

Kann der freie Zugang zu einem gewichtigen Teil des kulturellen Erbes, zu den verwaisten Werken und damit zu einem gewichtigen Teil des Commons, in Europa bald Wirklichkeit werden? Vielleicht, aber ...

Rainer Kuhlen

29.11.2010



This document will be published under the following Creative-Commons-License: [Attribution-ShareAlike 3.0 Unported](http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/)

<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/>

Zusammenfassung: Verwaiste Werke sind ein wichtiger Teil des kulturellen Erbes, zu dem Zugang zu haben, ein jeder ein Recht haben sollte. Das ist eine zentrale informationsethische Forderung und in Übereinstimmung mit der UNESCO-Konvention für kulturelle Vielfalt. Daher ist der Schritt der EU Kommission zu begrüßen, den Bibliotheken und ähnlichen Einrichtungen Rechtssicherheit bei ihrem Bemühen zu geben, verwaiste Werke aus ihren Beständen zu digitalisieren und der Öffentlichkeit bereitzustellen. Positiv auch, dass die Einschätzung einer Bibliothek, ein Werk als verwaistes behandeln zu dürfen, dann EU-weit gelten soll. Die Hürden allerdings, um diese Rechtssicherheit zu erlangen, sind aber bislang wohl mit zu strengen Anforderungen an eine sorgfältige Suche (diligent search) nach den Urhebern gebunden. Die nicht zuletzt im Rahmen von Europeana politisch gewollte Massen-Digitalisierung (auch als Gegengewicht zu Google) dürfte so kaum gefördert werden. Die Bibliotheken brauchen aber über eine Schrankenregelung in erster Linie eine sehr weitgehende Genehmigungsfreiheit (also die Freiheit, nicht um Erlaubnis für eine Verwertung im Sinne des Urheberrechts anfragen zu müssen). Das Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ hatte schon 2007 einen entsprechenden Vorschlag vorgelegt. Urheber von verwaisten Werken werden durch eine breite weltweite Sichtbarkeit dieser nun digitalisierten Werke sicherlich eher bekannt als durch eine noch so sorgfältige Suche nach den Urhebern. Dass die Öffentlichkeit, realisiert über welche Organisationen auch immer, die Garantie geben muss, dass den dann doch noch auftauchenden Urheber dieser (dann nicht mehr) verwaisten Werke ihre Rechte zurückgegeben werden, versteht sich. Allerdings darf das auch nicht dazu führen, dass diese Werke dann wieder der Öffentlichkeit entzogen werden. Falls die EU auch vorhat, den Interessen der kommerziellen Verwertung verwaiste Werke entgegenzukommen (vielleicht unter schärferen Bedingungen an die Suche nach den Urhebern als bei den öffentlichen Bibliotheken), muss unbedingt darauf geachtet werden, dass dadurch keine neuen exklusiven Rechte entstehen. Die kommerzielle Verwertung verwaister Werke darf nur über einfache Nutzungsrechte möglich sein. Dieses Ziel, das ja allgemein für Objekte gilt, die als Teil des Commons angesehen werden sollen, muss unbedingt im Blick behalten werden.

Abstract: Orphan works are an important part of our cultural heritage, which everyone should have the right to access. This is a central information ethics demand and one which is in agreement with the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression. Therefore the recent proposal of the EU to give legal security to libraries and comparable organizations who wish to digitize orphan works from their

collections and make them available to the public is highly welcome. It is also positive that legal security will be valid EU-wide as soon as one library has passed the test for declaring a work orphaned. Unfortunately, however, the bar to getting legal security for digitizing orphan works is pretty high (a very laborious “diligent search” for the author must have been made) – too high if the objective of mass digitization is to be achieved. Yet mass digitization is clearly politically desirable and of high priority, not the least in order to establish a counter weight to Google’s digitization project. What libraries need, above all, is exemption from the requirement that approval is needed (Genehmigungsfreiheit) for the digitization of orphan works. The German Coalition for Action "Copyright for Education and Research" in 2007 published a proposal for a new § 52c in the German copyright law in which the barriers for a diligent search are more pragmatically defined (for instance, by announcing the interest to digitize an orphan work publicly at least 30 days in advance). Authors of orphan works are more likely to become known through world-wide visibility of their digitized works than through a diligent search, however carefully it might be carried out. Of course, the public, institutionalized through one organization or another, must guarantee that the author of an orphan work (which then is no longer an orphan work) can regain all rights to his or her original work. But this must not have the effect that the digitized work is withdrawn from the public again. Should the EU plan to regulate the commercialization of orphan works as well, it must be stipulated that the digitization will not lead to new exclusive rights on orphan works through which the public could be constrained in its right to access. The commercial exploitation of orphan works can only be based on simple, not exclusive using rights. This objective, which applies equally to all objects considered part of the commons, should be maintained in any case of copyright regulation.

