

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.
Konrad-Adenauer-Ufer 11 · RheinAtrium · 50668 Köln

Frau Ministerialrätin
Dr. Irene Pakuscher
Bundesministerium der Justiz
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Konrad-Adenauer-Ufer 11
RheinAtrium
50668 Köln

Telefon (0221) 650 65-151
Telefax (0221) 650 65-205
E-Mail office@grur.de
www.grur.org

11. März 2013

Stellungnahme der GRUR zum Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 20.2.2013

Die Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. ist eine als gemeinnützig anerkannte wissenschaftliche Vereinigung sämtlicher auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts tätigen Mitglieder von Berufsgruppen und Organisationen; es sind insbesondere Hochschullehrer, Richter, Beamte, Rechtsanwälte, Patentanwälte sowie Vertreter von Verbänden und Unternehmen.

Weil es zu den satzungsgemäßen Aufgaben der Vereinigung gehört, die gesetzgebenden Organe in Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts zu unterstützen, nimmt sie Stellung zu dem Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes:

1. Zur Umsetzung der Richtlinie Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke

Die Umsetzung der Orphan-Works-Richtlinie ist vorbehaltlos zu begrüßen und entspricht den vollharmonisierenden Vorgaben der Richtlinie. Sie wird in weiten Bereichen zu einem Durchbruch bei der

Retrodigitalisierung führen. Allerdings bleiben im Hinblick auf die Verzahnung mit den bestehenden Regelungen im deutschen Recht kleinere Fragen, die noch geklärt werden können:

- Für die Frage der Vergütung sollte es entgegen anderen Stellungnahmen bei der zwingenden Regelung des Art. 6 V der Richtlinie verbleiben, wonach die Mitgliedstaaten einen gerechten Ausgleich (keinen Schadensersatzanspruch!) für die Zeit der vorherigen Nutzung als verwaistes Werk vorsehen können, wenn der Rechteinhaber den Status als verwaistes Werk beendet. Eine Vergütung völlig unabhängig davon, dass ein Rechteinhaber den Status ändert, ist nicht angezeigt und auch nicht erforderlich. Den Interessen des Rechteinhabers wird mit der Regelung des Art. 6 V sowie § 61b UrhG-RefE ausreichend Rechnung getragen. Eine stets zu zahlende Vergütung würde zu einer Art Sozialabgabe führen, die systemfremd ist, da sie losgelöst von individuellen Rechtspositionen und auch deren Geltendmachung erfolgen würde. Allerdings sollte das Gesetz eine Verpflichtung für die veröffentlichenden Institutionen enthalten, Dauer und Zahl der Verwertungsvorgänge (Vervielfältigung, Öffentliches Zugänglichmachen) festzuhalten, da andernfalls die nachträgliche Berechnung der angemessenen Vergütung auf absehbare erhebliche praktische Schwierigkeiten stoßen wird.
- Trotz der Umsetzung der Orphan-Works-RL und der beabsichtigten Regelungen zu den vergriffenen Werken bleiben für die Retrodigitalisierung nach wie vor empfindliche Lücken: Nach der jetzigen Systematik können im wesentlichen verwaiste Werke sowohl vor als auch nach 1966 von den begünstigten Institutionen öffentlich zugänglich gemacht werden. Demgegenüber sieht aber § 137I UrhG für Werke nach dem 1.1.1966 bis 2008 vor, dass die Fiktion einer Rechteinräumung an einen Verwerter eingreift, mit der Folge, dass solange überhaupt ein Verwerter für ein bestimmtes Werk (ab 1.1.1966) existiert, auch die Rechte des Öffentlichen Zugänglichmachens diesem Verwerter zustehen. Dabei lässt das Gesetz offen, ob diese Rechte auch ausgeübt werden; mit anderen Worten führt die jetzige Regelung dazu, dass Verwerter zwar die Rechte besitzen, diese aber nicht unbedingt tatsächlich in Form einer Veröffentlichung ausüben. Zwar ist es denkbar, hier § 41 UrhG anzuwenden; doch versagt das Rückrufrecht wegen Nichtausübung gerade bei verwaisten Werken, da eben gerade kein Urheber bzw. Rechteinhaber das Recht mehr ausüben kann. Gleiches gilt für eine entsprechende Anwendung des VerlG, das ebenfalls dem Verfasser Rechte einräumt, nicht aber Dritten. Damit tritt die in der Praxis keineswegs seltene Situation ein, in der ein Verlag zwar die Rechte zur Internetveröffentlichung besitzt, diese aber nicht wahrnehmen kann, so dass die Rechte zwar den Bildungseinrichtungen im Hinblick auf deren Interesse an einer Zugänglichmachung entgegengesetzt werden (können), aber nicht zu einem Angebot an die Allgemeinheit führen. Hier wäre eine analoge Lösung zu den „vergriffenen“ Werken und Fristen für die Ausübung der Rechte dringend geboten, einschließlich der Geltendmachung von Vergütungsansprüchen durch Verwertungsgesellschaften, um derartige für die Retrodigitalisierung problematische Situationen aufzulösen.

