

Stellungnahme der Union der Deutschen Akademien der Wissenschaften zur geplanten Rechtsübertragungsfiktion des § 1371 UrhG-E¹

Die Union der Deutschen Akademien der Wissenschaften nimmt den am 22.03.2006 vorgestellten Regierungsentwurf zur Reform des Urheberrechtsgesetzes zum Anlass, auf die grundsätzlich bestehenden Bedenken gegen die geplante Rechtsübertragungsfiktion des § 1371 UrhG-E hinzuweisen. Die im „Zweiten Korb“ vorgesehene Rechtsübertragungsfiktion des § 1371 UrhG-E hat bei einer unveränderten Umsetzung zur Folge, dass bislang unbekannte Nutzungsrechte automatisch den bisherigen Rechteinhabern zufallen, ohne dass die Interessen der Urheber und der Intermediäre hinreichend Berücksichtigung finden.

Es wird bislang bei der Diskussion der Urheberrechtsreform außer Acht gelassen, dass sich gerade in dem für unsere Gesellschaft zentral bedeutenden Bereich des wissenschaftlichen Publikationswesens nicht nur Urheber und Verlage gegenüberstehen. Die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen wird vielmehr in weiten Teilen von Wissenschaftsorganisationen veranlasst. Diese fördern mit dem Einsatz öffentlicher Mittel nicht nur die Erarbeitung solcher Ergebnisse, sondern auch deren Verbreitung in der Öffentlichkeit. Die Wissenschaftseinrichtungen stehen dabei mit ihren zahlreichen und überwiegend aus Steuergeldern finanzierten Veröffentlichungen als Intermediäre zwischen Autoren und Verlagen. Diese Stellung wird bei den Bemühungen um die Ausgestaltung des „Zweiten Korbs“ nicht hinreichend berücksichtigt.

Die Union der Deutschen Akademien der Wissenschaften hat Änderungsvorschläge erarbeitet, durch die bei einer gleichzeitigen „Öffnung der Archive“ die Belange von Wissenschaft und Forschung besser berücksichtigt werden.

1. Fehlende Anreizstruktur für Rechteinhaber zur „Öffnung der Archive“

Ausweislich der Regierungsbegründung wird durch die Regelung insbesondere eine „Öffnung der Archive“ beabsichtigt. Diesem grundsätzlich begrüßenswerten Vorhaben wird der Gesetzesentwurf jedoch nicht gerecht, da die Einräumung der neuen Nutzungsrechte unabhängig von einer tatsächlichen Wahrnehmung stattfindet. Es fehlt dem Gesetzesentwurf in der vorliegenden Fassung insbesondere eine Anreizstruktur, die neuen Nutzungsrechte auch tatsächlich wahrzunehmen. Eine effektive Öffnung der Archive läßt sich nur erreichen, wenn der Rechteerwerb unter die Bedingung einer tatsächlichen Nutzung gestellt wird.

Änderungsvorschlag:

§ 1371 Abs. 1 S. 1 ist daher wie folgt zu ergänzen:

Hat der Urheber zwischen dem 1. Januar 1966 und dem [Einsetzen: Datum des Inkrafttretens des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft nach Artikel 4] einem anderen alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt, gelten die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekanntes Nutzungsrechte als dem anderen ebenfalls eingeräumt, sofern der Urheber nicht dem anderen gegenüber der Nutzung widerspricht und der andere innerhalb von 3 Jahren nach dem [Datum des Inkrafttretens des Gesetzes] die neue Art der Werknutzung aufnimmt.

¹ Erstellt von Prof. Dr. Gerald Spindler (Urheberrechtsbeauftragter der Union der Deutschen Akademien der Wissenschaften) unter Mitarbeit von Dipl.-jur. Jörn Heckmann (Akademie der Wissenschaften zu Göttingen)

2. Umfang der Rechtsübertragungsfiktion

Gänzlich ungeklärt ist bislang auch der Umfang der Rechtsübertragungsfiktion. Weder der Gesetzestext noch die Begründung des Regierungsentwurfs greifen diese Frage auf. Auch wenn insbesondere verfassungsrechtliche Gesichtspunkte für eine restriktive Auslegung und damit lediglich für die Einräumung einfacher Nutzungsrechte sprechen, ist doch ein klarstellender Hinweis zur Schaffung von Rechtssicherheit wünschenswert. Dies gebietet auch der Bestimmtheitsgrundsatz.

Änderungsvorschlag:

§ 1371 Abs. 1 ist daher nach Satz 2 um einen neuen Satz 3 zu ergänzen:

Der Umfang der nach Satz 1 eingeräumten Nutzungsrechte an den bislang unbekanntem Nutzungsarten beschränkt sich auf ein einfaches Nutzungsrecht.

Zudem ist der bisherige Satz 3 (nun Satz 4) entsprechend anzupassen:

Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für zwischenzeitlich bekannt gewordene Nutzungsrechte, die der Urheber bereits einem Dritten eingeräumt hat.

3. Widerspruchspflicht vs. Informationspflicht

Das Widerspruchsrecht ist nach der vorgesehenen Regelung zu schwach ausgestaltet:

- a) Der Gesetzesentwurf verlangt ein Tätigwerden des Urhebers, welches dogmatisch nicht zu rechtfertigen ist. Um dem Vertragspartner auf der anderen Seite jedoch keine zusätzliche Rechercheverpflichtung aufzuerlegen, bietet es sich vielmehr an, die Absendung der Information an die letzte dem Vertragspartner bekannte Anschrift des Urhebers als ausreichend genügen zu lassen.
- b) Die Widerspruchsfrist von einem Jahr ist zu kurz gewählt. Der Urheber wird in einer Vielzahl von Fällen nicht bzw. erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist von der Möglichkeit eines Widerspruchs erfahren

Änderungsvorschlag a):

§ 1371 Abs. 1 S. 2 ist daher wie folgt zu ändern:

Das Widerspruchsrecht erlischt nach Ablauf von 6 Monaten, nachdem der andere die Mitteilung über die beabsichtigte Aufnahme der neuen Art der Werknutzung an den Urheber unter der ihm zuletzt bekannten Anschrift abgesendet hat.

Alternativänderungsvorschlag b):

§ 1371 Abs. 1 S. 2 ist daher wie folgt zu ändern:

Der Widerspruch kann für Nutzungsarten, die am [Datum des Inkrafttretens des Gesetzes] bereits bekannt sind, nur innerhalb von drei Jahren erfolgen, im Übrigen nur, solange der andere noch nicht begonnen hat, das Werk in der neuen Nutzungsart zu nutzen.

4. Öffentliche Forschungsergebnisse

Die Stellung der öffentlichen Forschungseinrichtungen als Intermediäre zwischen Urheber und Verlag bleibt bei dem Kabinettsentwurf gänzlich unberücksichtigt: Hat die Forschungseinrichtung ihre Mitarbeiter bereits für die Erstellung von Werken vergütet, so ist nicht einzusehen, dass der vorgesehene Zuwachs an digitalen Nutzungsrechten bei einem Dritten (dem Verlag) eintritt. Dies gilt umso mehr, als die Forschungseinrichtungen auch dem Verlag oftmals finanzielle Unterstützung durch die Gewährung von Publikationszuschüssen zukommen lassen. Die Union der Deutschen Akademien der Wissenschaften fordert daher im Rahmen eines ausgewogenen Interessenausgleichs zumindest die Schaffung eines eigenen Widerspruchsrechts der Intermediäre.

5. Zusammenfassung der Änderungswünsche²

§ 137II UrhG

Hat der Urheber zwischen dem 1. Januar 1966 und dem [Einsetzen: Datum des Inkrafttretens des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft nach Artikel 4] einem anderen alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt, gelten die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekanntem Nutzungsrechte als dem anderen ebenfalls eingeräumt, sofern der Urheber nicht dem anderen gegenüber der Nutzung widerspricht und der andere innerhalb von 3 Jahren nach dem [Datum des Inkrafttretens des Gesetzes] die neue Art der Werknutzung aufnimmt.

Das Widerspruchsrecht erlischt nach Ablauf von 6 Monaten, nachdem der andere die Mitteilung über die beabsichtigte Aufnahme der neuen Art der Werknutzung an den Urheber unter der ihm zuletzt bekannten Anschrift abgesendet hat. Der Umfang der nach Satz 1 eingeräumten Nutzungsrechte an den bislang unbekanntem Nutzungsarten beschränkt sich auf ein einfaches Nutzungsrecht. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für zwischenzeitlich bekannt gewordene Nutzungsrechte, die der Urheber bereits einem Dritten eingeräumt hat.

Ihre Ansprechpartner für Rückfragen sind:

Prof. Dr. Gerald Spindler

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung,
Multimedia- und Telekommunikationsrecht, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen.

Dipl.-Jur. Jörn Heckmann (Wissenschaftlicher Mitarbeiter)

Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Theaterstraße 7, 37073 Göttingen

Tel.: 0551 / 39 53 38, E-Mail: joern.heckmann@goettingerakademie.de

² Die gegenüber dem Regierungsentwurf geänderten Passagen sind durch Unterstreichung kenntlich gemacht

Der rückwirkende Entfall unbekannter Nutzungsrechte (§ 137 I UrhG-E) – Schließt die Archive?

