

Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda

Gerald Spindler */Jörn Heckmann **

Der Satz „Die Vergangenheit ist die Vorratskammer für die Zukunft“ beschreibt wie kaum ein anderer die Motivation zur Sicherung und Archivierung des kulturellen Erbes im Wege der retrospektiven Digitalisierung. So verspricht insbesondere die Volltextsuche für Nutzer gänzlich neue und ungeahnte Möglichkeiten der Informationsgewinnung und ermöglicht Verlagen vor dem Hintergrund der fortschreitenden Digitalisierung aller Lebensbereiche die Eröffnung neuer Absatzmärkte. Urheberrechtliche Voraussetzung einer derartigen Nutzung ist jedoch die Zustimmung des Urhebers, welche zumeist im Wege der Nachlizenzierung eingeholt werden muss. Eine derartige Nachlizenzierung scheitert in der Praxis oftmals bereits daran, dass der Urheber nicht mehr auffindbar und das Werk damit als „verwaist“ einzustufen ist. Das große wirtschaftliche und kulturelle Interesse an der Nutzung derartiger Werke gibt daher Anlass, die Nutzungsmöglichkeiten verwaister Werke de lege lata und de lege ferenda vor dem Hintergrund des jüngst verabschiedeten „Zweiten Korbs“ und der europäischen i2010-Initiative zu untersuchen.

I. Einleitung

Als der Suchmaschinenbetreiber Google Inc. auf der Frankfurter Buchmesse im Januar 2004 ankündigte, den Bestand von mehreren großen Universitätsbüchereien zu digitalisieren¹, schien der Traum einer allumfassenden Bibliothek zum Greifen nahe. Mit dem einhergehenden Wandel in der Nutzung zeitgemäßer Informationsmethoden und der Integration von digitalisierten Bibliotheksbeständen in die Arbeitsumgebung wuchs der Wunsch, nicht nur für aktuelle Dokumente auf digitale Informationsangebote zurückzugreifen, sondern auch analoge Printpublikationen zukünftig digital nutzen und erschließen zu können. Während die Schaffung einer solchen digitalen Bibliothek jedoch ursprünglich lediglich durch private Dienstleister wie google print² sowie die Open Content Alliance³ geplant wurde, griff die EU diese Idee unmittelbar im Anschluss an die ersten Digitalisierungserfolge auf und erklärte die Schaffung einer Europäischen Digitalen Bibliothek zu einem der Kernziele im Rahmen der Initiative „i2010 - eine Europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung“, welche von der Kommission am 1. Juni 2005 verabschiedet wurde⁴. Durch dieses Programm erhofft sich die Kommission einerseits, die Sicherung des kulturellen Erbes der Mitgliedstaaten im Wege der Langzeitarchivierung sicherzustellen⁵, und andererseits einer „Amerikanisierung“ des Wissens durch die selektive Auswahl der zur Digitalisierung vorgesehenen Werke vorzubeugen⁶, sowie die Wissenschaft und Forschung zu unterstützen⁷. Auch appellierte die Kommission an die EU-Mitgliedstaaten, Einrichtungen zur großvolumigen Digitalisierung aufzubauen, um das europäische Kulturerbe beschleunigt online verfügbar zu machen⁸. Zugleich setzte sie eine Expertengruppe ein, welche Empfehlungen zur rechtlichen Absicherung eines derartigen Vorhabens ausarbeiten sollte⁹ - stelle doch das Urheberrecht in der geltenden Fassung nach Auffassung aller Beteiligten keine hinreichenden Anknüpfungspunkte für die rechtliche Absicherung eines solchen Vorhabens bereit.

Vor diesem Hintergrund befasst sich der Beitrag mit der urheberrechtlichen Einordnung verwaister

Werke, insbesondere ob - basierend auf den Empfehlungen der EU - das deutsche Urheberrecht zumindest durch die Verabschiedung des Zweiten Korbs eine Zugriffsmöglichkeit auf derartige Werke bereit hält, so dass den europäischen Wünschen wenigstens ab dem 1. Januar 2008 hinreichend Rechnung getragen wird. Darüber hinaus untersucht der Beitrag auch die Nutzungsmöglichkeiten verwaister Werke de lege ferenda.

II. Grundlagen der retrospektiven Digitalisierung

Die Digitalisierung bisher nur analog vorliegender Publikationen - häufig als „Retrodigitalisierung“ oder „retrospektive Digitalisierung“ bezeichnet - setzt die Einräumung der entsprechenden Nutzungsrechte voraus, sofern der urheberrechtliche Schutz der Publikationen noch nicht abgelaufen ist¹⁰. Denn jede elektronische Speicherung, Verbreitung und Wiedergabe solcher Texte, offline oder online, sowie deren Ausgabe in elektronisch verkörperter (Diskette, CD-ROM) oder unkörperlicher Form (Internet, Online-Datenbank) stellt unstreitig eine neue eigenständige Nutzungsart dar¹¹. Da aufgrund des bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Verbots der Übertragung unbekannter Nutzungsarten (§ 31 IV UrhG) eine Einräumung der „elektronischen“ Nutzungsrechte bis in die 90er Jahre¹² nicht möglich war, liegen diese trotz der Übertragung der Printrechte an einen Verlag weiterhin bei dem Urheber. Lediglich bei Publikationen jüngeren Datums kann der Verlag bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die elektronischen Nutzungsrechte erworben haben. Voraussetzung hierfür ist allerdings die ausdrückliche Einräumung der elektronischen Nutzungsrechte, zumal ein bloßer Verlagsvertrag für eine Übertragung der elektronischen Nutzungsrechte nicht ausreicht, da der verlagsrechtliche Vervielfältigungsbegriff enger als der Vervielfältigungsbegriff des § 16 UrhG zu fassen ist und lediglich Druckereierzeugnisse in körperlicher Form, nicht jedoch die Einspeicherung in elektronische Datenverarbeitungsanlagen wie Datenbanken oder elektronische Kommunikationssysteme umfasst¹³.

Dementsprechend ist bei bereits erschienenen Publikationen eine Retrodigitalisierung oftmals nur möglich, wenn die erforderlichen Nutzungsrechte vom Urheber nachlizenziiert werden bzw. die urheberrechtlichen Schutzfristen bereits abgelaufen sind¹⁴. Mangels eines „Copyright-Registers“¹⁵ bedarf es jedoch zumeist eines erheblichen Rechercheaufwandes, um den Urheber eines Werkes ausfindig zu machen. Dies gilt erst recht bei einem von mehreren Urhebern geschaffenen Werk, da hier für die Gestattung einer Verwertung neuer Nutzungsrechte die Zustimmung jedes einzelnen Miturhebers eingeholt werden muss¹⁶. Auch kann das Auffinden des Rechteinhabers durch den Tod des Urhebers erheblich erschwert werden, geht das Urheberrecht gem. § 28 I UrhG i.V.m. § 1922 BGB in diesen Fällen doch auf die Erben des Urhebers über. Die Bemühungen um ein Ausfindigmachen des Rechteinhabers bleiben damit oftmals erfolglos¹⁷. So belegen empirische Studien, dass trotz unterschiedlicher Verfahren zur Einholung der Nutzungsrechte die Erfolgsquote einer erfolgreichen Rechteinräumung gerade einmal 50% beträgt¹⁸, und der Rest als „verwaiste Werke“ (sog. „orphan works“¹⁹) betrachtet werden muss²⁰.

III. Verwaiste Werke: Unfall des Gesetzgebers?

Aufgrund der lediglich in der Theorie bestehenden Möglichkeit einer Nachlizenzierung sind diese Werke in der Praxis dem Wirtschaftskreislauf dauerhaft für Nutzungen in neuen Nutzungsarten entzogen. So setzt sich ein Verwerter im Falle einer Nutzung einer nicht lizenzierten Nutzungsart neben den zivilrechtlichen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen des § 97 UrhG (deren wirtschaftliche Gefahren sich durch die Bildung entsprechender Rücklagen oder den Abschluss von Versicherungen²¹ beseitigen lassen) auch der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung gem. § 106 UrhG i.V.m. §§ 16, 19a UrhG aus²². Zwar wird verschiedentlich in der Praxis geäußert, dass keine vorsätzliche Urheberrechtsverletzung vorliege, so dass eine strafrechtliche Verantwortung mangels Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nicht in Betracht komme; dies entbehrt jedoch der rechtlichen Grundlage: Weder lässt sich der für die Verwirklichung der Straftat erforderliche Vorsatz²³ durch eine umfangreiche (erfolglose) Suche nach dem Rechteinhaber noch durch den in der Praxis oft zu findenden Hinweis, dass der Nutzungsrechtsinhaber nicht ausfindig gemacht werden konnte und sich

beim Verwerter zur Anmeldung seiner Ansprüche melden solle, ausschließen. Vielmehr handelt der Verantwortliche mit *dolus eventualis*, da er billigend die Verletzung des Rechts in Kauf nimmt.

Dieses vorläufige Ergebnis verwundert zunächst, doch erklärt es sich vor dem Hintergrund der Zweckübertragungslehre und der mangelnden Registrierungspflicht von Rechteinhabern. Der Gesetzgeber des UrhG 1965 war sich dieser Konsequenzen offenbar nicht hinreichend bewusst: Lange Jahre stellte sich das Problem der verwaisten Werke lediglich theoretisch²⁴. Während vor der Verabschiedung des Urheberrechts im Jahre 1965 die Möglichkeit eines Buy-out-Vertrags für alle bekannten und unbekanntem Nutzungsrechte bestand²⁵, wurden Nachlizenzierungen

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda

GRUR Int 2008 Heft 4

273



neuer Nutzungsarten erst mit dem Aufkommen der Digitaltechnologie von der CD an relevant²⁶, welche eine Reihe weiterer neuer Nutzungsarten hervorgebracht hat²⁷. Auch wenn nach der *ratio legis* des Urheberrechts der Urheber auch an der Verwertung neuer Nutzungsarten wirtschaftlich beteiligt werden soll²⁸, was sich gerade in der Einführung des Verbots der Einräumung unbekannter Nutzungsarten 1965 niederschlug²⁹, fehlt es hieran gerade bei verwaisten Werken, da mangels auffindbaren Urhebers keine Lizenzerlöse an diesen oder an seine Rechtsnachfolger gezahlt werden können, während gleichzeitig eine weitergehende Nutzung in Form der neuen Nutzungsart unstatthaft ist.

Auch die zweite tragende Säule des Urheberrechts, das Urheberpersönlichkeitsrecht, welches die geistige und persönliche Beziehung des Urhebers zu seinem Werk betrifft³⁰, bedingt nicht, dass „orphan works“ verwaist bleiben müssen: So erlaubt das Urheberpersönlichkeitsrecht zwar eine Entscheidung des Urhebers über das „ob“ und „wie“ der Veröffentlichung, jedoch geht die h.M. davon aus, dass dieses Recht zumindest mit dem erstmaligen In-Verkehr-Geben des Werkes erschöpft ist und nicht für jede einzelne Nutzungsart individuell neu auflebt³¹. Da eine retrospektive Digitalisierung zwingend eine vorherige Veröffentlichung in körperlicher Form voraussetzt, ist dieses Recht somit erschöpft. Aber auch eine Entstellung des Werkes wird (bei fachgerechter Digitalisierung) in aller Regel nicht anzunehmen sein³². Ausnahmen können insofern nur bei wenigen Publikationen bestehen, die als Gesamtkunstwerke anzusehen sind³³. Eine Berufung auf das Urheberpersönlichkeitsrecht vermag insofern keine andere Wertung zu rechtfertigen und steht einer retrospektiven Digitalisierung verwaister Werke nur in wenigen Ausnahmefällen entgegen³⁴.

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass verwaiste Werke den Zugang zu Wissen massiv behindern, ohne gleichzeitig Anreize zu schaffen, die Werke einer (wirtschaftlichen) Verwertung zuzuführen³⁵.

IV. Internationale Dimension des Problems der verwaisten Werke

Aber auch andere Rechtsordnungen haben mit dem Problem der fehlenden Nutzungsmöglichkeiten von verwaisten Werken zu kämpfen³⁶, so dass ein rechtsvergleichender Blick lohnt und Hinweise auf mögliche Lösungen geben kann. Schon an dieser Stelle sei aber vermerkt, dass die RBÜ das Entstehen des urheberrechtlichen Schutzes nicht von einem Registrierungsakt abhängig macht³⁷, so dass einem möglichen zentralen Instrument der Recherche und der einfachen Urheberermittlung anhand eines zentral geführten Urheberregisters von vornherein der Boden entzogen ist.

1. Common Law Rechtsordnungen

a) Kanada

Vor diesem Hintergrund hat sich der kanadische Gesetzgeber als - soweit ersichtlich - erster des Problems der verwaisten Werke gesetzgeberisch angenommen. So bestimmt der Copyright Act Canada,

dass durch das sog. *Copyright Board*, welches hoheitliche Aufgaben wahrnimmt, eine nicht-exklusive Lizenz zur Nutzung des Werkes in dem beantragten Umfang vergeben werden kann³⁸. Die Reichweite der Lizenz erstreckt sich dabei ausschließlich auf Kanada³⁹. Voraussetzung zur Lizenzerteilung ist einerseits, dass das zu lizenzierende Werk bereits durch den Urheber veröffentlicht worden ist und andererseits, dass sich der Nutzungswillige zuvor angemessen um das Ausfindigmachen des Rechteinhabers bemüht hat⁴⁰. Zudem ist in aller Regel an eine Verwertungsgesellschaft eine Lizenzgebühr zu entrichten, welche im Falle der Entdeckung des Urhebers an diesen ausgezahlt wird⁴¹.