- Die Regelungen zu vergriffenen Werken sind zu begrüßen, zumal sie letztlich auf entsprechenden Memoranden auch auf europäischer Ebene zwischen den Beteiligten beruhen. Allerdings gehen die Regelungen nicht weit genug, da sie sich allein auf Printwerke vor 1966 beziehen. Alle anderen Werke, insbesondere Ton-, Lichtbild- und Filmwerke werden nicht von der Regelung erfasst; aber auch hier besteht in der Praxis ein Bedürfnis, nicht mehr lieferbare Werke der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Zumindest sollte in der Begründung vorsorglich klargestellt werden, dass auch umfangreiche Lichtbildverwendungen in Printwerken erfasst werden, da die unklare Rechtslage bislang oftmals zur Behinderung von Retrodigitalisierungsbemühungen führt (etwa hinsichtlich der Wahrnehmungsbefugnis der VG Wort).
- Die Schaffung eines Registers für vergriffene Werke ist ebenfalls zu begrüßen. Allerdings beschränkt der RefE die entsprechende Antragsbefugnis auf die Verwertungsgesellschaften; gerade die Institutionen, die die vergriffenen Werke im Interesse der Allgemeinheit zugänglich machen wollen, haben hier keine vergleichbare Verfahrensstellung. Zwar dürfte in der Praxis hier in der Regel eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den privilegierten Institutionen und den einschlägig tätigen Verwertungsgesellschaften gegeben sein; gerade im Hinblick auf die beabsichtigte Öffnung der europäischen Märkte für Verwertungsgesellschaften kann hier jedoch nicht per se von ausgegangen werden, so dass wenigstens denjenigen Institutionen, die quasi treuhänderisch für die Interessen der Allgemeinheit die vergriffenen Werke zugänglich machen wollen, entsprechende Befugnisse eingeräumt werden sollten.
- Der Begriff des „vergriffenen“ Werkes als „nicht mehr lieferbar“ sollte vergleichbar den Regelungen in der Orphan-Works-Richtlinie zur sorgfältigen Recherche präzisiert werden (welche Register sind maßgeblich bzw. was ist zumutbar, um zu klären, wann etwas nicht lieferbar ist? Kommt es nur auf inländische Lieferanten an? etc.).
- Schließlich wird nicht hinreichend klar, ob sich die vergriffenen Werke nur auf im Inland veröffentlichte Werke beziehen. Entsprechend der schon der Orphan-Works-RL zu Recht betonten diplomatischen Gepflogenheiten sollte aber eine entsprechende Eingrenzung vollzogen werden; mangels europäischer Harmonisierung können hier auch nicht die Mechanismen der Richtlinie für verwaiste Werke herangezogen werden. Andererseits sollten unter „veröffentlichten“ Werken auch die Übersetzungen einbezogen werden, so dass als „nicht lieferbar“ auch deutsche Übersetzungen von ausländischen Werken gelten können, die in Deutschland erst veröffentlicht wurden.

2. Zum Zweitverwertungsrecht der wissenschaftlichen Urheber

Das bereits seit einiger Zeit in der Diskussion befindliche Zweitverwertungsrecht zugunsten wissenschaftlicher Autoren hat – wie nicht zuletzt angesichts der bislang erfolglosen, vom BMFT moderierten

Verhandlungen zwischen den Wissenschaftsorganisationen auf der einen und den Wissenschaftsverlagen und dem Börsenverein des deutschen Buchhandels auf der anderen Seite zu erwarten – auch im Fachausschuss Urheber- und Verlagsrecht der GRUR zu keinem einheitlichen Meinungsbild geführt.