Prof. Dr. Gerald Spindler*/Dipl.-Jur. Jörn Heckmann**

Dieser Beitrag ist ursprünglich in der ZUM 8/9/2006 (Seite 620 ff.) veröffentlicht worden

I. Einleitung

Nachdem die Bundesregierung am 22.3.2006 einen Kabinettsbeschluss zur Reform des Urheberrechts¹ verabschiedet hat, erreicht die Kontroverse um die zukünftige Ausgestaltung des Urheberrechts nun scheinbar ihren Höhepunkt. Geprägt war diese bislang von einem zähen Ringen um die Ausgestaltung einzelner Schranken, um so dem Ziel eines fairen Interessenausgleichs zwischen den Kreativen, den Verwertern, der Geräteindustrie, den Nutzern sowie dem Kulturbetrieb und der Wissenschaft gerecht zu werden². Unbeeindruckt von den Stellungnahmen und der zahlreichen Kritik³ wird im RegE jedoch lediglich ein deutlicher Akzent auf die kommerzielle Verwertung elektronischer Rechte gesetzt⁴. Eine der zentralen Regelungen des RegE stellt in diesem Rahmen die Aufgabe des § 31 Abs. 4 UrhG dar, welcher bislang eine Übertragung zukünftiger, unbekannter Nutzungsarten auf den Verwerter verhinderte (Verbot des sog. „Buy-out-Vertrages“). Während diese Neuregelung zu Recht erhebliche Aufmerksamkeit auf sich zog⁵ und von den Begünstigten als "gelungene Regelung" bezeichnet wurde⁶, führen Fragen der Regelung von Altfällen eher ein Schattendasein. Auch wenn Übergangsregelungen gerne als Randproblem betrachtet werden,

* Lehrstuhl für Bürgerliches- und Wirtschaftsrecht, Multimedia- und Telekommunikationsrecht, Göttingen, Mitglied der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Der Beitrag gibt ausschließlich die Auffassung der Verf. wieder.

** Wiss.Mitarbeiter an der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen.

¹ Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (zukünftig: RegE UrhG), abrufbar unter <http://www.bmj.de/media/archive/1174.pdf> (Stand: 6.7.2006; gilt für alle nachfolgenden Hyperlinks).

² Pressemitteilung des BMJ vom 22.3.2006, abrufbar unter <http://www.kopienbrauchenoriginale.de/enid/a4f4933e5a9ee41b6d43ec7b02f4233f,55a304092d09/at.html>.

³ z.B. Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 257/06 (Beschluss), abrufbar unter <http://www.kopien-brauchen-originale.de/media/archive/140.pdf>; eine umfassende Übersicht über die eingereichten Stellungnahmen ist zu finden unter: <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/>.

⁴ "Göttinger Erklärung zum Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft vom 5. Juli 2004", abrufbar unter <http://www.urheberrechtsbuendnis.de/GE-Urheberrecht-BuW-Mitgl.pdf>.

⁵ Siehe etwa *Berger*, GRUR 2005, 907; *Wandtke/Holzapfel*, GRUR 2004, 284; *Ory*, AfP 2004, 500; *Nolte*, CR 2006, 254, 258 f.; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2.Aufl. 2006, § 31 UrhG Rn. 77a; *Becker*, ZUM 2005, 303, 306 f.

⁶ Stellungnahme des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, S. 1, abrufbar unter: <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/BV-Stellungnahme-RefEntw-Zweiter-Korb.pdf>.

trifft dies jedoch für die Bedeutung des geplanten § 137 I UrhG-E nicht zu, der für die Vergangenheit § 31a UrhG-E flankieren soll. Denn die intendierte neue Übergangsregelung hätte erhebliche Folgewirkung für jede Form der Retrodigitalisierung⁷ – und damit genau für die von der Bundesregierung beabsichtigte „Öffnung der Archive“. Zudem besteht neben dem kulturellen Interesse an der Erhaltung der Werke und der „Öffnung der Archive“ auch ein großes wirtschaftliches Interesse auf Seiten der Medienindustrie, welche sich von den retrodigitalisierten Fassungen von Filmwerken, Büchern und Musik die Möglichkeit eines erneuten Absatzes des Werkes erhofft⁸.

Der folgende Beitrag stellt die geplante Neuregelung vor dem Hintergrund der bislang geltenden Regelungen, die bereits jetzt absehbaren dogmatischen Probleme und die damit verbundenen Konsequenzen für die Retrodigitalisierung dar.

II. Die Möglichkeiten der Verwertung bislang unbekannter Nutzungsarten *de lege lata*

Die elektronische Publikation hatte schon in den neunziger Jahren an Bedeutung gewonnen, etwa durch CD-ROM-Editionen, ist aber erst recht durch das Internet in das Zentrum des Interesses auch der Verwerter gerückt – bietet sie doch einen kostengünstigen und einfachen Vertriebskanal, der vielfältige neue Möglichkeiten eröffnet. Die ersten Versuche einer elektronischen Nutzung lassen sich bereits bis in die Mitte der 80er Jahre zurückverfolgen⁹. Dabei stellt die elektronische Nutzung eines Werkes über das Internet oder mittels CD-ROM unstrittig eine neue Nutzungsart dar¹⁰, deren allgemeine Bekanntheit je nach Branche Anfang oder Mitte der neunziger Jahre verortet werden kann¹¹. Für Werke dagegen, die vor diesen jeweiligen Zeitpunkten erschienen und lizenziert worden sind, ist aufgrund des Verbots der Rechteübertragung für bislang unbekannte Nutzungsarten (§ 31 Abs. 4 UrhG) zum damaligen Zeitpunkt keine Einräumung von Nutzungsrechten für elektronische Publikation möglich gewesen.

Die Verwerter sind daher für ältere Werke darauf angewiesen, eine Nachlizenzierung der Nutzungsrechte auch für das Internet mit dem Urheber abzuschließen. Der Abschluss

⁷ Unter Retrodigitalisierung bzw. retrospektiver Digitalisierung wird die Digitalisierung analoger Publikationen bezeichnet, welche insbesondere der Erhaltung besonders wichtiger historischer Bücher und Publikationen dienen soll (vgl. *Heckmann*, in: Spindler, *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen*, 2006, S. 123).

⁸ So stiegen beispielsweise die Absatzzahlen für Compact Discs Anfang der 90er Jahre stark an, da bereits vorhandene Schallplattensammlungen erneut in digitaler Fassung von den Kunden gekauft wurden (vgl. *Hansen*, c't 9/2003, S. 112).

⁹ *Katzenberger*, *Elektronische Printmedien und Urheberrecht*, 1996, S. 99; *Katzenberger*, AfP 1997, 434, 440 f.

¹⁰ BGH GRUR 2002, 248, 251; OLG Hamburg ZUM 2000, 870, 873; OLG München GRUR-RR 2004, 33, 34; *Katzenberger*, AfP 1997, 434, 440; *Hillig*, in: Fuhr/Rudolf/Wasserburg, *Recht der neuen Medien*, 1989, 384, 430; *Katzenberger*, GRUR Int. 1983, 895, 919; *Straus*, in: *Urhebervertragsrecht*, Hrsg. von *Beier/Götting/Lehmann/Moufang*, Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, 1995, 291, 315; *Dreier*, in: *Becker/Dreier*, *Urheberrecht und digitale Technologie*, 1994, 123, 145; *Hertin*, in: *Fromm/Nordemann/Hertin*, *Urheberrecht*, 9. Aufl. 1998, §§ 31/32 Rn. 18.

¹¹ Vereinzelt wird dieser Zeitpunkt bereits auf die frühen 80er Jahre verlegt (*Katzenberger*, AfP 1998, 479, 485); dies ist indes kaum mit der auf breite Verkehrskreise abstellenden Regelung des § 31 Abs. 4 UrhG vereinbar; ausführliche Übersicht der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Zeitpunkte der Bekanntheit einer elektronischen Verwertung bei *Heckmann*, in: Spindler, *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen*, S. 130 f. m. w. N.

eines bloßen Verlagsvertrags genügt jedoch nicht, um einem Verlag auch die Nutzungsrechte für eine Retrodigitalisierung zu übertragen¹². Zwar ist der Verlagsvertrag gem. § 1 VerlG auf die Überlassung eines Werkes der Literatur oder der Tonkunst zur Vervielfältigung und Verbreitung gerichtet; doch ist zum einen der verlagsrechtliche Vervielfältigungsbegriff enger als der Vervielfältigungsbegriff des § 16 UrhG gefasst¹³, zum anderen überspielt das Verlagsrecht nicht das Verbot des § 31 Abs. 4 UrhG¹⁴.

Eine Nachlizenzierung bereitet den Rechteinhabern jedoch oftmals erhebliche Probleme: So bedarf es zumeist eines erheblichen Rechercheaufwandes, um den Urheber eines Werkes ausfindig zu machen. Diese Probleme verstärken sich noch bei einem von mehreren Urhebern geschaffenen Werk, da hier für die Gestattung einer Verwertung neuer Nutzungsrechte die Zustimmung jedes einzelnen Miturhebers eingeholt werden muss¹⁵. Zwar ist die Einholung der Zustimmung in den ersten Jahren nach dem Abschluss des Lizenzvertrages über die bisherigen Nutzungsarten noch relativ leicht möglich, doch sinken die Chancen auf ein schnelles Auffinden der Urheber mit fortschreitender Zeit aufgrund Adressänderungen bzw. erst recht mit dem Tod des Urhebers, welcher die Rechteinhaber gerade im Hinblick auf das Ausfindigmachen der Erben infolge des Übergangs des Urheberrechts gem. § 28 I UrhG i. V. m. § 1922 BGB vor teils unlösbare Probleme stellt. Auch wenn die meisten Lizenzverträge eine Klausel enthalten, welche den Urheber zur Mitteilung von Adressänderungen etc. verpflichtet; zeigt sich in der Praxis doch oftmals die faktische Wirkungslosigkeit einer entsprechenden Klausel, da die Erfüllung der Nebenpflicht regelmäßig vernachlässigt wird. Obgleich der Rechteinhaber bei Verletzung der vertraglich geschuldeten Informationspflichten grundsätzlich einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen kann, welcher auch die Kosten des Ausfindigmachens mit umfasst, erlangt dieser kaum praktische Bedeutung: Läuft der Schadensersatzanspruch nicht schon wegen der fehlenden Auffindbarkeit des Urhebers ins Leere, so scheidet er oft doch zumindest an dem Umstand, dass der Urheber bei Einforderung des Anspruchs durch den Verwerter wenig geneigt sein wird, seine neuen Nutzungsrechte an den Rechteinhaber zu übertragen. Keinesfalls kann der Verwerter als Schadensersatz vom Urheber die Einräumung der neuen Nutzungsrechte verlangen, denn die Nebenpflicht der Mitteilung einer Adressänderung kann nicht die vom Gesetz gerade zum Schutz des Urhebers vorgesehene Regel, dass neue Nutzungsarten nicht im vorhinein übertragen werden können, unterlaufen¹⁶. Insofern verbleiben die neuen Nutzungsrechte dem Urheber quasi als "Pfand", um eine Einforderung

¹² *Schricker*, Verlagsrecht, 3. Aufl. 2001, § 1 VerlG Rn. 51, ausführlich hierzu auch *Heckmann*, in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen S. 127.

