

Prof. Dr. Gerald Spindler
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Multimedia- und Telekommunikationsrecht
Rechtsvergleichung
Institut für Wirtschaftsrecht



Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Spindler, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6
D-37073 Göttingen

Tel.: (0551) 39 - 7374
Fax: (0551) 39 - 4633
E-Mail: info@gerald-spindler.de

10. Juni 2013

Stellungnahme Prof. Dr. Gerald Spindler, Universität Göttingen

Zum Gesetzesentwurf zur Einführung einer Regelung zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und weiterer Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 8. Mai 2013 (BT-Drs. 13423)

Vorbemerkung:

Aufgrund der äußerst kurzfristigen Einladung kann nur eine Kurz-Stellungnahme abgegeben werden. Die einzelnen Gegenentwürfe und Anträge können nur bedingt in die Stellungnahme eingearbeitet werden.

Bedingt durch das Hochwasser und die Sperrung von Bahnlinien ist es dem Unterzeichner nicht möglich gewesen, an der Sitzung am 10. Juni rechtzeitig teilzunehmen.

1. Verwaiste Werke

a) Erfasste Werktypen: Schriftwerke, Bild- und Tonträger, Filme

Die Richtlinie erfasst in Art. 1 Abs. 2 bzw. § 61 Abs. 2 UrhG-RefE zum einen alle Printwerke (Schriftform), zum anderen Film- oder audiovisuelle Werke und Tonträger, wobei es nach Art. 1 Abs. 4 Richtlinie keinen Unterschied macht, ob sie in jeweils andere von der Richtlinie erfasste Werke eingebunden sind, also etwa Tonträger im Rahmen von Filmwerken etc. Der Richtlinie liegt damit ein breites Begriffsverständnis der audiovisuellen Werke zugrunde, die keineswegs

Besuchsadresse: Platz der Göttinger Sieben 6, Juridicum, Zi: 0.174 (Sekretariat), Universität Göttingen

Internet: <http://www.gerald-spindler.de>

auf die klassischen Filmwerke etc. beschränkt ist.¹ Damit werden jegliche Formen von audiovisuellen Werken erfasst, mithin auch Multimedia-Werke wie etwa Internetpräsentationen, so dass der vom RefE gewählte Terminologie der „Filmwerke sowie die Bildträger und Bild- und Tonträger, auf denen Filmwerke aufgenommen sind“ zu eng erscheint.

b) Public-Private-Partnerships

Oftmals kooperieren in der Praxis dabei Bibliotheken mit Dritten, wie dies etwa in Deutschland von renommierten Bibliotheken mit Google bekannt wurde, das bei der Retrodigitalisierung umfangreiche Arbeiten offenbar übernahm.² Die Richtlinie lässt derartige public-private-partnerships ausdrücklich zu (Art. 6 Abs. 4, Erwägungsgrund Nr. 21), insbesondere auch im Hinblick auf die Erzielung von Einnahmen durch die Zusammenarbeit mit Dritten; der RefE enthält hierzu keine eigene Umsetzung, sondern nimmt nur in seiner Begründung Bezug auf die entsprechenden Richtlinienpassagen. Auch hier ist indes erforderlich, dass die Einnahmen nur zur Kostendeckung dienen. Ferner können die public-private-Partnerschaften nicht dazu führen, dass die Dritten, die selbst nicht zu dem Anwendungsbereich der privilegierten Institutionen zählen, in den Genuss der Schranken kommen; diese bleiben allein den privilegierten Institutionen vorbehalten. Mit anderen Worten kann etwa Google durch eine Retrodigitalisierung im Rahmen einer Partnerschaft mit einer Bibliothek nicht selbst die verwaisten Werke aufgrund der Richtlinie bzw. §§ 61 ff. UrhG öffentlich zugänglich machen; lediglich der Verweis per Link auf das Angebot der Bibliothek im Rahmen des für Suchmaschinen Üblichen wäre möglich (und zulässig), da hierin keine eigene Veröffentlichung liegt.³

c) Sanktionen

Die Schranken greifen nur zugunsten der privilegierten Institutionen ein; die verwaisten Werke werden keineswegs gemeinfrei, so dass andere Dritte sich nicht der öffentlich zugänglich gemachten Inhalte bemächtigen dürfen. Allerdings wirft in der Praxis die Aktivlegitimation bei verwaisten Werken Probleme auf, da die privilegierten Institutionen selbst nicht gegenüber schmarotzenden Dritten mangels eigener Rechte tätig werden können, allenfalls aus abgeleiteten Rechten wie dem Datenbankrecht⁴ oder Wettbewerbsrecht.

