ihm gesucht wurde.

Hier soll vorwiegend auf den im EU- Gesetzgebungsverfahren befindlichen Vorschlag der Kommission vom 15.5.2011 eingegangen werden (im Folgenden: RL-V). Da er sich im „ordentlichen Gesetzgebungsverfahren“ nach Art.294 AEUV (ehemals Mitentscheidungsverfahren) befindet, ist die Zustimmung des Europäischen Parlaments und des Rates erforderlich. Am 1.3.2012 hat der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments Änderungsvorschläge angenommen¹, die er dem Plenum des Europäischen Parlaments zur Entscheidung vorlegen wird. Basis dieser Arbeit ist der Stand des unveränderten Kommissions-Vorschlags. An geeigneten Stellen wird auf die im Rechtsausschuss angenommenen Änderungsvorschläge hingewiesen.

Neben dem Vorschlag der EU-Kommission liegen in Deutschland drei Initiativen von Bundestagsfraktionen zum Umgang mit verwaisten Werken vor. Diese Arbeit befasst sich daher auch mit den Umsetzungsmöglichkeiten einer einschlägigen Regelung nach deutschem Recht und ihren Wechselwirkungen mit bestehenden Schranken.

Das Thema wird vorwiegend am Beispiel von Bibliotheksmaterialien behandelt. Sämtliche Aussagen treffen aber auch auf die übrigen im RL-V genannten Materialarten zu.

B. DER VORSCHLAG DER EU-KOMMISSION IM VERGLEICH

Am 24.5.2011 legte die EU-Kommission ihren „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke“² (RL-V) vor. Der Vorschlag greift die oben genannten, bereits in anderen Ländern diskutierten Regelungen für Voraussetzungen und Rechtsfolgen auf: Zentrale Aspekte sind die sorgfältige Suche, die Privilegierung

¹ Committee on Legal Affairs, Minutes, Meeting of 1 March 2012 (JURI_PV(2012)0301_1), S.2f.; Committee on Legal Affairs, Voting List on the draft report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works (JURI/7/06115), 29.2.2012

² KOM(2011), 289 endgültig (Im Folgenden: RL-V)

bestimmter Kultureinrichtungen im Hinblick auf die Nutzung und deren Rechtsfolgen sowie die Möglichkeit der Beendigung des Status als „Verwaistes Werk“ durch den oder die Rechteinhaber. Eine Vergütung für den Rechteinhaber ist, nach der Beendigung, nur für die nicht nach Art. 6 Abs.2 RL-V im öffentlichen Interesse liegenden Zwecke der nutzenden Einrichtungen vorgesehen (Art.7 Abs.1, UAbs.4 RL-V). Der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments (EP) folgt hier dem RL-V der Kommission nicht³: Rechteinhaber sollen nach den dort am 1.3.2012 angenommenen Änderungsvorschlägen im Rahmen der Zwecke des Art.6 Abs.2 RL-V eine angemessene („appropriate and fair“) Vergütung erhalten. Art.7 RL-V würde nach dem im Rechtsausschuss angenommenen Vorschlag gestrichen werden.⁴ Danach wären die Zwecke, die über Art.6 Abs.2 RL-V hinausgehen, unzulässig. EU-spezifische Besonderheit des RL-V ist das Ziel der gegenseitigen Anerkennung der national umzusetzenden Normen, Art.4 RL-V. Nach ErwGr 6 sollen dadurch „Hindernisse für das Funktionieren des Binnenmarkts und die Nutzung und den grenzüberschreitenden Zugang zu verwaisten Werken“ beseitigt werden.

I. ANWENDUNGSBEREICH: PRIVILEGIERTE EINRICHTUNGEN

Nach Art.1 Abs.1 RL-V sollen öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen oder Museen sowie Archive, im Bereich des Filmerbes tätige Institute und öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten von der Richtlinie profitieren. Damit ist klar gestellt, dass andere öffentliche Einrichtungen oder Gewerbetreibende die Werke nicht selbst ins Netz stellen dürfen. Sie dürfen jedoch die Inhalte über eine Suchmaschine auffindbar machen und verlinken, weil hierin keine urheberrechtlich relevanten Verwertungshandlungen liegen⁵. Durch die Beschränkung auf bestimmte Einrichtungen werden Unternehmen und Privatpersonen im Hinblick auf die Zulässigkeit einer eigenen Internet-Präsentation verwaister Werke also von

3 Committee on Legal Affairs, AMC 19, s. Fn1

4 Committee on Legal Affairs, AM 148/149, s. Fn.1

5 BGH, Urteil vom 17.7.2003 – I ZR 259/00, GRUR 2003, 958 (960)

Vornherein benachteiligt. Die Begründung des RL-V⁶ ist in dieser Hinsicht nicht nachvollziehbar: Die EU-Kommission verweist dort auf ihre Empfehlung zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung aus dem Jahr 2006⁷, in der sie die Mitgliedstaaten dazu aufgefordert hat, Maßnahmen zu ergreifen, um das wirtschaftliche und kulturelle Potenzial des europäischen Kulturerbes mit Hilfe des Internets optimal auszunutzen. Es geht zwar schon in dieser Empfehlung vor allem um das Material aus Beständen der Bibliotheken, Archive und Museen, das digitalisiert werden soll. Dass das Material aber nur von diesen Einrichtungen selbst im Internet zugänglich gemacht und Unternehmen sowie Privatpersonen davon ausgeschlossen werden sollen, ist dort nicht vorgesehen. Die Empfehlung spricht auch von der Möglichkeit der Weiterverwendung in verschiedenen Wirtschaftszweigen, insbesondere der Kreativbranche⁸. Eine Verwertung im Rahmen der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte bleibt für Unternehmen ohne Zustimmung der Rechteinhaber jedoch unzulässig, so lange die Nutzung der verwaisten Werke auf die nach Art.1 Abs.1 des RL-V privilegierten Kultureinrichtungen beschränkt bleibt. Finanzielle Beiträge und Public Private Partnerships (PPP), die nach ErwGr.18 des RL-V bei der Digitalisierung eine Rolle spielen können, sind für Gewerbetreibende wenig attraktiv, wenn sie die Digitalisate nicht selbst im Internet präsentieren können. Die 2006 von der EU-Kommission zur Untersuchung der Möglichkeiten des Ausbaus digitaler Bibliotheken eingesetzte High Level Expert Group hat in ihrem Final Report⁹ darauf hingewiesen, dass Unternehmen für die Massendigitalisierung finanzielle Förderung, Technologie, Software und Expertise beisteuern können. Die bisherigen Erfahrungen zeigen auch, dass Unternehmen wie Google – u.a. in Bezug auf urheberrechtsfreies Material – stark engagiert sind und in PPP die Digitalisierung voranbringen. Auch der dem Final Report vorangegangene Bericht der Copyright Subgroup hatte noch keine so starke Beschränkung des Adressatenkreises wie in Art.1 Abs.1 RL-V empfohlen: Der Non-Profit-Bereich insgesamt sollte nach dem Bericht von erleichterten Bedingungen profitieren¹⁰.

6 RL-V, Begründung, S.1

7 Empfehlung der Kommission vom 24. August 2006 zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung, (2006/585/EG), ErwGr. 2

8 Empfehlung der Kommission vom 24.8.2006 (2006/585/EG), ErwGr.3

9 High Level Expert Group on Digital Libraries: Final Report, S.7

10 Digital Libraries, High Level Expert Group – Copyright Subgroup: Final Report, S.15

Ein Unternehmen wie Google hat einen Anreiz für die Investition in die Digitalisierung von Kulturgut, weil das Unternehmen die von ihm erzeugten Bilder – jedenfalls soweit es sich um gemeinfreies Material handelt – selbst in seiner Google Book Search nutzen darf¹¹. Wenn Unternehmen aber die Verwaisten Werke nicht selbst präsentieren dürfen, wird es zu solchen Partnerschaften in Bezug auf Verwaiste Werke nicht kommen. Unternehmen bedürfen für den Abschluss von PPP eines Anreizes, damit sich ihre Investition in die Digitalisierung für sie lohnt¹². Der Entwurf des U.S. Copyright Office sah – in Bezug auf seinen Vorschlag zur Nutzarmachung verwaister Werke von 2006 – aus diesem Grund und wegen der Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen kommerzieller und nichtkommerzieller Nutzung eine Beschränkung des Kreises der potentiellen Nutzer als ungünstig an¹³. Die EU-Kommission verkennt diese Situation offenbar, obwohl sie gerade solche Partnerschaften fördern möchte¹⁴. Fraglich ist aufgrund der Erfahrungen in Kanada, wo nach Sect.77 Copyright Act¹⁵ der Nutzerkreis nicht beschränkt ist, ob die Begrenzung auf bestimmte Einrichtungen nach Art.1 Abs.1 RL-V die Bemühungen, das wirtschaftliche und kulturelle Potenzial des europäischen Kulturerbes mit Hilfe des Internets optimal auszunutzen, nicht konterkariert¹⁶. Gemäß einer Studie aus dem Jahr 2009¹⁷ ist in Kanada das Interesse an der Nutzung verwaister Werke unter Unternehmen und Privatpersonen größer ist als bei Kultureinrichtungen. Bildungseinrichtungen und Museen stellen in Kanada nur 16 % der Nutzer, während Unternehmen 37 % und Einzelpersonen 31 % ausmachen. Die EU-weite Regelung der verwaisten Werke ist allerdings Teil einer umfassenden Strategie zur Digitalisierung des kulturellen Erbes. Weil Bibliotheken und andere Kultureinrichtungen in ihren Digitalisierungsarbeiten durch Programme auf Gemeinschaftsebene umfangreiche Förderungen beantragen

11 Ceynowa, Der ,BSB-Google-Deal, S.3

12 High Level Expert Group, Final Report, S.8

13 U.S. Copyright Office, Report, S. 122 ff.; Durantaye, Fordham Ent. 2011, S.229 (249)

14 RL-V, ErwGr.18

15 Canada Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42)

zuletzt geändert am 12.12.2005

16 Durantaye, ZUM 2011, S. 777 (778)

17 De Beer / Bouchard, S.36f.

können, ist zumindest eine finanzielle Grundlage für die intensive Nutzung der gesetzlichen Möglichkeiten vorhanden¹⁸.

II. NUTZUNGSMÖGLICHKEITEN „VERWAISTER WERKE“

Der RL-V schafft für die privilegierten Einrichtungen neue Nutzungsmöglichkeiten, während Nicht-Privilegierte die Werke nur im Rahmen der bereits bestehenden Schrankenregeln verwerten dürfen.

1. NUTZUNGSMÖGLICHKEITEN PRIVILEGIERTER EINRICHTUNGEN

Nach Art.6 Abs.1 des RL-V dürfen die privilegierten Kultureinrichtungen die Werke vervielfältigen und öffentlich zugänglich machen. Die Bearbeitung oder Umgestaltung lässt der RL-V nicht zu.

2. NUTZUNGSMÖGLICHKEITEN NICHT PRIVILEGIERTER EINRICHTUNGEN NUR IM RAHMEN DER SCHRANKEN

Unternehmen dürften sich für die Weiterverwendung verwaister Werke, die von den nach Art.1 Abs.1 RL-V privilegierten Einrichtungen genutzt werden, nur auf die bereits bestehenden urheberrechtlichen Schrankenregeln berufen.

a) Öffentliche Zugänglichmachung

Die Schrankenregelungen der „Infosoc“-Richtlinie¹⁹ sehen die öffentliche Zugänglichmachung „ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung“ vor. Kommerzielle Zwecke sind

18 Beispiele für Förderungsmöglichkeiten: Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), Wissenschaftliche Literaturversorgungs- und Informationssysteme: Schwerpunkte der Förderung bis 2015, S.15; DFG, Förderbereich „Erschließung und Digitalisierung“; http://www.dfg.de/foerderung/programme/infrastruktur/lis/lis_foerderbereiche_programme_aktion_slinien/index.html#micro113676, letzter Zugriff am 22.3.2012 ; Europäische Kommission: Draft ICT PSP work programme 2012, 20.12.2011

19 Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Infosoc-RL)

hiervon ausgeschlossen, Art. 5 Abs. 3 der Infosoc-RL. In Deutschland wurde diese Regelung durch § 52a UrhG umgesetzt. Unternehmen gehören danach nicht zum Kreis der durch die Unterrichts-Ausnahme Privilegierten: Nach § 52a UrhG dürfen die Materialien nur an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung öffentlich zugänglich gemacht werden. Die Norm begrenzt die Anwendbarkeit außerdem auf einen sehr beschränkten Benutzerkreis und auf „kleine Teile“ (Unterricht) bzw. „Teile“ (Forschung) von Werken ein. Weil sowohl der Unterricht als auch die Forschung nur nichtkommerzielle Zwecke verfolgen dürfen, ist die Regelung für Gewerbetreibende weitgehend unattraktiv.

b) Vervielfältigung

Dauerhafte Vervielfältigungen dürfen gem. § 53 Abs.2 S.3 i.V.m. Abs.2 S.1 Nr.4 und Abs.2 S.2 Nr.1 zu kommerziellen Zwecken nur „auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung“ hergestellt werden. Nach § 53 Abs. 2 Nr.4 UrhG ist die Vervielfältigung für „sonstige“ Zwecke, zu denen die gewerbliche Nutzungen gehört, bei nicht seit mindestens 2 Jahren vergriffenen Werken auf „kleine Teile“ begrenzt. Gewerbetreibende müssen sich nach dem RL-V im Wesentlichen darauf beschränken, die Digitalisate zu betrachten oder zu lesen²⁰. Einzelpersonen, also etwa Privatmenschen oder Wissenschaftler, müssen sich ebenfalls im Rahmen der für sie in Art. 5 der Infosoc-RL geltenden Schranken halten. Ein Recht zur Nutzung von Bearbeitungen ist nach den bestehenden Schrankenregelungen ebenfalls nicht vorgesehen.

c) Bewertung

Obwohl nach der Empfehlung der Kommission von 2006²¹ auch die Kreativbranche und das kreative Schaffen gefördert werden sollen, können die verwaisten Werke nicht als Basis für eigene verwertbare Produkte genutzt werden. Auch die

20 Durantaye, ZUM 2011, 777, 778

21 Empfehlung der Kommission vom 24.8.2006 (2006/585/EG), ErwGr.2; Durantaye, ZUM 2001, S. 777, 778

Nutzung nichtkommerzieller Bearbeitungen durch Wissenschaftler, wie etwa mit Kommentierungen versehene verwaiste Werke, ist einerseits aufgrund des beschränkten Privilegierten-Kreises, andererseits wegen des von Art. 6 Abs.1 des RL-V ausgeschlossenen Rechts zur Bearbeitung unzulässig²². Der Vorschlag²³ des US Copyright Office aus dem Jahr 2006 dagegen war für die gewerbliche Nutzung offen: Er sah zur Förderung kreativen Schaffens das Recht der Bearbeitung vor – und zwar ohne Beschränkung auf einen engen Kreis privilegierter Einrichtungen.

II. ANWENDUNGSBEREICH: ZULÄSSIGER ZWECK

Der von den Mitgliedstaaten obligatorisch umzusetzende Art.6 Abs.2 RL-V sieht vor, dass die nach Art.1 Abs.1 RL-V privilegierten Einrichtungen die verwaisten Werke „nicht nutzen dürfen, um andere Ziele zu verfolgen als solche, die ihren im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben“,...“ insbesondere die Bewahrung und Restaurierung von Werken sowie die Zugänglichmachung zu Werken, die in ihren Sammlungen enthalten sind, zu kulturellen und bildungspolitischen Zwecken“ entsprechen. Soweit sich Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie auf diesen obligatorischen Teil beschränken, könnte es möglicherweise auch ausgeschlossen sein, für die Nutzung verwaister Werke PPP mit Unternehmen einzugehen. Dass am 1.3.2012 im EP-Rechtsausschuss eine Änderung angenommen wurde, die die Möglichkeit des Abschlusses von PPP propagiert²⁴, stellt daher einen gewissen Widerspruch dar. Denn durch PPP werden mittelbar auch gewerbliche Interessen von fördernden Unternehmen verfolgt. Im Vergaberecht etwa gelten als „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art“ (§ 98 Nr.2 S.1 GWB) solche, die nicht allein dem Interesse des Rechtsträgers (bzw. der an ihm Beteiligten), sondern der Befriedigung kollektiver Bedürfnisse dienen²⁵. Nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs.2 RL-V ist schon *jedes* „andere Ziel“ neben den genannten kulturellen Zwecken unzulässig. PPP dürften demnach

22 Durantaye, ZUM 2011, S. 777, 778

23 U.S. Copyright Office, Report, S. 127

24 Committee on Legal Affairs, AM 33, s. Fn.1

25 Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 98 GWB, Rn.27

ausscheiden, wenn gewerbliche Unternehmen neben der Befriedigung kollektiver Bedürfnisse auch eigene Interessen verfolgen. Nach Art.7 Abs.1 RL-V dürfen die EU-Mitgliedstaaten unter den in dieser Norm genannten Voraussetzungen den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Einrichtungen genehmigen, ein verwaistes Werk auch zu anderen als den in Artikel 6 Absatz 2 genannten Zwecken zu nutzen. Die Kultureinrichtungen dürfen demnach also auch mit Gewinnerzielungsabsicht handeln oder kommerzielle Zwecke Dritter unterstützen, wenn der jeweilige Mitgliedstaat das zulässt. Insoweit wäre also auch eine Förderung durch Gewerbetreibende im Rahmen von PPP's zulässig. Allerdings ist hierfür angesichts mangelnder eigener Nutzungsmöglichkeiten der Unternehmen möglicherweise nicht genügend Anreiz vorhanden. Wenn, wie vom Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments vorgeschlagen²⁶, Art.7 der RL-V gestrichen wird, erübrigt sich die Frage des Anreizes.

III. GELTUNG NUR FÜR VERÖFFENTLICHTE WERKE

Nach Art. 1 Abs.2 RL-V gilt die Richtlinie für bereits veröffentlichte oder gesendete Werke. Ein großer Teil der in den privilegierten Einrichtungen, insbesondere den Archiven, gesammelten Materialien ist jedoch unveröffentlicht²⁷. In Bibliotheken sind, häufig aus Nachlässen stammend, Briefe, Autographen, Dokumentationsfotografien, Architekturpläne, Zeitzeugenberichte etc. vorhanden, die nie veröffentlicht wurden²⁸. Im Hinblick auf den Zweck der Europeana und der Deutschen Digitalen Bibliothek, das Kulturerbe möglichst vollständig digital zugänglich zu machen²⁹, stellt die Beschränkung auf veröffentlichtes Material in mehrfacher Hinsicht ein Hindernis dar. Einerseits ist es bei unveröffentlichten Werken oft ganz besonders schwierig, den Urheber zu identifizieren, ausfindig zu

26 Committee on Legal Affairs, March 1, AM 148/149, s. Fn.1

27 Society of American Archivists, "Orphan Works: Statement of Best Practices", S.1

28 Stellungnahme des Deutschen Bibliotheksverbandes zum Richtlinienvorschlag der Kommission, 9.8.2011; <http://www.bibliotheksverband.de/dbv/presse/presse-details/article/bibliotheksverband-begruessst-eu-richtlinienvorschlag-zu-verwaisten-werken.html>, letzter Zugriff am 22.3.2012

29 Europäisches Parlament, Ausschuss für Kultur und Bildung, Bericht vom 3.3.2010 über „Europeana – die nächsten Schritte“ (2009/2158(INI));

machen und um Zustimmung zu bitten³⁰. Andererseits würde gerade in Bezug auf diese Materialien, die nur an einem Ort vorhanden und zugänglich sind, die Öffnung der Archive der Wissenschaft wichtige Quellen eröffnen³¹. Das Kanadische Beispiel zeigt, dass die Beschränkung auf Werke, die mit Zustimmung des Autors veröffentlicht wurden, die Nutzung erheblich erschwert. Gerade bei älteren Werken ist oft gar nicht feststellbar, ob sie bereits veröffentlicht worden sind³². Das behindert die Nutzung älterer noch urheberrechtlich geschützter Werke insgesamt, denn die Grundvoraussetzung der Veröffentlichung müsste vor der Prüfung aller weiteren Tatbestandsmerkmale festgestellt werden³³. Nach Ansicht des US Copyright Office ist die Beeinträchtigung des Urhebers unveröffentlichter Materialien nicht unverhältnismäßig hoch: Sein Verwertungsrecht sei nicht in hohem Maße betroffen, weil er sich im Falle, dass er selbst das Werk nutzen möchte, auffindbar machen könne. Sein Persönlichkeitsrecht sei vor allem nur während seiner Lebenszeit relevant. In dieser Zeit sei er aber bei einer sorgfältigen Suche regelmäßig auch auffindbar³⁴. Fraglich ist, ob die Zulassung der Nutzung unveröffentlichter Verwaister Werke nach dem Ablauf einer bestimmten Frist gegen Persönlichkeitsgrundrechte verstoßen würde. Die Frist könnte so ausgestaltet sein, dass nach deren Ablauf vermutet wird, dass der Urheber nicht mehr lebt. In Betracht kommt eine Frist von 70 Jahren nach Entstehung oder bei Nichtfeststellbarkeit des Entstehungszeitpunktes nach der Aufnahme in den Bestand der jeweiligen Kultureinrichtung. Das entspricht auch der Regelung für anonyme und pseudonyme Werke auf europäischer Ebene nach Art.1 Abs.6 der Schutzdauer-Richtlinie³⁵ und in Deutschland, § 66 Abs.1 S.2 UrhG.