¹³ Der verlagsrechtliche Vervielfältigungsbegriff ist lediglich auf die typischen Reproduktionsformen des Verlagsgewerbes, also auf Druckereierzeugnisse, zugeschnitten. Nicht unter den verlagsrechtlichen Vervielfältigungsbegriff fällt hingegen die Einspeicherung in elektronischen Datenverarbeitungsanlagen wie Datenbanken oder elektronische Kommunikationssysteme, dazu *Schricker*, in: *Schricker*, Verlagsrecht, § 1 VerlG Rn. 51.

¹⁴ *Schricker*, in: *Schricker*, Verlagsrecht, Einleitung Rn. 9.

¹⁵ *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, 2004, § 4 Rn. 19; *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 4 UrhG Rn. 21.

¹⁶ Hätte der Urheber jedoch die Adressänderung bekannt gegeben, so wäre dem Rechteinhaber lediglich das Ausfindigmachen des Urhebers erspart geblieben – auf die Einräumung der Nutzungsrechte hätte er hingegen keinen Anspruch gehabt; vgl. zur Einräumung von Nutzungsrechten als Schadensersatz BGHZ 148, 221, 232.

des Schadensersatzes zu verhindern. Erst recht verfangen derartige Klauseln nicht gegenüber Erben, denen zudem die Verträge kaum bekannt sein dürften.

Eine elektronische Publikation auf eigenes Risiko des Verwerter ist zudem mit erheblichen Risiken behaftet: Er sieht sich nicht nur einem potentiellen Schadensersatz- sowie Unterlassungsanspruch des Urhebers (oder seiner Erben) gegenüber, sondern muss auch mit strafrechtlichen Konsequenzen gem. § 106 UrhG i.V.m. §§ 16, 19a UrhG rechnen.

III. Die kommerzielle Verwertung bislang unbekannter Nutzungsarten de lege ferenda - § 137 I UrhG-E

Diese Fragen sind hinlänglich bekannt und werden mittlerweile auch auf europäischer Ebene unter dem Stichwort "Archivproblem" diskutiert¹⁷. Der im "Zweiten Korb" der Urheberrechtsreform neu vorgesehene § 137 I UrhG-E will den gordischen Knoten durchschlagen und den Verwerter zukünftig davor bewahren, dass er den oder die Urheber ausfindig machen muss, um ein Werk auf eine neue Nutzungsart auswerten zu können¹⁸. Durch die Einführung der Norm soll der Einsatz neuer Medien gestärkt und die Nutzung bereits vorhandener Werke (auch) in digitaler Form forciert werden („Öffnung der Archive“)¹⁹.

1. Die Regelung im Überblick

Die Übergangsregelung des § 137 I UrhG-E sieht für Altverträge, welche nach dem Inkrafttreten des UrhG vom 1.1.1966 geschlossen worden sind, eine Übertragungsfiktion vor, nach der die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekanntes Nutzungsrechte 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 hat²⁰. Hierdurch beabsichtigt der Gesetzgeber, dass der Verwerter nicht jeden einzelnen Urheber ausfindig machen muss, um ein Werk auf eine neue Nutzungsart auswerten zu können²¹. Damit der Urheber nicht schutzlos gestellt wird, kann dieser binnen eines Jahres Widerspruch gegenüber seinem Vertragspartner erheben (vgl. § 137 I Abs. 1 UrhG-E). Hat der Rechteinhaber zwischenzeitlich sämtliche ihm eingeräumte Nutzungsrechte an einen Dritten weiter übertragen, so fallen auch die Rechte an den neuen Nutzungsarten dem Dritten zu (§ 137 I Abs. 2 UrhG-E). Der Widerspruch ist in diesem Falle gegenüber dem Dritten zu erklären; allerdings kann der Urheber von seinem Vertragspartner Auskunft verlangen, an wen die Nutzungsrechte übertragen worden sind.

Weiter sieht der Gesetzesentwurf vor, dass – sofern mehrere Werke oder Werkbeiträge zu einer Gesamtheit zusammengefasst sind, die sich in der neuen Nutzungsart in angemessener Weise nur unter Verwendung sämtlicher Werke oder Werkbeiträge verwerten lassen – der Urheber das Widerspruchsrecht nicht wider Treu und Glauben ausüben kann (vgl.

¹⁷ CR 2005, R140; *van der Wal*, IRIS 4/2006, 5.

¹⁸ Begr RegE UrhG, S. 72.

¹⁹ Begr RegE UrhG, S. 44; Pressemitteilung des BMJ vom 9.9.2004, S. 4, abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/media/archive/749.pdf>

²⁰ *Nolte*, CR 2006, 254, 259.

²¹ Begr RegE UrhG, S. 72.

§ 137 I Abs. 4 UrhG-E). Zum Zeitpunkt der Nutzungsaufnahme in der neuen Nutzungsart erwächst dem Urheber zudem ein Anspruch auf angemessene Vergütung (vgl. § 137 I Abs. 5 UrhG-E).

2. Verfassungsrechtliche Bedenken

Auch wenn die „Öffnung der Archive“ begrüßenswert ist, begegnet die geplante Regelung des § 137 I UrhG-E doch gleich in zweifacher Hinsicht verfassungsrechtlichen Bedenken: So wird einerseits vorgebracht, es liege ein verfassungsrechtlich bedenklicher Eingriff in Art. 14 GG vor²², andererseits rügen Kritiker eine verfassungswidrige Rückwirkung²³.

a) Eingriff in Art. 14 GG?

Das Urheberrecht ist verfassungsrechtlich als eigentumsähnliches Recht (sog. „geistiges Eigentum“²⁴) nach Art. 14 GG geschützt²⁵ und bedarf der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung²⁶. Dabei kommt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu²⁷, bei welchem er gehalten ist, das vermögenswerte Ergebnis der schöpferischen Leistung dem Urheber rechtlich zuzuordnen²⁸. Er ist aber auch befugt, eine nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zu beurteilende Rechtsposition wieder einzuschränken²⁹, wobei der Gesetzgeber den Eingriff in das Vertrauen auf den Fortbestand einer Rechtslage selbstständig zu würdigen hat³⁰. Eine Änderung ist daher nur zulässig, wenn das veränderte Überleitungsrecht durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu rechtfertigen ist³¹. Es darf also keine anderen gleich geeigneten, aber weniger belastenden Maßnahmen zur Befriedigung des öffentlichen Interesses geben, vielmehr müssen Gemeinwohlbelange so bedeutend sein, dass es gerechtfertigt ist, das Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand seines Rechts zu brechen³².

²² Schimmel, M – Menschen – Machen – Medien, S. 24, abrufbar unter:

http://mmm.verdi.de/archiv/2005/02/recht/enteignung_verhindern; wohl auch Stellungnahme des Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 22. März 2006, S. 6, abrufbar unter: <http://www.urheberrechtsbueundnis.de/docs/ABStellungnahmeKorb2.pdf>.

²³ Verband Deutscher Drehbuchautoren, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, abrufbar unter: http://www.urheber.info/Neue_Dateien/VDD_Stellungnahme.pdf.

²⁴ BGHZ 17, 266, 278; Dreier/Wieland, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 14 GG Rn. 59; Hoffmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 10. Aufl. 2004, Art. 14 GG Rn. 15; Depenheuer, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 14 GG Rn. 147.

²⁵ BVerfGE 31, 229, 239; 77, 263, 270; 79, 1, 25; 79, 29, 40; BVerfG NJW 1999, 2880, 2881; BVerfG NJW 2001, 1784; Berkemann, in: Umbach/Clemens, GG, 1. Aufl. 2002, Art. 14 GG Rn. 463; Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, Einl. UrhG Rn. 39.

²⁶ BVerfGE 77, 263, 270; 79, 1, 25; 79, 29, 40.

²⁷ BVerfGE 79, 1, 25.

²⁸ BVerfGE 49, 382, 392 f.; 77, 263, 270 f.; 79, 29, 40; Reh binder, Urheberrecht, 14. Aufl. 2006, Rn. 139.

²⁹ BVerfGE 36, 281, 292 f.; 58, 81, 121; 72, 9, 22 f.; 79, 29, 46; 83, 201, 212; siehe auch Berkemann, in: Umbach/Clemens, Art. 14 GG Rn. 362 m. w. N.

³⁰ BVerfGE 31, 275, 293 ff.; 36, 293; 45, 142, 168; 53, 257, 309; 58, 81, 120 f. 64, 87, 104; Dreier/Wieland, Art. 14 GG Rn. 130; Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2001, Art. 14 GG Rn. 64; Hoffmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 14 GG Rn. 5; Berkemann, in: Umbach/Clemens, Art. 14 GG Rn. 362.