Die praktische Bedeutung dieser Regelung ist jedoch trotz der relativ einfachen Möglichkeit zur Schaffung legaler Voraussetzungen der Verwertung verwaister Werke sehr gering. So wurden seit 1990 gerade einmal 221 Nutzungsanfragen an das Copyright Board gestellt, von welchen 214 positiv⁴² und sieben negativ⁴³ beschieden worden sind. Die geringe Anzahl an Anträgen wird u.a. damit erklärt, dass sich die Reichweite der durch das Copyright Board erteilten Lizenz lediglich auf Kanada erstreckt⁴⁴ und eine wirtschaftliche Verwertung damit nur eingeschränkt möglich ist⁴⁵.

b) Verwaiste Werke in den USA

Neben Kanada bemühen sich auch die USA um Möglichkeiten zur Nutzung verwaister Werke. So hat im Januar 2006 das Copyright Office einen Bericht zu verwaisten Werken vorgelegt⁴⁶ und aufgrund der bislang unzureichenden Nutzungsmöglichkeit verwaister Werke⁴⁷ eine

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda

GRUR Int 2008 Heft 4

274



legislative Tätigkeit gefordert⁴⁸. Infolgedessen wurde am 22. Mai 2006 ein Entwurf für einen „Orphan Works Act of 2006“ in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht⁴⁹. Der Entwurf, welcher sämtliche urheberrechtlich geschützte Werke umfasst, sieht insbesondere Einschränkungen der Rechtsfolgen einer ohne Zustimmung des Rechteinhabers vorgenommenen Werknutzung vor, sofern vor der Nutzung eine vernünftige und sorgfältige Recherche vorgenommen wird und darüber hinaus der Urheber sowie der Inhaber des Copyrights (sofern bekannt) in dem neuen Werk genannt werden⁵⁰. Eine vernünftige und sorgfältige Recherche umfasst neben der Abfrage des „Register of Copyright“ auch die Inanspruchnahme kostenpflichtiger Suchdienste⁵¹. Dem Inhaber der Nutzungsrechte stehen in diesen Fällen lediglich ein Unterlassungsanspruch sowie ein Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr zu, nicht jedoch darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche. Der Anspruch auf die Zahlung einer Lizenzgebühr entfällt zudem, sofern die Nutzung des Werkes für wohltätige, soziale, religiöse oder zu Lehr- und Forschungszwecken erfolgt und nach einer Abmahnung sofort eingestellt wird⁵². Eine Verabschiedung des Gesetzesentwurfs steht gegenwärtig allerdings noch aus⁵³, auch haben insbesondere Fotografen Bedenken gegen eine derartige Regelung geäußert⁵⁴.

2. Die Vorschläge der EU im Rahmen der i2010-Initiative

Neben Kanada und den USA hat sich schlussendlich - wenn auch zaghaft - die EU dem Problem der verwaisten Werke angenommen. So legte im Rahmen der i2010-Initiative eine von der Europäischen Kommission beauftragte Expertenkommission (High Level Expert Group - Copyright Subgroup) im April 2007 Vorschläge für eine legislative Tätigkeit der EU vor⁵⁵, welche sie im Dezember 2007 konkretisierte⁵⁶. Basierend auf der Grundüberlegung, dass eine mögliche Regelung für alle Arten verwaister Werke (und somit unabhängig von Medium und Zeitpunkt der Veröffentlichung) gelten soll, sieht die Empfehlung zunächst den Einsatz nicht-legislativer Mittel vor⁵⁷. In Betracht kommen nach Auffassung der Expertengruppe neben der Einführung einer Datenbank über verwaiste Werke insbesondere die Verbesserung von Metadaten über die Rechteinhaber sowie die Förderung von vertraglichen Vereinbarungen⁵⁸.

Darüber hinaus empfiehlt die Expertenkommission den Mitgliedstaaten legislative Maßnahmen zur Einführung sowohl kommerzieller als auch nicht-kommerzieller Nutzungsmöglichkeiten verwaister

Werke. Die genaue rechtliche Ausgestaltung der hierfür erforderlichen Regelungen soll den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, sofern diese gemeinschaftliche Grundsätze wahren, um der Interoperabilität zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen⁵⁹. In Betracht kommen sollen hierzu insbesondere Clearing-Stellen, welche in Zusammenarbeit mit Rechteinhabern eine Werknutzung ermöglichen sollen⁶⁰. Unabdingbare Voraussetzung einer solchen Nutzung müsse allerdings die Durchführung einer gewissenhaften Suche nach den Rechteinhabern sein⁶¹. Auch sollen die konkreten Schritte zur Durchführung der Rechteinhaber-Suche nicht gesetzlich vorgeschrieben werden, um dem Umstand der sich stetig verändernden Technik und neuen Suchmethoden hinreichend Rechnung zu tragen. Stattdessen sollen zwischen den unterschiedlichen Interessengruppen Vereinbarungen zur Ausgestaltung eines „Pflichtenheftes“ einer gewissenhaften Suche getroffen werden. Schlussendlich müssen das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte stets respektiert werden⁶², so dass es auch eines Vergütungsanspruchs des Urhebers bedürfe, sofern dieser erst nach der Nutzung des Werkes wieder aufgefunden wird⁶³.

V. Der „Zweite Korb“ als Lösung des Problems der verwaisten Werke?

Vor dem Hintergrund dieser europäischen Initiative und dem jüngst verabschiedeten Zweiten Korb stellt sich die Frage, ob das Problem der verwaisten Werke nicht bereits im Zuge der Neugestaltung des Urheberrechts durch den so genannten „Zweiten Korb“ hinreichend gelöst wurde. So sieht der „Zweite Korb“ zur Lösung des sog. „Archivproblems“⁶⁴ sowohl in § 52b UrhG (Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken) als auch in § 137I UrhG (Übergangsregelungen für neue Nutzungsarten) die Möglichkeiten zur Nutzung von retrospektiv digitalisierten Werken vor. Allerdings werden diese Regelungen - wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen - den Anforderungen der i2010-Initiative nur unzureichend gerecht:

1. Digitalisierung für elektronische Leseplätze: § 52b UrhG

Zunächst macht der Regierungsentwurf von der Ermächtigung des Art. 5 Abs. 3 lit. n) der EG-Richtlinie 2001/29/EG zur Einführung einer neuen Urheberrechtsschranke Gebrauch, nach der bestimmte Einrichtungen in ihren eigenen Räumen Werke aus ihrem eigenen Bestand an besonderen elektronischen Leseplätzen für ihre Nutzer digital zugänglich machen können. Allerdings sieht § 52b

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda

GRUR Int 2008 Heft 4

275 

UrhG neben einer strengen Bestandsakzessorität⁶⁵ in Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 lit. n) der EG-Richtlinie 2001/29/EG vor, dass die elektronische Nutzung der retrospektiv digitalisierten Werke lediglich in den Räumlichkeiten der privilegierten Einrichtung statthaft ist. Damit ist eine Nutzung der Digitalen Europäischen Bibliothek von jedermann über das Internet von vornherein ausgeschlossen. Weiter greift die Schranke entsprechend der InfoSoc-Richtlinie nur, „soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen“. Was dies im Einzelnen bedeutet, ist nach wie vor nicht völlig geklärt; dem Wortlaut nach jedenfalls kann die Schranke nur bei einem entsprechend geschlossenen Vertrag über die digitale Nutzung eines Werkes ausgehebelt werden⁶⁶. Wurde diese Beschränkung im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens auch als Gefahr für die wissenschaftliche Informationsversorgung angesehen⁶⁷, so wird sie für Bibliotheken zumindest bei verwaisten Werken kaum praktische Relevanz erlangen - ist es den Verlagen doch gerade nicht möglich, die elektronischen Nutzungsrechte vom Urheber nachträglich zu lizenzieren, um den Bibliotheken dann (in einem zweiten Schritt) ein vertragliches Angebot zur elektronischen Nutzung der Werke zu unterbreiten.

Den Anforderungen der i2010-Initiative, welche ausdrücklich die Möglichkeit einer auch kommerziellen Nutzung für jedermann vorsieht, wird die Norm jedoch nicht gerecht, werden durch § 52b UrhG doch einerseits lediglich einige wenige (nicht-kommerzielle) Institutionen (Bibliotheken, Museen, Archive) privilegiert und ist darüber hinaus bislang auch gänzlich ungeklärt, ob § 52b UrhG neben dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung überhaupt eine Annexkompetenz zur Vornahme

der hierzu erforderlichen retrospektiven Digitalisierung (§ 16 UrhG) beinhaltet⁶⁸.

2. Die Übergangsregelung in § 1371 UrhG

Neben den stark umstrittenen neuen Schrankenregelungen des § 52b UrhG hält der „Zweite Korb“ mit § 1371 UrhG darüber hinaus auch eine Regelung bereit, welche insbesondere Verlage vor einer umfangreichen Recherche nach den Nutzungsrechtsinhabern der digitalen Verwertungsrechte bewahren soll. § 1371 UrhG sieht für Altverträge eine Rechtsübertragungsfiktion vor, nach der die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekanntem Nutzungsarten als dem Lizenzvertragspartner ebenfalls eingeräumt gelten, sofern der Urheber diesem alle wesentlichen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannten Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt übertragen hat. Auch diese Regelung vermag den Anforderungen der i2010-Expertengruppe jedoch nur teilweise gerecht zu werden:

a) Anwendbarkeit auf Altverträge

Eine erste Einschränkung erfährt diese Rechtsübertragungsfiktion bereits dadurch, dass die Regelung lediglich auf Verträge anwendbar sein soll, welche nach dem 1. Januar 1966 geschlossen worden sind (§ 1371 Abs. 1 UrhG), da vor dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes am 1. Januar 1966 die Möglichkeit des Abschlusses eines Buy-out-Vertrags bzgl. aller unbekanntem Nutzungsarten bestanden habe⁶⁹, so dass es einer Rechtsübertragungsfiktion für den Zeitraum vor 1966 nicht bedürfe. Doch stand auch vor dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes 1966 der Einräumung von Rechten an einer noch nicht bekannten Nutzungsart regelmäßig die Zweckübertragungslehre entgegen, selbst wenn die Rechte seinerzeit uneingeschränkt übertragen wurden. Eine Übertragung der Rechte hinsichtlich künftiger Nutzungsmöglichkeiten musste vielmehr auch nach damaliger Rechtslage deutlich kundgetan werden⁷⁰. Damit bestehen also auch für Werke, welche vor 1966 veröffentlicht worden sind, umfangreiche Prüfungspflichten über den Umfang der Rechtsübertragung, so dass eine Begrenzung des Anwendungszeitraums des § 1371 UrhG auf die Zeit ab dem 1. Januar 1966 zumindest aus praktischen Gründen verfehlt erscheint⁷¹. Der Forderung der i2010-Initiative, dass die Regelungen für *alle* verwaisten Werke ohne Rücksicht auf Medium und Alter des Mediums zu gelten haben, wird diese Regelung jedenfalls nicht gerecht.

b) § 1371 UrhG im Spannungsverhältnis zu § 38 UrhG

Ein weiteres Defizit der geplanten Regelung zeigt sich bei Sammelwerken, auf welche die Rechtsübertragungsfiktion nicht anwendbar sein wird: So sieht § 38 UrhG vor, dass der Verleger oder Herausgeber im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung und Verbreitung erwirbt, wenn der Urheber die Aufnahme des Werkes in eine periodisch erscheinende Sammlung gestattet. Gem. § 38 Abs. 1 Satz 2 UrhG darf der Urheber das Werk nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen jedoch anderweitig vervielfältigen und verbreiten, sofern nichts anderes vereinbart ist. Damit endet die Ausschließlichkeit des eingeräumten Nutzungsrechts mangels anderweitiger Vereinbarungen ein Jahr nach dem Erscheinen der Sammlung. Zugleich behält der Verleger oder Herausgeber jedoch ein einfaches Nutzungsrecht, und es bleibt ihm weiterhin unbenommen, das Werk innerhalb der Sammlung zu verbreiten⁷². Aufgrund der Auslegungsregel⁷³ des § 38 UrhG findet in diesen Fällen also keine zeitlich unbegrenzte Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte statt, sondern nur eine befristete Einräumung von einem Jahr. Eine zeitlich unbegrenzte Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte ist aber *conditio sine qua non* für die Übertragungsfiktion des § 1371 UrhG, so dass es grundsätzlich nicht zu einem umfassenden Rechtserwerb auf Seiten des Verlags kommt⁷⁴.

