

Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale)

Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, insbesondere Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

**Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke
und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes (BT-Drucks. 17/13423)**

Zusammenfassung

I. Anpassung des § 38 UrhG

Für eine konsistente Änderung des § 38 UrhG muss auch das dispositive Zweitveröffentlichungsrecht gem. § 38 III S. 2 UrhG um die Formulierung „**öffentlich zugänglich machen**“ ergänzt werden.

II. Unabdingbares Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Beiträge

1. Hinsichtlich der erfassten **Werke** sollte sich der Gesetzgeber an § 38 I, II UrhG orientieren. Dem Recht sollten Werke unterfallen, für die der Urheber die Aufnahme in eine **periodisch erscheinende Sammlung** gestattet hat, sowie Beiträge zu einer **nicht periodisch erscheinenden Sammlung**, für deren Überlassung dem Urheber **kein Anspruch auf Vergütung** zusteht.
2. Die Unterscheidung, die der Regierungsentwurf hinsichtlich der erfassten **Forschungstätigkeiten** vornimmt, ist nicht sachgerecht. Wissenschaftliche Beiträge, die im Rahmen **nicht drittmittelgeförderter Forschung an öffentlichen Hochschulen** entstanden sind, sollten im Hinblick auf die mit dem Entwurf verfolgten Ziele vom Anwendungsbereich **erfasst** werden.
3. Die **Wartefrist** von zwölf Monaten ist für einige Fächer **zu lang**, für andere **zu kurz** bemessen. Im Ergebnis ist sie aber wohl ein tragfähiger **Kompromiss**.
4. Dass Beiträge nur in der „**akzeptierten Manuskriptversion**“ zweitveröffentlicht werden dürfen, **erschwert** wissenschaftliches **Zitieren** und **zwingt Urheber**, deren eingereichte Manuskripte nicht mit der finalen Veröffentlichungsversion übereinstimmen, unter Umständen, ihre **Manuskripte nachzuarbeiten**. Das Ziel, wissenschaftliche **Forschungsergebnisse zugänglicher** zu machen, wird allerdings trotz dieser Beschränkung erreicht. Zudem **entspricht** die Einschränkung internationaler **Praxis**.
5. Die Beschränkung auf **nicht gewerbliche Zwecke** wird zu **Abgrenzungsschwierigkeiten** führen.
6. Um dem Zweitveröffentlichungsrecht bei internationalen Sachverhalten zu größtmöglicher Geltung zu verhelfen, sollte es explizit als **Eingriffsnorm** ausgestaltet werden.
7. Der Gesetzgeber sollte eine **Übergangsregelung** schaffen, die klarstellt, dass die Änderungen des § 38 UrhG nicht rückwirkend Geltung entfalten.

III. Verwaiste Werke

1. Bei § 61 IV UrhG-E sollten die Begriffe „nicht veröffentlicht“ durch „**nicht erschienen**“ und „ausgestellt oder verliehen wurden“ durch „**der Öffentlichkeit zur Verfügung gestanden haben**“ ersetzt werden.
2. Der Richtlinie 2012/28/EU entsprechend, ist der Kreis der Berechtigten eng gefasst. Die **massenhafte Verwertung** verwaister Werke **durch öffentliche Institutionen** wird für **zulässig** erklärt, die **nichtkommerzielle** Verwertung **einzelner Werke** durch **Privatpersonen** aber **nicht**.
3. Das Wort „**mindestens**“ in § 61a I S. 1 UrhG-E ist irreführend und sollte **gestrichen** werden.
4. § 61a I S. 3 und 4 UrhG-E sollten auch auf § 61a II, III UrhG-E **Anwendung** finden.
5. Bei **Filmwerken** sollte die **Pflicht** zur sorgfältigen Suche auf die **Suche** nach **Hauptregisseur, Urheber des Drehbuchs, Urheber der Dialoge** und **Komponist** der für das betreffende Filmwerk komponierten Musik beschränkt werden.
6. Die zur Nutzung **Berechtigten** sollten **verpflichtet** werden, dem DPMA die **Ergebnisse** ihrer sorgfältigen **Suchen** mitzuteilen.
7. Die **Privilegierung digitaler Nutzungshandlungen** durch die Richtlinie ist **nicht sachgerecht**.
8. Die **Entgelte**, die Berechtigte für den Zugang verlangen dürfen, schaffen eine **Barriere** für Leser und **erschweren die Einspeisung** der Werke in **Europeana**. **PPPs** wird es vermutlich nur **selten** geben.
9. Der **Waisenstatus** sollte erst dann **beendet** sein, wenn der Rechtsinhaber der Nutzung **widerspricht**.
10. Es ist **unklar**, **wann** der Anspruch auf angemessene **Vergütung fällig** und **wie** er **abgewickelt** wird.

IV. Vergriffene Werke

1. Das Gesetz sollte **definieren**, wann ein **Werk vergriffen** ist.
2. **Nicht** sachlich **gerechtfertigt** ist, dass der Kreis der zur Nutzung **Berechtigten** bei **vergriffenen Werken größer** ist als bei **verwaisten Werken**.
3. § 13d I UrhWahrnG-E sieht eine **Fiktion der Rechtswahrnehmung** vor. Er muss daher lauten: „Eine **Verwertungsgesellschaft gilt als berechtigt...**“
4. Die Regelung schafft einen ungerechtfertigten **Mitnahmeeffekt** zu **Lasten** der **öffentlichen Hand** und zu **Gunsten** von **Verwertungsgesellschaften**.
5. Die **Fokussierung** auf **digitale Nutzungen** ist auch bei vergriffenen Werken **verfehlt**.
6. Weil die Nutzung nur für **nichtgewerbliche Zwecke** erlaubt ist, dürfen Berechtigte, anders als bei verwaisten Werken, **kein Entgelt** für den Zugang zu Werken erheben. Das sollte der Gesetzgeber überdenken.
7. Überdenken sollte der Gesetzgeber auch, ob er die **Dokumentation vergriffener Werke**, anders als die verwaister Werke, tatsächlich **kostenpflichtig** gestalten möchte.
8. Der Gesetzentwurf sollte **explizit** vorsehen, dass ein vergriffenes Werk **nicht mehr** zur **Nutzung** zur Verfügung steht, nachdem der **Rechtsinhaber widersprochen** hat.
9. Für **Verleger** sollte das **Widerspruchsrecht** an die **Bedingung** geknüpft werden, dass diese sich verpflichten, das Werk innerhalb einer bestimmten Zeit **wieder aufzulegen**.
10. **Rechtsinhabern** sollte ein Anspruch gegen die betreffende **Verwertungsgesellschaft** auf **Ausschüttung** der an diese für die Verwertung vergriffener Werke geleisteten **Zahlungen** zugestanden werden.
11. Inhaber dieses **Anspruchs auf Ausschüttung** sollten lediglich **Urheber** bzw. ihre **Erben** sein.