³¹ BVerfGE 31, 275, 289 f.; 36, 281, 293; 58, 81, 121; 58, 300, 351; 70, 191, 201 f.; 72, 9, 23; 75, 78, 97; 76, 220, 238; 83, 201, 212.

³² Berkemann, in: Umbach/Clemens, Art. 14 GG Rn. 367.

Wie bereits dargelegt, soll durch die Einführung der Norm der Einsatz neuer Medien gestärkt und die Nutzung bereits vorhandener Werke (auch) in digitaler Form forciert werden. Diese Öffnung der Archive liegt im Interesse der Allgemeinheit und der Urheber, weil dadurch gewährleistet wird, dass Werke aus der Vergangenheit in den neuen Medien genutzt werden und Teil des Kulturlebens bleiben³³. Somit liegt dem Gesetzesvorschlag ein legitimer Zweck zugrunde, welcher bei sachgerechter Ausgestaltung grundsätzlich auch geeignet wäre, das Ziel einer Öffnung der Archive zu erreichen. Ebenso ist die Erforderlichkeit der Regelung zu bejahen, zumal die Vergangenheit zeigt, dass die Urheber in der überwiegenden Anzahl von Fällen gerade nicht selbst für eine Nutzung ihrer Werke in der entsprechenden neuen Nutzungsart gesorgt haben.

Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der geplanten Regelung konzentriert sich also auf eine Angemessenheitsprüfung. Gegen die Angemessenheit der geplanten Regelung spricht zunächst, dass dem Urheber die Nutzungsrechte für die unbekanntete Nutzungsart genommen werden, sofern er nicht sein Widerspruchsrecht ausübt. Damit wäre dem Urheber ein vorher eingeräumtes Dispositionsrecht von Gesetzes wegen unter bestimmten Bedingungen automatisch genommen. Gerade unter Berücksichtigung der vom BVerfG immer wieder für Art. 14 GG betonten freiheitssichernden Funktion des Eigentums und der privatnützigen Selbstbestimmung³⁴ des Eigentümers könnte die von Gesetzes wegen bei fehlendem Widerspruch vorgesehene Übertragung der Nutzungsrechte einen unzulässigen Eingriff in Art. 14 GG darstellen.

Jedoch gilt es zu berücksichtigen, dass dem „geistigen Eigentum“ auch eine kulturelle Bedeutung zukommt. So hat die Allgemeinheit ein Interesse daran, dieses möglichst ungehindert zu genießen, weshalb eine zu weit gehende Monopolisierung von Geistigesgütern dem Allgemeininteresse widerspricht³⁵. Es bedarf deshalb bei der Ausgestaltung des Urheberrechts eines gerechten Ausgleichs der Urheberinteressen mit dem Interesse der Allgemeinheit an der Teilhabe am Kulturleben (sog. Sozialbindung des Urheberrechts)³⁶. Aus diesen Gründen ist es anerkannt, dass die Eigentumsfreiheit bei einem sozialen Bezug oder einer sozialen Funktion einen schwächeren Schutz genießt³⁷. Zudem versucht der Gesetzgeber, durch die Möglichkeit eines Widerspruchs sowie durch finanzielle Ausgleichspflichten den Eingriff weiter zu relativieren und die Verhältnismäßigkeit zu wahren.

Diese auf den ersten Blick zur Wahrung der Interessen der Urheber geeigneten Instrumente dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass in der Realität der Widerspruch wohl eher selten die Regel, sondern vielmehr die Ausnahme sein wird. Denn die kurze Frist von einem Jahr knüpft nicht etwa daran an, dass der Urheber tatsächlich von der neuen Nutzungsart oder von der Absicht des Rechteinhabers, die neue Nutzungsart zu verwenden, Kenntnis erhalten hätte, vielmehr beginnt die Frist per se mit Inkrafttreten des

³³ So auch Pressemitteilung des BMJ „Urheberrecht in der Wissensgesellschaft - ein gerechter Ausgleich zwischen Kreativen, Wirtschaft und Verbrauchern“, S. 4 f., abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/media/archive/749.pdf>.

³⁴ BVerfGE 37, 132, 140; 79, 292, 304; 81, 29, 33; 83, 201, 209; 89, 1, 6; *Deppenheuer*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 GG Rn. 68; *Dreier/Wieland*, Art. 14 GG Rn. 29.

³⁵ *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 79.

³⁶ *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 79.

³⁷ BVerfG EuGRZ 1999, 690, 697; BVerfGE 53, 257, 292; BVerfG EuGRZ 1999, 415, 419.

Gesetzes zu laufen. Daher ist zu erwarten, dass die Urheber oftmals nicht rechtzeitig Widerspruch erheben werden – was umso mehr bei einer Mehrheit von Urhebern gelten wird. Es steht deshalb zu befürchten, dass eine Vielzahl von Autoren von der Möglichkeit eines Widerspruchs gar nicht (oder zumindest erst nach Fristablauf) Kenntnis erhalten wird und ihr Widerspruchsrecht somit faktisch ins Leere läuft³⁸.

Aber auch der Vergütungsanspruch kann den Entzug des geistigen Eigentums nur sehr beschränkt abfedern, da diese grundsätzlich begrüßenswerte Regelung dahingehend eingeschränkt wird, dass der Vergütungsanspruch erst im Zeitpunkt der Nutzungsaufnahme erwächst³⁹: Da der Großteil der Rechteinhaber von den neuen Nutzungsrechten nicht (oder zumindest nur sehr zögerlich) Gebrauch machen wird, ist diese Regelung nur in den wenigsten Fällen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit geeignet. Zudem ist keineswegs geklärt, wie etwa Werke zu behandeln sind, für die keine angemessene Vergütung anfällt, etwa im wissenschaftlichen Bereich; ein automatischer Rechteübergang würde hier zu einer Blockade des Rechteinhabers führen, ohne dass dieser von Gesetzes wegen gehalten wäre, die neuen Nutzungsarten tatsächlich auszuüben.

Genau diese fehlende Verknüpfung einer tatsächlichen Ausübung der Rechte und Zuweisung der ausschließlichen Rechtspositionen an den Verwerter begründet schließlich erhebliche Zweifel daran, ob das Gesetz tatsächlich das mildeste Mittel des Eingriffs in die Eigentumspositionen des Urhebers gewählt hat. Warum es für eine Öffnung der Archive – möglicherweise⁴⁰ – der Zuweisung ausschließlicher Rechtspositionen bedarf, ohne dass diese davon abhängen, dass der Rechteinhaber diese auch tatsächlich ausübt, ist nicht nachvollziehbar.

Somit spricht allenfalls noch die Sozialbindung des Urheberrechts für eine Zulässigkeit eines Eingriffs in Art. 14 GG. Die Widerspruchsfrist und die Entschädigungsregelung vermögen den Eingriff dabei kaum bzw. nur sehr gering abzumildern. Hält man nicht bereits § 137 I UrhG aus den dargelegten Gründen für verfassungswidrig, bedarf es zur Wahrung der Interessen des Urhebers zumindest einer restriktiven Auslegung der geplanten Regelung des § 137 I UrhG-E.

b) Verfassungsrechtlich relevante Rückwirkung?

Kritiker der geplanten Regelung des § 137 I UrhG-E tragen weiter vor, dass zudem auch ein Verstoß gegen das verfassungsrechtlich relevante Verbot der Rückwirkung bestehe⁴¹, welches sich aus dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. den Grundrechten herleitet⁴². Diesen Vorwurf hat der Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzes aufgegriffen und zu entkräften versucht. Danach knüpfe die vorgeschlagene Lösung nicht an die vor Inkrafttreten des Gesetzes erfolgte Rechteübertragung an, sondern an das Verhalten des Urhebers nach

³⁸ So auch *Hoeren/Köcher*, in: Sieber/Hoeren, *Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft*, 2005, S. 15, abrufbar unter: <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/HRK-Urheberrecht-2005.pdf>; Stellungnahme der Kultusministerkonferenz zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, S. 3, abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/KMK-UrhG-11-11-2004.pdf>; a.A. *Schwarz/Evers*, ZUM 2005, 113, 115.

³⁹ Vgl. § 137 I Abs. 5 UrhG-E.

⁴⁰ Zur unklaren Regelung des § 137 I UrhG-E s. unten.

⁴¹ Verband Deutscher Drehbuchautoren, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, S.9.

⁴² *Fischer*, JuS 2001, 861, 862.

Inkrafttreten des Gesetzes. Der mit der Übertragungsfiktion verbundene Verlust des Rechts des Urhebers beruhe damit auf einem Handeln bzw. einem Nichthandeln des Urhebers und sei daher mit der Einführung eines neuen gesetzlich geregelten Falls von Schweigen als Willenserklärung zu vergleichen. Eine verfassungsrechtlich relevante Rückwirkung bestehe insoweit nicht.