Durch diese Regelung werden die für eine retrospektive Digitalisierung besonders interessanten Zeitschriften und Sammelbände auch weiterhin geschützt bleiben, sofern die Anwendbarkeit des § 38 UrhG nicht vertraglich abbedungen worden ist. Insofern wird die Regelung des § 1371 UrhG auch diesbezüglich den Anforderungen der i2010-Initiative nach einer Einbeziehung *sämtlicher* Medien nicht gerecht.

c) Nutzungsmöglichkeit durch Dritte sowie Erforderlichkeit einer gewissenhaften Suche nach dem Rechteinhaber

Weiter hält § 1371 UrhG eine Rechtsübertragungsfiktion zu Gunsten des Inhabers der sonstigen wesentlichen Nutzungsrechte bereit. Doch sieht § 1371 Abs. 1 Satz 4 UrhG vor, dass die Sätze 1 bis 3 des § 1371 Abs. 1 UrhG nicht für zwischenzeitlich bekannt gewordene Nutzungsrechte gelten sollen, die der Urheber bereits einem Dritten eingeräumt hat. Diese Regelung, welche dem Grundsatz der Privatautonomie geschuldet ist und einen nachträglichen Rechtsverlust auf Seiten des Erwerbers zu verhindern versucht, führt den Ansatz einer Nutzungsmöglichkeit von Werken in einer neuen Nutzungsart ohne vorherige ausführliche Suche nach dem Rechteinhaber jedoch ad absurdum: So wird der Verlag erst dann vollständige Klarheit über die durch § 1371 UrhG fingierten Nutzungsrechte gewinnen können, wenn er sich zuvor bei dem Rechteinhaber erkundigt hat, ob dieser zwischen dem Bekannt werden der Nutzungsart und dem Eintritt der Rechtsübertragungsfiktion einem Dritten die Nutzungsrechte für die neuen Nutzungsarten lizenziert hat⁷⁵. Dies setzt jedoch voraus, dass der Nutzungsrechtsinhaber für den Inhaber aller wesentlichen Rechte noch auffindbar ist - eine Voraussetzung, die bei verwaisten Werken gerade nicht gegeben ist. Darüber hinaus verspricht die Rechtsübertragungsfiktion auch in den Fällen, in welchen der Urheber nicht alle wesentlichen Nutzungsrechte an einen Dritten übertragen hat⁷⁶, der ursprüngliche Vertragspartner nicht mehr existent ist oder der Urheber von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht hat, keine Verbesserung der Nutzungsmöglichkeiten verwaister Werke. Auch erfasst § 1371 UrhG nicht die Leistungsschutzrechte: Dadurch werden sämtliche verwaiste Werke, an denen Künstler beteiligt waren, von der Retrodigitalisierung ausgeschlossen, seien es Aufführungen, Musik- oder Videoaufnahmen oder gar Hörbücher. Damit wird die Regelung ihrem eigenen Anspruch, ein mühsames Ausfindigmachen des Rechteinhabers zu vermeiden, nicht gerecht und muss als gesetzgeberisch verfehlt angesehen werden.

Darüber hinaus ist die Regelung auch nicht geeignet, den Anforderungen der i2010-Initiative gerecht zu werden, begünstigt die Rechtsübertragungsfiktion doch lediglich den Inhaber aller wesentlichen Nutzungsrechte, nicht jedoch (den Vorgaben der i2010-Initiative entsprechend) einen *beliebigen* Dritten.

Schließlich ist die Regelung des § 1371 UrhG auch kulturpolitisch höchst zweifelhaft - verpflichtet sie den Lizenzpartner gerade nicht zu einer Nutzung des Werkes in der neuen Nutzungsart, so dass die gesetzgeberisch erhoffte „Öffnung der Archive“⁷⁷ eine bloße Wunschvorstellung bleiben wird und insbesondere die von öffentlichen Bibliotheken angestrebte Schaffung umfassender digitaler Bibliotheken durch § 1371 UrhG keine rechtliche Begünstigung erfährt.

3. Weitere Lösungsmöglichkeiten de lege lata?

Vermag der Zweite Korb das Problem der verwaisten Werke insofern nicht zu lösen, stellt sich die Frage, ob das Urheberrecht de lege lata andere Lösungsmöglichkeiten bereit hält:

a) Clearing-Stelle

In Betracht kommt zunächst die Inanspruchnahme einer Clearing-Stelle, wie etwa der durch die Verwertungsgesellschaften geschaffenen „Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften von Urheber- und Leistungsschutzrechten GmbH“ (CMMV), welche gegen geringes Entgelt⁷⁸ Recherchedienste hinsichtlich der Rechteinhaberschaft an urheber- und leistungsschutzrechtlich geschützten Werken sowie Informationen darüber anbietet, von wem die für ein

Digitalisierungsvorhaben erforderlichen Rechte bezogen werden können. Dies mag insbesondere aufgrund des Know-how zum Auffinden des Rechteinhabers bei komplexen Digitalisierungsvorhaben die Rechtebeschaffung erleichtern; das Problem der verwaisten Werke löst es nicht, da gerade hier das Auffinden des Rechteinhabers nicht möglich ist. Hierbei werden an die Unmöglichkeit objektive Kriterien zu stellen sein, eine bloße subjektive Unmöglichkeit des Nutzungswilligen beim Ausfindigmachen des Rechteinhabers reicht hingegen nicht. Sofern jedoch eine objektive Möglichkeit zum Ausfindigmachen des Rechteinhabers fehlt, kann auch eine Clearing-Stelle Urheber nicht ausfindig machen.

b) Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaft

Auch würde sich das Problem der eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit verwaister Werke nicht stellen, wenn der Nutzungswillige die für eine retrospektive Digitalisierung erforderlichen Nutzungsrechte bei einer Verwertungsgesellschaft lizenzieren könnte.

Voraussetzung hierfür ist allerdings zunächst, dass die Verwertungsgesellschaft über die erforderlichen Nutzungsrechte verfügen darf. Der Wahrnehmungsvertrag der VG Wort sieht hierzu in § 1 Nr. 19 Wahrnehmungsvertrag⁷⁹ vor, dass der Berechtigte der Verwertungsgesellschaft das Recht treuhänderisch überträgt, Beiträge, die in gedruckten Sammlungen oder Sammelwerken erschienen sind, einzuspeichern und aufgrund eines Angebots an die Öffentlichkeit einzelnen oder mehreren Angehörigen der Öffentlichkeit durch digitale Übertragung zugänglich zu machen. Der Anwendungsbereich der Nr. 19 ist jedoch nur dann eröffnet, wenn der Verleger der Sammlung oder des Sammelwerkes die Nutzung selbst vornimmt oder seine Einwilligung hierzu gegeben hat. Auch gilt er nur für solche Beiträge, die zu einem Zeitpunkt erschienen sind, als diese Nutzungsart unbekannt war; für später erschienene Beiträge gilt er nur, solange keine individuelle Rechtseinräumung erfolgt⁸⁰. Während diese Regelung unproblematisch Teil aller seit 1999⁸¹ abgeschlossenen Wahrnehmungsverträge geworden ist, stellt sich die Frage, ob diese Regelung auch eine rückwirkende Rechteübertragung

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda

GRUR Int 2008 Heft 4

277



mit sich bringt. Hierzu sieht § 5 VG-Wort-Wahrnehmungsvertrag vor, dass die Regelung des § 1 Nr. 19 auch für Altverträge gilt. Allerdings kann eine solche Klausel nur dann Wirkung entfalten, wenn diese insbesondere nicht gegen das am 1. Januar 2008 weggefallene Verbot der Übertragung unbekannter Nutzungsarten gem. § 31 IV UrhG verstoßen hat, da § 31 IV UrhG nach ständiger Rechtsprechung auch im Verhältnis zu den Verwertungsgesellschaften Anwendung findet⁸². Um diesem Verbot Rechnung zu tragen, sieht die Einbeziehungsklausel des § 5 VG-Wort-Wahrnehmungsvertrag vor, dass eine Rechtseinräumung nur dann stattfindet, wenn der Berechtigte nicht binnen sechs Wochen nach einer schriftlichen Mitteilung ausdrücklich widerspricht. Durch diese Konstruktion wird eine Nutzungsrechtseinräumung für (noch) unbekannte Nutzungsarten vermieden; vielmehr wird die einzelne Nutzungsart durch Schweigen auf die Mitteilung nachlizenziert. Eine solche in § 5 VG-Wort-Wahrnehmungsvertrag vorgesehene Vereinbarung über die Wirkung von Schweigen als Willenserklärung stehen auch keine AGB-rechtlichen Erwägungen entgegen: So sieht § 308 Nr. 5 BGB ausdrücklich vor, dass eine fingierte Erklärung nicht zu beanstanden ist, sofern dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Darüber hinaus enthält § 5 VG-Wort-Wahrnehmungsvertrag auch den expliziten Hinweis, dass die Änderungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannte Nutzungsarten betreffen können und trägt damit den Forderungen Rechnung, die der BGH in der Entscheidung *GEMA-Vermutung I*⁸³ aufgestellt hat⁸⁴. Somit verstößt die Einbeziehungsklausel der VG Wort nicht gegen § 31 IV UrhG⁸⁵.

Doch trotz der Möglichkeit, durch „Schweigen“ eine Rechtsübertragung an die Verwertungsgesellschaft herbeizuführen, wird das Problem der verwaisten Werke nicht bzw. nur

teilweise gelöst: So ist Voraussetzung für die Wirkung des Schweigens als Willenserklärung, dass der Hinweis auf den Erklärungsgehalt der Verwendergegenseite (also dem Rechteinhaber) tatsächlich zugeht⁸⁶. Eine Zugangsfiktion scheidet hingegen gem. § 308 Nr. 6 BGB aus. Damit verbessert sich die Nutzungsmöglichkeit verwaister Werke jedoch lediglich in denjenigen Fällen, in denen das Werk erst nach der Mitteilung der Verwertungsgesellschaft VG Wort an den Rechteinhaber über die Bedeutung des Schweigens verwaist ist. Werke, welche vor 1999 bereits verwaist waren, werden hingegen keiner neuen Benutzung erschlossen.

Darüber hinaus besteht in Deutschland zudem keine Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit, so dass es dem Urheber freisteht, einen Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft abzuschließen⁸⁷.

VI. Lösungsansätze de lege ferenda

Vor dem ernüchternden Zwischenergebnis, dass durch die Neuregelungen des „Zweiten Korbs“ die Nutzungsmöglichkeiten der verwaisten Werke keine maßgebliche Verbesserung erfahren haben und sich auch andere Rechtsordnungen mit ähnlichen Problemen konfrontiert sehen, stellt sich die Frage, auf welchem Wege die Empfehlungen der i2010-Initiative de lege ferenda konkret umgesetzt werden können. In Betracht hierfür käme insbesondere eine Änderung (oder Erweiterung) des § 1371 UrhG in einem „Dritten Korb“. Allerdings sieht sich die Regelung einer Vielzahl von - insbesondere auch verfassungsrechtlichen - Kritikpunkten gegenüber⁸⁸, die hier nicht näher vertieft werden können, so dass alternative Regelungsinstrumentarien möglicherweise eher zur Lösung des Problems der verwaisten Werke geeignet sind. De lege ferenda bieten sich hierzu eine Reihe von Möglichkeiten an:

1. Erweiterte kollektive Lizenzen

a) Überblick

Da eine Erweiterung des Wahrnehmungsvertrags um bislang unbekannte Nutzungsarten durch Verwertungsgesellschaften in einer Vielzahl von Fällen scheitert⁸⁹, bedarf es der Suche nach einer alternativen Möglichkeit zur Übertragung der Nutzungsrechte an eine Verwertungsgesellschaft, welche keine Beteiligung des Urhebers erfordert. Vor allem in den skandinavischen Rechtsordnungen wie Dänemark, Norwegen, Finnland, Schweden und Island hat sich die sog. „erweiterte kollektive Lizenz“ etabliert; diese entspricht augenscheinlich am ehesten den Vorstellungen der High Level Expert Group der i2010-Initiative zur Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung. Das System der erweiterten kollektiven Lizenzen verbindet die freiwillige Rechteübertragung vom Rechteinhaber an eine Verwertungsgesellschaft mit einer rechtlichen Erweiterung des Repertoires der Gesellschaft auf jene Rechteinhaber, die der Gesellschaft nicht angehören⁹⁰. Dabei verleihen gesetzliche Bestimmungen den Klauseln in einem kollektiven Lizenzvertrag, der zwischen der Verwertungsgesellschaft und einem Nutzer geschlossen wird, eine erweiterte Wirkung, sofern bereits eine bedeutende Zahl von Rechteinhabern der betreffenden Kategorie von der Organisation vertreten wird⁹¹. Dieses System wurde in den frühen 60er Jahren im Zuge der Neugestaltung des Urheberrechts für Senderechte und Musikwerke eingeführt und hat - nachdem es sich als generell tauglich herausgestellt hat - eine weitergehende Verbreitung auch auf anderen Gebieten erfahren⁹². Zum Schutz des Urhebers, der keinen Wahrnehmungsvertrag

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda GRUR Int 2008 Heft 4

278 

abgeschlossen hat und dessen Nutzungsrechte der Verwertungsgesellschaft somit lediglich im Wege der erweiterten kollektiven Lizenz zustehen, sehen die entsprechenden Regelungen neben einem Anspruch auf eine individuelle Vergütung auch die Möglichkeit eines Widerspruchs vor⁹³.

b) Europarechtliche Zulässigkeit

Damit ein solches System auch in Deutschland eine Umsetzung erfahren kann, bedarf es jedoch zunächst einer Vereinbarkeit mit den europarechtlichen Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie. Hierzu führt die Richtlinie 2001/29/ EG in Erwägungsgrund 18 aus, dass die Richtlinie nicht die Regelungen der Mitgliedstaaten für die Verwaltung von Rechten, beispielsweise die erweiterten kollektiven Lizenzen betrifft⁹⁴. Auf der Grundlage einer buchstabengetreuen Auslegung von Erwägungsgrund Nr. 18 kann jedoch in Frage gestellt werden, ob es den Mitgliedsländern freistehen soll, *neue* Formen der erweiterten kollektiven Lizenz einzuführen⁹⁵. Allerdings soll Erwägungsgrund 18 als generelle Erklärung verstanden werden, welche nicht lediglich bereits vor der Verabschiedung der InfoSoc-Richtlinie existierende erweiterte kollektive Lizenzen umfasst, sondern auch die Freiheit gewährt, neue erweiterte kollektive Lizenzen einzuführen⁹⁶. Infolge dessen wurden in den skandinavischen Ländern nach der Verabschiedung der InfoSoc-Richtlinie eine Reihe weiterer erweiterter kollektiver Lizenzen eingeführt⁹⁷.

c) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Allerdings müsste eine entsprechende Regelung selbst bei einer maßvollen Ausgestaltung, welche lediglich die treuhänderische Wahrnehmung der elektronischen Verwertungsrechte durch eine Verwertungsgesellschaft umfasst, auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Eigentumsschutz beachten. So steht es dem Gesetzgeber unter Beachtung der Institutsgarantie⁹⁸ frei, den Inhalt des Eigentums für die Zukunft neu zu ordnen⁹⁹. Um dem Problem der verwaisten Werke jedoch gerecht zu werden, bedürfte es neben der Erstreckung der erweiterten kollektiven Lizenz auf zukünftig erscheinende Werke zugleich auch einer Erstreckung auf die Vergangenheit - wäre doch nur auf diese Weise die Möglichkeit der Lizenzierung bereits verwaister Werke möglich.

