

## Verträge über unbekannte Nutzungsarten nach dem Zweiten Korb: die neuen Vorschriften § 31 a UrhG und § 137 I UrhG

Eine weitere wesentliche Änderung des Urheberrechtsgesetzes im Rahmen des Zweiten Korbs betrifft die Aufhebung des § 31 Abs. 4 UrhG und damit die neue Rechtslage, die bei der Einräumung von Nutzungsrechten an zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekanntem Nutzungsarten nach Inkrafttreten der Urheberrechtsnovelle gilt (§ 31 a UrhG).

Während der neu eingefügte § 31 a UrhG in Zukunft beim Abschluss von Lizenzverträgen Berücksichtigung finden wird, hat die Übergangsregelung des § 137 I UrhG bereits Auswirkungen auf „Altverträge“ (Lizenzverträge, die ab 1966 abgeschlossen wurden). Für die Bibliotheken ist dies insbesondere interessant im Zusammenhang mit der Lizenzierung des sog. „Online-Nutzungsrechts“ an Werken, das bis 1995 als unbekannte Nutzungsart galt.

Im Folgenden werden die neuen Vorschriften mit ihren Voraussetzungen näher vorgestellt und ihre rechtlichen Implikationen einer Bewertung unterzogen.

### 1. Der „alte“ § 31 Abs. 4 UrhG

Die Regelung wurde ursprünglich mit dem Urheberrechtsgesetz vom 9.9.1965<sup>1</sup> ins deutsche Urheberrecht eingeführt und bestimmte, dass Vereinbarungen über noch nicht bekannte Nutzungsarten unwirksam sind (Verbot sog. „Buy-Out-Verträge“). War die Nutzungsart zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekannt, so war gemäß der Vorschrift nicht nur die bereits erfolgte Nutzungsrechtseinräumung (dingliche Verfügung), sondern auch die (schuldrechtliche) Verpflichtung hierzu unwirksam.<sup>2</sup> Vor dieser eindeutigen Regelung des § 31 Abs. 4 UrhG war nach der sog. Zweckübertragungsregel (§ 31 Abs. 5 UrhG) bei der Auslegung eines Lizenzvertrages im Zweifel davon auszugehen, dass der Urheber Rechte nur in dem Umfang überträgt, der für die Erreichung des dem Lizenzvertrag zu Grunde liegenden Zweckes erforderlich ist,<sup>3</sup> so dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannte Nutzungsarten als grundsätzlich nicht von einer Urheberrechtsübertragung umfasst angesehen wurden.<sup>4</sup>

1 Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, BGBl I, S. 1273.

2 Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. (2006), § 31 Rn. 77.

3 BGH GRUR 1996, 121, 122.

4 Hertin, in: Fromm/Nordemann, UrheberR, 9. Aufl. (1998), §§ 31, 32 Rn. 9.

### 1.1 Zweck der Vorschrift

Rechtspolitische Legitimation sowohl der Zweckübertragungsregel als auch des § 31 Abs. 4 UrhG ist die Schutzbedürftigkeit des Urhebers.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift sicherstellen, dass der Urheber bei der Entwicklung neuer Nutzungsarten auch dann, wenn er einem Dritten umfassende Nutzungs- und Verwertungsrechte an seinem Werk eingeräumt hat, die Kontrolle darüber behält, ob und gegen welche Vergütung er der Nutzung seines Werks auch in der neuen Nutzungsart zustimmt.<sup>6</sup> Die Regelung beinhaltet danach zum einen eine ideelle und zum anderen eine wirtschaftliche Komponente, indem sie den Urheber einerseits in seiner Entscheidungsbefugnis, ob er mit der Nutzung seines Werks auch auf die neu erfundene Art überhaupt einverstanden ist, schützte und auf der anderen Seite den Urheber als in der Regel schwächeren Vertragspartner davor bewahren sollte, dass ihm die Rechte – ohne Gegenleistung – aus der Hand genommen werden.<sup>7</sup> Die Vorschrift spiegelte damit auch den allgemeinen Leitgedanken des Urheberrechts wider, nach dem der Urheber an den wirtschaftlichen Früchten seines Werkes möglichst weitgehend zu beteiligen ist.<sup>8</sup>

