

## **Positionen der Kultusministerkonferenz zum Dritten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft - „Dritter Korb“**

Ministerialrat Dr. jur. Thomas Pflüger<sup>1</sup>, Stuttgart

*Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat mit seinem Konsultationspapier zur Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts vom 19. Februar 2009 die Vorbereitungen für einen sog. „Dritten Korb“ eröffnet. In diesem Rahmen hat die Kultusministerkonferenz (KMK) unter dem 8. Juni 2009 dem BMJ ein Positionspapier<sup>2</sup> zu den aus ihrer Sicht im Bereich von Hochschulen, Schulen und Kultureinrichtungen bestehenden Novellierungsbedarfen Stellung genommen. Mit Schreiben vom 31. Mai 2010 hat das BMJ die beteiligten Kreise zu vier Anhörungen eingeladen, die in der Zeit von Juni bis Oktober stattgefunden haben<sup>3</sup>. Nachfolgend werden die für die Hochschulen, Forschungseinrichtungen und Gedächtnisinstitutionen (Bibliotheken, Archive und Museen) relevanten Positionen der KMK dargestellt<sup>4</sup>.*

### **A) Einleitende Bemerkungen**

Die Kultusministerkonferenz hatte sich bereits im Gesetzgebungsverfahren zum sog. „Zweiten Korb“ für die Schaffung eines bildungs- und wissenschaftsfreundlichen Urheberrechts für die sich herausbildende globale Wissens- und Informationsgesellschaft als für die Länder zentrales bildungs- und forschungspolitisches Ziel eingesetzt<sup>5</sup>. Diese Position machten sich der Bundesrat sowie der zuständige Fachausschuss des Bundesta-

---

<sup>1</sup> Der Verfasser ist in der Hochschulabteilung des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst des Landes Baden-Württemberg tätig und Mitglied der Kommission „Bibliothekstantieme“ sowie der AG Bibliotheken der KMK. Er koordiniert die Position der Hochschulseite der Bundesländer im Rahmen der Urheberrechtsnovellierungen des Bundes.

<sup>2</sup> Das Positionspapier wurde in den beratenden Ausschüssen der KMK (Hochschul-, Schul und Kulturausschuss) im Frühjahr 2009 beschlossen und vom Generalsekretär der KMK dem BMJ übermittelt.

<sup>3</sup> Am 13. Juli und 13. Oktober 2010 standen u.a. die Themen „Open Access“ und „Verwaiste Werke“ auf der Tagesordnung.

<sup>4</sup> Außer Betracht bleiben die zu anderen Bereichen, insbesondere die zum Schulbereich formulierten Positionen.

<sup>5</sup> *Darauf hatte sich* auch die damalige Bundesregierung im Koalitionsvertrag vom 11. November 2005 verständigt (Z. 1825). Im Koalitionsvertrag der jetzigen Bundesregierung vom 26. Oktober 2009 findet sich auf S. 103 zum Urheberrecht folgende Passage: „Das Urheberrecht hat in der modernen Medien- und Informationsgesellschaft eine Schlüsselfunktion. Wir werden das Urheberrecht deshalb entschlossen weiterentwickeln, mit dem Ziel ein hohes Schutzniveau und eine wirksame Durchsetzbarkeit des Urheberrechts zu gewährleisten. Um dieses Ziel zu erreichen, werden wir zügig die Arbeit an einem Dritten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft („Dritter Korb“) aufnehmen.“

ges zu eigen<sup>6</sup>. Die Umsetzung scheiterte jedoch nicht zuletzt aufgrund des starken Einflusses der Verlegerlobby, aber auch an den Akteuren, die noch stark traditionellen Vorstellungen hinsichtlich des Verständnisses der Funktion des Urheberrechts in der modernen Wissensgesellschaft verhaftet waren<sup>7</sup>.

Basis für das Positionspapier der Kultusministerkonferenz zur Umfrage des Bundesministeriums der Justiz ist der Beschluss des Bundesrates vom 21. September 2007<sup>8</sup>. Der Bundesrat hatte sich dafür eingesetzt, dass nach der Verabschiedung des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, des sog. „Zweiten Korbs“, möglichst rasch die Arbeiten an einem „Dritten Korb“ für die Belange von Bildung, Wissenschaft und Forschung in der Wissens- und Informationsgesellschaft aufgenommen werden. Im Zentrum der Reformagenda müssten demnach folgende Punkte stehen: Wie kann den Besonderheiten von Open Access- und Open Source-Verwertungsmodellen Rechnung getragen werden? Auf Basis der Ergebnisse eines internationalen Vergleichs soll ein klarer Rechtsrahmen für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Urheber von wissenschaftlichen Beiträgen, die überwiegend im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind, geschaffen werden. Über die bisherige Fassung des § 52b UrhG hinaus wird die Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen nicht nur in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven, sondern generell in Bildungseinrichtungen gefordert.

Ferner hatte sich der Bundesrat dafür eingesetzt, dass die bestehende Regelung hinsichtlich der öffentlichen Zugänglichmachung urheberrechtlich geschützter Werke für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) wegen gravierender Rechtsunsicherheiten, geltender Bereichsausnahmen sowie ihrer Befristung überprüft und die elektronische Versendung von Fachartikeln durch Bibliotheken (§ 53a UrhG) nicht mehr begrenzt werde. Damit sollten der offene Zugang zu Informationen gewährleistet und die Kernaufgaben der Bibliotheken als Orte der Informationsversorgung gestärkt werden.