Einleitung

Der Anwendungsbereich des unabdingbaren Zweitveröffentlichungsrechts für Urheber wissenschaftlicher Beiträge, das die Bundesregierung schaffen möchte, ist extrem eng begrenzt. Auf die urhebervertragliche Praxis wird das Recht darum keine nennenswerten Auswirkungen haben. Wenn der Gesetzgeber die bestehenden Strukturen verändern möchte, muss er die Regelung umfassender gestalten. Insbesondere sollte er dann die kuriose Unterscheidung zwischen allgemeiner Hochschulforschung und Forschung, die durch Drittmittel finanziert wird oder in außeruniversitären Forschungseinrichtungen stattfindet, aufgeben.

In Bezug auf verwaiste Werke setzt der Regierungsentwurf im Wesentlichen die Vorgaben der Richtlinie 2012/28/EU um. Dabei wiederholt die Bundesregierung notgedrungen die Fehler der Richtlinie: Beide verfügen über einen engen Anwendungsbereich und sehen für Filmwerke keine praktikable Regelung vor. Allerdings schöpft die Bundesregierung den ihr zur Verfügung stehenden Umsetzungsspielraum nicht zur Gänze aus.

Die Nutzung vergriffener Werke regelt die Richtlinie 2012/28/EU nicht. Die Regierung hatte hier also im Rahmen der allgemeinen europarechtlichen Vorgaben freie Hand bei der Ausgestaltung. Die Regelung ist allerdings in mehrerlei Hinsicht nicht ausgereift. Dennoch bietet sie für Nutzer erhebliche Vorteile gegenüber der Regelung für verwaiste Werke. Es steht darum zu vermuten, dass die verwaiste Werke-Regelung für in Schriften veröffentlichte Werke in der Praxis kaum angewendet werden wird.

I. Anpassung des § 38 UrhG an die technische Entwicklung

Bislang stellte § 38 I S. 1 UrhG die Vermutung auf, dass der Verleger oder Herausgeber einer periodisch erscheinenden Sammlung im Zweifel ein ausschließliches Recht zur Vervielfältigung oder Verbreitung erhält. Der Regierungsentwurf möchte diese Vermutung auf das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) erstrecken. Damit soll die Norm an die technische Entwicklung angepasst werden. Aus demselben Grund soll auch das dispositive Zweitverwertungsrecht des Urhebers gem. § 38 I S. 2 UrhG um das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung ergänzt werden.

Das dispositive Zweitveröffentlichungsrecht gem. § 38 III S. 2 UrhG lässt der Regierungsentwurf allerdings unberührt. Hier soll der Urheber nach wie vor lediglich berechtigt sein, seinen Beitrag zu vervielfältigen und zu verbreiten. Dabei handelt es sich vermutlich um ein redaktionelles Versehen. Für eine konsistente Änderung der Norm muss auch dieser Satz um die Formulierung „öffentlich zugänglich machen“ ergänzt werden.

II. Zweitveröffentlichungsrecht für Urheber wissenschaftlicher Beiträge

1. Erfasste Werke

Nach dem Vorschlag der Bundesregierung soll das Zweitveröffentlichungsrecht lediglich für Werke geschaffen werden, die in einer „periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen“ sind (§ 38 IV S. 1 UrhG-E). Eine sachliche Rechtfertigung für diese Einschränkung ist nicht ersichtlich. Auch bei periodisch einmal jährlich erscheinenden Sammlungen wäre bereits eine neue Ausgabe auf dem Markt, wenn das Zweitveröffentlichungsrecht (zwölf Monate nach Erscheinen) greifen würde. § 38 I S. 2 UrhG unterstellt darum alle Werke, bei denen der Urheber die Aufnahme in eine periodisch erscheinende Sammlung gestattet hat, dem fakultativen Zweitveröffentlichungsrecht. Auch Beiträge zu nicht periodisch erscheinenden Sammlungen, für deren Überlassung dem Urheber kein Anspruch auf Vergütung zusteht, beispielsweise Tagungsbände, Jahrbücher und Festschriften, aber auch Loseblattsammlungen, sind von diesem Recht erfasst (§ 38 II UrhG). Eben diese Begrenzung sollte der Gesetzgeber auch für das nun diskutierte unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht vorsehen.

2. Erfasste Forschungstätigkeiten

Vom Zweitveröffentlichungsrecht sollen nach dem Regierungsentwurf lediglich Beiträge erfasst werden, die „im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden“ sind (§ 38 IV S. 1 UrhG-E). Laut Gesetzesbegründung sind Professoren, die an öffentlichen Hochschulen tätig sind, von dem Anwendungsbereich der Norm ausgenommen, solange ihre Forschung nicht mindestens zur Hälfte durch öffentliche Drittmittel finanziert wird. Dem Recht sollen nur Forschungstätigkeiten unterliegen, die „im Rahmen der öffentlichen Projektförderung oder an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung durchgeführt werden“ (S. 11).

Als Begründung führt der Entwurf an, in diesen Fällen sei das „staatliche Interesse an einer Verbreitung der Forschungsergebnisse besonders hoch“ (S. 11). Zudem sei es „üblich, dass der Staat bei der staat-

lichen Förderung Vorgaben hinsichtlich der Ziele und der Verwertung der Forschung macht... Die Projektförderung als auch die Tätigkeit an außeruniversitären Forschungseinrichtungen beruht auf programmatischen Vorgaben und Förderrichtlinien der Zuwendungsgeber, die damit den Erkenntnisgewinn in zuvor festgelegten Themenbereichen fördern wollen“ (S. 12).

Diese Begründung überzeugt aus mehreren Gründen nicht. Zunächst einmal unterscheidet sich die allgemeine, nicht drittmittelfinanzierte Hochschulforschung inhaltlich nicht von der Forschung, die an außeruniversitären Forschungseinrichtungen wie etwa einem Max-Planck-Institut durchgeführt wird. Beide produzieren, ebenso wie drittmittelgeförderte Forschung an Hochschulen, Erkenntnisse, die für die Allgemeinheit wertvoll sind. Zudem sind die an öffentlichen Hochschulen tätigen Forscher gänzlich durch öffentliche Mittel finanziert; ein Anspruch der Öffentlichkeit auf Zugang zu den Forschungsergebnissen ist, wenn man der Logik der Bundesregierung folgt, also erst recht begründbar.

