

Stellungnahme in Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu BT-Drucksachen 17/3991, 17/4661 und 17/4695

Zusammenfassung

1. Der Kreis der **Berechtigten** sollte so **weit** wie möglich gefasst werden. Nicht nur die Arbeit öffentlich zugänglicher Bibliotheken ist von Nutzen für die Allgemeinheit. Gleiches gilt z.B. für die Arbeit eines Wissenschaftlers. BT-Drucks. 17/3991 und 17/4695 sind insofern zu begrüßen.
2. Der **Nutzungszweck** darf nicht so eng definiert werden, dass öffentliche Bibliotheken verwaiste Werke nicht nutzen dürfen, wenn sie **Public Private Partnerships** eingehen. Die Mittel der öffentlichen Hand reichen nicht aus, damit öffentliche Bibliotheken ihre Bestände digitalisieren und öffentlich zugänglich machen können. Insofern sind BT-Drucks. 17/3991, 17/4661 und 17/4695 zu restriktiv. Als Modell könnte der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, COM(2011) 289 final, dienen. Er ermöglicht den Berechtigten, Verträge mit privaten Unternehmen abzuschließen, solange der Vertragsinhalt dem öffentlichen Auftrag der Berechtigten nicht widerspricht.
3. Die Regelung sollte **veröffentlichte und unveröffentlichte Werke aller Werkkategorien** gem. § 2 UrhG einschließen. In vielen Fällen kann nicht festgestellt werden, ob ein Werk veröffentlicht oder unveröffentlicht ist. Das betrifft insbesondere Fotografien. Bei ihnen ist die Zahl der verwaisten Werke am höchsten. BT-Drucks. 17/3991 und 17/4695 sind insoweit zu begrüßen.
4. Die Anforderungen an eine **sorgfältige Suche** müssen so weit wie möglich **standardisiert** werden. Ansonsten wird die Suche für Bibliotheken finanziell untragbar. Hierbei spielen Datenbanken eine wichtige Rolle. Ist die Suche standardisiert, entfällt das praktische Bedürfnis, **vergriffene Werke** einer gesonderten Regelung zu unterwerfen. Nach BT-Drucks. 17/3991 und 17/4661 würden Rechteinhaber vergriffener Werke unter Umständen ihre **Rechte verlieren, obwohl sie auffindbar** sind.
5. Die zulässigen **Verwertungshandlungen** dürfen nicht auf die elektronische Vervielfältigung (§ 16 UrhG) und die öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) beschränkt werden. Die Erstellung **analoger Werkexemplare** bleibt sonst verboten. Gleiches gilt für die in §§ 17-19, 20-22 UrhG genannten Verwertungshandlungen. Es gibt **keine sachliche Rechtfertigung** für diese Ungleichbehandlung. BT-Drucks. 17/3991, 17/4661 und 17/4695 sollten insoweit geändert werden.
6. Nutzer sollten nicht verpflichtet werden, eine **Nutzungslizenz** bei einer Verwertungsgesellschaft zu erwerben. Das verursacht unnötige **Kosten**. Wenn das Werk tatsächlich verwaist ist, wird niemand die Lizenzgebühr einfordern. Dann entsteht ein unzulässiger **Mitnahmeeffekt** zugunsten der Mitglieder der betreffenden Verwertungsgesellschaft. Die Rechteinhaber verwaister Werke werden hingegen ihres Rechts beraubt, selbst festzusetzen, ob und zu welchen Bedingungen sie die Nutzung ihrer Werke erlauben möchten. Das Gesetz sollte daher eine **Begrenzung der Rechtsmittel** zugunsten berechtigter Nutzer vorsehen. Ein Nutzer, der den Rechteinhaber vergeblich gesucht hat, kann danach lediglich auf angemessene Entschädigung sowie Unterlassung zukünftiger Nutzungen verklagt werden. BT-Drucks. 17/3991, 17/4661 und 17/4695 sollten insoweit geändert werden.
7. Unerlässlich ist die Schaffung öffentlich zugänglicher, umfassender und innereuropäisch vernetzter **Datenbanken**. Sie erleichtern Nutzern die Suche nach Rechteinhabern. Sie sollten aber auch dazu genutzt werden, ein Archiv verwaister Werke zu erstellen. Nutzer müssen dort ihre **Nutzung anzeigen** und ihre **Suche dokumentieren**, um in den Genuss der gesetzlichen Privilegierung zu kommen. Rechteinhaber können einen etwaigen Widerspruch eintragen. Damit wird ein Marktversagen, das eine Beteiligung von Verwertungsgesellschaften rechtfertigen könnte, verhindert.
8. Die Bundesregierung sollte sich für den zeitnahen Erlass einer **EU-Richtlinie** über die Nutzung verwaister Werke einsetzen, wie es BT-Drucks. 17/4695 fordert. Der bestehende Vorschlag COM(2011) 289 final sollte im Sinne der Punkte 1-7 angepasst werden.