30 Lüder, GRUR Int 2010, S. 677 (678f.)

31 Durantaye, ZUM 2011, S. 777 (781); Graf, Urheberrechtsfibel, S.38

32 de Beer/Bouchard, S.11 f.

33 U.S. Copyright Office, Report, S.100 f.

34 U.S. Copyright Office, Report, S.101

35 Richtlinie 2006/116/EG der Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (Schutzdauer-Richtlinie).

IV. SUCHE NACH DEM RECHTEINHABER

Zentrale Voraussetzung für die Charakterisierung eines Werkes als „verwaist“ ist nach Art.2 RL-V die „sorgfältige Suche“. Ein Werk gilt danach „als verwaistes Werk, wenn der Rechteinhaber nicht ermittelt oder, selbst wenn ermittelt, nicht ausfindig gemacht worden ist, nachdem eine sorgfältige Suche nach dem Rechteinhaber gemäß Artikel 3 durchgeführt und dokumentiert worden ist.“ Die Mitgliedstaaten können in ihren nationalen Gesetzen neben den privilegierten Einrichtungen selbst auch andere Einrichtungen für die Durchführung der sorgfältigen Suche vorsehen³⁶.

Hat ein Werk mehr als einen Rechteinhaber und wurde einer von ihnen ermittelt und ausfindig gemacht, gilt das Werk nach dem RL-V nicht als verwaist. Die sorgfältige Suche wird in Art.3 Abs.1 RL-V definiert: Danach ist Voraussetzung für die Suche, dass nach jedem Werk „Konsultation der für die betreffende Kategorie des Werks geeigneten Quellen durchgeführt“ werden. „Welche Quellen für die einzelnen Kategorien von Werken geeignet sind, wird von jedem Mitgliedstaat in Absprache mit den Rechteinhabern und den Nutzern bestimmt.“ Für die nähere Definition der Quellen wird in Art.3 Abs.2 auf die dem RL-V beigefügte Anlage verwiesen. In ihren Erwägungsgründen gibt der RL-V weitere Hinweise darauf, wie die Mitgliedstaaten die sorgfältige Suche umsetzen können: Nach ErwGr.13 des RL-V soll „ein harmonisiertes Konzept für eine solche sorgfältige Suche aufgestellt werden. Eine sorgfältige Suche sollte die Konsultation öffentlich zugänglicher Datenbanken beinhalten, die Informationen über den Urheberrechtsstatus eines Werks liefern.“

1. ERMITTELN UND AUSFINDIG MACHEN DER RECHTEINHABER

Die sorgfältige Suche muss mit dem Ziel durchgeführt werden, den Rechteinhaber zu „ermitteln“ und „ausfindig zu machen“. Sinn der Suche ist also nicht in erster Linie, die Bedingungen für die Qualifikation eines Werkes als „verwaist“ zu

³⁶ RL-V, ErwGr.12

erfüllen, sondern den für den Abschluss eines Lizenzvertrages notwendigen Rechtsträger zu finden³⁷.

a) Ermitteln eines einzelnen Rechteinhabers

Die Frage, wer überhaupt durch die „sorgfältige Suche“ gefunden werden soll sowie was „ermitteln“ und „ausfindig machen“ heißt, stellt sich erst auf den zweiten Blick als problematisch heraus. Unter „ermitteln“ dürfte die eindeutige Zuordnung des Werkes zu einer Person zu verstehen sein. Jedoch schon wenn es nur einen Rechteinhaber gibt, kann es schwierig sein, diesen zu identifizieren. Das gilt besonders für Werkarten, die üblicher Weise unter Pseudonym oder ganz ohne Urhebervermerk erschaffen und veröffentlicht werden³⁸. Auch wenn er das Werk mit einem Hinweis auf seinen echten Namen versehen hat, kann es – unter Ausnahme prominenter Urheber – schwierig sein, dem Namen eindeutig eine Person zuzuordnen³⁹.

b) Ermitteln mehrerer Rechteinhaber

Nach Art.2 Abs.2 RL- V gilt das Werk nicht als verwaist, wenn einer der Rechteinhaber ermittelt und ausfindig gemacht wurde. Naheliegender Anwendungsfall ist z.B. nach deutschem Recht der des gemeinschaftlichen Werkes nach § 8 UrhG. Ein solches zeichnet sich dadurch aus, dass mehrere Urheber ein Werk gemeinsam geschaffen haben, ohne dass sich ihre Anteile gesondert verwerten lassen, § 8 Abs.1 UrhG. Es besteht hier ein gemeinsamer Plan, ein gemeinsamer Wille und ein gemeinsames Ziel⁴⁰. Die gesonderte Verwertung ist z.B. bei Filmwerken, an denen mehrere Personen mitgewirkt haben, oder bei gemeinsamen wissenschaftlichen Aufsätzen nicht möglich. Hier muss die Suche also von vornherein auf mehrere Personen gerichtet sein. Der Rechtsausschuss des EP hat die besonders ungünstige Situation bei der Suche nach mehreren Rechteinhabern erkannt und in seiner Sitzung vom 1.3.2012 einen Änderungsvorschlag zu Art.2. Abs. 2 RL-V

37 U.S. Copyright Office, Report, S.96

38 U.S. Copyright Office, Report, S.23

39 U.S. Copyright Office, Report, S.25

40 Schulze, in: Dreier / Schulze, § 8 Rn.2

beschlossen. Danach soll ein Werk schon dann als verwaist gelten, wenn nur einer der Rechteinhaber nach der sorgfältigen Suche nicht gefunden wurde⁴¹.

c) Ermitteln von Verwertern mit ausschließlichen Nutzungsrechten

Soweit ein Urheber ausschließliche Nutzungsrechte an einen Verwerter wie z.B. einen Verlag oder einen Filmproduzenten übertragen hat, muss sich die Voraussetzung des „Ermittelns“ auch auf diese beziehen. Neben den Verwertern muss nach deutschem Recht auch in den Fällen der ausschließlichen Übertragung der Nutzungsrechte der Urheber selbst der Verwertung zustimmen, wenn nicht auch gemäß § 35 Abs.1 S.1 UrhG die Zustimmung zur Unterlizenzierung erteilt ist. So lange der Urheber der Einräumung weiterer Rechte nicht zugestimmt hat, kann er sie verhindern⁴². Da es in Art. 2 RL-V um die Suche nach denjenigen Personen geht, deren Zustimmung für die Nutzung erforderlich ist, ist der Urheber also „Rechteinhaber“ im Sinne von Art.2 RL-V auch in Bezug auf die Nutzungsart, für die er dem Verwerter bereits ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat. Die Situation entspricht der bei den gemeinschaftlichen Werken, wo, abgesehen von Ausnahmefällen, nur alle Urheber gemeinschaftlich über das Rechte am Werk verfügen dürfen. „Halbwaise“, also solche Werke, bei denen zwar der Verwerter als ausschließlicher Rechteinhaber, z.B. ein Verlag, ermittelt und aufgefunden wurde, jedoch nicht der Urheber, sind nach dem RL-V demnach keine „Waisen“ (Art.2 Abs.2 RL-V). Also müssen für die Zustimmung sowohl Verlag als auch Urheber aufgefunden werden. Es gilt, wie auch im o.g. Fall der gemeinschaftlichen Werke oder mehrerer Erben das „Alles oder Nichts“ – Prinzip: Wenn alle Rechteinhaber gefunden werden, kann nach deren Zustimmung das Werk genutzt werden. Wenn kein Rechteinhaber gefunden wird, kann das Werk als „verwaistes Werk“ genutzt werden. Wenn jedoch nur einer oder mehrere, aber nicht alle Rechteinhaber gefunden werden, darf das Werk gar nicht digitalisiert und ins Netz gestellt werden.

Soweit sicher ist, dass ein Urheber einem Verwerter nur einfache Nutzungsrechte übertragen hat, ist der Verwerter kein nach Art. 2 und 3 RL-V zu ermittelnder

41 Committee on Legal Affairs, AMC 14, s. Fn.1

42 Schulze, in: Dreier / Schulze, § 35 Rn.10

Rechteinhaber. Das ergibt sich schon daraus, dass ihm kein Ausschließlichkeitsrecht, das durch die zustimmungslose Verwertung verletzt würde, zusteht. Ob sich die ursprüngliche Übertragung bestimmter ausschließlicher Nutzungsrechte, z.B. die der Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG oder der Verbreitung i.S.d. § 17 UrhG auch auf die Rechtesituation hinsichtlich der online-Nutzung im Internet als vor 1995 unbekannter⁴³ Nutzungsart beziehen konnte, hängt z.B. in Deutschland davon ab, ob nach § 137 I Abs.1 S.1 UrhG „alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt“ wurden. Eine hier relevante Frage ist auch, ob sich daraus zu Gunsten der Verwerter die Fiktion einer auch auf die vormals unbekannte Nutzungsart bezogene Übertragung ausschließlicher Rechte ergibt⁴⁴.

d) Ermitteln der Rechteinhaber bei Unklarheiten hinsichtlich des Umfangs der Rechteübertragung

Fraglich ist, ob sich der Begriff des „Ermittelns“ auch auf die juristische Feststellung des Rechteinhabers bezieht, wenn gesichert ist, dass zwischen zwei Parteien – etwa einem Urheber und einem Verwerter – eine Rechteübertragung stattgefunden hat, jedoch noch ungeklärt ist, ob damals ein ausschließliches oder nur ein einfaches Nutzungsrecht übertragen wurde. Soweit nur eine einfache Rechteübertragung stattgefunden hat, bleibt der Urheber allein verfügungsbefugter Rechteinhaber. Wenn eine Übertragung ausschließlicher Nutzungs- oder zumindest Verbotsrechte stattgefunden hat, sind nach den o.g. Grundsätzen sowohl Urheber als auch Verwerter Rechteinhaber im Sinne des RL-V. Für Werke, bezüglich derer zwischen 1966 und 1995 Verwertungsrechte eingeräumt wurden, kann die Frage, ob es sich um eine einfache oder ausschließliche Rechteeinräumung gehandelt hat, nur relevant sein, wenn sich als Rechtsfolge aus § 137 I UrhG die Fiktion der ausschließlichen Rechteinhaberschaft des begünstigten Verwerter an der unbekanntem Nutzungsart ergibt⁴⁵. Hat die Rechteübertragung vor dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes am 1.1.1966 stattgefunden, konnten ohnehin Rechte

43 OLG Hamburg, Urteil vom 11. 5. 2000 - 3 U 269/98, NJW-RR 2001, 123

44 S.u., S.64ff.

45 S.u., S.65f.

auch in Bezug auf noch unbekannte Nutzungsrechte übertragen werden⁴⁶. Weil ab 1995 die online-Nutzung keine „unbekannte Nutzungsart“ mehr war, konnten die Urheber den Verwertern nach 1995 also das Recht zur online-Nutzung im Internet, das unter die „öffentliche Zugänglichmachung“ nach § 19a UrhG fällt, einräumen. Ob ein Verwerter daraus die Position des nach Art.2 und 3 RL-V zu ermittelnden Rechteinhabers erlangt, ist nun allerdings davon abhängig, ob er Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts geworden ist. Nach § 8 Verlagsgesetz (VerlG) ist der Urheber durch den Verlagsvertrag, soweit nichts anderes geregelt ist, verpflichtet, dem Verleger das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung (Verlagsrecht) zu verschaffen. Der Verleger kann gegen den Verfasser sowie gegen Dritte die Befugnisse ausüben, die zum Schutze des Urheberrechts durch das Gesetz vorgesehen sind, soweit der Schutz des Verlagsrechts es erfordert, § 9 Abs.2 VerlG. Zwar sollen unter die Enthaltungspflicht über die in § 2 VerlG genannten keine weiteren Nutzungsarten wie die online-Zugänglichmachung im Internet fallen. Jedoch ist es eine Frage der Vertragsauslegung, ob etwas anderes vereinbart ist⁴⁷. In die Auslegung des Verlagsvertrags ist die Zweckübertragungslehre nach § 31 Abs.5 UrhG einzubeziehen. Nach § 31 Abs.5 S.2 UrhG kann ein Nutzungsrecht auch in der Weise übertragen sein, dass der Berechtigte dinglich mehr verbieten darf als er selbst nutzen kann⁴⁸. Die Reichweite des Verbotsrechts ist an Hand des Vertragszwecks unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu bestimmen⁴⁹.

In Fällen, in denen der Urheber eines Werkes und der Verlag, zwischen denen 1995 oder danach ein Vertrag über die Übertragung von Nutzungsrechten geschlossen wurde, ermittelt und ausfindig gemacht werden, ergibt sich folgende Überlegung: Wenn der Urheber der Online-Nutzung eines Werkes durch einen Dritten (z.B. eine Bibliothek) zustimmt, kann die fehlende Zustimmung des Verlages den Dritten nicht an der Nutzung hindern, es sei denn, dass sich aus der Auslegung des Verlagsvertrags ergibt, dass dem Verlag (zumindest) ein Verbotsrecht im Hinblick auf die Online-Nutzung und die Vervielfältigung zu diesem

46 Vgl. § 14 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901

47 Schrickler, VerlR, § 2 Rn.9

48 Jan Bernd Nordemann / Nordemann, § 31 Rn.44

49 Schrickler, VerlR, § 8 Rn.5b

Zwecke zustehen soll. Bei dem Gegenstand handelt es sich aber um ein verwaistes Werk, das nach Art.6 RL-V genutzt werden kann, wenn der Urheber selbst nach Durchführung der sorgfältigen Suche nicht ermittelt oder aufgefunden werden kann und der Vereinbarung über die Nutzungsrechtsübertragung nicht entnommen werden kann, dass der Verlag Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts oder zumindest eines Verbotsrechts gegenüber Dritten geworden ist.

Handelt es sich um einen Verlagsvertrag aus der Zeit vor Inkrafttreten des UrhG, der sich auch auf die Übertragung von Nutzungsrechten an unbekanntem Nutzungsarten bezogen hat, hat der Verlag ein ausschließliches Recht zur online-Nutzung erhalten. Dessen Ermittlung und Ausfindigmachen verhindert dann den „Waisenstatus“.

e) Die Suche nach Erben

Für die Suche nach Erben eines Urhebers, auf die das Urheberrecht gemäß § 28 UrhG nach seinem Tod übergeht, sieht der RL-V keine anderen Suchkriterien als für den Urheber selbst vor. Der Weg über Nachlassgerichte oder das zentrale Testamentsregister ist für die nutzungswilligen Einrichtungen versperrt. Für die Feststellung, wer z.B. in Deutschland nach den Vorschriften des 5. Buches des BGB im Einzelfall gesetzlicher Erbe ist, gibt es davon abgesehen kein zentrales Register. Für die Verwaltung der Nachlassakten sind zunächst die Nachlassgerichte am Wohnsitz des Erblassers zuständig, § 343 FamFG. Jedoch kann dort nach § 357 Abs.1 FamFG nur Einsicht in die eröffnete Verfügung von Todes wegen nehmen, wer ein rechtliches Interesse hat. Ein solches liegt vor, wenn der Inhalt der eröffneten Verfügung von Todes wegen auf die rechtlichen Beziehungen des die Einsicht Begehrenden einwirken kann⁵⁰. Da es hierbei darum geht, dass Rechte zu verfolgen oder Ansprüche abzuwehren sind⁵¹, fällt eine Bibliothek, die die Zustimmung zur Nutzung des Werkes erlangen möchte, nicht unter die privilegierten Personen. Seit 1.1.2012 sind die Unterlagen im Zentralen Testamentsregister zu melden, § 2 ZTRV. Registerauskünfte werden nach § 8 ZTRV nur an Notare und Gerichte unter den engen Voraussetzungen des § 78d Abs.1 BNotO

50 Reichsgericht, Beschluss vom 30.03.1936 IV B 7/36, RGZ 151, 57 (62 ff.)

51 Mayer, in: MünchKomm, ZPO, § 357 FamFG, Rn 4

erteilt. Das Erbe wird nach § 2038 Abs.1 BGB gemeinschaftlich verwaltet, so dass auch alle Erben Inhaber des Immaterialgüterrechts sind, über das sie nach § 2040 BGB auch nur gemeinschaftlich verfügen können. Das gilt zumindest so lange, wie nicht eine Erbauseinandersetzung nach §§ 2042 ff. BGB stattgefunden hat. Soweit diese nicht erfolgt ist und bei der sorgfältigen Suche auch nur einer der Erben gefunden wurde, handelt es sich also nach Art.2 Abs.2 RL-V nicht mehr um ein „verwaistes Werk“. Damit eine Bibliothek in diesem Fall ihr Werkexemplar im Internet zugänglich machen darf, muss sie sich, nach der Ausgangsfassung des RL-V, um die Zustimmung aller Erben bemühen. Die nutzungswillige Einrichtung wird daher hoffen, dass sie gar keinen Erben identifiziert und ausfindig macht. Dass der Werkschöpfer selbst verstorben ist und es auf die Zustimmung der Erben ankommt, dürfte heute bei Literatur zumindest aus der 1. Hälfte des 20. Jahrhunderts häufig vorkommen. Nach dem oben erwähnten Änderungsvorschlag des EP-Rechtsausschusses besteht der Waisenstatus auch dann, wenn ein oder mehrere, jedoch nicht alle Erben ermittelt und gefunden wurden.

f) „Ausfindig machen“ des ermittelten Rechteinhabers

Soweit der Rechteinhaber „ermittelt“ ist, muss er „ausfindig gemacht“ werden. Dafür ist es erforderlich, die (E-Mail-) Adresse, Telefonnummer oder eine andere Kontaktmöglichkeit herauszubekommen.

Soweit es sich bei den nutzenden Einrichtungen um Behörden oder andere öffentliche Stellen handelt, kommt nach § 18 Abs.1 MRRG eine Auskunft aus dem Melderegister in Betracht. Voraussetzung dafür wäre, dass die Digitalisierung für die „Erfüllung der in der Zuständigkeit der nutzungswilligen Einrichtung liegenden Aufgaben erforderlich“ ist. In Fällen, in denen keine Todesdaten verfügbar sind, bleibt ansonsten unklar, ob durch eine aufgefundene Adresse bereits der Status des Verwaisten Werkes ausgeschlossen ist.

Da es um die Zustimmung zur Rechteübertragung geht, ist es ausreichend, eine vertretungsberechtigte Person, z.B. den bevollmächtigten Literaturagenten, über eine der genannten Kontaktmöglichkeiten erreichen zu können⁵². Bedenken gegen

52 U.S. Copyright Office, Report, S.96

die auf das ausfindig machen („to locate“) gerichtete Suche wurden im Rahmen der Beratungen über eine Regelung der verwaisten Werke in den USA geäußert: Wenn die erfolglose Suche zur Folge hat, dass sein Werk als „verwaist“ ohne seine Zustimmung verwertet werden kann, sei der Rechteinhaber gezwungen, seine Kontaktinformationen zugänglich zu halten⁵³.

g) Fazit: Ermitteln und ausfindig machen

Zu berücksichtigen ist, dass nach Absolvierung der Recherche in den Quellen die Voraussetzungen der sorgfältigen Suche nicht nur für die Werke erfüllt sind, deren Rechteinhaber nicht „ermittelt“ werden konnten: Zu den verwaisten Werken gehören auch die, deren Rechteinhaber „ermittelt“, aber nicht ausfindig gemacht wurden, Art.2 Abs.1 RL-V⁵⁴. Es stellt sich die Frage, ob die Verwertung als „verwaistes Werk“ schon dann ausgeschlossen ist, wenn eine Adresse des Rechteinhabers in einer der in der Anlage des RL-V genannten Datenbanken genannt ist. Zu überlegen ist, ob bereits ein unbeantwortetes Schreiben an den Urheber unter der eingetragenen Adresse, zu einer „Verweisung“ führen soll: Das würde bedeuten, dass das Schweigen des Rechteinhabers als eine Art Zustimmung zur Nutzung gewertet wird. Dies widerspräche grundsätzlich dem bisherigen Verständnis vertraglicher Nutzungsrechtsübertragung⁵⁵.

