

Die urheberrechtliche Gestaltung von Open Access Repositorien

Gutachten im Auftrag des Projekts IUWIS
(Infrastruktur für Wissenschaft und Bildung in Sachen Urheberrecht)

Autor: Prof. Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard)
Institut: Leibniz Universität Hannover

Datum: 6. Juni 2011

Das Vorhaben IUWIS, die Entstehung dieser Broschüre und des ihr zugrunde liegenden Rechtsgutachtens wurden mit Mitteln der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) unterstützt.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Urheberrechtliche Grundlagen	3
I. Repositorien und Open Access-Angebote: Eingriff in das Urheberrecht?	4
1. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung	4
2. Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht	4
3. Einstellen von Inhalten und Print on demand gerechtfertigt durch Urheberrechtsschranken?	5
a) §52a UrhG: Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung	5
b) §53a UrhG: Kopienversand auf Bestellung	6
c) Weitere Schrankenbestimmungen	6
4. Einwilligung der Rechtsinhabers oder Erwerb von Nutzungsrechten erforderlich	7
5. Sonderfall: Übernahme von Abstracts und Metadaten	7
II. Wer hält die Online-Rechte an Veröffentlichungen?	8
1. Ausgangspunkt: Autor/Autoren	8
2. Verlag	9
C. Erstveröffentlichung in einem Repository (Golden Road)	11
I. Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte durch Repository	12
1. Grundlage: Umfang der erforderlichen Nutzungsrechte für Bereithalten von Inhalten und Print on demand	12
2. Langzeitarchivierung: Unbefristete und unwiderrufliche Rechtseinräumung	13
3. Rechtemanagement bei Repositorien	15
4. Vorschlag für eine Musterklausel	16
II. Besonderheiten bei „Open Access“ Repositorien	17

1.	Sind zusätzliche Rechte für ein „Open Access“ Repository erforderlich?	17
2.	Vorauswahl bestimmter Open Access-Lizenzen durch das Repository	19
3.	Meldung bei der VG Wort trotz Lizenzierung als Open Access?	19
4.	Sonderfall: Mehrere Urheber	21
5.	Sonderfall: Qualifikationsarbeiten	22
D. Zweitveröffentlichung (Green Road)		23
I.	Regelfall: Verlag als Rechtsinhaber	23
1.	Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte durch Repositorien	27
2.	Zweitveröffentlichung als Open Access im Sinne der Berliner Erklärung?	28
3.	Preprint oder Postprint?	29
4.	Übernahme von Inhalten aus anderen Open Access-Quellen?	30
E. Schlussbetrachtung		33

Einleitung

Das Institut für Bibliotheks- und Informationswirtschaft der Humboldt-Universität zu Berlin hat mich am 04.02.2011 mit der Erstellung eines Gutachtens zur „Urheberrechtlichen Gestaltung eines Open Access Repositoriums“ für das Projekt IUWIS (Infrastruktur für Wissenschaft und Bildung in Sachen Urheberrecht) beauftragt. Grundlage des Gutachtens ist ein mit dem Projektleiter Prof. Dr. Rainer Kuhlen abgesprochener Katalog von Fragen. Erste Ergebnisse des Gutachtens wurden auf einem Workshop an der Universität Osnabrück am 02.03.2011 vorgestellt. Die Anmerkungen seitens des Projekts und der teilnehmenden interessierten Kreise werden im Gutachten, soweit sie die urheberrechtliche Gestaltung von Repositorien betreffen, mitbehandelt. Die rechtlichen Fragen, die sich bei der Einrichtung und beim Betrieb von Open Access Repositorien durch Hochschulen stellen, sind bislang kaum im Zusammenhang beleuchtet worden. Zwar liegen eine Reihe von juristischen Fachveröffentlichungen zu der Frage vor, ob und wenn ja in welcher Form das Urheberrechtsgesetz geändert werden sollte, um Autoren die Zweitveröffentlichung von Wissenschaftspublikationen in öffentlich zugänglichen Repositorien zu erleichtern. Hierzu liegen auch konkrete Formulierungsvorschläge für eine Änderung des §38 UrhG vor, die in den kommenden Monaten anlässlich der nächsten Reform des Urheberrechtsgesetzes („Dritter Korb“) erneut für Diskussionen sorgen werden¹. Woran es bislang aber fehlt, ist eine systematische Betrachtung der weiteren urheberrechtlichen Fragestellungen, die sich bei Veröffentlichungen in Open Access Repositorien nach

¹Siehe BR-Drucksache 257/06, S. 7 sowie die unten in Fn. 55 genannten weiteren Quellen.

A. Einleitung

geltendem Recht (Stand: 15.04.2011) stellen². Diese bilden den Gegenstand des folgenden Gutachtens.

²Die einzig umfassende Untersuchung bietet bislang der von Spindler herausgegebene Leitfaden „Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen“ aus dem Jahr 2006, abrufbar unter http://univerlag.uni-goettingen.de/OA-Leitfaden/oaleitfaden_web.pdf.

Urheberrechtliche Grundlagen

I.	Repositorien und Open Access-Angebote: Eingriff in das Urheberrecht?	4
1.	Recht der öffentlichen Zugänglichmachung	4
2.	Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht	4
3.	Einstellen von Inhalten und Print on demand gerechtfertigt durch Urheberrechtsschranken?	5
4.	Einwilligung der Rechtsinhabers oder Erwerb von Nutzungsrechten erforderlich	7
5.	Sonderfall: Übernahme von Abstracts und Metadaten	7
II.	Wer hält die Online-Rechte an Veröffentlichungen?	8
1.	Ausgangspunkt: Autor/Autoren	8
2.	Verlag	9

Repositorien von Hochschulen und anderen Bildungs- und Forschungseinrichtungen zielen darauf ab, wissenschaftliche Publikationen möglichst im Volltext für die Allgemeinheit verfügbar zu machen. Wissenschaftspublikationen sind in aller Regel urheberrechtlich geschützt, so dass die Nutzung durch das Repository in das Urheberrecht der Autoren oder die ausschließlichen Nutzungsrechte der Vertragspartner der Autoren, insbesondere der Verlage, eingreift. Dies wirft die Frage auf, in welche Rechte eine entsprechende Nutzung im Einzelnen eingreift, denn hiervon hängt letztlich der Umfang der Rechte ab, die ein Repository erwerben muss, um den Dienst urheberrechtskonform zu betreiben (I.). Zum anderen ist vorab zu klären, von wem entsprechende Rechte einzuholen sind (II.).

I. Repositorien und Open Access-Angebote: Eingriff in das Urheberrecht?

1. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Kernaufgabe von Open Access Repositorien ist es, wissenschaftliche Publikationen auf einem Server der allgemeinen Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Dies erfüllt den Tatbestand der öffentlichen Zugänglichmachung gem. §19a UrhG. Sofern das Repository den Zugriff auf die Dokumente ohne Zugangsbeschränkung für jedermann eröffnet, ist der Begriff der „Öffentlichkeit“ im Sinne des §15 Abs. 3 UrhG ohne Weiteres erfüllt³. Eine „öffentliche“ Zugänglichmachung liegt aber auch dann vor, wenn der Zugang nur für Hochschulangehörige möglich ist. Gem. §15 Abs. 3 UrhG handelt es sich bereits dann um eine „öffentliche“ Wiedergabe, wenn die Nutzer eines Werks nicht in privaten Beziehungen zum Anbieter oder zueinander stehen. Solch private Beziehungen sind für Studierende und Mitarbeiter von Hochschulen jedoch nicht ohne Weiteres anzunehmen, zumal die Rechtsprechung den Begriff der Öffentlichkeit weit auslegt, um den wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten von Urhebern und sonstigen Rechteinhabern möglichst weiten Raum zu geben⁴. Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass die bloße Verlinkung mit Inhalten, die auf dem Server eines anderen Repositoriums oder sonstigen Anbieters bereitgehalten werden, nicht den Tatbestand der öffentlichen Zugänglichmachung erfüllt⁵. Dies betrifft auch Verweise auf Mitarbeiterwebseiten, denen von Verlagen die Zugänglichmachung von Publikationen ausschließlich auf ihren Webseiten gestattet worden ist. Repositorien können solche Beiträge erfassen und mittels Deeplinks auf die Mitarbeiterseiten verweisen⁶.

2. Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht

Repositorien, die wissenschaftliche Publikationen auf ihrem Server zur Verfügung stellen, greifen zwangsläufig in das Vervielfältigungsrecht gem. §16 UrhG ein, da eine entsprechende Nutzung die Speicherung des Dokuments auf dem Server voraussetzt. Dies erfüllt den Tatbestand der Vervielfältigung gem. §16 UrhG und sollte dementsprechend beim Rechteerwerb ausdrücklich geregelt werden. Bietet das Repository darüber hinaus auch Print on demand-Dienste an, so werden weitere Vervielfältigungen im Sinne von §16 UrhG erstellt und verbrei-

³§15 Abs. 3 UrhG ist auch für die „öffentliche“ Zugänglichmachung im Sinne von §19a UrhG anwendbar, siehe Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, §19a, Rn. 7.

⁴Siehe hierzu BGH GRUR 1975, 33 – Alters-Wohnheim.

⁵BGH GRUR 2003, 958, 962 – Paperboy.

⁶Vgl. hierzu BGH GRUR 2003, 958, 962 – Paperboy.

tet. Hierbei ist zu beachten, dass auch das Angebot gegenüber einzelnen Nutzern als öffentliches Verbreiten im Sinne von §17 UrhG anzusehen ist⁷.

3. Einstellen von Inhalten und Print on demand gerechtfertigt durch Urheberrechtsschranken?

Ein Eingriff in die Verwertungsrechte der Urheber bedeutet nicht zwangsläufig, dass Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche drohen. Vielmehr können ausnahmsweise Urheberrechtsschranken zugunsten bestimmter Nutzungshandlungen eingreifen. Eine spezifisch auf die Dienste von Repositorien zugeschnittene Schranke ist im Urheberrechtsgesetz allerdings nicht vorgesehen. Eine analoge Anwendung oder weite Auslegung der zum Teil sehr eng gefassten Schrankenbestimmungen zugunsten von Repositorien ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ausgeschlossen⁸.

a) §52a UrhG: Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

Bedeutsam für Repositorien mit Zugangsbeschränkung ist §52a Abs. 1 Nr. 2 UrhG. Nach dieser Bestimmung ist es ohne Einwilligung der Rechtsinhaber zulässig,

„veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.“

Einzelne Beiträge aus Zeitschriften dürfen also durchaus im zugangsbeschränkten Bereich eines Repositoriums öffentlich zugänglich gemacht werden. Dies setzt allerdings voraus, dass dies nur für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen geschieht, so dass jedenfalls der Zugang für alle Hochschulangehörigen ausscheidet⁹. Für die Angehörigen einzelner Forschergruppen oder Institute dürfen entsprechende Repositorien aber aufgebaut werden¹⁰. Zudem muss der Zugang

⁷Siehe BGH GRUR 1991, 316 – Einzelangebot.