Schließlich hatte die damalige Präsidentin der Kultusministerkonferenz mit Schreiben

---

<sup>6</sup> Beschluss des Plenums vom 19.05.2006 (BR-Drs. 257/06). Diese Position wurde im Entschließungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD im Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung vom 4. Juli 2007 aufgegriffen (BT-Drs. 16/5939, S. 26).

<sup>7</sup> Grundlegend hierzu *Hilty Vergütungssystem und Schrankenregelungen - Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber GRUR 2005*, 819 und *Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? - Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette GRUR 2009*, 633.

<sup>8</sup> BR-Drs. 582/07.

vom 21. Januar 2008 an die Bundesministerin für Justiz auf die Notwendigkeit hingewiesen, einen einheitlichen Vergütungstatbestand für gemeinnützige Nutzungen urheberrechtlich geschützter Werke in Einrichtungen von Bildung, Kultur und Wissenschaft zu schaffen, um Rechtssicherheit herzustellen und weniger bürokratische Verfahren bei den tantiemebezogenen Aushandlungsprozessen zwischen den Bundesländern und den Verwertungsgesellschaften zu ermöglichen.

## **B) Grundlagen der Position der KMK**

Um den aus dem globalen Wettbewerb an die Funktionsfähigkeit von Bildungs- und Kultureinrichtungen anzulegenden Maßstäben und den sich aus der Lissabon-Strategie folgenden Erfordernissen gerecht werden zu können, bedarf es nach Auffassung der KMK jedoch weiterer und mutiger Schritte. Aus der solchermaßen ihrer föderalen Verantwortung gerecht werdenden Position sind die Länder der Auffassung, dass es sowohl einer grundlegenden Novellierung des Urheberrechtsgesetzes als auch einer EU-weiten Angleichung des jeweiligen nationalen Rechts bedarf. In ihrer Position sieht sich die KMK auch durch das Grünbuch der Europäischen Gemeinschaften „Urheberrecht in der wissensbestimmten Wirtschaft“<sup>9</sup> gestärkt. Im Zentrum dieses Grünbuchs steht die Frage, wie Forschungs-, Wissenschafts- und Unterrichtsmaterialien an die Öffentlichkeit weitergegeben werden, und ob Wissen im Binnenmarkt ungehindert zirkuliert. Das Grünbuch stellt fest, dass die deutschen Regelungen den Bildungsbereich restriktiver behandeln als den Forschungsbereich<sup>10</sup>, ohne dass aus europarechtlicher Sicht hierfür begründeter Anlass besteht.

Nach Auffassung der KMK folgt daraus, dass die spezifischen Anforderungen von Bildung, Wissenschaft und Forschung in der Wissens- und Informationsgesellschaft sowie der zunehmend wissensbasierten Wirtschaft stärker in den Mittelpunkt des Urheberrechts gerückt werden müssen. Zudem gilt es, den rasanten technologischen Entwicklungen im IuK-Bereich sowie den Rahmenbedingungen für die neuen Lehr- und Lernplattformen (beispielsweise e-Learning, Distance Teaching, Online Instructioning usw.) Rechnung zu tragen und den Paradigmenwechsel von einer kleinteilig-restriktiven Schrankensystematik zu einer großzügig-dynamischen Schrankenregelung zu vollziehen. Insbesondere geht es also darum, das Urheberrechtsgesetz dahingehend zu än-

---

<sup>9</sup> KOM (2008) 466 vom 16.07.2008.

<sup>10</sup> S. 17 aaO Fn 9.

dern, dass Bildungseinrichtungen, deren Bildungsauftrag unzweifelhaft ist, nicht unverhältnismäßig von der dynamischen Entwicklung im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien abgekoppelt und die Vermittlung von Medienkompetenz an Schulen und Hochschulen nicht behindert wird.

Hierfür sind eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des im „Zweiten Korb“ eingeführten § 52 b UrhG, wozu die Urheberrechtsrichtlinie aus 2001<sup>11</sup> die Möglichkeit eröffnet, und eine Präzisierung des Anwendungsbereichs von § 52 a UrhG sowie dessen vollständige Entfristung erforderlich. Auf der Grundlage des Open-Access-Prinzips könnte die Chance für innovative, attraktive und elektronischen Umgebungen angemessene Organisations- und Geschäftsmodelle für Publikation und Distribution von Wissen eröffnet werden, die auch Verlagen und der gesamten Informationswirtschaft neue Möglichkeiten zur Erschließung von Publikations- und Distributionsmärkten bieten. In den USA („government purpose license“) und Großbritannien („crown copyright“) können Urheber, die bei aus Steuermitteln finanzierten Einrichtungen beschäftigt sind, Nutzungsrechte an Verlage nur eingeschränkt übertragen. Aufgrund eines internationalen Vergleichs muss ein verlässlicher rechtlicher Rahmen für ein Zweitveröffentlichungsrecht bei Wissenschaftspublikationen geschaffen werden, wie dies teilweise bereits, aber auch in wenig transparenter Differenzierung, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) etwa der großen internationalen Wissenschaftsverlage möglich ist.