Einleitung

Die meisten bestehenden Regelungen für verwaiste Werke wurden geschaffen, um die Verwertungen einzelner urheberrechtlich geschützter Werke zu ermöglichen. Für die Schaffung digitaler Bibliotheken und die damit verbundene massenhafte Nutzung verwaister Werke sind sie nicht geeignet. BT-Drucks. 17/3991, 17/4661 und 17/4695 gehen den umgekehrten Weg. Ihre Verfasser haben erkennbar die Probleme digitaler Bibliotheken vor Augen gehabt, als sie ihre Vorschläge erarbeitet haben. Für andere mögliche Nutzungen verwaister Werke schaffen sie hingegen keine hinreichende Grundlage.

Selbst im Hinblick auf die Digitalisierungsvorhaben öffentlicher Bibliotheken greifen BT-Drucks. 17/3991, 17/4661 und 17/4695 zu kurz. Um diesen Vorhaben tatsächlich Auftrieb zu geben, müssen sie in wesentlichen Punkten verändert werden. Der Kreis der Berechtigten, der erlaubten Nutzungszwecke und der erfassten Werke muss erweitert werden. Auch die Anforderungen an die Suche, die Nutzer durchführen müssen, um verwaiste Werke nutzen zu dürfen, sollten modifiziert werden. Gleichzeitig muss sichergestellt werden, dass diejenigen Rechteinhaber, die gefunden werden können, ihre Rechte nicht verlieren. Hierbei spielen Datenbanken eine entscheidende Rolle. Verhindert werden sollte überdies, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union unterschiedliche und vor allem inkompatible Lösungsmechanismen für das Problem erlassen. Die Bundesregierung sollte darum auf den zeitnahen Erlass einer EU-Richtlinie drängen. Aus diesem Grund und weil BT-Drucks. 17/4695 die Schaffung einer Richtlinie für verwaiste Werke zum Ziel hat, bewertet diese Stellungnahme auch den Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission für gewisse erlaubte Nutzungen verwaister Werke, COM(2011) 289 final.

1. Die Berechtigten

Sowohl private als auch öffentliche Nutzer sollten zur Nutzung verwaister Werke berechtigt werden. BT-Drucks. 17/3991 und 17/4695 sind insofern zu begrüßen. Die (ihrem Wortlaut nach nicht eindeutige) BT-Drucks. 17/4661 fasst den Kreis der Berechtigten wahrscheinlich zu eng. Erlaubt werden soll hier nach nur die Verwendung von Werken „aus dem Bestand öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen mittelbar oder unmittelbar wirtschaftlichen Zweck verfolgen.“ Der amtlichen Überschrift der vorgeschlagenen Norm lässt sich entnehmen, dass nur „die öffentliche Zugänglichmachung ... durch nichtkommerzielle Einrichtungen“ erlaubt werden sollen. Vermutlich dürfen also nur öffentliche Bibliotheken, Museen und Archive die in ihren eigenen Beständen befindlichen Werke öffentlich zugänglich machen. Der Entwurf entspricht insoweit COM(2011) 289 final. Diese Begrenzung des Kreises der Berechtigten ist aus mehreren Gründen problematisch.

a) Private und öffentliche Nutzer

Nicht nur die Arbeit öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen und Archive ist von Nutzen für die Allgemeinheit. Gleiches gilt z.B. für die Arbeit eines Wissenschaftlers. Diese und andere private Nutzer profitieren von einer Regelung, wie sie BT-Drucks. 17/4661 und COM(2011) 289 final vorschlagen, aber lediglich indirekt, nämlich in ihrer Funktion als Leser. Ihnen wird der (passive) Konsum der Werke ermöglicht. Gestattet wird aber nicht die aktive Nutzung verwaister Werke.

Wer Werke lediglich rezipieren möchte, dem ist durch eine derartige Regelung bereits geholfen. Auch Wissenschaftler profitieren natürlich bereits dann, wenn sie für ihre Untersuchungen Zugang auf Werke erhalten, die bisher nicht digitalisiert werden konnten, weil ihre Rechteinhaber unbekannt oder unauffindbar sind. Der Erkenntnisgewinn des Wissenschaftlers kommt der Allgemeinheit aber vor allem zugute, wenn er das, was er gelernt hat, auch mitteilen darf, wenn er also beispielsweise ein Gedicht, das er interpretiert, oder eine Fotografie, die er analysiert, zusammen mit seiner Analyse verbreiten darf. Dafür muss aber auch er und nicht nur die Bibliothek, in deren digitalen Beständen er das Gedicht oder die Fotografie gefunden hat, berechtigt werden, verwaiste Werke unter bestimmten Voraussetzungen zu nutzen.