Fraglich ist jedoch bereits, ob eine solche Schrankenbestimmung¹⁰⁰ dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht. So sichert Art. 14 GG einerseits zwar die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber im Rahmen der privatrechtlichen Normierung¹⁰¹, doch hat der Gesetzgeber andererseits auch eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherzustellen, welche den Interessen aller Beteiligten Rechnung trägt¹⁰². Im Lichte des Eingriffs in die nach Art. 14 GG geschützten Verwertungsrechte des Urhebers¹⁰³ bedürfte eine erweiterte kollektive Lizenz insofern einer besonderen Rechtfertigung, welche im Rahmen einer Interessenabwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und den Interessen der Urheber bzw. Rechteinhaber vorzunehmen wäre.

Gegen die Einführung einer erweiterten kollektiven Lizenz spräche aus Sicht der (noch auffindbaren) Urheber und Rechtswahrnehmer insbesondere der „Entzug“ der elektronischen Nutzungsrechte, sofern nicht gegen das Eingreifen der erweiterten kollektiven Lizenz widersprochen wird. Diesem Umstand kommt um so größere Bedeutung zu, als das Eingreifen der kollektiven Lizenz unabhängig davon erfolgen würde, ob es sich um ein verwaistes oder ein nicht-verwaistes Werk handelt. Gerade bei letzterem könnten die elektronischen Nutzungsrechte jedoch oftmals sehr viel besser durch den Urheber persönlich wahrgenommen werden. Dieser Entzug wird zudem auch nur bedingt durch den Anspruch auf Zahlungen von Lizenzgebühren beseitigt, da die Höhe der Lizenzzahlungen lediglich auf Pauschalbeträgen beruhen und nicht individuell für das jeweilige Werk ausgehandelt werden würde. Allerdings verbliebe dem Urheber zumindest die Möglichkeit, der Rechtswirkung der erweiterten kollektiven Lizenz zu widersprechen und insofern den status quo zu erhalten.

Auf Seiten der Allgemeinheit besteht hingegen neben einem schutzwürdigen Interesse der Öffentlichkeit an einer ausreichenden und flächendeckenden Versorgung mit Informationen und der Notwendigkeit eines freien Informationszugangs¹⁰⁴ insbesondere auch ein Interesse an der Erschließung analoger Printprodukte für eine Nutzung im digitalen Umfeld - ist gerade eine derartige Erschließung doch von unschätzbarem kulturhistorischem Wert.

Ob dieses Interesse der Allgemeinheit jedoch einen so schwerwiegenden Eingriff in das Eigentum und die Vertragsfreiheit gegenüber denjenigen Urhebern, die ohne weiteres aufzufinden sind, zu

rechtfertigen vermag, ist mehr als zweifelhaft. Nicht ohne Grund basiert das Modell der Verwertungsgesellschaften bislang maßgeblich auf einer ausschließlichen Wahrnehmung der Zweitverwertungsrechte, welche durch den Urheber faktisch oder rechtlich nicht selbst wahrgenommen werden können und insofern durch eine Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden müssen¹⁰⁵. Anders verhält sich diese Situation jedoch bei den Erstverwertungsrechten - stellt doch, sofern das Werk einer individuellen Wahrnehmung (grundsätzlich) zugänglich ist, eine individualvertragliche Vereinbarung eine bessere Möglichkeit zur optimalen wirtschaftlichen Verwertung des Werkes dar. So verwundert es auch nicht, dass vor dem Hintergrund der soeben ausgeführten Bedenken bereits in der Vergangenheit die Erstreckung einer kollektiven Vereinbarung auf Urheber, die nicht zu der betreffenden Verwertungsgesellschaft gehören, abgelehnt wurde, da sie „der Vertragsfreiheit widerspricht,

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda

GRUR Int 2008 Heft 4

279



den Urhebern nicht die Möglichkeit belässt, die Verwertungsgesellschaft zu verlassen und eine andere zu gründen“ und „zugleich zur Einmischung der öffentlichen Gewalt in Angelegenheiten privaten Charakters führt“¹⁰⁶.

Auch wenn die erweiterten kollektiven Lizenzen insofern einige interessante Ansatzpunkte enthalten, bleibt festzuhalten, dass sie zur Lösung des Problems der verwaisten Werke aus den genannten Gründen nur bedingt beitragen können.

2. Abschaffung der strafrechtlichen Sanktionen

Betrachtet man das Problem der verwaisten Werke hingegen von der praktischen Seite¹⁰⁷, so stehen weniger die zivilrechtlichen Gefahren von Schadensersatzforderungen und nachträglich zu entrichtender Lizenzzahlungen einer Nutzung der verwaisten Werke entgegen¹⁰⁸ als vielmehr die Gefahr einer strafrechtlichen Verurteilung gem. § 106 UrhG i.V.m. §§ 16, 19a UrhG¹⁰⁹. Eine pragmatische Lösung könnte daher in einer Beseitigung der strafrechtlichen Sanktionen zu sehen sein, so dass dem Rechteinhaber lediglich zivilrechtliche Ansprüche gegen den Nutzer zustehen¹¹⁰.

Voraussetzung für die Umsetzbarkeit einer entsprechenden Regelung ist wiederum, dass das europäische Gemeinschaftsrecht eine solche Regelung zulässt. In Betracht kommen diesbezüglich insbesondere Verstöße gegen die Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (sog. Enforcement-Richtlinie) sowie gegen die Richtlinie über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums. Während erstere entgegen dem ursprünglichen Richtlinienentwurf keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu strafrechtlichen Sanktionen vorsieht¹¹¹, befindet sich letztere zurzeit noch in der parlamentarischen Beratung und hat bislang keine Umsetzung erfahren¹¹². Im Falle einer unveränderten Verabschiedung des Richtlinienentwurfs müssten die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass jede vorsätzliche, in *gewerbsmäßigem* Umfang begangene Verletzung eines *Rechts an geistigem Eigentum* als Straftat gilt¹¹³. Als Verletzung in gewerbsmäßigem Umfang ist nach der Legaldefinition in Art. 2 lit. b RL-V jede Verletzung eines Rechts an geistigem Eigentum zu sehen, mit der wirtschaftliche Vorteile erzielt werden sollen. Damit wäre im Falle einer unveränderten Umsetzung eine Beseitigung der strafrechtlichen Sanktionen bei einer gewerbsmäßigen Verwertung ausgeschlossen, sofern kein Ausnahmetatbestand eingreift. Hierzu sieht der Richtlinienentwurf im Weiteren (eine im Kommissionsentwurf noch nicht vorhandene) „fair use“-Klausel vor (Art. 3 Abs. 3 RL-V), welche klarstellt, dass der „faire Gebrauch“ eines geschützten Werkes für Kritiken, Kommentare, Zeitungsberichte, den Unterricht, Wissenschaft und Forschung keine Straftat darstellt. Auch wenn diese Regelung, angelehnt an das amerikanische System der „fair-use“-Schranke, keine Bezugnahme auf den abschließenden Schrankenkatalog der Infosoc-Richtlinie darstellt, mag doch zu bezweifeln sein, ob die Nutzung eines verwaisten Werkes auch noch von der „fair-use“-Klausel mit umfasst wäre¹¹⁴. So wird in der Begründung der Richtlinie ausgeführt, dass durch diese Regelung insbesondere die Pressefreiheit vor strafrechtlichen Maßnahmen geschützt werden soll¹¹⁵. Darüber hinaus - so die Begründung - seien auch Berufsgruppen wie Journalisten,

Wissenschaftler und Lehrer keine Kriminellen¹¹⁶. Ausdrücklich nicht genannt werden hingegen Verlage und andere kommerzielle Verwerter. Auf die Situation der verwaisten Werke angewendet, würde dies zu dem Ergebnis führen, dass eine entsprechende Regelung, welche die (kommerzielle) Verwertung eines verwaisten Werkes von den Strafvorschriften des § 106 UrhG ausnimmt, nicht mit der Richtlinie über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zu vereinbaren wäre. Lediglich für Bibliotheken ließe sich eine entsprechende Regelung (mangels gewerblichen Handelns) einführen.

Einer denkbaren Änderung des noch nicht verabschiedeten Richtlinien textes dahingehend, dass von den „fair-use“-Bestimmungen auch die kommerzielle Verwertung verwaister Werke mit umfasst wird, steht jedoch das TRIPS-Abkommen entgegen. So sieht Art. 61 TRIPS vor, dass Mitglieder zwingend Strafverfahren und Strafen für den Fall einer vorsätzlichen unerlaubten Herstellung urheberrechtlich geschützter Waren in gewerbsmäßigen Umfang vorsehen müssen.

Auch wenn es in Art. 61 TRIPS an einer Legaldefinition des Vorsatzes fehlt und dieser womöglich in den einzelnen Ländern uneinheitlich verstanden wird¹¹⁷, kann doch zumindest ein mittelbarer Rückschluss auf das Verständnis des (strafrechtlichen) Vorsatzes in TRIPS durch eine Heranziehung von Art. 45 TRIPS geschlossen werden. Danach macht sich schadensersatzpflichtig, „wer wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass er eine Verletzungshandlung vornimmt“. Überträgt man diese Formulierung, welche Vorsatz und Fahrlässigkeit umfasst¹¹⁸, auf Art. 61 TRIPS, so ist vorsätzliches Handeln

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda GRUR Int 2008 Heft 4 280 

zumindest dann zu bejahen, wenn dem Handelnden die Rechtswidrigkeit bewusst ist. Dies wird jedoch im Falle der Nutzung verwaister Werke in aller Regel zu bejahen sein¹¹⁹.

Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass gerade die Rechteverwerter, welche in der Vergangenheit stets eine scharfe strafrechtliche Sanktionierung der unerlaubten gewerblichen Nutzung gefordert haben, nun aufgrund ihrer eigenen Lobbyarbeit die eigentlichen Leidtragenden des strafrechtlichen Schutzes sind - wird den Verlagen doch eine kommerzielle Verwertung der von Ihnen verlegten Werke in der zukunftssträchtigen elektronischen Nutzungsart verwehrt.

Anders würde sich jedoch die Situation für Nutzungswillige darstellen, welche die Nutzung der Werke nicht gewerbsmäßig vornehmen wollen (so z.B. öffentliche Bibliotheken) und damit weder den Beschränkungen der Richtlinie über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums noch Art. 61 TRIPS unterworfen wären. Für derartige nichtgewerbliche Nutzungen ließe sich eine entsprechende Aufhebung der strafrechtlichen Sanktionen insbesondere durch einen neuen Strafausschließungsgrund umsetzen, welcher trotz Vorliegens einer rechtswidrigen und schuldhaften Tat die Strafbarkeit entfallen ließe.

Auch die Dogmatik des Urheberrechts stünde einer solchen Lösung nicht entgegen, wie bereits die bei der Ausgestaltung des „Zweiten Korbs“ diskutierte sog. „Bagatellklausel“ zeigt. Im Gegensatz zu diesem (letztendlich verworfenen) Strafausschließungsgrund ist die Erforderlichkeit einer solchen Regelung jedoch weniger in der Gefahr einer breiten Kriminalisierung der Bevölkerung zu sehen als vielmehr in dem geringen Handlungsunwert - geht es dem Nutzungswilligen doch bei einer zuvor durchgeführten Suche nach dem Urheber erkennbar nicht um eine gewollte Rechtsverletzung. Damit würde der Strafausschließungsgrund letztendlich als Einfallstor für das außerstrafrechtliche Interesse an einer Erhaltung und Erweiterung der Nutzungsmöglichkeiten des kulturellen Erbes dienen. Um einen Missbrauch zu verhindern, wären an die Erfordernisse eines solchen Strafausschließungsgrundes jedoch strenge Voraussetzungen zu knüpfen. Neben dem Erfordernis einer vorherigen ausführlichen Suche käme auch eine Hinterlegungspflicht einer angemessenen Lizenzgebühr bei einem Treuhänder in Betracht¹²⁰, um den Rechteinhaber vor einer zwischenzeitlichen Zahlungsunfähigkeit der Werknutzenden zu schützen.

Will man jedoch den Forderungen der i2010-Initiative gerecht werden, dass unabhängig von vorherigen Vereinbarungen und Vergütungen sowohl die nicht-kommerzielle als auch die kommerzielle Verwertung erlaubt sein soll, wäre die Einführung eines Strafausschließungsgrundes wenig zielführend.

