

JAN-MICHAEL GRAGES

Verwaiste Werke

*Geistiges Eigentum und
Wettbewerbsrecht*

83

Mohr Siebeck

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel,
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

83



Jan-Michael Grages

Verwaiste Werke

Lizenzierung in Abwesenheit des Rechtsinhabers

Mohr Siebeck

Jan-Michael Grages, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaften in Hamburg, Hannover und Aix-en-Provence; 2013 Promotion; Referendariat in Hamburg und New York; seit 2010 Rechtsanwalt.

ISBN 978-3-16-152797-5 / eISBN 978-3-16-162929-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2024
ISSN 1860-7306 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit basiert auf einer im August 2012 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover eingereichten Dissertation. Die angesichts der fortgeschrittenen Rechtsentwicklung nach Abschluss des Promotionsverfahrens aktualisierte Fassung wurde im Mai 2013 fertiggestellt.

Herzlich danke ich meinem Doktorvater Professor Axel Metzger, der mich hilfsbereit und verlässlich begleitet hat. Professor Nikolaus Forgó danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Daneben bedanke ich mich bei den Herausgebern für die Aufnahme in diese Schriftenreihe sowie beim Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort, der diese Arbeit mit einem Promotionsstipendium unterstützt hat.

Ganz besonders danke ich meinen Eltern Ursula und Michael Grages für ihre bedingungslose Unterstützung, meinem Bruder Christopher für seine engagierte Hilfe und Wibke für den liebevollen Rückhalt.

Hamburg, im Mai 2013

Jan-Michael Grages

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX

Einleitung.....	1
-----------------	---

<i>A. Problemstellung.....</i>	<i>3</i>
--------------------------------	----------

<i>B. Stand der Forschung.....</i>	<i>9</i>
------------------------------------	----------

<i>C. Zielsetzung und Gang der Untersuchung</i>	<i>10</i>
---	-----------

Kapitel 1: Darstellung und Einordnung aus praktischer Sicht..	13
---	----

<i>A. Unerreichbarkeit als Hindernis bei der Lizenzierung.....</i>	<i>13</i>
--	-----------

<i>B. Nutzungsinteressen</i>	<i>27</i>
------------------------------------	-----------

Kapitel 2: Unmögliche Rechtklärung als Rechtsproblem.....	38
---	----

<i>A. Scheitern der Lizenzierung</i>	<i>38</i>
--	-----------

<i>B. Strafrechtliche Dimension</i>	<i>65</i>
---	-----------

<i>C. Nutzung verwaister Werke als Wettbewerbsverstoß</i>	<i>68</i>
---	-----------

<i>D. Reaktionen der Nutzer</i>	<i>69</i>
---------------------------------------	-----------

<i>E. Parallele Rechtsprobleme und Lösungen</i>	<i>73</i>
---	-----------

Kapitel 3: Anwendung der Grundlagen des Urheberschutzes...	80
--	----

<i>A. Rechtsphilosophische Herleitung des Urheberschutzes</i>	<i>80</i>
---	-----------

<i>B. Ökonomische Analyse</i>	86
<i>C. Verfassungsrechtliche Bindungen</i>	96
<i>D. Vorgaben durch europäisches Recht und Staatsverträge</i>	106
Kapitel 4: Konzeption des deutschen Urheberrechts	115
<i>A. Urheberrecht als einheitliches Recht</i>	116
<i>B. Begrenzung durch Schrankenregelungen</i>	121
<i>C. Umformung durch Ausübungsregeln</i>	129
Kapitel 5: Auswirkungen einer grundsätzlichen Reform	134
<i>A. Moderne Verwertungsmechanismen</i>	134
<i>B. Neue Formalitäten</i>	137
<i>C. Institutionen zur Rechtklärung</i>	139
<i>D. Neukonzeption des Urheberrechts</i>	141
Kapitel 6: Lösungen in anderen Rechtsordnungen	145
<i>A. Erweiterte Kollektivlizenzen</i>	145
<i>B. Treuhänderische Lizenzierung</i>	149
<i>C. Situation in den Vereinigten Staaten</i>	156
Kapitel 7: Anforderungen an eine Zugangsregel	164
<i>A. Sorgfältige Suche</i>	164
<i>B. Vergütungspflicht</i>	177
<i>C. Reichweite neuer Nutzungsbefugnisse</i>	183
<i>D. Situation bei Auftauchen des Rechtsinhabers</i>	190
<i>E. Konkrete Regelungsvorschläge</i>	191

Kapitel 8: Europäische Richtlinie.....	202
A. Verfahrensgang	202
B. Rechtstechnischer Ansatz.....	205
C. Regelungsbereich der Richtlinie	208
D. Bewertung der Richtlinie	220
E. Umsetzung ins nationale Recht	223
Kapitel 9: Eigener Vorschlag	229
A. Wiederherstellung des Lizenzmarkts als Regelungsziel	229
B. Treuhänderische Ersetzung der individuellen Lizenzierung	232
C. Umsetzung im Einzelnen	233
D. Verhältnis zum geltenden Recht.....	245
E. Formulierungsvorschlag.....	249
Kapitel 10: Ergebnis der Untersuchung	252
A. Schlussbetrachtung	252
B. Zusammenfassung in Thesen.....	254
Literatur- und Quellenverzeichnis	259
Register	279