Daher seien im Folgenden die befürwortende und die ablehnende Auffassung gesondert dargestellt. Vorab sei jedoch noch auf Folgendes hingewiesen:

Auf S. 20 des Referentenentwurfs vom 20.2.2013 weist das BMJ zutreffend darauf hin, dass die vorgeschlagene Änderung in § 38 Abs. 1, nämlich die Erweiterung auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, auch in § 38 Abs. 1 Satz 2 ergänzt werden müsse, nämlich dass der Urheber nach Ablauf eines Jahres sein Werk auch öffentlich zugänglich machen darf. Das ist jedoch im bisher vorgeschlagenen Gesetzestext nicht vollzogen worden. Es fehlt also folgende Änderung zu § 38:

In Absatz 1 Satz 2 werden die Wörter „vervielfältigen und verbreiten“ durch die Wörter „vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen“ ersetzt.

2.1 Positive Stellung zum Zweitveröffentlichungsrecht

2.1.1 Zum Zweitveröffentlichungsrecht im Allgemeinen

Der Referentenentwurf greift mit dem Vorschlag zur Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts für wissenschaftliche Beiträge eine rechtspolitische Forderung auf, die der Bundesrat bereits in seiner Stellungnahme zum „Zweiten Korb“ im Jahr 2006 unterstützt hat, siehe BR-Drucksache 257/06 (Beschluss), S. 7. Der Bundestag hat diese Forderung in der Beschlussempfehlung zu dem Gesetzentwurf im Jahr 2007 übernommen, siehe BT-Drucksache 16/5939, S. 3. Der Vorschlag eines unverzichtbaren Zweitveröffentlichungsrechts wurde zunächst in einer urheberrechtlichen Fachpublikation unterbreitet (Hansen, GRUR Int. 2005, 378) und später mit Abweichungen in Einzelfragen von der „Allianz der Wissenschaftsorganisationen“ übernommen, zuletzt in der Stellungnahme „Neuregelung des Urheberrechts: Anliegen und Desiderate für einen Dritten Korb“ vom 9.7.2010. Auch die Kultusministerkonferenz unterstützt die Einführung eines Zweitverwertungsrechts, siehe hierzu Pflüger, ZUM 2010, 938.

Für die Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts sprechen aus der Sicht der Befürworter gute Gründe. Das wissenschaftliche Arbeiten hat sich durch die technischen Möglichkeiten des Internets stark verändert. Waren es früher in erster Linie Zeitschriften- und Buchpublikationen, die dem Wissenschaftler als Ausgangspunkt seiner Recherche und als Quellen dienten, so erfolgt die Erstrecherche heute vielfach im Internet. Dies gilt insbesondere für die Naturwissenschaften und Ingenieurfächer, in zunehmendem Maße aber auch für die Sozial- und Geisteswissenschaften. Die Gründe für die wachsende Bedeutung von Internetrecherchen sind vielfältig. Erstens erlauben Suchmaschinen heute Effi-

zientzgewinne bei der Recherche von Quellen, die noch vor wenigen Jahren undenkbar erschienen. Zweitens ist die Veröffentlichung von wissenschaftlichen Ergebnissen in Repositorien und sonstigen Internetangeboten schneller als in den klassischen Verlagsangeboten. Drittens ist der Zugang zum Internet heute quasi von überall mit guten Übertragungsraten möglich. Der Wissenschaftler kann also auch von unterwegs oder zu Hause nach Quellen recherchieren und braucht nicht mehr die Bibliothek vor Ort aufzusuchen. Viertens haben sich in den letzten Jahren Open Access Angebote deutlich vermehrt, die es Wissenschaftlern gestatten, kostenlos auf wissenschaftliche Inhalte zuzugreifen. Dies alles führt dazu, dass Wissenschaftler heute in stärkerem Maße auf Quellen zugreifen, die jedenfalls in Vorversionen im Internet verfügbar sind. Klassische Verlagspublikationen, gerade wenn es nicht um Veröffentlichungen in den auflagenstarken Zeitschriften mit hohem Impact-Faktor geht, fallen demgegenüber in der öffentlichen Wahrnehmung zurück. Wissenschaftler wünschen sich deswegen heute in verstärktem Maße, mit ihren Arbeitsergebnissen auch im Internet präsent zu sein, und zwar frei zugänglich, denn es ist das erste Anliegen von Wissenschaftlern, durch andere wahrgenommen zu werden. Auch die breitere Öffentlichkeit hat ein berechtigtes Interesse an einem möglichst ungehinderten Austausch von Arbeitsergebnissen durch Wissenschaftler, da hierdurch der wissenschaftliche Fortschritt insgesamt beschleunigt und gesteigert werden kann.