Die Kultusministerkonferenz ist im Übrigen dezidiert der Auffassung, dass die de lege lata in den §§ 52 a, 52 b und 53 a UrhG normierten Schrankenregelungen de lege ferenda durch eine generalklauselartig gefasste einheitliche Schrankenregelung für die öffentlichen Bildungs- und Kultureinrichtungen zu ersetzen sind, da sich die zumindest seit dem sog. „Zweiten Korb“ immer kleinteiliger geschnittene Schrankenkasuistik der §§ 52b, 53a UrhG unter Nutzeraspekten inzwischen als grenzwertig marginal erwiesen hat.

## **C) Positionen der KMK im Einzelnen**

### I. Themenfeld Privatkopie - § 53 UrhG

---

<sup>11</sup> Richtlinie 2001/29/EG vom 22.Mai 2001.

Nach § 53 Abs. 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG) sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern zulässig, sofern die Vervielfältigungen weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen und soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird. Der zur Vervielfältigung Befugte darf die Vervielfältigungsstücke durch einen anderen herstellen lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt.

### 1. Begrenzung der Privatkopie auf Kopien nur vom Original und des Verbots der Herstellung einer Kopie durch Dritte

Obwohl besondere Interessen der Kultusministerkonferenz bei dieser Frage nicht unmittelbar berührt sind, sah sie Veranlassung zu dem Hinweis, dass diese Schranke auch im digitalen und vernetzten Umfeld weiter ihre Berechtigung hat. § 53 ist dem Interesse der Allgemeinheit an einem möglichst unkomplizierten Zugang zu Information und Dokumentation verpflichtet und wahrt somit der aus Art. 14 Abs. 1 GG folgenden Gemeinwohlbindung jeden Eigentums entsprechend auch die Teilhabe und Weiterentwicklung in kreativen Schaffensprozessen<sup>12</sup>. Der Umstand, dass bisher die Schrankenregelungen nicht DRM<sup>13</sup>-fest ausgestaltet sind, muss daher als verfassungsrechtlich problematisch bewertet werden<sup>14</sup>.

### 2. § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UrhG – Kopie bei mittelbar wirtschaftlichem Gebrauch

§ 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UrhG verbietet die Herstellung einer Kopie zum wissenschaftlichen Gebrauch, wenn mit der Vervielfältigung ein gewerblicher Zweck verfolgt wird. Die EU-Richtlinie untersagt zwar in Art. 5 Abs. 3 a die öffentliche Zugänglichmachung und

---

<sup>12</sup> Vgl. dazu BGH GRUR 1997, 459, 463 - *CB-Infobank I*.

<sup>13</sup> Digital rights management.

<sup>14</sup> Die Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen (Alexander von Humboldt-Stiftung, Leopoldina Nationale Akademie der Wissenschaften, DFG, DAAD, FhG, HGF, HRK, WGL, MPG und WR) fordert daher zu Recht in ihrem Papier „Neuregelung des Urheberrechts: Anliegen und Desiderate für einen Dritten Korb“ vom 7. Juli 2010 (nicht veröffentlicht) dass der Gesetzgeber die Wirksamkeit der Schrankenregelungen zu garantieren und den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen und zuwiderlaufende einzelvertragliche Regelungen der Schranken zu unterbinden habe.

die Vervielfältigung in elektronischer Form bei einer mittelbaren oder unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzung, aber keinesfalls die Herstellung und Nutzung einer analogen Kopie oder einer Kopie mit ähnlicher Wirkung. Auch die Bibliotheken in Unternehmen gelten als Spezialbibliotheken, deren Bestände arbeitsteilig im gesamten Bibliothekswesen genutzt werden. Diese Bibliotheken dürfen nach der jetzt geltenden Gesetzesfassung den eigenen Unternehmensmitarbeitern etwa aus ihrer Forschungsabteilung weder eine Papier- noch eine PDF-Kopie zur Verfügung stellen. In den öffentlichen wissenschaftlichen Bibliotheken muss bei der Herstellung jeder Kopie beim Besteller nachgefragt werden, zu welchem Zweck er diese Kopie verwenden will. Die im Rahmen des „Zweiten Korbes“ eingeführte Neuregelung ist weder wissenschafts- noch bibliotheksadäquat. Sie macht erforderlich, dass letztendlich vor der Herstellung einer Papierkopie zum wissenschaftlichen Gebrauch der Rechteinhaber um Zustimmung gebeten werden muss. Denn auch außerhalb der Unternehmen findet mitunter jedenfalls mittelbarer wirtschaftlicher Gebrauch statt, etwa dann, wenn ein Hochschullehrer die Kopie herstellt, um sie im Rahmen einer Verlagspublikation oder im Rahmen der Auftragsforschung zu nutzen. Diese Beschränkung gerade beim wissenschaftlichen Gebrauch aufzuerlegen ist geeignet, den Technologie- und Wissenstransfer mit gravierenden Folgen für den Wirtschaftsstandort Deutschland zu behindern. Daher hatte sich der Bundesrat bereits in seiner Stellungnahme zum „Zweiten Korb“ vom 19. Mai 2006 gegen die dann zum 1. Januar 2008 Gesetz gewordene Fassung des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UrhG ausgesprochen<sup>15</sup>.

## II. Zweitverwertungsrecht für Urheber von wissenschaftlichen Beiträgen, die überwiegend im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind (§ 38 UrhG) – Open Access

Bundestag und Bundesrat haben im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum „Zweiten Korb“ in ihren Entschlüssen<sup>16</sup> das Bundesministerium der Justiz gebeten zu prüfen, ob ein Zweitverwertungsrecht für Urheber von wissenschaftlichen Beiträgen geschaffen werden sollte, die überwiegend im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind. Der Bundesrat hatte auf Basis entsprechender Vorarbeiten in der KMK in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf des

---

<sup>15</sup> BR-Drs. 257/06.