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX

Einleitung.....	1
-----------------	---

A. <i>Problemstellung</i>	3
---------------------------------	---

I. Blockade statt Verbreitung	3
-------------------------------------	---

II. Beispiel der Legitimationskrise	5
---	---

III. Denkbare Lösungsansätze.....	9
-----------------------------------	---

B. <i>Stand der Forschung</i>	9
-------------------------------------	---

C. <i>Zielsetzung und Gang der Untersuchung</i>	10
---	----

Kapitel 1: Darstellung und Einordnung aus praktischer Sicht ..	13
--	----

A. <i>Unerreichbarkeit als Hindernis bei der Lizenzierung</i>	13
---	----

I. Definition des verwaisten Werks	13
--	----

1. Teilverwaiste Werke	15
------------------------------	----

a) Kollektivwerke.....	15
------------------------	----

b) Verbundene Werke.....	16
--------------------------	----

c) Auseinanderfallende Rechtszuständigkeiten	16
--	----

2. Abgrenzung zur mangelnden Kooperation.....	17
---	----

3. Abgrenzung zu vergriffenen Werken.....	18
---	----

4. Abgrenzung zu anonymen Werken.....	19
---------------------------------------	----

II. Gründe für das Verwaissen	20
-------------------------------------	----

1. Langfristiger Schutz mit Schöpfung	21
---	----

2. Mangelnde Kennzeichnung	21
----------------------------------	----

3. Wechsel der Rechtsinhaberschaft	22
--	----

4. Unwirtschaftlichkeit durch Informationskosten	23
--	----

5. Einfluss der kollektiven Rechtswahrnehmung	24
---	----

III. Größenordnung des Problems	25
<i>B. Nutzungsinteressen</i>	27
I. Zugangsinteresse der Allgemeinheit	28
1. Projekte zur Gewährleistung der Werkverfügbarkeit	28
a) Retrodigitalisierung	29
b) Webharvesting	30
2. Möglichkeiten kreativer Folgenutzungen	30
II. Neue Marktchancen für Verwerter	31
1. Mehrwertdienste	32
2. Long tail-Vertrieb	33
3. Technische Systemwechsel	33
III. Ambivalenz der Rechtsinhaber	34
1. Ideelles Interesse an Kontrolle und Verbreitung	35
2. Interesse an kommerzieller Partizipation	36
3. Interesse der abgeleiteten Berechtigten	37
Kapitel 2: Unmögliche Rechtklärung als Rechtsproblem	38
<i>A. Scheitern der Lizenzierung</i>	38
I. Zustimmungsvorbehalt des Urhebers	38
1. Betroffenheit des Verwertungsrechts	39
2. Veröffentlichung von Bearbeitungen	41
3. Vorrecht der Veröffentlichung	44
4. Weiterübertragung von Nutzungsrechten	45
II. Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis	45
1. Erschöpfungsgrundsatz	46
2. Rechtsgeschäftliche Handlungen trotz Abwesenheit	47
a) Verzicht	47
b) Pflicht zur Zustimmung aus Treu und Glauben	49
3. Gesetzliche Übertragungsfiktion	50
III. Anwendbarkeit von Schrankenregelungen	52
1. Privilegierte Nutzungen	53
2. Analoge Anwendung	54
3. Unmöglichkeit der Erfüllung von Vergütungsansprüchen	55
IV. Rechtfertigung der Nutzung	56
V. Rechtsfolgen bei mangelnder Zustimmung	59
1. Ansprüche des Rechtsinhabers	59
a) Abwehransprüche	59
b) Schadensersatz	60
2. Verteidigungsmöglichkeiten	62

a) Erfüllung durch Hinterlegung.....	62
b) Ablösungsbefugnis des Nutzers.....	62
c) Verwirkung des Anspruchs durch den Rechtsinhaber	63
d) Verjährung des Anspruchs.....	65
<i>B. Strafrechtliche Dimension</i>	<i>65</i>
I. Unerlaubte Verwertung als Straftat.....	66
II. Unsicherheitsfaktor Antragsfordernis	67
<i>C. Nutzung verwaister Werke als Wettbewerbsverstoß</i>	<i>68</i>
<i>D. Reaktionen der Nutzer</i>	<i>69</i>
I. Präventive Vereinbarungen.....	69
II. Geschäftsübernahme durch Unberechtigte	70
III. Haftungsfreistellung durch eine Versicherung	72
IV. Haftungsfreizeichnung durch disclaimer.....	73
<i>E. Parallele Rechtsprobleme und Lösungen</i>	<i>73</i>
I. Schutzvoraussetzungen des gewerblichen Rechtsschutzes	74
1. Registerpflichten.....	74
2. Benutzungszwang	74
II. Eigentumserwerb im Sachenrecht.....	75
1. Gutgläubiger Erwerb.....	76
2. Aneignung und Ersitzung	77
III. Kartellrechtliche Implikationen	78
Kapitel 3: Anwendung der Grundlagen des Urheberschutzes... 80	
<i>A. Rechtsphilosophische Herleitung des Urheberschutzes</i>	<i>80</i>
I. Individualistisches Verständnis als Schöpferrecht.....	81
1. Durch die Schöpfung verdientes Recht.....	81
2. Durch die Persönlichkeit geprägtes Recht	82
3. Verknüpfung im einheitlichen Urheberrecht.....	83
II. Utilitaristische Begründung mit der allgemeinen Nützlichkeit	84
1. Kulturelle Vielfalt als Zielbestimmung.....	85
2. Maxime der Wohlfahrtssteigerung	86
<i>B. Ökonomische Analyse</i>	<i>86</i>
I. Prinzip der rationalen Nutzenmaximierung.....	87
II. Urheberrecht als marktgängiges Verfügungsrecht.....	87
1. Marktversagen bei verwaisten Werken.....	89

2. Mangelnde Substituierbarkeit verwaister Werke.....	91
3. Ausbleibende positive externe Effekte als Konsequenz	91
III. Regelungsalternativen aus ökonomischer Sicht.....	92
1. Wegfall des Verbotsrechts.....	93
2. Umformung durch Entschädigungsregeln.....	94
C. <i>Verfassungsrechtliche Bindungen</i>	96
I. Urheberrecht als verfassungsrechtliches Eigentum	96
1. Sozialbindung des Urheberrechts	97
2. Kollidierende Grundrechtspositionen der Nutzer.....	99
3. Konsequenzen für das Verfügungs- und Verwertungsrecht.....	100
II. Persönlichkeitsrecht als absolute Garantie	103
III. Weitere verfassungsrechtliche Implikationen.....	104
D. <i>Vorgaben durch europäisches Recht und Staatsverträge</i>	106
I. Bindungen des Gemeinschaftsrechts.....	106
II. Abschließender Schranken-katalog der InfoSoc-Richtlinie.....	108
III. Beschränkung des Urheberrechts nach dem Drei-Stufen-Test	109
1. Sonderfall	110
2. Keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung	111
3. Keine unangemessene Verletzung der Urheberinteressen	112
IV. Voraussetzungen der Schutzbegründung nach der RBÜ.....	112
 Kapitel 4: Konzeption des deutschen Urheberrechts	 115
A. <i>Urheberrecht als einheitliches Recht</i>	116
I. Ausschließliches Verwertungsrecht	116
II. Urheberpersönlichkeitsrecht	117
III. Wahrnehmung des Urheberrechts	118
B. <i>Begrenzung durch Schrankenregelungen</i>	121
I. Schranken-zwecke	121
1. Gewährleistung privilegierter Nutzungsinteressen.....	122
2. Umfassende Behebung eines Marktversagens.....	123
II. Bedingungen der zustimmungsfreien Nutzung.....	125
1. Vergütungspflicht bei gesetzlichen Lizenzen.....	126
2. Achtung des Urheberpersönlichkeitsrechts	128
C. <i>Umformung durch Ausübungsregeln</i>	129
I. Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit	129
II. Gesetzliche Fiktion der Wahrnehmungsberechtigung.....	131

Kapitel 5: Auswirkungen einer grundsätzlichen Reform.....	134
A. <i>Moderne Verwertungsmechanismen</i>	134
I. Digitales Rechtemanagement.....	134
II. Freie Inhalte	136
B. <i>Neue Formalitäten</i>	137
C. <i>Institutionen zur Rechtklärung</i>	139
D. <i>Neukonzeption des Urheberrechts</i>	141
I. Nutzungsbefugnis auf Grundlage einer Generalklausel	141
II. Opt out-Mechanismus.....	142
 Kapitel 6: Lösungen in anderen Rechtsordnungen.....	 145
A. <i>Erweiterte Kollektivlizenzen</i>	145
I. Umfassende Wahrnehmungsbefugnis	147
II. Mangelnde Eignung zur Lizenzierung verwaister Werke	148
B. <i>Treuhänderische Lizenzierung</i>	149
I. Entscheidung durch das Copyright Board in Kanada	150
II. Lizenzvergabe durch eine Behörde in Ungarn.....	151
III. Einzelwahrnehmung in der Schweiz	153
IV. Entwicklung im Vereinigten Königreich.....	154
V. Digitalisierungsinitiative in Frankreich.....	155
C. <i>Situation in den Vereinigten Staaten</i>	156
I. Einfluss des Google Book Settlement	156
II. Nutzung auf Grundlage der fair use-Doktrin.....	159
III. Gesetzesinitiativen zur Haftungserleichterung	161
 Kapitel 7: Anforderungen an eine Zugangsregel.....	 164
A. <i>Sorgfältige Suche</i>	164
I. Anforderungen an eine pflichtgemäße Suche	165
1. Bestimmung eines Standards.....	167
2. Formulierung der konkreten Anforderungen.....	168
3. Kopplung an Nutzungsumstände	169