Die Begründung des Gesetzgebers überzeugt im Ergebnis, nicht jedoch in der Argumentation: So ist die in der Begründung des Entwurfs vertretene Ansicht, es handele sich bei § 137 I Abs. 1 UrhG-E um einen Fall des "Schweigens als Willenserklärung" kaum haltbar⁴³. Vielmehr kommt es auf eine Unterscheidung zwischen einer verbotenen „echten Rückwirkung“ und einer (grundsätzlich erlaubten) „unechten Rückwirkung“ an. Eine „echte Rückwirkung“ liegt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgeschlossene, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift⁴⁴. Eine „unechte Rückwirkung“ liegt demgegenüber vor, wenn der Gesetzgeber in Tatbestände eingreift, die in der Vergangenheit begonnen, jedoch noch nicht abgeschlossen wurden⁴⁵. Die Rechtsübertragungsfiktion des § 137 I UrhG-E regelt jedoch lediglich die Möglichkeit der Wahrnehmung bislang unbekannter Nutzungsrechte für die Zukunft. In abgeschlossene und der Vergangenheit angehörende Tatbestände wird gerade nicht eingegriffen (vgl. auch § 137 I Abs. 1 Satz 3 UrhG-E). Es handelt sich insofern also um einen Fall einer „unechten Rückwirkung“. Diese ist jedoch nur dann unzulässig, wenn im Einzelfall schutzwürdiges Vertrauen der Betroffenen entgegensteht⁴⁶. Hier kann auf die Interessenabwägung des Art. 14 GG zurückgegriffen werden, so dass – jedenfalls bei einer anderen Ausgestaltung des § 137 I UrhG (z.B. durch Zuweisung nur einfacher Nutzungsrechte) oder zumindest restriktiven Auslegung der Norm – das schutzwürdige Vertrauen der Betroffenen in den Bestand der Rechte hinreichend gewahrt bleiben könnte.

3. Die Rechtsübertragungsfiktion und die Widerspruchslösung (§ 137 I Abs. 1 UrhG)

a) Die Übertragung aller wesentlichen Nutzungsrechte

Voraussetzung der Anwendung des § 137 I UrhG-E ist zunächst, dass der Urheber gegenüber dem Verwerter zwischen dem 1. Januar 1966 und dem Datum des Inkrafttretens des geänderten Urheberrechts alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt hat. Dabei soll es entscheidend darauf ankommen, ob im konkreten Einzelfall all diejenigen Rechte übertragen wurden, die für eine umfassende Verwertung nach dem jeweiligen Vertragszweck notwendig sind⁴⁷. In diesem Rahmen dürfte auf die Perspektive ex ante zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen sein, so dass die umfassende Verwertung zur Zeit der Rechteübertragung maßgeblich ist. Auf eine Anknüpfung an die Übertragung aller Rechte wurde hingegen bewusst verzichtet, da in

⁴³ Berger, GRUR 2005, 907, 910.

⁴⁴ BVerfGE 11, 139, 145 f.; 95, 64, 86; Jahn, JuS 2001, 334, 335; Fischer, JuS 2001, 861, 862; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 20 GG Rn. 68.

⁴⁵ BVerfGE 95, 64, 86; BVerfG NZA 2001, 687, 688; Pleyer, NJW 2001, 1985.

⁴⁶ BVerfG NVwZ 2000, 929; BVerfGE 97, 378, 389; BVerfG NZA 2001, 687, 688; Hoffmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 2 GG Rn. 39; Fischer, JuS 2001, 861, 863.

⁴⁷ Begr RegE UrhG, S. 72.

diesem Fall bereits das Fehlen einzelner Nebenrechte zum Nichteingreifen der Fiktion führen würde⁴⁸. Ausreichend wäre demgemäß bei Printpublikationen (aber auch bei allen anderen Werkarten, wie z.B. Musik) bereits der Abschluss eines Verlagsvertrages, um die Rechtsfolgen des § 137 I UrhG-E auszulösen.

b) Das Widerspruchsrecht

Bei der Regelung des § 137 I UrhG-E handelt es sich um eine Rechtsübertragungsfiktion⁴⁹, welche der Urheber durch die Erklärung seines Widerspruchs als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Vertragspartner innerhalb von einem Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes verhindern kann, sofern die Nutzungsart bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits bekannt war (vgl. § 137 I Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 UrhG-E). Vor der Erklärung des Widerspruchs ist dem Begünstigten bereits die Werkverwertung erlaubt, da sie als gesetzliche Lizenz mit dem In-Kraft-Treten des Gesetzes entsteht. Durch den Widerspruch wird insofern nicht die Verwertung für die Vergangenheit unzulässig, sondern nur für die Zukunft⁵⁰; die Rechteübertragung wirkt nur ex nunc, nicht ex tunc.

Der Gesetzgeber begründet die als zu kurz kritisierte Frist damit, dass diese Frist angesichts der bereits mehrjährigen Reformdiskussion über das "Archivproblem" für den Schutz der Interessen der Urheber ausreiche. Bereits diese Annahme erscheint mehr als fraglich: Zwar wird § 137 I UrhG-E in einer Vielzahl von Stellungnahmen kritisch erwähnt⁵¹, er wird dabei jedoch angesichts der Vielzahl weiterer kritischer Punkte zumeist nur als Randproblem angesehen⁵². Infolgedessen war die Regelung auch kaum Gegenstand der öffentlichen Diskussion über die Reform des Urheberrechts – und somit auch nicht Gegenstand der öffentlichen Meinungsbildung.

Noch kürzer ist die Frist gem. § 137 I Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 UrhG-E für Nutzungsarten, die erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes bekannt werden: Hier verbleibt dem Urheber die Möglichkeit eines Widerspruches nur, solange der andere noch nicht begonnen hat, das Werk in der neuen Nutzungsart zu verwerten. Bekannt ist eine Nutzungsart nur, wenn die technische Möglichkeit einer Nutzung besteht und diese auch wirtschaftlich bedeutsam und verwertbar ist⁵³. Dieser Zeitpunkt lässt sich jedoch nicht an einem konkreten Datum festmachen und war bereits in der Vergangenheit Anlass zahlreicher gerichtlicher Auseinandersetzungen⁵⁴. Zudem besteht oftmals Unsicherheit, ob eine neue Technologie

⁴⁸ Begr RegE UrhG, S. 72.

⁴⁹ Begr RegE UrhG, S. 72.

⁵⁰ Berger, GRUR 2005, 907, 911.

⁵¹ So z.B. Hoeren/Köcher, in: Sieber/Hoeren Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 15; Arbeitsgemeinschaft Dokumentarfilm, Stellungnahme zum Regierungsentwurf UrhG, S. 3, abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/dokumentarfilm.pdf>; Stellungnahme der Kultusministerkonferenz zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, S. 3, abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/KMK-UrhG-11-11-2004.pdf>.

⁵² S. dazu die Stellungnahme der Union der deutschen Akademien der Wissenschaften zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ vom 22.3.2006, abrufbar unter: <http://www.akademienunion.de/pressemitteilungen/2006-005/index.html>.

⁵³ BGHZ 95, 274, 283; BGHZ 133, 281, 287 f.

⁵⁴ BGH GRUR 2005, 937; BGH ZUM 2002, 214; BGH GRUR, 1982, 727, 730; BGH GRUR 1991, 133, 135; OLG München ZUM-RD 1997, 354; OLG Hamburg ZUM 2000, 870, 873.

überhaupt eine neue Nutzungsart i.S.v. § 31 Abs. 4 UrhG darstellt⁵⁵. Aufgrund dieser Schwierigkeit führt auch diese Regelung zu großen Unsicherheiten und ist für eine praktische Umsetzung ungeeignet.

Vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Eingriffs in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen wäre anstelle der Erkundigungsobliegenheit des Urhebers eine Informationspflicht des Rechteinhabers erforderlich, zumal auch sonst Eingriffe in das Eigentum (wohl) selten durch „öffentliche Bekanntmachung“ zulässig sind. Um keine zusätzliche Rechercheverpflichtung zu begründen, könnte das Widerspruchsrecht derart ausgestaltet werden, dass zur Erfüllung der Informationspflicht bereits die Mitteilung an die zuletzt bekannte Anschrift ausreicht. Dass eine solche Regelung durchaus denkbar ist, zeigt auch die Empfehlung der Fachausschüsse des Bundesrates zur Änderung des „Zweiten Korbs“ UrhG, welche eine vergleichbare Regelung für § 31a UrhG vorschlägt⁵⁶.

c) Der Umfang der Rechtsübertragungsfiktion

Gänzlich offen ist nach dem Wortlaut der geplanten Regelung ferner die Frage, ob durch die Rechtsübertragungsfiktion des § 137 I UrhG-E ausschließliche oder lediglich einfache Nutzungsrechte eingeräumt werden sollen. Auch die Begründungen zu RefE und RegE sind hier dunkel⁵⁷.

Gegen die Fiktion eines lediglich einfachen Nutzungsrechts bzw. für die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts spricht zunächst der geplante Wortlaut des § 137 I UrhG-E: Dieser knüpft den Eintritt der Rechtsfolgen an die vorherige Einräumung aller wesentlichen Nutzungsrechte als *ausschließliche* Rechte an. Würde der Gesetzgeber aber bei der Ausgestaltung des § 137 I UrhG-E von der Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts ausgehen, so hätte es an dieser Stelle eines klarstellenden Hinweises bedurft. Auch die ratio legis des Gesetzes, nach welcher eine möglichst weit reichende Verbreitung des Werkes auch in neuen Nutzungsarten sichergestellt werden soll, könnte für eine solche Sichtweise sprechen: Kaum ein Rechteinhaber wird die oftmals beachtlichen Investitionen für eine retrospektive Digitalisierung riskieren, wenn er nicht auch die ausschließlichen Nutzungsrechte erhält. Schließlich könnten auch die Interessen des Urhebers die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte begründen: Bei der Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts schuldet der Erwerber der neuen Nutzungsarten gem. § 137 I Abs. 5 UrhG-E die Zahlung einer angemessenen Vergütung, welche sich in diesem Fall auch an dem Umfang der Rechtseinräumung – nämlich der ausschließlichen – orientiert und dem Urheber so einen deutlich höheren Vergütungsanspruch gewährt⁵⁸.

Indes sprechen die besseren Argumente für die Fiktion eines lediglich einfachen Nutzungsrechts: So legt insbesondere der intensive Eingriff in die Eigentumsrechte des Urhebers und die verfassungsrechtlich gebotene restriktive Auslegung⁵⁹ die Einräumung eines

⁵⁵ Nolte, CR 2006, 254, 259.