<sup>16</sup> BR-Drs. 257/06 und BT-Drs. 16/5939, S. 26.

„Zweiten Korbes“ einen Vorschlag zur Regelung des Zweitverwertungsrechtes unterbreitet. Auf diesen Regelungsvorschlag hat auch der Ausschuss des Bundestages für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung in seiner Empfehlung für einen Entschließungsantrag Bezug genommen. Dieser Vorschlag für § 38 Abs. 1 Sätze 3 und 4 UrhG (neu) lautet wie folgt:

*„An wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika erscheinen, hat der Urheber auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts das Recht, den Inhalt längstens nach Ablauf von sechs Monaten seit Erstveröffentlichung anderweitig öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist und nicht in der Formatierung der Erstveröffentlichung erfolgt. Dieses Recht kann nicht abbedungen werden.“*

Die Kultusministerkonferenz ist der Auffassung, dass dieser Vorschlag jetzt im Rahmen des „Dritten Korbes“ umgesetzt werden muss<sup>17</sup>. Eine allein über jederzeit abänderbare allgemeine Geschäftsbedingungen der Verlage oder Vergabebedingungen der öffentlichen Drittmittelgeber auf nationaler und europäischer Ebene eröffnete Möglichkeit der Zweitveröffentlichung ist nicht ausreichend, da in beiden Fällen die Konditionen jederzeit und einseitig dahingehend geändert werden könnten, die Zweitveröffentlichung auszuschließen. Unter Beachtung der Regelung in § 38 Abs. 1 UrhG erscheint die vorgeschlagene Embargofrist von sechs Monaten als angemessen und ausreichend. Eine Differenzierung nach Wissenschaftsdisziplinen wird als praktisch nicht durchführbar angesehen, da meist interdisziplinär geforscht und gelehrt wird. Eine Benachteiligung deutscher Wissenschaftler im internationalen Wettbewerb ist nach Auffassung der Kultusministerkonferenz mit Blick auf bestehende Geschäftsbedingungen von Wissenschaftsverlagen sowie einschlägiger Förderbedingungen öffentlicher Drittmittelgeber nicht erkennbar.

---

<sup>17</sup> Aus einem Schreiben der Bundesbildungsministerin an den Sprecher der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen vom 6. September 2010 ergibt sich, dass dies inzwischen auch vom BMBF unterstützt wird. [Konventions- und europarechtliche Bedenken können gegen diese urhebervertragsrechtliche Regelung nicht geltend gemacht werden, Schrickler/Peukert in Schrickler/Loewenheim 4. A. § 38 Rdnr. 3c. mwN.](#)

Unter Hinweis auf einen rechtstechnisch anders gefassten Vorschlag in der Literatur<sup>18</sup> ist die KMK der Auffassung, dass es sich bei der Frage, ob eine gesetzliche Regelung der Zweitveröffentlichung an die Person des wissenschaftlichen Autors oder an dessen Anstellungskörperschaft anknüpft, um eine eher rechtstechnische Frage handelt, die ohne Einfluss auf die von der KMK verneinte Frage einer Benachteiligung deutscher Wissenschaftler im internationalen Wettbewerb wäre.

### III. Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven, § 52 b UrhG – Erweiterung des Anwendungsbereichs auf sonstige Bildungseinrichtungen

Die KMK hält die Ausweitung des Anwendungsbereichs auf sonstige Bildungseinrichtungen nicht nur für sachgerecht, sondern aus bildungspolitischer Sicht für dringend geboten. Der Anwendungsbereich der mit dem Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26.10.2007 neu eingefügten Regelung des § 52 b UrhG muss generell auf öffentliche Bildungseinrichtungen, wie etwa die Bibliotheken an Hochschulen, Forschungseinrichtungen und Schulen, erweitert werden. Zum Bildungsauftrag der Hochschulen und Schulen gehört es auch, die Medienkompetenz zu fördern, um Schülern und Studierenden, die nicht selbst über die erforderlichen Geräte verfügen, die Nutzung digitaler Medien nahe zu bringen<sup>19</sup>.

Aufgrund von Artikel 5 Abs. 3 Buchstabe n i.V.m. Artikel 4 Abs. 2 Buchstabe c der EU-Richtlinie 2001/29/EG ist ausreichend Spielraum eröffnet, neben den bislang genannten Einrichtungen auch zu Gunsten sonstiger nichtgewerblicher Bildungseinrichtungen eine Urheberrechtsschranke für die Zugänglichmachung an elektronischen Leseplätzen einzuführen. Die KMK sieht den Begriff „Bildungseinrichtungen“ als hinreichend abgrenzbar und die Ausweitung von § 52 b UrhG auch auf diese Einrichtungen mit dem Be-

<sup>18</sup> Pflüger/Ertmann, ZUM 2004, 436. Zu diesem in der Literatur umstritten gebliebenen Vorschlag vgl. auch Hansen, GRUR Int. 2005, 378, sowie Dreier, in FS Schrickler, 2005, S. 283, 291 sowie Dietz/Peukert in Schrickler/Loewenheim 4. A. § 12 Rdnr. 10 und Rojahn aaO § 43 Rdnr. 131 ff..