4. Dokumentation und Bestätigung der Suche	171
5. Veröffentlichung der Nutzungsabsicht als Alternative.....	173
II. Verantwortlicher für die Suche.....	175
III. Behandlung teilverwaister Werke	175
<i>B. Vergütungspflicht</i>	<i>177</i>
I. Höhe der Vergütung	178
II. Zeitpunkt der Zahlung	179
III. Anspruchsinhaber.....	182
<i>C. Reichweite neuer Nutzungsbefugnisse.....</i>	<i>183</i>
I. Betroffene Schutzgegenstände	183
II. Begünstigte Nutzer	184
III. Qualität der Nutzungsrechte	184
1. Spezifizierung der Nutzungsarten.....	185
2. Einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte	185
3. Nutzungen mit Bezug zum Urheberpersönlichkeitsrecht.....	188
a) Erstveröffentlichung verwaister Werke	188
b) Umgestaltung verwaister Werke.....	189
<i>D. Situation bei Auftauchen des Rechtsinhabers.....</i>	<i>190</i>
<i>E. Konkrete Regelungsvorschläge</i>	<i>191</i>
I. Vorschläge für eine Schrankenregelung.....	192
II. Wahrnehmungrechtliche Lösung.....	194
III. Haftungsrechtliche Erleichterungen.....	196
1. Beschränkung der Rechtsfolgen	197
2. Erweiterung der Ablösungsbefugnis.....	198
3. Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit	200
Kapitel 8: Europäische Richtlinie.....	202
<i>A. Verfahrensgang</i>	<i>202</i>
<i>B. Rechtstechnischer Ansatz.....</i>	<i>205</i>
I. Europäische Schrankenregel.....	206
II. Gegenseitige Anerkennung	207
<i>C. Regelungsbereich der Richtlinie</i>	<i>208</i>
I. Waisenstatus infolge erfolgloser Suche.....	209
1. Ort der Recherche	210
2. Sorgfaltsmaßstab und Verantwortlichkeit.....	211

3. Dokumentation und Information	212
II. Digitalisierung öffentlicher Sammlungen	213
1. Privilegierte Einrichtungen.....	213
a) Öffentliche Zugänglichkeit.....	213
b) Ausschluss anderer Nutzer	214
2. Erfasste Nutzungsobjekte	215
a) Katalog nutzbarer Schutzgegenstände	216
b) Beschränkung auf den jeweiligen Bestand.....	216
c) Bislang unveröffentlichte Werke	217
3. Vergütungspflicht	218
4. Keine kommerziellen Nutzungen	219
<i>D. Bewertung der Richtlinie</i>	<i>220</i>
<i>E. Umsetzung ins nationale Recht</i>	<i>223</i>
I. Neuregelung in §§ 61 ff. UrhG-E.....	224
II. Bewertung des Gesetzentwurfs	225
III. Regelung zur Nutzung vergriffener Werke	227
Kapitel 9: Eigener Vorschlag	229
<i>A. Wiederherstellung des Lizenzmarkts als Regelungsziel</i>	<i>229</i>
<i>B. Treuhänderische Ersetzung der individuellen Lizenzierung</i>	<i>232</i>
<i>C. Umsetzung im Einzelnen.....</i>	<i>233</i>
I. Suche anhand kollektiv erarbeiteter Standards	234
II. Abwicklung durch eine Zentralstelle	235
1. Bestätigung des Waisenstatus.....	236
2. Vergabe der Nutzungsbefugnis.....	236
III. Vergütungspflicht.....	237
1. Lizenzerteilung gegen Zahlung	237
2. Verwendung nicht auszukehrender Einnahmen	238
IV. Reichweite der Nutzungserlaubnis.....	239
1. Begünstigte	239
2. Nutzungsmodalitäten.....	240
a) Keine Einschränkung der Nutzungsbefugnisse	240
b) Bindung an den konkreten Nutzungszweck	241
c) Vorgaben des Urheberpersönlichkeitsrechts	241
d) Eingeschränktes Recht auf Nutzungseinstellung	243
<i>D. Verhältnis zum geltenden Recht.....</i>	<i>245</i>

I. Qualität des Eingriffs in das Ausschließlichkeitsrecht.....	245
II. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs.....	247
III. Kompatibilität mit der Richtlinie 2012/28/EU	248
<i>E. Formulierungsvorschlag.....</i>	<i>249</i>
I. Ergänzungen des fünften Abschnitts des UrhG	250
II. Ergänzung des zweiten Abschnitts des UrhWG	251
Kapitel 10: Ergebnis der Untersuchung	252
A. <i>Schlussbetrachtung.....</i>	<i>252</i>
B. <i>Zusammenfassung in Thesen.....</i>	<i>254</i>
I. Beschreibung des Phänomens	254
II. Gründe und Auswirkungen	254
III. Zielbestimmung einer Neuregelung	255
IV. Reichweite einer Zugangsregel.....	256
V. Gesetzliche Lösungsalternativen.....	257
Literatur- und Quellenverzeichnis	259
Register	279

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement
AfP	Archiv für Presserecht
Amer. Eco. Rev.	American Economic Review
amtl. Begr.	amtliche Begründung
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ARROW	Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana
Art.	Artikel
AUEV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
B.U. J. Sci. & Tech. L.	Boston University Journal of Science & Technology Law
Begr.	Begründer
Berkeley Tech. L.J.	Berkeley Technology Law Journal
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BITKOM	Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR	Bundesrat
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CA	Copyright Act
Cal. L. Rev.	California Law Review
Chicago-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
CMMV	Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften von Urheber- und Leistungsschutzrechten
Colum. J.L. Arts	Columbia Journal of Law & the Arts
Columbia L.Rev.	Columbia Law Review
CR	Computer und Recht
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
DePaul-LCA J. Art & Ent. L.	DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law
ders.	derselbe

dies.	dieselbe(n)
DNB	Deutsche Nationalbibliothek
DNBG	Gesetz über die Deutsche Nationalbibliothek
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
Drucks.	Drucksache
ebda.	ebenda
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gsetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
E	Entwurf
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
(f).	(fort)folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
F. Supp.	Federal Supplement
Fn.	Fußnote
Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.	Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal
FS	Festschrift
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GR	Grundrechte
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht / Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungsreport
h.M.	herrschende Meinung
H.R.	House of Representatives
HABM	Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt
HalbSchG	Halbleiterschutzgesetz
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
Hrsg.	Herausgeber
i.H.v.	in Höhe von
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law