⁵⁶ Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 257/06 (Beschluss), S. 3 f.

⁵⁷ Siehe Begr RegE UrhG, S. 73.

⁵⁸ Berger, GRUR 2005, 907, 911.

⁵⁹ Siehe hierzu III.2.a).

lediglich einfachen Nutzungsrechts als milderer Mittel nahe⁶⁰. Hierdurch verlöre der Urheber seine Rechte an der neuen Nutzungsart nicht völlig. Auch der Wunsch des Gesetzgebers nach einer „Öffnung der Archive“ spricht für die Einräumung eines lediglich einfachen Nutzungsrechts. So stellt § 137 I UrhG-E nicht darauf ab, ob der Verwerter tatsächlich die neu erworbenen Rechte nutzt. Demgemäß ist nicht sichergestellt, dass die Archive auch tatsächlich geöffnet werden: Dem Rechteinhaber fallen die Nutzungsrechte vielmehr unabhängig von einer tatsächlichen Nutzung zu, so dass keinerlei Anreiz für eine tatsächliche Wahrnehmung vorhanden ist. Würde der Rechteinhaber hingegen lediglich einfache Nutzungsrechte eingeräumt bekommen, so könnte sich der Rechtsinhaber neben dem Rechteinhaber (auch) selber um eine angemessene Verbreitung des Werkes in der neuen Nutzungsart bemühen und damit selbst die „Öffnung der Archive“ aktiv vorantreiben.

Darüber hinaus könnte durch die Einräumung eines lediglich einfachen Nutzungsrechts die paradoxe Situation verhindert werden, dass der Urheber einerseits zwar sämtliche Nutzungsrechte verliert, andererseits aber keinerlei Vergütung für den Rechtsverlust erhält - knüpft die Vergütungsregelung des § 137 I Abs. 5 UrhG-E doch gerade nicht daran, dass der Urheber nicht binnen eines Jahres Widerspruch erhebt, sondern vielmehr, dass der Rechteinhaber auch mit der Wahrnehmung der Rechte begonnen hat. Bei der Fiktion eines lediglich einfachen Nutzungsrechts wäre es dem Urheber nämlich durchaus noch möglich, die Rechte an einen weiteren Interessenten zu verkaufen. Die Nutzungsrechte wären zwar um das per Fiktion vergebene Recht gemindert, so dass nicht mehr der volle Marktpreis erzielt werden könnte, indes könnte aber der sonst eintretende entschädigungslose Eingriff in die Eigentumsrechte verhindert werden.

Aufgrund der widerstreitenden Interessen der Urheber und der Rechteinhaber zeichnet sich trotz der besseren Argumente für die Einräumung lediglich einfacher Nutzungsrechte gerade dieser Punkt als "Sollbruchstelle" des Gesetzes ab, der auch verfassungsrechtlich höchst brisant ist.

d) Die Nachforschungspflichten

Wie bereits dargelegt, soll durch die Regelung des § 137 I UrhG-E vermieden werden, dass der Verwerter jeden einzelnen Urheber ausfindig machen muss, um ein Werk auf eine neue Nutzungsart auswerten zu können. Dieser an sich begrüßenswerte Ansatz wird indes von § 137 I Abs. 1 Satz 3 UrhG-E ad absurdum geführt: Danach sollen die Sätze 1 und 2 des § 137 I Abs. 1 UrhG-E nicht für zwischenzeitlich bekannt gewordene Nutzungsrechte gelten, die der Urheber bereits einem Dritten eingeräumt hat. Hierdurch soll klargestellt werden, dass die Fiktion nicht in bestehende Verträge eingreift, durch die Rechte an vor dem Inkrafttreten des Gesetzes bekannten Nutzungsarten wirksam übertragen wurden⁶¹. Doch woher soll der Verwerter wissen, ob der Urheber bereits Nutzungsrechte an einen Dritten übertragen hat? Dies ist letztendlich nur durch ein aktives Nachforschen beim Urheber möglich – was eigentlich durch den Gesetzesentwurf obsolet werden sollte. Auch stellt sich die Frage, ob der Urheber zur Auskunftserteilung verpflichtet werden kann. Ein solcher Auskunftsanspruch könnte sich mangels spezialgesetzlicher Regelung lediglich aus dem gewohnheitsrechtlich

⁶⁰ Vgl. auch die Rechteinräumung durch gesetzlichen Lizenzen (z.B. § 53 UrhG), welche ebenfalls lediglich ein einfaches Nutzungsrecht einräumen.

⁶¹ Begr RegE UrhG, S. 73.

anerkannten Auskunftsanspruch aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergeben⁶², dessen Voraussetzungen in der dargelegten Fallkonstellation vorliegen⁶³. Aber auch wenn der Urheber kooperiert und dem Verwerter mitteilt, dass er keine weiteren Lizenzen vergeben hat, ist der praktische Vorteil auf Seiten der Verwerter sehr gering: Ihnen bleiben lediglich die Verhandlungen über die Nutzungsrechtseinräumungen erspart – während sie durch das zeitraubende Ausfindigmachen der Urheber auch weiterhin belastet werden.

e) § 137 I Abs. 1 UrhG-E 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. Letzteres gilt auch für Beiträge in Festschriften und anderen nicht periodisch erscheinenden Sammlungen, wenn der Urheber hierfür keine Vergütung erhält (§ 38 Abs. 2 UrhG).

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 verbreiten⁶⁴. Aufgrund der Auslegungsregel⁶⁵ 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 § 137 I UrhG-E, so dass es grundsätzlich nicht zu einem umfassenden Rechtserwerb auf Seiten des Verlages kommt.

Allerdings ist § 38 UrhG dispositives Recht, welches durch vertragliche Vereinbarungen abbedungen werden kann. So sind zahlreiche Redakteure und Journalisten tarifvertraglich zur Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte verpflichtet⁶⁶. Auch Urheber, die ihre Beiträge im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses schaffen, werden dem Arbeitgeber vielfach aufgrund des Vertragszwecks ausschließliche Nutzungsrechte einräumen⁶⁷. Von der Möglichkeit einer vertraglichen Abbedingung wird in der Praxis zudem

⁶² Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 24 III 2; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 261 Rn. 8.; Köhler, NJW 1992, 1477, 1480.

⁶³ Voraussetzung ist neben dem Vorliegen einer Sonderverbindung, welche in dem zuvor geschlossenen Lizenzvertrag zu sehen ist, eine entschuldbare Ungewissheit des Berechtigten sowie eine Zumutbarkeit des Verpflichteten zur Auskunftserteilung, vgl. BGHZ 95, 274, 278 f.; BGHZ 95, 285, 287 f.; BGHZ 125, 322, 329; BGHZ 126, 109, 113; Spindler/Dorschel, CR 2005, 38, 40; Grüneberg, in: Bamberger/Roth, BGB, 1. Aufl. 2003, § 260 BGB Rn. 9 ff.

⁶⁴ Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 38 UrhG Rn. 8; Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 38 UrhG Rn.1, Schricker/Schricker, Urheberrecht, § 38 UrhG Rn. 6; Rehbindler, Urheberrecht, Rn. 577; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 1054.

⁶⁵ Schricker/Schricker, Urheberrecht, § 38 UrhG Rn. 16; Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 38 UrhG Rn. 1.

⁶⁶ Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 38 UrhG Rn. 2.

⁶⁷ Hertin, in: Fromm/Nordemann/Hertin, Urheberrecht, § 38 UrhG Rn. 6.; Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 38 Rn. 2.

häufig Gebrauch gemacht. Auch wenn die praktische Bedeutung des § 38 UrhG aus diesem Grund gering ist, mag doch bezweifelt werden, dass der Gesetzgeber diesen Sonderfall bislang berücksichtigt hat, da gerade der Fall, der nach Ansicht des Gesetzgebers die Notwendigkeit einer Übertragungsfiktion begründet – nämlich das Zusammentreffen einer Vielzahl von Urhebern und der damit verbundene Aufwand beim Auffinden der Rechteinhaber – de facto aus dem Anwendungsbereich des § 137 I UrhG-E ausgenommen wird.

f) Vor dem 1.1.1966 geschlossene Verträge

Vor dem 1.1.1966 wäre es dem Urheber möglich gewesen, auch Verträge über noch unbekannt Nutzungsarten abzuschließen⁶⁸. Insofern sieht der Regierungsentwurf zu § 137 I UrhG-E konsequenterweise vor, dass die Rechtsübertragungsfiktion für diese Verträge keine Anwendung finden soll. Jedoch besteht gerade (auch) bei Werken, welche vor 1966 geschaffen wurden, das Archivproblem, da eine vollumfängliche Rechtsübertragung in den seltensten Fällen stattgefunden hat⁶⁹. Nolte schlägt daher vor, die Anwendbarkeit der Rechtsübertragungsfiktion auch auf vor dem 1.1.1966 geschlossene Verträge auszudehnen⁷⁰. Allerdings gilt es hierbei zu berücksichtigen, dass eine solche zeitlichen Ausdehnung des Anwendungsbereichs einen Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Privatautonomie und Vertragsfreiheit⁷¹ des Urhebers darstellt: Im Gegensatz zu einem Vertragsschluss nach dem 1.1.1966, bei welchem sich für den Urheber die Frage nach einer Einräumung bislang unbekannter Nutzungsrechte aufgrund des § 31 Abs. 4 UrhG überhaupt nicht stellte, hat sich der Urheber bei einem Vertragsschluss vor diesem Stichtag bewusst gegen die Einräumung bislang unbekannter Nutzungsrechte entschieden. Ob die sich daraus ergebenden verfassungsrechtlichen Bedenken durch die Schaffung eines – ggf. über eine Verwertungsgesellschaft geltend zu machenden – Vergütungsanspruchs völlig auszuräumen sind⁷², erscheint daher zweifelhaft.