3. Registrierungspflicht

Eine weitere Möglichkeit zur Lösung des Problems der verwaisten Werke könnte in der Einführung einer Registrierungspflicht in einem „Urheberregister“ zu sehen sein, über welches eine schnelle und effektive Recherche zur Ermittlung der Rechteinhaberschaft vorgenommen werden kann. Gerade die Möglichkeiten der Informationsübermittlung durch Digital Rights Management werden hierbei eine wesentliche Rolle spielen können¹²¹ und die Identifizierung des Urhebers wesentlich erleichtern. Allerdings würden hierdurch lediglich Probleme bei der Ermittlung von Urhebern zukünftiger Werke vermieden werden - die Ermittlung der Nutzungsinhaber von verwaisten Werken würde hingegen keinerlei Erleichterung erfahren¹²². Neben diesen praktischen Erwägungen stehen der Umsetzung eines solchen Vorhabens auch die Berner Übereinkunft und das TRIPS-Übereinkommen entgegen. So sieht Art. 5 Abs. 2 RBÜ vor, dass der Genuss und die Ausübung der in der Berner Übereinkunft vorgesehenen Mindestrechte nicht an die Erfüllung irgendwelcher Förmlichkeiten gebunden werden dürfen. Diese Regelung wird gem. Art. 9 bzw. gem. Art. 3 WCT auch in das TRIPS-Abkommen bzw. das WIPO Copyright Treaty (WCT) mit einbezogen. Der Ausdruck „Förmlichkeit“ ist dabei als notwendige Voraussetzung für die Gültigkeit eines Rechts zu verstehen; es handelt sich im Allgemeinen um Verpflichtungen administrativer Natur, die in nationalen Gesetzen vorgeschrieben sind und deren Nichterfüllung den Verlust des Rechts oder die Schutzlosigkeit nach sich zieht¹²³. Dazu gehören z.B. die Hinterlegung eines Werkexemplars, die Registrierung bei einer öffentlichen Institution oder einer sonstigen Verwertungsstelle oder die Zahlung von Eintragungsgebühren¹²⁴.

Damit kommt lediglich die Einführung eines Urheberregisters auf freiwilliger Basis in Betracht¹²⁵. Allerdings darf die Registrierung weder unmittelbar noch mittelbar zu einer Verbesserung der rechtlichen Situation des Urhebers führen, so dass diesem keinerlei Anreize für eine Teilnahme geboten wären. Ohne einen solchen echten Mehrwert einer Registrierung wäre die Akzeptanz der Registrierungsstelle jedoch voraussichtlich gering¹²⁶. Damit könnte das Urheberregister lediglich bruchstückhaft die Nutzungsinhaber ausweisen. Das Problem der verwaisten Werke ließe sich hierdurch aber voraussichtlich nicht vollumfänglich lösen.

4. Zwangslizenz

Darüber hinaus könnte auch die Einführung einer Zwangslizenz in Betracht kommen. Unter dem Begriff „Zwangslizenz“ wird eine ohne oder gegen den Willen des Urhebers eingeräumte Befugnis verstanden, ein urheberrechtlich geschütztes Werk in bestimmter Weise zu nutzen¹²⁷. Die Zwangslizenz gibt jedoch dem Nutzer zunächst nur einen gesetzlich verbürgten, zwingenden Anspruch auf Nutzung des Schutzgegenstandes; die Bedingungen muss er jedoch - nötigenfalls über den Gerichtsweg - noch aushandeln¹²⁸. Zwangslizenzen kommen insbesondere in Betracht, wenn die Ausschließlichkeitsbefugnis des Inhabers von Immaterialgüterrechten mit den Interessen nutzungswilliger Dritter kollidieren und die

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda GRUR Int 2008 Heft 4

281



Rechtsordnung der Nutzung einen hohen sozial oder wirtschaftlich erwünschten Wert beimisst¹²⁹.

Ob eine solche Zwangslizenz als de facto Beschränkung des Urheberrechts zu begreifen und damit an den Maßgaben der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG zu messen ist, ist nach wie vor nicht restlos geklärt, kann aber auch dahinstehen, da die Zwangslizenz nicht das Problem der verwaisten Werke zu lösen vermag: Anders als bei einer Schranke, die jedem Nutzungswilligen bei Vorliegen der Voraussetzungen ohne das Erfordernis einer vorherigen Rechtseinräumung die Nutzung des Rechts gestattet¹³⁰, kann

eine Zwangslizenz nur eingreifen, wenn der Nutzungswillige den Rechteinhaber aufgefordert hat, ihm eine Lizenz vertraglich einzuräumen, und dieser sich weigert, die Nutzungsrechte (zu angemessenen Bedingungen) einzuräumen. Eine Zwangslizenz ist daher ein „Minus“ gegenüber einer Schranke, setzt sie doch eine vertragliche Einräumung der erforderlichen Nutzungsrechte voraus. Im Falle eines verwaisten Werkes fehlt es jedoch bereits an einem Anspruchsgegner, so dass die erforderliche Nutzungsrechtseinräumung gerade nicht vorgenommen werden kann. Auch eine Klage auf Nutzungsrechtseinräumung kommt mangels ladungsfähiger Anschrift nicht in Betracht.

5. Neue Schrankenregelung

Schließlich könnte eine Lösung in der Schaffung einer neuen Schrankenregelung gesucht werden¹³¹. Allerdings bedarf es zur Einführung einer solchen Schrankenregelung neben der Beachtung von verfassungsrechtlichen Vorgaben auch der Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Information Society Directive, die in Art. 5 InfoSoc die zulässigen „Ausnahmen und Beschränkungen“ von den vorgeschriebenen Ausschließlichkeitsrechten abschließend aufzählt¹³². Jede in den §§ 44aff. vorgesehene Regelung bedarf daher einer Rechtfertigung aus Art. 5 InfoSoc-RL¹³³. Ein solcher Anknüpfungspunkt zur Einführung einer entsprechenden Schranke fehlt jedoch im abschließenden Katalog der InfoSoc-Richtlinie¹³⁴.

Zwar müssen diese europarechtlichen Hindernisse nicht notwendigerweise unüberwindbar sein, schließlich lässt sich auch eine Richtlinie wie die zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft einer Revision unterziehen, wenn dies wissenschafts- und gesellschaftspolitisch angezeigt ist¹³⁵; doch zeigt bereits der Hinweis der i2010-Initiative, dass die Umsetzung den einzelnen Ländern überlassen bleiben soll¹³⁶, dass diesbezüglich eine Änderung der InfoSoc-Richtlinie nicht zu erwarten ist.

Lässt man diese praktischen Bedenken einmal außen vor und unterstellt eine entsprechende Änderung des abschließenden Schrankenkatalogs, so erfordert eine neue Schrankenregelung für eine Vereinbarkeit mit der Infosoc-Richtlinie weiter, dass diese mit dem 3-Stufen-Test zu vereinbaren ist (vgl. Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL¹³⁷). Nach Art. 5 Abs. 5 dürfen die in Art. 5 Abs. 1-4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen (1.) nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen (2.) die normale Verwertung des Werkes oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und (3.) die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt werden¹³⁸.

a) Begrenzung auf bestimmte Sonderfälle (Erste Stufe)

Die Begrenzung auf bestimmte Sonderfälle („some special cases“) soll zunächst verhindern, dass das Ausschließlichkeitsrecht weitgehend ausgehöhlt wird¹³⁹ und stellt das „Eingangstor“ zum Abwägungsvorgang dar¹⁴⁰. Für die Auslegung des Kriteriums „bestimmte Sonderfälle“ ist dabei eine qualitative Perspektive maßgeblich¹⁴¹. So soll kein Sonderfall im Sinne des Drei-Stufen-Tests vorliegen, wenn die Rechtfertigung für eine Beschränkung so schwach ist, dass eine sinnvolle Abwägung gegen die berechtigten Interessen des Urhebers ausgeschlossen scheint.

Als berechtigte Interessen der Allgemeinheit können jedoch schon die Erhaltung und Erschließung des kulturellen Erbes herangeführt werden¹⁴². So versprechen gerade die Möglichkeit einer retrospektiven Digitalisierung und die damit einhergehenden Nutzungsmöglichkeiten einer Volltextsuche eine gänzlich neue Erschließungsmöglichkeit umfangreicher Archive und dürften von großem kulturhistorischen Wert sein.

Darüber hinaus wird aus der Formulierung „some special cases“ häufig ein besonderes Bestimmtheitsgebot abgeleitet¹⁴³. Sofern man dieser Auffassung folgt¹⁴⁴, ergibt sich daraus die Notwendigkeit einer genauen Bestimmung, unter welchen Voraussetzungen ein Werk als verwaist anzusehen ist, um den Anwendungsbereich einer möglichen Schrankenregelung nicht uferlos werden zu lassen. Hierzu fordert neben dem US Copyright Office¹⁴⁵ auch die i2010-Initiative konkrete Vorgaben, welche Anforderungen insbesondere an die gewissenhafte Suche des Rechteinhabers zu stellen sind¹⁴⁶.

Neben der Überlegung, nur Werke eines gewissen Alters für eine derartige Schrankenregelung zu öffnen¹⁴⁷, den Umfang der Suche durch

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda

GRUR Int 2008 Heft 4

282



die Festlegung von „best practices“ einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich zu machen¹⁴⁸ und den Widerspruch eines Miturhebers gegen eine Werkverwertung im Falle der Unauffindbarkeit der übrigen Miturheber ausreichen zu lassen¹⁴⁹, stellt sich in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, inwieweit der Umfang der Suche von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des durch die Schrankenregelung Begünstigten abhängen soll. Ob der hierzu unterbreitete Vorschlag, eine nicht-kommerzielle Nutzung zu privilegieren, in der Praxis Bestand haben kann, mag bezweifelt werden¹⁵⁰ - zeigt doch bereits das Beispiel „google book search“, dass eine genaue Abgrenzung zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Nutzung bei großen Informationsportalen aufgrund mittelbarer Werbeeinnahmen schwerlich möglich ist. Bedarf auch die Ausgestaltung der genauen Regelung einer weitergehenden Diskussion, so bleibt zumindest festzuhalten, dass bei restriktiver Ausgestaltung eine entsprechende Schrankenregelung grundsätzlich mit der ersten Stufe des 3-Stufen-Tests zu vereinbaren ist¹⁵¹.

b) Keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung (Zweite Stufe)

Auf der zweiten Stufe steht die Forderung, dass die normale Verwertung des Werkes oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt werden darf¹⁵². Mit diesem Element sollen Fälle ausgesondert werden, in denen ganz erhebliche Umsatzeinbußen hingenommen werden müssen¹⁵³, zugleich sollen intakte Marktsegmente, in denen eine Auswertung urheberrechtlich geschützten Materials möglich war, unangetastet bleiben¹⁵⁴. *Senfleben* führt hierzu aus, dass von einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung nur dann gesprochen werden kann, wenn die in Frage stehende Beschränkung die Rechteinhaber einer aktuellen oder potentiellen Einnahmequelle beraubt, die typischerweise ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung von Werken einer betroffenen Werkart hat¹⁵⁵.

Es ist jedoch bereits fraglich, ob gegenwärtig eine elektronische Werkverwertung zum Kerngeschäft der Rechteinhaber gehört, welcher ein erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung zukommt¹⁵⁶. Selbst wenn man dies aber noch gegenwärtig verneint, werden die fortschreitenden Bemühungen der Verlage und Bibliotheken zur Schaffung umfangreicher Volltextdatenbanken dazu führen, dass zumindest in absehbarer Zeit die elektronische Werkverwertung einen gehobenen Stellenwert einnehmen wird.

Damit scheidet jedoch eine Schrankenregelung wegen Verstoßes gegen den 3-Stufen-Test zumindest dann aus, wenn diese die Verwertung in intakten Marktsegmenten beeinträchtigt.

Von einer solchen Beeinträchtigung intakter Marktsegmente kann jedoch bei verwaisten Werken gerade nicht ausgegangen werden, wird das Werk in aller Regel doch gerade nicht in der neuen Nutzungsart verwendet, sondern bislang ausschließlich in analoger Form. Sofern jedoch keine Nutzung in der neuen Nutzungsart erfolgt, kann auch dieses Marktsegment nicht beeinträchtigt werden¹⁵⁷. Eine Beeinträchtigung der normalen Verwertung wäre insofern nur dann gegeben, wenn der Rechteinhaber sich nach einer retrospektiven Digitalisierung durch einen Dritten zu erkennen gibt und sich nun durch das bestehende digitale Angebot in der Verwertung seines Werkes in der neuen Nutzungsart behindert sehen würde. Dieser Gefahr wäre jedoch leicht zu begegnen, wenn die Schrankenregelung derart ausgestaltet wird, dass diese lediglich zu einer öffentlichen Zugänglichmachung bis zu dem Zeitpunkt statthaft ist, an welchem sich der Rechteinhaber zu erkennen gibt.

c) Keine ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen (Dritte Stufe)

Schließlich dürfen die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich durch die Schrankenregelung verletzt werden. Anders formuliert darf die Verletzung der berechtigten Interessen

des Urhebers, die von einer Beschränkung ausgeht, unter Berücksichtigung der Zwecke, denen die Beschränkung dient, nicht unverhältnismäßig sein¹⁵⁸. Demzufolge ist die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der geplanten Regelung zu prüfen: An die Überprüfung der Geeignetheit sind hierbei jedoch grundsätzlich geringe Anforderungen zu stellen, da die Feststellung einer solchen oft empirisch gar nicht möglich ist; demgemäß ist dem Normgeber eine breite Einschätzungsprärogative verliehen. Bereits die Möglichkeit der Sicherung und Erschließung des kulturhistorischen Erbes lässt die Einführung einer entsprechenden Schranke insofern geeignet erscheinen. Auch kommen keine alternativen Lösungsmöglichkeiten in Betracht, welche bei gleicher Geeignetheit ein milderes Mittel darstellen. So scheiden insbesondere vertragliche Vereinbarungen mit dem Rechteinhaber aus (welche zweifelsohne als milderes Mittel anzusehen wären), fehlt es doch an der Möglichkeit der Kontaktaufnahme zum Rechteinhaber. Ebenso wenig wäre die Einführung einer kollektiven Lizenz als milderes Mittel einzustufen, würde eine solche doch nicht nur verwaiste Werke betreffen. Damit steht und fällt eine Vereinbarkeit mit dem 3-Stufen-Test mit der Angemessenheit der Regelung. Hierbei ist insbesondere die Tragweite des Eingriffs in das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht mit den Zielen der Regelung abzuwägen. Insofern bedarf es zunächst einer Abwägung der Interessen der Allgemeinheit mit den Interessen der Rechteinhaber.