Kann also der freie Zugang zu einem gewichtigen Teil des kulturellen Erbes, zu den verwaisten Werken und damit zu einem gewichtigen Teil des Commons, in Europa bald Wirklichkeit werden? Vielleicht, aber ...

Vielleicht, aber vermutlich doch erst in kleineren und schwierigeren Schritten, als man es sich wünschte. Dem Parlament und Rat der EU liegt ein Vorschlag zu Entscheidung vor, nach dem Bibliotheken und ähnliche Einrichtungen wie Museen, Archive, aber auch Ausbildungseinrichtungen verwaiste Werke aus ihren Beständen zu nicht-kommerziellen Zwecken digitalisieren und zur Nutzung bereitstellen dürfen. Der Anspruch der Verlagswirtschaft, verwaiste Werke auch zu handelbaren Waren umzuwandeln, bleibt zunächst für die EU außen vor. Auch das ist bemerkenswert – ebenso, dass die EU mit diesem Vorschlag, der ja zweifellos als neue Schranke zu werten ist, nun endlich selber das aus der EU Richtlinie von 2001 stammende Verdikt der abgeschlossenen Schrankenliste aufweicht.

Genauso wichtig ist bei diesem Vorschlag ist, dass dies ein EU-weit koordiniertes Vorhaben sein soll. Ist in einem Land der Charakter eines Werks als verwaistes Objekt nach gründlicher sorgfältiger Recherche nach den/m Urheber/n bestimmt, gilt dies in allen EU-Ländern.

So weit die gute Botschaft. Leider enthält sie auch einige weniger gute Teile. Darauf muss auch eingegangen werden. Zunächst aber der Versuch der Einordnung dieses Plans in einen allgemeinen informationsethischen Zusammenhang.

Zentrale informationsethische Forderung des Zugangs zu verwaisten Werken

Als zentrale informationsethische Forderung gilt, dass der Zugang zum kulturellen Erbe der Menschheit und dessen Nutzung für jedermann frei ermöglicht wird. Das kulturelle Erbe, das sich in mannigfacher medialer Form realisiert, kann damit als Gemeingut des Wissens angesehen werden. Dieses Erbe in seiner grandiosen Vielfalt über alle Kulturen der Welt hinweg ist das Geschenk vergangener Generationen und legt der Gegenwart die Verpflichtung auf, dieses Erbe an zukünftige Generationen gesichert weiterzugeben und durch die Ergebnisse der eigenen Arbeit anzureichern. Ohne Rückgriff auf das kulturelle Erbe ist keine Entwicklung individueller oder sozialer Ausprägung möglich.

Der Zugriff auf verwaiste Werke sollte auch durch die UNESCO Konvention für kulturelle Vielfalt geschützt sein

Daher war es ein riesiger Schritt in Richtung einer globalen Gesellschaft, als die UNESCO im Oktober 2007 die Konvention zur kulturellen Vielfalt verabschiedet hatte¹, die dann schon am 18.3.2007 in Kraft trat und damit völkerrechtlich verbindlich wurde². Das kulturelle Erbe, d.h. die Summe der kulturellen materiellen und immateriellen Objektivationen, darf damit als *Gemeingut, als Commons*, als Besitz aller angesehen werden und als Verpflichtung aller Unterzeichnerstaaten, sich um deren Erhalt und Beförderung zu kümmern³.