4. § 137 I Abs. 2 UrhG: Rechteanwachsung bei einem Dritten

a) Der Widerspruch gegenüber dem Dritten

Hat der Vertragspartner zwischenzeitlich sämtliche ihm ursprünglich eingeräumten Nutzungsrechte an einen Dritten übertragen, so erfolgt gem. § 137 I Abs. 2 UrhG-E auch der Zuwachs an den unbekannt Nutzungsarten bei dem Dritten. Es handelt sich insofern wie bei § 137 I Abs. 1 UrhG-E um eine Rechtsübertragungsfiktion. Auch bei einer Übertragung der Nutzungsrechte lässt sich die Rechtsübertragungsfiktion durch die Erklärung eines

⁶⁸ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 31 UrhG Rn. 86 ff.

⁶⁹ So auch die Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V., S. 14, abrufbar unter <http://www.grur.de/cms/upload/pdf/stellungnahmen/2004/2004-11-12StellungnahmeZweiterKorbUrheberrecht.pdf>.

⁷⁰ *Nolte*, CR 2006, 254, 259.

⁷¹ BVerfGE 8, 274, 328; BVerfGE 12, 341, 347; *Hillgruber*, in: *Umbach/Clemens*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 94 ff.; *Dreier/Dreier*, UrhG, 2. Aufl. 2006, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 38.

⁷² So aber wohl *Nolte*, CR 2006, 254, 259, der zugleich aber ebenfalls auf die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine solche Lösung hinweist.

Widerspruchs verhindern – dieser hat allerdings dann gem. § 137 I Abs. 2 UrhG-E gegenüber dem Dritten zu erfolgen und steht nur dem Urheber zu.

Diese Regelung berücksichtigt bislang nicht hinreichend genug die Belange von Wissenschaft und Forschung: So geht der Regierungsentwurf davon aus, dass der Urheber dem Rechteinhaber unmittelbar die Nutzungsrechte überträgt und von diesem als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Der Zufall der Nutzungsrechte gem. § 137 I UrhG-E soll daher demjenigen zu Gute kommen, der auch das finanzielle Risiko der Rechteinhaberschaft trägt – typischerweise also der letzte Erwerber der Nutzungsrechte. Im Bereich von Wissenschaft und Forschung gibt es jedoch eine Vielzahl von Fällen, in denen das finanzielle Risiko gerade nicht von dem letzten Erwerber der Nutzungsrechte getragen wird. Vielmehr fungieren hier u.a. die großen öffentlichen Forschungseinrichtungen wie die DFG oder die Akademien der Wissenschaften als Intermediäre zwischen Urheber und Verlag und ermöglichen oftmals erst durch die Finanzierung der wissenschaftlichen Forschung einerseits und der Übernahme von Druckkostenzuschüssen andererseits eine Publikation. Es handelt sich insofern typischerweise nicht um ein Zwei-Personenverhältnis (Urheber/Rechteinhaber), sondern um ein Drei-Personenverhältnis (Urheber/Forschungseinrichtung/Rechteinhaber): Zunächst räumt der Urheber der Forschungseinrichtung alle wesentlichen Nutzungsrechte als Gegenleistung für die Forschungsförderung ein, dann werden die Nutzungsrechte von dieser an die Verlage weiter übertragen, um eine Publikation der Ergebnisse zu ermöglichen. Hat die Forschungseinrichtung ihre Mitarbeiter und Autoren jedoch bereits für die Erstellung von Werken vergütet und gleichzeitig durch die Gewährung von Druckkostenzuschüssen erst eine Publikation ermöglicht, so ist nicht einzusehen, warum der vorgesehene Zuwachs an digitalen Nutzungsrechten bei einem Dritten (dem Verlag) eintritt - der gerade nicht (bzw. nur sehr begrenzt) das finanzielle Risiko der Publikation getragen hat. Gerade die von der Politik⁷³ oftmals geforderte Schaffung von Open-Access-Publikationen wird hierdurch erheblich erschwert. Im Rahmen eines ausgewogenen Interessenausgleichs wäre daher die Schaffung eines eigenen Widerspruchsrechts des Intermediärs angebracht⁷⁴.

b) Der Auskunftsanspruch

Um dem Urheber die Ausübung des Widerspruchsrechts zu erleichtern, sieht § 137 I Abs. 2 UrhG-E einen Auskunftsanspruch gegenüber dem ursprünglichen Vertragspartner vor. Dieser wird verpflichtet, dem Urheber unverzüglich alle erforderlichen Auskünfte über den Dritten zu erteilen, damit der Urheber sein Widerspruchsrecht wahrnehmen kann. Ausweislich der Regierungsbegründung soll durch den Auskunftsanspruch dem Fall Rechnung getragen werden, dass der Urheber nicht von Beginn an über die weitergehende Rechteübertragung informiert wurde⁷⁵. Zwar ist diese gesetzliche Regelung grundsätzlich

⁷³ Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 257/06 (Beschluss), S. 3.

⁷⁴ Stellungnahme der Union der deutschen Akademien der Wissenschaften zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ vom 22.3.2006; auch die federführenden Ausschüsse des Bundesrates haben sich diese Problems angenommen und zur Lösung eine Ergänzung von § 38 Abs. 1 UrhG vorgeschlagen, vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 257/06 (Beschluss), S. 6.

⁷⁵ Begr. RegE UrhG, S. 74..

begrüßenswert – dient sie doch der Klarstellung – sie ist letztendlich aber auch entbehrlich: Eine Übertragung der Nutzungsrechte auf einen Dritten bedarf schon nach § 34 UrhG der Zustimmung des Urhebers. Durch diese Regelung soll der Schutz des Urhebers sichergestellt werden, welcher ein Interesse daran hat, dass die von ihm eingeräumten Rechte nicht an Personen gelangen, die sein Vertrauen nicht besitzen und von denen er einen seinen Absichten zuwiderlaufenden Gebrauch des Werkes befürchten muss⁷⁶. Hat der Urheber jedoch seine Zustimmung erteilt oder die Rechteübertragung nachträglich genehmigt, so ist ihm in den meisten Fällen der Dritte auch bekannt, so dass es eines Auskunftsanspruchs nicht bedarf. Aber auch im Falle einer generellen vorherigen Zustimmung hätte es keiner spezialgesetzlichen Kodifikation bedurft: Sofern sich die Pflicht zur Auskunftserteilung nicht bereits als vertragliche Nebenpflicht des Lizenzvertrages darstellt, ergibt sie sich doch zumindest über den aus Treu und Glauben hergeleiteten Auskunftsanspruch⁷⁷.

5. Zwischenzeitlich vergebene Lizenzen über neue Nutzungsarten (§ 137 I Abs. 3 UrhG-E)

Gem. § 137 I Abs. 3 UrhG-E entfällt das Widerspruchsrecht nach den Absätzen 1 und 2, wenn die Parteien über eine zwischenzeitlich bekannt gewordene Nutzungsart eine ausdrückliche Vereinbarung geschlossen haben. Inhaltlich knüpft diese Regelung an § 31a Abs. 2 UrhG an. Da der Urheber selbst individualvertraglich die Nutzungsrechte eingeräumt hat, besteht hier kein Schutzbedürfnis mehr.

6. Mehrere Werke und Sammelwerke (§ 137 I Abs. 4 UrhG-E)

Erhebliche Probleme wirft ferner § 137 I Abs. 4 UrhG-E auf, der dem Urheber die Ausübung des Widerspruchs wider Treu und Glauben untersagt, sofern mehrere Werke oder Werkbeiträge zu einer Gesamtheit zusammengefasst sind, die sich in der neuen Nutzungsart in angemessener Weise nur unter Verwendung sämtlicher Werke oder Werkbeiträge verwerten lassen. Durch diese Regelung soll das Risiko einer Blockade bei der Verwertung eines Werkes in einer neuen Nutzungsart verhindert werden⁷⁸. Angelehnt ist die Regelung an § 31a Abs. 3 UrhG-E, welcher eine vergleichbare Regelung für zukünftige Rechtsübertragungen enthält.

Die Idee einer "Schicksalsgemeinschaft" ist dem deutschen Urheberrecht nicht völlig fremd, wie ein Vergleich zu § 8 Abs. 2 UrhG zeigt, welcher die besonderen Rechtsbeziehungen von Miturhebern regelt⁷⁹. Die nun vorgesehene Regelung in § 137 I Abs. 4 UrhG-E geht aber trotz aller Gemeinsamkeiten einen wesentlichen Schritt weiter: Während § 8 Abs. 2 UrhG voraussetzt, dass mehrere Urheber *ein* Werk gemeinsam geschaffen haben,

⁷⁶ Hertin, in: Fromm/Nordemann/Hertin, Urheberrecht, § 34 UrhG Rn. 2; Spautz, in: Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Aufl. 2000, § 34 UrhG Rn. 1; Schrickler/Schrickler, Urheberrecht, § 34 UrhG Rn. 1; Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts Rn. 412.

⁷⁷ BGHZ 95, 274, 278 f.; 95, 285, 287 f.; 125, 322, 329; 126, 109, 113; Grüneberg, in: Bamberger/Roth, BGB, § 260 BGB Rn. 9 ff.; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 2005, § 260 BGB Rn. 23 ff.; Spindler/Dorschel, CR 2005, 38, 40; Jauernig/Stadler, BGB, 11. Aufl. 2004, § 261 BGB Rn. 3; Hk-BGB/Schulze, BGB, 4. Aufl. 2005, § 261 BGB Rn. 1.

⁷⁸ Begr RegE UrhG, S. 74.