InfoSoc	Informationsgesellschaft
Int. Jnl. of Law and Info. Tech.	International Journal of Law and Information Technology
in Vorb.	in Vorbereitung
IJMBR	International Journal of Music Business Research
IP	Intellectual Property
IPO (UK)	Intellectual Property Office (United Kingdom)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IRIS	Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle
ISBN	International Standard Book Number
J. Comp. L. & Econ.	Journal of Competition Law & Economics
J. Copyright Soc'y U.S.A.	Journal of the Copyright Society of the U.S.A.
J. Econ. Behav. Org.	Journal of Economic Behavior and Organization
JIPLP	Journal of Intellectual Property Law & Practice
J. Legal Analysis	Journal of Legal Analysis
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
JPE	Journal of Political Economy
J. Tech. L. Pol'y	Journal of Technology Law & Policy
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
jipitec	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
JISC	Joint Information Systems Committee
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
Lewis & Clark Law Review	Lewis & Clark L. Rev.
Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.	Michigan Telecommunications and Technology Law Review
Missouri L. Rev	Missouri Law Review
MMR	Multimedia und Recht
MR-Int	Medien und Recht International
N.Y.L. Sch. L. Rev.	New York Law School Law Review
Nebraska L. Rev.	Nebraska Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
Oxford Univ. Commonw. L.J.	Oxford University Commonwealth Law Journal
PatG	Patentgesetz
PUK	Politik & Kultur - Zeitung des Deutschen Kulturrats
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft
RCC	Rights Clearance Center
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeld- verfahren
RL	Richtlinie

Rn.	Randnummer
S./s.	siehe/Seite(n)/Satz/Senate
SESAM	Société du droit d'auteur dans l'univers multimédia
Sec.	Section
Slg.	Sammlung
SOFAM	Société d'Auteurs dans le domaine des Arts Visuels
sog.	sogenannt
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
str.	strittig
Texas L. Rev.	Texas Law Review
TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U.S.(A.)	United States (of America)
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
URG	Schweizer Urheberrechtsgesetz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UrhWG	Urheberrechtswahrnehmungsgesetz
USC	University of Southern California
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom/von
Vand. J. Ent. & Tech. L.	Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VG	Vewertungsgesellschaft
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
vs.	versus
WATCH	Writers, Artists and their Copyright Holders
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WUA	Welturheberrechtsabkommen
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZP	Zusatzprotokoll
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Rechtsprechungsdiens

Vgl. im Übrigen *Kirchner, Hildebert*: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl., Berlin, 2006

Einleitung

Die vorliegende Arbeit behandelt das Phänomen der „verwaisten“ Werke.¹ In dieser Konstellation ist der Inhaber der urheberrechtlichen Verwertungsbefugnisse nicht auffindbar oder nicht ermittelbar. Begehrte Lizenzierungen sind zum Scheitern verurteilt, weil die Rechtseinräumung in Abwesenheit des Berechtigten nicht erfolgen kann. Der Anteil der verwaisten Werkbestände in den Archiven wird in einigen Bereichen auf bis zu 90 % geschätzt.²

Die unmögliche Rechtklärung behindert kulturelle Projekte, die im allgemeinen Interesse liegen. Pessimisten sehen gar die „Lücke des 20. Jahrhunderts“ drohen, denn ein Großteil der noch geschützten Werke des vergangenen Jahrhunderts stehe mangels entsprechender Lizenzierungsmöglichkeit nicht in aktuellen Verwertungsformaten zum Konsum zur Verfügung.³ Darin wird eine Gefahr für die (zumindest technisch) möglich erscheinende „Wissensallmende“ ausgemacht.⁴

Der Fokus liegt dementsprechend auf der Digitalisierung des Werkbestands, den es der Allgemeinheit durch die Abrufbarkeit im Internet näherzubringen gilt. Der daran anknüpfende Versuch von Unternehmen und öffentlichen Institutionen, verwaiste Werke auch ohne Nutzungserlaubnis entsprechend zu verwenden, hat international zu einer mitunter hitzigen Diskussion geführt.⁵

¹ Der Rückgriff auf Begrifflichkeiten der Familie ist im Urheberrecht üblich, so spricht man bei der Einräumung abgeleiteter Nutzungsrechte von Mutter-, Tochter- und Enkelrechten, vgl. Dreier/Schulze, Rn. 35 UrhG, Rn. 1. Der englische Begriff *orphan works* tauchte Ende des 20. Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten auf, vgl. *Copyright Office*, Report on Copyright and Digital Distance Education, S. 38. Zum emotionalen Aspekt der Bezeichnung als „verwaist“ s. Grünberger, ZGE 2012, 321, 322.

² S. zum empirischen Aspekt Kapitel 1 A III.

³ Vgl. die Studie von Heald zu den bei Amazon erhältlichen Büchern in Abhängigkeit von ihrem Veröffentlichungsdatum (<http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/03/the-missing-20th-century-how-copyright-protection-makes-books-vanish/255282/>).

⁴ Dobusch/Quack, APuZ 28-30/2011, 41, 45.

⁵ Vgl. Grimmelmann, The Orphan Wars, Educause Review 1/2012, S. 48.

Die Europäische Kommission hat das Problem vor dem geschilderten Hintergrund bereits vor einigen Jahren auf die Tagesordnung gesetzt. Mittlerweile wurde die Richtlinie 2012/28/EU über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke erlassen.⁶ Während die letzten Anpassungen des deutschen Urheberrechts die Schwierigkeiten bei der unmöglichen Rechtklärung bereits streiften, ist die Schaffung einer spezifischen Norm zur Zugangseröffnung für privilegierte Institutionen nun also Gegenstand der kommenden Gesetzesnovelle.⁷

Neben der Hemmung konkreter Projekte macht die Nutzungsblockade bei verwaisten Werken sichtbar, wie die gesetzlich intendierte Funktion eines Rechts ausfallen kann.⁸ Die Regeln des Lizenzverkehrs dienen eigentlich zur Verbreitung geschützter Inhalte. Bei verwaisten Beständen behindern sie dagegen eine befriedigende Verteilung und eine rechtssichere Verwendungsmöglichkeit für interessierte Nutzer. Es stellt sich deshalb die grundsätzliche Frage, inwieweit das Urheberrecht angesichts dieses Steuerungsversagens neu zu justieren ist.

Bei der Verwendung verwaister Werke wird zwangsläufig der Zustimmungsvorbehalt der Urheber aufgeweicht. Diese Einschränkung könnte angesichts der gesellschaftlichen Bedürfnisse indes auch unter Anerkennung eines grundlegenden Schutzanspruchs gerechtfertigt sein, um jene Nutzbarkeit der Werke herzustellen, die deren Rechtsinhaber selbst nicht gewährleisten.

In *The Importance of Being Ernest* heißt es zum Verwaisten: „To lose one parent, (...) may be regarded as a misfortune; to lose both looks like carelessness.“⁹ In diesem Sinne kann man zwei Verantwortliche für die Schutzgegenstände des Urheberrechts ausmachen: Den Inhaber des ausschließlichen Rechts und den Gesetzgeber. Kommt es zum Unglück der Unauffindbarkeit des einen, sollte nicht die Sorglosigkeit des anderen den Verlust jeder Verwertungsmöglichkeit zementieren.

⁶ ABl. L 299 v. 27.10.2012, S. 5.

⁷ Zur notwendigen Weiterentwicklung des Urheberrechts *Dreier*, Entwicklung des Urheberrechts in der digitalen Gesellschaft, S. 3 ff.

⁸ *Loren*, Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-10, S. 21 nutzt alternativen Begriff *hostage works*, um den Aspekt der versperrten Nutzbarkeit zu betonen. Vgl. auch die Bezeichnung *neglected works* bei *Aaron*, 16 *Lewis & Clark L. Rev.* (2012), 1317, 1318.

⁹ *Wilde*, *The Importance of Being Ernest*, First Act; vgl. zum Zitat auch *Elhauge*, 2 *J. Legal Analysis* (2010), 1, 67.