### 1.2 Unbekannte Nutzungsart

Die lizenzierbare Nutzungsart im Sinne des § 31 UrhG wird dabei durch die wirtschaftlich-technischen Gestaltungsmöglichkeiten eines Werkes bestimmt.<sup>9</sup> Nach der Rechtsprechung ist eine Nutzungsart nicht schon dann bekannt, wenn lediglich die technischen Möglichkeiten für die betreffende Nutzungsart vorliegen, sondern erst, wenn sie auch wirtschaftlich bedeutsam und verwertbar geworden ist.<sup>10</sup> Der Urheber soll die wirtschaftliche Tragweite dieser neuen Nutzungsart erkennen und abschätzen können, was erst dann möglich ist, wenn die betreffende Nutzungsart aus der Sicht des durchschnittlichen Urhebers auch bereits praktiziert wird.<sup>11</sup> Im Laufe der Urheberrechtsgeschichte brachte die rasant fortschreitende technische Entwicklung immer wieder neue Nutzungsarten hervor, so z. B.: Videokassetten, Compact Discs, CD-ROMs, Internet, etc.<sup>12</sup>

5 Schrickler, in: Schrickler, Urheberrecht, 3. Aufl. (2006), §§ 31, 32 Rn. 32.

6 Amtliche Begründung, UFITA 45 (1965) 240, 271.

7 Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. (2006), § 31 Rn. 76.

8 BGHZ 129, 66, 72.

9 BGH GRUR 1992, 310, 311 – Taschenbuch-Lizenz.

10 Vgl. BGH GRUR 1991, 133, 136 – Videozweitenauswertung; vgl. auch Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. (2006) § 31 Rn. 46 zu Einzelfällen inzwischen anerkannter selbstständiger Nutzungsarten.

11 BGHZ 17, 266, 285.

12 Als bekannte Nutzungsarten gelten seit 1978 die Video-, seit 1990 die CD-ROM-Nutzung, das Internetabrufrecht seit 1995.

Die Entscheidung darüber, ob und wann genau eine neue, eigenständige Nutzungsart vorliegt und als bekannt anzusehen ist, bringt u. U. erhebliche Abgrenzungsprobleme mit sich und bedurfte in der Vergangenheit daher häufig der gerichtlichen Klärung.<sup>13</sup>

Eine Konsequenz dieser Vorschrift war, dass umfassende Nutzungsrechtsverträge, die vor 1995 abgeschlossen worden waren, nicht das Online-Nutzungsrecht (ab 1995 bekannte Nutzungsart) beinhalteten und Rechteinhaber somit gezwungen waren, diese Rechte bei den Urhebern oder ihren Erben nachträglich zu lizenzieren, wenn sie die Absicht hatten, die Werke auch entsprechend über das Internet zu verwerten. Eine digitale Nutzung bedeutete somit häufig einen erheblichen lizenzrechtlichen Aufwand.

Konsequenzen:

- Nach alter Rechtslage konnten Urheber Bibliotheken Online-Nutzungsrechte ihrer vor 1995 erschienenen Werke einräumen, da diese in der Regel nicht vom Verlag lizenziert werden konnten (Grund: zum Zeitpunkt des Vertrages unbekanntes Nutzungsart).
- Rechteinhaber mussten die Online-Nutzungsrechte bei Lizenzverträgen, die vor 1995 abgeschlossen worden sind, in der Regel nachlizenzieren.
- Bei Vertragsabschlüssen ab 1995 ist häufig davon auszugehen, dass die Online-Nutzungsrechte bei umfassenden Rechtseinräumungen (z. B. bei der Übertragung des Verlagsrechts) mit übertragen worden sind.

## 2. Die neue Rechtslage: § 31 a UrhG – Voraussetzungen

Bereits Ende der 1990er Jahre war die als innovationshemmend empfundene Regelung des § 31 Abs. 4 UrhG dem Gesetzgeber ein Dorn im Auge. Im Rahmen der „Enquete-Kommission des Bundestags zur Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft – Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft“ wurde sie als Hemmnis bei einer von den Verlagen angestrebten CD-ROM-Verwertung thematisiert.<sup>14</sup> Auch im Zusammenhang mit der Neufassung des Urhebervertragsrechts durch das Fünfte Urheberrechtsänderungsgesetz wurden Forderungen auf der Verwerterseite erhoben, den § 31 Abs. 4 UrhG ersatzlos abzuschaffen mit der Argumentation, dass mit dem allgemein bestehenden gesetzlichen Anspruch des

<sup>13</sup> Allein die neue, verbesserte digitale Technik macht aus einer Compact Disc gegenüber der Schallplatte noch keine neue Nutzungsart (vgl. BGH GRUR 2003, 234, 236 – EROC III) – gleiches gilt für DVD-Filme gegenüber Videokassetten (vgl. BGHZ 163, 109, 114).

