

Bedarf nach einer Urheberrechtslösung für verwaiste Werke (nach Möglichkeit noch im Rahmen des Zweiten Korbs)

Eine Initiative des Aktionsbündnisses „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“

29. März 2007

1 Vorschlag für einen neuen § 52c

Das Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ möchte auf einen Regulierungsbedarf im Urheberrecht hinweisen, der vor allem durch fortgeschrittene Technologien zur Digitalisierung von Wissensobjekten entstanden ist. Gemeint ist der Umgang mit sogenannten verwaisten Werken (im Englischen *orphan works*) und, im Zusammenhang damit, mit vergriffenen bzw. obsolet gewordenen Werken (*abandonware, obsolete works*).

Da das Problem, wie mit verwaisten Werken umzugehen ist, von hoher Bedeutung nicht zuletzt für Bildung und Wissenschaft, aber auch für die Informationswirtschaft ist, sollte dem durch eine neue Schranke Rechnung getragen werden. Da die Bereitstellung dieser Werke für Bildung und Wissenschaft in erster Linie als Kulturauftrag an die Bibliotheken angesehen werden kann, bietet es sich an, eine neue Schranke im Umfeld von § 52b RegE anzusiedeln, z.B. als § 52c.

Unter Berücksichtigung der internationalen Diskussion bzw. der nachstehend aufgeführten Argumente kann der folgende, juristisch vermutlich weiter auszuformulierende und öffentlich zu diskutierende Vorschlag für eine Schranke für den Umgang mit verwaisten und seit 20 Jahren nicht mehr gewerblich öffentlich zugänglichen bzw. obsoleten Werken gemacht werden:

§ 52c Öffentliche Zugänglichmachung verwaister bzw. nicht mehr verwerteter oder obsoleter Werke

(1) Öffentliche Zugänglichmachung für nicht-gewerbliche und private Zwecke, insbesondere durch Nutzer für Zwecke der Archivierung und für Forschung und Ausbildung

(a) Zulässig ist die öffentliche Zugänglichmachung von Werken, deren Urheber oder Rechteinhaber nach einer zeitlich auf 30 Tage befristeten öffentlichen Bekanntmachung [alternativ: nach einer dokumentierten Standardsuche] nicht ermittelt werden können.

(b) Zulässig ist die öffentliche Zugänglichmachung von Werken, deren ausschließliches Nutzungsrecht länger als zwanzig Jahre nicht ausgeübt und für die die Urheber nach einer zeitlich auf 30 Tage befristeten öffentlichen Bekanntmachung [alternativ: nach einer dokumentierten Standardsuche] nicht ermittelt werden konnte. An die Stelle des Urhebers im § 41 UrhG tritt der Nutzer.

(c) Für die öffentliche Zugänglichmachung nach den Buchstaben (a) und (b) ist eine angemessene Vergütung vorzuhalten. Der Anspruch kann seitens des nachträglich bekannt gewordenen Urhebers oder Rechteinhabers nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

(d) Dem Recht auf öffentliche Zugänglichmachung kann auch durch den nachträglich bekannt gewordenen Urheber oder Rechteinhaber, unbeschadet der Regelung unter (c), nicht widersprochen werden, wenn die unter (a) und (b) angegebenen Bedingungen erfüllt sind. Weitere Rechtsmittel gegenüber den neuen Nutzern sind nicht möglich.

(2) Öffentliche Zugänglichmachung für gewerbliche Zwecke

(a) Zulässig ist die öffentliche Zugänglichmachung von Werken, deren Urheber oder Rechteinhaber nach einer angemessenen professionellen und dokumentierten Suche und einer öffentlichen Bekanntmachung nicht ermittelt werden können.