Die UNESCO hatte mit dieser Konvention ein gewichtiges, völkerrechtlich gleichermaßen verbindliches Gegengewicht zu dem Anspruch der Welthandelsorganisation (WTO) gesetzt, Kulturobjekte in erster Linie als Ware anzusehen. Der Charakter von kulturellen Erbe als

1 Der genaue Titel: Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression; umfassende Informationen dazu auf der entsprechenden Website der UNESCO -<http://bit.ly/hJK5ot>

2 Ende 2010 haben 116 Staaten die Konvention unterzeichnet; vgl. <http://bit.ly/hJK5ot>

3 Die UNESCO selber hat diese Einordnung des kulturellen Erbes als Commons (noch) nicht vorgenommen.

Commons schließt zwar keineswegs die Möglichkeit auch der kommerziellen Nutzung aus, allerdings sollte dies nie mit einem exklusiven verknappenden Anspruch geschehen, durch den der Zugang und die Nutzung dieser kulturellen Objekte durch alle stark erschwert bzw. sogar unmöglich gemacht wird. Mit der Konvention im Rücken muss nun in jedem Konfliktfall ausgehandelt werden, wie der kommerzielle Anspruch und der Anspruch auf freie Nutzung in Übereinstimmung gebracht werden kann. Es kann keine einseitigen Gewinner in Sachen Kultur mehr geben.

Was sind verwaiste Werke?

Lösungen zur Sicherung und Beförderung des kulturellen Erbes können daher nicht umfassend und für alle Fälle gültig erreicht werden. Damit kommen wir zum engeren Thema dieses Beitrags zurück. Als Sonderfall des kulturellen Erbes sind die sogenannten verwaisten Werke anzusehen. Zu Erinnerung: ein verwaistes Werk ist aufgrund des Zeitpunkts seiner Entstehung noch urheberrechtsgeschützt, wobei allerdings der oder die Urheber nicht ausfindig gemacht wurden und so ihre Rechte nicht wahrnehmen können. Zumindest im audiovisuellen Bereich liegt der Anteil dieser Werke sehr hoch (Schätzungen liegen zwischen 30 und 50%), bei Texten dürfte er sehr viel niedriger liegen⁴.

So selbstverständlich das vielleicht klingen mag, verwaiste Werke kann man nicht einfach nutzen, auch nicht so einfach mal digitalisieren – so sehr auch der angelsächsische Slogan „use it or loose it“ dem commons sense auch einleuchten mag. Auch verwaiste Werke sind ja von Menschen gemachte Produkte und haben also Urheber. Und diese haben exklusive Rechte an ihren Werken. Das Recht daran besteht bis zu 70 Jahren nach dem Tod des letzten am Werk beteiligten Urhebers. Rechtlich gesehen können verwaiste Werke nicht als gemeinfrei angesehen werden. Sollten sie dennoch als Teil des Commons angesehen werden, die dementsprechend, unbeschadet der rechtlich gesicherten Eigentumsverhältnisse, frei für nicht-kommerzielle Zwecke bzw. mit (allerdings nur) einfachen Nutzungsrechten auch für kommerzielle Zwecke genutzt werden können?

Wie aber erreicht man die Anerkennung des Status von verwaisten Werken als Commons?

Bislang jedenfalls können sich Bibliotheken nicht so ohne Weiteres das Recht der Vervielfältigung, was ja eine Digitalisierung zweifellos darstellt, nehmen, erst recht nicht das

⁴ Einige Hinweise auf empirische Studien/Schätzungen in Stuart Dempster, Director, Strategic Content Alliance - <http://bit.ly/engB1s Slide 6>; vgl. Covey in Anm. 21

Recht der öffentlichen Zugänglichmachung herausnehmen, denn durch das plötzliche Bekanntwerden der/der Urheber des als verwaist angesehenen Werkes wird daraus ein „normales“ urheberrechtlich geschütztes Objekt. Daher schrecken die Museen, Medienzentren oder Archiv bislang auch davor zurück, die in ihren Beständen schlummernden verwaisten Schätze zu heben und sie allgemein in digitaler Form zugänglich zu machen.