Unter dem strukturellen Ungleichgewicht zwischen Autor und Wissenschaftsverlag, das die Bundesregierung in ihrer Gesetzesbegründung mehrfach anprangert und das Anlass für ihr Handeln gibt, leiden Forscher unabhängig davon, wie sie ihre Forschung finanzieren. Insofern erscheint sogar die Begrenzung auf „mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierte Forschungstätigkeit“ unangemessen. Jedenfalls aber sollten alle Forscher, deren Forschung öffentlich finanziert wird, rechtlich gleichbehandelt werden.

Auch praktische Erwägungen sprechen gegen eine Unterscheidung. Zum einen kann die Zuordnung eines Beitrags als universitär oder außeruniversitär schwierig sein; oftmals sind etwa Direktoren der Max-Planck-Institute zugleich Professoren an öffentlichen Hochschulen. Fallen ihre Veröffentlichungen dann unter das Zweitveröffentlichungsrecht oder nicht? Und wie sieht es aus, wenn ein Hochschullehrer mit einem Angestellten einer außeruniversitären Forschungseinrichtung gemeinsam einen Beitrag veröffentlicht? Zum anderen führt die Bundesregierung mit der vorgesehenen Regelung de facto eine Diskriminierung nach Fächern ein. So ist geistes- und kulturwissenschaftliche Forschung an Hochschulen, anders als Forschung im Bereich der MINT-Fächer (Medizin, Ingenieurs-, Natur- und Technikwissenschaften), selten durch Drittmittel finanziert.

3. Wartefrist

Die Wartefrist von zwölf Monaten, nach deren Ablauf der Urheber seinen Beitrag öffentlich zugänglich machen darf, ist für Forschung in den MINT-Fächern sehr lang bemessen. Für geistes- und kulturwissenschaftliche Forschung kann sie allerdings im Einzelfall zu kurz sein. Eine Unterscheidung nach Fachbereichen wiederum könnte zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Machbarer wäre eine Differenzierung nach bibliographischen Typen. So könnten Periodika und nicht periodische Sammlungen unterschiedlich langen Wartefristen unterliegen. Insgesamt erscheint eine einheitliche Frist, wie sie für das dispositive Zweitveröffentlichungsrecht für Beiträge zu Sammlungen besteht (§ 38 I S. 2 UrhG), aber als tragbarer Kompromiss.

4. Nutzungshandlungen

a) Der Urheber darf seinen Beitrag nach dem Regierungsentwurf lediglich in der „akzeptierten Manuskriptversion“ veröffentlichen (§ 38 IV S. 1 UrhG-E). Das erschwert zum einen das wissenschaftliche Zitieren. Zum anderen werden Urheber, deren eingereichte Manuskripte nicht mit der finalen Veröffentlichungsversion übereinstimmen, durch diese Beschränkung gezwungen, ihre Manuskripte eigenhändig nachzuarbeiten, bevor sie diese öffentlich zugänglich machen können. Verlage stellen ihnen die finale Veröffentlichungsversion nämlich regelmäßig nicht in unformatierter Form zur Verfügung. Den Interessen der Verlage sollen bereits die Wartefrist, die ihnen die Amortisation ihrer Investitionen ermöglichen soll, sowie die Pflicht zur Quellenangabe Genüge tun.

Dennoch: Dem Ziel, wissenschaftliche Forschungsergebnisse zugänglicher zu machen, trägt auch die Veröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion Rechnung. Zudem entspricht diese Einschränkung internationaler Praxis.

b) Überdies darf die öffentliche Zugänglichmachung „keinem gewerblichen Zweck“ dienen (§ 38 IV S. 1 UrhG-E). Im Einzelfall kann die Abgrenzung von gewerblichen und nicht gewerblichen Nutzungen schwierig sein; dies gilt beispielsweise dann, wenn der Beitrag über eine werbefinanzierte Seite kostenfrei zur Verfügung gestellt wird. Auch werden Wissenschaftler sich regelmäßig einen Reputationsgewinn von der öffentlichen Zugänglichmachung erhoffen, der sich wenigstens mittelbar in finanziellen Vorteilen niederschlagen kann.

5. Europarechtliche Zulässigkeit

Das Zweitveröffentlichungsrecht dient zwar unter anderem dem Schutz der Urheber. Es verbessert aber die Rechtsposition der Urheber nicht nur, sondern schränkt ihre Vertragsfreiheit zugleich ein. Dem Urheber wird nämlich die Möglichkeit entzogen, sein Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung einem Verleger für einen Zeitraum von mehr als einem Jahr exklusiv einzuräumen. Nach Ablauf von einem Jahr ab Erscheinen seines Beitrags kann der Urheber sein Recht nicht mehr wirtschaftlich nutzen, sondern nur für nicht gewerbliche Zwecke. In der Praxis wird die dadurch entstehende wirtschaftliche Einbuße gering sein. Wenigstens theoretisch handelt es sich aber um einen Verlust des Urhebers und damit um eine Schrankenregelung im weiteren Sinne.

Damit verstößt das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht allerdings nicht gegen Europarecht, insbesondere nicht gegen Art. 5 der InfoSoc-Richtlinie (2001/29/EG). Der Artikel stellt einen abschließenden Schrankenkatalog unter anderem für das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung auf. Das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung wird durch das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht aber nicht berührt. Der Urheber wird in seiner Entscheidung, *ob* er das Werk öffentlich zugänglich machen möchte, nicht beschränkt. Es steht ihm vielmehr frei, von seinem Recht keinen Gebrauch zu machen und sein Werk nicht kostenfrei der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn eine Veröffentlichungspflicht normiert werden würde. Eine solche Pflicht wäre auch im Hinblick auf Art. 5 III GG problematisch.

6. Internationale Sachverhalte

Als urhebervertragliche Vorschrift ist § 38 IV UrhG-E auf Verträge beschränkt, die deutschem Recht unterliegen. Gleiches gilt für die anderen, urhebervertragsrechtlichen Regelungen im UrhG, beispielsweise die Ansprüche auf angemessene Vergütung nach §§ 32, 32a UrhG. Hat der Verleger seinen Sitz im Ausland und haben die Parteien nicht die Anwendbarkeit deutschen Rechts vereinbart, unterliegt der Vertrag der ausländischen Rechtsordnung. Der Gesetzgeber hat darum § 32b UrhG erlassen. Er ordnet die zwingende Anwendung von §§ 32, 32a UrhG an, wenn auf einen Nutzungsvertrag deutsches Recht anwendbar ist oder soweit Gegenstand des Vertrages maßgebliche Nutzungshandlungen im räumlichen Geltungsbereich des UrhG sind. Von dieser Möglichkeit sollte der Gesetzgeber auch für das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht Gebrauch machen, selbst wenn es vermutlich aus materiellen Gründen ohnehin zwingende Anwendung finden, also als Eingriffsnorm qualifiziert werden würde.