A. Problemstellung

Sobald die gewünschte Nutzung verwaister Werke die urheberrechtlich relevanten Verwertungsbefugnisse betrifft, kommt es zum Problem der unmöglichen Rechtklärung. Eine Nutzung ohne Zustimmung des Rechtsinhabers ist illegal und mit einem Haftungsrisiko belegt.¹⁰ Die mangelnde Nutzbarkeit entspricht indes keiner bewussten Entscheidung, sondern ist die Folge der gesetzlichen Grundentscheidung für ein unmittelbar geltendes Verbotsrecht. Erst 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers entspannt sich die Situation durch die einsetzende Gemeinfreiheit.¹¹ Ob der Schutzzeitraum abgelaufen ist, lässt sich allerdings ohne Ermittlung des Autors und seiner Lebensumstände nicht zuverlässig aufklären.¹² Eine weitere Unsicherheit besteht darin, ob der Urheber in Reaktion auf eine nicht lizenzierte Nutzung auftauchen und seine Abwehransprüche geltend machen wird.

Die derzeit allein verbleibende Option der unrechtmäßigen Nutzung ist aus verschiedenen Gründen problematisch. Zuvorderst widerspricht die illegale Werkverwendung offensichtlich dem Gebot der Rechtstreue. Eine Praxis der bewussten Rechtsverletzungen würde das Urheberrechtssystem weiter schwächen.¹³ Die Nutzung durch öffentliche Institutionen ohne Durchführung einer erfolgreichen Rechtklärung erscheint bereits aus rechtstaatlichen Gründen indiskutabel.¹⁴ Zudem sind die Haftungsrisiken bei gewerblichen Nutzungen wegen der Gefährdung der Investitionen durch drohende Unterlassungspflichten nicht zu unterschätzen.

I. Blockade statt Verbreitung

Verwaiste Werke offenbaren die nachteiligen Folgen der Konzeption des Urheberrechts und seiner dogmatischen Anknüpfung an das Ausschließlichkeitsrecht. Mit der Herstellung erlangt der Urheber ein umfassendes Bestimmungsrecht über seine Schöpfung. Die Verbreitung des Werks erfolgt dann in der Regel durch Intermediäre wie Verlage und Sendeunternehmen, denen die Rechtsinhaber abgeleitete Nutzungsrechte einräumen.

¹⁰ Pfennig, FS Loschelder, S. 279, 285 spricht von der „Legalitätsfalle“.

¹¹ Der Schutzzeitraum gemäß § 64 UrhG kann sehr lang sein. Ist der Urheber bei der Schöpfung 25 Jahre alt und stirbt er erst mit 95 Jahren, beträgt er 140 Jahre.

¹² Haupt, FS Pfennig, S. 269, 281 weist auf die Möglichkeit zur Bestimmung des Todeszeitpunkts von Unauffindbaren nach dem VerschollenheitsG hin. Praktisch dürfte sich daraus keine Erleichterung ergeben. Vgl. auch *Rehbinder/Viganò*, Art. 22b URG, Rn. 8, die auf die Verschollenerklärung nach Art. 35-38 ZGB verweisen.

¹³ Zur Legitimationskrise s. Einleitung A II.

¹⁴ Der Ansatz, durch zivilen Ungehorsam könne Fortschritt entstehen, ist zumindest aus juristischer Perspektive eher unbefriedigend, vgl. *Hilty* bei *Borries*, Schriftenreihe Bildung und Kultur, Band 4, S. 100.

Dieses System hat sich durchaus bewährt – trotz der aktuellen Kritik an der Fähigkeit der Rechteinhaber zur Anpassung an die digitalen Umstände.¹⁵ Doch wenn der Rechteinhaber nicht identifizierbar oder nicht auffindbar ist, scheitert die Lizenzierung trotz Nachfrage.

Diese Blockade durch die unmögliche Rechtklärung war früher eher theoretischer Natur. Ein Buch in einer Bibliothek kann zwar in Unkenntnis des Rechteinhabers grundsätzlich nicht zur Weiterverwertung lizenziert werden. Soweit die übliche Nutzung aber lediglich in der Einsichtnahme vor Ort bestand, ergab sich daraus noch keine praktische Unzulänglichkeit des Rechts. Mit den Möglichkeiten der Digitalisierung hat sich die Situation gewandelt.¹⁶ Altbestände könnte man heute über neue Verbreitungswege zur Verfügung stellen. Doch diese Werkvermittlung ist versperrt, da die neuen technischen Möglichkeiten zur Verbreitung auf der Erstellung digitaler Kopien basieren, die dem Zustimmungsvorbehalt des Urhebers unterfallen.¹⁷

Es liegt in der Natur des Urheberrechts, dass stetig eine reaktive Anpassung an gewandelte technische Gegebenheiten erforderlich ist. Die Diskussion angesichts der Möglichkeiten digitaler Vervielfältigungen drehte sich in jüngerer Vergangenheit häufig um die Rechtsverletzungen durch die unkontrollierte und weitgehend ungeahndete Verbreitung qualitativ hochwertiger Kopien.¹⁸ Das hier untersuchte Problem stellt die Kehrseite der Medaille dar: Bei rechtstreuem Verhalten bleibt die sinnvolle Nutzung nämlich hinter den technischen Möglichkeiten zurück. Das aktuelle Vorhaben verschiedener Bibliotheken und Archive, digitale Vervielfältigungen ihrer Bestände im Internet öffentlich zugänglich zu machen, hat das Prob-

¹⁵ Vgl. beispielhaft zur Diskussion um einen zeitgemäßen Werkvertrieb im Internet Metzger, Piraten und GEMA sitzen in einem Boot, Spiegel Online v. 8.6.2012 (<http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/axel-metzger-zum-urheberrecht-piraten-und-gema-sitzen-in-einem-boot-a-837657.html>), Darnstädt, Wem gehören die Gedanken?, Der Spiegel 21/2012 v. 21.5.2012, S. 124 ff.

¹⁶ Vgl. Grünberger, ZGE 2012, 321, 330 mit Verweis auf die Argumentation mit den gewandelten technischen Prämissen des Urheberrechts im Verfahren *Eldred vs. Ashcroft*, US Supreme Court, Az. 537 U.S. 186 (2003); s. auch Kapitel 6 C.

¹⁷ Das gilt bei modernen Nutzungsformen bereits für den Werkkonsum, vgl. die Diskussion zur Speicherung im Arbeitsspeicher des Computers beim Streaming, Busch, GRUR 2011, 496.

¹⁸ Hilty, Max Planck Forschung 3/2002, 48 spricht vom „digitalen Dilemma“. In den vergangenen Jahren lag der gesetzgeberische Schwerpunkt deshalb auf der Stärkung der Schutzrechte. Dabei ist zu bemerken, dass die Verschärfungen insbesondere den Interessen der Verwerter entsprechen und die Position der Urheber sich damit nicht zwangsläufig verbessert.

lem der verwaisten Werke sichtbar gemacht.¹⁹ Es handelt sich aber nicht nur um ein spezifisches Problem der Archivbestände. Denn die unmögliche (Nach-) Lizenzierung droht durch das Aufkommen immer neuer Nutzungsarten bei jedem Technologiewechsel erneut.²⁰ Die mangelnde Nutzbarkeit ist besonders unbefriedigend, weil Einbußen im Bereich der kulturellen Vielfalt und Verfügbarkeit entstehen, obwohl das Urheberrecht hier eine Förderung bewirken soll. Auch die kreative Bearbeitung ist angesichts der weitgehenden Zustimmungsabhängigkeit versperrt. Zudem ist die Verhinderung wohlfahrtssteigernder neuer Nutzungen wirtschaftlich ineffizient.