BT-Drucks. 17/4661 und COM(2011) 289 final führen dadurch zu einem paradoxen Ergebnis. Die massenweise Verletzung von Urheberrechten für bestimmte Zwecke wird gestattet. Der weitaus geringere Eingriff, bei dem ein privater Nutzer ein einzelnes Werk nutzt, bleibt hingegen verboten.

b) Die Erfahrungen Kanadas

Die Erfahrungen Kanadas belegen, dass vor allem Privatpersonen und Unternehmen verwaiste Werke nutzen, wenn sie zum Kreis der Berechtigten gehören. Kanada verfügt über einen der ältesten und umfangreichsten Regelungsmechanismen für die Nutzung verwaister Werke. Dort darf jeder, der einen Rechteinhaber trotz sorgfältiger Suche nicht finden kann, eine Nutzungslizenz bei der kanadischen Urheberrechtsbehörde, dem Copyright Board, beantragen. 37% der Antragsteller sind Unternehmen. Privatpersonen stellen 31% der Anträge. Bildungseinrichtungen folgen an dritter Stelle mit 13% der Anträge, knapp gefolgt von Behörden (11%). Die übrigen Anträge stellen Gemeindeeinrichtungen (4%), Galerien und Museen (3%) sowie gemeinnützige Organisationen (1%). (Vgl. *de Beer/Bouchard, Canada's*

„Orphan Works“ Regime: Unlocatable Copyright Owners and the Copyright Board, December 2010, S. 37.) Wenn BT-Drucks. 17/4661 und COM(2011) 289 final Recht werden würden, würde also nur ein kleiner Prozentsatz der möglichen Nutzer von der neuen Regelung profitieren.

2. Der Nutzungszweck

Im Hinblick auf den zulässigen Nutzungszweck sollte COM(2011) 289 final gefolgt werden. Nach dem Entwurf dürfen berechnete Institutionen Verträge mit der Privatwirtschaft schließen, solange dies der Verfolgung ihres (öffentlichen) Auftrags dient. Öffentliche Bibliotheken dürften also ein Public Private Partnership eingehen, um die Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung ihrer Bestände zu ermöglichen. BT-Drucks. 17/4661 und 17/4695 möchten hingegen nur die Nutzung für nichtkommerzielle Zwecke legalisieren. BT-Drucks. 17/3991 beschränkt ihre Fiktion für vergriffene Werke auf nicht gewerbliche Zwecke, stellt allerdings in ihrer Vorschrift über verwaiste Werke keine derartige Beschränkung auf. Alle drei Vorschläge sind zu eng gefasst.

a) Public Private Partnerships

Wer die Nutzung verwaister Werke nur für nichtkommerzielle Zwecke gestattet, schafft eine Norm, die nahezu keinen Anwendungsbereich hat. Wenigstens Public Private Partnerships müssen also unbedingt von einer Regelung für verwaiste Werke erfasst werden.

Die vielen über Europa verstreuten Digitalisierungsvorhaben haben derzeit mit zwei Problemen zu kämpfen. Das eine sind die Vorgaben des Urheberrechts. Das andere ist die Finanzierung. In den vergangenen Jahren hat sich gezeigt, dass die Digitalisierung großer Bestände so hohe Kosten verursacht, dass sie von der öffentlichen Hand alleine nicht getragen werden können. Immer mehr Bibliotheken gehen daher Public Private Partnerships ein, um die Massendigitalisierungen von Werken finanzieren zu können.

Die Bayerische Staatsbibliothek erlaubt Google beispielsweise seit 2007, ihre gemeinfreien Bücher zu digitalisieren. Im Gegenzug stellt Google der Bibliothek eine digitale Kopie der gescannten Werke zur Verfügung. Auch die Bibliothèque Nationale de France (BNF) hatte Gespräche über eine Kooperation mit Google aufgenommen. Sie sah sich außer Stande, die für die Digitalisierung ihrer Bestände erforderliche Summe von über einer Milliarde Euro aufzubringen. Der Druck von französischer Öffentlichkeit und Regierung hat die Bibliothek zum Abbruch der Verhandlungen gezwungen. Gleichwohl hat die französische Regierung eingesehen, dass die BNF das Vorhaben mit öffentlichen Geldern allein nicht realisieren kann. Im Rahmen ihres 2009 beschlossenen Konjunkturpakets hat sie darum 750 Millionen Euro bereitgestellt, um Public Private Partnerships für die Digitalisierung französischer Werke zu fördern.

b) Verhinderung von Wissensmonopolen

In Deutschland besteht ebenfalls eine große Skepsis gegenüber Googles Plänen für eine umfassende digitale Bibliothek. Sie ist unter anderem der Marktmacht von Google geschuldet. In der Tat darf kein Unternehmen eine Monopolstellung auf dem Markt digitaler Bibliotheken erhalten. Gleichzeitig darf die Entstehung dringend benötigter Kooperationen zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft nicht behindert werden. Die Herausforderung besteht vielmehr darin, die Entstehung von Wissensmonopolen zu verhindern und zugleich die Digitalisierung von Bibliotheksbeständen zu ermöglichen.