Der Vorschlag eines Zweitveröffentlichungsrechts zielt darauf ab, die Verfügbarkeit von wissenschaftlichen Publikationen zu verbessern, ohne dass der einzelne Wissenschaftler in seiner Freiheit beschnitten wird, selbst über die geeigneten Wege der Veröffentlichung seiner Ergebnisse zu entscheiden. Die vorgeschlagene Regelung erlaubt es Urhebern wissenschaftlicher Arbeiten, diese nach Ablauf einer Embargofrist anderweitig öffentlich zugänglich zu machen. Ein Zwang zur Zweitveröffentlichung im Internet wird dadurch nicht begründet. Auch nimmt der Entwurf nicht die weitergehenden Vorschläge auf, etwa den Hochschulen das (ausschließliche) Recht zur Verwertung von Werken ihrer Angehörigen zuzusprechen, so noch Pflüger/Ertmann in ZUM 2004, 436. Dieser Ansatz ist zu begrüßen. Das Urheberrecht muss auch im Wissenschaftsbereich primär an den Interessen der Urheber ausgerichtet bleiben. Dies wird durch die vorgeschlagene Regelung gewährleistet.

Schließlich ist allgemein zur Neufassung des § 38 UrhG durch den Entwurf festzustellen, dass die Regelung sowohl für die Autoren wissenschaftlicher Werke als auch für die Verlage eine deutliche Verbesserung der rechtlichen Situation mit sich bringen würde. Für die Verlage wäre die Neufassung von § 38 Abs. 1 UrhG in der vorgeschlagenen Form vorteilhaft, da hierdurch der Rechtserwerb auch auf die öffentliche Zugänglichmachung erweitert würde. Der Erwerb der Internetrechte ist in der aktuellen Regelung nicht enthalten.

2.1.2 Zu den Einzelheiten des Zweitveröffentlichungsrechts

Zum Zweitveröffentlichungsrecht der Autoren in Abs. 4 des Entwurfs sind aus der Sicht der Befürworter folgende Einzelfragen hervorzuheben:

a) Kreis der Begünstigten

Der jetzt vorgeschlagene Regelungstext begrenzt, wie auch bereits die älteren Vorschläge, das Zweitveröffentlichungsrecht auf wissenschaftliche Beiträge, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind. Die Regelung zielt zwar, wie oben dargestellt, auf den verbesserten Zugang der Wissenschaft zu wissenschaftlichen Publikationen, gestaltet dies aber in Form eines Privilegs von Urhebern aus, denen ein unverzichtbares Zweitveröffentlichungsrecht zugestanden wird. Dies wirft die Frage auf, ob diese Privilegierung auf den Kreis der öffentlich finanzierten Urheber beschränkt bleiben kann oder ob der Gleichbehandlungsgrundsatz zu einer Erweiterung führen muss. Urheber, die eine geringere öffentliche Förderung oder gar keine Förderung erhalten haben, sondern die Aufwendungen für ihre Veröffentlichung überwiegend oder ganz selbst getragen haben, verdienen den Schutz eines Zweitveröffentlichungsrechts mindestens so sehr wie die Urheber, deren Rechtsstellung durch das vorgeschlagene Zweitveröffentlichungsrecht verbessert werden soll. Die Beschränkung des Entwurfs auf Veröffentlichungen aus einer überwiegend öffentlich finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit sollte deswegen gestrichen werden. Die Möglichkeit wirksamer Vertraulichkeitsabreden bei mit privaten Mitteln finanzierten wissenschaftlichen Arbeiten sollte dabei allerdings unberührt bleiben.

b) Version des Beitrags

Die im Entwurf vorgesehene Beschränkung auf die „akzeptierte Manuskriptversion“ der Veröffentlichung ist zu begrüßen. Diese Einschränkung entspricht der bereits heute verbreiteten Praxis, letztlich nur Preprints über Repositorien oder persönliche Webseiten im Internet zugänglich zu machen, nicht aber die vom Verlag gesetzten Textversionen. Der Wissenschaft geht es in erster Linie um einen schnellen und kostenfreien Zugang zu wissenschaftlichen Ergebnissen. Hat man die Quellen im Internet gefunden und für die eigene Arbeit als relevant erkannt, so ist es zumutbar, dass die zitierfähige, veröffentlichte Textfassung vor einer Verwendung überprüft wird. Für die Erreichung des gesetzgeberischen Ziels ist eine Zweitveröffentlichung von Postprints deshalb nicht erforderlich. Allerdings sollte in der Begründung klargestellt werden, dass mit „akzeptierter Manuskriptversion“ bei Manuskripten, die ein Peer-Review-Verfahren durchlaufen haben, die Version nach Überarbeitung infolge von Peer-Kommentaren gemeint ist.