2. VORGABEN FÜR DIE SORGFÄLTIGE SUCHE

Die sorgfältige Suche nach dem Rechteinhaber, deren erfolglose Durchführung nach dem RL-V Voraussetzung für die Klassifikation eines Werkes als „verwaist“ ist, erfordert die „Konsultation der für die betreffende Kategorie des Werks geeigneten Quellen“ (Art.3 Abs.1 RL-V). Die Wahl der geeigneten Quellen überlässt der RL-V den Mitgliedstaaten, die sie nach Art.3 Abs.2 „in Absprache mit den Rechteinhabern und den Nutzern“ bestimmen sollen. Die Selbstständigkeit der Mitgliedstaaten ist jedoch insoweit eingeschränkt, als die in der Anlage

53 U.S. Copyright Office, Report, S.97

54 S.o.

55 Grunert, in: Wandtke/ Bullinger, § 34 Rn.9; U.S. Copyright Office, Report, S.97

des Richtlinienvorschlags aufgeführten Informationsquellen eingeschlossen werden sollen.

a) Die sorgfältige Suche im Vergleich

Fraglich ist, ob die im RL-V vorgesehene Form der sorgfältigen Suche effizient ist. Um dies besser bewerten zu können, sollen zunächst die in anderen Rechtsordnungen vorgeschlagenen oder verabschiedeten Modelle der Suche nach Rechteinhabern vorgestellt werden.

aa) Kanada

Für die Nutzung von verwaisten Werken in Kanada muss nach Art. 77 des Kanadischen Copyright Act („Owners who cannot be located“)⁵⁶ vor der Nutzung beim Copyright Board eine Lizenz beantragt werden. Art.77 Abs.1 macht zur Voraussetzung der Nutzung von verwaisten Werken, dass „reasonable efforts“ vorangegangen sind, um den Rechteinhaber zu finden. Dem Copyright Board werden keine detaillierten Prüfungskriterien vorgegeben. Gegen ein starres, gesetzlich vorgegebenes Verfahren, das die für die sorgfältige Suche zu konsultierenden Informationsquellen verbindlich bestimmt, hatte es wegen der Unterschiedlichkeit der Werkarten und Nutzungsszenarien in Kanada Bedenken gegeben. Die nutzungswilligen Einrichtungen können deswegen aber auch selbst nicht auf gesetzliche Vorgaben zurückgreifen. Die Abwesenheit formaler Standards hat den Vorteil, dass das Board sich bei der Beurteilung der sehr unterschiedlichen Fallkonstellationen und Medienarten ein weites Ermessen bewahrt⁵⁷. Das Copyright Board selbst hat aufgrund Art.77 Abs.4 einige Regeln aufgestellt. Es erwartet von den nutzungswilligen Einrichtungen, dass sie sich in Datenbanken u.a. von Verwertungsgesellschaften, Verlagen und in Bibliotheken über mögliche Rechteinhaber informiert haben⁵⁸. Die vorherige Lizenzvergabe durch das Copyright Board

56 Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42); <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/FullText.html> , letzter Zugriff am 22.3.2012

57 de Beer/ Bouchard S.17 f. mwN ???

58 de Beer / Boucher s.19; Copyright Board Canada, Unlocatable Copyright Owners Brochure; <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/brochure1-e.html> , letzte Änderung: 7.7.2001, letzter Zugriff am 23.3.2012

verleiht den nutzenden Einrichtungen vor Beginn der Verwertung der verwaisten Werke Rechtssicherheit⁵⁹. Der Aufwand ist jedoch hoch, wenn die Nutzung jedes Werkes einzeln beantragt und geprüft werden muss⁶⁰. Für Massendigitalisierungsverfahren und 30.000 Kultur- und Wissenschaftseinrichtungen⁶¹ als mögliche Antragsteller allein in Deutschland ist das Verfahren daher wenig geeignet. Die Lizenz des Copyright Board gilt nur für die Nutzung innerhalb Kanadas⁶².

bb) USA

Schon 2006 hat das U.S. Copyright Office in der Begründung seines gescheiterten Vorschlages zur Regelung der „Orphan Works“ in Section 514 des U.S. Copyright Act (17 U.S.C.) Überlegungen zu Vorgaben für eine sorgfältige Suche angestellt. Der Vorschlag des Copyright Office lautete wie folgt:

“...where the infringer:

(1) prior to the commencement of the infringement, performed a good faith, reasonably diligent search to locate the owner of the infringed copyright and the infringer did not locate that owner, ...

(2)...

the remedies for the infringement shall be limited”

Der Vorschlag unterscheidet sich von dem kanadischen Lizenz-Modell wesentlich. Die „reasonable search“ sollte nach dem gescheiterten Vorschlag des U.S. Copyright Office erst im Streitfall durch das Gericht überprüft werden⁶³. In dem vom Kongress abgeänderten Entwurf wurde die notfalls im Gerichtsverfahren vom Nutzer zu beweisende Recherche insoweit konkretisiert, als zumindest die Datenbanken des vom Copyright Office geführten Register of Copyright zu überprüfen sind und ggf. auch kostenpflichtige Suchdienste beauftragt werden

59 Bouchard, Rede: Facilitating Access to Culture in the Digital Age – WIPO Global Meeting on Emerging Copyright Licensing Modalities, 4. November 2010, “Making Orphan Works Available”; www.wipo.int/multimedia-video/en/meetings/wipo_cr_lic_ge_10/bouchard_05112010.mp3, letzter Zugriff am 23.3.2012

60 Durantaye, ZUM 2011, 777, 785

61 Fraunhofer, Auf dem Weg zur Deutschen Digitalen Bibliothek, S.13

62 Copyright Board Canada, Unlocatable Copyright Owners Brochure

63 v. Gompel/ Hugenholtz, S.8 ff

mussten⁶⁴. Das Copyright Office⁶⁵ plädierte davon abgesehen für möglichst viel Flexibilität, um der Bandbreite der verschiedenen Medientypen und der Nutzungsszenarien Rechnung zu tragen: Für die notfalls durch ein Gericht zu beurteilenden Beurteilung der Suchschritte, die die jeweilige Einrichtung vor der Verwertung absolviert hat, kann zunächst die Nutzer-Charakterisierung relevant sein: Die Kriterien konnten also im Einzelfall unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob es sich dabei um eine natürliche Person, ein kommerzielles Unternehmen oder eine Non-Profit-Organisation handelte. Darüber hinaus sollte in die Beurteilung einfließen, ob die Art der Nutzung selbst mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgt. Für die unterschiedlichen Werktypen, z.B. eine Fotografie ohne Urhebervermerk, eine Anzeige in einer alten Zeitschrift, einen vergriffenen Roman oder ein altes Computerprogramm sollten an eine sorgfältige Suche unterschiedliche Ansprüche gestellt werden. Gegen die Festlegung starrer Such-Standards spricht nach Ansicht des Copyright Office auch die Verschiedenheit der für die in Betracht kommenden Medientypen vorhandenen und sich immer neu entwickelnden Recherchemöglichkeiten: Wenn für einen bestimmten Werktyp ein bekanntes und umfassendes Register der Rechteinhaber existiere oder Suchmaschinen wie Google zu immer besserer Auffindbarkeit der Rechteinhaber führten, könnten Case-by-Case-Entscheidungen der Gerichte das bei der Beurteilung des „orphan“-Status berücksichtigen. Ein allgemeiner und detaillierter Standard sei dagegen angesichts der sich ständig ändernden Suchmöglichkeiten nicht geeignet⁶⁶. In den USA lehnten gerade Einrichtungen wie Bibliotheken, die als häufige Nutzer verwaister Werke in Frage kommen, eine Standardisierung ab⁶⁷.

Einige Berichterstatter des Reports hatten Einwände gegen jegliche Festlegung von Suchkriterien: Größere Digitalisierungsprojekte würden wegen des unverhältnismäßigen Aufwandes einer Suche undurchführbar. Ein Berichterstatter schlug stattdessen objektive Kriterien für das Werk selbst, wie z.B. dessen Alter, ob es vom Rechteinhaber noch verwertet wird und ob es in einem freiwilligen Register gelistet ist, vor⁶⁸. Die vom U.S. Copyright Office vorgeschlagene Lö-

61 v. Gompel / Hugenholtz, S.8 ff.; Peukert, GRUR Int 2006, 786 ; Spindler/Heckmann, GRUR Int 2008, 271, 274

65 U.S. Copyright Office, Report, S. 99-108

66 U.S. Copyright Office, Report, S.109

67 U.S. Copyright Office, Report, S.109

68 U.S. Copyright Office, Report, S 71f, Fn.216

sung des Problems der verwaisten Werke hat den Vorteil, dass vor dem Beginn der Nutzung der Werke im Gegensatz zum kanadischen Modell kein aufwändiges Lizenzierungsverfahren durchzuführen ist. Ein Berichterstatter für den Report des Copyright Office wies jedoch zurecht auf den großen Nachteil mangelnder Rechtssicherheit hin⁶⁹: Darüber, ob ihre Suchbemühungen ausreichend sorgfältig waren, entscheidet, wenn die vorherige Lizenzierung nicht Voraussetzung für die Nutzung ist, im Zweifel erst ein Gericht. Die große Flexibilität der Voraussetzungen hat auch den Nachteil, dass die nutzungswilligen Kultureinrichtungen keine Möglichkeit haben, ein für die Massendigitalisierung standardisiertes Verfahren einzuführen. Die verbleibende Unsicherheit zwingt die digitalisierenden Institutionen dazu, an Stelle von Lizenzgebühren selbst hohe Rücklagen zu bilden.

cc) Ungarn

In Ungarn ist – wie in Kanada – für die Nutzung verwaister Werke ein Lizenzmodell vorgesehen. Die territorial beschränkte Nutzungsberechtigung ist vorab beim Patentamt zu beantragen. Es sind Nutzungsgebühren zu entrichten⁷⁰. Die gesetzlichen Suchvoraussetzungen der potentiellen Nutzer sind in Ungarn standardisiert und anspruchsvoll⁷¹: Die Nutzungswilligen müssen alle allgemein zumutbaren Maßnahmen zur Auffindung des Autors erfolglos ergriffen haben. Erforderlich ist, dass mindestens in zugänglichen (online-) Datenbanken, z.B. den Werkregistern des Ungarischen Patentamts und der Verwertungsgesellschaften, in Bibliothekskatalogen und Findmitteln von Archiven, in Verzeichnissen von Verlagen und amtlichen Personenregistern recherchiert werden. Darüber hinaus hat der Nutzungswillige seine Verwertungsabsicht in einer landesweiten Zeitung zu inserieren. Für Massendigitalisierungen dürfte dieses Modell angesichts der hohen Suchvoraussetzungen unverhältnismäßig viel Aufwand bedeuten. Für sich gesehen hat die Verpflichtung zum Inserat in einer Zeitung den Vorteil, dass sie mit wenig Kosten verbunden ist und durchaus erfolgversprechend sein könnte.

69 U.S. Copyright Office, Report, S 55f.

70 Copyright Subgroup, S.14; Fodor, Verwaiste Werke im ungarischen Urheberrecht, MR-Int 2010, S. 25; § 57 A-C, Gesetz Nr. LXXVI von 1999 über das Urheberrecht (Ungarn)

71 Fodor, Verwaiste Werke im ungarischen Urheberrecht, MR-Int 2010, S. 25, 26; Verordnung Nr. 100/2009 (V.8.)Korm.

dd) Bewertung der einzelstaatlichen Lösungen

Die Beispiele zeigen, wie schwierig es ist, einerseits angemessene Voraussetzungen für den Eingriff in das ausschließliche Verwertungsrecht der Rechteinhaber zu schaffen, andererseits aber die Regelung, der Unterschiedlichkeit der Werkkategorien und Nutzungsszenarien angemessen, ausreichend flexibel zu halten. Die Modelle, die vor der Nutzung die Lizenzvergabe durch eine staatliche Einrichtung vorsehen, haben den Vorteil, dass die nutzenden Einrichtungen, denen eine solche erteilt wird, hinsichtlich drohender Rechtsfolgen für Rechtssicherheit sorgen⁷². Ihr Nachteil liegt in ihrer – auf den Einzelfall bezogenen - mangelnden Flexibilität. Insgesamt kann man die Frage nach der Lösung der „verwaisten Werke“ jedoch nicht auf das Paradigma „Lizenzmodell = Rechtssicherheit / „Case-by-Case“-Modell = mehr Flexibilität“ reduzieren. Denn es kommt auf die jeweilige Ausgestaltung des Modells an. Das zeigt z.B. das kanadische Modell mit seiner einzelfallbezogenen Lizenzierung⁷³. Weitere Nachteile der Lizenz-Modelle können, je nach Gestaltung, im hohen Aufwand des Lizenzierungsverfahrens und der Lizenzkosten liegen. Letzteres gilt vor allem dann, wenn durch die lizenzerteilende Einrichtung schon vorab die volle Vergütungssumme für jedes Werk verlangt wird, obwohl voraussichtlich nur ein geringer Teil der Rechteinhaber den „verwaist“-Status beenden und die Mittel abrufen wird⁷⁴. Dann stellt sich auch die Frage, wann und an wen diese Überkompensation verteilt werden soll. Der Nachteil des flexiblen Case-by-Case-Modells ist, dass die mangelnde Rechtssicherheit zu hohen Kosten führen kann, wenn auftauchende Rechteinhaber vollen Schadensersatz verlangen und im Nachhinein durch Gerichte festgestellt wird, dass die Suche nicht sorgfältig genug war. Auch wenn mehr Rechteinhaber als kalkuliert auftauchen, können die Kosten steigen. Das Risiko liegt dann bei der nutzenden Einrichtung.

Bei der Entwicklung der Such-Kriterien selbst sind die Ziele der Regelung und die davon betroffenen Eigentumsrechte der Rechteinhaber im Auge zu behalten. Am

72 de Beer/ Bouchard, S.17; Bouchard, Rede (Fn.59)

73 S.o., S.20

74 Durantaye, ZUM 2011, 777, 787; Kuhlen, De revolutionibus

Ende steht ein Abwägungsergebnis, das Ziele des RL-V und Urheberrechte gleichermaßen berücksichtigt.

Der Nachteil jedes einzelstaatlichen Modells liegt darin, dass die Nutzung (also auch die öffentliche Zugänglichmachung im Internet) wegen des urheberrechtlichen „Territorialitätsprinzips“, nach dem für eine Rechtsverletzung jeweils die *lex loci protectionis* gilt⁷⁵, nur im Inland zulässig ist. Insoweit weist der Vorschlag der gegenseitigen Anerkennung in Art. 4 RL-V in die richtige Richtung. Auch für eine weltweite Regelung der verwaisten Werke durch WIPO-Verträge gibt es einen Vorschlag⁷⁶, der bei der nächsten Sitzung des (WIPO-) „Standing Committee on Copyright and Related Rights“ (SCCR) in die Diskussion eingehen wird⁷⁷.

ee) Bewertung der „sorgfältigen Suche“ im RL-V

Die Such-Vorgaben des RL-V der EU-Kommission sind das Resultat der Beiträge verschiedener Arbeitsgruppen: Im Vorfeld des RL-V haben verschiedene Gremien, die sich mit den Vorgaben für die „sorgfältige Suche“ befasst haben, berichtet und Stellung genommen. Nach einem Bericht der Copyright Subgroup der High Level Expert Group von 2008⁷⁸ sollte es für die sorgfältige Suche Grundprinzipien („Key Principles“) geben⁷⁹: Darunter fallen sektorspezifische Kriterien, der Aufbau einer Datenbank für verwaiste Werke und ein Mechanismus zur Rechtklärung. Für die Suchkriterien sehen die „Diligent Search Guidelines“⁸⁰ gemeinsame Kernprinzipien in Bezug auf alle Werktypen vor. Differenzierungen sollten dann bei der Ausgestaltung dieser Prinzipien in den Mitgliedstaaten möglich sein. Weil die Copyright Subgroup erkannt hat, dass sich in den verschiedenen Werkkategorien die Informationsressourcen und Suchtechniken schnell

75 Art.5 Abs.2 S.2 RBÜ; v.Welser, in: Wandtke/Bullinger, vor §§ 120 ff, Rn.4

76 DRAFT Treaty on Copyright Exceptions and Limitations for Libraries and Archives, Art.13, International Federation of Library Associations (IFLA) u.a.; http://www.ifla.org/files/hq/topics/exceptions-limitations/documents/TLIB_v4.1.pdf (letzter Zugriff am 23.3.2012)

77 World Intellectual Property Organization (WIPO), Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR), Twenty-Third Session, Conclusions, Punkte 2 und 3 , Dokument zuletzt geändert am 5.12.2011, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_23/sccr_23_ref_conclusions.pdf , letzter Zugriff am 23.3.2012

78 Copyright Subgroup

79 Copyright Subgroup, S.26

80 High Level Expert Group, Diligent Search Guidelines

ändern, hat sie sich dafür ausgesprochen, nur ein Minimum an Recherche-Schritten allgemein vorzuschreiben und den Rest einem flexiblen Ansatz zu überlassen⁸¹. Der RL-V geht jedoch offenbar mit den im Anhang genannten sektorspezifischen Quellen, die nach Art.3 Abs.2 RL-V in die nationalen Suchkriterien eingehen sollen, über bloße Grundprinzipien hinaus. Die Suche soll nach Art.3 Abs.1 RL-V jeweils in Bezug auf den einzelnen Titel durchgeführt werden⁸². Das möchte der Rechtsausschuss des EP ändern: Er schlägt vor, die individuelle Titelsuche durch eine Suche (nur) nach gutem Glauben („good faith“) zu ersetzen⁸³. Zu den angemessenen Suchschritten kann es nach den Guidelines, wie z.B. auch in Ungarn vorgeschrieben⁸⁴, auch gehören, eine öffentliche Bekanntmachung des Vorhabens auf einer Webseite, einer Fachzeitschrift, der lokalen oder überregionalen Presse zu veröffentlichen⁸⁵. Daneben sehen die Guidelines auch Fachverbände und –netzwerke, Newsletter inbegriffen, als geeignete Bekanntgabe-Medien an.

(1) Aufwand und Rechtssicherheit

Die nutzungswilligen Einrichtungen investieren viel in den Digitalisierungsablauf: Es entstehen u.a. Kosten für die Auswahl der zu digitalisierenden Werke, die Anlegung bzw. Pflege des Metadatensatzes in online-Katalogen, die Überprüfung der Digitalisierungs-Tauglichkeit des physischen Materials, die Erzeugung der Bilder auf teuren Scannern bzw. mit Scan-Robotern, die innere Strukturierung des digitalen Zugriffs auf die Werke, z.B. Seitenzahlen und Kapitel bei einer Monographie, die OCR- Software für die Volltexterfassung, die Datenspeicher und die Programmierung von Präsentationssoftware für die digitalen Bibliotheken⁸⁶. Niemand kann erwarten, dass z.B. eine Bibliothek diese Investitionen leistet, wenn im Vorhinein nicht eindeutig geklärt ist, ob es sich um Werke handelt, deren Nutzung zulässig ist. Die Kosten erhöhen sich, je nach Suchvoraussetzungen und

81 Copyright Subgroup, S.15

82 Vgl. The European Digital Libraries Initiative, Sector Specific Guidelines on Due Diligence Criteria for Orphan Works Joint Report, S.2

83 Committee on Legal Affairs, 1 March 2012, AMC 15, s. Fn.1

84 S.o., S.22f.

85 Joint Report, S.5

86 Pfennig, FS Loschelder, S.279, 282 f.; Weymann u.a., S.11

– verfahren, durch die Forderung nach einer sorgfältigen Suche⁸⁷. Sie kann daher zu einem Verhinderungsfaktor für Massendigitalisierungen werden⁸⁸. Dass die Verwertung der Werke wieder zurückgezogen werden muss, wenn ein später erscheinender Rechteinhaber sie untersagt, fällt auch unter die Kategorie der Rechtssicherheit und des Vertrauens in die festgelegten Suchschritte. Denn niedrige oder aufgrund einer zu allgemeinen gesetzlichen Vorgabe für die sorgfältige Suche falsch ausgerichtete Suchkriterien können sich als Bumerang erweisen: Wurden zu wenig oder die falschen Informationsquellen konsultiert, tauchen später umso mehr Rechteinhaber auf, die die Verwertung untersagen können. Dieser Fall ist gar nicht unwahrscheinlich, weil durch die Publikation im Internet ohnehin die Chancen steigen, dass die Urheber oder deren Rechtsnachfolger sich melden. Man kann die Veröffentlichung verwaister Werke im Internet daher auch als „Recherche durch Publikation“ bezeichnen⁸⁹.

(2) Spielraum der nutzenden Einrichtungen

Den Leitlinien⁹⁰ zufolge sollte es der einzelnen nutzungswilligen Einrichtung überlassen sein, zu beurteilen, welche Informationsquellen im Einzelfall angemessen sind⁹¹. Aus dem RL-V allerdings geht dieser Beurteilungsspielraum der Einrichtungen nicht klar hervor. Die geeigneten Quellen werden nach Art.3 Abs.1 RL-V von den Mitgliedstaaten bestimmt. Sie müssen nach Art.3 Abs.2 RL-V die im Anhang angeführten sektorenspezifischen Quellen als Mindestmaßstab⁹² vorsehen. ErwGr.13, nach dem eine sorgfältige Suche die Konsultation öffentlich zugänglicher Datenbanken, die Informationen über den Urheberrechtsstatus eines Werks liefern, „beinhalten sollte“, spricht ebenfalls nicht für einen großen Spielraum der einzelnen Einrichtungen bei der individuellen Festlegung von Suchkriterien. Der Rechtsausschuss des EP möchte die Suchkriterien hier sogar noch ver-

87 Pfennig, FS Loschelder, S.179, 283

88 Kuhlen, De revolutionibus

89 Steinhauer, GRUR-Prax 2011, 288, 290

90 Copyright Subgroup, S.26

91 Copyright Subgroup, S.15, 26

92 Committee on Legal Affairs, AM 26, s. Fn.1

schärfen, indem er vorschlägt, die in den „Due Diligence Guidelines“ erwähnten Quellen ebenfalls berücksichtigen zu lassen⁹³.