(b) Einer öffentlichen Zugänglichmachung von Werken, deren ausschließliches Nutzungsrecht länger als zwanzig Jahre nicht ausgeübt und für die die Urheber nach einer angemessenen professionellen und dokumentierten Suche und einer zeitlich auf 30 Tage befristeten öffentlichen Bekanntmachung nicht ermittelt werden können, für gewerbliche Zwecke Dritter kann von Seiten der bisherigen Rechteinhaber nicht widersprochen werden.

(c) Für die öffentliche Zugänglichmachung nach dem Buchstaben (a) ist mit Blick auf einen nachträglich bekannt werdenden Urheber eine angemessene Vergütung vorzuhalten. Der Anspruch seitens des nachträglich bekannt gewordenen Urhebers kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Die Vergütung gegenüber dem ursprünglichen Rechteinhaber wird durch Lizenzverträge geregelt.

(d) Dem Recht auf öffentliche Zugänglichmachung kann auch durch den nachträglich bekannt gewordenen Urheber oder Rechteinhaber nicht widersprochen werden, wenn die unter (a) und (b) angegebenen Bedingungen erfüllt sind.

2 Begründung

Verwaiste Werke sind bekanntlich entweder Werke, die auf Grund ihres Publikationsdatums zwar urheberrechtlich geschützt, deren Rechteinhaber aber unbekannt sind bzw., wenn bekannt, nicht ausfindig gemacht werden können, oder es sind Werke, bei denen es schwierig oder unmöglich ist, die genaue Dauer des Urheberrechts festzustellen¹.

Das Problem der Rechtsunsicherheit bei verwaisten Werken ist in quantitativer Sicht nicht unerheblich. In einer Studie aus dem Jahr 2005 wurde darauf hingewiesen², dass der Anteil der *orphan works* an den gesamten in den USA publizierten Büchern in den Jahren ab 1960 zwischen 30 und 50% betrug, wobei der Anteil der vergriffenen, in den Verwertungsrechten nicht wahrgenommenen Werke (*commercial abandonmen*) bei weitem am größten ist (vgl. Fußnote 1). Das Ausmaß verwaister Werke und damit verbundene rechtliche Unsicherheiten sind bei anderen medialen Objekten wie Film eher noch größer und auch von größerer wirtschaftlicher Relevanz. Das Problem der Rechtsunsicherheit kann kaum durch individuelle Recherche und (häufig erfolglosem) Einholen der Nutzungs-/Scan-Erlaubnis gelöst werden³.

Verwaiste oder nicht mehr durch die Rechteinhaber verwertete Werke sind aber nicht nur ein Problem aus der Vergangenheit, sondern werden sich mit den vielen hundert Millionen, wenn nicht Milliarden *Websites* zu einem gravierenden Problem für die Zukunft entwickeln. Alle diese Wissensobjekte im *Web* sind ja allein schon durch den Akt der Öffentlichzugänglichmachung urheberrechtlich geschützt. Eine Registrierungspflicht gibt es seit der Berner Konvention nicht (mehr), auch nicht mehr in den USA. Viele diese Werke sind gar nicht durch einen Autor markiert, viele verwenden Pseudonyme oder Avatar-Namen. Erst recht werden für viele solcher Werke schon nach

¹ Die nachstehende Begründung verzichtet bis auf wenige Ausnahmen auf eine ausführliche Referenzierung aus der einschlägigen Literatur. Vgl. dazu Kuhlen, Rainer: Urheberrechts-Landminen beseitigen. Bedarf nach einer Urheberrechtslösung für verwaiste Werke (2007) – Vorversion unter: <http://www.kuhlen.name/Publicationen2007/verwaisteWerke-Publikation-RK0307.pdf>

² Vgl. Covey, Denise Troll: Copyright and the universal digital library. Universal Digital Libraries: Universal Access to Information. Proceedings of the International Conference on the Universal Digital Library, 9-26. Hangzhou, China - http://www.library.cmu.edu/People/troll/ICDUL_TrollCovey_FINALtmpIREV.pdf