⁸EuGH, 16.07.2009, Rs. C-5/08, Slg. 2009, I-6569 – Infopaq (Rn. 56-58).

⁹So bereits der Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages während des Gesetzgebungsverfahrens, siehe BT-Drucks. 15/837, S. 34. Siehe auch Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, §52a, Rn. 11; Wandtke/Bullinger-Lüft, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, §52a, Rn. 13.

¹⁰So Wandtke/Bullinger-Lüft, a.a.O.

zum Zweck der „eigenen wissenschaftlichen Forschung“ gewährt werden, was jedenfalls die Tätigkeit von Professoren und wissenschaftlichen Mitarbeitern und nach richtiger Auffassung auch von Studierenden umfasst, sofern sie wissenschaftlich arbeiten¹¹. Die Einzelheiten sollen hier nicht weiter vertieft werden, weil Repositorien in erster Linie auf eine Zugänglichmachung für jedermann abzielen, die durch die Vorschrift jedenfalls nicht gedeckt ist. Zudem ist zu beachten, dass die Geltung von §52a UrhG gem. §137k befristet ist und am 31.12.2012 endet.

b) §53a UrhG: Kopienversand auf Bestellung

Die Urheberrechtsschranken bieten auch nur in sehr begrenztem Umfang eine urheberrechtliche Rechtfertigung für Print on demand-Dienste. Bei Print on demand findet urheberrechtlich eine Vervielfältigung und Verbreitung durch den Diensteanbieter statt. Dies ist nur unter den engen Voraussetzungen des §53a UrhG gestattet, der einen Kopienversand nur für Zeitschriftenbeiträge oder kleine Teile von Werken erlaubt. Beiträge, die in Repositorien erstveröffentlicht werden, unterfallen der Vorschrift ebenso wenig wie Buchbeiträge, Dissertationen oder andere Bücher¹². Auch privilegiert die Vorschrift nur öffentliche Bibliotheken, nicht aber sonstige Anbieter. Eine generelle Erlaubnis für Print on demand kann §53a UrhG also nicht entnommen werden.

c) Weitere Schrankenbestimmungen

Weitere Schrankenbestimmungen kommen für eine Privilegierung von Repositorien nicht in Betracht. Die durch §52 UrhG ausnahmsweise zulässige öffentliche Wiedergabe von Werken umfasst gem. Abs. 3 ausdrücklich nicht die öffentliche Zugänglichmachung im Internet. Die gem. §53 Abs. 2 UrhG zulässigen Kopien für den Eigengebrauch privilegieren zwar unter bestimmten Voraussetzungen auch Vervielfältigungen für den wissenschaftlichen oder sonstigen eigenen Gebrauch, der „Eigengebrauch“ setzt dabei aber stets voraus, dass die Kopie nur für die eigene Verwendung und nicht für die Weitergabe an Dritte bestimmt ist¹³.

¹¹Für die Einbeziehung von Studierenden Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, §52a, Rn. 10 und §53, Rn. 23. Fromm/Nordemann-Wilhelm Nordemann, Urheberrecht Kommentar, 10. Aufl. 2008, §53, Rn. 19. Vgl. auch die Differenzierung bei Dreyer/Kotthoff/Meckel-Dreyer, Urheberrecht, 2. Aufl. 2009, §52a, 32: nicht, wenn Studierende nur bereits bekanntes Wissen zur Examensvorbereitung aufarbeiten.

¹²Zu den erfassten Publikationen siehe nur Wandtke/Bullinger-Jani, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, §53a, Rn. 14-18.

¹³BGHZ 134, 250 – CB-Infobank I; siehe auch Wandtke/Bullinger-Lüft, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, §53, Rn. 24.

4. Einwilligung der Rechtsinhabers oder Erwerb von Nutzungsrechten erforderlich

Mangels einschlägiger Urheberrechtsschranken hängt damit die urheberrechtliche Zulässigkeit des Betriebs von allgemein zugänglichen Repositorien von der Einwilligung des Urhebers oder sonstigen Rechtsinhabers oder vom Erwerb von Nutzungsrechten ab. Ohne das Einverständnis der Rechtsinhaber in die Veröffentlichung verletzen Repositorien das Urheberrecht und sind potentiell Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen gem. §97 UrhG ausgesetzt.

5. Sonderfall: Übernahme von Abstracts und Metadaten

Sofern Repositorien nicht nur Publikationen im Volltext bereitstellen, sondern auch Abstracts oder Metadaten als Einträge nachweisen, stellt sich die Frage, ob auch dies nur stets mit Einwilligung des Urhebers oder Rechtsinhabers gestattet ist. Die Einwilligung wäre nur erforderlich, wenn Abstracts und Metadaten Schutz nach dem Urheberrechtsgesetz genießen. Dies muss man für Abstracts vielfach bejahen. Auch wenn pauschale Aussagen hierzu kaum möglich sind, so sollten sich Betreiber von Repositorien doch darauf einstellen, dass die Anforderungen an die Schutzfähigkeit von Texten als Sprachwerke gem. §2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG gering sind. In Deutschland gehen die Gerichte in ständiger Rechtsprechung vom Schutz der „kleinen Münze“ aus, das heißt, auch ein geringer Grad an Individualität in der textlichen Gestaltung genügt bereits, um von einem schutzfähigen Werk auszugehen¹⁴. Auch der Europäische Gerichtshof geht von der Schutzfähigkeit auch kurzer Texte beschreibender Art aus. In der Entscheidung Infopaq aus dem Jahr 2009 billigte der Gerichtshof einem Textausschnitt aus einem Zeitungsartikel von nur 11 Worten im Grundsatz die Schutzfähigkeit zu¹⁵. Wendet man diese Grundsätze auf typische Abstracts in wissenschaftlichen Publikationen an, so wird man die Schutzfähigkeit in vielen Fällen bejahen müssen¹⁶. Die Folge ist, dass auch die Übernahme von Abstracts aus Publikationen nur mit Einwilligung des Rechtsinhabers zulässig ist. Typische Metadaten von Wissenschaftspublikationen, insbesondere der Name des Autors, der Titel der Publikation, die Auflage, das Erscheinungsjahr, der Verlag und die ISBN unterfallen dagegen nicht dem Urheberrecht. Sie stellen keine persönlich geistige Schöpfung im Sinne von §2 Abs. 2 UrhG dar. Metdaten und können folglich auch ohne Einwilligung des Rechtsinhabers in ein Repository aufgenommen und durch Dritte (Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Kataloge etc.) genutzt werden. Vorsicht ist allerdings angebracht, wenn größere Mengen von Metada-

¹⁴So bereits das Reichsgericht, RGZ 116, 292, 295 – Adressbuch. Aus der jüngeren Rechtsprechung siehe beispielsweise BGH GRUR 20032, 958 – Technische Lieferbedingungen.

¹⁵EuGH, 16.07.2009, Rs. C-5/08, Slg. 2009, I-6569 – Infopaq (Rn. 48).

¹⁶So auch jüngst BGH GRUR 2011, 134, 136 – Perlentaucher.

ten aus Datenbanken übernommen werden. Auch wenn der einzelne Satz Metadaten nicht urheberrechtlich geschützt ist, so kann doch eine Sammlung von Metadaten etwa in einem Bibliotheks-OPAC als Datenbankwerk gem. §4 Abs. 2 UrhG und als Datenbank gem. §87a UrhG geschützt sein. Eine Übernahme von größeren Mengen von Metadaten sollte deswegen nur mit Einwilligung der Institution erfolgen, von der die Daten stammen.

II. Wer hält die Online-Rechte an Veröffentlichungen?

1. Ausgangspunkt: Autor/Autoren

Die Aufnahme von Publikationen im Volltext oder als Abstract in allgemein zugänglichen Repositorien setzt die Einwilligung des oder der Rechtsinhaber voraus. Dies wirft die Folgefrage auf, bei wem die Rechte an Wissenschaftspublikationen liegen. Ausgangspunkt ist hier gem. §7 UrhG, dem so genannten Schöpferprinzip, zunächst die natürliche Person, die den Text verfasst hat. Dies gilt im deutschen Urheberrecht auch dann, wenn der Urheber bei einer Universität, Forschungseinrichtung oder bei einem sonstigen Arbeitgeber angestellt ist. Anders als im US-amerikanischen Urheberrecht, gibt es im deutschen Recht keine allgemeine „work made for hire“-Doktrin, nach welcher die Rechte an im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschaffenen Werken automatisch beim Arbeitgeber, etwa der Universität, liegen. Dies ergibt sich auch aus §43 UrhG („§43 Urheber in Arbeits- oder Dienstverhältnissen“):

„Die Vorschriften dieses Unterabschnitts [Anm.: das normale Urhebervertragsrecht] sind auch anzuwenden, wenn der Urheber das Werk in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen hat, soweit sich aus dem Inhalt oder dem Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses nichts anderes ergibt.“

Damit muss im Grundsatz der Arbeitgeber wie jeder sonstige Verwerter von schutzfähigen Inhalten die Rechte der Werke seiner Arbeitnehmer durch Abschluss entsprechender Verträge erwerben. Allerdings gehen die Gerichte in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die zur vertragsgemäßen Werkverwertung erforderlichen Nutzungsrechte an einem Werk, das in einem Dienst- oder sonstigen Abhängigkeitsverhältnis für bestimmte Zwecke des Dienstherrn geschaffen worden ist, stillschweigend an den Dienstherrn übergehen, sofern sich der Urheber die Rechte nicht ausdrücklich vorbehält¹⁷. Für den Hochschulbereich ist allerdings anerkannt, dass die Rechte an den Ergebnissen der selbstständigen

¹⁷BGH GRUR 1974, 480 – Hummelrechte.

wissenschaftliche Tätigkeit von Professoren und wissenschaftlichen Mitarbeiter nicht automatisch den Hochschulen zustehen¹⁸. Zur selbstständigen wissenschaftlichen Tätigkeit gehören typische Veröffentlichungen in Fachzeitschriften sowie Bücher und Buchbeiträge von Professoren und Mitarbeitern. Die gleichen Grundsätze sind auch auf Dissertationen anzuwenden¹⁹. Daraus sollte allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass die Urheberrechte an Arbeitsergebnissen von Hochschulangehörigen ausnahmslos bei diesen liegen. So erkannte beispielsweise das Landgericht Köln an, dass eine Hochschule die Rechte an Multiple-Choice-Klausuren hält, die Mitarbeiter erstellt haben²⁰. Auch andere „weisungsgebundene“ Tätigkeiten, die zur Erstellung schutzfähiger Inhalte führen, sind denkbar, etwa die Mitarbeit in drittmittelgeförderten Forschungsprojekten, bei denen der einzelne Autor gerade nicht selbstständig, sondern einem bestimmten Forschungsinteresse folgend und unter fachlicher Anleitung arbeitet²¹.