⁷⁹ Eingehend dazu Spindler, in: Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Hrsg. von Ohly/Bodewig/Dreier, Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, 2005, S. 539.

ohne dass sich ihre Anteile gesondert verwerten lassen, stellt § 137 I Abs. 4 UrhG-E auf das letztgenannte Kriterium gerade nicht mehr ab und greift insofern bereits dann ein, wenn mehrere Urheber *mehrere* Werke geschaffen haben, die sich nur zusammen verwerten lassen. Es handelt sich damit gerade nicht um die von § 8 Abs. 2 UrhG weitgehend einer Gesamthand angenäherte Miturhebergemeinschaft⁸⁰. Aber auch einem Vergleich mit § 9 UrhG hält die Regelung nicht stand: Die Rechtsübertragungsfiktion des § 137 I UrhG-E stellt gerade nicht darauf ab, dass alle Urheber die Werke zu einer gemeinschaftlichen Verwertung verbunden haben⁸¹. Es reicht vielmehr aus, dass die Werke zu einer Gesamtheit zusammengefasst sind. Dies ist jedoch gegenüber der gemeinschaftlichen Verbindung ein Minus – wird dieses Kriterium doch auch schon durch ein Sammelwerk erfüllt, welches gerade nicht unter § 9 UrhG fällt.

Damit wird die Anzahl der Möglichkeiten einer Widerspruchsverhinderung bedenklich weit ausgedehnt: Eine solche Regelung widerspricht nicht nur dem Grundgedanken der Zweckübertragungstheorie, wonach es alleinig dem Urheber überlassen bleiben soll, über eine Nutzung seines Werkes auch in einer neuen Nutzungsart zu entscheiden. Selbst unter der Geltung des neuen § 31a UrhG-E dürfte kaum vertreten werden, dass ein Autor in einem Sammelwerk von Gesetzes wegen (!) nicht berechtigt wäre, eine eigene Lizenzvereinbarung bzw. nur bestimmte Nutzungsarten (im Gegensatz zu anderen Autoren) einem Verwerter zu übertragen; dieses liefe auf eine Zwangsvergemeinschaftung hinaus, für die mangels Vergemeinschaftung anderer Rechte (Vergütung etc.) keinerlei Veranlassung besteht.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken liegen zudem auf der Hand: Das Eigentumsrecht des Urhebers hinge vom Verhalten Dritter (der anderen Urheber) ab, auf die er selbst nur wenig oder gar keinen Einfluss hat, zumal nicht geklärt ist, in welcher Rechtsbeziehung diese Urheber in der Gemeinschaft der „Zusammen-Verwertenden“ stehen.

7. Die angemessene Vergütung (§ 137 I Abs. 5 UrhG-E)

Schlussendlich schuldet derjenige, dem die Rechte an den bislang unbekanntem Nutzungsarten zufallen, dem Urheber gem. § 137 I Abs. 5 UrhG-E eine angemessene Vergütung. Dieser Vergütungsanspruch entsteht allerdings erst im Zeitpunkt der Nutzungsaufnahme in der neuen Nutzungsart. Durch diesen bedingungslosen und zunächst unentgeltlichen Zufall der Nutzungsrechte bei den Verwertern wird bei den Verwertern keinerlei Anreizstruktur geschaffen, welche diesen veranlasst, das Werk auch in der neuen Nutzungsart zu verwerten. Es handelt sich um den klassischen Fall der „windfall profits“, die bekanntlich höchst ineffizient sind.

Um eine „Öffnung der Archive“ zu beschleunigen und den Urheber besser zu schützen wäre insofern die Einführung einer aufschiebenden Bedingung wünschenswert, welche die Rechtsübertragungsfiktion des § 137 I UrhG-E von einer Verwertung in der neuen Nutzungsart abhängig macht. Zumindest wäre daran zu denken, die Ausübung der Verwertungsrechte für die neuen Nutzungsarten unter den – selbstverständlichen – Vorbehalt

⁸⁰ Zu § 8 Abs. 2 UrhG und der Anwendung der Vorschriften über die Gesamthand siehe *Spindler*, in: Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Hrsg. von Ohly/Bodewig/Dreier, Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, 2005, S. 539, 540 ff.

⁸¹ so aber § 9 UrhG, welcher eine bloße Aneinanderreihung mehrerer Werke (wie dies beispielsweise bei Artikeln in einer Fachzeitschrift der Fall ist) nicht genügen lässt. Zweck muss vielmehr sein, gerade nur mit bestimmten anderen Werken einen Verbund und eine gemeinsame Verwertung herzustellen.

der rechtsmissbräuchlichen Ausübung zu stellen; dementsprechend wäre dann ein (vertraglicher) Anspruch auf die kostenlose Rückübertragung der Nutzungsrechte möglich, wenn der Verwerter selbst die Rechte nicht ausüben will. Solche Bestrebungen sind jedoch beim gegenwärtigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens nicht erkennbar.

Durch die Einführung einer solchen aufschiebenden Bedingung würde auch der Urheber profitieren, bestünde anderenfalls doch die Gefahr, dass dem Urheber nur die um das einfache Nutzungsrecht geminderten Verwertungsrechte verbleiben, ohne dass er für diesen Verlust vor der Aufnahme der Nutzung durch den Verwerter eine Entschädigung erhalten würde⁸².

Weiter sieht § 137 I Abs. 5 UrhG-E vor, dass ein Dritter mit der Aufnahme der neuen Art der Werknutzung für die Vergütung haftet, sofern die Nutzungsrechte durch den ursprünglichen Vertragspartner zuvor auf diesen übertragen wurden. Die Haftung des Veräußerers entfällt von Gesetzes wegen. Damit wird ohne jeden erkennbaren Grund vom Grundsatz des § 34 Abs. 4 UrhG abgewichen, welcher festlegt, dass der Erwerber und der Veräußerer eines Nutzungsrechts gesamtschuldnerisch für die Erfüllung der sich aus dem Vertrag mit dem Urheber ergebenden Verpflichtungen haften. Dieser Grundsatz ist zudem fest im Bürgerlichen Recht verankert und entspricht dort auch feststehender Rechtsprechung, da niemandem sein Vertragspartner aufgezwungen werden soll, schon allein im Hinblick auf das Insolvenzrisiko⁸³. Zwar sieht § 34 Abs. 4 UrhG ebenfalls eine Haftungsfreistellung vor, sofern der Urheber seine Zustimmung zur Nutzungsrechtsübertragung erteilt hat, fordert jedoch für diese Freistellung eine "ausdrückliche Zustimmung". Eine pauschale oder formularvertragliche Zustimmung reicht hingegen nicht aus⁸⁴. Insofern ist eine Haftungsfreistellung nach § 34 Abs. 4 UrhG als absolute Ausnahme anzusehen. Im Gegensatz dazu unterscheidet § 137 I Abs. 5 UrhG-E gerade nicht zwischen einer "Zustimmung" und einer „ausdrücklichen Zustimmung“, sondern führt grundsätzlich zu einem Haftungsausschluss. Zwar wirkt sich diese Schlechterstellung des Urhebers nur dann aus, wenn der Urheber bereits bei der ersten Nutzungsrechtseinräumung die Weiterübertragung der Nutzungsrechte pauschal gestattet hat, da er anderenfalls die Zustimmung zu einer Rechtsübertragung mit dem Hinweis auf die fehlende Solvenz des Dritten verweigern kann, trotzdem überzeugt die in der Literatur vorgebrachte Stellungnahme, dass diese Regelung vernünftig sei, da zwischen Vertragsschluss und Nutzung möglicherweise eine lange Zeit liege, nicht, da der Urheber auch (und gerade) bei einer formularmäßigen Zustimmung zu einer Weiterübertragung der Rechte schutzwürdig bleibt.

IV. Fazit

Die vom Gesetzgeber angestrebte Erleichterung einer Verwertung bestehender Werke in einer neuen Nutzungsart wird durch die Regelung des § 137 I UrhG-E nur höchst

⁸² Noch schwerwiegender wäre der Eingriff, wenn § 137 I UrhG-E (entgegen der oben vertretenen Auffassung) den Rechteinhabern ausschließliche Nutzungsrechte einräumen würde, da dem Urheber bei einer fehlenden Aufnahme der Nutzung in der neuen Nutzungsart jegliche Möglichkeit einer finanziellen Beteiligung genommen werden würde.

⁸³ Siehe dazu nur *Rohe*, in: *Bamberger/Roth*, §§ 414, 415 BGB Rn. 8; *Staudinger/Rieble*, 13. Aufl. 2005, § 414 BGB Rn. 3.

⁸⁴ Amtliche Begr. UrhG, BT-Drucks. 14/6433, 16.

unbefriedigend umgesetzt. Weder wird sie den Interessen der Urheber noch denen der Verwerter völlig gerecht. Insbesondere das „Archivproblem“ wird durch die weiterhin bestehende Nachforschungspflicht nach anderweitigen Rechtseinräumungen nicht beseitigt. Auch hilft die geplante Neuregelung den Bibliotheken nicht, ihre Bestände elektronisch zugänglich zu machen, da sie in der Regel nicht die ausschließlichen Rechte im Sinn der Vorschrift haben. Sie laufen vielmehr Gefahr, dass kommerzielle Rechteinhaber nun automatisch auch die digitalen Rechte bekommen, was jedoch gerade nicht im Sinne der Öffnung der Archive ist⁸⁵. Durch die fehlende Anwendbarkeit des § 137 I UrhG-E auf Sammelwerke wurde zudem eine besonders praxisrelevante Situation dem Anwendungsbereich der Regelung entzogen. Schlussendlich wäre auch ein klarstellender Hinweis, in welchem Umfang die Rechtsübertragung erfolgt, wünschenswert. Die erhoffte Erleichterung der Nutzung eines Werkes in einer neuen Nutzungsart vermag die neue Regelung insofern nicht zu bewirken.

⁸⁵ Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 257/06 (Beschluss), S. 19.