3. Die Werke

Auch hinsichtlich der zu erfassenden Werke sollte das Gesetz keine Einschränkungen vornehmen. Insbesondere sollte die Regelung weder auf einzelne Werkkategorien noch auf veröffentlichte Werke beschränkt werden.

a) Beschränkung auf einzelne Werkkategorien

Eine Beschränkung auf einzelne Werkkategorien, wie sie COM(2011) 289 final vorsieht, ist nicht wünschenswert. Wichtig ist insbesondere, dass eine Regelung für verwaiste Werke auch Lichtbildwerke umfasst. Die Zahl verwaister Werke variiert nämlich von Werkkategorie zu Werkkategorie dramatisch.

Schriftwerke verfügen in der Regel über Angaben zu Autor und Verlag. Außerdem haben sie oft einen einzigen Rechteinhaber. Die Kommission vermutet, dass circa 13% der urheberrechtlich geschützten Bücher innerhalb der EU – etwa 3 Millionen Titel – verwaist sind. Dramatisch sind die Zahlen bei Fotografien. Anders als Bücher enthalten sie nur selten Informationen über ihre Rechteinhaber. Nach Schätzung der Europäischen Kommission sind 90% aller in Großbritanniens Museen verfügbaren urheberrechtlich geschützten Fotografien verwaist. Insgesamt sind etwa 17 Millionen Fotografien betroffen. Auch bei audiovisuellen Werken ist der Prozentsatz verwaister Werke hoch. An ihrer Entstehung sind mehrere Personen beteiligt; sie verfügen daher oft über mehrere Rechteinhaber. In europäischen Filmarchiven finden sich laut Untersuchungen der Europäischen Kommission 225.000 verwaiste Filme – das

sind 21% der Bestände. (Vgl. *Vuopala*, Assessment of the Orphan Works Issue and Costs for Rights Clearance, DG Informationsgesellschaft und Medien bei der Europäischen Kommission, Mai 2010, S. 4-5.)

b) Beschränkung auf veröffentlichte Werke

Unveröffentlichte Werke wie Alltagsphotographien, Briefe oder Tagebücher eignen sich in der Regel nicht für eine wirtschaftliche Verwertung. Sie stellen aber wichtige Quellen für Historiker dar. Nach BT-Drucks. 17/4661 und COM(2011) 289 final sollen diese Werke auch zukünftig der Verwertung entzogen bleiben. Beide erlauben nur die Nutzung veröffentlichter Werke. BT-Drucks. 17/3991 und 17/4695 wollen hingegen auch die Verwertung unveröffentlichter Werke zulassen. Das ist sinnvoll.

Tatsächlich ist die Interessenlage bei unveröffentlichten Werken eine andere als bei veröffentlichten Werken. Wer sein Werk veröffentlicht hat, hat seine grundsätzliche Bereitschaft bekundet, dass das Werk von anderen rezipiert und kommentiert wird. Bei unveröffentlichten Werken kann eine derartige Bereitschaft des Urhebers nicht vorausgesetzt werden. Eine Verwertung unveröffentlichter Werke greift in das Persönlichkeitsrecht des Urhebers aus § 12 UrhG ein.

Die kanadische Erfahrung lehrt allerdings, wie sich eine Beschränkung auf veröffentlichte Werke in der Praxis auswirkt – jedenfalls dann, wenn die Beteiligten sie ernst nehmen. Nach kanadischem Recht darf das Copyright Board nur Nutzungslizenzen für verwaiste Werke erteilen, die mit Zustimmung des Autors veröffentlicht wurden. Die Mitglieder des Board bemängeln, dass ihre Arbeit durch diese Beschränkung ihrer Zuständigkeit erheblich erschwert werde. Oft sei nicht feststellbar, ob ein Werk veröffentlicht worden sei oder nicht, und ob die Veröffentlichung mit Zustimmung des Rechteinhabers stattgefunden habe. Lizenzen darf das Board in diesen Fällen nicht erteilen. (Vgl. *de Beer/Bouchard*, S. 11; Speech given by the Honorable Justice William J. Vancise, Chairman of the Copyright Board of Canada, at a Seminar jointly sponsored by the Intellectual Property Institute of Canada and McGill University in Montreal, Quebec on August 15, 2007, S. 4.)

Auch die Urheberrechtsbehörde der USA, das Copyright Office, hat davor gewarnt, die Möglichkeit der Nutzung verwaister Werke auf veröffentlichte Werke zu beschränken. Es befürchtet, dass das Problem durch diese Unterteilung eher erschwert als erleichtert werden würde, und wies auf die Schwierigkeit hin, im Einzelfall zu bestimmen, ob ein Werk veröffentlicht worden sei oder nicht. (Vgl. *U.S. Copyright Office*, Report on Orphan Works: A Report of the Register of Copyrights, 2006, S. 100-102.)