2. Verlag

Auch wenn der Autor nach der Konzeption des §7 UrhG erster Inhaber des Urheberrechts an seinen Werken ist, so liegen doch bei veröffentlichten Publikationen die ausschließlichen Nutzungsrechte typischerweise bei einem Verlag. Für das Repositorium ist dann nicht länger der Autor, sondern sein Verleger der maßgebliche Ansprechpartner für die Einholung der erforderlichen Rechte. Auf die Einzelheiten der Vertragspraxis wird im Zusammenhang mit der Zweitveröffentlichung („Green Road“, unten Abschnitt D.) näher eingegangen.

¹⁸So der Bundesgerichtshof ausdrücklich für Professoren, siehe BGH GRUR 1991, 253 – Grabungsmaterialien. Für wissenschaftliche Mitarbeiter siehe Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, §43, Rn. 12. Ebenso Ehmann/Fischer, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, GRUR Int. 2008, 284, 287.

¹⁹Zutreffend Mönch/Nödler, Hochschulen und Urheberrecht – Schutz wissenschaftlicher Werke, in Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, 22, 47.

²⁰LG Köln ZUM 2000, 597 – Multiple Choice.

²¹So auch Mönch/Nödler, Hochschulen und Urheberrecht – Schutz wissenschaftlicher Werke, in Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, 22, 41 und 46.

Erstveröffentlichung in einem Repository (Golden Road)

I.	Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte durch Repository	12
1.	Grundlage: Umfang der erforderlichen Nutzungsrechte für Bereithalten von Inhalten und Print on demand .	12
2.	Langzeitarchivierung: Unbefristete und unwiderrufliche Rechtseinräumung	13
3.	Rechtmanagement bei Repositorien	15
4.	Vorschlag für eine Musterklausel	16
II.	Besonderheiten bei „Open Access“ Repositorien	17
1.	Sind zusätzliche Rechte für ein „Open Access“ Repository erforderlich?	17
2.	Vorauswahl bestimmter Open Access-Lizenzen durch das Repository	19
3.	Meldung bei der VG Wort trotz Lizenzierung als Open Access?	19
4.	Sonderfall: Mehrere Urheber	21
5.	Sonderfall: Qualifikationsarbeiten	22

Veröffentlichungen in Repositorien können entweder als Erstveröffentlichungen erfolgen („Golden Road“) oder sie können zunächst in einer Verlagspublikationen erscheinen, bevor sie – zumeist mit zeitlicher Verzögerung – in einem Repository als Zweitveröffentlichung öffentlich zugänglich gemacht werden. Im Folgenden sollen zunächst die urheberrechtlichen Voraussetzungen und Gestaltungsmöglichkeiten der Erstveröffentlichung näher betrachtet werden.

I. Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte durch Repositoryum

1. Grundlage: Umfang der erforderlichen Nutzungsrechte für Bereithalten von Inhalten und Print on demand

Für den urheberrechtlich abgesicherten Betrieb eines Repositoryums ist der Erwerb eines einfachen Nutzungsrechts gem. §31 Abs. 2 UrhG vom Urheber (oder sonstigen Inhaber der ausschließlichen Nutzungsrechte) unabdingbare Voraussetzung²². Mit dem Erwerb eines einfachen Nutzungsrechts kann es dem Repositoryum nicht mehr im Nachhinein untersagt werden, das Werk hinsichtlich der im Vertrag genannten Nutzungsarten zu nutzen. Inhaltlich entscheidend ist deswegen zunächst, welche Nutzungsarten das durch den Vertrag eingeräumte Nutzungsrecht umfasst. Im Hinblick auf das oben unter (Abschnitt B.I. B.I.) Gesagte, sollte das Nutzungsrecht zumindest das Recht umfassen, die betreffende Publikation durch das Repositoryum gem. §19a UrhG öffentlich zugänglich zu machen und die hierfür erforderlichen Vervielfältigungen gem. §16 UrhG vornehmen zu können. Zur Klarstellung sollte sich die Rechtseinräumung auch auf das Abstract erstrecken. Der Erwerb weiterer Nutzungsrechte ist nur erforderlich, sofern das Repositoryum weitere Dienste im Hinblick auf die Publikationen anstrebt, etwa Print on demand-Dienste. Für Print on demand ist der Erwerb eines einfachen Nutzungsrechts hinsichtlich der Vervielfältigung und Verbreitung erforderlich. Dies bedeutet im Umkehrschluss allerdings auch, dass entsprechende Dienste nicht angeboten werden können, wenn das Repositoryum nur Online-Rechte erworben hat²³. Um für eine künftige Reorganisation des Repositoryums oder der das Repositoryum tragenden Institution ein gewisses Maß an Flexibilität zu behalten, sollten die Nutzungsrechte ausdrücklich als übertragbar gekennzeichnet werden. Fehlt es an einer solchen ausdrücklichen Vereinbarungen, so können Nutzungsrechte nicht ohne Zustimmung des Urhebers oder des Inhabers der ausschließlichen Nutzungsrechte übertragen werden, siehe §34 Abs. 1 und 5 UrhG, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen für eine Unternehmensveräußerung nach §34 Abs. 3 UrhG vor. Die Übertragbarkeit der Rechte ist auch Voraussetzung dafür, dass ein Repositoryum einem externen Dienstleister

²²Die Einwilligung im engeren Sinne ist widerruflich und verschafft dem Repositoryum keine gesicherte Rechtsposition, siehe Ohly, "Volenti non fit iniuria": die Einwilligung im Privatrecht, 2002, 176 ff. In der urheberrechtlichen Praxis steht deswegen der vertragliche Erwerb von Nutzungsrechten im Vordergrund.

²³Eine weite Auslegung entsprechender Nutzungsrechtsklauseln in Verträgen zugunsten von Repositoryen scheitert an §31 Abs. 5 UrhG, wonach für die Auslegung von Verträgen über die Einräumung von Nutzungsrechten stets der Vertragszweck entscheidend ist. Die Gerichte folgern hieraus, dass Nutzungsrechtsklauseln im Zweifel eng zugunsten des Urhebers auszulegen sind, siehe BGH GRUR 1998, 680, 682 – Comic-Übersetzungen.

die Wahrnehmung von Print on demand-Rechten übertragen kann. Repositorien sollten zudem darauf achten, dass sie sich die Befugnis zur Einräumung von einfachen Nutzungsrechten an andere Repositorien ausbedingen²⁴. Auch insoweit gilt, dass eine solche Befugnis in entsprechender Anwendung von §35 Abs. 2 UrhG nur bei ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung angenommen werden kann. Eine solche Einräumung von Rechten kann etwa von Interesse sein, wenn sich Repositorien in Verbänden zusammenschließen wollen, um auf diese Weise eine bessere Langzeitsicherung von Dokumenten zu erreichen. Sollen hier die Inhalte auch auf den Servern anderer Einrichtungen gespeichert und zugänglich gemacht werden, so ist dies nur mit Zustimmung der Rechtsinhaber möglich, es sei denn, dass Repositorium der Erstveröffentlichung kann den anderen Einrichtungen entsprechende Rechte einräumen.

2. Langzeitarchivierung: Unbefristete und unwiderrufliche Rechtseinräumung

Repositorien von Hochschulen und sonstigen Forschungs- und Bildungseinrichtungen haben ein Interesse daran, elektronisch verfügbare Publikationen und Inhalte langfristig zu archivieren. Hauptanliegen ist es dabei, digital verfügbare Informationen für künftige Generationen jedenfalls in einer Weise zu erhalten, die der Langzeitverfügbarkeit klassischer Bibliotheksbestände vergleichbar ist. Dies setzt in urheberrechtlicher Hinsicht voraus, dass die Inhalte bis zum Ende der urheberrechtlichen Schutzfrist und darüber hinaus genutzt werden können. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob entsprechend langfristige Verträge über die Einräumung von Nutzungsrechten überhaupt geschlossen werden können. Die Schutzfrist im Urheberrecht beträgt in der gesamten Europäischen Union 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers, in Deutschland geregelt in §64 UrhG. Verfasst ein Autor einen Beitrag 50 Jahre vor seinem Tod und vergibt an diesem Beitrag Nutzungsrechte an ein Repositorium für die gesamte Schutzdauer, so ergibt sich eine vertragliche Bindung für 120 Jahre. Während überlange vertragliche Bindungen im allgemeinen Vertragsrecht im Einzelfall als sittenwidrig und damit unwirksam eingeordnet werden können, etwa Bierlieferungsverträge zwischen Gaststätten und Brauereien mit einer Laufzeit von über 20 Jahren²⁵, ist es

²⁴Es ist im juristischen Schrifttum umstritten, ob der Inhaber einfacher Nutzungsrechte weitere einfache Nutzungsrechte an Dritte einräumen kann. Dafür: Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, §35, Rn. 5; Fromm/Nordemann-Jan Bernd Nordemann, Urheberrecht Kommentar, 10. Aufl. 2008, §35, Rn. 5. Dagegen: Schriker/Loewenheim-Schriker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, §35, Rn. 2. Selbst wenn man der engeren Auffassung folgt und eine Abspaltung von „Enkelrechten“ nicht zulassen möchte, so dürfte eine entsprechende vertragliche Absprache gleichwohl wirksam sein, indem man sie als Einräumung übertragbarer einfacher Nutzungsrechte auslegt und die Vergabe von Nutzungsrechten an Dritte gem. §34 UrhG als Übertragung deutet.