<sup>14</sup> Zweiter Zwischenbericht der „Enquete-Kommission Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft – Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft zum Thema Neue Medien und Urheberrecht“, BT-Drucks. 13/8110, S. 16.

Urhebers auf „angemessene Vergütung“ dem Schutzbedürfnis des Urhebers bereits in wirtschaftlicher Hinsicht nun ausreichend Rechnung getragen sei.<sup>15</sup> Auch aus rechtsvergleichender Perspektive mit Blick auf andere Rechtsordnungen und in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht erschien eine Abschaffung sinnvoll.<sup>16</sup>

Durch den Zweiten Korb wurden die Klagen der Verwerterseite nun schließlich erhört mit der Folge, dass die Rechtsstellung des Urhebers ganz erheblich beschnitten wurde. An die Stelle des § 31 Abs. 4 UrhG, des absoluten Verfügungsverbots, tritt ein neuer § 31 a UrhG. Dieser regelt, unter welchen Voraussetzungen Verträge über unbekanntete Nutzungsarten künftig wirksam abgeschlossen werden können – flankiert durch eine Widerrufslösung und einen gesetzlichen Vergütungsanspruch (§ 32 c UrhG).

## 2.1 Schriftform

Grundsätzlich ist bei solchen Verträgen über unbekanntete Nutzungsarten die Schriftform zu beachten. Schriftform bedeutet gemäß § 126 BGB, dass eine Urkunde errichtet wird und beide Parteien eigenhändig unterschreiben müssen (Warn- und Beweisfunktion). Überträgt man dies in den in der Praxis gängigen Rechtsverkehr, so genügt z. B. die Übermittlung einer unterschriebenen Urkunde per Telefax nicht den gesetzlichen Anforderungen.<sup>17</sup>

Als Ausnahme gilt, dass ein Vertrag auch formlos möglich ist, wenn der Urheber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumt. Im Fall einer derartigen „Open-Content-Nutzung“ besteht nicht das Risiko, dass der Urheber von Dritten bei der wirtschaftlichen Verwertung seines Werkes benachteiligt wird.<sup>18</sup>

## 2.2 Widerrufsrecht

Um den Eingriffscharakter dieser Norm in das Dispositionsrecht des Urhebers abzumildern, sieht § 31 a UrhG ein nicht abdingbares Widerrufsrecht des Urhebers vor. Unwiderrufliche verbindliche Lizenzverträge über sämtliche derzeit oder zukünftig existierende Nutzungsarten, wie sie im amerikanischen Bereich verwendet werden, sind somit im deutschen Recht weiterhin ausgeschlossen.<sup>19</sup> Der Urheber kann die Einräumung dabei jederzeit widerrufen, auch pauschal für alle künftigen Nutzungsarten – unbeschadet der Wirksamkeit des restlichen Ver-

<sup>15</sup> Wandtke/ Holzapfel, GRUR 2004, 284, 290.

<sup>16</sup> Klett, K & R 1/2008, 1.

<sup>17</sup> Siehe hierzu Berger, GRUR 2005, 907, 906, der das Schriftformerfordernis als antiquiert kritisiert und die Textform gemäß § 126 b BGB als ausreichend ansieht.

<sup>18</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 32 Rn. 80.

<sup>19</sup> Klett, K&R 1, 2008, 1, 2.

trages.<sup>20</sup> Der Lizenznehmer kann so nicht sicher abschätzen, ob er das Werk wie beabsichtigt in der neuen Nutzungsart nutzen können wird und muss bei der geplanten Verwertung damit rechnen, dass nach Entstehen der neuen Nutzungsart der Urheber die umfassend erteilte Rechtseinräumung in Bezug auf die neu entstandene Nutzungsart widerruft.