c) Embargofrist

Grundsätzliche Zustimmung verdient nach Auffassung der Befürworter auch die Regelung einer „Embargofrist“, welche es dem Verlag gestattet, jedenfalls für einen bestimmten Zeitraum den Zugang zu der Veröffentlichung zu kontrollieren. Verlage lassen sich schon heute oft auf eine Zweitverwertung nach Ablauf einer Embargofrist ein, ohne hierzu gesetzlich verpflichtet zu sein. Dies deutet darauf hin, dass eine kurz bemessene Exklusivität für die einzelnen Beiträge in Zeitschriften ausreichen kann, ohne die Attraktivität der Zeitschrift für Leser und Abonnenten zu gefährden. In Anbetracht der durch das Internet ausgelösten Beschleunigung der Kommunikation zwischen Wissenschaftlern erscheint

eine Embargofrist von zwölf Monaten als zu lang. Der Bundesrat hatte schon im Jahr 2007 eine Sechsmonatsfrist vorgeschlagen. Die Allianz der Wissenschaftsorganisationen fordert ebenfalls eine Begrenzung auf sechs Monate. Eine Zwölfmonatsfrist sollte daher nur für geistes- oder sozialwissenschaftliche Werke vorgesehen werden.

d) Unabdingbarkeit

§ 38 Abs. 4 Satz 2 erklärt eine zum Nachteil des Urhebers getroffene Vereinbarung für unwirksam. Da in grenzüberschreitenden Fällen aufgrund des Vertragsstatuts möglicherweise ausländisches Vertragsrecht zur Anwendung kommt, sollte darüber hinaus klargestellt werden, dass die Regelung des § 38 Abs. 4 des deutschen UrhG auch dann zwingend Anwendung findet, wenn der Verlagsvertrag einem ausländischen Recht unterliegen sollte. Einer solchen Regelung bedarf es nicht allein zum Schutz der Urheber, die insbesondere bei STM-Veröffentlichungen häufig mit ausländischen Verlagen zu tun haben, sondern auch, um einen Wettbewerbsnachteil für deutsche Wissenschaftsverlage zu vermeiden.

e) Übergangsvorschriften

Schließlich enthält der RefE hinsichtlich des Zweitveröffentlichungsrechts keinerlei Übergangsvorschriften. Das erscheint aus folgenden Gründen problematisch: Die Änderungen des § 38 UrhG bringen ja für beide Seiten – Urheber einerseits und Verleger oder Herausgeber andererseits – sowohl Erweiterungen als auch Beschränkungen mit sich: In § 38 Abs. 1 Satz 1 werden die Rechte des Urhebers dahingehend beschränkt, dass er dem Verleger oder Herausgeber im Zweifel auch ein ausschließliches Nutzungsrecht zur öffentlichen Zugänglichmachung seines Werks einräumt. Gegenteiliges müsste er anders vereinbaren. Gleichzeitig ist dies eine Erweiterung der Nutzungsrechte zugunsten der Verleger oder Herausgeber. In § 38 Abs. 4 des Entwurfs erhält der Urheber das unabdingbare Recht, einen wissenschaftlichen Beitrag, bei dem die weiteren Voraussetzungen des Absatz 4 erfüllt sind, nach Ablauf von 12 Monaten für nicht-gewerbliche Zwecke öffentlich zugänglich zu machen, auch wenn er dem Verleger ein zeitlich unbegrenztes ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat. Was hier zugunsten des Urhebers geregelt ist, wirkt sich umgekehrt zu Lasten des Verlegers oder Herausgebers aus, dem das Recht ausdrücklich zeitlich unbefristet exklusiv eingeräumt worden war.

Für künftige Fälle mag dies nun unproblematisch sein. Urheber und Verleger wissen, worauf sie sich einlassen. Der Urheber kann das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung ausschließen (soweit ihm dies in der Praxis möglich ist). Der Verleger weiß, dass er bei derartigen Beiträgen nur ein begrenztes Exklusivrecht erwirbt. Er kann und muss sich hierauf einstellen.