²⁵Siehe BGH NJW 1992, 2145 und NJW 1970, 2243.

im Urheberrecht anerkannt, dass jedenfalls einfache Nutzungsrechte auch für die gesamte Schutzfrist vergeben werden können²⁶. Die an entsprechend langfristigen Verträgen geäußerte Kritik bezieht sich auf die Vergabe von ausschließlichen Nutzungsrechten über die gesamte Schutzfrist, durch die dem Urheber jedwede Neuausrichtung der Verwertung seines Werks, etwa in einem anderen Verlag, versagt wird²⁷. Dieses anerkennenswerte Schutzbedürfnis trifft aber nicht auf den Fall der Vergabe einfacher Nutzungsrechte zu, da es hier dem Urheber unbenommen bleibt, weitere – auch ausschließliche – Rechte an Dritte zu vergeben. Auch sind entsprechende Verträge mit Repositorien nicht Ausdruck einer gestörten Vertragsparität der Parteien, sondern Ausdruck des freien Willens des Urhebers, der seine Publikation langfristig der Allgemeinheit zugänglich machen möchte. Insofern bestehen im Hinblick auf die Wirksamkeit einer zeitlich unbefristeten oder auf das Ende der Schutzdauer befristeten Einräumung von Nutzungsrechten keine Bedenken. Dies gilt umso mehr, als mit §42 UrhG dem Urheber ein besonderes Mittel zur Verfügung steht, die Rechte im Fall eines Überzeugungswandels zurückzurufen. Gemäß §42 UrhG kann der Urheber ein Nutzungsrecht „gegenüber dem Inhaber zurückrufen, wenn das Werk seiner Überzeugung nicht mehr entspricht und ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann.“ Allerdings hat der Urheber in diesem Fall den Inhaber des Nutzungsrechts nach Abs. 3 „angemessen zu entschädigen“. Die Anforderungen an einen entsprechenden Rückruf sind hoch, setzt dieser doch voraus, dass der Urheber einen „gravierenden und nachweisbaren Überzeugungswandel in politischer, wissenschaftlicher, künstlerischer oder religiöser Hinsicht“ darlegen kann, während rein formale, stilistische oder ästhetische Kriterien im Regelfall nicht ausreichen sollen²⁸. In Anbetracht dieser strengen Voraussetzungen und der Entschädigungspflicht ist es wenig verwunderlich, dass die Vorschrift in der Praxis kaum relevant wird. Neben dem besonderen urheberrechtlichen Rückrufsrecht aus §42 UrhG steht dem Urheber auch das allgemeine Recht auf außerordentliche Kündigung gem. §314 BGB („Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund“) zu. Allerdings sind auch für dieses Kündigungsrecht die Anforderungen streng und setzen die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags voraus. Typische Fälle einer solchen Unzumutbarkeit sind etwa die Zerstörung des für das Vertragsverhältnis erforderlichen Vertrauens oder der Eintritt unvorhergesehener Umstände²⁹. Entsprechende Fallgestaltungen sind bei der Vergabe von einfachen Nutzungsrechten an Repositorien kaum vorstellbar.

²⁶So Fromm/Nordemann-Jan Bernd Nordemann, *Urheberrecht Kommentar*, 10. Aufl. 2008, §31, Rn. 53.

²⁷Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Aufl. 2009, §31, Rn. 12.

²⁸So Wandtke/Bullinger-Wandtke, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Aufl. 2009, §42, Rn. 7.

²⁹Siehe nur *Münchener Kommentar zum BGB-Gaier*, 5. Aufl. 2007, §314, Rn. 12 ff.

3. Rechtemanagement bei Repositorien

Ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen, dass der Erwerb von einfachen Nutzungsrechten für ein Repositorium ausreichend ist, so kann gleichwohl die Frage gestellt werden, ob sich Vorteile daraus ergeben, wenn das Repositorium ausschließliche Rechte gem. §31 Abs. 3 UrhG erwirbt. Dies ist schon auf den ersten Blick zweifelhaft, besteht der Unterschied zu einfachen Nutzungsrechten doch darin, dass der Inhaber dem Urheber und Dritten die weitere Nutzung des Werkes untersagen kann, was regelmäßig nicht im Interesse der Betreiber von Repositorien liegen dürfte. Repositorien zielen auf einen möglichst offenen, nachhaltigen und kostenfreien Zugang zu Informationen ab und nicht auf eine Alleinstellung, um gebührenpflichtige Modelle aufbauen zu können. Es ist deswegen nicht ohne Weiteres ersichtlich, welche Vorteile Repositorien aus dem Erwerb ausschließlicher Rechte erwachsen würden. Dagegen sind die Nachteile klar erkennbar: Liegen die ausschließlichen Rechte beim Repositorium, so muss der Urheber und jeder sonstige Interessierte, etwa ein Verlag, für jede weitere Verwendung der Publikation beim Betreiber nachfragen. Dies erzeugt erheblichen Verwaltungsaufwand und kann nicht im Interesse des Betreibers liegen. Insofern ist Repositorien für den Regelfall der Erwerb einfacher Rechte anzuraten. Etwas anderes kann gelten, wenn das Repositorium zugleich als Universitätsverlag agiert. Dann kann die Ausschließung Dritter von Interesse sein³⁰. Auch beim Erwerb einfacher Nutzungsrechte ist allerdings ein professionelles Rechtemanagement durch das Repositorium erforderlich. Hier gilt grundsätzlich, dass der Betreiber des Repositoriums im Streitfall die Beweislast dafür trägt, dass er die behaupteten Rechte an einer Publikation erworben hat³¹. Zwar ist die Einräumung von Nutzungsrechten grundsätzlich ohne schriftlichen Vertrag möglich³². Repositorien sollten sich hierauf aber nicht ausruhen, da sie im Zweifel den Beweis führen müssen, dass ein entsprechender Rechtserwerb stattgefunden hat. Hier bietet der von beiden Seiten mit Datum unterschriebene Vertrag erkennbare Vorteile, da der Unterschrift des Urhebers im Streitfall erhebliche Überzeugungskraft zukommt. Rechtlich möglich sind aber auch andere Formen der Dokumentation von Erklärungen der Rechtsinhaber. Automatisierte Lösungen, bei denen das Repositorium die Erklärung des Urhebers mit einem Zeitstempel versehen abspeichert, sind als Minimallösung dringend angeraten³³.

Auch beim Erwerb einfacher Nutzungsrechte ist allerdings ein professionelles Rechtemanagement durch das Repositorium erforderlich. Hier gilt grundsätz-

³⁰Bspw. behält sich KIT Scientific Publishing für Print on demand die ausschließlichen Nutzungsrechte vor, siehe <http://www.ksp.kit.edu/about/index.html>.

³¹Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, §97, Rn. 14.

³²Dies ergibt sich mittelbar aus §40 UrhG, der für die Verpflichtung zur Einräumung von

³³Vgl. hierzu Mankowski, NJW 2004, 1906, der Eingangs- und Lesebestätigungen den Wert eines Anscheinsbeweises zubilligt.

lich, dass der Betreiber des Repositoriums im Streitfall die Beweislast dafür trägt, dass er die behaupteten Rechte an einer Publikation erworben hat³⁴. Zwar ist die Einräumung von Nutzungsrechten grundsätzlich ohne schriftlichen Vertrag möglich³⁵. Repositorien sollten sich hierauf aber nicht ausruhen, da sie im Zweifel den Beweis führen müssen, dass ein entsprechender Rechtserwerb stattgefunden hat. Hier bietet der von beiden Seiten mit Datum unterschriebene Vertrag erkennbare Vorteile, da der Unterschrift des Urhebers im Streitfall erhebliche Überzeugungskraft zukommt. Rechtlich möglich sind aber auch andere Formen der Dokumentation von Erklärungen der Rechtsinhaber. Automatisierte Lösungen, bei denen das Repository die Erklärung des Urhebers mit einem Zeitstempel versehen abspeichert, sind als Minimallösung dringend angeraten³⁶.

4. Vorschlag für eine Musterklausel

Eine mögliche Musterklausel für den Rechteerwerb durch ein Repository könnte lauten³⁷:

1. Der Autor/die Autoren räumt/räumen dem Repository für die Dauer der gesetzlichen Schutzfrist und räumlich unbeschränkt das einfache Recht ein,
 - das Werk einschließlich Abstract und Metadaten durch das Repository öffentlich zugänglich zu machen und die hierfür erforderlichen Vervielfältigungen zu erstellen, insbesondere das Werk und/oder das

³⁴Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, §97, Rn. 14.

³⁵Dies ergibt sich mittelbar aus §40 UrhG, der für die Verpflichtung zur Einräumung von Nutzungsrechten an künftigen Werken Schriftform verlangt, woraus geschlossen wird, dass die Einräumung als solche formfrei möglich ist. siehe nur Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, §31, Rn. 22.

³⁶Vgl. hierzu Mankowski, NJW 2004, 1906, der Eingangs- und Lesebestätigungen den Wert eines Anscheinsbeweises zubilligt.

³⁷Die Klausel regelt nur die urheberrechtlichen Aspekte einer Standardvereinbarung zwischen Repository und Urheber. Die weitere Gestaltung einer solchen Vereinbarung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Weitere typische Elemente der Vereinbarung können sein:

- (1) eine einleitende Klausel mit der Überschrift "Vertragsgegenstand", in der die Vertragsparteien und die Publikation genau bezeichnet wird,
- (2) die Versicherung des Urhebers, dass keine Rechte Dritter entgegen stehen und dass der Urheber bei Inanspruchnahme des Repositoriums durch Dritte haftet,
- (3) eine oder mehrere weitere Klauseln, in denen die weiteren Rechte und Pflichten der Parteien beschrieben werden (In welchem Format ist die Publikation einzureichen? In welcher Form und wann erfolgt die Veröffentlichung? Sichert das Repository die Langzeitarchivierung zu? etc.),
- (4) eine Schlussklausel mit Rechtswahl deutschen Rechts, ggf. einer Gerichtsstandsvereinbarung am Sitz des Repositoriums etc.

Abstract und die Metadaten in elektronischen Datenbanken zu speichern und mittels digitaler oder anderweitiger Übertragungstechnik einer Vielzahl von Nutzern zur Verfügung zu stellen, sei es im Rahmen von Diensten, die einen Abruf des Nutzers voraussetzen oder in Diensten, bei denen die Nutzung auf Initiative des Repositoriums erfolgt, und zwar unter Einschluss sämtlicher Übertragungswege (Kabel, Funk, Satellit etc.) und Protokolle (TCP/IP, http, WAP, HTML, XML etc.), sowie

- das Werk im Wege des Print on demand in Papierform oder auf anderen Speichermedien (CD-Rom, CD-I, E-Book etc.) zu vervielfältigen und zu verbreiten.

2. Das Repositorium kann die durch diesen Vertrag eingeräumten Rechte ganz oder teilweise auf Dritte übertragen und einfache Nutzungsrechte an andere Repositorien vergeben, ohne dass es hierzu der gesonderten Zustimmung des Autors/der Autoren bedarf.“

II. Besonderheiten bei „Open Access“ Repositorien

1. Sind zusätzliche Rechte für ein „Open Access“ Repositorium erforderlich?

Genügen für das Zugänglichmachen von Inhalten in Repositorien die genannten einfachen Nutzungsrechte, so stellt sich die weitere Frage, ob beim Erwerb entsprechend eingeschränkter Rechte durch ein Repositorium noch von „Open Access“ die Rede sein kann. Der Begriff „Open Access“ wird in unterschiedlicher Weise verwendet. Die Berliner Erklärung aus dem Jahr 2003 verlangt mehr als den allgemeinen Zugang zu Inhalten³⁸. Nach der Erklärung soll jeder Nutzer entsprechend dem Modell der Open Source Software weitgehende Nutzungsrechte erwerben können:

„Die Urheber und die Rechteinhaber solcher Veröffentlichungen gewähren allen Nutzern unwiderruflich das freie, weltweite Zugangsrecht zu diesen Veröffentlichungen und erlauben ihnen, diese Veröffentlichungen – in jedem beliebigen digitalen Medium und für jeden verantwortbaren Zweck – zu kopieren, zu nutzen, zu verbreiten, zu

³⁸Zur Entwicklung der Open Access Bewegung siehe Hirschfelder, Anforderungen an die rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, 2008, 5 ff.