Verwaiste Werke im Zusammenhang von Europeana und nationaler digitaler Bibliotheken, auch als Gegengewicht zu Googles Vorhaben, das weltweit publizierte Wissen zu digitalisieren

Die Diskussion darüber, wie der öffentliche Anspruch, das kulturelle Erbe digital zugänglich zu machen, mit dem Urheberrecht in Übereinstimmung zu bringen ist, läuft nun schon seit einigen Jahren. Der öffentliche Anspruch wird ja nicht nur durch die erwähnte UNESCO-Konvention erhoben, sondern auch in der EU sehr deutlich durch das politisch mit hohem Prestige aufgeladene Europeana-Projekt, den Plan einer EU-weiten digitalen Bibliothek als Netzwerke vieler nationaler digitaler Bibliotheken⁵. Auf die intensive Förderung einer deutschlandweiten nationalen digitalen Bibliothek (als Teil von Europeana) hat sich erst jüngst die deutsche Bundesregierung verständigt⁶. Man geht nicht fehl in der Annahme, dass diese politisch gewollten Anstrengungen und damit auch das Bemühen, das Problem der verwaisten Werke zugunsten der Bibliotheken in den Griff zu bekommen, auch zum Ziel haben, ein europaweites Gegengewicht gegen Googles Vorhaben zu setzen, den gesamten bislang (textuell) publizierten Bestand des Wissens zu digitalisieren und weltweit zur Nutzung anzubieten. Zunächst nur in sehr beschränktem Umfang und bislang auch nicht auf Bezahlbasis. Aber das mag sich bei Google ja sehr bald ändern.

Google hatte bei diesem Vorhaben, zumal was verwaiste Werke angeht, nicht ähnliche Skrupel gehabt wie die hier sehr vorsichtigen und mögliche Urheberrechtsansprüche in

⁵ Vgl. Online-Digitalisierung des Kulturerbes - Empfehlung 2006/585/EG der Kommission vom 24. August 2006 über die Digitalisierung und die Online-Zugänglichkeit kulturellen Materials und dessen digitaler Bewahrung [Amtsblatt L 236 vom 31. August 2006] - <http://bit.ly/dIKBbl>

⁶ Gemeinsame Eckpunkte von Bund, Ländern und Kommunen zur Errichtung einer „Deutschen digitalen Bibliothek (DDB)“ EMEINSAME ECKPUNKTE VON BUND, LÄNDERN UND KOMMUNEN ZUR ERRICHTUNG EINER „DEUTSCHEN DIGITALEN BIBLIOTHEK (DDB)“ - deutscher Beitrag zur „Europäischen digitalen Bibliothek (EDB) (2009)“ (Europeana). In der Fassung vom 2. Dezember 2009 verabschiedet (gemäß Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 26.03.2009 und dem Beschluss des Bundeskabinetts vom 02.12.2009); URL: <http://bit.ly/fY3fk5>,

Rechnung stellenden Bibliotheken in Europa. An dieser Stelle soll nicht in die Debatte eingegriffen werden, inwieweit sich Google entsprechend dem amerikanischen Copyright und entsprechend einschlägiger internationaler Abkommen seit der Berner Übereinkunft korrekt verhalten hat. Auch nicht, ob informationsethische Argumente für oder wider Googles Praxis vorgebracht werden können⁷.

Die damalige deutsche Bundesregierung jedenfalls hatte damals auf dem Höhepunkt des Google Book Streits eindeutig eine strikte, stark dogmatische urheberrechtliche Position eingenommen und Googles Verhalten als rechtswidrig deklariert⁸ und alles versucht, Google in seinem Vorhaben in die Schranken zu verweisen⁹. Die EU Kommission hatte das wohl pragmatischer gesehen und zumindest angedeutet, dass am Urheberrecht doch wohl einiges repariert werden müsste, wenn man erfolgreich dem Google-Anspruch etwas entgegensetzen will, das weltweit publizierte Wissen wenn nicht sich als Eigentum einzuverleiben, so doch faktisch als Besitz mit den entsprechenden Nutzungsrechten zu reklamieren¹⁰. Auch Neelie Kroes, die neue EU-Kommissarin für die Digitale Agenda warf Anfang Nov. 2011 „ die Frage auf, ob diese "12 Millionen Bücher, Bilder, Karten, Musikstücke und Videos umfassende Sammlung von einem Stillstand bedroht ist, weil das Copyright ihr Steine in den Weg legt"¹¹.