4. Die Suche

BT-Drucks. 17/3991 und 17/4695 sowie COM(2011) 289 final möchten den Nutzer verpflichten, den Rechteinhaber vor Aufnahme der Nutzung sorgfältig zu suchen. BT-Drucks. 17/4661 sieht hingegen lediglich die Pflicht zu einer Standardsuche vor.

a) Sorgfältige Standardsuche

Es ist wichtig, dass der Nutzer zur Suche verpflichtet wird. Wenn eine solche Pflicht nicht bestünde, würden unter Umständen auch Rechteinhaber, die auffindbar sind, ihre Rechte verlieren. Allerdings dürfen die Anforderungen an die Sorgfalt der Suche nicht zu hoch sein. Sonst wären lediglich Nutzer einzelner Werke finanziell in der Lage, die Voraussetzungen zu erfüllen. Bibliotheken, die massenhaft verwaiste Werke digitalisieren und ihren Lesern zugänglich machen wollen, könnten ihnen nicht gerecht werden.

Die Kosten für die Klärung der Rechte übersteigen jene der Digitalisierung in der Regel um ein Vielfaches. Ein großer Teil der Kosten entsteht bei dem Versuch festzustellen, ob eine Lizenz erforderlich ist, ob Werke also bereits gemeinfrei sind oder nicht über die erforderliche Schöpfungshöhe verfügen. Ein von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebener Bericht kommt zu dem Ergebnis, dass bei Digitalisierungsprojekten im Schnitt maximal 25% der Rechte geklärt werden können. Manche Vorhaben werden deshalb abgebrochen. Bei anderen werden die Werke zwar digitalisiert, aber nicht öffentlich zugänglich gemacht. (Vgl. *Vuopala*, S. 5-6, 10, 14.) Die sorgfältige Suche sollte darum so weit wie möglich als Standardsuche ausgestattet werden. Als geeignete Quellen für eine Suche können jene dienen, welche im Annex zu COM(2011) 289 final aufgeführt sind (für Bücher etwa die Archive der Nationalbibliotheken, ARROW, ISBN und die Datenbanken der Verwertungsgesellschaften).

b) Vergriffene Werke

Das Hauptziel einer Regelung für verwaiste Werke ist es, der Öffentlichkeit Zugang zu Werken zu ermöglichen, die ihr derzeit nicht zur Verfügung stehen. Je länger diese Werke der Öffentlichkeit entzogen waren, desto aufwändiger ist es in der Regel, ihre Rechteinhaber zu finden. Gleichzeitig nimmt der wirtschaftliche Wert von Werken im Laufe der Zeit regelmäßig ab. Es entsteht also die paradoxe Situation, dass gerade die Verwertung von Werken mit besonders geringem wirtschaftlichen Wert besonders hohe Kosten verursacht. Diesem Umstand wird am einfachsten durch Standardisierung der erforderlichen Su-

che nach dem Rechteinhaber Rechnung getragen (siehe oben 4.a)). Außerdem müssen möglichst umfangreiche und benutzerfreundliche Datenbanken geschaffen werden (siehe unten 6.). BT-Drucks. 17/3991 und 17/4661 sehen (zusätzlich) eine Beschränkung der Rechte von Rechteinhabern vergriffener Werke vor. Beide Entwürfe sind abzulehnen.

aa) Fixes Datum: BT-Drucks. 17/3991

Nach BT-Drucks. 17/3991 muss ein Nutzer von vergriffenen Werken, die vor dem 1. Januar 1966 erschienen sind, die ansonsten erforderliche sorgfältige Suche nicht durchführen, bevor er das Werk verwenden darf. Vielmehr wird vermutet, dass die Verwertungsgesellschaft, welche die Rechte für die elektronische Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung für nicht gewerbliche Zwecke wahrnimmt, die Rechte aller Beteiligten wahrnimmt. Durch diese Vermutung werden Rechteinhaber vergriffener Werke, die nicht Mitglieder einer Verwertungsgesellschaft sind, verpflichtet, nicht nur dafür zu sorgen, dass interessierte Nutzer sie im Rahmen einer sorgfältigen (Standard)suche finden können. Sie müssen außerdem ständig überprüfen, ob eine Verwertungsgesellschaft Rechte an ihren Werken eingeräumt hat, um dann im Einzelfall geltend zu machen, dass sie von dieser nicht vertreten werden und nicht vertreten werden möchten. Das stellt einen erheblichen, sachlich nicht gerechtfertigten Eingriff in ihre Rechte dar.

Der Vorschlag ist aus einem weiteren Grund problematisch. Es ist denkbar, dass ein Werk 1965 veröffentlicht wurde, aber bis vor wenigen Jahren nicht vergriffen war und nur deshalb gerade nicht verfügbar ist, weil eine neue Auflage vorbereitet wird. Der Vorschlag würde die Umsetzung dieser unternehmerischen Entscheidung erheblich erschweren.

bb) Dynamischer Ansatz: BT-Drucks. 17/4661

BT-Drucks. 17/4661 verfolgt zwar einen dynamischeren Ansatz als BT-Drucks. 17/3991. Sie führt aber zu einem noch problematischeren Ergebnis. Anknüpfungspunkt für die Herabsetzung der Suchanforderungen ist nicht das Datum der Veröffentlichung des vergriffenen Werkes, sondern die Nichtausübung der Nutzungsrechte über einen gewissen Zeitraum. So wird verhindert, dass ein Rechteinhaber, dessen Werk etwa 1965 veröffentlicht wurde und das nur deshalb nicht lieferbar ist, weil er es für ratsam hält, mit der Neuauflage noch eine Weile zu warten, seine Rechte verliert.