Das Widerrufsrecht erlischt nach der geltenden Regelung erst drei Monate nach Absendung der Mitteilung über die Aufnahme der neuen Nutzungsart des Verwerter an die ihm zuletzt bekannte Adresse des Urhebers.<sup>21</sup> Ihm wird folglich nicht aufgebürdet, Recherchen nach der aktuellen Anschrift des Urhebers anzustrengen. Als geschäftsähnliche Erklärung ist die Mitteilung auch nicht empfangsbedürftig – es reicht also, wenn der Werknutzer beweisen kann, dass er die Mitteilung abgeschickt hat.<sup>22</sup> Erst dann darf der Lizenznehmer das Werk in der neuen Nutzungsart nutzen, wobei auch weiterhin die schwierige Frage, ab welchem Zeitpunkt eine neue Nutzungsart als bekannt anzusehen ist, zu entscheiden bleibt.<sup>23</sup>

§ 31 a Abs. 2 UrhG sieht zudem vor, dass das Widerrufsrecht dann entfällt, wenn die Parteien eine Vergütung nach einer gemeinsamen Vergütungsregelung gemäß § 36 UrhG vereinbart haben. Auch dann ist der Urheber nach dem Schutzzweck der Norm weniger schutzwürdig, da eine einvernehmliche Vergütungsvereinbarung getroffen worden ist.

Das Widerrufsrecht erlischt auch im Falle des Versterbens des Urhebers (§ 31 a Abs. 2 S. 3 UrhG) – es geht nicht auf die Erben über, so dass eine früher oftmals notwendige und beschwerliche Recherche nach den Rechtsnachfolgern des Urhebers einer Verwertung dann nicht mehr entgegensteht und der Lizenznehmer in solchen Fällen Rechtssicherheit hat.

Ausgeschlossen ist das Widerrufsrecht im Filmbereich (§§ 88 Abs. 1 S. 2, 89 Abs. 1 S. 2 UrhG).

Eine weitere Einschränkung des Widerrufsrechts, die Probleme in der Praxis aufwerfen könnte, sieht § 31 a Abs. 3 UrhG vor, der bestimmt, dass dann, wenn mehrere Werke oder Werkbeiträge zu einer Gesamtheit zusammengefasst sind und sich diese in einer neuen Nutzungsart in angemessener Weise nur unter Verwertung aller Einzelbeiträge verwerten lässt, der einzelne Urheber das Widerrufsrecht

20 BT-Drucks. 16/1828, S. 24.

21 Der Regierungsentwurf bestimmte zunächst, dass das Widerrufsrecht nur so lange besteht, bis der Werknutzer mit der neuen Nutzungsart begonnen hat, einer Mitteilung bedurfte es zunächst nicht – BT-Drucks. 16/5939, S. 8. Vom Rechtsausschuss wurde diese Regelung wieder entfernt.

22 Vgl. BT-Drucks. 16/5939, S. 78.

23 So auch Schröder/Welp, DFN-Infobrief Recht, Januar 2008, S. 8, online abrufbar unter: <http://www.dfn.de/fileadmin/3Beratung/Recht/1infobriefearchiv/Infobrief-jan08.pdf>

nicht treuwidrig ausüben darf. Ein einzelner Urheber soll damit eine Verwertung eines Sammelwerks nicht wider Treu und Glauben unmöglich machen und damit die digitale Verwertung blockieren können.<sup>24</sup> Hier taucht natürlich die Frage auf, welche Fallkonstellationen hierunter zu subsumieren sind – im Einzelfall wird eine treuwidrige Ausübung des Widerrufsrechts im Sinne des Gesetzes schließlich von den Gerichten zu konkretisieren sein. Wegen des intensiven Eingriffs in das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG wird ein Ausschluss des Widerrufsrechts nach Treu und Glauben wohl nur in Ausnahmefällen möglich sein.<sup>25</sup>

### 2.3 Vergütung

Flankiert wird die Regelung darüber hinaus durch eine Vergütungsregelung, § 32 c UrhG, die dem Urheber eine „gesonderte angemessene Vergütung“ zugesteht und sicherstellen soll, dass Pauschalvergütungen für die Verwertung eines Werks in allen derzeitigen und zukünftigen Nutzungsarten nicht zulässig sind. Was unter einer „gesonderten angemessenen Vergütung“, die gesetzlich nicht genauer definiert ist, genau zu verstehen ist, wird von den Gerichten zu klären sein.