1.) Interessen der Allgemeinheit vs. Interessen der Rechteinhaber

Als Normzwecke, die einen Eingriff in das Recht des Urhebers grundsätzlich rechtfertigen können, kommt neben dem Interesse der Öffentlichkeit an einer ausreichenden und flächendeckenden Versorgung mit Informationen und der Notwendigkeit eines freien Informationszugangs¹⁵⁹ insbesondere auch die Erschließung analoger Printprodukte für eine Nutzung im digitalen Umfeld in Frage, welche von großem kulturhistorischem Wert ist¹⁶⁰.

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda

GRUR Int 2008 Heft 4

283



Darüber hinaus sind auch die besonderen Funktionen von Bibliotheken zu berücksichtigen, welche durch eine entsprechende Schrankenregelung neben den Verlagen umfangreich privilegiert werden würden und damit eine Vielzahl von Werken elektronisch bereit stellen könnten, deren Urheber gegenwärtig nicht mehr zu ermitteln sind. So führte das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner *Bibliotheksgroschen*-Entscheidung¹⁶¹ aus, dass öffentliche Bibliotheken auch volkshilfliche Aufgaben erfüllen, die dem Wohl der Allgemeinheit dienen. Dies ergebe sich bereits daraus, dass die Bereitstellung belletristischer und auch wissenschaftlicher Literatur vielen Bürgern erst die Teilnahme am kulturellen und geistigen Geschehen ermögliche¹⁶². Dem zu erwartenden Argument der Verleger, dass eine Bibliothek diesem „Grundversorgungsauftrag“ auch durch die Bereitstellung von analogen Printpublikationen nachkommen könnte (und insofern das Eingreifen der Schrankenregelung auf den Inhaber der Verlagsrechte zu beschränken sei), ist entgegen zu halten, dass eine Vielzahl verwaister Werke „out of print“ sind¹⁶³ und ein kommerzielles Interesse an einer weitergehenden Verwertung des Werkes zumeist zu verneinen sein wird. Dass derartige Erwägungen dem Urheberrecht nicht fremd sind, zeigt auch § 53 II Nr. 4b, IVb UrhG, welcher die Befriedigung des bibliothekarischen Bedarfs an vergriffenen Werken regelt, zugleich jedoch in § 53 VI UrhG eine Einschränkung erfährt, wonach die öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) derartig vervielfältigter Werke untersagt ist.

Gegenüber diesen öffentlichen Interessen an einer umfassenden Informationsversorgung sind die Interessen der Urheber an einer sinnvollen ökonomischen Verwertung zu berücksichtigen und abzuwägen¹⁶⁴. So soll der Urheber insbesondere möglichst umfangreich an der wirtschaftlichen Verwertung eines Werkes beteiligt werden¹⁶⁵.

2.) Interessenabwägung

Dabei ist im Rahmen der Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit auf der einen Seite und den Interessen der Rechteinhaber und Verwerter auf der anderen Seite insbesondere die Schwere des

Eingriffs einzubeziehen: Ein besonders schwerer Eingriff würde insbesondere dann bestehen, wenn die wirtschaftliche Verwertung des Werkes durch den Rechteinhaber nicht mehr möglich sein würde, also ein Eingriff in den urheberrechtlichen Kernbereich der Verwertung vorläge.

An einer wirtschaftlichen Verwertung in der elektronischen Nutzungsform fehlt es bei verwaisten Werken jedoch, so dass (anders als bei anderen Schrankenregelungen) gerade nicht durch die Schranke eine Gefährdung des gleichen Absatzmarktes droht. Allerdings droht, sofern die Publikation noch verlegt wird¹⁶⁶, zumindest dem Parallelmarkt der Buchverwertung durch derartige Angebote eine nicht zu unterschätzende Gefahr für den Absatzmarkt. Es wäre insofern zumindest überlegenswert, ein Eingreifen der Schranke davon abhängig zu machen, dass der buchhändlerische Vertrieb der Publikation nicht gefährdet wird. Ob sich die Verlage durch eine derartige Beschränkung trotzdem zur retrospektiven Digitalisierung ermutigt sehen würden, bedürfte jedoch einer weitergehenden Untersuchung. Auch gilt es zu beachten, dass bei der Beurteilung der Beeinträchtigung der normalen Werkverwertung jedes Nutzungsrecht individuell beurteilt werden muss¹⁶⁷. Zur Abmilderung des Eingriffs in die Intensität des Eingriffs wäre zudem auch eine Vergütungspflicht für eine derartige Nutzung denkbar bzw. sogar notwendig, welche an einen Treuhänder oder eine Verwertungsgesellschaft abzuführen wäre¹⁶⁸. Ob diese jedoch nach pauschalen Sätzen zu entrichten wäre, wofür insbesondere die Einfachheit des Verfahrens spräche, oder nach individuell verhandelten Vergütungssätzen¹⁶⁹, bedürfte ebenfalls einer weitergehenden Diskussion, welche an dieser Stelle nicht geleistet werden kann.

Die soeben geschilderte Situation eines fehlenden Eingriffs in die wirtschaftliche Verwertung der elektronischen Nutzungsart ändert sich jedoch schlagartig, wenn sich der Inhaber der Nutzungsrechte an einem bislang verwaisten Werk zu erkennen gibt, das Werk damit also seinen Status als verwaistes Werk verliert. In einem derartigen Fall wäre es zumindest im Fall der unveränderten Werkübernahme unverhältnismäßig, dem Dritten auch weiterhin die Werknutzung mit Berufung auf die Schrankenregelung zu gestatten, würde eine derartige Ausgestaltung doch dem Rechteinhaber faktisch sein Ausschließlichkeitsrecht nehmen. Ein gesetzgeberischer Anknüpfungspunkt zur Beseitigung einer derartigen Gefahr wäre beispielsweise in einer akzessorischen Verknüpfung der Anwendbarkeit der Schrankenregelung mit dem Status des verwaisten Werkes gegeben, so dass eine Berufung auf die Schrankenregelung also nur bis zum Ausfindigmachen des Rechteinhabers statthaft wäre. Darüber hinaus wäre aber auch die Ausgestaltung gesetzgeberischer Härtefallklauseln denkbar¹⁷⁰, welche eine Werknutzung durch Zahlung einer angemessenen Vergütung an den Urheber auch nach dem Verlust des Status als verwaistes Werk weiterhin ermöglichen¹⁷¹.

VII. Fazit

Lässt der „Zweite Korb“ kaum verbesserte Nutzungsmöglichkeiten für verwaiste Werke erkennen, führt die Suche nach alternativen Lösungsansätzen zu einer gewissen Ratlosigkeit. So bringt jeder der vorgestellten Lösungswege tatsächliche oder rechtliche Probleme mit sich, ohne dass ein nachhaltiger und umfassender Lösungsweg aufgezeigt werden kann:

Spindler, Heckmann: Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen - Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda GRUR Int 2008 Heft 4 284 

Kommt eine Änderung des TRIPS-Abkommens, welches gegenwärtig der Einführung eines Strafausschließungsgrundes für eine kommerzielle Werkverwertung entgegen steht, bereits aus praktischen Gesichtspunkten nicht in Betracht, so ließe sich eine Nutzungsmöglichkeit für verwaiste Werke zumindest durch eine neue Schrankenregelung erschaffen. Allerdings steht auch dieser Lösung gegenwärtig der abschließende Schrankenatalog der InfoSoc-Richtlinie entgegen. So zeigt bereits ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der InfoSoc-Richtlinie, dass diese einen mühsam errungenen Minimalkompromiss aller Beteiligten darstellt und mit einer baldigen Erweiterung um eine Regelung für verwaiste Werke nicht zu rechnen ist. Dies ist umso bedauerlicher, als eine derartige Regelung bei maßvoller und zurückhaltender Ausgestaltung mit dem 3-Stufen-Test des Art. 5 Abs. 5 Infosoc-Richtlinie zu vereinbaren wäre¹⁷².

Vor diesem Hintergrund ist es unerklärlich, warum die i2010-Initiative scheinbar alle urheberrechtlichen Überlegungen und Bedenken unberücksichtigt gelassen hat und sich auf eine reine Absichtserklärung beschränkt. Den Mitgliedstaaten ist damit in Anbetracht der Internationalität des Problems um die verwaisten Werke wenig geholfen, hätte es doch zur Schaffung einer einheitlichen Rechtsordnung wenigstens konkreter Handlungsoptionen bedurft, wenn schon der Mut zu einer europaweit einheitlichen Regelung nicht vorhanden ist.

Will man das kulturelle Erbe auch digital der Informationsgesellschaft zugänglich machen, so ist es höchste Zeit, entsprechende Weichenstellungen auf europäischer Ebene vorzunehmen.

* Prof. Dr.jur., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Multimedia- und Telekommunikationsrecht, Universität Göttingen, Mitglied der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen.

** Doktorand am Lehrstuhl von Prof. *Spindler*, Universität Göttingen.

¹ *Kelly*, New York Times Sunday Magazin v. 14.5.2006, abrufbar unter <<http://www.nytimes.com/2006/05/14/magazine/14publishing.html?ex=1178942400&en=db6f0f9e195f0a89&ei=5070>>; CR 2005, R140.

² <<http://books.google.de/intl/de/googlebooks/about.html>>.

³ <<http://www.opencontentalliance.org>>.

⁴ IP/05/643; vgl. auch CR 2005, R140.

⁵ Empfehlung 2006/585/EG (ABl. L 236 v. 31.8.2006), S. 30, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/recommendation/recommendation/de.pdf>.

⁶ *Jeanneney*, Googles Herausforderung - Für eine europäische Bibliothek, 2006, S. 22.

⁷ Empfehlung 2006/585/EG (Fn. 5), S. 28.

⁸ IP/06/1124; MEMO/06/311.

⁹ Beschluss 2006/178/EG (ABl. L 63/25 v. 4.3.2006), abrufbar unter <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/commission_decision_on_hlg/de.pdf>.

¹⁰ *Platz*, WRP 2001, 195, 203; v. *Gompel*, iris plus 4/2007, S. 2.

¹¹ *Katzenberger*, AfP 1997, 434, 440 m.w.N.

¹² *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 551; *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 407; *Nordemann/Schierholz*, AfP 1998, 365, 367; *Reber*, GRUR 1998, 792, 797; *Schack*, JZ 1998, 753, 759; *Hoeren*, CR 1995, 710, 713.

¹³ *Schricker* in: *Schricker*, Verlagsrecht, 3. Aufl. 2001, § 1 VerIG Rdnr. 51; *Heckmann*, in: *Spindler*, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, S. 123, 127.

¹⁴ *Platz*, WRP 2001, 195, 203.

¹⁵ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 2 UrhG Rdnr. 245; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 2 UrhG Rdnr. 12.

¹⁶ *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, 2004, § 4 UrhG Rdnr. 19; *Loewenheim*, in: *Schricker*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 4 UrhG Rdnr. 21.

¹⁷ v. *Gompel*, iris plus 4/2007, S. 2; *Scheja/Mantz*, CR 2007, 715, 717; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 621.

¹⁸ *Covey*, Copyright and the universal digital library, S. 6, abrufbar unter <http://www.library.cmu.edu/People/troll/ICDUL_TrollCovey_FINALtmplREV.pdf>.

¹⁹ Zur Begriffsbestimmung siehe auch *British Screen Advisory Council*, Copyright and Orphan Works, 2006, S. 4, abrufbar unter <<http://www.bsac.uk.com/reports/orphanworkpaper.pdf>>.

²⁰ Nach Schätzungen der British Library beträgt die Anzahl der verwaisten Werke „nur“ 40%, vgl. *British Library*, Intellectual Property: A Balance - The British Library Manifesto, S. 3, abrufbar unter <<http://www.bl.uk/news/pdf/ipmanifesto.pdf>>; zu den einzelnen Möglichkeiten, die zu einer „Verwaisung“ des Werkes führen siehe auch *British Screen Advisory Council* (Fn. 19), S. 5.

²¹ Ähnlich v. *Gompel*, der auf die Möglichkeit einer Garantie oder Sicherheit durch einen Dritten im Fall einer Inanspruchnahme durch den Urheber eingeht, vgl. v. *Gompel*, iris plus 4/2007, S. 5.

²² *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 621.

²³ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 15), § 106 UrhG Rdnr. 7; *Hildebrandt*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 15), § 106 UrhG Rdnr. 29; *Vassilaki*, in: *Schricker* (Fn. 16), § 106 UrhG Rdnr. 30.

²⁴ Bezweifelnd, ob es sich überhaupt um ein „Problem“ handelt: *Goldstein*, GRUR Int. 2006, 901.

²⁵ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 15), § 31 UrhG Rdnr. 86; allerdings ist zu beachten, dass auch nach früherem Recht der Zweckübertragungsgedanke der Einräumung von Rechten an einer noch nicht bekannten Nutzungsart regelmäßig entgegenstand, sofern die Übertragung nicht deutlich nach außen kundgetan worden ist.

²⁶ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 15), Einl. UrhG Rdnr. 23. ff.; so stellt die Anerkennung der Taschenbuchausgabe als selbständige Nutzungsart (vgl. KG, Urt. v. 8.5.1990 - 5 U 3207/88, GRUR 1991, 596) die einzig wirtschaftlich relevante Entscheidung auf dem Gebiet der buchnahen Nebenrechte dar (vgl. *Schricker*, in: *Schricker*, (Fn. 13), § 8 VerIG Rdnr. 5d).