(3) Technische Unterstützung für die sorgfältige Suche

Der in den Leitlinien genannte Mechanismus zur Rechteklärung besteht aus Werkzeugen, die die Datenbanken und „Rights Clearing Centers“ koordinieren sollen. Ein solcher Mechanismus ist „Arrow“⁹⁴, ein interoperables System zur Identifizierung von Rechteinhabern und der Klärung der Rechte⁹⁵, mit dem ermittelt werden soll, ob ein Werk vergriffen oder verwaist ist. „Arrow“ soll darüber informieren, wer Rechteinhaber ist und die Rechte verwaltet. Als „one-stop-shop“⁹⁶ für die sorgfältige Suche soll das System in der Lage sein, verschiedene Datenbanken wie ein Register der verwaisten Werke und ein Netzwerk von „Right Clearing Centers“ zu verknüpfen, so dass die privilegierten Einrichtungen mit nur einer Abfrage alle relevanten Datenbanken abfragen können⁹⁷. Bisher ist „Arrow“ nur für Printwerke gedacht. Der Ansatz soll jedoch später auch für andere Werkkategorien genutzt werden⁹⁸. Von der Funktionsfähigkeit des Systems hängt der Aufwand für die Durchführung einer sorgfältigen Suche ab. Von den Möglichkeiten von „Arrow“ hängt auch ab, in welchem Umfang Suchvorgaben der europäischen und nationalen Gesetzgeber auch real zur Digitalisierung verwaister Werke führen. Die gesetzliche Verpflichtung, eine jeweils auf die individuellen Werke bezogene Suche in diversen Datenbanken vorzunehmen, kann nur dann zu umfangreichen Digitalisierungen verwaister Werke führen, wenn dies durch ein System wie „Arrow“ erheblich erleichtert wird und idealer Weise auf Knopfdruck passieren kann. Technik und Recht stehen zueinander in besonderer Wechselwirkung.

93 Committee on Legal Affairs, AMC 15, s. Fn.1

94 Accessible registries of rights information and orphan works

95 Copyright Subgroup, Annex 5; Lüder, S.679

96 Rede von Nelie Kroes, Vizepräsidentin der EU Kommission, „Launch of ARROW“, 10.3.2010; Speech/11/163, S.3;

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/163&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> ; letzter Zugriff am 23.3.2012

97 Lüder, S.679

98 Kroes, (Fn 96), S.3

(4) Gemeinschaftliche Werke

Gemeinschaftliche Werke einer Vielzahl von Urhebern werden im RL-V und dessen Anhang nicht anders behandelt als Werke einzelner Urheber. Dabei sind Suchanforderungen, die nicht „auf Knopfdruck“ erfüllt werden können, hier ganz besonders problematisch: Ziel der Richtlinie ist es ja, die Verwertung von urheberrechtlich geschützten Werken, die von den Rechteinhabern selbst nicht mehr genutzt werden, möglich zu machen. Hängt die Hürde zu hoch, wird das Ziel verfehlt⁹⁹. Das Grünbuch „Urheberrechte in der Wissensbestimmten Wirtschaft“ vom 16.8.2008¹⁰⁰ beschreibt die gegenwärtige Rechtslage (also ohne Regelung für verwaiste Werke) so: „Abgesehen von der Schadenersatzfrage können sich vor allem bei Werken mehrerer Urheber die Lokalisierung oder Ermittlung der Rechteinhaber als zu kosten- und zeitintensiv erweisen, um den Aufwand zu rechtfertigen.“ Diese Einschätzung dürfte allerdings auch für den Fall zutreffen, dass eine „sorgfältige Suche“ in Bezug auf gemeinschaftliche Werke hohe Anforderungen stellt.

(5) Sektorenspezifische Vorgaben

Nach Art.3 Abs.3 RL-V wird von jedem Mitgliedstaat in Absprache mit den Rechteinhabern und den Nutzern bestimmt, welche Quellen für die einzelnen Kategorien von Werken geeignet sind. Im Anhang des RL-V sind die Kategorien „Veröffentlichte Bücher“, „Zeitschriften“, „Zeitungen und Magazine“, „Visuelle Werke“ und „Audiovisuelle Werke“ aufgelistet und jeweils mit für die Suche nach dem Rechteinhaber zu konsultierenden Quellen versehen. Abgesehen von der oben¹⁰¹ behandelten Frage, ob ein solcher vom Gesetzgeber festzulegender Standard die notwendige Flexibilität nicht zu sehr einschränkt, ist zu untersuchen, ob genau diese im RL-V formulierte Unterscheidung Sinn macht oder ob nicht andere Kriterien näher liegen.

99 Stellungnahme des Deutschen Bibliotheksverbandes vom 29.2.2012,

www.bibliotheksverband.de/dbv/positionen.html, letzter Zugriff am 23.3.2012

100 Grünbuch „Urheberrechte in der Wissensbestimmten Wirtschaft“ vom 16.8.2008, KOM (2008) 466/3, S.10

101 S.o., S.23

Für die Ausarbeitung von sektorspezifischen (d.h. auf bestimmte Werkkategorien bezogenen) Suchkriterien wurden jeweils spezielle Arbeitsgruppen eingesetzt. Sie sollten auch differenzierte Leitlinien und „best practice“-Analysen entwickeln¹⁰². Von der Copyright Subgroup der High Level Expert Group wurden in vier “Working Groups” spezifische Sektoren-Leitlinien (text, audiovisual, visual und music) für die sorgfältige Suche erarbeitet¹⁰³. Die Sektoren-Leitlinien sehen bestimmte Ressourcen vor, die bei der Suche genutzt werden sollen. Dabei soll auf Informationsquellen im Herkunftsland der Publikation zurückgegriffen werden. In Bezug auf die „Ermittlung“ der Rechteinhaber veröffentlichter Bücher mögen die im Anhang des RL-V genannten sektorenspezifischen Quellen (Depots amtlich hinterlegter Pflichtexemplare, bestehende Datenbanken und Verzeichnisse wie Arrow, ISBN, Datenbanken der Verwertungsgesellschaften) mit vertretbarem Aufwand durchsuchbar sein. Allerdings ist die Materialart „veröffentlichte Bücher“ aufgrund der guten Nachweissituation auch die unkomplizierteste. Aussagekräftig dürfte das Ergebnis allerdings auch hier nur in Bezug auf noch lebende Urheber oder Erben, die sich um ihre Eintragung als Rechteinhaber bei der Verwertungsgesellschaft bemüht haben, sein. Da die weiter gehende Suche nach Erben mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden bzw. unmöglich ist¹⁰⁴, bleiben diese von vornherein bei der sorgfältigen Suche unberücksichtigt, wenn sie sich nicht auf ein Inserat¹⁰⁵ melden.

Das Problem des hohen Aufwands gilt in wesentlich verschärfter Form für die anderen Werk-Kategorien: In Bezug auf die für Zeitschriften, Zeitungen und Magazine aufgezählten Quellen ist zu berücksichtigen, dass Verlage, die über Suchkriterien wie z.B. die ISSN zwar gefunden werden können, nur selten alleinige Rechteinhaber sein dürften: Soweit zwischen Autor und Verlag nichts anderes vereinbart ist, fällt bei Zeitschriften in Deutschland nach einem Jahr (§ 38 Abs.1 S.2 UrhG) und bei Zeitungen spätestens nach Veröffentlichung (§ 38 Abs.3 UrhG) das ausschließliche Nutzungsrecht an die Autoren zurück. Hinzu kommt, dass auch bei der Vereinbarung der Einräumung eines ausschließlichen Nutzungs-

102 Copyright Subgroup, S.15; High Level Expert Group, Final Report, S.4f.

103 Joint Report

104 S.o., S.16f.

105 Joint Report, S.5

rechts der Autor der Weiterübertragung zustimmen muss, § 35 Abs.1 UrhG, was ihn zum „Rechteinhaber“ i.S.d. RL-V macht¹⁰⁶.

Daraus folgt, dass das große Problem der Zeitschriften und vor allem Zeitungen in der schieren Masse der Autoren liegt. Bei der Digitalisierung von Tageszeitungsausgaben über mehrere Jahrzehnte hinweg dürfte schon ein Knopfdruck für die Suche nach den einzelnen Autoren zu viel Aufwand bedeuten, ganz zu schweigen vom „Ausfindig machen“ und der Bitte um Erlaubnis der bei der Suche ermittelten Rechteinhaber. Jedes Verlangen nach einer Suche nach den einzelnen Autoren von Zeitschriften und Zeitungen unterbindet daher in der Praxis Massendigitalisierungsverfahren und verfehlt damit den Zweck des RL-V¹⁰⁷.

b) Dokumentation der Suche

Nach Art.3 Abs.4 RL-V sorgen die Mitgliedstaaten dafür, „dass die Ergebnisse einer in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet durchgeführten sorgfältigen Suche in einer öffentlich zugänglichen Datenbank dokumentiert werden.“

Nach ErwGr.13 soll diese Datenbank Informationen zu den Suchergebnissen und der Nutzung verwaister Werke enthalten und so der Vermeidung von Doppelarbeit dienen. Sie soll „so konzipiert und eingerichtet werden, dass sie eine Vernetzung auf paneuropäischer Ebene und die Abfrage über eine einzige Zugangsstelle erlauben.“ Ziel soll nach ErwGr.15 auch sein, dass „sich die Mitgliedstaaten vergewissern können, ob in einem anderen Mitgliedstaat der Status als verwaistes Werk festgestellt worden ist“. Der Rechtsausschuss des EP schlägt eine Änderung vor¹⁰⁸, die die Anforderungen an die digitalisierenden Einrichtungen noch erhöhen würde: Art. 6 soll einen neuen Abs.4a erhalten, nach dem die Mitgliedstaaten die nutzenden Einrichtungen dazu verpflichten müssen, jeweils eine Dokumentation der Suche und öffentlich zugängliche Informationen über die Nutzung der verwaisten Werke vorzuhalten. Zusätzlich sollen bei „verwaisten

106 S.o., S.13

107 Kuhlen, *de revolutionibus*

108 Committee on Legal Affairs, AMC 18, s. Fn.1

Werken“ mehrerer Rechtsinhaber die Namen der bereits identifizierten, aber nicht aufgefundenen Rechteinhaber dokumentiert werden.

Zum Vergleich: In Kanada sind die Fälle, in denen vom Copyright Board die Lizenzerteilung bewilligt oder abgelehnt worden ist, zwar öffentlich einsehbar, die Suchschritte und – ergebnisse sind jedoch nicht dokumentiert¹⁰⁹. Solches ist auch weder in Art.77 Copyright Act noch in vom Copyright Board erlassenen regulations vorgesehen.

Auch die vom U.S. Copyright vorgeschlagene Einführung einer Section 514 in den Copyright Act sagt nichts über die Dokumentation der Suche. Die Einführung eines Registers war zuvor ausführlich diskutiert worden. Ein Argument der amerikanischen Autorenvereinigung für den Betrieb eines solchen war, dass dadurch der Missbrauch der Orphan-Works-Regelung besser verhindert werden könnte¹¹⁰. Gegen die Führung eines Registers sprach nach Ansicht anderer Berichterstatter, dass Rechteinhaber ein solches dann immer daraufhin überprüfen müssten, ob Werke von ihnen darin enthalten sind¹¹¹. Auch für die Funktionsweise eines solchen Registers gab es in den USA Ideen¹¹²: Sie betrafen u.a. den Inhalt des Registers. Hierfür wurde vorgeschlagen, jeweils eine Werkbeschreibung, die Kontaktadresse des Nutzers, eine Beschreibung der beabsichtigten Nutzung und die Suchschritte einzutragen. Übereinstimmend befürworteten die Berichterstatter auch die Einführung der Strafbarkeit für Nutzer, die vorsätzlich falsche Daten in das Register eintragen. Zu der Frage, wer das Register betreiben sollte, gab es unterschiedliche Ansichten: Für eine öffentliche Einrichtung wie das Copyright Office spreche, dass bei privaten Betreibern nicht mit Sicherheit von deren Existenz über Jahrzehnte hinweg ausgegangen werden könne. Für privaten Betrieb sprach nach der Gegenansicht dessen bessere Effizienz. Im Interesse der Massendigitalisierung tausender Werke argumentierten Google und Internet Archive, dass ein solches Register maschinenlesbar sein müsse. Das setze allerdings voraus, dass die Suchkriterien konkret genug sind¹¹³. Insbesondere diese Anforderung

109 Copyright Board of Canada (s.o., Fn.58)

110 U.S. Copyright Office, Report. S.76

111 U.S. Copyright Office, Report ,S.76

112 U.S. Copyright Office, Report , S.76f.

113 U.S. Copyright Office, Report, S.77

wird nach dem RL-V wegen dessen „Flexiblen Ansatz“¹¹⁴, der den Mitgliedstaaten und nutzenden Einrichtungen einen gewissen Spielraum lassen soll, nicht erfüllt werden können. Um nach ErwGr.13 Doppelarbeit in der EU zu vermeiden, müsste zumindest eine präzise Werk- und Ausgabenbeschreibung in dem Register dokumentiert werden. Soweit die jeweiligen Mitgliedstaaten das „Lizenzmodell“¹¹⁵ umsetzen, dürfte wegen der gegenseitigen Anerkennung der Suchanstrengungen (Art. 4 RL-V) deren Dokumentation überflüssig sein. Denn die damit betraute Einrichtung hat die Suchschritte vor der Lizenzierung bereits geprüft. Sinnvoll wäre eine Dokumentation aber beim „Case-by-Case“-Modell¹¹⁶. Dem Verzicht auf eine Dokumentation stünde ggf. der o.g. vom EP-Rechtsausschuss vorgeschlagene Art.6 Abs.4a entgegen¹¹⁷. Ob die zutreffende Dokumentation strafbewehrt sein soll, muss jeder Mitgliedstaat für sich entscheiden.

b) Alternativen zur sorgfältigen Suche

Weil jede sorgfältige Suche den Aufwand der Digitalisierung und Zugänglichmachung verwaister Werke erhöht, sollen hier alternative Ansätze vorgestellt werden:

aa) Befristete öffentliche Ausschreibung

Was die Copyright Subgroup in ihrem Final Report als Teilaspekt der sorgfältigen Suche vorgeschlagen und Ungarn bereits umgesetzt hat¹¹⁸, macht der Informatikwissenschaftler Rainer Kuhlen zum Kern eines Modells zur Feststellung verwaister Werke¹¹⁹. Danach sollten die Werke von der nutzungswilligen Einrichtung drei Monate lang öffentlich ausgeschrieben werden. Die Ausschreibung kann nach diesem Vorschlag z.B. bei der jeweiligen Nationalbibliothek erfolgen. Er verweist für weitere Veröffentlichungsorte auf den Report der Copyright Subgroup. Als Ergänzung dieser Ausschreibung schlägt Kuhlen vor, statt einer „Da-

114 S.o., S.25, Fn.81

115 S.o., S.23

116 S.o., S.23

117 Committee on Legal Affairs, AMC 18, s. Fn.1

118 S.o., S.22f.

119 Kuhlen, De revolutionibus

tenbanksuche nach dem Matching Paradigma“ eine noch näher zu konkretisierende de Browsing-orientierte oder kollaborative Lösung zu entwickeln.

bb) Erweiterte kollektive Lizenzen für vergriffene Werke

Der wirtschaftliche Wert der Nutzung vergriffener Werke ist, wie bei verwaisten Werken, offenbar gering und eine aktuelle Beeinträchtigung von Verwertungsmöglichkeiten durch den Rechteinhaber liegt – mangels Verwertung durch sie selbst - nicht vor¹²⁰. Der RL-V enthält keine Regelung für vergriffene Werke auf europäischer Ebene. Das ist auch nachvollziehbar, denn jede EU-weite Regelung für vergriffene Werke würde die „Waisen“ gleich mit einschließen¹²¹. Eine Richtlinie nur für Verwaiste Werke wäre dann von vornherein überflüssig. Allerdings hat die Kommission die Verwandtschaft zwischen vergriffenen und verwaisten Werken erkannt: In Bezug auf erstere erwähnt sie schon in der Begründung des RL-V das skandinavische Modell der „Erweiterten Kollektiven Lizenz“, die nur in dem jeweiligen nationalen Hoheitsgebiet gilt. Solche einzelstaatlichen Regelungen sollen nach dem RL-V unberührt bleiben¹²². Der EP- Rechtsausschuss schlägt vor, erweiterte kollektive Lizenzen in einem neuen Art. 7a ausdrücklich anzuerkennen¹²³. Die Infosoc-Richtlinie lässt erweiterte kollektive Lizenzen zu¹²⁴.

Das Bedürfnis nach einem Modell der erweiterten kollektiven Lizenzen auf nationaler Ebene liegt auch einem ebenfalls von der EU-Kommission veröffentlichten „Memorandum of Understanding“¹²⁵ zu Grunde, in dem die Mitgliedstaaten dazu aufgefordert werden, eine Regelungen in Bezug auf vergriffene Werke zu schaffen. Dort wird vorgeschlagen, die Verwertungsgesellschaften nach dem skandina-

120 Vgl. Durantaye, ZUM, 2011, 777, 780

121 RL-V, Begründung, S.3

122 RL-V,ErwGr 20; Heckmann, S.299

123 Committee on Legal Affairs, AMC 21, s. Fn.1

124 RL 2001/29/EG, ErwGr.18; Heckmann, S. 300 ff.

125 Memorandum of Understanding: Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works (MoU Out-of-Commerce Works) vom 20.9.2011

vischen Modell¹²⁶ Lizenzen für vergriffene Werke erteilen zu lassen, wenn ein wesentlicher Anteil der betroffenen Rechteinhaber von ihnen vertreten wird¹²⁷.

Gegen die Regelung vergriffener Werke auf EU-Ebene haben sich die Vertreter der Rechteinhaber erfolgreich gewehrt. Sie argumentierten, die online-Zugänglichmachung durch Bibliotheken könne potenzielle zukünftige Einkunfts-möglichkeiten der Rechteinhaber beeinträchtigen¹²⁸. Der Unterschied soll also darin liegen, dass die nach dem RL-V „Verwaisten Werke“, deren jeweilige Existenz erst aufgrund „sorgfältigen Suche“ festgestellt wird, in allen Mitgliedstaaten anerkannt werden, während letzteres bei den (nur) vergriffenen Werken nicht der Fall ist. Nach Ansicht der EU-Kommission verhindert der Verzicht auf die sorgfältige Suche bei den erweiterten kollektiven Lizenzen also die EU-weite gegenseitige Anerkennung¹²⁹. Gemeinsam ist dem RL-V und dem MoU¹³⁰ über vergriffene Werke jedoch, dass später erscheinende Rechteinhaber die Verwertung beenden können. Dagegen wird nach dem skandinavischen Modell bei den vergriffenen Werken das Ausschließlichkeitsrecht vollständig durch einen Vergütungsanspruch gegen die Verwertungsgesellschaft ersetzt¹³¹.

V. BEENDIGUNG DES STATUS ALS VERWAISTES WERK NACH DEM RL-V

Art. 5 des RL-V sieht vor, „dass der Inhaber der Rechte an einem Werk jederzeit die Möglichkeit hat, den Status als verwaistes Werk zu beenden.“ Nach ErwGr.16 RL-V soll die Beendigung vor allem der Geltendmachung von Ansprüchen dienen. Die Möglichkeit der Beendigung muss unabhängig vom Zweck der Nutzung gewährt werden und steht der Rechtssicherheit der Nutzung entgegen. Weil der „Schranken-katalog“ in Art.5 der Infosoc-RL abschließend ist, kann die Möglichkeit der Beendigung des Waisenstatus und der damit verbundene Unterlassungs-

126 Henry Olsson, The Extended Collective License as Applied in the Nordic Countries; <http://www.kopinor.no/en/copyright/extended-collective-license/documents/the-extended-collective-license-as-applied-in-the-nordic-countries> (Zuletzt aufgerufen am 23.3.2012)

127 MoU Out-of-Commerce Works (Fn.125), Principle No.2 / 1

128 Lüder, S. 678

129 RL-V, Begründung, S.3

130 S. Fn. 125

131 Durantaye, ZUM 2011, 777, 782

anspruch nicht ausgeschlossen werden. Für eine Ausnahmeregelung, die die Nutzung von Werken auch gegen den Willen des Rechteinhabers erlaubt, wäre also eine Änderung der Infosoc-RL erforderlich.

Der Vorschlag des U.S. Copyright Office sah einen Ausschluss des Unterlassungsanspruchs vor, wenn der Nutzer das Werk bearbeitet hatte¹³². Er hätte danach also in Bezug auf eigene kreative Leistungen, durch die er ein neues Werk erschaffen hat, Rechtssicherheit erlangt. Im RL-V erübrigt sich eine solche Beschränkung des Unterlassungsanspruchs, weil verwaiste Werke zwar vervielfältigt und im Internet angezeigt, jedoch nicht in bearbeitet werden dürfen. In Section 77 des Kanadischen Copyright Act ist eine Beendigung nicht vorgesehen¹³³. Die in Deutschland bisher vorgeschlagenen Lösungen zur Beendigung werden unten¹³⁴ untersucht.