#### Konsequenzen:

- Rechteinhaber können sich unter Wahrung der Schriftform vom Urheber sämtliche existierende und zukünftig entstehende Nutzungsarten einräumen lassen.
- Bibliotheken und andere Lizenznehmer können sich für zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekannte Nutzungsarten auch formfrei ein einfaches und unentgeltliches Nutzungsrecht für jedermann einräumen lassen. Aber auch hier ist das Widerrufsrecht des Urhebers zu berücksichtigen.
- Dem Urheber steht ein lebenslang gesetzlich garantiertes Widerrufsrecht zu. Das Widerrufsrecht erlischt drei Monate nach Absendung einer Mitteilung zur Aufnahme der unbekannteten Nutzungsart durch den Rechteinhaber an die zuletzt bekannte Adresse des Urhebers. Auf dieses Recht kann im Voraus nicht wirksam vertraglich verzichtet werden.
- Haben Urheber in einem schriftlichen Lizenzvertrag ihrem Verlag auch Nutzungsrechte an unbekannteten Nutzungsarten eingeräumt, können Urheber Bibliotheken diese Nutzungsrechte nur einräumen, wenn sie zuvor ihre Rechtseinräumung hierzu gegenüber dem Verlag nach dessen Mitteilung widerrufen haben.
- Das Widerrufsrecht geht nicht auf die Erben über.

24 Klett, K & R 1/2008, 1, 3.

25 So Spindler, NJW 1-2, 2008, 9, 10. Vgl. hierzu auch die Verlagssicht: Sprang/Ackermann, K&R 1/2008, 7, 9.

### 3. Die Übergangsregelung des § 137 I UrhG – Voraussetzungen

Die Übergangsregelung des neuen § 137 I UrhG ermöglicht es Rechteinhabern, wie z. B. der Verlagsindustrie, auch ältere Werke in zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekanntem Nutzungsarten zu verwerten. Sie sieht vor, dass dann, wenn der Urheber zwischen dem 1.1.1966 und dem 1.1.2008 einem anderen alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt hat, auch die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekanntem Nutzungsarten als eingeräumt gelten sollen, wenn der Nutzer einer solchen Nutzung nicht bis zum 1.1.2009 widerspricht (sog. Rechtsübertragungsfiktion).<sup>26</sup> Entsprechend § 31 a UrhG erlischt das Widerspruchsrecht nach Ablauf von drei Monaten bei Nutzungsarten, die erst nach Inkrafttreten des Zweiten Korbs als bekannt gelten.

#### 3.1 Zweck der Vorschrift

Zweck dieser neuen Regelung ist das Heben der bei Rundfunk- und Fernsehanstalten noch ungenutzt schlummernden Archivschätze und damit auch eine Förderung der modernen Verwertungsmöglichkeiten im digitalen Zeitalter, ohne dass der Verwerter jeden einzelnen Urheber mühsam für eine Nachlizenzierung ausfindig machen muss.<sup>27</sup> Nutznießer sind hierbei in erster Linie diejenigen Verwerter, die bereits nach deutschem Urheberrecht über umfassende Nutzungsrechte verfügen und nun auch weitere vor dem Inkrafttreten der Urheberrechtsnovelle als unbekannt geltende Verwertungsrechte, wie z. B. das Online-Nutzungsrecht, per gesetzlicher Lizenz eingeräumt bekommen. Die Verwerter sind folglich bei älteren Werken (bis 1966) nicht mehr darauf angewiesen, Internet-Nutzungsrechte mühevoll mit mitunter erheblichem Rechercheaufwand nachzulizenzieren und bekommen die Möglichkeit, bislang unbekanntem Nutzungsrechte wahrzunehmen.

§ 137 I Abs. 1 S. 4 UrhG bestimmt aber, dass die Übertragungsfiktion nicht für zwischenzeitlich bekannt gewordene Nutzungsarten gilt, die der Urheber bereits einem Dritten eingeräumt hat. Hierdurch wird klargestellt, dass die Fiktion nicht in bestehende Verträge eingreift, durch die Rechte an vor dem Inkrafttreten des Gesetzes bekannten Nutzungsarten wirksam übertragen wurden.<sup>28</sup> Zahlreiche Betreiber institutioneller Repositorien nahmen diese Regelung am Jahresende zum Anlass, ihre Wissenschaftler/innen angesichts der „drohenden“ gesetzlichen

<sup>26</sup> Vgl. hierzu Heckmann, ZfBB 54 (2007), S. 315–321, der das Widerrufsrecht des Urhebers gemäß § 137 I Abs. 1 UrhG näher erläutert und dabei für die Praxis nützliche Formulierungshilfen anbietet.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 16/1828, S. 22, 33.