³ Covey stellt dazu umfängliches Zahlenmaterial aus verschiedenen empirischen Studien vor, bei denen mit unterschiedlichen Verfahren versucht wurde, die Rechte bei den verwaisten Werken zu bekommen – kaum jemals mit einer annähernd 50%-igen Erfolgsrate, trotz hohen Suchaufwands.

wenigen Jahren die angegebenen Referenzadressen nicht mehr gültig oder nicht mehr auffindbar sein und trotzdem weiterhin im Web sozusagen vagabundieren. Viele, wenn nicht alle dieser Objekte sind jedoch zumindest kulturhistorisch interessant und sollten und werden ja auch in irgendeiner Form (ohne rechtliche Grundlage) archiviert. Viele dieser Objekte sind aber nicht nur aus allgemeinen kulturellen Gründen interessant, sondern können auch Gegenstand kommerzieller Verwertungsinteressen werden. Sie sind aber alle für die Dauer der im Urheberrecht definierten Schutzdauer geschützt. Ein Teil dieses Problems (aber immerhin einige hundert Millionen Objekte schon) wird derzeit und damit für die Zukunft dadurch gelöst, dass sie mit einer *Creative-Commons*-Lizenz verbunden sind, so dass dadurch die freie private, nicht kommerzielle Nutzung und auch die Bereitstellung durch öffentliche Einrichtungen wie Bibliotheken gewährleistet ist. Dies ist auch für die kommerzielle Nutzung geklärt, wenn diese in der Lizenz ausdrücklich ausgeschlossen ist. Ist dies nicht der Fall, tritt dann auch das Problem der verwaisten bzw. nicht mehr genutzten Werke auf.

Das Problem der verwaisten Werke ist also weder trivial noch von geringer Bedeutung. Verwaiste wie auch sonst ältere, nicht mehr urheberrechtsgeschützte Werke haben durch die neuen elektronischen Verwertungsmöglichkeiten durchaus neue Märkte entstehen lassen. Daher ist die Frage der verwaisten Werke vermutlich auch im Kontext der rechtlichen Regelung für unbekannte Nutzungsarten zu sehen (vorgesehen jetzt über einen neuen § 31a UrhG-RegE). Zu überprüfen ist auch, inwieweit die in § 41 UrhG festgelegte Regelung für nicht mehr kommerziell genutzte Werke entsprechend für den Fall der verwaisten Werken angepasst werden sollte.

Verwaiste Werke sind aber vor allem eine Herausforderung an öffentliche Einrichtungen wie Bibliotheken, die durch Digitalisierung ihrem Kulturauftrag entsprechen wollen, diese Werke weiterhin der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Aus dieser Sicht ist das Problem der verwaisten Werke im Kontext des jetzt neu vorgesehenen § 52b zu sehen. Eine Regelung, wie Bibliotheken damit umgehen können, ist von hohem Interesse für Bildung und Wissenschaft, da solches Material im Unterricht gezeigt werden soll bzw. Forschungen darüber und damit durchgeführt werden sollen.

Verwaiste Werke sind aber nicht vogelfrei. Bei fortbestehender Rechtsunsicherheit wird die Übertragung und Bereitstellung solcher Werke in digitalisierter Form nicht ohne weiteres von den Bibliotheken vorgenommen, da sie das rechtliche Risiko einer Urheberrechtsverletzung in der Regel nicht eingehen können bzw. wollen. Die an sich aus öffentlicher Sicht erwünschte Digitalisierung und Bereitstellung solcher Werke unterbleibt so in den meisten Fällen (wenn man damit nicht so großzügig umgehen will wie z.B. Google Book Search).