übertragen und öffentlich wiederzugeben sowie Bearbeitungen davon zu erstellen und zu verbreiten, sofern die Urheberschaft korrekt angegeben wird³⁹.“

Eine solch umfassende Freiheit der Nutzer, die Inhalte in unveränderter oder veränderter Form beliebig weiterverbreiten und zugänglich zu machen, wird allerdings nicht immer verlangt, wenn von „Open Access“ die Rede ist. Vielfach wird der Begriff auch schon dann verwendet, wenn Inhalte kostenlos im Internet verfügbar sind, etwa in Repositorien, ohne dass den Nutzern weitergehende Rechte eingeräumt werden⁴⁰. Aus der Sicht des Betreibers eines Repositoriums besteht auch beim Anlegen des engen Begriffs von Open Access im Sinne der Berliner Erklärung kein Anlass, weitergehende Nutzungsrechte von den Autoren einzuholen. Sofern der Urheber seine Publikationen nach den Bedingungen einer Open Access-Lizenz für jedermann frei gegeben hat, etwa auf Grundlage einer Creative Commons- oder DiPP-Lizenz, so kann es genügen, wenn das Repositorium die Publikation auf dieser Grundlage nutzt. Es ist keineswegs zwingend, dass das Repositorium die ausschließlichen Rechte an den Inhalten erwirbt und seinerseits für die „Freigabe“ nach einer Creative Commons- oder DiPP-Lizenz sorgt. Vielmehr ist ein Inhalt auch dann verfügbar im Sinne von „Open Access“, wenn der Urheber selbst die Lizenz auswählt und anwendet und das Repositorium bloßer Lizenznehmer unter dieser Lizenz wird⁴¹. Allerdings sollte auch in diesem Fall eine genaue Prüfung des Umfangs der eingeräumten Nutzungsrechte vorgenommen werden. So gestattet etwa die Digital Peer Publishing Lizenz keine Verbreitung körperlicher Vervielfältigungen und scheidet somit als Grundlage für Print on demand-Dienste aus⁴². Auch bei Verwendung von Creative Commons-Lizenzen können sich Einschränkungen ergeben, etwa wenn der Urheber eine „Non commercial“-Lizenz gewählt hat⁴³. In diesem Fall sind kostenpflichtigen Dienste, beispielsweise Print on demand, jedenfalls dann nicht mehr

³⁹Siehe Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22.10.2003, <http://oa.mpg.de/lang/de/berlin-prozess/berliner-erklarung>. So auch die Open Access Policy der Max-Planck-Gesellschaft, <http://oa.mpg.de/lang/de/mpg-open-access-policy>.

⁴⁰Siehe beispielsweise die Themenseite der Helmholtz-Gesellschaft, <http://oa.helmholtz.de>. Vgl. auch Bargheer/Bellem/Schmidt, Open Access und Institutional Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen, in Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, 1, 6 f.

⁴¹Diese Konstellation des „Institutional Selfarchiving“ erwähnt auch bereits Mantz, Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open Access-Werken, in Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, 55, 91.

⁴²Siehe Ziffer 2 Abs. 1 DPPL, http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/dppl/DPPL_v3_de_11-2008.html.

⁴³Siehe Ziffer 4 c) Creative Commons Lizenz Namensnennung - Keine kommerzielle Nutzung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 Deutschland, <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/de/legalcode>

gedeckt, wenn das Entgelt über die bloße Kostendeckung hinausgeht⁴⁴.

2. Vorauswahl bestimmter Open Access-Lizenzen durch das Repository

Die Lizenzierung von Beiträgen durch die Urheber selbst bedeutet nicht, dass das Repository keinen Einfluss auf die Auswahl der im Einzelfall verwendeten Lizenz nehmen kann. Vielmehr können Repositorien eine Vorauswahl von bestimmten Open Access-Lizenzen treffen und die Urheber dazu auffordern, eine der genannten Lizenzen für ihre Publikation zu verwenden. Die Wahl der Lizenz durch den Urheber kann etwa durch ein entsprechend begrenztes Auswahlmenü während des Hochladens von Inhalten abgefragt werden. Repositorien haben ein legitimes Interesse daran, dass möglichst alle Inhalte im Repository nach den Bestimmungen ein und derselben Lizenz benutzt werden können. Dies ist für die Nutzer des Repositoriums, etwa Datenbanken oder Bibliotheken, überaus bedeutsam, da sie auf diese Weise ohne nähere Prüfung der Lizenzfragen einzelner Inhalte das gesamte Angebot nach einheitlichen Regeln nutzen können. Möchte der Urheber weiter gehen und seinen Nutzern auch andere Rechte als die in der Standardlizenz des Repositoriums genannten Nutzungsmöglichkeiten einräumen, so bleibt es ihm unbenommen, den Beitrag parallel auch nach den Bedingungen einer anderen Lizenz zu verbreiten. Diesem Modell folgt beispielsweise das (Open Access-) „Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law“ (JIPITEC), dessen Beiträge alle nach der DIPP-Lizenz erhältlich sind, wobei es den Autoren freisteht, einzelne Beiträge parallel auch nach einer anderen Lizenz, etwa einer Creative Commons Lizenz, zu verbreiten⁴⁵.

3. Meldung bei der VG Wort trotz Lizenzierung als Open Access?

Können Urheber ihre Werke nach den Bedingungen einer Open Access-Lizenz der Allgemeinheit zur Verfügung stellen und gleichzeitig Vergütungsansprüche durch die VG Wort geltend machen? Hier kommt es auf die Einzelheiten der

⁴⁴Die genauen Grenzen der nicht-kommerziellen Nutzung unter Creative Commons-Lizenzen sind bislang nicht gerichtlich geklärt. Auch die von dem Projekt veröffentlichte empirische Studie kommt nicht zu eindeutigen Ergebnissen für einzelne Nutzungsformen, siehe http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial.

⁴⁵Siehe hierzu den Hinweis auf der Webseite www.jipitec.eu: „JIPITEC is an Open Access journal. Its articles may be downloaded and disseminated in accordance with the license terms chosen by the author. All articles may be used under the Digital Peer Publishing Licenses. Some authors have chosen to allow the use of their articles under additional license terms, e.g. a Creative Commons license.“

Rechtswahrnehmung durch die VG Wort an. Hat der Urheber mit der VG Wort einen echten Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen, so entsteht ein Konflikt mit den üblichen Open Access-Lizenzen (Creative Commons, DIPP etc.), weil der Standard-Wahrnehmungsvertrag der VG Wort die Einräumung umfangreicher ausschließlicher Rechte an die VG Wort vorsieht, beispielsweise das Vermiet- und Verleihrecht (Ziffer 1), das Recht der öffentlichen Wiedergabe von Bild- und Tonträgern (Ziffer 3) etc. Hat der Urheber einen Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen, so kann er Dritten insoweit keine Rechte mehr einräumen, so dass die weitreichenden Open Access-Lizenzen für die betroffenen Nutzungsarten ins Leere laufen. Die VG Wort könnte entsprechende Nutzungen also trotz Open Access-Lizenz untersagen. Etwas anderes gilt allerdings hinsichtlich der Einräumung einfacher Nutzungsrechte an ein Repository für die schlichte öffentliche Zugänglichmachung, also für Open Access im weiteren Sinne. Die VG Wort nimmt die Online-Rechte nur in sehr begrenztem Umfang wahr, und zwar für Verträge vor 1995 nur, sofern der Verlag die Publikation im Rahmen von Online-Angeboten nutzt und für Verträge nach 1995 nur, sofern keine individuelle Rechtseinräumung vorliegt⁴⁶. Bei der Nutzung durch ein Repository handelt es sich aber nicht um ein Verlagsangebot, zudem liegt eine individuelle Rechtseinräumung vor. Die Folge ist, dass Beiträge im Rahmen eines Wahrnehmungsvertrags bei der VG Wort angemeldet und gleichzeitig einem Repository einfache Nutzungsrechte nach Maßgabe der oben vorgeschlagenen Musterklausel (siehe oben C.I.4.) eingeräumt werden können. Typische Wissenschaftsautoren schließen allerdings keinen vollständigen Wahrnehmungsvertrag mit der VG Wort ab, sondern nehmen als bloße „Bezugsberechtigte“ an der Verteilung der Einnahmen teil⁴⁷. Bei der Bezugsberechtigung nimmt die VG Wort nur die Rechte aus §§27, 53a, 54, 54c UrhG wahr, insbesondere die Vergütung für gem. §53 UrhG einwilligungsfrei zulässige Kopien (Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch)⁴⁸. Die Vergütungsansprüche von Urhebern aufgrund gesetzlicher Urheberrechtsschranken werden aber weder durch

⁴⁶Siehe Ziffer §1 Nr. 19 des Wahrnehmungsvertrags (Autor) vom Juni 2010, http://www.vgwort.de/fileadmin/wahrnehmungsvertrag/wv_autor_juni_2010_muster.pdf.

⁴⁷Siehe hierzu <http://www.vgwort.de/teilnahmemoeglichkeiten/bezugsberechtigte.html>.

⁴⁸Das gegenwärtig von der VG Wort verwendete Formular enthält allerdings auch den Passus: „Dies gilt auch für Rechte und Ansprüche aus den Bereichen Kopienversand, digitale Offline-Produkte sowie Online-Rechte, soweit die VG-Wort hier entsprechende Rechte wahrnimmt.“ Diese Klausel bezieht sich auf Ziffern 17 und 19 des Wahrnehmungsvertrags, siehe oben Fn. 43 sowie den dazugehörigen Text, und steht einer Lizenzierung nach Creative Commons oder DIPP-Lizenz nicht entgegen.

die Creative Commons⁴⁹ - noch durch die DIPP-Lizenzen⁵⁰ beschnitten. Das heißt, der Urheber kann insoweit die Dienste einer Verwertungsgesellschaft in Anspruch nehmen, ansonsten aber die Nutzung entsprechend der genannten Open Access-Lizenzen gestatten⁵¹.