Sind die Nutzungsrechte länger als 30 Jahre nicht ausgeübt worden, muss der Nutzer nach BT-Drucks. 17/4661 lediglich versuchen, den Urheber (nicht auch andere Rechteinhaber!) durch eine Standardsuche zu finden. Gelingt das nicht, darf er an Stelle des Urhebers die Rechte gem. § 41 UrhG zurückrufen. Dem Wortlaut des Entwurfes nach („an die Stelle des Urhebers nach § 41 tritt in diesem Fall der Nutzer“) erhält also der erste Nutzer, der von dem Rückrufsrecht Gebrauch macht, das *ausschließliche* Nutzungsrecht an dem Werk. Das ist aus zwei Gründen rechtlich bedenklich. Erstens kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Urheber, dessen Verwerter sein ausschließliches Nutzungsrecht nicht ausübt, das Nutzungsrecht stattdessen einem Nutzer übertragen will, zu dem er in keinem Kontakt steht. Das Recht über diese Entscheidung wird dem Urheber durch BT-Drucks. 17/4661 genommen. Zweitens verliert ein Rechteinhaber, der mittels einer Standardsuche ermittelt werden kann, nach diesem Entwurf seine Rechte, nur weil der Urheber des Werkes unauffindbar ist. Er muss also die Konsequenzen für das Handeln eines Dritten (= des Urhebers) tragen, auf das er unter Umständen keinen oder nur geringen Einfluss hat.

5. Die erworbenen Rechte und Pflichten

Gesetzgeber haben im Wesentlichen drei Möglichkeiten, das Problem verwaister Werke zu lösen. Sie können erstens die Nutzung verwaister Werke unter der Bedingung erlauben, dass der Nutzer den Rechteinhaber erfolglos gesucht und vor Aufnahme der Nutzung bei einer staatlichen oder privaten Institution eine Nutzungslizenz erworben hat. Zweitens können sie Nutzern unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, Werke ohne vorherige Suche zu nutzen, wenn sie von einer staatlichen oder privaten Institution dazu ermächtigt worden sind. Schließlich können sie drittens einem Nutzer, der erfolglos nach einem Rechteinhaber gesucht hat, die Nutzung verwaister Werke ermöglichen, ohne ihn zu verpflichten, vorab ein Entgelt zu entrichten. Der deutsche Gesetzgeber sollte dem dritten Modell folgen. Er sollte außerdem nicht nur die Online-Nutzung verwaister Werke ermöglichen, sondern auch offline-Nutzungen.

a) Zulässige Nutzungshandlungen

Das Recht zur Nutzung verwaister Werke sollte nicht auf einzelne Verwertungsrechte iSd §§ 16 ff. UrhG beschränkt werden. Die Erstellung analoger Vervielfältigungsstücke zur Erhaltung, Restaurierung oder wissenschaftlichen Untersuchung eines Werkes hat einen ebenso großen sozialen Nutzen wie die Schaffung einer digitalen Kopie zur öffentlichen Zugänglichmachung. Der Nutzen einer wissenschaftlichen Abhandlung beispielsweise nimmt nicht dadurch zu, dass der Wissenschaftler sich entscheidet, seine Er-

gebnisse der Öffentlichkeit statt in einem gedruckten Buch auf einer Webseite zur Verfügung zu stellen. BT-Drucks. 17/3991, 17/4661 und 17/4695 final sind darum zu eng gefasst.

BT-Drucks. 17/4661 gibt den dort genannten Berechtigten nur das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung iSd § 19a UrhG. Nach Ansicht der Verfasser umfasst dies vermutlich das Recht, die dafür erforderlichen Vervielfältigungshandlungen vorzunehmen. Auch BT-Drucks. 17/3991 und 17/4695 möchten Verwertern ausschließlich die Rechte zur (elektronischen) Vervielfältigung iSd § 16 UrhG und zur öffentlichen Zugänglichmachung iSd § 19a UrhG einräumen. Nach allen drei Vorschlägen bleiben also Nutzungshandlungen iSd §§ 17-19, 20-22, 23 UrhG verboten. Für die Verwertung von Werken außerhalb des Internet sind derartige Handlungen aber unerlässlich. Es ist keine sachlicher Grund ersichtlich, warum eine Form der unkörperlichen, öffentlichen Wiedergabe von Werken erlaubt werden, andere Formen körperlicher wie unkörperlicher Wiedergabe aber verboten bleiben sollen.

b) Nutzungslizenz

Die bestehenden Regelungsmechanismen für verwaiste Werke verpflichten Nutzer, vor Beginn der Nutzung eine Lizenz zu erwerben und dafür (in der Regel vor Aufnahme der Nutzung) eine Vergütung zu zahlen – entweder an eine staatliche Stelle oder an eine Verwertungsgesellschaft. Auch BT-Drucks. 17/3991 und 17/4695 sehen eine solche Pflicht vor. Der Nutzer muss die Gebühr also prophylaktisch entrichten für den Fall, dass der Rechteinhaber seine Rechte geltend macht. Dieses Modell ist aus mehreren Gründen abzulehnen.