Allerdings kommt eine deutsche Eingriffsnorm regelmäßig nur vor deutschen Gerichten zur Anwendung. Ein ausländischer Verleger muss jedoch nicht zwangsläufig vor einem deutschen Gericht Klage erheben. Dieses Problem lässt sich auf nationaler Ebene nicht beheben; der nationale Gesetzgeber kann ausländische Gerichte nicht zur Anwendung deutschen Rechts verpflichten.

Diese territoriale Begrenzung stellt jedoch keinen Grund dar, im Bereich des Urhebervertragsrechts nicht gesetzgeberisch tätig zu werden. Die Bedeutung und Berechtigung von §§ 32, 32a UrhG beispielsweise, bei denen sich ähnliche Probleme stellen wie bei § 38 IV UrhG-E, sind unbestritten.

7. Übergangsregelung

Der Gesetzgeber sollte eine Übergangsregelung schaffen, die klarstellt, dass die Änderungen des § 38 UrhG nicht für Vereinbarungen gelten, die vor dem Tag des Inkrafttretens des Änderungsgesetzes geschlossen worden sind.

III. Verwaiste Werke

1. Erfasste Werke und sonstige Schutzgegenstände

Anders als das britische Parlament, das gerade eine umfassende Regelung zur Nutzung von verwaisten Werken verabschiedet hat, hält sich die Bundesregierung an die Vorgaben der Richtlinie 2012/28/EU. So werden etwa Fotografien nicht vom Anwendungsbereich der Regelung erfasst. Sie gilt nur für „1. Werke und sonstige Schutzgegenstände in Büchern, Fachzeitschriften, Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Schriften, 2. Filmwerke sowie Bildträger und Bild- und Tonträger, auf denen Filmwerke aufgenommen sind, und 3. Tonträger aus Sammlungen (Bestandsinhalte) von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archiven sowie von Einrichtungen im Bereich des Film- oder Tonerbes, wenn diese Bestandsinhalte bereits veröffentlicht worden sind“.

Unter bestimmten Umständen dürfen auch „unveröffentlichte“ Bestandsinhalte verwendet werden. Dies gilt allerdings gem. § 61 IV UrhG-E nur dann, wenn sie von der berechtigten Institution „bereits mit Erlaubnis des Rechtsinhabers ausgestellt oder verliehen wurden und... nach Treu und Glauben anzunehm-

men ist, dass der Rechtsinhaber in die Nutzung... einwilligen würde.“ Diese Formulierung ist in zweifacher Hinsicht problematisch.

a) Zum einen ist ein Werk, das (öffentlich) ausgestellt wurde, bereits veröffentlicht. Insofern ist schon die deutsche Fassung der Richtlinie 2012/28/EU inkonsistent, deren Formulierung der Regierungsentwurf übernimmt. Sie spricht ebenfalls von „nicht veröffentlichten“ Werken (Art. 1 Abs. 3). Der Gesetzgeber sollte sich insofern an der englisch- und französischsprachigen Fassung der Richtlinie orientieren und den Begriff „nicht veröffentlicht“ durch „nicht erschienen“ ersetzen.

b) In seiner Umschreibung der Handlungen, die bereits mit Erlaubnis des Rechtsinhabers stattgefunden haben („ausgestellt oder verliehen“), weicht der Regierungsentwurf vom Wortlaut der Richtlinie ab. Hier ist die Terminologie ebenfalls schief. Die Begriffe passen auf Schriftwerke, nicht aber auf Filmwerke, Bild- und Tonträger. Bei ihnen wären nicht die Werke selbst mit Zustimmung des Rechtsinhabers „ausgestellt“ worden, sondern lediglich das Werkstück, also beispielsweise die Filmrolle. Daraus könnte aber nicht gefolgert werden, dass der Rechtsinhaber auch der öffentlichen Zugänglichmachung des in der Filmrolle verkörperten Filmwerks zustimmen würde.

Die Bundesregierung wollte hier offensichtlich die Verwertung von Werken ermöglichen, die Nutzern bereits in den Räumen von berechtigten Institutionen zur Verfügung gestanden haben, also beispielsweise Notizen, die ein Autor einer Institution vermacht hat und die diese mit seiner Zustimmung interessierten Mitgliedern der Öffentlichkeit zur Ansicht geben durfte. Dann aber sollte eine Formulierung gefunden werden, die diese Situation für alle von dem Gesetzentwurf erfassten Werkarten umschreibt. Die Formulierung der Richtlinie („der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden“) kann insoweit nicht als Vorbild dienen; die öffentliche Zugänglichmachung ist ein Fachbegriff (vgl. § 19a UrhG), der eine andere Handlung erfasst als jene, die der Regierung offenbar vor Augen stand. Denkbar wäre eine untechnische Formulierung wie „der Öffentlichkeit zur Verfügung gestanden haben.“

2. Berechtigte

Den Kreis der zur Nutzung Berechtigten gibt die Richtlinie ebenfalls vor. Das führt zu dem Paradox, dass der Regierungsentwurf die massenhafte Verwertung durch bestimmte Institutionen für zulässig erklärt, die Verwertung einzelner Werke durch Einzelne aber nicht erlaubt, wenn sie nicht von den bestehenden Schranken gedeckt ist. So dürfen Privatpersonen verwaiste Werke nach wie vor nicht auf ihre Webseiten hochladen und allgemein verfügbar machen, selbst wenn sie keine kommerziellen Zwecke verfolgen.

3. Suche

a) Die Suche nach dem Rechtsinhaber eines Bestandsinhalts ist für die Träger von Digitalisierungsprojekten mit hohen Kosten verbunden. Die berechtigten Institutionen möchten ihre Suchpflicht darum so weit wie möglich standardisieren: Sie sollten möglichst genau wissen, welche Quellen sie konsultieren müssen, um ihrer Suchpflicht Genüge zu tun. Der Anhang zum Regierungsentwurf enthält eine Liste von Quellen, die „mindestens“ zu konsultieren sind, bevor ein verwaistes Werk genutzt werden darf (§ 61a I S. 1 UrhG-E). Das Wort „mindestens“ sollte gestrichen werden.