¹ Insoweit zutr. Begr RefE S. 22.

² S. dazu *Durantaye*, ZUM 2011, 777, 779 mwNachw.

³ BGHZ 156, 1, 14 f. - Paperboy.

⁴ Dazu s. BGHZ 172, 268 – Gedichttitelliste I = ZUM 2007, 737; sowie die EuGH-Vorlage des BGH ZUM 2007, 379 – Gedichttitelliste II = AfP 2007, 363 = MMR 2007, 591; im weiteren Verfahrensgang: EuGH Slg. 2008 I-7565 = ZUM 2009, 54 = GRUR 2008, 1077 und BGH ZUM-RD 2009, 710 = NJW 2010, 778 = CR 2010, 190.

Denkbar wäre hier die Einführung einer gesonderten Aktivlegitimation entweder der privilegierten Institutionen selbst oder der Verwertungsgesellschaften, um free-riding von Dritten zu vermeiden. Ob allein (bzw. neben Datenbankenansprüchen) etwa Ansprüche aus UWG (Ausnützen fremder Leistung) hier genügen werden, erscheint zweifelhaft.

2. Vergriffene Werke

Erfasst werden nur Printwerke vor dem 1.1.1966, also nicht wie in der Orphan-Works-Richtlinie auch Film- und audiovisuelle Werke – dabei umfassen die Printwerke aber auch Lichtbilder, die notwendiger Bestandteile dieser Werke sind. Allerdings gehen diese Regelungen nicht weit genug, da sie sich allein auf Printwerke vor 1966 beziehen. Alle anderen Werke, insbesondere Ton-, Lichtbild- und Filmwerke werden nicht von der Regelung erfasst; aber auch hier besteht in der Praxis ein Bedürfnis, nicht mehr lieferbare Werke der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

Fraglich ist ebenso, warum die Antragsbefugnis für die Eigenschaft als „nicht lieferbares Werk“ auf die Verwertungsgesellschaften beschränkt ist; gerade die Institutionen, die die vergriffenen Werke im Interesse der Allgemeinheit zugänglich machen wollen, haben hier keine vergleichbare Verfahrensstellung.

Auch bleibt unklar, wann ein Werk als „nicht mehr lieferbar“ gelten kann – anders als nach der Orphan-Work-Richtlinie werden hier keine Vorgaben für eine sorgfältige Recherche getroffen. Allein auf einen etwaigen Widerspruch seitens eines Rechtsinhabers zu vertrauen, dürfte die verfassungsrechtlich zulässigen Grenzen überschreiten, da die Verwertungsgesellschaft theoretisch keinerlei Anstrengungen unternehmen müsste, um die Lieferbarkeit des Werkes abzuklären. Zumindest eine Recherche etwa im Verzeichnis der lieferbaren Bücher sollte hier erforderlich sein.

3. Das Verhältnis zur Rechtefiktion nach § 137I UrhG

So sehr insgesamt die neuen Regelungen zu begrüßen sind, sind doch noch gewisse Lücken zu beklagen. Nimmt man das Verhältnis zu § 137I UrhG in den Blick, ergibt sich die eigenartige Konsequenz, dass durch die gesetzliche Fiktion ein Verwerter zum Rechteinhaber für Werke ab 1966 wird, so dass kein verwaistes Werk mehr vorliegt, obwohl der eigentliche Rechteinhaber nicht mehr auffindbar ist. Dabei hängt dieses Ergebnis zudem davon ab, ob man § 137I UrhG als die Fiktion einer Einräumung absoluter (dann keine Verwaisung) oder nur einfacher Nutzungsrechte (dann Verwaisung)⁵ ansieht.⁶ Eine öffentliche Einrichtung kann daher diese Werke nicht

⁵ Dazu eingehend *Spindler/Heckmann*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 137I UrhG Rn.24; s. auch *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 137I Rn. 56; zuvor

zugänglich machen, solange ein Verwerter vorhanden ist, selbst wenn dieser selbst nicht die Werke öffentlich zugänglich machen will oder kann.