VI. VORGABEN DES RL-V HINSICHTLICH DER VERGÜTUNG

Der RL-V schreibt nur für die über die im öffentlichen Interesse der privilegierten Einrichtungen liegenden Aufgaben hinausgehenden Nutzungen vor, dass „Rechteinhaber, die den Status als verwaistes Werk“ ...“beenden, für die bereits erfolgte Nutzung durch die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Einrichtungen vergütet werden.“ (Art.7 Abs.1, UAbs.4 RL-V). Ob die Mitgliedstaaten dabei ein „Lizenz-Modell“ oder ein „Case-by-Case“ – Modell einführen, ist ihnen, solange sie die übrigen Vorgaben, insbesondere die für die sorgfältige Suche, berücksichtigen, nach dem Wortlaut des Art.7 Abs.2, 1.HS. selbst überlassen. Der 2. HS spricht allerdings dafür, dass die EU-Kommission ein Lizenz-Modell oder zumindest die laufende Zahlung einer Nutzungsvergütung für eine geeignete Umsetzungsform hält, denn danach können die Mitgliedstaaten „weiterhin frei über die Verwendung von Erträgen entscheiden, für die nach Auslaufen des gemäß Absatz 1 Unterabsatz 5 festgelegten Zeitraums keine Ansprüche geltend gemacht wurden.“ Der dort genannte Zeitraum ist „nicht kürzer als 5 Jahre“.

132 U.S. Copyright Office, Report, S.119, 127, Vorschlag für Section 524 (b)(2)(a)

133 De Beer/Bouchard, S.30

134 S.u., S.45f.

Auch ErwGr.22 spricht dafür, dass die Mitgliedstaaten von den nutzenden Einrichtungen für die Vergütung der Rechteinhaber schon vorab eine Gebühr verlangen dürfen, die bei mangelnder Geltendmachung durch Rechteinhaber anderweitig verwendet werden kann: Danach dürfen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, „dass Erträge aus einer solchen Nutzung verwaister Werke, die dieser Vergütung dienen sollten, für die aber nach Auslaufen des in dieser Richtlinie festgelegten Zeitraums keine Ansprüche geltend gemacht wurden, zur Finanzierung von Informationsquellen für Rechte beitragen sollen, die die sorgfältige Suche in Bezug auf Kategorien von Werken, die tatsächlich oder potenziell in den Gegenstandsbereich dieser Richtlinie fallen, durch kostengünstige, automatisierte Mittel vereinfachen werden.“ Fraglich ist, zunächst aus Sicht des Europarechts, ob die Richtlinie so interpretiert werden kann, dass sie den Mitgliedstaaten die Einführung einer Verpflichtung zur Vergütung für Nutzungen, die sich im Rahmen der öffentlichen Aufgaben halten, verbietet. Richtlinien sind nach Art.288 Abs.3 AEUV, „für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“ Der EuGH hat die Anforderung hinsichtlich des Ziels präzisiert: Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, innerhalb der ihnen nach Art. 288 AEUV belassenen Entscheidungsfreiheit die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (effet utile) der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen¹³⁵.

Nach der Begründung des RL-V ist das wichtigste „Ziel dieses Vorschlags die Schaffung eines Rechtsrahmens, damit ein rechtmäßiger, grenzüberschreitender Online-Zugang zu verwaisten Werken, die sich in von einer Vielzahl von Einrichtungen betriebenen digitalen Online-Bibliotheken oder –Archiven befinden, möglich wird, wenn diese verwaisten Werke im Einklang mit dem Auftrag solcher Einrichtungen im öffentlichen Interesse genutzt werden.“¹³⁶

Je nach Ausgestaltung und Kontext im jeweiligen Mitgliedstaat kann sowohl ein Lizenz- als auch Case-by-Case-Modell geeignet zur Zielerreichung sein. Der RL-V verbietet daher nicht, dass Mitgliedstaaten im Falle der Nutzung für öffentli-

135 EuGH, Urteil vom 8. April 1976, Rs. 48/75, Slg. 1976, 497, Rn. 69/73 a.E.; Ruffert, in: Callies/ Ruffert, Art.288 AEU, Rn.26
136 RL-V, S. 1

chen Zwecke i.S. von Art.6 Abs.2 RL-V eine Vergütung vorschreiben. Der RL-V muss aber so ausgelegt werden, dass ein nationales Vergütungsmodell, das wegen der Höhe der Vergütung oder aufgrund des Verwaltungsaufwandes für die privilegierten Einrichtungen zur Behinderung der Digitalisierung führt, unzulässig wäre ¹³⁷.

Der Rechtsausschuss des EP schlägt eine grundlegende Änderung der Vergütungsvorgaben der Richtlinie vor¹³⁸. Jede Nutzung verwaister Werke soll nach einem neuen Art.6 Abs.4a UAbs. 1a im Falle der Beendigung des Waisenstatus vergütungspflichtig werden. Die Möglichkeit der Nutzung über die Zwecke des Art.6 Abs.2 RL-V wäre nach der ebenfalls vom Rechtsausschuss vorgeschlagenen Streichung des Art.7 RL-V ohnehin nicht mehr gegeben¹³⁹.

VI. VÖLKERRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT

Fraglich ist, ob der RL-V aufgrund der Beschränkung der Rechtsfolgen der urheberrechtlich Nutzung gegen völkerrechtliche Verträge verstößt. Die EU ist an die internationalen Urheberrechtsverträge RBÜ¹⁴⁰, TRIPS¹⁴¹, WCT¹⁴² und WPPT¹⁴³ gebunden.

1. RECHTSCHARAKTER EINER REGELUNG FÜR „VERWAISTE WERKE“

Für die Bewertung nach internationalem Recht ist entscheidend, welchen Rechtscharakter die Nutzung der Verwaisten Werke nach dem RL-V hat. Soweit es sich nicht um eine Schrankenregelung handelt, sondern nur um eine Spezialregelung

137 Dazu s.u. S.41ff.

138 Committee on Legal Affairs, AMC 19, s. Fn.1

139 Committee on Legal Affairs, AM 148, 149, s. Fn.1

140 Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971, Bundesgesetzblatt 1973 II S. 1071

141 Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums vom 15.4.1994 (BGBl. II, S.1730)

142 WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT). Vom 20. Dezember 1996[1] (BGBl. 2003 II S. 755)

143 WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WPPT) vom 20. Dezember 1996 (BGBl. 2003 II S. 754, 770)

für die Konsequenzen des Urheberrechtsverstoßes, sind die besonderen Voraussetzungen des 3-Stufen-Tests nicht anzuwenden. Eine Schrankenregelung liegt vor, wenn der Rechteinhaber die Beschränkung seines Ausschließlichkeitsrechtes dulden muss¹⁴⁴. Der Rechteinhaber muss nach Art. 5 RL-V das Recht zur Beendigung des Waisenstatus haben. Soweit sich die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des RL-V an diesen Rahmen halten, liegt darin also keine Schrankenregelung im Sinne einer Ausnahme zu den in urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten.

Anstatt einer Schrankenregelung handelt es sich bei dem RL-V nur um eine Begrenzung der Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Urheberrecht¹⁴⁵. In den internationalen Verträgen sind Maßnahmen der Durchsetzung von rechtlichen Konsequenzen der der Urheberrechtsverletzungen vorgesehen, die bei der Umsetzung des RL-V zu berücksichtigen wären. Art.5 Abs.2 RBÜ verweist für die Durchsetzung der Rechte auf die nationalen Rechtsbehelfe der Vertragsstaaten, Art.42 S.1 TRIPS verlangt von den Vertragsstaaten nationale zivilprozessuale Möglichkeiten der Durchsetzung, daneben nach Art.61 S.1 für vorsätzliche Verstöße gewerblichen Ausmaßes aber auch strafrechtliche Sanktionen. Art.14 Abs.2 WCT verlangt von den Vertragsstaaten lediglich, „dass in ihren Rechtsordnungen Verfahren zur Rechtsdurchsetzung verfügbar sind, um ein wirksames Vorgehen gegen jede Verletzung zu ermöglichen“ und geht damit nicht über TRIPS hinaus¹⁴⁶. Der RL-V entspricht danach den internationalen Vorgaben. Zivilprozessuale Durchsetzungsmöglichkeiten des Unterlassungs- und des Vergütungsanspruchs nach Art.7 Abs.4 RL-V sind in den Mitgliedstaaten nach den Vorgaben der Enforcement-Richtlinie¹⁴⁷ vorhanden. Strafrechtliche Sanktionen für Urheberrechtsverstöße werden nach nationalem Recht durchgesetzt.

2. 3-STUFEN-TEST

Die Urheber und Rechteinhaber genießen nach Art.9 Abs.1 RBÜ Schutz hinsichtlich ihres Vervielfältigungsrechtes. TRIPS verweist in Art. 1 Abs.2 hinsichtlich

144 Lüft, in: Wandtke/Bullinger, vor §§ 144 ff, Rn.1

145 US Copyright Office, Report, S.115 ff.

146 US Copyright Office, Report, S.67

147 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums

des Vervielfältigungsrechtes u.a. auf Art. 9 RBÜ. Der WCT verweist in Art.1 Abs.2 ebenso auf die RBÜ, geht jedoch hinsichtlich der Verwertungsrechte darüber hinaus: Nach Art.8 WCT sind Urheber ausdrücklich auch in ihrem Verwertungsrecht auf öffentliche Zugänglichmachung geschützt. Nach allen internationalen Abkommen und dem entsprechend auch nach Art. 5 Abs.5 der Infosoc-RL genießen die Urheber im Hinblick auf Schrankenregeln den Schutz des 3-Stufen-Tests¹⁴⁸: Danach begrenzen „die Vertragsparteien in Bezug auf die darin vorgesehenen Rechte Beschränkungen oder Ausnahmen auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Verwertung der Werke beeinträchtigen, noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzen“¹⁴⁹. „Soweit es sich bei einer Regelung für Verwaiste Werke überhaupt um eine solche Ausnahme im Sinne einer Schranke handelt¹⁵⁰, müssen also diese Voraussetzungen erfüllt sein. Es muss sich zunächst um eine Regelung für „Bestimmte Sonderfälle“ handeln. Ein Sonderfall liegt vor, wenn es sich um einen engen Anwendungsbereich handelt, der Ausnahmecharakter hat und besonders geregelt werden muss¹⁵¹. Die erste Stufe ist das „Eingangstor“ zum Abwägungsvorgang¹⁵² und soll verhindern, dass das Ausschließlichkeitsrecht weitgehend ausgehöhlt wird¹⁵³. Im Sinne eines Einstiegs in eine solche Abwägungsentscheidung kann das Interesse an einer solchen Ausnahmeregelung mit dem Bedarf der Allgemeinheit an Erhaltung und Erschließung des kulturellen Erbes begründet werden¹⁵⁴. Die normale Verwertung darf nicht unzumutbar beeinträchtigt werden. Das ist der Fall, wenn der Rechteinhaber bei der Wahrnehmung der ihm zustehenden Verwertungsrechte in Wettbewerb mit einem Dritten, durch die Schrankenregelung Privilegierten, gerät und dadurch Verluste erleidet¹⁵⁵. Eine solche Beeinträchtigung kann in der Nutzung Verwaister Werke nicht liegen, solange sie durch keinen Rechteinhaber verwertet werden, insbesondere wenn dieser die Nutzung jederzeit beenden kann¹⁵⁶. Die Interessen der Urheber dürfen nicht ungebührlich verletzt werden. Unter „Interessen“ ist

148 Art.9 Abs.2 RBÜ; Art.13 TRIPS; Art.10 WCT

149 Art.10 Abs.2 WCT

150 S.o., S.39f.

151 World Trade Organization, WTO Doc. No. WT/DS160/R, 3.1-3.2; U.S. Copyright Office, Report, S.63

152 Heckmann, S. 311

153 Dreier/ Schulze, vor §§ 44a ff, Rn.21

154 Heckmann, S. 311

155 WTO-Panel, s.o. 6.176, 6.183; U.S. Copyright Office, Report, S.64

156 Heckmann, S.313f.

neben dem gerechtfertigten Eigentumsrecht und dessen Nutzung alles, was von Wichtigkeit für den Rechteinhaber ist¹⁵⁷. Eine ungebührliche Verletzung ist gegeben, wenn die Ausnahme einen Einkommensverlust verursacht oder verursachen kann¹⁵⁸. Ein solcher liegt nicht vor. So lange kein Rechteinhaber das Werk selbst verwerten möchte, gibt es gar keinen Wettbewerb zwischen den Angeboten. Nach Beendigung des Waisenstatus können die Rechteinhaber bei kommerzieller Nutzung die Vergütung geltend machen. Diese spricht einem Einkommensverlust entgegen¹⁵⁹. Fraglich ist allerdings, ob eine Beeinträchtigung vorläge, wenn ihm die Möglichkeit der Beendigung nicht gegeben würde¹⁶⁰.

3. FAZIT

Die Regelung „Verwaister Werke“, wie sie im RL-V vorgesehen ist, genügt, unabhängig von Frage, ob es sich dabei um eine Schranke handelt, den Vorgaben der internationalen Abkommen.

VII. VERHÄLTNIS DES RL-V ZUR „INFOSOC“-RICHTLINIE

Die vorgeschlagene Richtlinie zu verwaisten Werken darf nicht der „Infosoc“-Richtlinie widersprechen. Von der vorgeschlagenen Privilegierung verwaister Werke sind die den Rechteinhabern nach Art.2 und 3 Infosoc-Richtlinie ausschließlich zustehenden Verwertungsrechte der Vervielfältigung und der Öffentlichen Zugänglichmachung betroffen (Art.6 Abs.1 RL-V). In der Infosoc-RL ist ein abschließender Katalog von Schranken festgelegt. Die Mitgliedstaaten dürfen also keine zusätzlichen urheberrechtlichen Ausnahmeregelungen einführen, so lange die Infosoc-RL insoweit nicht geändert wird¹⁶¹. ErwGr. 4 und 5 des RL-V bestätigen, dass ohne Zustimmung des Rechteinhabers durch die Digitalisierung die Ausschließlichkeitsrechte der Infosoc-RL verletzt würden. Der RL-V kann also

157 WTO-Panel, 6.224.; U.S. Copyright Office, Report, S.64: “something that is of some importance...”

158 WTO-Panel, 6.229.; U.S. Copyright Office, Report, S.65

159 Heckmann, S.316

160 Vgl. Gesetzentwurf Fraktion DIE LINKE, BT-Drucksache 17/4661, S.4

161 Dreier, in: Dreier / Schulze, vor §§ 44a, Rn.5

offenbar nicht so ausgelegt werden, dass er den Mitgliedstaaten die Einführung einer über den Schrankenatalog der Infosoc-RL hinausgehende Ausnahme erlaubt. Er gibt vielmehr nur eine Regelung der kollektiven Rechtswahrnehmung vor. Da die Infosoc-RL eine solche in ihrem ErwGr. 18 ausdrücklich nicht berührt und als Beispiel die erweiterten kollektiven Lizenzen anführt, dürfte das „Lizenzmodell“¹⁶² also zulässig sein.

C. UMSETZUNGSVORSCHLÄGE UND -MÖGLICHKEITEN IN DEUTSCHLAND

Für die Regelung der Nutzung verwaister Werke liegen die Vorschläge der Fraktionen der SPD, von DIE LINKE und Bündnis 90 / Die Grünen auf dem Tisch. Sie verfolgen unterschiedliche Lösungsansätze.

I. SCHRANKE ODER WAHRNEHMUNGSREGELUNG ?

Während eine nationale Schrankenregelung wohl wegen des abschließenden Schrankenataloges der Infosoc-RL ausscheidet, erscheint der EU-Kommission offenbar eine Lizenzierung Verwaister Werke möglich: In der von ihr in der Begründung des RL-V erörterten „Option 4“ erkennt sie in einer solchen Möglichkeit „ein hohes Maß an Rechtssicherheit im Falle später geltend gemachter Ansprüche der Rechteinhaber“. Die Kommission gibt allerdings nicht an, wer zur Erteilung einer solchen Lizenz berechtigt sein soll. Als „Option 5“ geht die Kommission auf eine „Staatliche Lizenz“ ein, hält die Verwaltung aber für aufwändig, wobei sie darauf verweist, dass „frühere Versuche mit diesem System kaum Wirkung“ hatten und „für großmaßstäbliche digitale Bibliotheksprojekte

¹⁶² S.o., S.23; Begründung RL-V, S. 3

nicht eingesetzt“ werden. Die Fraktionen der Linken¹⁶³ und Grünen¹⁶⁴ sehen eine Schrankenregelung vor – und zwar nur für nichtkommerzielle Zwecke, während die SPD¹⁶⁵ die Möglichkeit der Lizenzierung durch Verwertungsgesellschaften ohne gleichzeitige Einführung einer Schranke im UrhG vorschlägt. Nach dem SPD-Entwurf gibt es keine Beschränkung auf nichtkommerzielle Zwecke.

1. SCHRANKENREGELUNG

Die Fraktion DIE LINKE schlägt vor, nach einem neu einzuführenden § 52c UrhG die öffentliche Zugänglichmachung veröffentlichter Werke zu nichtkommerziellen Zwecken aus dem Bestand öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen mittelbar oder unmittelbar wirtschaftlichen Zweck verfolgen, zuzulassen. Voraussetzung ist, dass Urheber oder Rechteinhaber dieser Werke nach einer dokumentierten Standardsuche nicht ermittelt werden können. Eine Schrankenregelung hätte den Vorteil, dass die Nutzung der Verwaisten Werke rechtmäßig wäre und deshalb von vornherein Schadensersatzansprüche oder die Verwirklichung von urheberrechtlichen Straftatbeständen entfielen. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktion DIE LINKE¹⁶⁶ soll wegen der Beschränkung auf nichtkommerzielle Zwecke die Kohärenz mit den europarechtlichen Rahmenregelungen gewährleistet sein. Jedoch ist in der einschlägigen Infosoc-Richtlinie für nichtgewerbliche Nutzer keine generelle Ausnahme vorgesehen, die eine unbeschränkte öffentliche Zugänglichmachung erlauben würde. Art. 5 Abs.3 a) erlaubt die Öffentliche Zugänglichmachung nur für Unterricht und Forschung. Art. 5 Abs.3 n) sieht die Wiedergabe nur an „eigens hierfür eingerichteten Terminals“ in den Räumlichkeiten der jeweiligen Einrichtung vor. Der Vorschlag der Linken, eine neue Ausnahme einzuführen, scheidet daher an den Regelungen der Infosoc-Richtlinie, wenn nicht deren Schrankenkatalog erweitert wird. Das gilt nicht für den Antrag der Bundestagsfraktion der Grünen, den diese

163 Drucksache 17/4661, S.3 , § 52c Abs.1

164 Drucksache 17/4695, S.2 1. Punkt

165 Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, BT-Drucksache 17/3991

166 Gesetzentwurf Fraktion DIE LINKE, BT-Drucksache 17/4661, S.4

am 9.2.2011¹⁶⁷ gestellt hat, obwohl danach „im Abschnitt zu den Schranken des Urheberrechts“ eine Regelung für die nichtkommerzielle elektronische Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung“ von verwaisten Werken eingeführt werden soll. Es würde sich nämlich trotz der Aufnahme in den entsprechenden Abschnitt des UrhG wegen der Möglichkeit der Beendigung des „verwaist“-Status durch den Rechteinhaber gar nicht um eine echte Schrankenregelung handeln¹⁶⁸.

2. WAHRNEHMUNGSFIKTION

Der auf eine Änderung des UrhWahrnG gerichtete Vorschlag der SPD-Fraktion¹⁶⁹ entspricht dagegen der von der EU-Kommission als zulässig erachteten Option 4, indem er in § 13e die Verwertungsgesellschaften berechtigen soll, Nutzungsrechte für die elektronische Vervielfältigung von verwaisten Werken und deren öffentliche Zugänglichmachung einzuräumen. Als problematisch ist zu sehen, dass eine Regelung allein über das UrhWahrnG nicht die Rechtswidrigkeit an sich beseitigt, sondern nur Rechtsfolgen der illegalen Nutzung modifiziert. Soweit die Regelung nicht im UrhG erfolgt, bleibt unklar, ob die Voraussetzungen der Straftatbestände der §§ 106 ff UrhG erfüllt sind, wenn die Bedingungen für die „Verwaisten Werke“ nach dem von der SPD vorgeschlagenen § 13e UrhWahrnG vorliegen¹⁷⁰.

3. FAZIT

Eine Schrankenregelung hat gegenüber der rein wahrnehmungsrechtlichen Vorschrift den Vorteil, dass sie keinen Platz für Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Nutzung verwaister Werke und deren Strafbarkeit bestehen. Für eine rein wahrnehmungsrechtliche Regelung müssten §§ 106 ff UrhG entsprechend modifiziert werden. Auf der anderen Seite würde eine Schrankenregelung gegen die Infosoc-RL verstoßen und über den RL-V hinausgehen, weil nach dessen Art.5 die Nutzung auf Wunsch des Rechteinhabers beendet werden muss.

167 Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN, BT-Drucksache 17/4695

168 S.o., S.38

169 Drucksache 17/3991 Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, BT-Drucksache 17/3991

170 vgl. Heckmann, S.303

II. ADRESSATEN

Anders als Art.1 Abs.1 RL-V enthält keiner der genannten Vorschläge der Bundestagsfraktionen eine Beschränkung hinsichtlich der Adressaten. Auch wenn die Grünen und die Linke nur nichtkommerzielle Zwecke privilegieren wollen, bedeutet das nicht, dass Unternehmen vollständig von der Nutzung ausgeschlossen sind¹⁷¹. Die Vorschläge könnten also ggf. in Deutschland gegen die RL nicht umgesetzt werden.