Sowohl aus dem Blickwinkel des Urheberrechts als Kulturrecht als auch aus seinem Verständnis als Industrierecht kann man die Blockade der verwaisten Werke deshalb als Fehlfunktion des Gesetzes bezeichnen. Schließlich kann die Unmöglichkeit der Rechtklärung im Ergebnis eine jahrzehntelange Nutzungshemmung bedeuten, die keinen davon konkret Begünstigten erkennen lässt. Eine Nutzbarmachung würde neben der Belebung alter Bestände auch der Gefahr vorbeugen, dass in Zukunft eine große Fülle an erst kürzlich veröffentlichten, aber bereits nicht mehr zuzuordnenden Inhalten auf unbestimmte Zeit im Internet „vagabundiert“.²¹

II. Beispiel der Legitimationskrise

Die mangelnde Verwertbarkeit eines großen Teils des kulturellen Erbes dient in der schwelenden Debatte um die Zukunftsfähigkeit des Urheberrechts als anschauliches Beispiel für Reformbedarf.²² Es wird argumentiert, der Zugang der Allgemeinheit sei über Gebühr eingeschränkt, ohne dass die Urheber tatsächlich davon profitierten. Verwaiste Werke stünden deshalb beispielhaft für die Nutzlosigkeit der langen, unbedingten Schutz-

¹⁹ Vorreiter war *Google* mit dem *Book Search Library Project* (<http://books.google.de/>), ein anderes Beispiel ist die digitale Bibliothek des *HathiTrust* (<http://www.hathitrust.org/>). Das große europäische Digitalisierungsprojekt stellt die Datenbank *Europeana* (<http://www.europeana.eu/>) in Verbindung mit dem Angebot der *Deutschen Digitalen Bibliothek* (<http://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/>) dar. Daneben werden weitere digitale Archive aufgebaut, etwa im Vereinigten Königreich vom *BFI* (<http://www.bfi.org.uk/nftva/>).

²⁰ Soweit nicht in der Zukunft die Technik des digitalen Rechtemanagements ihre umfassende Durchsetzung erfährt, s. Kapitel 5 A I.

²¹ Vgl. *Kuhlen*, Urheberrechts-Landminen beseitigen (<http://www.kuhlen.name/Materialien/Publikationen2010/RK-orphan-works-EU291110.pdf>); *ders.*, Der freie Zugang zu einem gewichtigen Teil des kulturellen Erbes (<http://www.kuhlen.name/Materialien/Publikationen2007/verwaisteWerke-Publikation-RK0307.pdf>).

²² Vgl. *Lischka*, Lange Schutzfrist lässt Bücher sterben, Spiegel Online v. 23.4.2012 (<http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/copyright-kritik-lange-schutzfrist-laesst-buecher-sterben-a-829393.html>).

fristen.²³ Der Rückgriff auf die Problematik der verwaisten Werke in der politischen Diskussion überrascht nicht. Denn die Forderung nach liberalen Zugangsrechten bleibt in Abwesenheit der betroffenen Rechtsinhaber weitgehend unwidersprochen.

Die Probleme im Umgang mit verwaisten Werken sind in diesem Sinne ein exemplarischer Ansatzpunkt für die rechts- und gesellschaftspolitische Diskussion um die veränderten Nutzungsumstände durch die Digitalisierung.²⁴ Kritiker halten das Prinzip des individuellen Lizenzierungsvorbehalts in einer „digitalen Gesellschaft“ für ungeeignet.²⁵ Das geltende Urheberrecht erschwere den Zugang zu den Schutzgegenständen unverhältnismäßig.²⁶ Selbst die EU-Kommissarin für die digitale Agenda *Kroes* hat festgestellt, dass „Bürger das Wort Copyright [hören] und hassen, wofür es steht.“²⁷ Es wird also eine Legitimationskrise des Urheberrechts konstatiert.²⁸

In der Tat sollte es die Zielsetzung dieses Rechtsgebiets sein, nicht als Hemmschuh wahrgenommen zu werden, sondern als Gewährleistung der Interessen der Beteiligten und des kulturellen Fortschritts.²⁹ Die mangelnde Nutzbarkeit verwaister Werke zeigt dagegen, dass das Urheberrecht die Verfügbarkeit und Verwertung geschützter Werke durch seine Konzeption allzu wirksam hemmen kann. Das Nutzungspotential der Werke wird trotz begründeter Interessen nicht ausgeschöpft, ohne dass für den Rechtsinhaber etwas gewonnen wäre. Man kann von einer „überschießenden Wirkung“ des Rechts sprechen.³⁰ Gemeint sind die nicht beabsichtigten, aber

²³ Vgl. etwa den Standpunkt des Vereins *Digitale Gesellschaft* bei *Beckedahl*, PUK 2/2012, 20: „Auch verwaiste Werke können nur genutzt werden, wenn das nicht durch übertriebene Schutzfristen verhindert wird.“

²⁴ Vgl. nur *Nolte*, ZUM 2012, 740; vgl. beispielhaft die Beiträge von *Moszkowicz*, *Digitales Freibier*, *Der Spiegel* 12/2012 v. 19.3.2012, S. 146 und *Niggemeier*, *Raubkopie*, *Der Spiegel* 11/2012 v. 12.3.2012, S. 82.

²⁵ Vgl. zur grundlegenden Forderung nach einer Abkehr vom Ausschließlichkeitsrecht *Roßnagel/Jandt/Schnabel*, MMR 2010, 8.

²⁶ Vgl. *Haedicke*, *Patente und Piraten*; *Hilty*, *Werkvermittlung und Rechtemanagement*, S. 71 ff.

²⁷ Rede v. 19.11.2011 auf dem Medienforum von Avignon, SPEECH/11/777; vgl. auch *Ohly*, *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 279, 297: „Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und -verhinderung“.

²⁸ Vgl. *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479; *Geiger*, GRUR Int. 2008, 459, 468.

²⁹ *Schricker/Loewenheim*, Einl. UrhG, Rn. 19.

³⁰ *Peukert*, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, S. 899 und *Zypries*, GRUR 2004, 977 zur „Hypertrophie der Ausschließlichkeitsrechte“.

gleichwohl negativen Auswirkungen des Schutzes auf den Wirtschafts- und Kommunikationsprozess.³¹

Die Kritik an dieser Situation wird dadurch verschärft, dass trotz der offenkundigen Schwierigkeiten bei der Entwicklung von akzeptierten Mechanismen zum Rechteerwerb das Augenmerk der vergangenen Jahre auf der Erweiterung des urheberrechtlichen Schutzes lag. Im Vordergrund stand dabei weniger der Schutz der Urheber als die Gewährung eines Investitionsschutzes für die Industrie.³² Beispiele sind die Verlängerung der Schutzzeiträume und die Einbeziehung von Schutzgegenständen wenig schöpferischer Natur wie Datenbanken, flankiert von der Verschärfung der Verfolgungsmöglichkeiten von Rechtsverletzungen.³³ Hierdurch ist die Gefahr gestiegen, dass ohne Möglichkeit der Rechtklärung wirksame Blockaden entstehen und im Endeffekt sogar die grundsätzliche Gemeinfreiheit von Ideen durch die Betroffenheit neuer Ausschließlichkeitsrechte in Gefahr gerät.³⁴

Verwaiste Werke sind deshalb auch ein Aspekt der Grundsatzdiskussion um den Schutzzweck des Urheberrechts. Hier wird teilweise eine Neubestimmung gefordert, die den Nutzer verstärkt in den Blick nimmt und seine Interessen nicht nur im Reflex enger Schrankenregelungen einbezieht.³⁵ Diese Ansicht entspricht der Annahme, dass „das Urheberrecht (...) die

³¹ Auf der gesellschaftlichen Ebene stellt sich die Frage, ob der gehinderte Zugang zu den in verwaisten Werken enthaltenen Informationen ein Beispiel „abkühlender Effekte“ (*chilling effects*) im Kommunikationsprozess durch die Ausgestaltung des Rechts ist.