<sup>28</sup> Vgl. BR-Drucks. 257/06, S. 73.

Übertragungsfiktion dazu aufzurufen, der Institution möglichst noch vor Inkrafttreten des Zweiten Korbs ein einfaches Online-Nutzungsrecht an ihren vor 1995 erschienenen Publikationen einzuräumen, um so die Übertragungsfiktion im Sinne des § 137 I Abs. 1 S. 4 UrhG in ihrem Wirkungsumfang einzuschränken und den Urhebern die leichtere Möglichkeit einer Nutzung ihrer Werke im Wege von Open Access zu bewahren.<sup>29</sup> De Facto wird durch diese Regelung das Ziel des „Hebens der Archivschätze“ aber wiederum erschwert, da der Verwerter von diesen zwischenzeitlich erfolgten Nutzungsrechtseinräumungen auch wiederum nur durch intensives Nachforschen Kenntnis erlangt.

### 3.2 Vergütung und Widerrufsrecht

§ 137 I Abs. 5 UrhG sieht zum Ausgleich eine angemessene Vergütung für den Urheber vor, die allerdings erst im Zeitpunkt der Nutzungsaufnahme in der neuen Nutzungsart entsteht und verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet ist.<sup>30</sup>

Gemäß § 137 I Abs. 3 UrhG entfällt das Widerrufsrecht, wenn die Parteien über eine zwischenzeitlich bekannt gewordene Nutzungsart eine ausdrückliche Vereinbarung geschlossen haben. Da der Urheber in diesem Fall selbst eine individualvertragliche Regelung getroffen hat, besteht auch kein Schutzbedürfnis.

Eine weitere Einschränkung des Widerrufsrechts ergibt sich aus § 137 I Abs. 4 UrhG bei Sammelwerken. Danach ist dem Urheber die Ausübung des Widerspruchs wider Treu und Glauben untersagt, sofern mehrere Werke oder Werkbeiträge zu einer Gesamtheit zusammengefasst sind, die sich in der neuen Nutzungsart in angemessener Weise nur unter Verwendung sämtlicher Werke oder Werkbeiträge verwerten lassen. Durch diese Regelung soll wie auch schon bei § 31 a UrhG das Risiko einer Blockade bei der Verwertung eines Werkes in einer neuen Nutzungsart verhindert werden.

#### Konsequenzen:

- Haben Urheber Bibliotheken vor dem 1.1.2008 bereits einfache Online-Nutzungsrechte eingeräumt, so gilt die Übertragungsfiktion des § 137 I UrhG nur in eingeschränktem Umfang, da in bestehende Verträge nicht eingegriffen werden darf (§ 137 I S. 4 UrhG). Verlage erhalten damit kein exklusives Online-Nutzungsrecht.

29 So z. B. auch die Universitätsbibliothek Heidelberg bzw. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, vgl. [http://www.ub.uni-heidelberg.de/helios/volltextserver/doku/oa\\_urheberrecht.html](http://www.ub.uni-heidelberg.de/helios/volltextserver/doku/oa_urheberrecht.html) (Stand: 03/08).

30 Die Nutzung wird so in jedem Fall vergütet – anders als es der Regierungsentwurf zunächst vorsah, bei dem ein Verwerter zur kostenfreien Nutzung in den Fällen gelangt wäre, in denen der Urheber nicht ausfindig zu machen gewesen wäre, vgl. BT-Drucks. 16/1828, S. 38.