4. Sonderfall: Mehrere Urheber

Ist für die urheberrechtskonforme Nutzung von Inhalten in Repositorien der Erwerb von Nutzungsrechten vom Urheber erforderlich, so fragt sich, wie bei mehreren Urhebern zu verfahren ist. Das arbeitsteilige Zusammenwirken mehrerer Autoren an einer Veröffentlichung erfüllt typischerweise den Tatbestand der Miturheberschaft gem. §8 UrhG. Liegt aber ein Fall der Miturheberschaft vor, so erfordert die Veröffentlichung des Werks im Grundsatz die Zustimmung aller beteiligten Urheber⁵². Dies kann bei wissenschaftlichen Publikationen erhebliche praktische Probleme nach sich ziehen, wenn die Zahl der Autoren hoch ist und sich Autoren im Ausland befinden. Repositorien sollten sich hier nicht auf die Einwilligung des „corresponding author“ beschränken, der die Veröffentlichung anbietet oder auf sonstige Weise als Kontaktperson für das Repository fungiert. Sofern der „corresponding author“ von den anderen Miturhebern ermächtigt worden ist, das Manuskript entsprechend zu veröffentlichen, genügt dies den Anforderungen des §8 Abs. 2 UrhG. Erforderlich ist hierfür allerdings wiederum die Zustimmung aller Miturheber⁵³. Auch insoweit trifft das Repository im Streitfall die Beweislast, so dass eine entsprechende Dokumentation dringend anzuraten ist. Verzichtbar ist lediglich die Zustimmung derjenigen „Autoren“, die nicht selbst einen schöpferischen Beitrag zur konkreten Gestaltung des Werks geleistet haben. Oftmals werden auf wissenschaftlichen Publikationen Professoren oder Vorgesetzte sowie Mitglieder von Forschergruppen genannt, die keinen eigenen schöpferischen Beitrag zur konkreten Gestaltung der Publikation beigetragen haben. Die rein organisatorische Mitwirkung führt aber ebensowenig

⁴⁹Siehe Ziffer 4 f) Creative Commons Lizenz Namensnennung - Keine kommerzielle Nutzung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 Deutschland, <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/de/legalcode>

⁵⁰Siehe Ziffer 13 Digital Peer Publishing Lizenz Version 3, http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/dppl/DPPL_v3_de_11-2008.html.

⁵¹Gegen Peifer, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22, 26, der die Möglichkeit verneint, Publikationen als Open Access verfügbar zu machen und zugleich an den Ausschüttungen der VG Wort zu partizipieren.

⁵²Wandtke/Bullinger-Thum, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, §8, Rn. 29.

⁵³Wandtke/Bullinger-Thum, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, §8, Rn. 29 und 53. Ebenso Mönch/Nödler, Hochschulen und Urheberrecht – Schutz wissenschaftlicher Werke, in Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, 22, 32.

zur Miturheberschaft wie bloße Ideen und Anregungen⁵⁴, so dass die Zustimmung dieser Personen verzichtbar ist. Auf eine entsprechende Vorgehensweise sollten sich Repositorien aber in der Regel nicht einlassen, da die Einzelheiten der Zusammenarbeit der Autoren für das Repository nur schwer zu überblicken sind.

5. Sonderfall: Qualifikationsarbeiten

Besonderheiten ergeben sich hinsichtlich der Erstveröffentlichung von Qualifikationsarbeiten in Hochschulrepositorien. Dissertationen müssen in Deutschland gemäß den üblichen Promotionsordnungen veröffentlicht werden. Repositorien sollten hier mit den Hochschulleitungen darauf hinwirken, dass die Promotionsordnungen der Fakultäten die Veröffentlichung der Arbeiten in einem Repository gestatten. Dies ist beispielsweise der Fall in der Promotionsordnung der Fakultät für Informatik des Karlsruhe Institute of Technology („§16 Veröffentlichung der Dissertation“):

- (1) Innerhalb eines Jahres nach der mündlichen Prüfung ist die Dissertation in angemessener Weise der wissenschaftlichen Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Doktorandin kann die Dissertation in der in den Buchstaben a bis e beschriebenen Weise veröffentlichen und hat der Universitätsbibliothek abzuliefern: a) Eine maschinenlesbare Datei in einer mit der Universitätsbibliothek abgestimmten Version bei Veröffentlichung im Elektronischen Volltext-Archiv EVA der Universitätsbibliothek (...).“

Eine entsprechende Möglichkeit der kostengünstigen Veröffentlichung im Hochschulrepository fehlt jedoch bislang in vielen Promotionsordnungen. Für andere Qualifikationsarbeiten, insbesondere Habilitations- und Masterarbeiten, fehlt es vielfach an einer Veröffentlichungspflicht. Der Urheber ist dann frei, über das Ob und Wie der Veröffentlichung zu entscheiden. Sieht die Habilitations- oder Studienordnung eine Veröffentlichungspflicht vor, so gilt das zu Dissertationen Gesagte entsprechend.

⁵⁴Wandtke/Bullinger-Thum, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, §8, Rn. 3 ff.

Zweitveröffentlichung (Green Road)

I.	Regelfall: Verlag als Rechtsinhaber	23
1.	Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte durch Repositorien	27
2.	Zweitveröffentlichung als Open Access im Sinne der Berliner Erklärung?	28
3.	Preprint oder Postprint?	29
4.	Übernahme von Inhalten aus anderen Open Access-Quellen?	30

Urheber von Wissenschaftspublikationen streben in erster Linie die möglichst breite Wahrnehmung ihrer Beiträge in der Fachöffentlichkeit an. Es ist deswegen nicht verwunderlich, dass Autoren die Veröffentlichung in solchen Zeitschriften oder Publikationen bevorzugen, die möglichst hohe Zitationsraten aufweisen. Dies sind heute noch vielfach klassisch publizierte Fachzeitschriften, bei denen sich die Verlage ausschließliche Nutzungsrechte einräumen lassen, um gewinnbringende Verkaufspreise am Markt durchsetzen zu können. Hier stellt sich die Frage, ob Repositorien entsprechend veröffentlichte Beiträge jedenfalls nach Ablauf einer Schonfrist zweitveröffentlichen dürfen.

I. Regelfall: Verlag als Rechtsinhaber

Steht für ein Repositoryum die Zweitveröffentlichung eines bereits erschienenen Beitrags in Frage, so ist der erste Ansprechpartner in aller Regel der Verlag, in dem das Werk zuerst veröffentlicht wurde. Typische Verlagsverträge sehen die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte an den Verlag vor. Die Folge ist, dass auch der Urheber den Beitrag nicht mehr selbst verwerten kann. Allerdings

lohnt sich bei Verlagspublikationen der Blick in die Einzelheiten des Verlagsvertrags. Zwar sehen die Standardverträge für Zeitschriftenbeiträge heute in der Regel auch die Einräumung der ausschließlichen, zeitlich unbegrenzten Online-Rechte an den Verlag vor⁵⁵. Es gibt hier aber durchaus abweichende Standards in den verschiedenen Fachrichtungen. Auch ist nach wie vor zu beobachten, dass Verlage Manuskripte ohne jeden schriftlichen Vertrag abdrucken, etwa im Fall von Sammelbänden, bei denen Verlage oft nur mit den Herausgebern Verträge schließen, nicht aber mit den einzelnen Autoren. Fehlt es an der ausdrücklichen Einräumung von Rechten für das öffentliche Zugänglichmachen im Internet, so verbleiben diese Rechte grundsätzlich beim Urheber. Dies ergibt sich aus der in §31 Abs. 5 UrhG normierten „Zweckübertragungslehre“. Danach umfasst eine Nutzungsrechtseinräumung im Zweifel nur die Nutzungsarten, die für die Erreichung des von den Parteien zugrunde gelegten Zwecks erforderlich sind. Geht es zunächst nur um die Veröffentlichung in einem Sammelband, so kann der Verlag nicht im Nachhinein eine stillschweigende Einräumung von Nutzungsrechten für die Online-Nutzung behaupten. Im Zweifel liegen die Rechte dann noch beim Urheber, der deswegen auch Repositorien die Aufnahme gestatten kann. Gemäß §31 Abs. 5 UrhG kommt es auch auf den Vertragszweck an, ob einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt wurden, wenn es an einer ausdrücklichen Absprache fehlt. Im Zweifel gilt auch hier, dass ein Nutzungsrecht nur als einfaches Recht eingeräumt wurde⁵⁶. Für die Zweitveröffentlichung in Online-Repositorien ist der vielzitierte §38 UrhG („Beiträge zu Sammlungen“) ohne Bedeutung. In der aktuellen Fassung betrifft die Vorschrift nur Erst- und Zweitveröffentlichungen in Printmedien:

(1) Gestattet der Urheber die Aufnahme des Werkes in eine periodisch erscheinende Sammlung, so erwirbt der Verleger oder Herausgeber im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung und Verbreitung. Jedoch darf der Urheber das Werk nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen anderweit vervielfältigen und verbreiten, wenn nichts anderes vereinbart ist. (2) Absatz 1 Satz 2 gilt auch für einen Beitrag zu einer nicht periodisch erscheinenden Sammlung, für dessen Überlassung dem Urheber kein Anspruch auf Vergütung zusteht.

Nach herrschender Ansicht kann die Vorschrift nicht analog auf die Zweitveröffentlichung in Online-Repositorien angewendet werden⁵⁷. Bedeutung kommt

⁵⁵Siehe bspw. das Muster im Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2009, 835 ff.

⁵⁶Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, §31, Rn. 58.

⁵⁷Für die herrschende Meinung siehe Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, §38, Rn. 6; Heckmann/Weber, Open Access in der

§38 UrhG allerdings mit Blick auf Print on demand-Dienste zu. Möchte der Urheber nach Ablauf der in der Vorschrift genannten Fristen einem Repository auch die Vervielfältigung und Verbreitung einer Veröffentlichung gestatten, so kann die Norm zugunsten des Urhebers eingreifen. §38 UrhG formuliert jedoch nur Zweifelsregeln. Einigen sich Verlag und Urheber ausdrücklich auf eine Regelung, wonach dem Urheber auch nach Ablauf der Fristen keine Rechte zustehen sollen, so ist die vertragliche Regelung entscheidend. Allerdings könnte es im Zuge der nächsten Urheberrechtsreform („Dritter Korb“) zu einer Änderung des §38 UrhG kommen. Eine solche Reform hatte der Bundesrat anlässlich der Verabschiedung der letzten größeren Urheberrechtsnovelle angemahnt⁵⁸. Gegenwärtig bereitet das Bundesjustizministerium einen Gesetzentwurf vor, mit dem für den Sommer 2011 gerechnet wird. Sollte es zu einer Verabschiedung des vom Bundesrat vorgeschlagenen neuen §38 Abs. 4 UrhG-E kommen, so wäre die Zweitveröffentlichung von wissenschaftlichen Publikationen aus Fachzeitschriften in Repositorien in größerem Umfang als bislang möglich, allerdings beschränkt auf

Informationsgesellschaft - §38 UrhG de lege ferenda , GRUR Int. 2006, 995, 996; siehe auch Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, §38, Rn. 11, die die Grundsätze aber bei der Vertragsauslegung berücksichtigen möchten. Für die Analogie Ehmann/Fischer, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet , GRUR Int. 2008, 284, 288.