Die Bundesregierung hat das Wort vermutlich aus der Richtlinie übernommen (Art. 3 Abs. 2). Die Richtlinie gibt den Mitgliedstaaten auf, potentielle Nutzer verwaister Werke zu verpflichten, mindestens die im Anhang der Richtlinie genannten Quellen zu durchsuchen, bevor sie ein verwaistes Werk nutzen dürfen; wenn sie wollen, dürfen Mitgliedstaaten also auch die Konsultation zusätzlicher Quellen verlangen. Die Bundesregierung hat sich nun auf einen bestimmten Katalog an Quellen festgelegt. Dann aber ist das „mindestens“ entbehrlich. Wenn sie dennoch davon spricht, dass „mindestens“ dieser Katalog zu konsultieren ist, könnte es sein, dass die Suche in diesen Quellen im Einzelfall als nicht ausreichend erachtet wird. Das schafft große Rechtsunsicherheit für die Berechtigten.

b) Zudem finden sich im Regierungsentwurf an dieser Stelle zwei redaktionelle Fehler. Der Gesetzentwurf sieht als Regel vor, dass nach dem Rechtsinhaber eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstands lediglich in einem Mitgliedstaat gesucht werden muss. Bei in Schriften veröffentlichten Werken und Schutzgegenständen ist dies der Mitgliedstaat, in dem das Werk zuerst veröffentlicht wurde. Bei Filmwerken, Bildträgern sowie Bild- und Tonträgern, auf denen Filmwerke aufgenommen sind, ist das der Mitgliedstaat, in dem der Hersteller seine Hauptniederlassung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, bei „unveröffentlichten“ Bestandsinhalten der Mitgliedstaat, in dem die Institution ihren Sitz hat, die den Bestandsinhalt „ausgestellt oder verliehen“ hat.

aa) Diese Unterscheidung ist an sich nicht problematisch. Nicht sachlich gerechtfertigt ist aber, dass lediglich bei der Suche nach Rechtsinhabern von in Schriften veröffentlichten Werken und sonstigen Schutzgegenständen sowie nach veröffentlichten Tonträgern auch Informationsquellen in anderen Staaten

konsultiert werden müssen, wenn es Hinweise darauf gibt, dass relevante Informationen zu Rechteinhabern in anderen Staaten gefunden werden können (§ 61a I S. 3 UrhG-E). Dieser Zusatz fehlt bei Filmwerken, Bildträgern sowie Bild- und Tonträgern, auf denen Filmwerke aufgenommen sind. Hier sollte eine entsprechende Pflicht vorgesehen werden.

bb) Außerdem sollten auch Institutionen, die Filmwerke, Bildträger sowie Bild- und Tonträger, auf denen Filmwerke aufgenommen sind, nutzen möchten, Dritte mit der Durchführung der sorgfältigen Suche beauftragen dürfen. Dieses Privileg steht bisher nur Institutionen zu, die in Schriften veröffentlichte Werke und sonstige Schutzgegenstände und/oder veröffentlichte Tonträger nutzen möchten (§ 61a I S. 4 UrhG-E). Auch diese Unterscheidung ist sachlich nicht gerechtfertigt.

c) Denjenigen, die verwaiste Filmwerke nutzen möchten, macht der Gesetzentwurf das Leben derzeit noch in einem weiteren Punkt unangemessen schwer: Nach dem Entwurf müssen berechnete Institutionen, die einen Bestandsinhalt nutzen möchten, der mehrere Rechteinhaber hat, nach allen Rechteinhabern sorgfältig suchen (§ 61 III UrhG-E). Das ist grundsätzlich eine sinnvolle Regelung, führt bei Filmwerken, an denen regelmäßig eine Vielzahl von Personen Rechte halten, aber zu unüberschaubaren Suchpflichten und -kosten. Das Urheberrechtsgesetz trägt der besonderen Gemengelage bei Filmwerken bereits jetzt an mehreren Stellen Rechnung. So bemisst sich beispielsweise die Schutzfrist bei Filmwerken nach der Lebenszeit der wichtigsten Rechteinhaber – Hauptregisseur, Urheber des Drehbuchs, Urheber der Dialoge und Komponist der für das betreffende Filmwerk komponierten Musik (§ 65 II UrhG). Auf diese Rechteinhaber sollte sich auch die Suchpflicht derjenigen beschränken, die verwaiste Filmwerke nutzen möchten. Sonst können verwaiste Filmwerke auch in Zukunft nahezu nie genutzt werden.

4. Dokumentation

Die Schaffung einer öffentlich zugänglichen, umfassenden, innerhalb Europas vernetzten Datenbank zu verwaisten Werken ist essentiell. Eine solche Datenbank ermöglicht Rechteinhabern nachzuvollziehen, wer welches ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände nutzt und auf welche Weise diese nutzenden Institutionen versucht haben, die Rechteinhaber zu finden. Berechnete Institutionen können dank der Datenbank erkennen, welche Bestandsinhalte verwaist sind und damit der Nutzung offen stehen; unnötige Mehrfachsuchen werden so verhindert. Nach dem Gesetzentwurf sind berechnete Institutionen darum verpflichtet, ihre sorgfältige Suche zu dokumentieren und dem DPMA bestimmte Informationen zu übermitteln, die dieses dann an das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt weiterleitet (§ 61a IV UrhG-E). Der Gesetzentwurf statuiert hier allerdings mildere Voraussetzungen als die Richtlinie. Er verpflichtet die Institutionen lediglich, ihre eigenen Kontaktdaten, die Bezeichnung des verwaisten Bestandsinhalts, die Art der Nutzung und die Änderung des Waisenstatus dem DPMA mitzuteilen (§ 61a IV UrhG-E). Nach der Richtlinie sind auch die Ergebnisse der sorgfältigen Suchen, die die Einrichtungen durchgeführt haben (Art. 3 Abs. 5 a)), an die zuständigen nationalen Behörden weiterzuleiten.

Diese zusätzliche Pflicht ist wichtig. Sie sollte ins deutsche Recht umgesetzt werden, denn: Nur wenn Rechteinhaber und andere Berechnete nachvollziehen können, dass die Suchen tatsächlich sorgfältig waren, kann die Datenbank ihren Zweck wirklich erfüllen. Für die berechneten Institutionen würde diese Pflicht zu keinem erheblichen Mehraufwand führen. Sie müssen die Ergebnisse ohnehin vorhalten, um in einem etwaigen Prozess beweisen zu können, dass sie ihrer Suchpflicht tatsächlich nachgekommen sind.

5. Nutzungshandlungen

Die Richtlinie erlaubt lediglich die Vervielfältigung sowie die öffentliche Zugänglichmachung verwaister Werke (Art. 6 Abs. 1). Auch hier waren der Bundesregierung mithin die Hände gebunden. Die Verbreitung oder die öffentliche Vorführung verwaister Werke ist nach wie vor nicht gestattet. Ein Filmarchiv wird daher also in Zukunft einen Film digitalisieren und ins Netz stellen dürfen, wenn es sorgfältig nach allen Rechteinhabern gesucht hat. In seinem Kinosaal wird es den Film aber nicht zeigen können. Auch eine Bibliothek wird ein Buch online zur Verfügung stellen, nicht aber in Papierform verbreiten dürfen. Diese Ungleichbehandlung von digitalen und analogen Verwertungsformen entbehrt einer sachlichen Grundlage.