<sup>19</sup> Ob diese Zielsetzung des Gesetzgebers überhaupt erreicht werden kann, muss aufgrund der äußerst engen Fassung von § 52b UrhG bezweifelt werden. Das OLG Frankfurt vertritt in seiner Entscheidung vom 24.11.2009 die Ansicht, dass die Nutzer keine Vervielfältigungen - gleich, ob in analoger oder digitaler Form - ziehen dürfen, NJW 2010, 2890 = GRUR-RR 2010,1. Vgl. hierzu Steinbeck, NJW 2010, 2852, die analoge Kopien von Nutzern für zulässig erachtet. Bestandswerke der Bibliothek in gedruckter Form sollen dagegen im Vorfeld des elektronischen Lesens von der Bibliothek digitalisiert werden dürfen, Loewenheim aaO Fn. 18 § 52b Rdnr. 12 mwN.; zw., vgl. Spindler, NJW 2008, 9 (13), Pflüger/Heeg, ZUM 2008, 649 (652).

stimmtheitsgebot und dem 3-Stufen-Test als vereinbar an. Ersterem könnte zusätzlich dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass auf die bereits in § 52 a Abs. 1 Nr.1 UrhG genannten Bildungseinrichtungen verwiesen würde, eine gesetzliche Definition, die sich in der Praxis bewährt hat. Die Erfordernisse des 3-Stufen-Tests sind erfüllt, da es sich bei Bildungseinrichtungen um „bestimmte Sonderfälle“ handelt und weder eine normale Auswertung des Werks beeinträchtigt wird noch berechnigte Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt werden.

#### IV. Regelung des Umgangs mit „verwaisten Werken“ („Orphan Works“)

Im Juli 2007 hat die Europäische Kommission die Mitgliedstaaten erstmals danach gefragt, ob Initiativen im Umgang mit „verwaisten Werken“ geplant sind. Mit dem im Juli 2008 vorgelegten Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“ greift sie dieses Thema erneut auf. Das Grünbuch soll die öffentliche Diskussion u.a. auch zum Thema der verwaisten Werke anregen. Hier wird ein Harmonisierungsbedarf auf europäischer Ebene gesehen.

Unter dem Begriff „verwaiste Werke“ versteht man urheberrechtlich geschützte Werke, deren Urheber bzw. Rechteinhaber entweder nicht bekannt oder nicht mehr auffindbar sind. Da die Nutzung von Werken außerhalb der gesetzlichen Schrankenregelungen grundsätzlich nur mit Zustimmung des Rechteinhabers zulässig ist, drohen diese Werke nach Angaben von Bibliotheken und Archiven dem kulturellen Bewusstsein verloren zu gehen, weil sie aufgrund ungeklärter Rechtslage davon absehen, diese Werke im Rahmen der jeweiligen Zweckbestimmung ihrer Einrichtung öffentlich zugänglich zu machen.

Der in Deutschland geltende Zeitraum von 70 Jahren nach dem Tod eines Urhebers bis zum Ende des Urheberschutzes lässt große Mengen von Werken (Monographien, zahllose Beiträge in Zeitschriften oder Sammelbänden, Photographien, Filme und Musikwerke) entstehen, deren Urheberrechtinhaber respektive Erben auch mit größter Suche nicht auffindbar sind. Solche Werke stellen vor allem für die Gedächtnisinstitutionen - Bibliotheken, Archive und Museen - ein Problem dar. Indessen fehlen belastbare empirische Daten zur Quantität. „Verwaiste Werke“ könnten jedoch durch die neuen elektronischen Verwertungsmöglichkeiten eine Renaissance erleben. Im Rahmen des „Zweiten Korbs“ ist eine Lösung des Problems nicht erfolgt.

Rechtsprechung zur Thematik der verwaisten Werke liegt soweit ersichtlich nicht vor; in der Literatur gibt es – abgesehen von Positionsbestimmungen betroffener Institutionen – bislang nur vereinzelte Stellungnahmen<sup>20</sup>.

Bei der Frage, welche Kriterien an die Suche nach dem/der Rechteinhaber/in erfüllt sein müssen, bietet sich zunächst ein Rückgriff auf das *Memorandum of Understanding über verwaiste Werke und weitere Entwicklungen in der Europäischen Digitalen Bibliothek* der Europäischen Kommission vom Juni 2008 an<sup>21</sup>. Dort sind Richtlinien über die Sorgfaltspflichten im Umgang mit verwaisten Werken ausgearbeitet. Das rechtlich nicht allgemeinverbindliche, von Vertretern von Bibliotheken, Archiven und Rechteinhabern unterzeichnete Memorandum gibt Empfehlungen zum Verfahren und zur anwendbaren Methodologie sowie eine Übersicht über einschlägige Informationsquellen für Recherchen.