³² Geiger, IIC 2006, 371, 381.

³³ Besonders die Verlängerung der Schutzzeiträume begünstigt die Entstehung verwaister Werke, *Varian*, 15 Ind. Corp. Change (2006), 965, 969; Zum Schutz von Datenbanken *Sendrowski*, GRUR 2005, 369. Obwohl das Abkommen mittlerweile vom EU-Parlament abgelehnt wurde, illustriert ACTA die herrschende politische Richtung, den Schutz von Ausschließlichkeitsrechten durch striktere Verfahren durchzusetzen, vgl. *Metzger*, *jipitec* 2010, 109. Bezogen auf das Problem der verwaisten Werke ergibt sich aus den gestärkten Abwehrmöglichkeiten ein Abschreckungsszenario, in dem selbst die praktischen Unzulänglichkeiten des Urheberrechts restriktiv verteidigt werden.

³⁴ *Kreutzer*, Modell des deutschen Urheberrechts, S. 244 weist auf die Möglichkeit hin, dass durch den Schutz der Datenbanken auch an sich freie Informationen einem Ausschließlichkeitsrecht unterstellt werden. Vgl. auch *Peifer*, GRUR Prax 2013, 149, 152 und *Grünberger*, ZGE 2012, 321, 323 zu den nachteiligen Effekten neuer Ausschließlichkeitsrechte.

³⁵ Denkbar erschiene ein Anspruch auf Zugang im Sinne eines *right of access*. Die in den Schrankenregelungen enthaltenen Befugnisse können derzeit nicht wirksam eingeklagt werden. Ein erweiterter Anspruch auf Zugang wird besonders vor dem Hintergrund der ausschließenden Wirkung technischer Schutzmaßnahmen, die über die gesetzliche Aussage zur Reichweite des Verbotsrechts hinausgehen, für sinnvoll erachtet, vgl. § 95b UrhG.

Ausnahme [ist], nicht der Grundsatz.“³⁶ Im Sinne eines konsequenten Allgemeinbezugs stünden Schöpfer, Nutzer und Verwerter gleichberechtigt nebeneinander.³⁷ Auch die *open access*-Bewegung fordert tendenziell Nutzungsmöglichkeiten im Sinne einer liberalen Verfassung des Urheberrechts. Die vermeintlich sinnlosen Ausschließlichkeitsrechte an verwaisten Werken erscheinen angesichts dieser Forderungen wie eine Provokation.

Demgegenüber steht die traditionelle Anschauung, die den Schutz des Kreativen nach wie vor als Zielbestimmung des Urheberrechts betrachtet. Für sie stellt eine Nutzung ohne Zustimmung des Rechtsinhabers im Zweifel nichts anderes als eine „Zwangsdigitalisierung“ dar.³⁸ Aus diesem Blickwinkel sind die Lösungsoptionen zur Erleichterung der Rechtklärung kritisch zu betrachten. Selbst die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten wird als Gefahr ausgemacht, denn es komme zu einer „Entindividualisierung“.³⁹ Die erstrebte Effektivierung des Rechtemanagements wird als „Selbstbedienungsmentalität und Bequemlichkeit der Verwerter“ bezeichnet.⁴⁰ Die Warnungen, dass ein vorschneller Ruf nach Verfügbarkeit unabhängig von einer Zustimmung des Rechtsinhabers das Ende des Urheberschutzes klassischen Verständnisses einleiten könnte, sind trotz ihrer scheinbaren Inkompatibilität mit der modernen Medienwelt durchaus ernst zu nehmen.⁴¹ Zumindest sollte der Umstand, dass bestimmte Nutzungen im Anwendungsbereich des Urheberrechts üblich oder möglich geworden sind, nicht automatisch als Auftrag verstanden werden, solche Handlungen nun auch umfassend gesetzlich zu legitimieren.⁴²

Der Weg zu einer Lösung des Problems der verwaisten Werke muss sich wie die Aktualisierung des Urheberrechts insgesamt gegenüber beiden diametralen Positionen bewähren.

³⁶ *Hoeren*, MMR 2000, 3; vgl. auch *Hilty*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107, 111; *Goldstein*, GRUR Int. 2006, 901.

³⁷ Eingehend *Hansen*, Warum Urheberrecht, S. 306 ff.

³⁸ *Katzenberger*, GRUR Int. 2010, 563.

³⁹ S. hierzu *Hauptmann*, Vergesellschaftung des Urheberrechts, S. 56 ff.

⁴⁰ *Schack*, Urheberrecht, Rn. 93 im Hinblick auf die Forderungen von Rundfunkanstalten und Kabelunternehmen zur Vereinfachung des Rechteerwerbs.

⁴¹ *Bornkamm*, FS Piper, S. 652: „In der Welt moderner Kommunikationsmittel haben wir uns in einem Maße an die Verfügbarkeit jeder verfügbaren Information gewöhnt, dass wir uns schwertun, es zu akzeptieren, wenn uns eine bestimmte Information verborgen bleibt. Indessen: (...) wenn wir wegen derartiger seltener Fälle das Recht beschneiden wollen, statt das gesetzte Tabu zu akzeptieren, ist es um den Schutz des Urheberrechts (...) schlecht bestellt.“

⁴² *Leistner*, jipitec 2011, 165, 168.

III. Denkbare Lösungsansätze

Zwei unterschiedliche Ansatzpunkte sind zur Nutzbarmachung verwaister Bestände denkbar. Einerseits kann man die praktische Ermöglichung konkreter Projekte in den Blick nehmen. Sinnvoll erscheint dies etwa für den Bereich der Retrodigitalisierung öffentlicher Archive, der auch im Fokus der Richtlinie 2012/28/EU über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke steht.

Andererseits hat das Problem aber auch einen grundlegenden, über die kulturpolitische Dimension hinausgehenden Aspekt. Verwaiste Werke sind die Konsequenz der Dogmatik des Urheberrechts. Sie folgen aus der Zuerkennung eines Zustimmungsvorbehalts in Verbindung mit einer langen Schutzdauer und aus dem Verzicht auf Formalitäten zur Erleichterung der Rechtklärung. Die in dieser Bearbeitung in erster Linie untersuchte Frage ist deshalb, ob es sich um einen Webfehler des Rechts handelt oder ob verwaiste Werke die hinzunehmende Nebenfolge eines konsequenten Schutzregimes sind. Wenn der Zugang zum Werkbestand nicht mehr auf Grundlage der eigentlich dafür vorgesehenen Lizenzierungsprozesse gewährleistet wird, sollte das Recht unter Umständen eine alternative Lösung präsentieren.