6. Nutzungszweck

Die Berechneten dürfen verwaiste Bestandsinhalte nur dann nutzen, wenn sie zur Erfüllung ihrer im Gemeinwohl liegenden Aufgaben handeln, insbesondere wenn dies kulturellen oder bildungspolitischen Zwecken dient (§ 61 V S. 1 UrhG-E). Der erlaubte Nutzungszweck ist also recht eng gesetzt. Weil sich in den vergangenen Jahren gezeigt hat, dass die Digitalisierung großer Bestände so hohe Kosten verursacht, dass sie von der öffentlichen Hand alleine nicht getragen werden können, dürfen die Berechneten allerdings Entgelte für den Zugang zu den öffentlich zugänglich gemachten Werken verlangen, um die Kosten

von Digitalisierung und öffentlicher Zugänglichmachung wieder einzuspielen (§ 61 V 2 UrhG-E). Der Zweck ist löblich. Allerdings wird dadurch eine Barriere eingeführt; zugleich wird die Einspeisung in Europeana erschwert.

Außerdem dürfen die Berechtigten Kooperationen mit der Privatwirtschaft eingehen, um ihre Kosten zu decken. Dabei dürfen sie ihrem kommerziellen Partner aber keine Rechte an den Digitalisaten einräumen (Erwägungsgründe 21, 22 der Richtlinie). Es steht zu befürchten, dass sich nicht viele kommerzielle Unternehmen auf ein solches Geschäft einlassen werden; die öffentliche Hand wird sich also vermutlich auf enorme Digitalisierungskosten einstellen müssen.

7. Beendigung des Waisenstatus

a) Nach Art. 5 der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass der Inhaber der Rechte an einem als verwaist qualifizierten Werk oder Tonträger jederzeit die Möglichkeit hat, in Bezug auf seine Rechte den Status als verwaistes Werk zu beenden.“ Der Regierungsentwurf setzt diese Vorlage insofern um, als eine Institution ein verwaistes Werk nicht mehr nutzen darf, sobald sie Kenntnis davon erlangt, dass ein Rechtsinhaber „nachträglich festgestellt oder ausfindig gemacht“ wurde. (§ 61b S. 1 UrhG-E). Diese Formulierung bedarf in zweifacher Hinsicht der Überarbeitung.

aa) Erstens sollte der Waisenstatus eines Werkes nur dann beendet sein, wenn die Identität des Rechtsinhabers nicht nur feststeht, sondern wenn dieser auch ausfindig gemacht werden kann. Denn dass eine berechnigte Institution nachträglich die Identität eines Rechtsinhabers erfährt, also beispielsweise den Namen des Autors eines Gedichts, versetzt sie nicht unbedingt in die Lage, die betreffende Person zu finden. Ein Werk ist darum bereits dann verwaist, wenn der Rechtsinhaber zwar bekannt ist, aber nicht ausfindig gemacht werden kann (§ 61 II UrhG-E). Dann aber darf ein Werk, dessen Rechtsinhaber vorher unbekannt war, nur dann als nicht mehr verwaist gelten, wenn dieser auch ausfindig gemacht werden kann.

bb) Zweitens hat die Bundesregierung in diesem Punkt bedauerlicherweise den Spielraum der Richtlinie nicht ausgenutzt. Die Richtlinie verpflichtet Deutschland nicht, den Waisenstatus automatisch zu beenden, wenn die berechnigte Institution im Nachhinein erfährt, wie sie den Rechtsinhaber kontaktieren könnte. Deutschland muss lediglich sicherstellen, dass der Rechtsinhaber den Waisenstatus beenden kann; die Entscheidung darüber soll also der Rechtsinhaber selbst treffen dürfen. Genau das sollte sinnvollerweise auch die deutsche Regelung vorsehen: Falls der Rechtsinhaber die Nutzung seines Werkes durch die berechnigten Institutionen befürwortet, wird er nicht tätig werden – dann darf die Nutzung fortgeführt werden. Hat er Einwände, muss er die nutzenden Institutionen informieren, bevor diese das Werk nicht mehr nutzen dürfen. Außerdem sollte ihm das Recht zugestanden werden, den Widerspruch in der Datenbank für verwaiste Werke vermerken zu lassen, damit für die Zukunft nach außen erkennbar ist, dass das betreffende Werk nicht mehr verwaist ist.

b) Schließlich bedarf der Gesetzentwurf der Präzisierung hinsichtlich des Anspruchs auf angemessene Vergütung (die Richtlinie spricht hier von einem „angemessenen Ausgleich“, Art. 6 Abs. 5 S. 1), den der Rechtsinhaber gegen berechnigte Institutionen nach Beendigung des Waisenstatus' seines Werkes hat (§ 61b S. 2 UrhG-E). In der jetzigen Fassung ist unklar, wann dieser Anspruch fällig wird und wie er abgewickelt werden soll.

IV. Vergriffene Werke

Wegen der Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie (Art. 5) konnte die Bundesregierung die Nutzung vergriffener Werke nicht im Rahmen einer Schranke erlauben. Der Gesetzentwurf sieht stattdessen vor, dass eine Vermutung der Rechtswahrnehmung für vergriffene Werke im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz verankert wird. Weil verwaiste Schriftwerke regelmäßig vergriffen sind, haben diejenigen, die in Schriftwerken veröffentlichte, verwaiste Werke nutzen möchten, in Zukunft eine Wahlmöglichkeit.

Derzeit ist die Regelung über vergriffene Werke mit einigen Fehlern behaftet. Wenn diese erst einmal behoben sind, wird die Regelung für Nutzer so attraktiv sein, dass sie sich vermutlich nur sehr selten den Weg über die verwaiste Werke-Regelung einschlagen werden. Das ist aus den im Folgenden genannten Gründen problematisch.

1. Erfasste Werke

Nach dem Gesetzentwurf sollen solche vergriffenen Werke von der Regelung erfasst sein, die in Schriften veröffentlicht worden sind und sich im Besitz von Institutionen befinden, die auch zur Nutzung verwaister Werke berechnigt sind (§ 13d I Nr. 1, 2 UrhWahrnG-E). Allerdings fehlt eine Definition, unter welchen Voraussetzungen ein Werk vergriffen ist. Der Gesetzgeber sollte eine solche in den Entwurf aufnehmen.

Als Orientierung könnte die Definition dienen, auf die sich diverse europäische Verbände von Rechteinhabern und Bibliotheken geeinigt haben (vgl. *Memorandum of Understanding – Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out of Commerce Works*). Hiernach sind Werke dann vergriffen, wenn sie nicht länger im Buchhandel (unter Ausschluss antiquarischer Buchhandlungen) erhältlich sind.