Interessen an verwaisten Werken

Es sind wohl noch viele Eingriffe in das jetzt geltende Urheberrecht vorzunehmen, aber an das Problem der verwaisten Werke hat man sich in der EU nun doch mit

⁷ Vgl. dazu netethics: Google Book Search und das Settlement – eine Herausforderung für Kultur- und Wissenschaftspolitik - <http://bit.ly/yjytX> und besonders: Mit Strafrecht gegen Google Book Search? Cui bonum? Wie wäre es mit einem genehmigungsfreien Zugriff auf vergriffene und verwaiste Werke? - <http://www.inf.uni-konstanz.de/netethicsblog/?p=186>

⁸ Vgl. die damalige Justizministerin Brigitte Zypries (24. April 2009) - <http://bit.ly/hYTpYj>

⁹ Vgl. BMJ: Amicus Curiae in Sachen Google: Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal in behalf of the Federal republic of Germany an den United States District Court Southern District of New York 31.8.2009

¹⁰ Vgl. die damalige EU-Kommissarin Viviane Reding (19.10.2009): „Digitalisierungsprojekte haben bereits überall auf der Welt begonnen. Europa sollte die Gelegenheit nutzen, eine Führungsrolle zu übernehmen, und dafür sorgen, dass die Bücherdigitalisierung im Einklang mit dem europäischen Urheberrecht erfolgt und der kulturellen Vielfalt in Europa in vollem Umfang Rechnung trägt. Mit seinem reichen kulturellen Erbe hat Europa bei der Bücherdigitalisierung das Meiste zu bieten, kann aber selbst auch am meisten davon profitieren. Wenn wir jetzt schnell handeln, könnten wettbewerbsfreundliche europäische Lösungen für die Bücherdigitalisierung schneller einsatzbereit sein als die in den Vereinigten Staaten derzeit im Rahmen der „Google Books“-Einigung erwogenen Lösungen.“ (<http://bit.ly/Ou4nf>)

¹¹ zit von [Heise](#) 8.11.2011 „EU-Kommissarin fordert "neuen Ansatz fürs Copyright" - <http://bit.ly/cplnZ>

Verbindlichkeitsanspruch getraut – vielleicht auch, weil man meinte davon ausgehen zu können, hier auf keine Lobby treffen zu müssen. Aber sie war ja da. Nicht nur die eher harmlosen, da öffentliche Interessen vertretenden Lobbyverlautbarungen der Bibliotheken haben sich hier eingebracht¹², ebenso Stimmen aus der Wissenschaft¹³. Auch die Verwertungsgesellschaften in Deutschland¹⁴ und die kommerzielle Verlagswirtschaft¹⁵ haben rasch die verwaisten Werke als Gegenstände möglicher neuer Geschäftsbereiche bzw. neuer Abrechnungs- und Lizenzierungsverfahren entdeckt¹⁶.

Nicht nur das USA Copyright Office hatte sich 2005 an die Öffentlichkeit gewandt, um Lösungsvorschläge für die verwaisten Werke erarbeiten zu können. 146 Kommentare sind damals eingegangen¹⁷. Auch die EU-Kommission hatte am 26.10.2009 ein “Public Hearing on Orphan Works” durchgeführt¹⁸

Der Vorschlag der EU liegt auf dem Tisch und wird die nationalen Gesetzgebungen herausfordern

Nun liegt endlich ein Vorschlag für eine “DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on mutual recognition of orphan works in the print sector” vor. Das ist noch nicht die Richtlinie selber. Aber sie dürfte dann (leider) nicht mehr sehr viel anders aussehen – zu intensiv hat sich wohl die EU mit den verschiedenen Regulierungsoptionen auseinandergesetzt und sich dann für die Option (6) und der Begünstigung für die Bibliotheken entschieden¹⁹.