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat daher gegenüber der EU gefordert, die Nutzung von *orphan works* frei von zusätzlichen Urheberrechtsanforderungen zu machen: „Verwaiste“ Werke sollten so lange als gemeinfrei angesehen und behandelt werden, bis ein Rechteinhaber widerspricht. Für die Freiheit von Forschung und Bildung ist es aus Sicht der DFG zwingend erforderlich, dass die Digitalisierung eines gemeinfreien oder „verwaisten“ Werks keine neuen Urheber- oder Verwertungsrechte

am digitalisierten Original begründet⁴. Dieses Erfordernis ergibt sich allerdings kaum von selber, sondern muss über eine Schrankenregelung verbindlich gemacht werden.

In den USA wird das Problem der *orphan works* seit einigen Jahren intensiv debattiert. 2005 hatte sich das *Copyright Office der Library of Congress* mit einer Ausschreibung an die Öffentlichkeit gewandt, um die Möglichkeiten einer gesetzlichen Regulierung für solche Werke auszuloten⁵. Der Abschlussbericht des *U.S. Copyright Office* liegt seit Januar 2006 vor (UCO 2006) und wurde an das *Senate Judiciary Committee* weitergeleitet. Es wurde vorgeschlagen, die erarbeitete Regelung unter *Chap. 5 des U.S. Copyright Act*, das über „Copyright infringement und remedies“ handelt, einzubringen. Mai 2006 wurde von Rep. Lamar Smith (R-TX), *Chair of the House Judiciary Committee's Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property*, das sogenannte *Orphan Works Act of 2006*, in den US-Kongress (Repräsentantenhaus) eingebracht (OWA 2006). Bis Anfang 2007 wurde es jedoch noch nicht in ein Gesetz umgesetzt⁶.

Für die EU wurde 2006 eine Studie durchgeführt, in der auch ausführlich das Problem der *orphan works* behandelt wird⁷. Ein Regulierungsbedarf wird hier angesichts des Umfangs und der kommerziellen Bedeutung durchaus gesehen, allerdings in erster Linie auf der jeweiligen nationalen Ebene. Die EU sollte nur mit einer Empfehlung zur Regelung von Lizenzierungsfragen bei grenzüberschreitender Verwertung von verwaisten Werken eingreifen. Es liegt daher nahe, hier nicht auf eine europäische Initiative zu warten, sondern das Problem auf der nationalen deutschen Ebene anzugehen, wie das z.B. in der Schweiz und Österreich bei aktuellen Anpassungen der Urheberrechtsregelungen bezüglich des Problems der verwaisten Werke geschehen ist⁸.

Auf Grund welcher erbrachter Vorleistungen verwaiste Werken erneut öffentlich bereitgestellt werden dürfen, darüber bestehen in der Literatur unterschiedliche Vorstellungen. Unterschieden wird dabei verschiedentlich nach kommerziellen, *non-profit*- und solchen für Archiv- und Ausbildungszwecken. Am meisten ist der Vorschlag des U.S. Copyright Office diskutiert worden, nach dem „a reasonably diligent, good faith search“ erforderlich sein soll. Es sollte das Bestmögliche getan werden, den/die Rechteinhaber ausfindig zu machen. Aus einer differenzierten Sicht sollten dabei die

⁴ Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG): Statement issued for the Online Consultation: http://europa.eu.int/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm

⁵ Dokumentierte Stellungnahmen der mehr als 700 Eingaben unter <http://www.copyright.gov/orphan/comments/reply/>. Der entsprechende Bericht des *US Copyright Office* (Report on orphan works) liegt seit Januar 2006 vor (<http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>) und wurde an das *Senate Judiciary Committee* weitergeleitet; dokumentiert in (Kuhlen 2007; s. Fußnote 1).

⁶ Entwurf: Orphan Works Act of 2006 - <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.R.5439t>. Eine Recherche nach Gesetzesvorhaben im aktuellen 110. Kongress über die Library of Congress erbrachte kein Resultat - <http://thomas.loc.gov/home/c110query.html>.