- ²⁷ *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), Vor § 31 UrhG Rdnr. 176f., § 31 UrhG Rdnr. 94ff.; *Schricker*, in: Schricker (Fn. 16), § 31 UrhG Rdnr. 48.
- ²⁸ *Schricker*, in: Schricker (Fn. 16), § 31 UrhG Rdnr. 32; *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), Vor § 12 UrhG Rdnr. 8.
- ²⁹ Amtl. Begr. UrhG, UFITA Bd. 45 (1965), S. 240, 271.
- ³⁰ *Dietz*, in: Schricker (Fn. 16), Vor §§ 12ff. UrhG Rdnr. 8; *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), Vor § 12 UrhG Rdnr. 1.
- ³¹ *Platz*, WRP 2001, 195, 197; *Strömholm*, GRUR 1963, 350, 358; *Ulmer*, in: FS Hubmann, 1985, S. 435ff.; *Dietz*, in: Schricker (Fn. 16), § 12 UrhG Rdnr. 7; a.A. *Hertin*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 12 UrhG Rdnr. 1; *Kroitzsch*, in: Möhring/Nicolini, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 12 Rdnr. 2.
- ³² *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 315.
- ³³ Als Beispiel eines Buches als „Kunstwerk“ sei an dieser Stelle nur auf den 30 kg schweren Fotoband „Sumo“ (Taschen Verlag) von Helmut Newton hingewiesen, welcher in einer limitierten Auflage von 10.000 Exemplaren zusammen mit einem von Philippe Starck designten Tisch geliefert wird.
- ³⁴ So z.B. bei einem vorherigen Rückruf des Werkes wegen gewandelter Überzeugung (§ 42 UrhG).
- ³⁵ *Duke Law School*, Orphan works - Analysis and proposal, 2005, S. 13, abrufbar unter <<http://www.law.duke.edu/cspd/pdf/cspdproposal.pdf>>.
- ³⁶ Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works v. 18.4.2007, S. 6, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=295>; *British Screen Advisory Council* (Fn. 19), S. 17.
- ³⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 2 RBÜ.
- ³⁸ Vgl. Sec. 77 Copyright Act Canada, abrufbar unter <<http://laws.justice.gc.ca/en/frame/cs/C-42//en>>.
- ³⁹ *Copyright Board Canada*, Unlocatable Copyright Owners Brochure, abrufbar unter <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochurecov-e.html>>; v. *Gompel*, 38 IIC 669, 693 (2007).
- ⁴⁰ Vgl. Sec. 77 (1) Copyright Act Canada (Fn. 38).
- ⁴¹ *Copyright Board Canada* (Fn. 39); v. *Gompel*, 38 IIC 669, 693 (2007).
- ⁴² Vgl. *Copyright Board Canada*, Decision, licences issued to the following applicants, abrufbar unter <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/licences-e.html>>.
- ⁴³ Vgl. zu den Ablehnungsgründen: *Copyright Board Canada*, Applications denies (reasons), abrufbar unter <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/denied-e.html>>.
- ⁴⁴ *Copyright Board Canada* (Fn. 39); v. *Gompel*, 38 IIC 669, 694 (2007).
- ⁴⁵ *British Screen Advisory Council* (Fn. 19), S. 10f.
- ⁴⁶ Report on Orphan Works (January 2006), abrufbar unter <<http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>>.
- ⁴⁷ So sieht das US-Copyright Office weder Sec. 108(h) US Copyright Act noch die fair-use-Doktrin als geeignete rechtliche Grundlagen zur Nutzung verwaister Werke an, vgl. Report on Orphan Works (January 2006) (Fn. 46), S. 45ff.
- ⁴⁸ Report on Orphan Works (January 2006) (Fn. 46), S. 93.
- ⁴⁹ Orphan Works Act of 2006, abrufbar unter <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.R.5439>>; siehe hierzu auch CR 2007, R66f.
- ⁵⁰ *Peukert*, GRUR Int. 2006, 786; CR 2007, R66f.
- ⁵¹ *Peukert*, GRUR Int. 2006, 786; CR 2007, R66f.
- ⁵² CR 2007, R66f.
- ⁵³ *Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft*, Bedarf nach einer Urheberrechtslösung für verwaiste Werke (29.3.2007), S. 4, abrufbar unter <<http://www.urheberrechtsbuendnis.de/docs/verwaisteWerke.pdf>>; CR 2007, R66f.
- ⁵⁴ *British Screen Advisory Council* (Fn. 19), S. 12; *Wright*, Request for Action against Orphan Works Act, abrufbar unter <<http://www.photoattorney.com/2006/07/request-for-action-against-orphan.html>>.
- ⁵⁵ Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works v. 18.4.2007 (Fn. 36), S. 6.
- ⁵⁶ i2010 Digital Libraries Copyright Subgroup's Recommended Key Principles for right clearance centres and databases for orphan works v. 12.12.2007, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg_minutes/copyright/key_principles_ow.pdf>.
- ⁵⁷ Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works v. 18.4.2007 (Fn. 36), S. 5.
- ⁵⁸ Vgl. i2010 Digital Libraries Copyright Subgroup's Recommended Key Principles for right clearance centres and databases for orphan works v. 12.12.2007 (Fn. 56).
- ⁵⁹ Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works v. 18.4.2007 (Fn. 36), S. 9.
- ⁶⁰ i2010 Digital Libraries Copyright Subgroup's Recommended Key Principles for right clearance centres and databases for orphan works v. 12.12.2007 (Fn. 56), S. 3.
- ⁶¹ Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works v. 18.4.2007 (Fn. 36), S. 9; i2010 Digital Libraries Copyright Subgroup: key principles for orphan works and out-of-print works databases (DB) and rights clearance centres (RCC), S. 2, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg_minutes/copyright/report_key_principles_ow_op>.
- ⁶² Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works v. 18.4.2007 (Fn. 36), S. 2; i2010 Digital Libraries Copyright Subgroup's Recommended Key Principles for right clearance centres and databases for orphan works v. 12.12.2007

(Fn. 56), S. 3.

- ⁶³ Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works v. 18.4.2007 (Fn. 36), S. 5.
- ⁶⁴ Regierungsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22.3.2006, S. 44, abrufbar unter <<http://www.kopien-brauchen-originale.de/media/archive/139.pdf>>.
- ⁶⁵ Unter diesem Begriff versteht man die Beschränkung, dass (1.) nur solche Werke, die sich physisch im erworbenen Bestand der Bibliothek befinden, über die elektronischen Leseplätze zugänglich gemacht werden dürfen, und dass (2.) die Zahl der gleichzeitig über elektronische Leseplätze möglichen Werknutzungen die Zahl der in der Bibliothek verfügbaren Präsenzexemplare nicht übersteigt; vgl. *Berger*, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven, S. 3, abrufbar unter <http://www.boersenverein.de/global/php/force_dl.php?file=%2Fsixcms%2Fmedia.php%2F686%2F52b%2520-%2520Endfassung%252013%252011%25202006.pdf>.
- ⁶⁶ Siehe schon Begr RegE BT-Drs. 16/1828, S. 26.
- ⁶⁷ Pressemitteilung 10/07 des „Aktionsbündnisses Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ vom 18.9.2007, abrufbar unter <<http://www.urheberrechtsbuendnis.de/pressemitteilung1007.html>>.
- ⁶⁸ *Berger*, GRUR 2007, 754, 756; *Scheja/Mantz*, CR 2007, 715, 719; *Euler*, CR 2008, 64, 67; *Berger* (Fn. 65), S. 9.
- ⁶⁹ Siehe Fn. 25.
- ⁷⁰ *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 31 UrhG Rdnr. 86.
- ⁷¹ So schlägt *Nolte* vor, die Anwendbarkeit der Rechtsübertragungsfiktion auch auf vor dem 1.1.1996 geschlossene Verträge auszudehnen (vgl. *Nolte*, CR 2006, 254 259); allerdings gilt es weiter zu berücksichtigen, dass eine solche zeitliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs zugleich einen Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Privatautonomie und Vertragsfreiheit des Urhebers darstellt (vgl. hierzu *Schulze*, UFITA 2007/III, 641, 647 m.w.N).
- ⁷² *Wandtke/Grunert*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 15), § 38 UrhG Rdnr. 8; *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 38 UrhG Rdnr. 1; *Schricker*, in: *Schricker* (Fn. 16), § 38 UrhG Rdnr. 6; *Rehbinder*, Urheberrecht, 14. Aufl. 2006, Rdnr. 577; *Schack* (Fn. 12), Rdnr. 1054.
- ⁷³ *Schricker*, in: *Schricker* (Fn. 16), § 38 UrhG Rdnr. 16; *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 38 UrhG Rdnr. 1.
- ⁷⁴ *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 627; *Langhoff/Oberdörfer/Jani*, ZUM 2007, 593, 599f.; *Sprang/Ackermann*, K&R 2008, 7, 10; a.A. wohl *Schulze*, UFITA 2007/III, 641, 691.
- ⁷⁵ *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 626.
- ⁷⁶ Zum Begriff der „Wesentlichkeit“ ausführlich *Schulze*, UFITA 2007/III, 641, 684.
- ⁷⁷ Regierungsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22.3.2006 (Fn. 64), S. 44.
- ⁷⁸ Pauschal EUR 50,00 (zzgl. MwSt.) für bis zu 10 Werke; für jedes weitere Werk EUR 2,50.
- ⁷⁹ Abrufbar unter <<http://www.vgwort.de/vertragstext.php>>; für Offline-Produkte findet sich eine ähnliche Regelung in § 1 Nr. 17 Wahrnehmungsvertrag.
- ⁸⁰ Die Rechtswahrnehmung erfolgt unter einer auflösenden Bedingung gem. § 158 Abs. 2 BGB, da das Fortbestehen der Rechtswirkungen, also der Übertragung der Nutzungsrechte für die Einspeicherung und digitale Übertragung von bereits erschienenen Beiträgen in gedruckten Sammlungen und Sammelwerken an die VG Wort von dem zukünftigen Ereignis der individuellen Rechteeinräumung abhängt, vgl. *Siebert*, Die Auslegung der Wahrnehmungsverträge unter Berücksichtigung der digitalen Technik, 2002, S. 133.
- ⁸¹ Zeitpunkt der Ergänzung des Wahrnehmungsvertrags, vgl. *Siebert* (Fn. 80), S. 111.
- ⁸² BGH, Urt. v. 15.10.1987 - I ZR 96/85 GRUR 1988, 296, 297f.; BGH, Urt. v. 5.6.1985 - I ZR 53/83, ZUM 1986, 48, 51f.; *Hertin*, in: *Fromm/Nordemann* (Fn. 31), §§ 31, 32 UrhG Rdnr. 17; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel* (Fn. 16), § 6 WahrnG Rdnr. 12; *Brugge*, Der Begriff der Bearbeitung und Verfilmung im neuen Urheberrechtsgesetz, UFITA Bd. 51 (1968), S. 89, 123f.; a.A. OLG München, Urt. v. 19.5.1983 - 6 U 3773/82, GRUR 1983, 571, 572.
- ⁸³ BGH, Urt. v. 5.6.1985 - I ZR 53/83, ZUM 1986, 48, 52.
- ⁸⁴ *Siebert* (Fn. 80), S. 112.
- ⁸⁵ *Siebert* (Fn. 80), S. 112.
- ⁸⁶ *J. Becker*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl. 2007, § 308 Nr. 5 BGB Rdnr. 23; *Grünberg*, in: *Palandt*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 308 BGB Rdnr. 26a.
- ⁸⁷ *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 6 UrhWG Rdnr. 13; *Zeisberg*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel* (Fn. 16), § 6 WahrnG Rdnr. 2.
- ⁸⁸ *Verband Deutscher Drehbuchautoren*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 24.1.2006, S. 9, abrufbar unter <http://www.urheber.info/Neue_Dateien/VDD_Stellungnahme.pdf>; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 622ff.
- ⁸⁹ S. V.3.b).
- ⁹⁰ v. *Gompel*, iris plus 4/2007, S. 4; v. *Gompel*, 38 IIC 669, 687f. (2007); *Olsson*, The Extended Collective License as Applied in the Nordic Countries, Kopinor 25th Anniversary International Symposium, Oslo, 20.5.2005, Abs. 1 (abrufbar unter: <http://international.kopinor.no/opphavsrett/artikler_og_foredrag/kopinor_25_ar/kopinor_25th_anniversary_international_sym>
- ⁹¹ v. *Gompel*, iris plus 4/2007, S. 4; *Liedes/Wager/Koskinen/Lahtinen*, Extended Collective License, leaflet prepared by the Ministry of Education, Finland (June 1991), abrufbar unter <http://www.kopinor.org/opphavsrett/node_1604/extended_collective_license>; *Olsson* (Fn. 90), Abs. 1.