Allerdings ist auch diese Definition nicht detailliert genug. Denkbar ist, dass ein Werk vergriffen ist, weil der Verlag an einer Neuauflage arbeitet. Soll der Nutzer das Werk dann trotzdem online stellen dürfen? Oder sollte das Werk über einen bestimmten Zeitraum vergriffen sein, bevor es genutzt werden darf, wie es die gerade in Frankreich verabschiedete Regelung vorsieht? Hier sollte der Gesetzgeber Klarheit schaffen. In ihrem Gesetzentwurf zur Regelung vergriffener Werke (BT-Drucks. 17/4661) hatte die Fraktion DIE LINKE Anfang 2011 dafür plädiert, dass Werke mindestens 30 Jahre lang vergriffen sein müssen, bevor sie genutzt werden dürfen. Diese Zeitspanne erscheint sehr lang – eine gewisse Frist ist jedoch erstrebenswert, um sicherzustellen, dass verlegerische Entscheidungen nicht über Gebühr beschnitten werden.

2. Berechtigte

Anders als bei verwaisten Werken, bei denen der Kreis der Berechtigten im Regierungsentwurf genau vorgegeben ist, bestimmt der Entwurf nicht, wer vergriffene Werke benutzen darf. Erforderlich ist nur, dass sich die Werke in den Beständen des Kreises von Institutionen befinden, die zur Nutzung verwaister Werke berechtigt werden sollen (§ 13d I Nr. 2 UrhWahrnG-E). Sobald diese Voraussetzung vorliegt, dürfen Verwertungsgesellschaften „Dritten“ Rechte an diesen Werken einräumen (§ 13d I UrhWahrnG-E).

Nach dem Regierungsentwurf gilt also Folgendes: Werke, deren Rechteinhaber feststehen und ausfindig gemacht werden können, die aber im Buchhandel nicht erhältlich sind, dürfen von jedem verwertet werden, der einen entsprechenden Vertrag mit einer Verwertungsgesellschaft abschließt. Werke, deren Rechteinhaber nicht feststehen oder ausfindig gemacht werden können, stehen hingegen nur einem eng begrenzten Kreis an Berechtigten zur Verwertung offen. Ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich – wenn überhaupt, sollte der Kreis derjenigen, die vergriffene Werke verwerten dürfen, enger gefasst sein als jener derjenigen, die zur Verwertung verwaister Werke berechtigt sind.

3. Vermutung der Rechtswahrnehmung

a) Nach dem Regierungsentwurf wird „vermutet, dass eine Verwertungsgesellschaft, die Rechte... an vergriffenen Werken wahrnimmt, berechtigt ist, für ihren Tätigkeitsbereich Dritten diese Rechte auch an Werken derjenigen Rechteinhaber einzuräumen, die die Verwertungsgesellschaft nicht mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragt haben“ (§ 13d I UrhWahrnG-E). Zusammengefasst bedeutet dieser Satz: „Vermutet“ werden soll, dass eine Verwertungsgesellschaft Rechte derjenigen wahrnimmt, deren Rechte sie in Wahrheit nicht wahrnimmt. Der Begriff der „Vermutung“ ist unpassend, denn es steht fest, dass das Gegenteil dessen zutrifft, was vermutet wird. Der Gesetzentwurf möchte also in Wahrheit keine Vermutung statuieren, sondern eine Fiktion der (widerruflichen) Ermächtigung zur Wahrnehmung von Rechten. Parallel zu anderen Fiktionen im UrhWahrnG (z.B. § 13c III UrhWahrnG) müsste die Formulierung daher korrekterweise lauten: „Eine Verwertungsgesellschaft gilt als berechtigt, ...“

Für Nutzer hätte eine solche Vermutung erhebliche Vorteile. Sie begehen eine vorsätzliche Urheberrechtsverletzung, wenn sie ein Werk nutzen, obwohl sie wissen, dass die Verwertungsgesellschaft nicht über die Rechte daran verfügt. Damit machen sie sich unter Umständen sogar strafbar gem. § 106 UrhG. Bei einer Fiktion hingegen würde die Verwertungsgesellschaft aber als berechtigt gelten und also im Namen des Rechteinhabers in die Nutzung einwilligen können. Damit läge keine Rechtsverletzung seitens des Nutzers vor. Auch eine Strafbarkeit wäre so ausgeschlossen.

b) Anders als derjenige, der ein verwaistes Werk nutzen möchte, muss der interessierte Nutzer eines vergriffenen Werkes nicht nach dessen Rechteinhaber suchen. Weil „vermutet“ bzw. fingiert wird, dass die Verwertungsgesellschaft auch Rechte an Werken wahrnimmt, deren Rechteinhaber keinen Wahrnehmungsvertrag mit ihr abgeschlossen haben, muss der Nutzer lediglich einen Vertrag mit der Verwertungsgesellschaft abschließen, um das betreffende Werk nutzen zu dürfen. § 13d UrhWahrnG-E ermöglicht Nutzern also, die unter Umständen erheblichen Suchkosten zu sparen. Die wenigsten Institutionen werden darum für in Schriften veröffentlichte Werke den Weg über die verwaiste Werke-Regelung wählen.

Die Institutionen werden dann für jedes Werk eine Nutzungsgebühr an die Verwertungsgesellschaft entrichten müssen. Verwertungsgesellschaften werden Rechte nicht kostenlos einräumen, denn dann könnten sie die Kosten, die ihnen durch die Vertragsverhandlungen mit interessierten Nutzern entstehen, nicht einspielen. Damit wird eine Situation geschaffen, in der Verwertungsgesellschaften von Institutionen, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, Geld für die Einräumung von Nutzungsrechten an Werken erhalten, deren Rechteinhaber sie nicht vertreten. Es entsteht also ein Mitnahmeeffekt zu Guns-

ten der in den Verwertungsgesellschaften vertretenen Rechtsinhaber und zu Lasten der mit öffentlichen Mitteln finanzierten Institutionen, mithin der Allgemeinheit. Bei Werken, die zwar vergriffen, nicht aber zugleich verwaist sind, findet diese Verschiebung statt, obwohl eine individualvertragliche Regelung mit dem Rechtsinhaber möglich gewesen wäre. Hier sollte den Rechten der Rechtsinhaber Vorrang gegenüber Praktikabilitätsgesichtspunkten eingeräumt werden.

4. Nutzungshandlungen

Hinsichtlich der erlaubten Nutzungshandlungen (Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung) ist die Regelung für vergriffene Werke ebenso verfehlt wie jene für verwaiste Werke. Auch hier sollten analoge Nutzungen erlaubt werden.