III. SUCHVORAUSSETZUNGEN

Wenn eine deutsche gesetzliche Regelung dem EU-Recht entsprechen soll, muss sie den oben erläuterten Voraussetzungen des Art. 6 RL-V entsprechen. Danach muss eine sorgfältige Suche nach jedem Werk durch Konsultation der für die betreffende Kategorie des Werks geeigneten Quellen durchgeführt werden. Nach dem Vorschlag der Fraktion DIE LINKE sind Werke verwaist, „wenn Urheber oder Rechteinhaber dieser Werke nach einer dokumentierten Standardsuche nicht ermittelt werden können“. Was darunter zu verstehen ist, findet sich in der Begründung des Vorschlags¹⁷² wieder: „Die Anforderungen an eine Suche werden auf praktikable und effektive Regularien begrenzt, die die Einrichtungen in ihrer Leistungsfähigkeit nicht überfordern.“ Das kann grundsätzlich den Voraussetzungen Art.3 RL-V genügen.

Auch die Grünen und die SPD schlagen noch keine Details zur Suche vor, sondern überlassen die genaue Beschreibung der Such-Schritte anderen: Die Grünen wollen die Aufstellung eines Kriterien-Katalogs „von den beteiligten Vereini-

171 s.o., S.9

172 Gesetzentwurf Fraktion DIE LINKE, BT-Drucksache 17/4661, S.4

gungen von Urhebern und Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern“ verlangen¹⁷³. Die SPD – Fraktion möchte Kriterien für eine sorgfältige Suche anwenden, „auf die sich die beteiligten Kreise verständigt haben.“¹⁷⁴ Beide Fraktionen wollen damit verhindern, dass eine starre gesetzliche Regelung den sich schnell ändernden Rahmenbedingungen nicht gerecht wird¹⁷⁵. Der SPD-Entwurf verweist dabei auf die im Memorandum of Understanding der EU-Kommission von 2008 aufgestellten Anforderungen, die teilweise auch in die Anlage des RL-V Eingang gefunden haben¹⁷⁶.

IV. BEENDIGUNG DES WAISENSTATUS

Nach Art.5 RL-V muss ein erscheinender Rechteinhaber den Status als Verwaistes Werk beenden können. Das entspricht auch den Vorschlägen der Grünen¹⁷⁷, und der SPD-Fraktion¹⁷⁸, nach denen die Rechteinhaber berechtigt sind, die Berechtigung der Verwertungsgesellschaft zurückzuziehen. Die ausschließlichen Nutzungsrechte und strafrechtliche Regelungen der §§ 106 ff. UrhG sind für Verwertungshandlungen, die nach der Beendigung stattfinden, wieder anwendbar. (s.o.). Die SPD-Fraktion schreibt für das einseitige Rechtsgeschäft Schriftform vor¹⁷⁹. Nach dem Vorschlag der Fraktion DIE LINKE dagegen ist die Beendigung des Waisenstatus“durch den nachträglich bekannt gewordenen Urheber oder Rechteinhaber“ ausgeschlossen.

V. UNTERLASSUNGSANSPRUCH

Die Beendigung des Waisenstatus führt wieder in den ursprünglichen Zustand, in dem die Verwertung ohne Zustimmung des Rechteinhabers rechtswidrig ist. Ein

173 Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN, BT-Drucksache 17/4695, S.2

174 Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, BT-Drucksache 17/3991, S.4

175 Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, S.4

176 S.o., S.28f.

177 Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN, S.2

178 Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, S.2: § 13 e Abs.2: (2)

179 Drucksache 17/3991, S.2: § 13 e Abs.2: (2)

Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte kann gegenüber der nutzenden Einrichtung einen Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs.1 UrhG geltend machen. Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist ein anhaltender urheberrechtswidriger Zustand bzw. Wiederholungsgefahr im Hinblick auf die Urheberrechtsverletzung¹⁸⁰. Verschulden ist nicht erforderlich¹⁸¹. Inhalt des Anspruchs ist die Entfernung des Werkes aus der Internetpräsenz der Einrichtung und nach § 98 Abs.1 UrhG die Vernichtung des Vervielfältigungsstückes.

VI. VERGÜTUNGSANSPRUCH FÜR DIE NUTZUNG DES VERWAISTEN WERKES

Nach dem RL-V kann der Rechteinhaber nach Beendigung des Waisenstatus zumindest bei einem über Art.6 Abs.2 hinausgehenden Nutzungszweck nach Art.7 Abs.1 UAbs. 4 und 5 für die bereits erfolgte Nutzung eine Vergütung verlangen. Der Vergütungsanspruch ist für die nutzenden Einrichtungen im Vergleich zu den deliktischen Ansprüchen eine Privilegierung. Für die Umsetzung der Richtlinie in Deutschland würde das bedeuten, dass die Vergütung nicht auf den Schadensersatzanspruch nach § 97 Abs.1 UrhG gestützt werden kann. Ein Unterschied zwischen dem Vergütungsanspruch und dem Inhalt des vollen Schadensersatzanspruch nach §§ 249 ff BGB liegt darin, dass danach u.a. auch Ersatz für Folgeschäden wie z.B. den entgangenen Gewinn geltend gemacht werden kann, § 252 BGB. Der in dem RL-V vorgesehene Vergütungsanspruch müsste also im UrhG, wie von der Fraktion DIE LINKE vorgeschlagen, oder im UrhWahrnG, wie von der SPD-Fraktion empfohlen, besonders geregelt werden. Den Anspruch muss der Rechteinhaber nach der jeweiligen nationalen Regelung mindestens für einen Zeitraum von 5 Jahren ab der Handlung, die den Anspruch begründet, geltend machen können. Die 5-Jahres-Frist ist im Vorschlag der Grünen-Fraktion enthalten.

180 v.Wolff, Wandtke/Bullinger, § 97 Rn. 35
181 v.Wolff, Wandtke/Bullinger, § 97 Rn. 35

Nach dem Vorschlag des U.S. Copyright Office¹⁸² sollten in der Entschädigung als „limitation on monetary relief“ drohende Anwaltskosten für Abmahnungen nicht enthalten sein. Es begründete dies mit deren Abschreckungspotenzial für die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke. Auch in Deutschland wären Abmahnkosten nach den vorliegenden Vorschlägen der Bundestagsfraktionen ausgeschlossen. Voraussetzung für den auf die Erstattung der Rechtsanwaltsgebühr gerichteten Anspruch ist nach § 97a Abs.1 UrhG eine rechtmäßige Abmahnung, d.h. ein rechtmäßiges Verlangen auf Unterlassung der Urheberrechtsverletzung¹⁸³. Die jeweilige Kultureinrichtung hat rechtmäßig gehandelt, so lange der Rechteinhaber nicht durch seine Willenserklärung den Waisenstatus beendet hat. Nach den Vorschlägen der SPD und der Grünen-Fraktion wäre die Einrichtung bis zu diesem Zeitpunkt durch die Lizenz der wahrnehmungsberechtigten Verwertungsgesellschaft rechtmäßige Nutzerin. Der Vorschlag der Fraktion DIE LINKE schließt die Rechtswidrigkeit der Nutzung durch die gesetzliche Schranke aus. Wenn die Beendigungserklärung zeitlich mit dem anwaltlichen Unterlassungsverlangen zusammenfällt, kann hierfür keine Anwaltsgebühr verlangt werden, weil es bis dahin an der Widerrechtlichkeit der Nutzung fehlte und daher die Voraussetzungen für den Unterlassungsanspruch nicht vorlagen.

VII. VERWENDUNG DER VERGÜTUNG, WENN DER RECHTENINHABER NICHT ERSCHEINT

Während die Vergütung für die Verwaisten Werke nach den Vorschlägen der Grünen und der SPD an die Verwertungsgesellschaften bzw. eine neue Zentralstelle zu zahlen und dort zu verwalten ist, müssen die nutzenden Einrichtungen nach Ansicht der Fraktion DIE LINKE nur selbst Rückstellungen bilden. Deren Modell hat den Vorteil, dass für die Verwaltung der Vergütung keine Kosten für eine neu einzurichtende Stelle anfielen. Nachteilhaft ist aber, dass ein einheitlicher Ansprechpartner für die erscheinenden Rechteinhaber fehlt, der die Zahlung der Vergütung organisiert. Ohne Verwertungsgesellschaften oder zentrale Lizenzie-

182 U.S. Copyright Office, Report, S.115

183 Kefferpütz, in: Wandtke/ Bullinger, § 97a Rn.32

rungsstelle bleiben für die nutzenden Einrichtungen die später an erscheinende Rechteinhaber zu zahlenden Vergütungen unkalkulierbar. Das Fehlen einer dritten Partei, die die Einhaltung der Anforderungen von vornherein überprüft und bestätigt, führt zu Unsicherheiten darüber, ob die Suche ausreichend war¹⁸⁴. Die VG Wort unterstützt den Vorschlag der SPD mit dem Argument, dass nach Ablauf der Schutzfrist freiwerdende Vergütungen nicht den Bibliotheken als Nutzer der geschützten Werke, sondern den Urhebern insgesamt zu Gute kommen sollten¹⁸⁵. Warum ein solcher „Mitnahmeeffekt“¹⁸⁶ angestrebt werden sollte, ist jedoch unklar. Nach einer im Auftrag der EU-Kommission durchgeführte Untersuchung verlangen Urheber nicht mehr verwerteter Werke nur selten ein Entgelt für die Nutzung, „weil sie die Nutzung für Zwecke von Lehre und Erziehung wertschätzen“¹⁸⁷. Durch die Verteilung auf die Verwertungsgesellschaften - und nach Ablauf der Wartefrist an deren Sozialwerke – werden die Einnahmen an Rechteinhaber ausgezahlt, die an den verwaisten Werken selbst gar keine Rechte haben¹⁸⁸. Das würde auch dem im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz festgelegten Grundsatz der treuhänderischen Verwaltung der Einnahmen von Verwertungsgesellschaften zuwider laufen¹⁸⁹. Rechteinhaber würden „überkompensiert“¹⁹⁰, während die Allgemeinheit, die mit ihrem Steuergeld die Digitalisierung und Zugänglichmachung erst ermöglicht, durch die Zahlung einer Gebühr für jedes einzelne Werk, die hinterher von den Inhabern der Rechte an diesen Werken gar nicht geltend gemacht wird, belastet wird. Diese Belastung durch eine an Verwertungsgesellschaften zu zahlende Lizenzgebühr kann zudem abschreckend wirken und zu einem Absehen von Digitalisierungsbemühungen führen – insbesondere wenn diese durch hohe Anforderungen an die sorgfältige Suche ohnehin erschwert werden: Die Vergütung wird fällig, weil die privilegierten Kultureinrichtungen mit Mitteln der Allgemeinheit digitale Bibliotheken und Forschungsumgebungen

184 Durantaye, ZUM 2011, 777, 787

185 VG Wort, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses vom 19. September 2011,

http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/stellungnahmen/19.9.2011_Stellungnahme_der_VG_WORT_-_Verwaiste_Werke_2_.pdf (Letzter Zugriff am 23.3.2012)

186 Durantaye, ZUM 2011, S. 777, 785

187 Vuopola, Anna, Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance, 2010: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf (letzter Zugriff am 23.3.2012)

188 Durantaye, ZUM 2011, 777, 785

189 Vorschlag der Fraktion DIE LINKE, S.4

190 Durantaye, ZUM 2011, 777, 785

erzeugen. Die Mittel sollten im Falle des Nichterscheinens der Rechteinhaber an die Allgemeinheit zurückerstattet werden, indem diejenigen öffentlich finanzierten Einrichtungen, die für die Digitalisierung und Zugänglichmachung der bis dahin ungenutzten Verwaisten Werke gesorgt haben, die von ihnen geleisteten Vergütungen zurückerhalten. Allerdings darf auch hier nicht außer Betracht gelassen werden, dass nach Abzug der Verwaltungskosten der VG Wort nur eine reduzierte Summe zurückerstattet werden kann. Daher können die von den Grünen und der SPD vorgeschlagenen Vergütungsmodelle nur dann überzeugen, wenn schon im Gesetz dafür Sorge getragen wird, dass die Verwertungsgesellschaften das Geld günstig anlegen und die Verwaltungskosten gering halten. Die Rolle der Bibliotheken, Archive, Museen und wissenschaftlichen Einrichtungen, die dieses Erbe aus Steuermitteln teilweise über Jahrhunderte sammeln, pflegen und erhalten, ist durch den Vorschlag der Fraktion DIE LINKE¹⁹¹ im Ergebnis besser berücksichtigt als durch die von SPD und Grünen vorgeschlagene Abführung an die Verwertungsgesellschaften bzw. zentrale Stelle. Für das Modell ohne Lizenzgebühren spricht, dass es für die digitalisierenden Einrichtungen wesentlich günstiger ist und damit den Zweck der Richtlinie besser fördert. Dieser liegt nämlich nicht in der Förderung von Rechteinhabern und Verwertern, die an den genutzten Verwaisten Werken gar keine Rechte haben, sondern darin, das Kulturerbe im Internet zugänglich zu machen. Darüber hinaus ließe ein Modell, das eine Zahlungspflicht erst nach der Beendigung des Waisenstatus eines bestimmten Werkes im Falle der Geltendmachung durch den Rechteinhaber vorsieht, diesem die Wahl, ob er überhaupt eine Kompensation beanspruchen möchte¹⁹².

VIII. VERGÜTUNG FÜR DIE NUTZUNG NACH BEENDIGUNG DES WAISENSTATUS

Die Vorschläge der SPD und der Grünen führen zu dem Umkehrschluss, dass ohne Beendigung auch keine Vergütung geltend gemacht werden kann. Für die Geltendmachung der Vergütung muss auch nach Art.7 Abs.4 RL-V der Rechtein-

191 BT-Drucksache 17/4661, S.4

192 Durantaye, ZUM 2011, 777, 787

haber den Waisenstatus beendet haben. Möchte die jeweilige Kultureinrichtung das Werk trotzdem weiter nutzen, ist sie auf die individuelle Einräumung der Nutzungsrechte für die Vervielfältigung (§ 16 UrhG) und die öffentliche Zugänglichkeit (§ 19a UrhG) durch den Rechteinhaber angewiesen.

IX. FAZIT

Die Möglichkeit der Beendigung des Waisenstatus impliziert, dass, wenn sie erfolgt ist, die nutzenden Kultureinrichtungen schlecht dastehen: Entweder müssen sie einem Unterlassungsanspruch des Rechteinhabers nachkommen oder aber eine neue Vergütung für die Zukunft mit ihm aushandeln. Mangels erweiterter kollektiver Lizenzen, die mit den Verwertungsgesellschaften abzuschließen wären, gäbe es hier keine gemeinsame Rechtswahrnehmung und - anders als teils in den skandinavischen Ländern - schon gar kein Nutzungsrecht für die Zukunft. Der Rechtssicherheit für die Kultureinrichtungen, die viel Mitteleinsatz digitalisiert haben, und der zielgerechten Verteilung der Vergütung wird durch den Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE, der die Beendigung des Waisenstatus ausschließt, besser Rechnung getragen. Allerdings geht er nicht konform mit dem RL-V.

D. EXKURS: VORSCHLÄGE FÜR VERGRIFFENE WERKE IN DEUTSCHLAND

Während die Grünen sich in ihrem Antrag¹⁹³ auf Verwaiste Werke beschränken, gehen SPD und Linke in ihren Initiativen auch auf vergriffene Werke ein. Vergriffene Werke sind nach der Definition der GD Binnenmarkt der EU-Kommission solche, die – in allen ihren Ausgaben („versions“) und Erscheinungsformen („ma-

193 BT-Drucksache 17/4695

nifestations“) im regulären Buchhandel nicht mehr zu bekommen sind. Dass sie „Second Hand“ oder in Antiquariaten erhältlich sind, schadet nicht¹⁹⁴. Der SPD-Vorschlag¹⁹⁵ erleichtert aber nur die nichtgewerbliche Nutzung der Werke, die vor 1966 erschienen sind. Der Adressatenkreis ist – ebenso wie im Entwurf zu den verwaisten Werken – nicht eingeschränkt. Nach dem Entwurf des § 13d UrhWahrnG gilt die Vermutung der Rechtswahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaften. Rechteinhaber, die tatsächlich jedoch ihre Rechte nicht von der VG wahrnehmen lassen, können ihre Vergütungsansprüche dann später an diese richten. Die nutzenden Einrichtungen selbst werden von der VG in ihrer Haftung freigestellt. Dafür kann sie von Einrichtungen entsprechende „Lizenzgebühren“ für diese Freistellung verlangen.

Nach dem Vorschlag der Fraktion DIE LINKE¹⁹⁶, § 52c Abs.1 Nr.2 UrhG, dürfen vergriffene Werke öffentlich zugänglich gemacht werden, wenn „die Urheberinnen und Urheber nach einer dokumentierten Standardsuche nicht ermittelt werden konnten“. Der Kreis der privilegierten Einrichtungen ist derselbe wie bei den verwaisten Werken. Der Vorschlag enthält auch eine Legaldefinition der Vergriffenen Werke: Ein solches liegt erst dann vor, „wenn ein erworbenes ausschließliches Nutzungsrecht an diesen Werken länger als 30 Jahre nicht ausgeübt“ wurde“. Nach dem SPD-Vorschlag¹⁹⁷ sind Werke schon dann vergriffen, wenn sie nicht mehr lieferbar sind¹⁹⁸. Anders als im Vorschlag der Linken werden „Außenseiter“, die keinen Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft abgeschlossen haben, von der Verwertungsgesellschaft auch ohne eine vorangegangene sorgfältige Urheber-Suche vertreten. Die Wahrnehmung durch die VG beruht auf einer widerlegbaren Vermutung. Die SPD-Fraktion sieht darin eine Umkehr der Beweislast: „Weist der Rechteinhaber oder ein Nutzer nach, dass die Verwertungsgesellschaft für bestimmte Werke keine Rechte wahrnimmt, so ist die Vermutungswirkung widerlegt.“

194 Europäische Kommission, MoU, S.2, s.o., Fn 125 ; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, § 53 Rn.35

195 Drucksache 17/3991, S.3

196 Drucksache 17/4661

197 Drucksache 17/3991, S.3

198 Europäische Kommission, MoU, S.2, s.o., Fn.125; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, § 53 Rn.35

Nach dem Vorschlag der Linken sollen die Rechte von Verwertern, die ihre Funktion länger nicht ausfüllen, zugunsten der Rechte von Urhebern sowie der Nutzerinnen und Nutzer im nichtkommerziellen Bereich beschränkt werden. Danach gilt also – anders als nach dem SPD-Vorschlag - in Bezug auf die abgeleiteten Rechteinhaber keine widerlegbare Vermutung der Wahrnehmung der Rechte durch die Verwertungsgesellschaft, sondern die Voraussetzungen der Schranke liegen auch dann vor, wenn der Verlag widerspricht (§ 52 c Abs.3 des Vorschlags der Fraktion DIE LINKE). Die EU-Kommission hat sich dagegen in ihrem Memorandum of Understanding zu einem Modell bekannt, das die Beendigung der Nutzung vergriffener Werke durch die Rechteinhaber zulässt. Europarechtlich ist ein Modell für vergriffene Werke, das eine Lizenzierung durch Verwertungsgesellschaften vorsieht, grundsätzlich zulässig¹⁹⁹. Ob durch die Einbeziehung der „Außenseiter“ das Eigentumsgrundrecht der Rechteinhaber nach Art.14 GG verletzt würde²⁰⁰, kann in dieser Arbeit nicht geklärt werden. Insgesamt ist jedoch zu berücksichtigen, dass – auch wenn, wie nach dem SPD-Vorschlag, eine Widerspruchsmöglichkeit für die Rechteinhaber gegeben ist, die Wahrnehmung der Rechte an vergriffenen Werken einen erheblicher Eingriff in die Rechte der Rechteinhaber darstellt²⁰¹, insbesondere wenn sie ohne jegliche Suche stattfindet. Dieser kann allerdings durch das Interesse am Zugang zum kulturellen Erbe gerechtfertigt sein. Insgesamt sind beide vorgeschlagenen Modelle für die nutzenden Einrichtungen in der Praxis schwer anwendbar: Der Vorschlag der Fraktion DIE LINKE verzichtet zwar auf die Zustimmung der Verlage, jedoch bleibt das Problem der Feststellbarkeit der 30-jährigen Frist der „Vergriffenheit“. Das von der SPD vorgeschlagene fixe Datum ist schon allein deshalb ungünstig, weil das Gesetz im Zeitablauf wieder nachgebessert werden müsste. Dass die Rechteinhaber der Nutzung widersprechen können, führt angesichts der erheblichen Investitionen in die Digitalisierung und Bereitstellung der Werke zwar zu Unsicherheiten bei den nutzenden Einrichtungen. Europa- und verfassungsrechtlich ist die Widerspruchsmöglichkeit aber geboten.

¹⁹⁹ S. oben, S.33; Heckmann, S.299

²⁰⁰ S. Heckmann, S.300 f.