- ⁹² *Olsson* (Fn. 90), Abs. 1; European Digital Library Initiative, High Level Expert Group (HLG) - Copyright Subgroup, Interim Report (16.10.2006), S. 10f. (abrufbar unter <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg_minutes/copyright/interim_report_16_10_06.pdf> siehe auch zur schwedischen Rechtslage *Rosén*, GRUR Int. 2002, 195, 202, Fn. 39.
- ⁹³ *Olsson* (Fn. 90), Abs. 6.4; *Liedes/Wager/Koskinen/Lahtinen* (Fn. 91); v. *Gompel*, iris plus 4/2007, S. 5.
- ⁹⁴ Vgl. Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2001/29/EG (Abl. Nr. L 167 v. 22/06/2001 S. 0010-0019).
- ⁹⁵ So auch schon *Rosén*, GRUR Int. 2002, 195, 202.
- ⁹⁶ *Olsson* (Fn. 90), Abs. 4; um diesem Umstand Rechnung zu tragen, beabsichtigte der schwedische Gesetzgeber die Einführung eines separaten Abschnitts im Urheberrechtsgesetz, welcher sich ausschließlich erweiterten kollektiven Lizenzen widmet.
- ⁹⁷ *European Digital Library Initiative, High Level Expert Group (HLG) - Copyright Subgroup* (Fn. 92), S. 11.
- ⁹⁸ *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 14 GG Rdnr. 91; *Berkemann*, in: Umbach/Clemens, GG, 2003, Art. 14 GG Rdnr. 47.
- ⁹⁹ BVerfGE 31, 275, 284ff.; 36, 281, 293; 58, 300, 351; 71, 137, 143; 78, 58, 75.
- ¹⁰⁰ Vgl. BVerfGE 31, 275, 287; *Berkemann*, in: Umbach/Clemens (Fn. 98), Art. 14 GG Rdnr. 150.
- ¹⁰¹ BVerfGE 31, 229, 241; 31, 248, 252; 79, 1, 26f.; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 14 GG Rdnr. 66; *Wieland*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 14 GG Rdnr. 59.
- ¹⁰² BVerfGE 31, 229, 240f.; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 101), Art. 14 GG Rdnr. 66; *Wieland*, in: Dreier (Fn. 101), Art. 14 GG Rdnr. 59.
- ¹⁰³ BVerfGE 31, 229, 239; 77, 263, 270; 79, 1, 25; 79, 29, 40; *Berkemann*, in: Umbach/Clemens (Fn. 98), Art. 14 GG Rdnr. 463; *Jarass*, in: Jarass/Piroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 14 GG Rdnr. 9; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 14 GG Rdnr. 15.
- ¹⁰⁴ *Kröger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, München 2002, S. 188.
- ¹⁰⁵ *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), Vor § 1 UrhWG Rdnr. 1.
- ¹⁰⁶ *Dillenz*, GRUR Int. 1997, 315, 321 m.w.N.
- ¹⁰⁷ So haben Beratungsgespräche der Autoren mit Verlegern und Bibliothekaren immer wieder gezeigt, dass eine retrospektive Digitalisierung verwaister Werke nur solange ins Auge gefasst wird, bis die Verantwortlichen auf ihre (eigene) strafrechtliche Verantwortlichkeit hingewiesen werden.
- ¹⁰⁸ So aber der US-amerikanische Ansatz einer zivilrechtlichen Haftungsbeschränkung, vgl. IV.1.b).
- ¹⁰⁹ Vgl. zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausführlich III.
- ¹¹⁰ So weist v. *Gompel* auch zutreffend darauf hin, dass der Schadensersatzanspruch lediglich einen Ausgleichs-, nicht jedoch einen Strafcharakter hat (vgl. v. *Gompel*, iris plus 4/2007, S. 6); allerdings sieht Art. 13 Abs. 1 lit. b Enforcement-Richtlinie vor, dass Gerichte den Schadensersatz als Pauschalbetrag festsetzen können, und zwar auf der Grundlage von Faktoren wie *mindestens* dem Betrag der Vergütung oder Gebühr, die der Verletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des betreffenden Rechts des geistigen Eigentums eingeholt hätte. Insofern besteht die Gefahr, dass zukünftig mit höheren (Straf-)Schadensersatzsummen zu rechnen ist. Diese Vorgabe hat bislang jedoch noch keine Berücksichtigung im Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums gefunden, (vgl. <http://www.computerundrecht.de/media/2007_B-Reg_Regierungsentwurf_Umsetzung_Durchsetzungsrichtlinie_24.1..pdf>, S. 34).
- ¹¹¹ Art. 20 RL-V, vgl. KOM(2003) 46 endgültig.
- ¹¹² Zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens siehe CR 2007, R53.
- ¹¹³ Vgl. Art. 3 RL-V, abrufbar unter <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0145+0+DOC+XML+V0//DE>>.
- ¹¹⁴ Vgl. zur Vereinbarkeit einer Werknutzung von verwaisten Werken mit dem amerikanischen Verständnis der „fair-use“-Klausel, Report on Orphan Works (Fn. 46), S. 55f.
- ¹¹⁵ Bericht über den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (KOM(2006)0168 — C6-0233/2005 — 2005/0127(COD)) S. 13, abrufbar unter <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2007-0073+0+DOC+PDF+V0//DE>>.
- ¹¹⁶ Bericht über den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (KOM(2006)0168 — C6-0233/2005 — 2005/0127(COD)) (Fn. 115), S. 13.
- ¹¹⁷ *Hilty/Kur/Peukert*, Stellungnahme des MPI für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Rechts des geistigen Eigentums, KOM (2006) 168 endgültig, S. 4, abrufbar unter <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/strafrecht_stellungnahme_final.pdf>; vgl. rechtsvergleichend auch *Ross*, Über den Vorsatz, 1979.
- ¹¹⁸ *Vander*, in: Busche/Stoll, TRIPS, 2007, Art. 45 TRIPS Rdnr. 3.
- ¹¹⁹ Vgl. ausführlich hierzu III.
- ¹²⁰ Kritisch hierzu: *Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft* (Fn. 53), S. 5.
- ¹²¹ *British Screen Advisory Council* (Fn. 19), S. 9.

- 122 So auch ausführlich v. *Gompel*, 38 IIC 669, 681f. (2007); v. *Gompel*, iris plus 4/2007, S. 4.
- 123 *Masouyé*, Kommentar zur Berner Übereinkunft, 1981, Kap. 5.5.
- 124 *Masouyé* (Fn. 123), Kap. 5.5.
- 125 So auch die Empfehlungen des Gowers Review of Intellectual Property, S. 72, abrufbar unter <http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf> sowie des *British Screen Advisory Council* (Fn. 19), S. 13f.; vgl. hierzu auch v. *Gompel*, 38 IIC 669, 684, 700 (2007); zu den unterschiedlichen internationalen Bemühungen um die Ausgestaltung einer freiwilligen Registrierung vgl. *WIPO*, Survey of National Legislation on Voluntary Registration v. 9.11.2005 (SCCR/13/2), abrufbar unter <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_13/sccr_13_2.pdf>.
- 126 Eine Übersicht über die Anzahl der Registrierungen auf freiwilliger Basis in den unterschiedlichen Ländern ist zu finden bei *WIPO* (Fn. 125), S. 19.
- 127 *Melichar*, in: Schrickler (Fn. 16), Vor §§ 44a UrhG Rdnr. 29; *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 16), § 42a UrhG Rdnr. 2; *Wolff*, Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht, 2005, S. 20ff.; *Rehbinder* (Fn. 72), Rdnr. 434, 603; *Schack* (Fn. 12), Rdnr. 435, 785ff.
- 128 *Hilty*, GRUR 2005, 819, 821 Fn. 17 m.w.N.
- 129 *Wolff* (Fn. 127), S. 17.
- 130 *Hilty*, GRUR 2005, 819, 821; *Wolff* (Fn. 127), S. 22; *Schricker*, in: Schrickler (Fn. 16), Vor §§ 28ff. UrhG Rdnr. 114.
- 131 So schlägt das *Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft* die Einführung einer neuen Schrankenregelung in § 53c UrhG vor, vgl. *Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft* (Fn. 53), S. 1.
- 132 *Melichar*, in: Schrickler (Fn. 16), Vor §§ 44a ff. UrhG Rdnr. 11a; Zur Entstehungsgeschichte der Richtlinie siehe auch *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 734.
- 133 *Melichar*, in: Schrickler (Fn. 16), Vor §§ 44a ff. UrhG Rdnr. 11a.
- 134 So auch Gowers Review of Intellectual Property (Fn. 125), S. 71; v. *Gompel*, iris plus 4/2007, S. 7; *British Screen Advisory Council* (Fn. 19), S. 18.
- 135 *Hansen*, GRUR Int. 2006, 378, 385.
- 136 Vgl. Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works v. 18.4.2007 (Fn. 36), S. 9.
- 137 Der Drei-Stufen-Test ist ferner in Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT sowie Art. 16 Abs. 2 WPPT normiert.
- 138 v. *Welser*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 15), § 44a UrhG Rdnr. 22; zum 3-Stufen-Test ausführlich auch *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, Den Haag 2004; *Senfleben*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 159, 173ff.; *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200ff.; *Bornkamm*, in: FS Erdmann, Köln/Berlin/München 2002, S. 29ff.; *Hilty* GRUR 2005, 819, 825; *Poll/Braun*, ZUM 2004, 266, 271ff.
- 139 *Dreier*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), Vor §§ 44aff. UrhG Rdnr. 21.
- 140 *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 205.
- 141 *Talke*, Bibliotheksdienst 2004, 1126, 1134.
- 142 So ist als vergleichbarer Sonderfall auch das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu Informationen zu nennen, wie dieser durch § 53a UrhG gewährt wird, vgl. hierzu BGH, Urt. v. 25.02.1999 - I ZR 118/96, GRUR 1999, 707, 712.
- 143 *World Trade Organization*, United States - Sec. 110(5) of the US Copyright Act, Report of the Panel („WTO 110(5) Panel Report“), S. 33 Rdnr. 6.108ff., abrufbar unter <<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/160R-00.doc>>.
- 144 Ausführlich hierzu *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, 2004, S. 133ff.; *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 206.
- 145 Report on Orphan Works (January 2006) (Fn. 46), S. 71ff.
- 146 Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works v. 18.4.2007 (Fn. 36), S. 7f.
- 147 *British Screen Advisory Council*, Copyright and Orphan Works (2006) (Fn. 19), S. 35.
- 148 Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works v. 18.4.2007 (Fn. 36), S. 8.
- 149 *British Screen Advisory Council*, Copyright and Orphan Works (2006) (Fn. 19), S. 20.
- 150 *British Screen Advisory Council*, Copyright and Orphan Works (2006) (Fn. 19), S. 31.
- 151 *Ginsburg/Goldstein*, Reply Comments on „Orphan Works“ Inquiry (Federal Register, January 26, 2005), S. 6, abrufbar unter <<http://www.copyright.gov/orphan/comments/reply/OWR0107-Ginsburg-Goldstein.pdf>>; im Ergebnis wohl auch: Report on Orphan Works (January 2006) (Fn. 19), S. 88.
- 152 *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 208; *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, 2004, S. 168ff.; *Hilty*, GRUR 2005, 819, 825.
- 153 *Senfleben* GRUR Int. 2004, 200, 205 m.w.N.
- 154 *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 208.
- 155 *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, 2004, S. 189ff.; *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 208.
- 156 *Talke*, Bibliotheksdienst, 2004, 1126, 1136.
- 157 A.A. wohl *Ginsburg/Goldstein* (Fn. 151), S. 8.
- 158 *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 211; *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, 2004, S. 210ff.; *Hilty*, GRUR 2005, 819, 825.
- 159 *Kröger* (Fn. 104), S. 188.

¹⁶⁰ Vgl. bereits VI.1.c).

¹⁶¹ BVerfGE 31, 248.

¹⁶² BVerfGE 31, 248, 254.

¹⁶³ So wird davon ausgegangen, dass lediglich 2% aller urheberrechtlich geschützten Werke noch kommerziell erhältlich sind, vgl. Gowers Review of Intellectual Property (Fn. 125), S. 69.

¹⁶⁴ *Senfleben*, in: Hilty/Peukert (Fn. 138), S. 159, 163; *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, 2004, S. 216ff.

¹⁶⁵ BVerfGE 31, 229, 240f.; BGHZ 129, 66, 72; BGH, Urt. v. 26.4.1974 - I ZR 137/72, GRUR 1974, 786, 787; Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 31 UrhG Rdnr. 64; Spautz, in: Möhring/Nicolini (Fn. 31), § 31 UrhG Rdnr. 48.

¹⁶⁶ Dies wird bei verwaisten Werken zumeist der Ausnahmefall sein, vgl. Gowers Review of Intellectual Property (Fn. 125), S. 69.

¹⁶⁷ *World Trade Organization, United States - Sec. 110(5) of the US Copyright Act, Report of the Panel („WTO 110(5) Panel Report“)* (Fn. 143), S. 45 Rdnr. 6.173.

¹⁶⁸ Allerdings weist das *British Screen Advisory Council* darauf hin, dass in einigen sehr begrenzten Ausnahmefällen eine Vergütung entfallen soll, sofern das Werk einer nichtkommerziellen Verwertung zugeführt worden ist; vgl. zu diesen Sonderfällen auch *British Screen Advisory Council* (Fn. 19), S. 15; auch sieht der US-amerikanische Vorschlag eines Orphan Works Act 2006 vor, dass die Zahlung einer Lizenzgebühr entfallen müsse, sofern die Nutzung des Werkes für wohltätige, soziale, religiöse oder zu Lehr- und Forschungszwecken erfolgt und nach einer Abmahnung sofort eingestellt wird, vgl. CR 2007, R66f.

¹⁶⁹ So der Vorschlag des *British Screen Advisory Council* (Fn. 19), S. 16.

¹⁷⁰ So beispielsweise im Falle der Erschaffung eines zusammengesetzten Werkes aus Teilen des verwaisten Werkes und eigenschöpferischen Werkteilen (sog. abgeleitete Werke) unter gleichzeitiger Erbringung erheblicher finanzieller Investitionen sowie im Falle der Existenzgefährdung.

¹⁷¹ *British Screen Advisory Council* (Fn. 19), S. 33; *Ginsburg/Goldstein* (Fn. 151), S. 8.

¹⁷² Zweifelnd aber v. *Gompel*, 38 IIC 669, 699 (2007).