¹² Vgl. Ben White von der British Library – Link: <http://bit.ly/fk6LGu> oder der Deutsche Bibliotheksverband mit einem Brief an den Präsidenten der europäischen Kommission J.M. Barroso – Link: <http://bit.ly/fJIG3I>

¹³ Schon März 2007 hatte das Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ einen eigenen Vorschlag für einen neuen § 52c im deutschen Urheberrecht erarbeitet, der vom BMJ positiv eingeschätzt wurde, aber im Zweiten Korb der Urheberrechtsreform nicht mehr berücksichtigt werden konnte – Link: <http://bit.ly/gKSpsy>; engagiert in Sachen verwaister Werke auch ENCES -<http://bit.ly/gKrFY2>; ebenso mit einem Brief an J.M. Barroso).

¹⁴ Vgl. VG Wort bei dem EU Hearing vom 26.10.2009 - <http://bit.ly/fvq05t>

¹⁵ Vgl. Börsenverein , <http://bit.ly/chstbY>; hier S. 15f

¹⁶ Gegen diese Absichten vgl. NETHICS „Verwaiste Werke – frei zur Lizenzierung für kommerzielle Zwecke?“ - <http://bit.ly/erPbJy>

¹⁷ Belege unter <http://bit.ly/h3LrEp>

¹⁸ <http://bit.ly/hHH2ei>; Dokumente unter: <http://bit.ly/h6rwVg>

¹⁹ Die EU hatte insgesamt 6 Optionen für die verwaisten Werke gesehen: (1) do nothing, (2) a statutory exception to copyright, (3) extended collective licensing, (4) an orphan-specific licence granted by collecting societies, (5) an orphan-specific licence granted by a public body, and (6) the mutual recognition of national solutions regarding orphan works”(p.4). Wenn man einmal von (1) absieht, so ist nur die Option (3) nicht von der “diligent search” unabhängig. (3) wurde aber ausgeschlossen, weil bei Fehlen eines Nachweises der

Die dann verabschiedete Richtlinie wird dann für die EU-Mitgliedsstaaten die verbindliche Aufforderung sein, sie in das jeweilige nationale (Urheber-)Recht umzusetzen²⁰. Nach dem jetzt vorliegenden Vorschlag der Richtlinie aus Brüssel sollte auch das BMJ in seinem für das Frühjahr zu erwartenden Referentenentwurf sich einer Lösung für den Umgang mit verwaisten Werken sowohl für die nicht-kommerzielle als auch – in einem gewissen Vorpreschen - für die kommerzielle Nutzung annähern können.

Kann der EU-Vorschlag in jeder Hinsicht als Vorbild dienen?

Abgesehen davon, dass der Vorschlag der EU sich zunächst nur auf den nicht-kommerziellen Gebrauch durch Bibliotheken und vergleichbare Einrichtungen bezieht, sind damit auch, wie im Titel des Vorschlags schon formuliert, zunächst nur die verwaisten Werke in schriftlicher, gedruckter Form angesprochen. Allerdings ist schon ein "Green Paper on audiovisual productions: challenges and opportunities" angekündigt. Das ist zweifellos eine noch größere Herausforderung, wenn man sich nur vergegenwärtigt, wie viele Personen urheberrechtliche Ansprüche z.B. an einen Film stellen können (und im Zweifel auch stellen werden).

Zu hohe Anforderungen an diligent search?

„diligent search“ die Lizenzierung über eine nationale Verwertungsgesellschaft nicht zu dem gewünschten Effekt einer wechselseitigen Anerkennung in den EU-Staaten führen könne. (4) wurde verworfen, weil neben dem Aufwand für die Suche auch noch der Lizenzierungsaufwand dazu käme; (5) wurde erst recht verworfen, weil der Aufwand für die öffentliche Stelle viel zu groß wäre, zu überprüfen, ob tatsächlich eine gewissenhafte Prüfung vorgenommen wurde. Für die schließlich gewählte Lösung (6) wurde auf den direkten Nachweis der Bibliotheken verzichtet, dass sie tatsächlich die erforderliche Suche durchgeführt haben. Sie müssen diese aber entsprechend Art 5, Abs. 3 sorgfältig dokumentieren. Dann laufen sie keine Gefahr, verklagt zu werden oder die entstandenen Digitisate wieder zu vernichten, wenn doch noch ein Urheber seine Rechte geltend machen kann. Dessen unbeschadet, müssen die jeweiligen nationalen Regelungen vorsehen, dass der aufgetauchte Rechteinhaber seine Rechte tatsächlich geltend machen und ggls. auch vergütet werden kann.