- Ab dem 1.1.2008 können Urheber Bibliotheken einfache Online-Nutzungsrechte i. d. R. nur einräumen, wenn diese bei den Rechteinhabern, denen sie zuvor alle wesentlichen ausschließlichen sowie zeitlich und räumlich unbegrenzten Nutzungsrechte eingeräumt haben, schriftlich Widerspruch eingelegt haben. Die Widerspruchsmöglichkeit besteht für den allein widerspruchsberechtigten Urheber nur bis zum 1.1.2009.
- Um eine möglichst umfassende digitale Werknutzung und -verbreitung sicherzustellen, empfiehlt sich ein „eingeschränkter Widerruf“, in dem der Urheber fristgerecht seinen Widerruf erklärt, aber zugleich dem Verlag ein einfaches Nutzungsrecht für die elektronische Werknutzung einräumt. Der Urheber behält auf diese Weise die ausschließliche Dispositionsbefugnis über sein Werk und kann es z. B. als Open Access-Veröffentlichung zugänglich machen, gleichzeitig erhält auch der Verlag die Möglichkeit, das Werk elektronisch zu verwerten.<sup>31</sup>
- Bei einer „Gesamtheit von Werken“ (darunter fällt jede Zusammenfassung von Werkbeiträgen oder mehreren Werken z. B. in einer Zeitschrift), die nur unter Einbeziehung sämtlicher Einzelwerke in angemessener Weise verwertet werden können, darf das Widerrufsrecht vom einzelnen Urheber nicht treuwidrig ausgeübt werden.
- Dem Urheber steht ein unabdingbarer Anspruch auf gesonderte angemessene Vergütung mit Aufnahme der neuen Art der Werknutzung zu. Dieser kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

#### 4. Fazit

Die Übergangsregelung lässt viele Fragen offen. Zum einen ist unklar, ob die Übertragungsfiktion den Inhabern der wesentlichen und ausschließlichen sowie zeitlich und räumlich unbegrenzten Nutzungsrechte ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht einräumt.<sup>32</sup> Während die Verlegerseite gegenüber einem ausschließlichen Nutzungsrecht nicht abgeneigt ist<sup>33</sup>, welches auch der Wortlaut des § 137 I UrhG, der an die ausschließlichen Nutzungsrechte der Rechteinhaber anknüpft, sowie seine Zwecksetzung, die eine möglichst weit reichende

31 So Heckmann, ZfBB 54 (2007), 315, 318.

32 Schröder/Welp, DFN-Infobrief Recht, Januar 2008, S. 10, online verfügbar unter: <http://www.dfn.de/fileadmin/3Beratung/Recht/1infobriefarchiv/Infobrief-jan08.pdf>

33 Vgl. das Merkblatt des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels: „Neue urheberrechtliche Nutzungsarten“, Stand: 12/2007, S. 8 „Vieles spricht dafür, dass ein ausschließliches Recht erworben wird. Letztlich muss die Frage jedoch noch gerichtlich geklärt werden.“ Online verfügbar unter: [http://www.boersenverein.de/de/69181?rubrik=69173&seite=60&dl\\_id=176539](http://www.boersenverein.de/de/69181?rubrik=69173&seite=60&dl_id=176539) (Stand: 03/08).

Verbreitung der Werke auch in neuen Nutzungsarten sicherstellen soll, nahe legt, spricht der intensive Eingriff in die Eigentumsrechte der Urheber und damit eine verfassungsrechtlich gebotene restriktive Auslegung eher für die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts.<sup>34</sup>

Auch verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Rückwirkung des § 137 I UrhG wurden bereits vom Bundesrat geltend gemacht.<sup>35</sup> Zudem wird kritisiert, dass insbesondere der § 137 I S. 4 UrhG das aktive Nachforschen zum Zweck einer Nachlizenzierung beim Urheber nicht entbehrlich macht. Diese Unklarheiten wirken der ratio legis, dem Heben der Archive, entgegen.

Ein Spannungsverhältnis besteht darüber hinaus zu § 38 UrhG, der bei periodisch erscheinenden Sammlungen festlegt, dass der Verleger oder Herausgeber im Zweifel gerade kein ausschließliches, zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht erwirbt, da der Urheber das Werk nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen anderweitig vervielfältigen und verbreiten darf, sofern nichts anderes vereinbart worden ist (§ 38 Abs. 1 S. 2 UrhG). Eine zeitlich unbegrenzte Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts ist dagegen aber Voraussetzung für das Eingreifen der Übertragungsfiktion des § 137 I UrhG, so dass diese Regelung einem umfassenden Rechteerwerb auf Seiten der Verleger bei wissenschaftlichen Zeitschriften entgegenstehen kann.<sup>36</sup>