Solange der Entwurf keine Übergangsregelung vorsieht, ist demnach § 132 UrhG anwendbar. Die neue Regelung gilt für alle Verträge ab dem 01.01.1966. Es dürfte jedoch verfassungsrechtlich problematisch sein, den Verlegern rückwirkend für Altverträge zurück bis zum 01.01.1966 das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zuzubilligen. Dies kommt einer Enteignung gleich, zumal dem Urheber hierfür –

anders als beispielsweise in § 32 c UrhG – kein Anspruch auf eine gesonderte angemessene Vergütung zugesprochen wird. Ferner darf nicht übersehen werden, dass die öffentliche Zugänglichmachung lange Zeit noch eine unbekannte Nutzungsart war. Soweit Verleger dieses Recht mittlerweile erworben hatten, weil die Voraussetzungen des § 137 I Abs. 1 UrhG erfüllt waren und der Urheber nicht widersprochen hatte, steht dem Urheber zumindest ein Anspruch auf gesonderte angemessene Vergütung gemäß § 32 c UrhG zu. Mit dieser Regelung würde die jetzige Änderung des § 38 Abs. 1 UrhG kollidieren, wenn keine Übergangsregelung und kein Vergütungsanspruch geregelt wird.

Die in § 38 Abs. 4 vorgesehene Regelung könnte im Hinblick auf die Eigentumslage der Verleger oder Herausgeber verfassungsrechtlich problematisch sein, wenn sie sich in bisherigen Verträgen ein zeitlich unbegrenztes Exklusivrecht hatten einräumen lassen. Insoweit mag man deren Position mit derjenigen der ausübenden Künstler vergleichen, die vor der Urheberrechtsreform von 1965 für ihre Darbietungen ein fiktives Bearbeitungsrecht mit dem daran anknüpfenden langen Urheberrechtsschutz genossen und sich ab der Urheberrechtsreform von 1965 mit dem auf 25 Jahre begrenzten Schutz begnügen mussten. Einerseits kann die Verkürzung eines Schutzes nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässig sein. Andererseits wird es problematisch, wenn der neu geregelte zeitliche Anknüpfungspunkt vor dem Inkrafttreten der Neuregelung liegt (vgl. BVerfG vom 08.07.1971 GRUR 1972, 491 – Schallplatten; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 82 Rn. 2 und § 135 a Rn. 2). Es wird sich deshalb wohl nicht vermeiden lassen, eine der Vorschrift des § 135 a UrhG entsprechende Regelung für Altfälle zu treffen, so dass die 12 Monate bei Altverträgen frühestens ab Inkrafttreten der Neuregelung zu laufen beginnen. Bisher liegt noch kein Regierungsentwurf vor, so dass man wohl nicht von einem rechtlich nicht geschützten Vertrauenstatbestand ausgehen kann, welcher eine zeitlich frühere Anwendbarkeit des § 32 UrhG ermöglichte (vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, § 132 Rn. 10).

Es mag sein, dass sich eine Übergangsregelung in der Praxis nur begrenzt auswirkt, weil für zurückliegende Beiträge ohnehin kein Interesse an einer Zweitveröffentlichung besteht. Das ändert an der verfassungsrechtlichen Problematik jedoch grundsätzlich nichts. Außerdem muss vermieden bleiben, dass über eine bisher vergütungsfrei geplante Regelung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung in § 38 Abs. 1 Satz 1 UrhG die Grundsätze der Vergütungspflicht bei bisher unbekanntem Nutzungsarten ausgehebelt werden könnten.

2.2 Ablehnung eines Zweitveröffentlichungsrechts

Gründe gegen die Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts hat insbesondere der Börsenverein des Deutschen Buchhandels in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf vorgetragen.¹ Die Argumente dieser Stellungnahme sind von Verlegerseite auch im Rahmen der Beratungen der GRUR-Stellungnahme eingebracht worden. Diese Argumente lassen sich wie folgt zusammenfassen:

¹ http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Dritter_Korb_Endfassung.pdf