Im Endeffekt stellt sich damit die Grundsatzfrage des Urheberrechts in der modernen Informationsgesellschaft, in der Wissen als entscheidende Ressource angesehen wird: Ist im Zweifelsfall der Zugang zum Wohle der Allgemeinheit zu eröffnen oder das Recht des Schöpfers aus übergeordneten Erwägungen restriktiv zu schützen?⁴³

B. Stand der Forschung

In den Vereinigten Staaten hat die Beschäftigung mit verwaisten Werken bereits im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung um die vergangenen Schutzfristverlängerungen begonnen.⁴⁴ Durch das Gerichtsverfahren um das *Google Book Settlement*, das auch die Verwertung verwaister Bestände betraf, kam weitere Bewegung in die Debatte.⁴⁵ Wie für die US-

⁴³ Zur Maxime des Zugangs *Rifkin*, Access.

⁴⁴ *Huang*, 21 Berkeley Tech. L.J. (2006), 265; *Muller*, 17 DePaul-LCA J. Art & Ent. L. (2006-07), 79; *Mausner*, 12 J. Tech. L. Pol'y (2007), 395; im Zusammenhang mit der Schutzfristverlängerung *Patry/Posner*, 92 Cal. L. Rev. (2004), 1639. Im April 2012 fand ein Symposium zum Thema am *Berkeley Center for Law and Technology* statt (<http://www.law.berkeley.edu/orphanworks.htm>).

⁴⁵ *De la Durantaye*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. (2010-11), 157, 166; *dies.*, 21 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. (2011), 229, 258; *dies.*, ZUM 2011, 538, 542; s. Kapitel 6 C I.

amerikanische Urheberrechtsdiskussion typisch, liegt ein Schwerpunkt auf der ökonomischen Analyse des Rechts.

In Europa wurde das Thema durch seine praktische Relevanz bei Digitalisierungsprojekten aktuell.⁴⁶ Die von der Europäischen Kommission angemahnten rechtlichen Probleme beim Aufbau der Online-Bibliothek *Europeana* haben auch hier zur Auseinandersetzung mit verwaisten Beständen geführt. Verschiedene Veröffentlichungen aus dem In- und Ausland haben das Problem thematisiert und mögliche Lösungen untersucht.⁴⁷ Nach dem Erlass der Richtlinie 2012/28/EU und der anstehenden Neureglung im nationalen Recht der Mitgliedstaaten ist in den kommenden Monaten erneut eine verstärkte Beschäftigung mit dem Thema zu erwarten.⁴⁸

Die Debatte um verwaiste Werke knüpft an die Auseinandersetzung um die bereits bei der letzten Änderung des Urheberrechts eingeführten Regelungen zur Vereinfachung der individuellen Rechteklärung und zur „Öffnung der Archive“ an.⁴⁹ Darüber hinaus stellen die Auswirkungen der unmöglichen Rechteklärung auf einer allgemeineren Ebene Beispiele für das Spannungsverhältnis zwischen Ausschließlichkeitsrechten und Gemeinfreiheit in der modernen Medienwirklichkeit dar. Dieser Komplex beherrscht die Forschung zum Urheberrecht bereits seit einigen Jahren.⁵⁰

Eine umfassende Darstellung des Problemkomplexes der verwaisten Werke in Form einer Monografie steht allerdings soweit ersichtlich bislang aus.

C. Zielsetzung und Gang der Untersuchung

Diese Bearbeitung soll zunächst einen fundierten Überblick über das Problem mit all seinen Facetten geben. Unter Zugrundlegung der Prinzipien des Urheberrechts werden dann die Anforderungen an einen sinnvollen Umgang mit verwaisten Werken entwickelt. Dabei finden die aktuellen Ansätze der Forschung zum Immaterialgüterrecht auf das Einzelproblem An-

⁴⁶ S. dazu umfassend *Heckmann*, Retrospektive Digitalisierung, S. 281 ff., der auch das Thema der verwaisten Werke behandelt.

⁴⁷ *Hugenholtz et al.*, Recasting of Copyright, S. 159 ff.; *van Gompel*, IIC 2007, 669; *ders.* IRIS plus 2007-4; *Khong*, 15 Int. Jnl. of Law and Info. Tech. (2007), 54; *Lüder*, GRUR Int. 2010, 677; *Seiler*, ZGE 2012, 155. Aus deutscher Perspektive *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586; *Grünberger*, ZGE 2012, 321; im Zusammenhang mit dem *Google Book Settlement Hüttner/Ott*, ZUM 2010, 377.

⁴⁸ Vgl. bereits *Dreier/Schulze*, § 13c UrhWG, Rn. 36 ff.; *Spindler*, ZUM 2013, 349.

⁴⁹ § 1371 UrhG.

⁵⁰ Vgl. *Hansen*, Warum Urheberrecht, S. 381 ff., der auch das Problem der verwaisten Werke aufgreift.

Register

- angemessene Vergütung 71, 117, 127, 177, 218
- Ausübungsregel 95, 129, 153, 192, 195, 200, 232, 234, 244, 248, 249, 257
- Bearbeitung 5, 27, 30, 41, 98, 128, 136, 152, 163, 188, 197, 226, 242
- Clearingstelle 119, 139, 140, 196, 232, 235, 237, 257
- digitales Rechtemanagement 8, 92, 134
- Dysfunktionalität 91, 230, 233, 253, 254
- Entschädigungsregelung 62, 94, 177, 247
- erweiterte Kollektivlizenzen 145, 165, 249
- exklusives Nutzungsrecht 17, 51, 90, 185
- Formalitäten 21, 113, 137, 143, 241
- Gesetzentwurf 154, 195, 224, 225
- Internet 1, 5, 22, 28, 30, 33, 40, 54, 66, 136, 175, 184, 202, 211, 215
- Legitimationskrise 6, 134
- Lizenzmarkt 28, 34, 61, 117, 123, 142, 229, 237
- Marktversagen 88, 91, 95, 123, 149, 160, 167, 181, 222, 230, 254
- Rechtszuständigkeit 16, 47, 254
- Retrodigitalisierung 9, 29, 43, 100, 122, 195, 229, 252
- Schadensersatz 60, 64, 70, 95, 162, 181, 197
- Schrankenregelung 7, 52, 64, 109, 121, 126, 200, 204, 230, 246, 257
- Strafrecht 65, 72, 200
- Suchaufwand 13, 14, 154, 170, 244
- teilverwaiste Werke 15, 23, 175, 209, 254
- Transaktionskosten 89, 93, 120, 124, 142, 149, 160, 173, 254
- Treu und Glauben 49, 63, 166, 189, 232, 243
- treuhänderische Lizenzierung 71, 118, 130, 149, 154, 163, 180, 190, 232, 245, 250
- Übertragungsfiktion 50, 62, 105, 131, 146, 153, 198, 244, 251, 257
- Urheberpersönlichkeitsrecht 16, 44, 61, 75, 82, 87, 103, 116, 128, 133, 150, 163, 188, 217, 241, 256
- Verfügungsfreiheit 18, 100
- vergriffene Werke 18, 47, 161, 195, 227, 254
- Vertriebsweg 22, 33, 254
- Verwertungsgesellschaft 17, 24, 51, 70, 118, 127, 129, 139, 145, 153, 175, 235
- Verwertungsstadium 14
- Werkverfügbarkeit 19, 28, 245
- Wettbewerbsrecht 68, 78, 157, 235
- Zustimmungsaspekt 15, 38, 90, 175, 209, 232, 254