Die Nutzung der verwaisten Werke betrifft die Digitalisierung, Verwertung und unter Umständen auch die Erstveröffentlichung. Die Digitalisierung zur Bestandssicherung ist wohl unproblematisch<sup>22</sup>. Die unzulässige Verwertung – wie etwa in Form einer Veröffentlichung – kann jedoch nach §§ 97ff UrhG zivilrechtlich und nach §§ 106ff UrhG strafrechtlich geahndet werden. Der Anwendungsbereich dürfte weniger im Bereich des Schriftgutes, als in der Verwertung von Bildender Kunst, Musikwerken und Film liegen, bei denen in der Regel ein höheres allgemeines und kommerzielles Interesse unterstellt werden kann. Ein gesetzlicher Handlungsbedarf besteht zum einen aus den Vorgaben der Europäischen Kommission<sup>23</sup> und zum anderen aus dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit für den Umgang mit verwaisten Werken in den oben genannten Gedächtnisinstitutionen. Das Problem der verwaisten Werke sollte national gelöst werden; lediglich bei grenzüberschreitenden Verwertungen könnte einer europäischen Lösung der Vorzug gegeben werden.

Welcher Weg letztlich beschritten werden soll, um dem Urheberrecht bei verwaisten Werken Rechnung tragen zu können, ist eine Frage der Wertung. Am Anfang muss die

---

<sup>20</sup> Vgl. aber *Spindler/Heckmann*, Retrodigitalisierung verwaister Publikationen, Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und de lege ferenda, in: GRUR Int. 2008, 271-284; und *Melichar*, Das Urheberrechtsgesetz aus der Sicht der VG Wort, in: ZfBB 2008, 264-268.

<sup>21</sup> IRIS Rechtliche Rundschau der Europäischen Audiovisuellen Informationsstelle 2008-7:5/6

<sup>22</sup> Und zwar aufgrund der Annexkompetenzen als Folge der gesetzlichen Aufgabenübertragung etwa in den Landesarchivgesetzen oder einschlägiger Regelungen des Pflichtexemplarrechts im DNBG und den entsprechenden Landesgesetzen.

<sup>23</sup> Richtlinie 2001/29/EG vom 22.Mai 2001.

seriöse Suche nach dem Rechteinhaber stehen. Das deutsche Recht kennt indessen Mechanismen, wenn ein Adressat oder Rechteinhaber nicht (mehr) auffindbar ist. Zu erinnern ist z.B. an das Aufgebotsverfahren und die Kraftloserklärung von Urkunden<sup>24</sup>. In diesen Fällen wird der Berechtigte öffentlich gesucht. Verstreicht die gesetzte Frist, geht der Rechteinhaber seines Anspruches verlustig. Insofern entspräche die Schweizer Lösung<sup>25</sup> am ehesten dem deutschen Rechtssystem. Im Übrigen könnte für den Tatbestand der „Verwaisung“ das Regelungsmodell der §§ 958 ff. BGB im Wege der Rechtsanalogie herangezogen werden.

Einen anderen Weg schlägt die VG-Wort<sup>26</sup> vor, für den aber derzeit jede Rechtsgrundlage fehlt, so dass dafür eine gesetzliche Grundlage bzw. ein öffentlicher Auftrag erforderlich wäre. Die Verwertungsgesellschaften sind nach der geltenden Rechtslage körperschaftlich als eingetragene gemeinnützige Vereine konzipiert. Die Umsetzung des Vorschlags würde das Geschäftsfeld der Verwertungsgesellschaften in Richtung kommerzieller Rechtemakler oder Inkassounternehmen verschieben, die ihre Gemeinnützigkeit in Frage stellen könnte. Es erscheint daher zweckmäßig, die Zuständigkeit für verwaiste Werke aller Art bei einer anderen Stelle als den Verwertungsgesellschaften zu konzentrieren.

Bislang wurden lediglich die Verwertungsrechte thematisiert. Befinden sich aber „verwaiste Werke“ in Archiven, die zu keinem Zeitpunkt veröffentlicht waren, müssen diese bis zum Ablauf der Schutzfrist unter Verschluss bleiben, da das Urheberpersönlichkeitsrecht höchstpersönlich und auch nicht vererbbar ist.

Die Kultusministerkonferenz hat daher, ohne einen konkreten Regelungsvorschlag zu unterbreiten, angeregt, eine gesetzliche Grundlage für den Umgang mit verwaisten Werken – insbesondere für Sprachwerke – zu schaffen und die Zuständigkeit für die Wahrnehmung urheberrechtlicher Befugnisse an einer neutralen Stelle zu konzentrie-

---

<sup>24</sup> So beispielsweise in den §§ 799, 1162 BGB für die dort genannten verbrieften Rechte vorgesehen; vgl. aber auch §§ 176, 800, 2361 BGB.

<sup>25</sup> § 22 b des Schweizer Urheberrechtsgesetzes lautet wie folgt: *Die zur Verwertung von Ton- oder Tonbildträgern erforderlichen Rechte können nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden, wenn: die Verwertung Bestände öffentlich zugänglicher Archive oder von Archiven der Sendeunternehmen betrifft; die Rechtsinhaber oder -inhaberinnen unbekannt oder unauffindbar sind; und die zu verwertenden Ton- oder Tonbildträger vor mindestens zehn Jahren in der Schweiz hergestellt oder vervielfältigt wurden. Die Nutzer und Nutzerinnen sind verpflichtet, den Verwertungsgesellschaften die Ton- oder Tonbildträger mit verwaisten Werken zu melden.*

<sup>26</sup> Die VG Wort beabsichtigt, auf Basis der derzeitigen Rechtslage verwaiste Werke zukünftig für eine digitale Nutzung (Einscannen und Online-zur-Verfügung-stellen) zu lizenzieren, wenn die Nutzer eine Suche gemäß einem von Bibliotheken, Börsenverein, Verwertungsgesellschaften und der Deutschen Literaturkonferenz derzeit entwickelten Plan durchgeführt haben und diese ergebnislos verlaufen ist. Sollte der Rechteinhaber zu einem späteren Zeitpunkt bekannt werden, wird er von der VG Wort entschädigt.