Dies hat zur Folge, dass solange überhaupt ein Verwerter für ein bestimmtes Werk (ab 1.1.1966) existiert, auch die Rechte des Öffentlichen Zugänglichmachens diesem Verwerter zustehen. Dabei lässt das Gesetz offen, ob diese Rechte auch ausgeübt werden; mit anderen Worten führt die jetzige Regelung dazu, dass Verwerter zwar die Rechte besitzen, diese aber nicht unbedingt tatsächlich in Form einer Veröffentlichung ausüben. Zwar ist es denkbar, hier § 41 UrhG anzuwenden; doch versagt das Rückrufrecht wegen Nichtausübung gerade bei verwaisten Werken, da eben gerade kein Urheber bzw. Rechteinhaber das Recht mehr ausüben kann. Gleiches gilt für eine entsprechende Anwendung des VerlG, das ebenfalls dem Verfasser Rechte einräumt, nicht aber Dritten.

Damit tritt die in der Praxis keineswegs seltene Situation ein, in der ein Verlag zwar die Rechte zur Internetveröffentlichung besitzt, diese aber nicht wahrnehmen kann, so dass die Rechte zwar den Bildungseinrichtungen im Hinblick auf deren Interesse an einer Zugänglichmachung entgegengesetzt werden (können), aber nicht zu einem Angebot an die Allgemeinheit führen. Hier wäre eine analoge Lösung zu den „vergriffenen“ Werken und Fristen für die Ausübung der Rechte dringend geboten, einschließlich der Geltendmachung von Vergütungsansprüchen durch Verwertungsgesellschaften, um derartige für die Retrodigitalisierung problematische Situationen aufzulösen.

4. Zweitverwertungsrecht

Hinsichtlich der Bedeutung des Zweitverwertungsrechts für die wissenschaftliche Publikationslandschaft verweise ich auf die Stellungnahmen von Herrn Dr.Steinhauer sowie Herrn Dr.Kronthaler. Schließlich darf der Unterzeichner auf die Stellungnahme der GRUR zum RefE (bzw. den ein Zweitverwertungsrecht befürwortenden Teil [http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2013-03-11 GRUR Stn Verwaiste Werke.pdf](http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2013-03-11_GRUR_Stn_Verwaiste_Werke.pdf)) verweisen,⁷ deren Mitwirkender der Unterzeichner war.

Ergänzend ist folgendes festzuhalten:

bereits *Spindler/Heckmann* ZUM 2006, 620, 625 f.; aA *Jani*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 1371 Rn. 25; *Schulze*, in Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl. 2008, § 1371 Rn. 38; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 10. Aufl. 2008, § 1371 Rn. 18.

⁶ *Zutr. Steinhauer*, GRUR-Prax 2011, 288, 289 f.

- Es handelt sich NICHT um eine Schranke, sondern ein RECHT des Urheber. Eine Pflicht, dieses Recht wahrzunehmen, wird durch die beabsichtigte Regelung nicht erzeugt. Daher liegt auch nur sehr eingeschränkt überhaupt ein Eingriff in die Privatautonomie des Urhebers vor, indem diesen zwingend Rechte vorbehalten werden.
- Zu Recht soll das Recht unabdingbar ausgestaltet werden; es muss auch im internationalen Kontext als zwingendes Urhebervertragsrecht verankert werden.
- Ratio des zwingenden Zweitverwertungsrechts ist ähnlich anderen urhebervertragsrechtlichen Regelungen ein Schutz des Urhebers vor einem vollständigen Buy-out. Die unterschiedliche Behandlung gegenüber anderen Urhebern rechtfertigt sich im Hinblick auf das überwiegende Allgemeininteresse an der allgemeinen Zugänglichkeit von Forschungsergebnisse ebenso wie des Wissenschaftlers an einer entsprechenden Publikation.
- Es sollte wie im RefE bei der Regelung verbleiben, dass auch Universitäts- und sonstige Angehörige von Wissenschaftsinstitutionen in den Genuss dieses Rechtes kommen.

Prof.Dr.Gerald Spindler