5. Nutzungszweck

Hinsichtlich des Zwecks, für den die Nutzung gestattet werden soll, unterscheidet sich die Regelung für verwaiste von jener für vergriffene Werke. Verwaiste Werke dürfen die berechtigten Institutionen nur „zur Erfüllung ihrer im Gemeinwohl liegenden Aufgaben“ (§ 61 V UrhG-E) verwerten. Die Nutzung vergriffener Werke hingegen ist erlaubt, wenn sie „nicht gewerblichen Zwecken dient“ (§ 13d I Nr. 3 UrhWahrnG-E). Auch Personen, die keine „im Gemeinwohl liegenden Aufgaben“ haben, steht damit die Nutzung vergriffener Werke offen. Zugleich legt der Begriff nahe, dass für die Nutzung kein Entgelt verlangt werden darf. Der Begriff der nichtgewerblichen Nutzung ist damit sowohl weiter als auch enger als jene für verwaiste Werke. Auch hier sollte der Gesetzgeber überlegen, ob diese Unterscheidung sachlich gerechtfertigt ist.

6. Dokumentation

Wie die Nutzung verwaister Werke, so soll auch die Nutzung vergriffener Werke laut Regierungsentwurf in einem Register dokumentiert werden. Hier bestimmt der Entwurf explizit, dass die Eintragung kostenpflichtig sein wird (§ 13e II S. 2 UrhWahrnG-E). In das Register verwaister Werke hingegen können sich die Berechtigten anscheinend kostenlos eintragen lassen. Diese Diskrepanz sollte der Gesetzgeber überdenken.

7. Widerspruchsrecht

a) Auch nach Eintragung in das Register vergriffener Werke tritt die Vermutung der Rechtswahrnehmung noch nicht unmittelbar in Kraft. Das tut sie nur, wenn der Rechtsinhaber nicht innerhalb von sechs Wochen nach Bekanntmachung der Eintragung seinen Widerspruch dem Register gegenüber erklärt (§ 13d I Nr. 5 UrhWahrnG-E). Diese Frist ist sehr kurz bemessen.

Aus der Gesetzesbegründung (S. 27) ergibt sich, dass das Widerspruchsrecht des Rechtsinhabers nach Ablauf der Frist nicht erlischt. Dem Entwurf selbst ist dies nicht zu entnehmen; außerdem fehlt eine explizite Regelung, aus der sich ergibt, unter welchen Bedingungen vergriffene Werke nach erfolgtem Widerspruch weiter verwertet werden dürfen. Die entsprechende Passage der Regelung für verwaiste Werke ist hier, wie oben gesagt, zu eng: Ein verwaistes Werk soll Berechtigten schon dann nicht mehr zur Verfügung stehen, wenn diese den Namen des bis dahin unbekanntes Rechtsinhabers ausfindig machen. Korrekterweise sollten sie dann nicht mehr genutzt werden dürfen, wenn der Rechtsinhaber seine Rechte geltend gemacht hat. Dies sollte auch für vergriffene Werke gelten. Für die Diskrepanz zwischen den beiden Regelungen ist wiederum kein sachlicher Grund erkennbar.

b) Schließlich sollte nur Urhebern und ihren Rechtsnachfolgern ein bedingungsloses Recht zum Widerspruch eingeräumt werden. Verleger sollten andere nicht von der nichtkommerziellen Verwertung vergriffener Werke ausschließen dürfen, wenn sie das Werk anschließend nicht selbst (kommerziell) zur Verfügung stellen. Ihnen sollte das Widerspruchsrecht daher nur dann zustehen, wenn sie sich verpflichten, das Werk innerhalb einer bestimmten Frist wieder aufzulegen.

8. Ausschüttung

a) Hinsichtlich der Ausschüttung hat die Entscheidung der Bundesregierung, keine Fiktion der Rechtswahrnehmung zu statuieren, sondern eine Vermutung (s.o. IV.3.a)), gravierende Nachteile für Rechtsinhaber. Der Gesetzentwurf spricht etwaige Ansprüche von Rechtsinhabern nur mittelbar an. Er sieht vor, dass eine Verwertungsgesellschaft, soweit sie „Zahlungen auch für Rechtsinhaber erhält, die die Verwertungsgesellschaft nicht mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragt haben, ... den zur Zahlung Verpflichteten von Ansprüchen dieser Rechtsinhaber freizustellen“ hat (§ 13d III UrhWahrnG-E). Hiernach steht dem Rechtsinhaber also nach wie vor ein Anspruch gegen den Nutzer wegen Rechtsverletzung zu. Die Berechtigung und Verpflichtung der Verwertungsgesellschaft entfaltet mithin nur im Verhältnis zwi-

schen Verwertungsgesellschaft und Nutzer Wirkung, nicht aber im Verhältnis zwischen Nutzer und Rechtsinhaber. Die Verwertungsgesellschaft würde damit als eine Art Versicherer der Nutzer fungieren.

Folglich müssen Rechtsinhaber jeden einzelnen Nutzer belangen und dessen Insolvenzrisiko tragen. Sie können sich nicht einfach an die Verwertungsgesellschaft wenden und ihr gegenüber Ausschüttung der Einnahmen für alle erfolgten Nutzungen begehren. Wenn der Gesetzgeber stattdessen für vergriffene Werke eine Fiktion der Rechtswahrnehmung entsprechend § 13c III UrhWahrnG normieren würde, könnte er sich auch hinsichtlich der Ausschüttung an § 13c UrhWahrnG orientieren. Nach § 13c IV UrhWahrnG hat der Rechtsinhaber im Verhältnis zur Verwertungsgesellschaft, die als berechtigt gilt, seine Rechte wahrzunehmen, „die gleichen Rechte und Pflichten wie wenn er ihr seine Rechte zur Wahrnehmung übertragen hätte.“ Würde dies auch für § 13d UrhWahrnG-E gelten, müsste der Rechtsinhaber nicht mit jedem einzelnen Nutzer Kontakt aufnehmen, sondern könnte sich ausschließlich an die Verwertungsgesellschaft halten.

b) Bedenken sollte der Gesetzgeber zudem, ob er tatsächlich allen Rechtsinhabern einen Anspruch auf Ausschüttung der Einnahmen geben oder den Kreis der Anspruchsberechtigten auf den Urheber und seine Rechtsnachfolger beschränken möchte. Die Regelung greift schließlich nur für vergriffene Werke, also für solche Werke, an denen Verlage die ihnen eingeräumten Rechte nicht nutzen. Dann aber sollten sie auch nicht die Erträge der Verwertung dieser Werke erhalten.

Berlin, den 9. Juni 2013

Die Ausführungen zu den Regelungen für die Nutzung verwaister und vergriffener Werke sind eng angelehnt an einen Aufsatz, den die Verfasserin in ZUM 2013, 437-446 veröffentlicht hat.