Ausführungsbestimmungen dazu fehlen bislang in der EU-Richtlinie, wie eine anfällige Vergütung durch wen geregelt werden soll, z.B. ob die Bibliotheken von sich aus einen Betrag für jedes verwaiste Werke zurückhalten oder ihn einer Verwertungsgesellschaft treuhänderisch übergeben.

Es fällt auch auf, dass die EU bei den Regulierungsvorschlägen für verwaiste Werke nur gering auf die Interessen der Verwertungsgesellschaften dabei eingegangen ist. Deutet das auf eine Neuordnung der Position der Verwertungsgesellschaften in der EU hin?

²⁰ Das BMJ hatte im Rahmen der Vorbereitungen zum Dritten Korb der Urheberrechtsanpassung am 3.10.2010 eine Anhörung auch zum Thema der verwaisten Werke durchgeführt; vgl. Karin Ludewig bei IUWIS: Hearing on Orphan Works at the German Federal Ministry of Justice - A Report - <http://bit.ly/eB0viP>: „libraries, museums and archives need the rights necessary for digitization, long-term archiving and online dissemination of orphan works. They should be presented in EUROPEANA to be used for the purposes of research and education, which means, by the public in general“.

Das größte Problem liegt aber sicherlich in den Implikationen der von der EU verwendeten Definition der verwaisten Werke selber: „A work shall be considered an orphan work if a rightholder in the work is not traced or identified after a diligent search for the rightholder is carried out...“ (Art. 2 Orphan works), wobei in Art. 3 die Bedingungen für eine „gewissenhafte“ (diligent) Suche festgelegt bzw. über den Annex I spezifiziert werden. In dem Annex wird festgelegt, dass diese Suche für jedes Werk einzeln durchgeführt werden muss. Für Bücher z.B. müssen z.B. die folgenden Quellen eingesehen werden:

- Publishers associations
- Public Lending Right authority databases where available
- National bibliographical published indexes of published material relevant for the publication type and subject matter
- The books in print and the ISBN (international standard book number)
- The databases of the relevant collecting societies, in particular reproduction rights organisations (RROs).

Bei Zeitschriftenbeiträgen und Periodika ist der Katalog der zu recherchierenden Ressourcen nach umfänglicher. Bei Zeitungsartikeln ist es etwas weniger aufwändig. Gänzlich komplex wird es, wenn in den Textmaterialien grafische Objekte wie Fotografien oder Illustrationen vorhanden sind. Zusätzlich zu den Quellen, die für die Texte verwendet werden sollen, müssen für die Abbildungen noch die folgenden Quellen eingesehen werden:

- The databases of the relevant collecting societies in particular for visual arts and including reproduction rights organisations (RROs)
- The databases of picture agencies where applicable
- Relevant sources such as registries, databases or national projects listing known authors and creators.

Nicht ganz klar ist dem Entwurf zu entnehmen, ob die EU davon ausgeht, dass für den Nachweis einer gewissenhaften Suche wirklich in allen der in dem Annex I angeführten Quellen recherchiert werden muss. In Art. 3 heißt es, freizügiger klingend, „carry out a diligent search by consulting the most suitable among the resources listed in the Annex“. In dem Annex selber aber heißt es dann jeweils bei den verschiedenen Objekttypen: „a diligent search shall require consulting the following sources“.

Ist letzteres wirklich gemeint, so sollte man den Entwurf der Kommission am besten gleich wieder vergessen. Die Kommission stellt selber als ersten Erwägungsgrund für eine EU-weite Regulierung der verwaisten Werke die Herausforderung von „mass digitization“ heraus: „Libraries and archives are engaged in large scale digitisation of their collections in order to

create European Digital Libraries" (p.7). Wie soll das in die Millionen gehenden Objekten gehen, wenn solche Bedingungen der „diligent search“ erfüllt werden müssen? Ist so etwas überhaupt nötig?