Die neue Regelung zieht zudem eine Grenze bei Werken, die vor dem 1.1.1966 erschienen sind, da vor diesem Zeitpunkt die Regelung des § 31 Abs. 4 UrhG noch nicht galt und Urheber auch Verträge über unbekanntere Nutzungsarten schließen konnten. Dennoch besteht gerade auch bei diesen Werken ein „Archivproblem“, da eine vollumfängliche Rechteübertragung in den seltensten Fällen stattgefunden haben dürfte (zumal hier, wie oben bereits dargelegt, die Zweckübertragungsregel als Korrektiv zum Schutz der Interessen des Urhebers Anwendung findet).<sup>37</sup>

---

34 Spindler/Heckmann, Der rückwirkende Entfall unbekannter Nutzungsrechte (§ 137 I UrhG-E) – Schließt die Archive, online unter: [http://www.lehrstuhl-spindler.uni-goettingen.de/pub/web/fileadmin/ZUM\\_8\\_2006.pdf](http://www.lehrstuhl-spindler.uni-goettingen.de/pub/web/fileadmin/ZUM_8_2006.pdf), S. 11. (Originalveröffentlichung in: ZUM 8/2006, 620 – 630).

35 BT-Drucks. 16/1828, S. 45.

36 Siehe hierzu Spindler/Heckmann, aaO., S. 12.

37 Hoeren, MMR 10/2007, 615, 617.

## 5. Ausblick

Die vom Gesetzgeber angestrebte Erleichterung und Förderung einer Verwertung bestehender Werke in den neuen Nutzungsarten des Multimediazeitalters wird durch die Regelung des § 137 I UrhG nicht überzeugend umgesetzt. Berücksichtigt man Werke mit Erscheinungsjahr vor 1966, die Lizenzierung von Zeitschriftenbeiträgen, bei der die Regelung des § 38 UrhG nicht abgedungen wurde und die weiterhin bestehende Nachforschungspflicht bei bereits erfolgten Online-Nutzungsrechtseinräumungen gemäß § 137 I Abs. 1 S. 4 UrhG ist das „Archivproblem“ nicht gelöst. Geht man bei der Übertragungsfiktion des § 137 I UrhG von einem ausschließlichen Nutzungsrecht aus (streitig), profitieren von der Regelung in erster Linie die Rechteinhaber der wesentlichen ausschließlichen Nutzungsrechte, sprich die Verlage, die aber wiederum nicht verpflichtet sind, von ihren Nutzungsrechten auch tatsächlich Gebrauch zu machen und dies in der Regel auch nur bei möglichst gewinnbringenden Vermarktungschancen tun werden. Die Urheber tauschen ihre frühere starke Dispositionsbefugnis über unbekannte Nutzungsarten gegen ein zeitlich begrenztes Widerrufsrecht und einen unabdingbaren Vergütungsanspruch ein. Sie müssen aktiv werden, Lizenznehmer bezüglich ihrer Adressdaten auf dem aktuellen Stand halten und Widerspruch einlegen, um ihre Online-Nutzungsrechte und die Kontrolle über weitere Nutzungsarten zu bewahren. Was schließlich unter „gesonderter angemessener Vergütung“ zu verstehen ist, bleibt zunächst offen und den Gerichten zur Einzelfallentscheidung überlassen. Die künftig durch § 31 a UrhG möglich gewordenen umfänglichen Lizenzklauseln werden die Rechtspraxis im Bereich der AGB-Inhaltskontrolle fordern. Zudem gefährden die Unwägbarkeiten bei der Ausgestaltung des gesetzlichen Widerrufsrechts das gesetzgeberische Ziel der Verwertung vorhandener Werke auf digitaler Basis. Eine rechtssichere Digitalisierung ist angesichts der bestehenden Unsicherheiten somit weiterhin schwer zu realisieren (auch in Bezug auf noch ungelöste Fragen bezüglich „verwaister Werke“).

Bibliotheken und wissenschaftliche Institutionen, die Werke ihrer wissenschaftlichen Nutzer/innen im Rahmen ihrer Repositorien öffentlich zugänglich machen und Open Access unterstützen möchten, haben hinsichtlich ihrer Belange einen „weiteren Korb“ bekommen. Im Zweiten Korb nicht aufgenommene Interessen von Bildung und Wissenschaft wurden so bereits auf einen Dritten Korb verlagert (z. B. Zweitverwertungsrechte bei öffentlich finanzierten Forschungsergebnissen), weitere Klärungen stehen noch bezüglich einer Verlängerung des § 52 a UrhG aus – das „Korbgeflecht“ nimmt somit kein Ende.

*Ulrike Fälsch*