2.2.1 Zum Zweitveröffentlichungsrecht im Allgemeinen

Um Beiträge aus wissenschaftlichen Zeitschriften kostenlos im Internet zugänglich zu machen, bedarf es eines Zweitveröffentlichungsrechts nicht. Vielmehr bieten heutzutage quasi sämtliche Wissenschaftsverlage ebenso wie spezialisierte Open Access-Plattformen wissenschaftlichen Autoren an, ihre Artikel unmittelbar nach Abschluss der inhaltlichen und redaktionellen Überarbeitung in originalformatierter Form im Internet zugänglich zu machen. Anders als bei bloßen Zweitveröffentlichungen wird bei diesem sogenannten Golden Open Access nicht nur gleich die zitierfähige Fassung des Beitrags öffentlich zugänglich gemacht und das Entstehen eines für den Nutzer hinderlichen „Versionenfriedhofs“ im Internet vermieden, sondern auch die Leistung abgegolten, die in der Selektion von Inhalten, deren Aufbereitung, Veredelung, Sichtbarmachung und Vermarktung seitens des Verlags bzw. der Open Access-Plattform liegt. Es ist vom Autor gewünscht und für den Wissenschaftsbetrieb unverzichtbar, dass diese Leistung zur Verfügung steht. Ihre Erbringung geht regelmäßig mit erheblichen Investitionen einher, die finanziert werden müssen. Es erscheint sinnvoll, es bei der freien Wahl des Autors zu belassen, ob er seinen Beitrag im Wege des Golden Open Access, bei dem er die Publikationskosten übernimmt, oder in einer Zeitschrift veröffentlichen möchte, bei der ein Verlag Publikationsrisiko und –kosten trägt und dann durch die Erhebung von Abonnementsgebühren bei den Lesern der Zeitschrift refinanziert. Die Einführung eines umfassenden Zweitveröffentlichungsrechts gefährdet den Weiterbestand des Systems subskriptionsfinanzierter Wissenschaftszeitschriften, das etwa 92 Prozent aller erscheinenden wissenschaftlichen Artikel abdeckt. Anders als derzeit kann dann nämlich nicht mehr zeitschriften-, autoren- und beitragsbezogen entschieden werden, ob, wann und in welcher Form die Zweitveröffentlichung eines bestimmten Artikels erfolgt.

Letztlich ist eine Zweitveröffentlichung ohnehin nur von solchen Beiträgen möglich, deren Erstveröffentlichung in einer wissenschaftlichen Zeitschrift nachhaltig finanziert werden kann. Die Errichtung eines Systems von Repositorien durch Universitäten oder Forschungseinrichtungen ist, wie die PEER-Studie der Europäischen Kommission bewiesen hat,² mit erheblichen Zusatzkosten verbunden. Die meisten wissenschaftlichen Autoren sind zudem nicht daran interessiert, dass ihre Artikel Monate nach Veröffentlichung in einer wissenschaftlichen Zeitschrift in einer inferioren, nicht zitierfähigen Version verbreitet werden. Trotz dreimaliger Aufforderung haben nur weniger als 2 Prozent der Autoren ihre Beiträge während der PEER-Studie in ein Repositoryum eingestellt, so dass die Verlage dies letztlich übernehmen mussten. Es ist deshalb besser, Steuergeld statt in Zweitveröffentlichungs-Repositoryen in eine verbesserte Zugänglichkeit der Originalaufsätze zu investieren – sei es durch vermehrte Nutzung von Golden Open Access-Angeboten oder durch intensivere Lizenzierung von subskriptionsfinanzierten Zeitschriften und Datenbanken.

2

http://www.peerproject.eu/system/latest/singleview/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=43&tx_ttnews%5BbackPid%5D=11&cHash=f882abc438b95354279b85088cf2b4fa

2.2.2 Zu den Einzelheiten des Zweitveröffentlichungsrechts

Zum Zweitveröffentlichungsrecht der Autoren in Abs. 4 des Entwurfs sind aus der Sicht der Gegner folgende Einzelfragen hervorzuheben:

a) Kreis der Begünstigten

Der Börsenverein und andere Kritiker des Referentenentwurfs halten die Schaffung eines Zweitveröffentlichungsrechts und dessen Ausweitung auf sämtliche wissenschaftliche Urheber nur dann für sinnvoll, wenn der Autor dieses Recht ohne Einschränkung seiner Vertragsfreiheit zur vollen Eigen disposition erhält. Wie in der Ausgangsregelung des § 38 Abs. 1 UrhG muss es auch beim § 38 Abs. 4 UrhG-E dem Urheber überlassen bleiben, ob er sein Zweitveröffentlichungsrecht unverändert ausüben, dessen Inhalt in Absprache mit seinem Verlag z.B. auf die Verwendung der Verlagsversion erweitern oder es auch hinsichtlich der Embargofrist im Hinblick auf Finanzierungsnotwendigkeiten des von ihm ausgewählten Periodikums vertraglich abbedingen lassen will.