Erstens teilen die bestehenden Regelungen für verwaiste Werke eine weitere Gemeinsamkeit: Es werden nur wenige Lizenzen für die Nutzung verwaister Werke beantragt. Das könnte daran liegen, dass das Problem der verwaisten Werke wesentlich geringer ist als gemeinhin angenommen. Die langjährigen Erfahrungen Kanadas legen aber einen anderen Schluss nahe. Nutzer können dort seit 23 Jahren eine Lizenz für die Nutzung eines verwaisten Werkes beantragen. Voraussetzung ist, dass der Nutzer den Rechteinhaber sorgfältig gesucht hat. Von 1988 bis Ende 2008 hat das Copyright Board lediglich 441 formelle Anträge auf Erteilung einer Lizenz erhalten. 252 Anträgen hat das Board stattgegeben; 8 hat es abgelehnt. In den anderen Fällen haben die Antragsteller ihre Anträge im Laufe des Verfahrens zurückgezogen. (Vgl. www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences-e.html.)

Nach allgemeiner Meinung in Kanada werden so wenige Lizenzen beantragt, weil das Lizenzverfahren aufwendig ist und darum vor allem die Nutzer wirtschaftlich wertloser Werke abschreckt. Kritisiert wird insbesondere, dass Nutzer die Gebühren an Verwertungsgesellschaften zahlen müssen, bevor Rechteinhaber auftauchen. Diese Pflicht, in jedem einzelnen Fall einen Lizenzvertrag auszuhandeln und eine Gebühr zu entrichten, mache sie für digitale Bibliotheken unattraktiv. Nur in einem Prozent der Fälle wurde in Kanada eine Lizenz für mehrere tausend Werke beantragt.

Zweitens ist an einem solchen System problematisch, dass die Verwertungsgesellschaften über das Geld frei verfügen dürfen, solange sie sich verpflichten, den Rechteinhaber gegebenenfalls schadlos zu halten. Wenn das betreffende Werk tatsächlich verwaist ist, der Rechteinhaber seine Rechte also nicht geltend macht, entsteht also ein Mitnahmeeffekt. Mitglieder der Verwertungsgesellschaften erhalten Einnahmen für die Verwertung von Werken, an denen sie keine Rechte halten. Den Nutzern wiederum entstehen unnötige Kosten.

Den Rechteinhabern schließlich wird die Möglichkeit genommen zu entscheiden, ob und zu welchen Konditionen sie die Nutzung ihres Werkes gestatten möchte. Untersuchungen belegen, dass Urheber wirtschaftlich uninteressanter Werke diese in aller Regel kostenlos zur Verfügung stellen, wenn sie gefunden werden können. Nach den Erfahrungen europäischer Kulturinstitutionen verlangen lediglich Verwertungsgesellschaften und kommerzielle Verwerter Entgelte für die Einräumung von Nutzungslizenzen an derartigen Werken. (Vgl. *Vuopala*, S. 14-15, 19.) Es kann also nicht davon ausgegangen werden, dass Urheber, wenn sie die Wahl hätten, lieber eine Gebühr erheben würden, die anderen Rechteinhabern (und Verwertungsgesellschaften) zu Gute kommt, als die Nutzung gebührenfrei zu erlauben und das Geld somit den Nutzern ihrer Werke zu belassen.

c) Beschränkung von Rechtsbehelfen

Vorzugswürdig ist daher eine Beschränkung von Rechtsbehelfen zu Gunsten eines Nutzers, der einen Rechteinhaber trotz sorgfältiger Suche nicht finden konnte. Ein solcher Nutzer sollte lediglich auf Unterlassung bzw. Zahlung einer angemessenen Vergütung verklagt werden dürfen. Eine weitergehende zivil- oder strafrechtliche Haftung würde entfallen. Auch der Unterlassungsanspruch würde allerdings entfallen, wenn der Nutzer eine Bearbeitung vorgenommen hätte. Eine Beschränkung von Rechtsbehelfen bietet ähnliche Vorteile wie BT-Drucks. 17/4661. Sie verstößt aber, anders als BT-Drucks. 17/4661, nicht gegen

völker- und europarechtliche Vorgaben, denn sie ist keine neue Schranke. Darum wollte auch der amerikanische Gesetzgeber diesem Modell folgen.