Bei den verschiedenen Anhörungen, z.B. des US Copyright Office und der EU, sind auf vielfache Weise Definitionsvorschläge für „diligent search“ eingebracht worden. Zu bedenken dabei sind aber sicherlich die von Denise Troll Covey ermittelten Werte²¹, welche Verfahren mit jeweils hohem Suchaufwand auch zur Anwendung kamen, die Erfolgsquote war in keinem Fall auch nur annähernd 50%. Umgekehrt darf mit hoher Wahrscheinlichkeit geschlossen werden, dass Werke, bei denen der/die Autor/en nicht offensichtlich sofort erkennbar sind, sich tatsächlich als verwaist herausstellen werden. Wozu also der Aufwand?

Ein pragmatischer Vorschlag des Aktionsbündnisses

In dem Vorschlag des Aktionsbündnisses für einen neuen § 52c von 2007 wurde entsprechend, vor allem bei der nicht-kommerzieller Nutzung der solchermaßen digitalisierten Werke, ein weitaus pragmatischeres Vorgehen vorgeschlagen: „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.“ (Abs. 1, a).

Für die Öffentliche Zugänglichmachung für gewerbliche Zwecke setzte das Aktionsbündnis die Hürden etwas höher: „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“ (Abs. 2, a).

Es geht um Genehmigungsfreiheit, nicht um Befreiung von dem Recht auf Vergütung

Vielleicht klärt sich ja noch im Prozess der Durchsetzung der Richtlinie, wie restriktiv die Hürde der „sorgfältigen Suche“ wirklich angesetzt wird. Eine Schranke im Urheberrechtsgesetz soll ja vor allem die Genehmigungsfreiheit der Nutzung gewährleisten. Was spricht also wirklich dagegen, dass Bibliotheken das Digitalisieren und die öffentliche Zugänglichmachung von Werken erlaubt wird, für die keine Urheber irgendwelche Ansprüche erheben? Zumal dann, wenn von der Öffentlichkeit garantiert wird, dass bei

²¹ Troll Covey, Denise, "Becoming an Orphan: What? How? Says Who?" (2007). Library Research and Publications. Paper 32 - http://repository.cmu.edu/lib_science/32gl.

Auftauchen des Urhebers des Werks dieser tatsächlich in seine Rechte wieder eingesetzt wird, ohne dass das nun digitalisierte Werke der Öffentlichkeit neu entzogen werden muss. Es sollte also bei der (Massen-)Digitalisierung von verwaisten Werken nur um Genehmigungsfreiheit, nicht um Vergütungsfreiheit gehen. Dass die Urheber von verwaisten Werken bekannt werden, wird durch eine breite weltweite Sichtbarkeit dieser nun digitalisierten Werke, wie sie nicht zuletzt durch Europeana möglich wird, wahrscheinlicher als durch eine noch so sorgfältige Suche nach den Urhebern.

Sicherlich, die EU und mit ihr im Gefolge die nationalen Gesetzgeber tun sich schwer, die hohe Bürde der Institutsgarantie für geistiges Eigentum, auch wenn der Urheber nicht bekannt ist, überspringen zu können. Auch ist es vielleicht nicht einfach, bei einer neuen Schranke für verwaister Werke die restriktiven Bedingungen des Dreistufentests (vor allem die erste Stufe mit der Ausnahmebedingung) zu erfüllen. Was sollte aber letztlich zählen – der politisch gewollte Wille, verwaiste Werke frei zugänglich zu machen oder die Dogmatik des Urheberrechts, die ja auch nicht als Naturrecht quasi vom Himmel gefallen ist?

Für die kommerzielle Verwertung von verwaisten Werken nur einfache Nutzungsrechte

Falls die EU auch vorhat, den Interessen der kommerziellen Verwertung verwaiste Werke entgegenzukommen (vielleicht unter schärferen Bedingungen an die Suche nach den Urhebern als bei den öffentlichen Bibliotheken), muss unbedingt darauf geachtet werden, dass dadurch keine neuen exklusiven Rechte entstehen. Die kommerzielle Verwertung verwaister Werke darf nur über einfache Nutzungsrechte möglich sein. Dieses Ziel, das ja allgemein für Objekte gilt, die als Teil des Commons angesehen werden sollen, muss unbedingt im Blick behalten werden.