Bei dem im Referentenentwurf enthaltenen Vorschlag geht es bei rechtsdogmatischer Betrachtung nicht um die Schaffung eines zusätzlichen Urheberrechts, sondern um die Beschränkung der Möglichkeit wissenschaftlicher Autoren, ihren Verwertungspartnern zeitlich unbeschränkte online-Nutzungsrechte zu übertragen. Wegen der fehlenden Abdingbarkeit dieses Rechts handelt es sich beim § 38 Abs. 4 UrhG-E um eine Urheberrechtsschranke. Da der Katalog der Urheberrechtsschranken in der EU-Richtlinie 2001/29/EG zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft abschließend ist und eine derartige Beschränkung des online-Nutzungsrechts nicht vorsieht, ist der § 38 Abs. 4 UrhG-E nicht mit Europarecht vereinbar.

b) Version des Beitrags

Den von den Befürwortern des § 38 Abs. 4 UrhG-E vorgebrachten Ausführungen widersprechen die Kritiker des Vorschlags mit den folgenden Argumenten:

Die Verbreitung von Preprints im Internet, die sich in der Physik und einigen anderen Fachgebieten durchgesetzt hat, ist nicht mit der Veröffentlichung akzeptierter Manuskriptversionen eines Zeitschriftenbeitrags vergleichbar. Beiträge aus wissenschaftlichen Zeitschriften verdanken ihre Veröffentlichung Investitionen privater Verlage. Anders als die Preprints des Autors sind sie in erheblichem Ausmaß nicht durch Steuergelder finanziert, sondern müssen über Erlöse aus dem Verkauf der Zeitschrift / des Beitrags amortisiert werden. Dies gilt auch dann, wenn Autoren und Reviewer einer Zeitschrift honorarfrei arbeiteten. So beschäftigt der Weinheimer Verlag Wiley-VCH allein für die bedeutende chemische Fachzeitschrift „Angewandte Chemie“ eine Redaktion von 22 promovierten Chemikern und 9 Assistenzkräften, die sich um die Selektion und Veredelung der sowie die Navigation zu den eingesandten Beiträgen kümmern. Beim vorgesehenen § 38 Abs. 4 UrhG-E sollen die Verlage hinsichtlich solcher Leistungen, die zu einem erheblichen Teil bereits in der akzeptierten Manuskript-

version eines veröffentlichten Beitrags stecken, entschädigungslos enteignet werden. Damit würde nicht nur dem auf Finanzierung durch Zahlungen von Nutzern angelegten Subskriptionsmodell kommerzieller Verlage der Boden entzogen, sondern zugleich auch den Anbietern originärer Open Access-Publikationen (Golden Open Access) eine unfaire Konkurrenz erwachsen.

c) Embargofrist

Uneinigkeit besteht schließlich auch in der Frage, ob die vorgesehene zwölfmonatige Embargoperiode sachgerecht ist. Diese soll es dem Verlag gestatten, jedenfalls für einen bestimmten Zeitraum den Zugang zu der Veröffentlichung zu kontrollieren.

Die Gegenmeinung hält die zwölfmonatige Embargofrist nicht für sachgerecht, weil es sich dabei um eine pauschalierende Lösung handelt, die der Komplexität wissenschaftlichen Publizierens und fachspezifischen Besonderheiten nicht gerecht wird. Eine solch kurze Zeitspanne würde potentielle Käufer von wissenschaftlichen Zeitschriften unter dem Diktat knapper Kassen in vielen von öffentlich finanzierter Forschung geprägten Wissenschaftsgebieten veranlassen, kein Geld für Verlagsangebote auszugeben, sondern auf kostenlose online-Zweitpublikationen der von den Verlagen erschlossenen Beiträge zu warten. Dieser Effekt würde, weil es sich beim § 38 Abs. 4 UrhG-E um eine urhebervertragsrechtliche Regelung handele, primär die mittelständischen deutschen Verlage treffen, die zu ohnehin relativ niedrigen Preisen geistes- und sozialwissenschaftliche Zeitschriften veröffentlichen, während die Abhängigkeit der deutschen Wissenschaft von teuren internationalen Fachzeitschriften zugleich wachse.

Es ist vielfach bibliometrisch erfasst worden, wie unterschiedlich die Rezeptionsgeschwindigkeiten in den verschiedenen Wissenschaftsbereichen sind. Eine zwölfmonatige Embargofrist würde einen erheblichen, je nach Gebiet sogar den deutlich überwiegenden Teil des bisherigen Nutzungszeitraums wissenschaftlicher Zeitschriften abschneiden. Dass dies ohne Folgen für die wirtschaftlichen Grundlagen dieser Zeitschriften bleibt, erscheint nicht plausibel, zumal viele von Bibliotheken und Verlagen vereinbarte online-Nutzungsmodelle neben dem Zugriff auf die aktuellsten Veröffentlichungen zugleich die Nutzung älterer Veröffentlichungen einschließen.

Dr. Kunz-Hallstein
Präsident

Prof. Dr. Loschelder
Generalsekretär