⁷ Hugenholtz, Bernt et al.: The recasting of copyright & related rights for the knowledge economy. European Commission DG Internal Market Study. Contract no. ETD/2005/IM/D1/95. Institute for Information Law University of Amsterdam The Netherlands November 2006
http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf - Executive summary unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_summary_2006.pdf

⁸ Für die Schweiz ein neuer Artikel 22b, Nutzung von verwaisten Werken: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4715/236180/d_s_4715_236180_236262.htm

Anforderungen, z.B. an Suche oder Benachrichtigung, für die Zwecke der Archivierung oder der Bereitstellung für Forschung und Ausbildung niedrig gehalten werden. Dieser Differenzierung trägt der obige Vorschlag für einen neuen § 52c Rechnung. Andere wollen die Auflagen für eine öffentliche Nutzung eher ganz aufgegeben sehen, so z.B. Lawrence Lessig aus der us-amerikanischen Bürgerrechtsbewegung. Die Beweislast sollte den später eventuell auftauchenden Rechteinhabern aufgebürdet werden. Zumindest für den öffentlichen Bereich hält das offenbar auch die DFG für angebracht (s. oben).

Eventuell sollten, wie in der aktuellen Schweizer Regelung vorgesehen, die jeweils zuständige Verwertungsgesellschaft vorsorglich über die digitale Zugänglichmachung des verwaisten Werkes informiert werden. Der Vorschlag, im Vorgriff auf einen später doch auftauchenden Rechteinhaber eine gewisse vorsorgliche Vorauszahlung bei der Verwertungsgesellschaft zu leisten, scheint dagegen weniger praktikabel zu sein. Verschiedentlich wurde vorgeschlagen, eine zentrale Registratur dafür einzurichten. Diese sollte dann dafür zuständig sein, die Probleme zu klären, die bei der Öffentlichmachung einer beabsichtigten „Verwertung“ des verwaisten Werkes auftreten können bzw. bei einer Sicherung möglicherweise doch noch auftretender Rechtsansprüche. In den USA wird dafür das bei der *Library of Congress* angesiedelte *Copyright Office* ins Spiel gebracht. Möglicherweise ist es, nicht nur aus Gründen der verwaisten Werke, für Deutschland sinnvoll, eine entsprechende Einrichtung bei der Deutschen Nationalbibliothek vorzusehen.

Mit diesen Maßnahmen sollten Bibliotheken und andere entsprechende Einrichtungen wie Archive die erforderliche, rechtlich verbindliche Grundlage bekommen, solche verwaisten Werke zu digitalisieren, ohne dass damit zukünftige Ansprüche ausgeschlossen werden, aber auch nicht die Gefahr besteht, dass die getätigten Investitionen zur Digitalisierung und öffentlichen Zugänglichmachung wieder rückgängig gemacht werden müssen. Beim Einhalten der vorgeschlagenen Prozedur kann der Rechteinhaber letzteres nicht mehr bewirken, unbeschadet seines weiterhin bestehenden Vergütungsanspruchs.

In Ergänzung zu den genuin verwaisten Werke wäre es, wie erwähnt, sinnvoll, Werke, die seit mehr als 20 Jahren vergriffen sind bzw. nicht mehr kommerziell genutzt, den Bibliotheken bzw. vergleichbaren Einrichtungen zur Digitalisierung und zur nicht-kommerziellen Nutzung freizugeben⁹. Dieses Problem stellt sich besonders gravierend für altes multimediales Material dar, wie Filme aus den 20er und 30er Jahren, die durch die Verlängerung des Copyright-Urheberrechts-Schutzes weiterhin geschützt sind, obgleich der größte Teil von ihnen schon lange nicht mehr kommerziell genutzt wird. Die Aufgabe - von wem auch immer sie wahrzunehmen ist -, nämlich diese Objekte, die oft noch in nicht langfristig stabilem Nitrat-Material dargestellt sind, durch Digitalisierung der Nachwelt zu bewahren, kann nicht bei weiter bestehender Rechtsunsicherheit wahrgenommen werden.