²⁰¹ Durantaye, ZUM, 777, 781

E. VERHÄLTNIS ZU BESTEHENDEN SCHRANKENREGELN DES URHEBERRECHTSGESETZES

Die urheberrechtlich relevante Nutzung geschützter Werke im Bereich der ausschließlichen Nutzungsrechte ist nach dem UrhG nur erlaubt, wenn eine Rechtsnachfolge nach §§ 28-30 UrhG erfolgt, der Urheber hierfür nach §§ 31 ff UrhG ein Nutzungsrecht eingeräumt hat oder nach den Voraussetzungen einer bestehenden Schrankenregelung die Nutzung in einem bestimmten Rahmen erlaubt ist. Wie auf EU-Ebene sind von den Vorschlägen zur Nutzung verwaister Werke auch die im deutschen Urheberrecht geregelten ausschließlichen Verwertungsrechte der Vervielfältigung (§ 16 UrhG) und der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) betroffen. In §§ 44a ff UrhG finden sich Schrankenregelungen, die Ausnahmen von diesen Verwertungsrechten vorsehen. Darunter sind solche, die sich auf die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung beziehen. Diese Ausnahmen haben Überschneidungsbereiche mit den Vorschlägen für die Nutzung verwaister Werke. Betrachtet werden sollen hier das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung für Zwecke des Unterrichts und der Forschung (§ 52a UrhG), die Wiedergabe an Leseplätzen (§ 52b UrhG), die Vervielfältigungsschranke (§ 53 UrhG) und der Kopienversand (§ 53a UrhG).

I. § 52A URHG, ÖFFENTLICHE ZUGÄNGLICHMACHUNG FÜR FORSCHUNG UND UNTERRICHT

Soweit der Anwendungsbereich des § 52a UrhG – die Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung - betroffen ist, kann es zu Überschneidungen mit der Privilegierung der „Verwaisten Werke“ kommen. § 52a UrhG erlaubt,

1. veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus-

und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern oder

2. veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

1. NUTZUNGSZWECK DES § 52A URHG

Nach der Gesetzesbegründung der Bundesregierung²⁰² wird mit § 52a UrhG – in ganz eng definiertem Umfang – „berechtigten Interessen aus den Bereichen Unterricht und Wissenschaft Rechnung getragen“.

2. ADRESSATEN

§ 52a UrhG nennt keinen bestimmten Kreis privilegierter Einrichtungen oder Personen. Dieser ergibt sich aber mittelbar aus den genannten Zwecken der Nutzung der Werke. Regelmäßig werden im Rahmen des § 52a Abs.1 Nr.1 UrhG die Unterrichtsveranstalter, also Dozenten oder Lehrer, darüber bestimmen, welche Inhalte den Unterrichtsteilnehmern zur Verfügung gestellt werden. In Bereich des Unterrichts, u.a. an Schulen und Hochschulen, kommen im Einzelfall auch die Bibliotheken der jeweiligen Einrichtung als Unterrichtsteilnehmer in Betracht, z.B. wenn Mitarbeiter der Universitätsbibliothek im Rahmen von Proseminaren Schlüssel- und Recherchetechniken vermittelt. In vielen Fällen ist die Bibliothek mittelbar als diejenige universitäre Einrichtung beteiligt, auf deren Servern das Material liegt. Soweit akademische Mitarbeiter, z.B. einer Bibliothek, im Rahmen der Weisungen ihrer Einrichtung Forschung betreiben, können sie auch nach § 52a Abs.1 Nr.2 UrhG privilegiert sein. In diesen Fällen liegt eine Überschneidung des Adressaten- bzw. Anwendungsbereiches mit Art.1 Abs.1 RL-V vor. Die Nutzung für gewerbliche Forschungszwecke ist nach § 52a UrhG nicht zulässig.

202 Reg,-Begr., BT-Dr. 15/38, S. 20

Die gewerbliche Nutzung durch die nach dem RL-V privilegierten Einrichtungen ist dagegen erlaubt, wenn ein Mitgliedstaat das gemäß Art.7 RL-V vorsieht.

3. GEGENSTÄNDE UND UMFANG DER NUTZUNG

Während der RL-V unter den dafür geltenden Voraussetzungen die Nutzung vollständiger Werke erlaubt, ist der Umfang des zu nutzenden Werkanteils bei § 52a UrhG begrenzt²⁰³. Der Unterrichtsgebrauch ist beschränkt auf „kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften“. Im „Gesamtvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52a UrhG“²⁰⁴ von September 2007 findet sich eine Definition des im Rahmen der Nutzung nach § 52a erlaubten Umfangs, an der sich Rechthanwender orientieren können: Kleine Teile eines Werkes sind danach maximal 15 % eines Werkes, bei Filmen jedoch nicht mehr als 5 Minuten Länge. Als Teile eines Werkes gelten bis zu 33 % eines Druckwerkes. Werke geringen Umfangs sind Druckwerke mit maximal 25 Seiten, bei Musikeditionen maximal 6 Seiten, Filme von maximal 5 Minuten Länge, maximal 5 Minuten eines Musikstückes und alle vollständigen Bilder, Fotos und sonstigen Abbildungen. Das LG Stuttgart vertritt sogar die Auffassung, dass als „kleine Teile eines Werkes“ maximal ein Anteil von 10 % gelten kann²⁰⁵.

Wie bei den Verwaisten Werken nach Art.1 Nr.2 RL-V muss das Werk auch für die Nutzung nach § 52a UrhG bereits veröffentlicht sein. Die Nutzung durch die privilegierte Einrichtung als verwaistes Werk ist auf Materialien aus der eigenen Sammlung beschränkt²⁰⁶, während § 52a UrhG keine solche Beschränkung vorsieht.

4. RECHTSFOLGE: ZULÄSSIGKEIT DER „ÖFFENTLICHEN ZUGÄNGLICHMA- CHUNG“ IN BESTIMMTEM RAHMEN

203 Steinhauer, GRUR-Prax 2011, 288, 291

204 Gesamtvertrag von September 2007,

http://www.bibliothekerverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/vereinbarungen/Gesamtvertrag_Ansprueche_52a.pdf (letzter Zugriff am 23.3.2012)

205 LG Stuttgart, Urteil vom 27.09.2011 - 17 O 671/10, ZUM 2011, 946, 951

206 Art.6 Nr.2 RL-V

Für den Unterrichtszweck nach § 52a Abs.1 Nr.1 UrhG dürfen die Werke und Teile von Werken „ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern“ zugänglich sein. Es muss also Bezug zum konkreten Unterricht gegeben sein. Nach dem Urteil des LG Stuttgart²⁰⁷ ist es auch zulässig, die Werkteile im Rahmen von § 52a UrhG einem Kreis von 4000 Studierenden online zur Verfügung zu stellen. Da nach Art.6 Abs.1 RL-V die öffentliche Zugänglichmachung ohne Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis erlaubt ist, geht die Nutzungsmöglichkeit für „Verwaiste Werke“ weit über die Privilegierung nach § 52a UrhG hinaus.

5. VERVIELFÄLTIGUNGSRECHT NACH § 52A ABS.3 URHG

Das Vervielfältigungsrecht ist für verwaiste Werke in Art.6 Abs.1 (b) RL-V vorgesehen. Es geht mit der Möglichkeit der „Digitalisierung, Zugänglichmachung, Indexierung, Katalogisierung, Bewahrung oder Restaurierung“ weit über die Befugnis nach § 52a Abs.3 UrhG, das nur „die zur öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen“ erlaubt, hinaus.

6. VERGÜTUNG

Nach § 52a Abs.4 UrhG fällt für jede Nutzung unter den Voraussetzungen der Norm eine angemessene Vergütung an. Nach einem in einem Urteil des OLG München festgelegten Gesamtvertrag sind die privilegierten Personen und Einrichtungen dazu verpflichtet die Nutzungen bei der VG Wort einzeln abzurechnen und in ein Web-Formular einzutragen²⁰⁸. Für die nicht-kommerziellen Nutzung der verwaisten Werke ist nach dem RL-V keine Vergütung zu zahlen. Die genannten Vorschläge der Bundestagsfraktionen für die Nutzung verwaister Werke sehen eine solche dagegen vor²⁰⁹.

207 LG Stuttgart, a.a.O.

208 OLG München, Urteil vom 24.03.2011 - 6 WG 12/09, ZUM – RD 2011, 603, 606

209 S.o., S.41ff.

7. BEFRISTUNG DES § 52A URHG

Soweit also verwaiste Werke durch nach Art.1 Abs.1 RL-V im Rahmen der Voraussetzungen des § 52a UrhG genutzt werden sollen, macht es für die Nutzungswilligen keinen Sinn, die einzelnen Verwertungen in das Abrechnungsformular der VG Wort einzutragen, wenn die Regelung für die verwaisten Werke unkomplizierter und preiswerter ist. Das ist der Fall, wenn auch auf nationaler Ebene für die verwaisten Werke keine Vergütung anfällt oder sie geringer ist als die nach dem Gesamtvertrag zu § 52a UrhG festgelegten Leistungen. Das führt zu dem Ergebnis, dass, falls § 52a UrhG nach der zurzeit geltenden Befristung nach dem 31.12.2012 wegfällt, die von den Rechteinhabern selbst nicht mehr verwerteten verwaisten Werke digital im Unterricht genutzt werden könnten, diejenigen Werke, deren Rechteinhaber bekannt sind, jedoch nicht.

II. § 52B URHG - WIEDERGABE VON WERKEN AN ELEKTRONISCHEN LESEPLÄTZEN IN ÖFFENTLICHEN BIBLIOTHEKEN

Zwischen § 52b UrhG und den vorgeschlagenen Regelungen für verwaiste Werke könnten sich hinsichtlich des Adressatenkreises und der Nutzungsmöglichkeiten Überschneidungen ergeben.

1. ADRESSATEN

§ 52b UrhG privilegiert „öffentlich zugängliche Bibliotheken, Museen und Archive“. Sie dürfen keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen. Der Kreis der Adressaten stimmt also weitgehend mit den in Art.1 Abs.1 RL-V genannten Einrichtungen überein. Im Gegensatz zu § 52b UrhG verbietet Art.6 Abs.2 RL-E die kommerzielle Nutzung nicht generell, soweit sie sich im Rahmen der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben hält. Des weiteren erlaubt Art. 7 Abs. 1 RL-V, dass die Einrichtungen unter Berücksichtigung bestimmter Voraussetzungen über diese Aufgaben hinaus gehen können.

2. GEGENSTAND UND UMFANG DER ERLAUBTEN NUTZUNG

Nach § 52b UrhG dürfen, genau wie im RL-V, lediglich veröffentlichte Werke aus dem Bestand der jeweiligen Einrichtung genutzt werden. Der Umfang der

nach § 52b UrhG zulässigen Nutzung bleibt weit hinter der im RL-V erlaubten Verwertung zurück. Zwar handelt es sich, soweit § 52b UrhG auch die Zugänglichmachung an mehreren Leseplätzen erlaubt, wie im RL-V um eine „öffentliche Zugänglichmachung“ nach § 19 a UrhG (Art.3 der „Infosoc“-Richtlinie)²¹⁰. Doch ist die Ausnahme räumlich auf die Einrichtungen und auf „eigens dafür eingerichtete elektronische Leseplätze“ begrenzt²¹¹. Nach einem – allerdings nicht rechtskräftigen – Urteil des LG Frankfurt erlaubt § 52b UrhG²¹², wie auch Art. 6 Abs.1 (b) RL-V, die Herstellung der für die Zugänglichmachung erforderlichen (digitalen) Vervielfältigungen. Wie nach Art. 6 Abs.1 b RL-V („Indexierung“) dürfte in § 52b UrhG die Volltextindexierung erlaubt sein: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung²¹³ hat die Initiative zur Einführung des § 52b UrhG unter anderem mit der „Stärkung der Medienkompetenz“ der Bibliotheksbenutzer begründet. Diese würde wohl durch das reine Ansehen von Bilddateien nicht gefördert werden²¹⁴.

3. PRIVILEGIERTE ZWECKE

Nach § 52b UrhG dürfen die Einrichtungen die digitalisierten Werke nur zur Forschung und für private Studien zugänglich machen. Damit sind nicht die Zwecke der Einrichtung, die die Werke zugänglich macht, gemeint, sondern die der Nutzer der Einrichtungen, die auf die elektronisch lesbaren Werke zugreifen²¹⁵. Im Hinblick auf diese Endnutzer ist dagegen für verwaiste Werke im RL-V keine weitere Zweckbindung vorgesehen. Ausreichend ist nach Art.6 Abs.2, dass die Zugänglichmachung durch die privilegierten Einrichtungen selbst ihren im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben entspricht, insbesondere der der Bewahrung und Restaurierung von Werken sowie der Zugänglichmachung von Werken, die in ihren Sammlungen enthalten sind, zu kulturellen und bildungspolitischen Zwecken.

4. ANSCHLUSSNUTZUNG

210 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 52b Rn.1

211 Steinhauer, GRUR-Prax 2011, S. 288, 290

212 LG Frankfurt, Urteil vom 6.5.2011, Az. 2-06 O 378/10, GRUR-Prax 2011, S.197

213 BT-Drucks. 16/1828, S. 26

214 Vgl. Talke, in: Bartlakowski/Talke/Steinhauer, S.127; Steinhauer, ZGE 2010, 55, 66f.;

Heckmann, S. 146; anders Jani in Wandtke/Bullinger, § 52b, Rn.18 Heckmann, S. 146

215 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 52b Rn.11

Ob und inwieweit die nach § 52b UrhG wiedergegebenen Werke von Nutzern des Angebotes kopiert werden dürfen, ist umstritten. Kopien dürfen grundsätzlich nach § 53 UrhG angefertigt werden, und zwar auch dann, wenn die Vorlage für diese Kopie aus einer aufgrund einer anderen Schrankenregelung erzeugten vorherigen Vervielfältigung stammt („Schrankenkette“)²¹⁶. Nach Ansicht des LG Frankfurt soll das für die nach § 52b UrhG wiedergegebenen Werke nicht gelten. Bibliotheken dürfen nach diesem Urteil den Nutzern – ob über Speicherstick oder Papiausdruck - keine Vervielfältigungen für eigene Zwecke ermöglichen. Das Gericht verweist zur Begründung auf die Gesetzesbegründung, aus der sich nicht ergebe, dass dem Nutzer über den Lesezugriff hinaus auch Vervielfältigungen in gleicher Weise wie bei einer analogen Nutzung ermöglicht werden sollen²¹⁷. Im Gegensatz dazu ist nach RL-V die Anschlussnutzung „Verwaister Werke“ im Rahmen der Schranken erlaubt.

5. VERGÜTUNG

Anders als im (ursprünglichen) RL-V, wo für den Fall der öffentlichen Zugänglichmachung der Verwaisten Werke im Rahmen der öffentlichen Aufgaben (Art.6 Abs.2) keine Vergütung vorgesehen ist, wird nach § 52 b S.3 UrhG eine solche durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht. Für die über die Aufgaben des Art.6 Abs.2 RL-V hinausgehenden Zwecke ist nach Art.7 Abs.4 und 5 RL-V vorgesehen, dass erscheinende Rechteinhaber innerhalb von 5 Jahren eine Vergütung für die bereits erfolgte Nutzung geltend machen können. Die oben behandelten Vorschläge der Bundestagsfraktionen sehen eine Vergütung für jeden Zweck der Nutzung verwaister Werke vor.

6. PERSPEKTIVE

Je mehr Werke, für die von den Rechteinhabern entsprechende Nutzungsrechte erworben wurden oder deren „Verwaisung“ festgestellt ist, von den Bibliotheken, Museen und Archiven zugänglich gemacht werden, desto weniger relevant wird § 52b UrhG mit seinen Beschränkungen, insbesondere im Hinblick auf die Anschlussnutzung.

216 Fromm/Nordemann, § 52b Rn.13; Berger GRUR 2007, 756; Wandtke/Bullinger, § 52b, Rn.26

217 LG Frankfurt, Urteil vom 6.5.2011, Az. 2-06 O 378/10, GRUR-Prax 2011, S.197

III. § 53 URHG

Die national umzusetzende Regelung für „Verwaiste Werke“ und die Kopierschranke des § 53 UrhG stehen weitgehend nebeneinander und überschneiden sich wenig. Beide Regelungen beziehen sich zwar u.a. auf das gleiche Verwertungsrecht, nämlich die Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG bzw. Art.2 Infosoc-RL. Zur Vervielfältigung der nach dem RL-V zugänglich gemachten verwaisten Werke können sich Nutzer, die nicht unter den Adressatenkreis des RL-V fallen, auf § 53, nicht aber auf den RL-V selbst berufen.

1. PRIVATKOPIE, § 53 ABS.1 URHG

Auf die Ausnahme der Privatkopie nach § 53 Abs.1 UrhG können sich natürliche Personen, nicht aber die in Art.1 Abs 1 RL-V genannten Einrichtungen berufen. Umgekehrt fällt auch keine natürliche Person, die nach § 53 Abs.1 UrhG Kopien zum privaten Gebrauch anfertigen darf, unter die für die verwaisten Werke vorgesehenen Nutzer. Zudem darf die Vervielfältigung der verwaisten Werke in den von den Mitgliedstaaten zwingend umzusetzenden Vorgaben gemäß Art.6 Abs.1b RL-V nur zum Zweck der Digitalisierung, Zugänglichmachung, Indexierung, Katalogisierung, Bewahrung oder Restaurierung erfolgen. Allerdings können die Mitgliedstaaten darüber hinausgehende Zwecke zulassen, Art.7 Abs.1 RL-V. Nach § 53 UrhG dürfen einzelne Vervielfältigungen auf beliebigen Trägern erstellt werden. Welche Vervielfältigungen zulässig sind, ergibt sich bei den verwaisten Werken aus den in Art.6 Abs.1 b RL-V genannten Zwecken der Digitalisierung, Zugänglichmachung, Indexierung, Katalogisierung, Bewahrung oder Restaurierung.

2. VERVIELFÄLTIGUNG FÜR EIGENE WISSENSCHAFTLICHE ZWECKE

Soweit der nach Art.6 Abs.1 (b) RL-V zwingend von den Mitgliedstaaten umzusetzende zulässige Zweck der Nutzung Verwaister Werke im Interesse der öffentlichen Aufgaben der privilegierten Einrichtungen vorliegt, kann dem auch eine Vervielfältigung für eigene wissenschaftliche Zwecke entsprechend § 53 Abs.2 S.2 Nr. 1 UrhG unterfallen. Eine Überschneidung der Regeln ergibt sich allerdings nur, wenn mit der Kopie der Zweck der Digitalisierung, Zugänglichmachung, Indexierung, Katalogisierung, Bewahrung oder Restaurierung (Art.6 Abs.1 (b) RL-V) verfolgt wird.

3. DIE VERVIELFÄLTIGUNG ZUR AUFNAHME IN EIN EIGENES ARCHIV, § 53 ABS.2 S.2 NR.2 URHG

Nach § 53 Abs.2 S.1 Nr.2 UrhG ist es zulässig, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes „zur Aufnahme in ein eigenes Archiv“ herzustellen oder herstellen zu lassen, „wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird“. Ein Archiv ist eine nach sachlichen Gesichtspunkten vorgenommene Sammlung und Aufbewahrung von Geistesgut jeglicher Art²¹⁸.

Hinsichtlich der Art der Einrichtungen, die eine Archivkopie anfertigen dürfen, enthält § 53 Abs.2 S.2 Nr.2 UrhG keine Einschränkung. Insoweit können sich also auch die nach Art. 1 Abs.1 des RL-V genannten Institutionen darauf berufen. Soweit sie nichtgewerblich handeln, dürfen sie nach 53 Abs.2 S.2 Nr. 3 UrhG auch digitale Kopien herstellen und digital nutzen. Auch durch die Voraussetzung der „öffentlichen Aufgaben“ in Art.6 Abs.2 RL-V sind gewerbliche Zwecke ausgeschlossen. Die Vervielfältigung muss zur Verfolgung eines „Archivzwecks“ erfolgen. Zweck der Vervielfältigung darf es daher nicht sein, Außenstehenden die Kopie zur Verfügung zu stellen²¹⁹. Die Archivkopien dürfen – wie bei „Verwaisten Werken“²²⁰ nur von eigenen Beständen angefertigt werden. Da in Art.6 Abs.1 b RL-V u.a. ausdrücklich die Zwecke der „Bewahrung oder Restaurierung“ genannt sind, könnten sich die im RL-V begünstigten Einrichtungen also für die

218 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 53 Rn.27

219 BGH, Urteil vom 16.1.1997, Az. I ZR 9/95, GRUR 1997, 459, 461

220 Art.1 Abs.2 Nr.1-3 RL-V; Talke, in: Bartlakowski/Talke/Steinhauer, S.89

Anfertigung von Archivkopien auch auf die Erlaubnis zur Nutzung „verwaister Werke“ berufen. Der Nachteil wäre allerdings, dass – soweit noch nicht erfolgt – zunächst die nach Art. 3 vorgesehene sorgfältige Suche durchgeführt werden müsste. Der Vorteil für die nach Art.1 Abs.1 RL-V privilegierten Einrichtungen wäre wiederum, dass – soweit nicht in Deutschland eine allgemeine Vergütungspflicht für die Nutzung Verwaister Werke eingeführt wird – auf die Zahlung an erscheinende Rechteinhaber verzichtet werden kann. Falls, wie vom Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments vorgeschlagen²²¹, schon in der Richtlinie die Vergütungspflicht für die Nutzung im Rahmen des öffentlichen Auftrags der Einrichtungen eingeführt werden, erübrigt sich dieser Unterschied.