⁵⁸BR-Drucksache 257/06, S. 7: „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 nichtkommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist und nicht in der Formatierung der Erstveröffentlichung erfolgt. Dieses Recht kann nicht abbedungen werden.“ Der Vorschlag geht in Teilen zurück auf Hansen, Zugang zu wissenschaftlicher Information - alternative urheberrechtliche Ansätze , GRUR Int. 2005, 378. Siehe hierzu auch Hansen, Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder: Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips , GRUR Int. 2009, 799; Heckmann/Weber, Open Access in der Informationsgesellschaft - §38 UrhG de lege ferenda , GRUR Int. 2006, 995; Hirschfelder, Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbietungspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen? §§38 und 43 UrhG de lege ferenda im Lichte der RL 2001/29/EG, MMR 2009, 444; Peifer, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht , GRUR 2009, 22, 27; Pflüger, Positionen der Kultusministerkonferenz zum Dritten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – »Dritter Korb« , ZUM 2010, 938; Sandberger, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen? , ZUM 2006, 818; Sosnitzer, Google Book Search, Creative Commons und Open Access – Neue Formen der Wissensvermittlung in der digitalen Welt, Rechtswissenschaft 2010, 225, 243 f. Die von Pflüger/Ertmann, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich , ZUM 2004, 536, zunächst vorgeschlagene Änderung des §43 UrhG wird politisch nicht weiter verfolgt.

Preprints⁵⁹. Auch wären anders lautende Vereinbarungen in Verlagsverträgen unwirksam. Es ist gegenwärtig allerdings noch nicht abzusehen, ob es zu einer entsprechenden Novelle kommt und wie die Einzelheiten der Regelung am Ende aussehen werden. Deshalb beschränken sich die folgenden Ausführungen auf den Rechtszustand vom 15.04.2011. Aus der Sicht von Urhebern und Repositorien ist es nach der aktuellen Rechtslage am sichersten, wenn sich der Urheber bei Abschluss des Verlagsvertrags die für die Zweitveröffentlichung in einem Repositorium erforderlichen Nutzungsrechte ausdrücklich vorbehält. Dies setzt voraus, dass der Urheber eine entsprechende Verhandlungsposition gegenüber dem Verlag hat und dürfte schon deshalb nicht in jedem Fall durchsetzbar sein. Repositorien sollten aber die Urheber ermutigen, einen entsprechenden Rechtevorbehalt zu verhandeln. In der Praxis erhalten Urheber typischerweise den Standardvertrag des Verlags zugeschickt, ohne dass es zu mündlichen Verhandlungen über die Einzelheiten kommt. Hier genügt es dann, wenn der Urheber den Vertrag versehen mit einem Vermerk vor der Unterschrift zurücksendet, in dem er sich die Rechte vorbehält. Widerspricht der Verlag der Abwandlung des Vertrags nicht⁶⁰, so gilt er als vereinbart einschließlich Vermerk. Dieser hat dann als Individualabrede gem. §305b BGB Vorrang vor den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verlags. Ein entsprechender Vermerk kann etwa lauten:

„Sehr geehrte Frau . . . ,
dem anliegenden Verlagsvertrag stimme ich sehr gerne zu, allerdings mit dem Vorbehalt, meinen Beitrag mit dem Titel . . . ein Jahr nach/zeitgleich mit Erscheinen der Publikation in Ihrer Zeitschrift auf meiner Webseite/in Universitätsrepositorien in der von mir eingereichten Fassung (Preprint)/in der vom Verlag veröffentlichten Fassung (Postprint) mit dem Zusatz 'Erschienen in . . . ' öffentlich zugänglich zu machen/und im Rahmen von Print on demand-Diensten zu verbreiten. Ich habe dies auch entsprechend am Ende des Vertragstexts vor meiner Unterschrift vermerkt.

Mit freundlichen Grüßen“

Ob sich Autoren ihre Rechte entsprechend vorbehalten liegt außerhalb des Einflussbereichs von Repositorien. Diese können allerdings unterstützend tätig werden, etwa in dem sie Informationen über einen Rechtevorbehalt verfügbar machen. Für ältere Verlagsverträge ist zu beachten, dass die Online-Rechte gem. §137l UrhG nachträglich vom Verlag erworben sein können, sofern der Urheber

⁵⁹ Anders aber der Gesetzentwurf der SPD-Bundestagsfraktion vom 16.03.2011, BT-Drucksache 17/5053.

⁶⁰ Die Rücksendung stellt ein Angebot auf Abschluss eines Vertrags einschließlich Vermerk gem. §150 Abs. 2 BGB dar. Die weitere Bearbeitung des Manuskripts stellt dann die Annahme des Vertrags durch den Verlag dar.

dem Verlag alle wesentlichen Rechte an der Publikation eingeräumt und der Online-Nutzung nicht vor dem 31.12.2008 widersprochen hat. Hat der Urheber während der gesetzlichen Frist widersprochen, so kann er Repositorien die Online-Nutzung gestatten⁶¹. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Urheber im Einzelfall gem. §41 UrhG Nutzungsrechte wegen Nichtausübung zurückrufen können. Dies setzt voraus, dass der Verlag das Recht nicht oder nur unzureichend ausübt und dadurch berechtigte Interessen des Urhebers erheblich verletzt werden. Bedenkt man, dass Wissenschaftsautoren in besonderem Maße darauf angewiesen sind, dass andere Autoren ihre Beiträge lesen und zitieren, so liegt eine Interessenverletzung nahe, wenn Beiträge nicht in den üblichen Datenbanken oder in Open Access Angeboten verfügbar sind, obwohl der Verlag die ausschließlichen Online-Rechte innehat. Die Frage ist bislang, soweit ersichtlich, aber nicht gerichtlich entschieden. Bei Zeitschriftenbeiträgen ist zudem zu beachten, dass der Urheber zunächst 6 bzw. 12 Monate warten und dem Verlag eine Nachfrist setzen muss, bevor er den Rückruf erklären kann. Auch kann eine Entschädigung geschuldet sein, sofern dies der Billigkeit entspricht. Je länger der Verlag die Rechte innehatte, ohne eine Online-Verwertung vorzunehmen, umso weniger dürfte es der Billigkeit entsprechen, dem Autor bei einem Rückruf eine Entschädigung abzuverlangen. Schließlich hat der Verlag in diesem Fall seine Verwertungsmöglichkeit gehabt, ohne sie zu nutzen⁶².

1. Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte durch Repositorien

Liegen die für die Online-Nutzung erforderlichen Rechte beim Urheber oder findet sich ein Verlag bereit, die Nutzung in einem Repository zu gestatten, so stellt sich die Frage, welche Rechte für eine urheberrechtskonforme Zweitveröffentlichung erforderlich sind. Insoweit kann auf die Ausführungen zum Rechterwerb bei der Erstveröffentlichung in Repositorien und die dort vorgeschlagene Musterklausel verwiesen werden⁶³. Das Repository benötigt auch für die Zweitveröffentlichung ein einfaches, zeitlich unbefristetes Nutzungsrecht für die öffentliche Zugänglichmachung und gegebenenfalls weitergehende Rechte, sofern Print on demand-Dienste angeboten werden sollen. Letzteres ist bei Zweitveröffentlichungen allerdings problematisch, da die Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte auch bei älteren Verlagsverträgen in der Regel beim Verlag liegen

⁶¹Vgl. hierzu eingehend den Leitfaden „Zur Online-Bereitstellung älterer Publikationen“ von Kreuzer, abrufbar <http://www.allianzinitiative.de/fileadmin/leitfaden.pdf>. Siehe auch Ehmann/Fischer, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, GRUR Int. 2008, 284 ff.

⁶²Vgl. Wandtke/Bullinger-Wandtke, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, §41, Rn. 31.

⁶³Oben unter Abschnitt C.I.

und dieser sich kaum auf eine kostenfreie Konkurrenz im Printbereich einlassen dürfte. Auch bei Zweitveröffentlichungen sollten Repositorien im Idealfall übertragbare Rechte erwerben und zudem die Befugnis erhalten, anderen Repositorien einfache Nutzungsrechte einzuräumen. Insofern unterscheiden sich „Golden“ und „Green Road“ nicht. Deswegen ist es auch von Bedeutung, dass sich der Urheber im Verlagsvertrag allgemein das Recht vorbehält, seine Publikation „in Universitätsrepositorien“ zugänglich zu machen, da er einem Repository nur die Rechte für mehrere Repositorien einräumen kann, wenn er diese selbst innehat⁶⁴.

2. Zweitveröffentlichung als Open Access im Sinne der Berliner Erklärung?

Zweitveröffentlichungen in Repositorien können nur dann als Open Access im Sinne der Berliner Erklärung genutzt werden, wenn der Urheber oder sonstige Inhaber von ausschließlichen Rechten bereit sind, die Publikation einer entsprechend liberalen Lizenz zu unterstellen, etwa einer Creative Commons oder DIPP-Lizenz. Allerdings liegen bei Erstveröffentlichungen in klassischen Verlagszeitschriften die ausschließlichen Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte und vielfach auch die Onlinerechte beim Verlag. In diesem Fall kann allein der Verleger eine Open Access-Lizenzierung vornehmen, was vielfach nicht in seinem Interesse liegen wird. Die Kombination von „Green Road“ und Open Access ist deswegen schwierig und dürfte vielfach an der mangelnden Bereitschaft der Verlage scheitern. Im Einzelfall sind Verlage aber auch zur parallelen Nutzung als Open Access bereit⁶⁵. Ein Ausweg kann auch hier in einem ausdrücklichen Rechteevorbehalt des Urhebers liegen. Versieht er den Verlagsvertrag mit einem Vermerk, der ihm die für die spätere Open Access-Lizenzierung erforderlichen Nutzungsrechte vorbehält, so kann er nach Ablauf der vereinbarten Frist Nutzungsrechte nach den Bestimmungen der Creative Commons oder DIPP-Lizenzen vergeben. Ein entsprechender Rechteevorbehalt führt allerdings zu einer weitgehenden Aushöhlung der Rechtsposition des Verlags der Erstveröffentlichung und dürfte für diesen weitaus weniger akzeptabel sein, als ein Vorbehalt einfacher Nutzungsrechte für die schlichte Zugänglichmachung in Repositorien. Hier kommt es wiederum auf die Verhandlungsposition des Urhebers und die Flexibilität des Verlags an. Ein Muster für einen entsprechenden Vermerk hat

⁶⁴Im Urheberrecht gibt es keinen gutgläubigen Erwerb. Nur die Rechte, die der Urheber besitzt, kann er auf ein Repository übertragen. Siehe hierzu nur Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 601.