Ein Sonderfall für quasi verwaiste Werke sind Computerprogramme und Videospiele, die in obsolet gewordenen Formaten bereitgestellt wurden, die nicht mehr aktuell genutzt werden bzw. auf die nur über die ursprünglichen dafür verwendete Medien bzw.

⁹ So auch vorgeschlagen vom Rat der EU, nach dessen Empfehlung (CEU 2006) „orphan and out-of-print works“ zusammen behandelt werden sollten.

Hardware zugegriffen werden kann. Auch diese, oft genug mit technischen Schutzmaßnahmen versehen, sollten aus kulturellen Gründen nutzbar archiviert werden. Daher ist es jetzt in den USA Bibliotheken und Archiven erlaubt, die technischen Schutzmaßnahmen, die ja auch in den USA an sich selber durch das DMCA geschützt sind, bei solchen digitalen Objekten zur Aufbewahrung und digitalen Reproduktion zu umgehen. Entsprechend lautet die zweite Empfehlung des U.S. Copyright Office von 2006, die als Ausnahmeregelung für die Umgehung der technischen Schutzmaßnahmen zunächst für drei Jahre gelten soll:

(2) Computer programs and video games distributed in formats that have become obsolete and which require the original media or hardware as a condition of access, when circumvention is accomplished for the purpose of preservation or archival reproduction of published digital works by a library or archive. A format shall be considered obsolete if the machine or system necessary to render perceptible a work stored in that format is no longer manufactured or is no longer reasonably available in the commercial marketplace¹⁰.

Obsoleete Werke sind aber auch alle solche, die über eine nicht mehr verfügbare Aufzeichnungstechnik medial repräsentiert sind.

Unter Berücksichtigung dieses Sonderfalls, der allerdings bei historischen audiovisuellen Dokumenten und in der Zukunft durch den raschen informationstechnischen Formatwechsel gar nicht so selten sein dürfte, empfiehlt es sich, die Reichweite der verwaisten und vergriffenen (nicht mehr kommerziell genutzten) Werke um die der durch die mediale technische Entwicklung obsolet gewordenen Werke zu ergänzen. Es müsste überprüft werden, inwieweit dadurch Anpassungen im Rahmen von § 95b UrhG nötig werden.

3 Schlussbemerkung

Die Debatte um die rechtliche Regulierung des Problems der verwaisten Werke ist in Deutschland Anfang 2007 wohl erst in den Anfängen, wird aber nicht zuletzt durch die us-amerikanische und die EU-Diskussion politisch virulent. Es ersichtlich, dass hier angesichts der sowohl zunehmenden kommerziellen Bedeutung solcher Werke als auch des zunehmenden öffentlichen Interesse an diesen, nicht zuletzt von Seiten von Bildung und Wissenschaft, des weiteren öffentlichen Kulturbereichs und der Medien, Bedarf besteht - gleichermaßen für die privaten als auch für die öffentlichen Informationsmärkte. Sollen sich die Bibliotheken weiterhin für die Bewahrung und Förderung des kulturellen Erbes zuständig fühlen dürfen, sind Regelungen dringend erforderlich, die ihnen entsprechende Freiräume und Sicherheit geben. Sie dürfen dabei nicht zu Auflagen verpflichtet werden - wie unangemessen intensive Suche oder finanzielle Vorleistungen oder sogar Aufgabe der öffentlichen Bereitstellung, wenn ein Rechteinhaber bekannt wird -, die eine neue Schranke zugunsten der freien öffentlichen Nutzung von verwaisten Werken dann wieder nutzlos macht. Das öffentliche Interesse sollte hier eindeutig Vorrang haben.

¹⁰ Library of Congress. Copyright Office: Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies. 37 CFR Part 201 [Docket No. RM 2005-11] - <http://www.copyright.gov/fedreg/2006/71fr68472.pdf>