ren. Allerdings ist es nach Auffassung der KMK ausgeschlossen, hierfür eine Vergütungspflicht vorzusehen, die es im Übrigen auch im ausländischen Recht nicht gibt<sup>27</sup>. Denn allein die öffentlich finanzierten und mit entsprechenden gesetzlichen Aufträgen über die Archiv- und Pflichtexemplargesetze der Länder ausgestatteten Gedächtnisinstitutionen sorgen dafür, dass es überhaupt „verwaiste“ und eben nicht „verschollene“ Werke gibt. Für die von interessierter Seite an das BMJ adressierte Forderung nach einer neuen und mit Vergütungspflichtigkeit versehenen Schrankenregelung fehlt es daher an jeder sachlichen Rechtfertigung und rechtlichen Begründung<sup>28</sup>.

#### V. Schaffung einer generalklauselartig gefassten Schrankenregelung für Bildung und Forschung, Wissenschaft und Kultur

Neben der Einführung einer urhebervertraglichen Regelung für ein Zweitveröffentlichungsrecht wissenschaftlicher Autoren steht dieser Punkt im Zentrum der Position der KMK.

Wie bereits in den einleitenden Bemerkungen ausgeführt, ist die Kultusministerkonferenz der Auffassung, dass die de lege lata in den §§ 52 a, 52 b und 53 a UrhG normierten Schrankenregelungen de lege ferenda durch eine generalklauselartig gefasste einheitliche Schrankenregelung für die Bereiche Bildung und Wissenschaft zu ersetzen sind<sup>29</sup>. Das Gesetzgebungsverfahren zum „Dritten Korb“ sollte daher dazu genutzt werden, eine für die Bereiche Bildung, Wissenschaft und Kultur umfassende Schrankenregelung zu schaffen. In einem neuen § 52 a UrhG könnten die bisherigen Einzeltatbestände der §§ 52 a, 52 b, 53 a UrhG zusammengefasst werden, der die immer kleinteiliger und in der Praxis – sei es in der täglichen Anwendung durch die begünstigten Einrichtungen und in gerichtlichen Verfahren, sei es bei der Aushandlung von Tantiemen

---

<sup>27</sup> In Kanada wurde mit Art. 77 Canada's Copyright Act ein Zwangslizenzmodell eingeführt: Hier können Nutzer eine Lizenz zur Nutzung eines bestimmten Werkes bei dem Copyright Board of Canada beantragen, wenn die Identität bzw. der Aufenthaltsort des Rechtsinhabers auch durch „angemessene Anstrengungen“ nicht festgestellt werden konnte. Auch § 22b des Schweizer Urheberrechtsgesetz sieht keine Vergütungspflicht vor.

<sup>28</sup> Eine zwischen DBV, DNB und Börsenverein des Deutschen Buchhandels erfolgte Absprache muss aus Sicht der Länder daher als ein unzulässiger „Vertrag zu Lasten Dritter“ zurückgewiesen werden.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu *Pflüger/Heeg*, ZUM 2008, S. 649ff. und jüngst *Müller*, ZfBB 2010, 245 ff., der für die Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen (AvH, Leopoldina, DFG, DAAD, FhG, HFG, HRK, WGL, MPG und WR) einen ähnlichen Vorschlag gemacht hat. Grundlegend dazu *Förster*, Fair Use - Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schranken-katalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, 2008, insb. S. 213 ff..

mit den Verwertungsgesellschaften – kaum noch handhabbar gewordenen Schrankenregelungen ersetzt.

Die Kultusministerkonferenz setzt sich daher mit Nachdruck für die Schaffung einer solchermaßen ausgerichteten Generalklausel im „Dritten Korb“ ein, die wie folgt gefasst werden könnte:

### **„§ 52a UrhG (neu)“**

*(1) Die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes durch öffentliche Einrichtungen, denen Aufgaben in Bildung, Wissenschaft und Kultur übertragen sind, ist zulässig, soweit dies im Rahmen ihrer Aufgabenstellung gerechtfertigt und zur Verfolgung nichtkommerzieller Zwecke geboten ist. Die §§ 27, < optional (Vorschlag BR: Beschluss vom 19.05.2006 - Drucksache 257/06): 38 > und 53 bleiben unberührt.*

*(2) Zulässige Zwecke im Sinne von Abs. 1 Satz 1 sind Nutzungen im Rahmen von*

*1. Unterricht und Forschung,*

*2. Fort- und Weiterbildung,*

*3. Dokumentation, Bestandssicherung und Bestandserhaltung.*

*(3) Für die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung nach den Absätzen 1 und 2 Nr. 1 und 2 ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Bei der Angemessenheit der Vergütung sind die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Rechteinhaber zu berücksichtigen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.“*

Im Ergebnis ist dieser Vorschlag mit der EU-Richtlinie vom 22.06.2001 konform. Inhaltlich entspricht dieser Formulierungsvorschlag der Linie der „Declaration on a Balanced Interpretation of the Three-Step-Test“<sup>30</sup>. Die Zielsetzung von Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie liegt im Kern darin, dass Schrankenregelungen unabhängig von ihrer rechtstechnischen Gestaltung – sei es als Generalklausel oder seien es kleinteilige Einzeltatbestände – inhaltlich nicht zu weit gehen. Dieser Voraussetzung kann auch dadurch Genüge getan werden, dass der Entwicklung von "case law" hinreichend Raum gelassen wird, um situativ und sachgerecht auf die raschen Veränderungen der tatsächlichen Umstände reagieren zu können. Denn auch bei der Auslegung der Generalklausel