4. VERVIELFÄLTIGUNGEN ZUM SONSTIGEN EIGENEN GEBRAUCH, § 53 ABS.2 S.2 NR.4 URHG

Hinsichtlich der Adressaten und des Zwecks gilt für die Zulässigkeit von Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch keine Einschränkung: Darunter fallen insbesondere auch gewerbliche Zwecke und alle Zwecke der „im Interesse der öffentlichen Aufgabenerfüllung“, die auch nach Art.6 Abs.2 RL-V für die Vervielfältigung Verwaister Werke zulässig sind. Soweit der deutsche Gesetzgeber darüber hinaus nach Art.7 RL-V noch andere Zwecke erlaubt, können diese ebenfalls gleichzeitig unter den sonstigen Gebrauch nach § 53 Abs.2 S.2 Nr.4 UrhG fallen. Für die Rechtmäßigkeit der Vervielfältigung „kleiner Teile“ eines Werkes kommt es darauf an, ob der vervielfältigte Teil im Verhältnis zum Gesamtwerk noch als klein erscheint. „Kleine Teile“ dürfen – je nach Inhalt - maximal 20 % des Gesamtwerkes umfassen²²². Unter „Beiträge“ fallen u.a. Zeitungsartikel oder Zeitschriftenaufsätze²²³. Das Werk muss „erschienen“ (§ 6 Abs.2 UrhG) sein²²⁴. Da der zulässige Umfang bei verwaisten Werken jeweils das Gesamtwerk umfasst, können die nach dem RL-V privilegierten Einrichtungen – soweit sie nach einem nach Art.6 Abs.2 zulässigen Zweck handeln und der Ge-

221 Committee on Legal Affairs, AMC 19, s. Fn.1

222 Dreier, in: Dreier / Schulze, § 53 Rn.33 m.w.N.

223 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 17.05.1985 zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts, BT-Dr. 10/3360, S.19

224 Talke, in: Bartlakowski/Talke/Steinhauer, S.91

setzgeber in Deutschland hierfür keine Vergütung einführt, Vervielfältigungen anfertigen, ohne zahlen zu müssen.

5. VERGÜTUNGSPFLICHT, § 54FF. URHG

Während für § 53 UrhG festgelegt ist, dass Ansprüche nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden können (§ 54 h Abs.1 UrhG), fehlt es im RL-V an einer Regelung zur Vergütungspflicht für Nutzungen im Rahmen der Zwecke nach Art.6 Abs.2 RL-V. Soweit in einem Mitgliedstaat darüber hinausgehende Ziele verfolgt werden, muss ein später erscheinender Rechteinhaber vergütet werden, Art. 7 Abs.1 UAbs. 4 und 5. Die Vorschläge der Bundestagsfraktionen für die Nutzung verwaister Werke sehen die Vergütung unabhängig vom Nutzungszweck vor²²⁵. Sollten jedoch die Änderungsvorschläge des Rechtsausschusses für die Vergütungspflicht aller Nutzungszwecke²²⁶ in die Endfassung der RL eingehen, dürfte es – abhängig von der Höhe der Vergütung – weniger vorteilhaft sein, sich auf die Nutzung „verwaister Werke“ zu berufen.

6. FAZIT

Regelungen über verwaiste Werke und § 53 UrhG werden weitgehend neben- oder „hintereinander“ stehen. Denn aus § 53 UrhG ergeben sich Vervielfältigungsmöglichkeiten für verwaiste Werke, die nach den Voraussetzungen des RL-V der nationalen Umsetzung bereits ins Netz gestellt wurden. Wenn allerdings eine nach Art.1. Abs.1 RL-V privilegierte Einrichtung zu einem der in Art.6 Abs.1 (b) RL-V genannten Zwecke eine Vervielfältigung anfertigen möchte, kann sie sich möglicherweise auf beide Privilegierungen gleichzeitig berufen. Das könnte besonders in den Fällen interessant sein, in denen Kultureinrichtungen über die in Art. 3 Abs.4 RL-V vorgesehene Datenbank Werke finden, die bereits als verwaist anerkannt sind: Sie können diese Werke dann, entgegen §§ 54ff.UrhG, vergütungsfrei kopieren und dem Richtlinienentwurf entsprechend nutzen. Überschneidungen ergeben sich besonders auch im Bereich der Digitalen Langzeitarchivierung mit der Archivkopie nach § 53 Abs.2 Nr.2 UrhG, weil hier

225 S.o., S.46ff.

226 Committee on Legal Affairs, AMC 19, s. Fn.1

auch die in Art.6 Abs.1 (b) RL-V genannten Zwecke der „Bewahrung oder Restaurierung“ betroffen sind.

IV. ÜBERTRAGUNG VON RECHTEN ÜBER NEUE NUTZUNGSARTEN,

§ 137 L URHG

§ 137 I UrhG enthält die Fiktion des Übergangs von zusätzlichen Nutzungsrechten in Bezug auf neue Nutzungsarten auf Verwerter.

I. GEGENSTAND

§ 137 I UrhG wurde zum 1.1.2008 mit der Aufhebung von § 31 Abs.4 UrhG als Übergangsregelung für die Nutzung in neuen Nutzungsarten eingeführt. Nach § 31 Abs.4 UrhG konnten keine Rechte für „unbekannte Nutzungsarten“ eingeräumt werden. Da die Nutzung von Werken im Internet erst ca. 1995²²⁷ zu einer bekannten Nutzungsart wurde, konnten hierfür also vorher keine Rechte eingeräumt werden. Die Verlage, denen die Urheber Nutzungsrechte an ihren Werken übertragen hatten, durften diese also bis zum Inkrafttreten des § 137 I UrhG nur dann öffentlich zugänglich machen, wenn sie das Nutzungsrecht hierfür nach 1995 eingeräumt bekommen haben. Ein nachträglicher Rechteerwerb war insbesondere bei Werken mit einer Vielzahl von Mitwirkenden schwierig: Die individuelle Nachklärung der Rechte ist mühevoll bzw. unmöglich²²⁸. Das führte wiederum dazu, dass allein aufgrund dieses hohen Aufwandes die Verlage die Werke nicht in ihren oftmals für neuere Publikationen üblichen digitalen Angeboten nutzen konnten. Um den Verlagen die „Öffnung der Archive“²²⁹ der Werke, an denen Urheber den Verlagen zwischen 1966 und der Streichung des Verbots der Einräumung „Unbekannter Nutzungsrechte“ Rechte eingeräumt haben, zu ermöglichen, wurde die Fiktion des § 137 I UrhG eingeführt. Das Regelungsziel von § 137 I UrhG ist dem des Kommissionsentwurfes zu den „Verwaisten Werken“ also

227 s.o., S.14

228 Klickermann MMR 2007, 221, 222; Weber ZUM 2007, 688, 692

229 Begründung des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drucks. 16/1828, 22

ähnlich: Der Aufwand des Rechteerwerbs für die Digitalisierung noch urheberrechtlich geschützter Werke soll verringert und damit die elektronische Nutzung dieser Materialien erleichtert werden.

2. VORAUSSETZUNGEN

§ 137 I UrhG verlangt, dass der Urheber einem anderen alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt hat. Der „Andere“ – also i.d.R. der Verlag, muss, wenn diese Voraussetzungen vorliegen, keine weiteren Bedingungen erfüllen. Die so privilegierten Verlage können dann also auch ohne sorgfältige Suche nach dem Urheber Werke digital nutzen, ohne dass hierfür die Zustimmung des Urhebers vorliegt.

3. RECHTSFOLGE

§ 137 I UrhG fingiert, wenn seine Voraussetzungen erfüllt sind, eine Rechteeinräumung und damit z.B. die Zulässigkeit der Zugänglichmachung nach § 19a UrhG durch alle Arten von Begünstigten der Rechteeinräumungen, während im RL-V der Kreis der Privilegierten beschränkt ist.

Nach Art.6 Abs.1 RL-V geht es um die „Gestattung“ der Nutzung der Verwaisten Werke. Darunter ist allenfalls ein einfaches Nutzungsrecht, nicht aber die Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte zu verstehen, mit dem die Kultureinrichtungen Dritten verbieten könnten, die als „verwaist“ anerkannten Werke ebenfalls zu nutzen. Das würde auch dem Sinn und Zweck der Regelung widersprechen, der ja in einem möglichst breiten Zugang zu den Materialien liegt. Denn ein ausschließliches Nutzungsrecht einer privilegierten Einrichtung würde die Nutzung durch andere Privilegierte, die ggf. einen noch besseren Zugang zum Werk vermitteln, unzulässig machen. Für ein nur einfaches Nutzungsrecht spricht zusätzlich, dass nach ErwGr. 19 auch andere Einrichtungen des Kulturerbes die Möglichkeit haben sollen, die verwaisten Werke zugänglich zu machen. Im Gegensatz zu der im RL-V vorgesehenen „Gestattung“ gelten nach § 137 I Abs.1 S.1 UrhG die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekanntem Nutzungsrechte als dem anderen ebenfalls „eingeräumt“. Ob es hierbei um die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte, die es u.a. dem Urheber selbst verbieten würden, sein Werk in der unbekanntem Nutzungsart zu verwerten oder nur um einfache Nutzungs-

rechte geht, ist umstritten. Nach seinem Wortlaut lässt sich § 137 I Abs.1 S.1 UrhG so auslegen, dass auch die unbekanntem Nutzungsrechte in ausschließlicher Form als eingeräumt gelten²³⁰. Der intensive Eingriff in das Grundrecht auf Geistiges Eigentum des Urhebers verlangt jedoch, dass die Norm in Bezug auf die Rechtsübertragungsfiktion restriktiv interpretiert werden muss²³¹: Um das Ziel der „Öffnung der Archive“ zu erreichen, braucht § 137 I UrhG keine Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts an den Verwerter zu fingieren. Es wird mindestens genauso gut durch Fiktion der Einräumung eines bloß einfachen Nutzungsrechts verfolgt²³².

4. VERGLEICH DER FOLGEN FÜR DEN URHEBER

Während § 137 I UrhG eine rein urhebervertragsrechtliche Regelung zugunsten des regelmäßig kommerziell handelnden Verwerters trifft, verfolgt die EU-Kommission mit ihrem RL-V vor allem die Nutzung im Kontext des Aufbaus einer nichtgewerblichen, im öffentlichen Interesse zu fördernden digitalen Bibliothek. Während aufgrund der Streitigkeiten darüber, ob einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte übertragen werden, § 137 UrhG weiterhin für Unsicherheit bei den Berechtigten sorgt, kann der RL-V diese in seinem Anwendungsbereich beseitigen. Immerhin ist hiernach klar, dass der Urheber selbst Inhaber der ausschließlichen Rechte bleibt, aufgrund derer er nach Art. 5 den „Verwaisten“-Status jederzeit beenden kann.

5. WECHSELWIRKUNGEN DES § 137 I URHG MIT EINER REGELUNG DER VERWAISTEN WERKE

Folgt man der Ansicht, dass Rechtsfolge des § 137 I UrhG nur eine Fiktion der Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts ist, ist denkbar, dass das Werk bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 137 I UrhG gleichzeitig nach dem RL-V bzw. dessen nationaler Umsetzung verwaist ist. Ein Verlag, dem nur einfache Nutzungsrechte zustehen, ist kein „Rechteinhaber“ i.S.d. RL-V²³³, der den nach

230 Jan Bernd Nordemann, in Fromm/Nordemann, § 137 I, Rn.18;

231 Heckmann, S.260; Katzenberger, in: Schrickel/Loewenheim, § 137 I Rn.56

232 Katzenberger, in: Schrickel/ Loewenheim, § 137 I, Rn.56; Ehmman/Fischer, GRUR Int., S.284, 287

233 S.o., S.14

privilegierten Kultureinrichtungen Nutzungsrechte einräumen bzw. die Nutzung untersagen könnte. In diesem Fall müssten die Einrichtungen also erst die sorgfältige Suche nach dem Urheber durchführen, um das Werk als „verwaist“ nutzen zu können.

Anders wäre es auch nicht, wenn bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 137 I UrhG die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte an die Verwerter fingiert würde: Die Zustimmung des Verlages allein würde nicht ausreichen, weil auch hier der Urheber noch Rechteinhaber ist, es sei denn, er hat schon bei der Rechteübertragung an den Verlag der Einräumung von „Enkelrechten“, also Nutzungsrechten weiterer Stufe, zugestimmt, § 35 Abs.1 S.1 UrhG²³⁴. Ohne die Zustimmung des Urhebers kann er zwar nach § 31 Abs.3 UrhG auch Nutzungsrechte übertragen, muss dann aber selbst darauf verzichten. Noch schwieriger wird es im Fall der ausschließlichen Einräumung, wenn nur entweder der Urheber selbst oder der Verlag bei der sorgfältigen Suche gefunden wird, jedoch ungeklärt ist, ob der Urheber dem Verlag alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt hat²³⁵.

F. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE, PERSPEKTIVEN

Eines ist sicher: Kultureinrichtungen werden es auch Zukunft nicht leicht haben, ihre noch urheberrechtlich geschützten Bestände zu digitalisieren und ins Netz zu stellen. Ob die Richtlinie die Digitalisierung des Kulturerbes überhaupt fördert, wird sich zeigen. Kritisch ist vor allem, welche Anforderungen die Richtlinie und die Umsetzungsgesetze der Mitgliedstaaten für die Suche nach dem Rechteinhaber aufstellen. Hier wird sich entscheiden, ob die hohe Hürde nicht von vornherein die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke durch die privilegierten Einrichtungen (weiterhin) verhindert. Andere mögliche Defizite des RL-V hat der

234 S.o., S.13, vgl. Schrickler, § 35 Rn.1, 3; anders wohl Steinhauer, S.290
235 S.o., S.14f.

Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments erkannt: Er hat vorgeschlagen²³⁶, die „Überprüfungsklausel“ (Art.11 RL-V) ausdrücklich auch auf der Erweiterung des Kreises der Privilegierten Einrichtungen nach Art.1 Abs.1 RL-V zu beziehen und damit ggf. zukünftig auch für private Unternehmen zu öffnen. Nach dem Änderungsvorschlag des Rechtsausschusses soll in die Überprüfung nach Art. 11 auch eingehen, ob zukünftig auch unveröffentlichte Werke in den Anwendungsbereich fallen könnten.

Der Effekt der Richtlinie hängt in besonderem Maße auch von der Technik für Suche und Nachweis der Verwaisten Werke sowie der intensiven Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten ab. Die neuen Regeln sind insoweit nicht nur ein gesetzlicher Rahmen für das Handeln, sondern auch ein Auftrag an die privilegierten Einrichtungen und ihre Träger.

236 Committee on Legal Affairs, AM 166, S. Fn.1

LITERATURVERZEICHNIS

Bartlakowski/ Talke, Armin/ Steinhauer, Eric W.: Bibliotheksurheberrecht – Ein Lehrbuch für Praxis und Ausbildung

Berger, Christian: Verträge über unbekannte Nutzungsarten nach dem „Zweiten Korb“, in: GRUR 2005, 907

Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta ; Kommentar, 4. Auflage 2011

Ceynowa, Klaus: Der ‚BSB-Google-Deal‘. Eine Million Bücher der Bayerischen Staatsbibliothek online, in: Bibliotheks-Magazin. Mitteilungen aus den Staatsbibliotheken in Berlin und München, Nr. 1/2008, S. 3

De Beer, Jeremy de / Bouchard, Mario: Canada’s “Orphan Works” Regime: Unlocatable Copyright Owners and the Copyright Board, in: Oxford University Commonwealth Law Journal, Volume 10, Number 2, Winter 2010 , S. 215-254; Alt. Internetadresse: <http://www.cb-cda.gc.ca/about-apropos/2010-11-19-newstudy.pdf>, letzter Zugriff:15.3.2012

Deutsche Forschungsgemeinschaft, Wissenschaftliche Literaturversorgungs- und Informationssysteme: Schwerpunkte der Förderung bis 2015, <http://www.dfg.de/download/pdf/foerderung/programme/lis/positionspapier.pdf>, letzter Zugriff am 15.3.2012

Dreier, Thomas / Schulze, Gernot: Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz ; Kommentar, 3. Aufl., München, 2008

De la Durantaye, Katharina, Ein Heim für Waisenkinder – Die Regelungsvorschläge zu verwaisten Werken in Deutschland und der EU aus rechtsvergleichender Sicht, in: ZUM 2011, S. 777

De la Durantaye, Katharina: Finding a Home for Orphans: Google Book Search and Orphan Works Law in the United States and Europe, in: Fordham Enter-

tainment, Media Intellectual Property Law Forum (Fordham Ent.), 2011, S.229

De la Durantaye, Katharina: How to Build an Orphanage, and Why, 2 (3) JIPI-TEC 226-234 (2011), <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-3-2011/3177>

Europäische Kommission: Draft ICT PSP Workprogramme 2012, 20.12.2011, http://ec.europa.eu/information_society/activities/ict_psp/docs/draft_ict_psp_2012_approved_by_committee.pdf , letzter Zugriff am 15.3.2012

Europäische Kommission: Memorandum of Understanding: Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works (MoU Out-of-Commerce Works), vom 20.9.2011; http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf, letzter Zugriff am 15.3.2012

Europäische Kommission: Empfehlung der Kommission vom 24. August 2006 zur Digitalisierung und Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung, (2006/585/EG), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft Nr. L 236 vom 31/08/2006 S. 0028 – 0030

Europäisches Parlament, Ausschuss für Kultur und Bildung: Bericht vom 3.3.2010, über „Europeana– die nächsten Schritte“ (PE 430.369v02-00), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2010-0028&language=DE> , letzter Zugriff am 15.3.2012

Fraunhofer-Institut Intelligente Analyse- und Informationssysteme (Hrsg.): Auf dem Weg zur Deutschen Digitalen Bibliothek, 2008

van Gompel, Stef / Hugenholtz, P. Bernt: The Orphan Works Problem, <http://www.ivir.nl/medewerkers/vangompel.html> , letzter Zugriff am 15.3.2012 (auch veröffentlicht in: Popular Communication: The International Journal of Media and Culture, 2010, Issue 1, S. 61

Graf, Klaus: Urheberrechtsfibel – nicht nur für Piraten, Berlin 2009; <http://ebooks.contumax.de/02-urheberrechtsfibel.pdf> , letzter Zugriff am 15.3.2012

High Level Expert Group on Digital Libraries: Final Report: "Digital Libraries: Recommendations and Challenges for the Future", (HLEG, Final Report) Dezember 2009;

http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/hlg_final_report09.pdf , letzter Zugriff am 15.3.2012

High Level Expert Group on Digital Libraries – Copyright Subgroup: Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works (Zit: Copyright Subgroup);
http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf , letzter Zugriff am 15.3.2012

High Level Expert Group on Digital Libraries: Diligent Search Guidelines,
http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/mou.pdf , letzter Zugriff am 15.3.2012

Kuhlen, Rainer: De revolutionibus orbium retiariorum – Besser mit dem Netz als suchen nach dem Matching-Paradigma – zur Legitimierung verwaister Werke, 19.12.2011: <http://www.inf.uni-konstanz.de/netethicsblog/?p=476> , letzter Zugriff am 15.3.2012 (Zit.: Kuhlen, De revolutionibus)

Loewenheim, Ulrich: Urheberrecht : Kommentar, 4. Aufl, München, 2010

Lüder, Tilman: The orphan works challenge, in: GRUR Int 2010, S. 677

Nordemann, Wilhelm (Hrsg.): Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz; 10. Aufl., Stuttgart, 2008

Peukert, Alexander: USA - Gesetzentwurf zur Regelung „verwaister“ Werke in: GRUR Int 2006, 786

Pfennig, Gerhard, Die Entwicklung der Rechtswahrnehmung in der Informationsgesellschaft, in: Festschrift Festschrift für Michael Loschelder zum 65. Geburtstag, Köln, 2010, S.279

Rauscher, Thomas; Wax, Peter (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung : mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen / Bd. 4: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) , 3. Aufl., München, 2010

Pünder, Herrmann/Schellenberg, Martin (Hrsg): Vergaberecht; GWB, VgV, SektVO, VOL/A, VOB/A, VOF, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht ; Handkommentar 1. Auflage, Baden-Baden, 2011

Schricker, Gerhard, Verlagsrecht : Kommentar zum Gesetz über das Verlagsrecht, 3.Aufl., München, 2001

Spindler, Gerald / Heckmann, Jörn: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, in: GRUR Int 2008, 271

Society of American Archivists, “Orphan Works: Statement of Best Practices”, 12.1.2009, S.1; <http://www.archivists.org/standards/OWBP-V4.pdf> , letzter Zugriff am 15.3.2012

The European Digital Libraries Initiative: Sector Specific Guidelines on Due Diligence Criteria for Orphan Works, Joint Report, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/guidelines.pdf, letzter Zugriff am 15.3.2012 (Zit: Joint Report)

U.S. Copyright Office: Report on Orphan Works, January 2006, <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf> , letzter Zugriff am 15.3.2012

Weymann, Anna u.a.: Einführung in die Digitalisierung von gedrucktem Kulturgut, Berlin, 2010

Hiermit versichere ich, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe. Außerdem versichere ich, dass ich die allgemeinen Prinzipien wissenschaftlicher Arbeit und Veröffentlichung, wie sie die Leitlinien guter wissenschaftlicher Praxis der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg festgelegt sind, befolgt habe.