⁶⁵Siehe etwa den Beitrag von Jaeger/Metzger, Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, MMR 2003, 431, der im Verlag C.H.Beck mit dem Lizenzhinweis auf die DIPP-Lizenzen erschienen ist, siehe <http://www.ifross.org/publikation/open-content-lizenzen-nach-deutschem-recht>

die Initiative SPARC/Science Commons entwickelt („Scholarly Copyright Addendum“)⁶⁶. Das Formular ist zwar nicht auf das deutsche Recht zugeschnitten, vermeidet aber auch die Bezugnahme auf Besonderheiten des US-Rechts und kann dementsprechend bei Verträgen mit deutschen Verlagen verwendet werden⁶⁷.

3. Preprint oder Postprint?

Praktisch überaus bedeutsam ist die Frage, ob Repositorien im Fall der Zweitveröffentlichung den Beitrag so online stellen können, wie er in der Originalveröffentlichung erschienen ist, also im Verlagslayout (Postprint), oder ob der Beitrag nur in der vom Autor eingereichten und gegebenenfalls nachträglich korrigierten Fassung ohne Verlagslayout (Preprint) genutzt werden kann. Sollte es zur Verabschiedung der vom Bundesrat vorgeschlagenen Neuregelung in §38 Abs. 4 UrhG-E kommen⁶⁸, so wäre der Urheber nur zur Zweitveröffentlichung des Preprints berechtigt, sofern keine anderweitige Absprache mit dem Verlag getroffen ist. Im Hinblick auf die Beschränkung auf den Preprint wäre die Regelung ein Rückschritt gegenüber der aktuellen Rechtslage. Nach geltendem Recht genießt die vertragliche Absprache grundsätzlich Vorrang. Fehlt es an einer ausdrücklichen Absprache, so kann das Repository unter Beachtung der im Folgenden genannten Einschränkungen sowohl den Preprint als auch den Postprint veröffentlichen. Hinsichtlich des Postprints wird oft übersehen, dass das Verlagslayout urheberrechtlich ebenso wenig geschützt ist wie der Name einer Zeitschrift oder die Seitenzahlen⁶⁹. Allerdings dürfen vom Verlag erstellte schutzfähige Elemente, etwa Grafiken oder Fotos, nicht ohne Einwilligung genutzt werden. Zudem muss bei der Verwendung des Namens des Verlags und der Zeitschrift darauf geachtet werden, dass keine Marken- oder Titelschutzrechte des Verlags verletzt werden⁷⁰. Dies ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn die Nennung von Marke oder Werktitel nicht markenmäßig erfolgt, weil es sich um eine bloße Marken-

⁶⁶Siehe <http://scholars.sciencecommons.org>.

⁶⁷So im Grundsatz auch Mantz, Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open Access-Werken, in Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, 55, 97 ff., der allerdings Veränderungen an dem Formular vorschlägt, um einen Dissens zu verhindern. Nach m.E. wird dabei übersehen, dass der Verlag weitergehende Rechte an einer Publikation erwirbt, die trotz der Verwendung des Addendum exklusiv bei diesem liegen können. Mantz ist aber zuzugeben, dass es zu einer faktischen Aushöhlung des Verlagsvertrags kommt.

⁶⁸Siehe oben Fn. 55.

⁶⁹Siehe hierzu KG ZUM-RD 1997, 466. Siehe auch Heckmann/Weber, Open Access in der Informationsgesellschaft - §38 UrhG de lege ferenda, GRUR Int. 2006, 995, 999.

⁷⁰Gem. §5 Abs. 3 MarkenG sind „Namen oder besondere Bezeichnungen von Druckschriften, Filmwerken, Tonwerken, Bühnenwerken oder sonstigen vergleichbaren Werken“ als Werktitel geschützt.

nennung handelt⁷¹. Der Bereich der zulässigen Markennennung ist aber dann verlassen, wenn durch die Gestaltung des Angebots beim Nutzer der Eindruck entsteht, es handele sich um ein originäres Verlagsangebot. Dies ist für typische Repositorien von Hochschulen und Forschungseinrichtungen zu verneinen⁷². Zudem kann eine Nachbearbeitung des Postprints, insbesondere die Löschung von Marken und Werktiteln, dazu beitragen, eine Verletzung von Verlagsrechten zu vermeiden.

4. Übernahme von Inhalten aus anderen Open Access-Quellen?

Ebenfalls praktisch bedeutsam ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Repositorien Inhalte aus anderen Open Access-Quellen übernehmen und selbst öffentlich zugänglich machen dürfen. Insoweit gilt im Grundsatz, dass der Betreiber des Repositoriums den Umfang der Rechtseinräumung durch den Urheber bzw. Verlag sowie die Grenzen der zulässigen Nutzung im Einzelfall prüfen muss. Im Streitfall trifft die Darlegungs- und Beweislast das Repositorium, das heißt, es trägt das rechtliche Risiko, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Übernahme der Inhalte nicht zulässig war. Ob die Übernahme zulässig ist, hängt entscheidend davon ab, welche Rechte der Urheber oder sonstige Inhaber ausschließlicher Rechte dem Betreiber der Quelle der Erstveröffentlichung gewährt oder, im Fall echter Open Access-Angebote im Sinne der Berliner Erklärung, welche Rechte die zugrunde liegende Lizenz, beispielsweise Creative Commons- oder DIPP-Lizenzen, jedermann einräumt. Hat der Urheber oder sonstige Inhaber der ausschließlichen Rechte dem Betreiber der Quelle der Erstveröffentlichung nicht nur ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt, sondern auch gestattet, entsprechende Unterlizenzen an andere Repositorien zu vergeben, so genügt die Erteilung einer Unterlizenz durch den Betreiber der Quelle. Der Nutzungsumfang hängt dann erstens vom Umfang der Befugnis ab, Unterlizenzen zu erteilen. Zweitens ist zu prüfen, in welchem Umfang der Betreiber der Erstquelle dem Repositorium die Nutzung gestattet. Hat der Urheber oder sonstige Inhaber ausschließlicher Rechte eine Creative Commons oder DIPP-Lizenz verwendet, so ist die Übernahme im Grundsatz zulässig, allerdings sind dann die Einzelheiten des zulässigen Nutzungsumfangs sowie die Pflichten aus den jeweiligen Lizenzbedingungen zu beachten. Insoweit ist die Bezeichnung Open Access mit Vorsicht zu sehen: Nur wenn es sich um Open Access im Sinne der Berliner Erklärung handelt, ist die Übernahme gestattet. Handelt es sich um

⁷¹Siehe §23 Nr. 2 MarkenG und hierzu Ekey/Klippel/Bender-von Hellfeld, Markenrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, §23, Rn. 41 ff.

⁷²So auch Kreutzer, Zur Online-Bereitstellung älterer Publikationen, abrufbar <http://www.allianzinitiative.de/fileadmin/leitfaden.pdf>, 27.

ein Open Access-Angebot im weiteren Sinne, das heißt, die Inhalte sind kostenfrei zugänglich, der Nutzer kann aber keine Nutzungsrechte erwerben, so ist die Übernahme in andere Repositorien nicht gestattet. Für die Prüfung der Frage, ob es sich bei Inhalten aus anderen Quellen um Inhalte handelt, die nach Open Access-Grundsätzen im Sinne der Berliner Erklärung genutzt werden können, bietet die SherpaRomeo-Datenbank oftmals erste Anhaltspunkte⁷³. Die Datenbank enthält Informationen dazu, ob einzelne Journals oder die Angebote von Herausgebern im Allgemeinen nach Open Access-Grundsätzen genutzt werden können. Allerdings enthalten die Einträge bei SherpaRomeo vielfach den Hinweis, dass das betreffende Journal im „Directory of Open Access Journals“ (DOAJ)⁷⁴ gelistet ist, dass dies aber ebenfalls bedeuten kann, dass die Inhalte lediglich kostenlos genutzt werden können⁷⁵. Diese Hinweise sollte man ernst nehmen. Viele der im DOAJ aufgeführten Journals sind nicht als Open Access im Sinne der Berliner Erklärung lizenziert, die Inhalte können dementsprechend nicht ohne Einwilligung der Rechtsinhaber in ein Repositoryum übernommen werden⁷⁶. Insofern können Repositorien ihre Prüfpflichten auch nicht durch eine Recherche bei SherpaRomeo erfüllen. Ist eine Nutzung der Inhalte entgegen den Angaben bei SherpaRomeo oder dem DOAJ letztlich urheberrechtlich doch unzulässig, so muss sich der Betreiber des Repositoryums Fahrlässigkeit vorwerfen lassen, was im Ergebnis zu Schadensersatzansprüchen gem. §97 Abs. 2 UrhG führen kann.

⁷³<http://www.sherpa.ac.uk/romeo>.

⁷⁴<http://www.doaj.org>.

⁷⁵Siehe bspw. den Eintrag für die „Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik“: „This publisher’s policies have not been checked by RoMEO. DOAJ says this is an open access journal, but this may only mean that it is freely available to read.“

⁷⁶So auch im Fall der „Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik“, siehe <http://www.zis-online.com>.

Schlussbetrachtung

Das Urheberrecht steht dem Aufbau von Open Access Repositorien nicht grundsätzlich entgegen, sondern bietet alle nötigen Gestaltungsspielräume, um entsprechende Angebote im Einklang mit den rechtlichen Rahmenbedingungen aufzubauen. Allerdings sind nach der gegenwärtigen Gesetzeslage die Urheber gefordert, sich entweder für die Erstveröffentlichung in einem Repository zu entscheiden oder sich bei einer vorherigen Verlagsveröffentlichung die entsprechenden Rechte vorzubehalten. Hieran fehlt es häufig, sei es, dass die Urheber sich in den Vertragsverhandlungen mit dem Verlag nicht durchsetzen können, sei es, dass sie dem Open Access Gedanken gleichgültig oder ablehnend gegenüberstehen. Jedenfalls für die erstgenannte Gruppe von Urhebern wäre die vorgeschlagene Änderung des §38 UrhG hilfreich, würde sie doch den Verbleib der für eine Zweitveröffentlichung erforderlichen Rechte beim Urheber sichern. Die Regelung sollte allerdings auch die Zweitverwertung von Postprints gestatten, da diese schon nach geltendem Recht genutzt werden können, solange die oben genannten rechtlichen Grenzen eingehalten werden. Bis zur Verabschiedung einer entsprechenden Vorschrift bleibt Universitäten und Forschungseinrichtungen nur, ihre Angehörigen durch „Open Access Policies“ zu einer Erst- oder Zweitveröffentlichung in Repositorien zu ermutigen. Daneben sollten die Repositorien Maßnahmen ergreifen, um einen urheberrechtlich abgesicherten Betrieb der angebotenen Dienste zu gewährleisten. Dies erfordert auf der Seite des Repositoriums den Erwerb von Nutzungsrechten, die alle gewünschten Angebote des Repositoriums ausdrücklich benennen, insbesondere auch Print on demand. Erforderlich ist zudem ein adäquates Rechtemanagement, welches die Nutzungsrechtseinräumungen durch die Urheber oder sonstigen Rechtsinhaber zumindest elektronisch dokumentiert.