Eine Beschränkung der Rechtsbehelfe bietet zwar weniger Rechtssicherheit als ein System, bei dem der Nutzer verpflichtet ist, vor Beginn der Nutzung eine Lizenz zu erwerben. Wenn er die Nutzung aufnimmt, wüsste der Nutzer nämlich nicht, welchen Kosten er sich ausgesetzt sähe, wenn der Rechteinhaber seine Rechte geltend machen würde. Auch wüsste er nicht, ob seine Suche tatsächlich sorgfältig genug wäre, damit er in den Genuss der Privilegierung kommen würde. Es gäbe keine dritte Partei, die die Einhaltung der Suchanforderungen überprüfen und also die Nutzung ex ante erlauben würde. (Es ist allerdings unklar, wie sehr Verwertungsgesellschaften ihrer Pflicht zur Überprüfung nachkommen würden. Immerhin würden sie finanziell von der Erteilung jeder einzelnen Lizenz profitieren.)

Langfristig wäre eine Beschränkung von Rechtsbehelfen effektiver und kostengünstiger als ein System, das auf Lizenzen basiert. Wenn Werke wirklich verwaist sind, werden Rechteinhaber ihre Rechte nicht geltend machen. Nutzer müssen dann gar keine Gebühren entrichten. Wenn Rechteinhaber erscheinen und Lizenzgebühren verlangen, könnten die bestehenden Praktiken der Verwertungsgesellschaften als Vorbild dienen für die im Einzelfall angemessene Höhe des Entgelts. Dafür müssten die Verwertungsgesellschaften nicht, wie von BT-Drucks. 17/3991 und 17/4695 vorgeschlagen, das Recht erhalten, Verwertungen von Werken zu lizenzieren, deren Rechte sie in doppelter Hinsicht nicht verwalten: einmal, weil die Rechteinhaber der betroffenen Werke sie nicht mit der Verwertung betraut haben, und zum zweiten, weil die Lizenzverträge nicht Zweitnutzungen betreffen würden, sondern die Erstverwertung von Werken, für die Verwertungsgesellschaften (bisher) keine Kompetenz haben.

Das System wäre außerdem gerechter. Es würde den Rechteinhabern die Entscheidung belassen, ob sie die Nutzung gegen oder ohne Entgelt erlauben oder diese unterbinden wollen. Jedenfalls für Bearbeitungen eines Werkes sollte der Anspruch des Rechteinhabers allerdings auf einen Vergütungsanspruch beschränkt werden, um dem Bearbeitenden zu ermöglichen, seinen eigenen kreativen Beitrag weiterhin zu nutzen.

6. Datenbanken

Die Schaffung öffentlich zugänglicher, umfassender, innerhalb Europas vernetzter Datenbanken ist essentiell für jede Regelung verwaister Werke. Der Zugang zu den Datenbanken sollte kostenlos sein. Verwertungsgesellschaften, Autoren- und Verlagsverbände sowie Nationalbibliotheken und ISBN-Agenturen sollten verpflichtet werden, alle ihnen zur Verfügung stehenden Informationen in eine Datenbank einzupflegen. Dafür sollten sie staatliche Förderung erhalten. Die Datenbank, die diese Aufgaben erfüllen könnte, haben die Beteiligten, gefördert von der Europäischen Kommission, bereits gegründet: ARROW.

ARROW sollte eine eigene Kategorie für verwaiste Werke erhalten. Nutzer sollten verpflichtet werden, dort anzuzeigen, wenn sie ein verwaistes Werk verwerten möchten. Ihre Suche nach dem Rechteinhaber müssten sie dort dokumentieren. Nachfolgende Nutzer müssten dann dieselbe Suche nicht noch einmal durchführen. Urheber und andere Rechteinhaber würden die Möglichkeit erhalten, ihren Widerspruch gegen die Nutzung in der Datenbank zu veröffentlichen. So könnten sie verhindern, dass andere ihr Werk ebenfalls ohne Lizenz nutzen. Wenn ein Rechteinhaber eine Lizenzgebühr mit einem Nutzer vereinbart, sollten die Parteien das ebenfalls in der Datenbank verzeichnen. Das System würde Transparenz schaffen, unnötige Doppelungen von Suchen verhindern und sicherstellen, dass kein Marktversagen besteht. Die Einbindung von Verwertungsgesellschaften wäre damit überflüssig.

7. Die europäische Dimension

BT-Drucks. 17/4695 und COM(2011) 289 final unterstreichen zu Recht die Wichtigkeit einer EU-weiten Regelung für verwaiste Werke. Nur wenn die Mitgliedstaaten ihre Regelungen wechselseitig anerkennen, können verwaiste Werke, die sich in einem Mitgliedstaat befinden, über Landesgrenzen hinweg abgerufen werden. Das ist eine notwendige Bedingung, damit solche Werke beispielsweise in Europeana eingepflegt werden können. Ohne eine EU-weite Regelung ist die Schaffung einer europaweiten digitalen Bibliothek also rechtlich unmöglich. Die Bundesregierung sollte sich mithin unbedingt auf europäischer Ebene dafür einsetzen, dass zeitnah eine Richtlinie für verwaiste Werke erlassen wird. Inhaltlich sollte die Richtlinie gegenüber COM(2011) 289 final jedoch in wichtigen Punkten geändert werden (siehe oben 1.-6.).

Berlin, den 13. September 2011