---

<sup>30</sup> Geiger/Hilty/Griffiths, deutsche Übersetzung in: GRUR Int. 2008, 822.

muss stets der Katalog in Art. 5 Abs. 2 und 3 der EU-Richtlinie konform berücksichtigt werden. Dieser kann dann aber der jeweiligen Sachverhaltskonstellation entsprechend eher extensiv oder restriktiv ausgelegt werden. Mit dem Vorschlag der Kultusministerkonferenz wird diesen Anforderungen hinreichend Rechnung getragen.

Im Übrigen liegen der Kultusministerkonferenz keine belastbaren Erkenntnisse dazu vor, dass die bisherigen Schrankenregelungen und § 27 UrhG überhaupt eine zu Lasten der Urheber bzw. Rechteinhaber nachteilige Primärmarktrelevanz haben. Es besteht vielmehr Grund für die Annahme, dass alle gemeinnützig organisierten und in öffentlicher Trägerschaft befindlichen Einrichtungen aus den Bereichen Bildung, Kultur und Wissenschaft, die sich zur Wahrnehmung ihrer dem allgemeinen Wohl dienenden Aufgaben auf hinreichend belastbare Schrankenregelungen berufen können müssen, hervorragende und für Urheber bzw. Rechteinhaber kostenlose Werbeplattformen sind<sup>31</sup>. Mit der Zusammenfassung der bisherigen Schrankenregelungen in einen Tatbestand würden schließlich die rechtlichen Voraussetzungen für eine effiziente und entbürokratisierte Aushandlung der Vergütungspflicht geschaffen, die allen Beteiligten, insbesondere aber den Werkschöpfern, zugute käme. Aus verschiedenen, hier nicht näher darzustellenden Gründen wäre damit jedoch keine wesentliche Änderung des Vergütungsniveaus über den bisherigen Rahmen hinaus verbunden<sup>32</sup>.

## D) Ausblick

Die KMK hat die Umfrage des BMJ zur Prüfung weiteren gesetzlichen Handlungsbedarfs im Urheberrecht zum Anlass genommen, auf Basis einschlägiger Beschlüsse von Bundesrat und Bundestag sich für weitere entschiedene und mutige Schritte für ein bildungs- und wissenschaftsfreundliches Urheberrecht einzusetzen. Maßstab dieser Positionen ist die umfassende Verantwortung der Länder als Träger der weit überwiegenden Anzahl von Bildungs- und Kultureinrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland. Die Anhörungsrunde zum „3. Korb“ hat überdies eindrucksvoll gezeigt, dass insbesondere die Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen und die KMK inhaltlich weitge-

---

<sup>31</sup> Vgl. hierzu *Pflüger/Heeg*, ZUM 2008, S. 649ff.. Im Prozess der VG WORT gegen die Bundesländer wegen der Abgeltung der Ansprüche aus § 52a UrhG wurde die Klägerin in der mündlichen Verhandlung am 14. Oktober 2010 vom OLG München darauf hingewiesen, dass sie die Kausalität der Schrankennutzung für Umsatzeinbußen darzulegen und zu beweisen habe. Mit allen übrigen Verwertungsgesellschaften konnten die Bundesländer [auf Basis einer Repräsentativerhebung an den Hochschulen der Länder im Sommersemester 2007](#) inzwischen einen pauschalen Abgeltungsvertrag für die Nutzungen im Hochschulbereich aufgrund von § 52a UrhG bis zum 31.12.2012 [abschließen](#) aushandeln.

<sup>32</sup> *Verf.* weist darauf hin, dass dem Aspekt der Primärmarktrelevanz von Schrankenregelungen rechtlich und faktisch eine weit höhere Bedeutung als in der Vergangenheit zukommen wird.

hend gleichgerichtete Vorstellungen zu den sie betreffenden Regelungsbereichen haben, und zwar weit über den Bereich des „Zweitveröffentlichungsrechtes“ hinaus. Dies dürfte für das weitere Gesetzgebungsverfahren nicht folgenlos bleiben.

Aufgrund der bisher mit der im „Zweiten Korb“ neu geschaffenen „Elektronischen Lesentantieme“ des § 52b UrhG und der „Kopienversandtantieme“ des § 53a UrhG gemachten Erfahrungen kann aus Sicht der KMK der Schaffung neuer kleinteilig-kasuistischer Urheberrechtsschranken ohne nennenswerten Nutzen für die Berechtigten nur eine klare Absage erteilt werden. Umso bedauerlicher ist es daher, dass sich das BMJ bisher nicht dazu hat entschließen können<sup>33</sup>, die von KMK und Allianz ins Spiel gebrachten und rechtlich durchaus als ambitioniert zu bezeichnenden Überlegungen für eine allgemein gefasste und die bisherigen Tatbestände ersetzende Schrankenregelung zum Gegenstand der Anhörung der beteiligten Kreise zu machen.

---

<sup>33</sup> Schreiben der Bundesjustizministerin vom 25. August 2010 an den Sprecher der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen.