

Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20. Februar 2013

Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Regelung zur Nutzung verwaister Werke und weiterer Änderungen des Urheberrechtsgesetzes sowie des Urheberrechtswahrnehmungsgesetz

Reto M. Hilty^{*}, Kaya Köklü^{**}, Sylvie Nérison^{***},
Thomas Hartmann^{****} und Felix Trimpke^{*****}

A. Einleitende Bemerkungen

- 1 In dem Referentenentwurf des BMJ zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes (nachfolgend RefE), der im Wesentlichen der Umsetzung der RL 2012/27/EU vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke dient, steckt mehr Diskussionsstoff, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Denn nebst der neu zu schaffenden Möglichkeit, verwaiste Werke zu nutzen, enthält der Entwurf weitere wichtige und seit langem diskutierte Anpassungen.
- 2 Das ist grundsätzlich zu begrüßen; allerdings verwundert, dass ein Gesetzesvorhaben von derart grundsätzlicher Relevanz im Eiltempo durch das parlamentarische Verfahren gezogen werden soll. Das wohl dahinter stehende Ansinnen, die Vorlage noch in dieser Legislaturperiode verabschieden zu können, erhöht die Gefahr, dass die an sich hehren Ziele des Gesetzesvorhabens durch erhebliche Schwächen der Vorlage letztlich verfehlt werden.
- 3 Die verschiedenen Vorschläge haben zueinander keinen unmittelbaren Zusammenhang; es wird daher darauf verzichtet, hier allgemeine Überlegungen voranzustellen.

^{*} Prof. Dr. jur., Direktor des MPI für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, München.

^{**} Dr. jur, Referent am MPI für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, München.

^{***} Dr. jur., Referentin am MPI für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, München.

^{****} Wissenschaftlicher Mitarbeiter am MPI für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, München.

^{*****} Doktorand am MPI für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, München.

Stattdessen wird pro Themenbereich in der Systematik des RefE bzw. des UrhG aufgezeigt und begründet, welche Nachbesserungen wünschbar und möglich wären.

B. Kabelweitersendung (§ 20b UrhG-RefE)

- 4 Die vorgeschlagene Änderung von § 20b UrhG zielt darauf ab, das Recht auf Kabelweitersendung technologieneutral auszugestalten. Das entspricht – soweit dies möglich ist – einem generellen Anliegen des Urheberrechtsgesetzgebers und verdient Unterstützung. Nicht nur die Wissenschaft, auch die Rechtsprechung zeigt seit Jahren auf, dass der bisherige Gesetzeswortlaut zu eng ist (vgl. nur LG Hamburg, ZUM 2009, 582). Tatsächlich kann der hinter § 20b UrhG bzw. Art. 9 der RL 93/83/EWG vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung stehende Zweck, die Weitersendung von Werken durch Unterwerfung unter eine Verwertungsgesellschaftspflicht nicht zu blockieren, nur erreicht werden, wenn keine bestimmten Technologien, auf deren Basis die Weitersendung erfolgt, im Gesetz festgeschrieben werden.
- 5 Richtigerweise sollte dann aber ein ganzer Schritt nach vorne getan werden. Denn soll mit der geänderten Vorschrift jede Übertragungstechnik erfasst werden, ist es überflüssig, die bisher bekannten Technologien („Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme“) noch aufzuführen. Die entscheidenden Kriterien – nämlich Zeitgleichheit, Unverändertheit und Vollständigkeit – sind im geltenden Recht bereits aufgeführt. Technikneutralität könnte damit durch bloße Streichung der beiden genannten Technologien erreicht werden. Will man sicherstellen, dass keine Missverständnisse entstehen, ließe sich aber auch eine (neue) Präzisierung wie „auf irgendeine Art und Weise“ einfügen – oder es gäbe vielleicht noch weniger kantig wirkende Formulierungen (z.B. „mittels geeigneter Techniken“ oder ähnlich). Entsprechend muss die Überschrift von §§ 20b UrhG, 13c und 14d UrhWahrnG auf „Weitersendung“ geändert werden. Ebenfalls muss der in § 13c Abs. 3 und 4 UrhWahrnG verwandte Begriff „Kabelweitersendung“ durch „Weitersendung“ ersetzt werden.
- 6 Eine technologieneutrale Formulierung von § 20b UrhG erscheint im Lichte des EU-Rechts auf den ersten Blick nicht völlig unproblematisch. Zwar ist das in der RL 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft in

Art. 3 Abs. 1 enthaltene Recht, die öffentliche Wiedergabe zu erlauben oder zu verbieten, dadurch seinerseits technologieneutral ausgestaltet, als es explizit die „drahtgebundene oder drahtlose“ Wiedergabe erwähnt. Auch hat der EuGH erst jüngst wieder bestätigt, dass auch die Weiterverbreitung von Programmen eine öffentliche Wiedergabe darstellt (vgl. EuGH C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd. u.a. vs. TVCatchup Ltd*, Rn. 26; siehe auch: EuGH C-306/05, *SGAE vs. Rafael Hoteles*, Rn. 47). Begrenzt wird die Ausübung dieses Verbotsrechts aber durch Art. 9 der RL 93/83/EWG, indem dort eine Verwertungsgesellschaftspflicht vorgeschrieben ist; jene Norm spricht aber lediglich vom Kabelweiterverbreitungsrecht.

- 7 Zu lesen ist Art. 9 der RL 93/83/EWG jedoch im Lichte von Art. 1 Abs. 3 der gleichen RL. Dort wird der Begriff „Kabelweiterverbreitung“ auf der einen Seite weit definiert als „die zeitgleiche, unveränderte und vollständige Weiterverbreitung einer drahtlosen oder drahtgebundenen, erdgebundenen oder durch Satellit übermittelten Erstsending von Fernseh- oder Hörfunkprogrammen, die zum öffentlichen Empfang bestimmt sind, aus einem anderen Mitgliedstaat [...]“; auf der anderen Seite endet just jene Definition mit der Eingrenzung „[...] durch Kabel- oder Mikrowellensysteme“, die im § 20b UrhG auch zu lesen ist, und nun erweitert werden soll. Daraus zu schließen, die RL 2001/29/EG verhinderte eine technikneutrale Ausgestaltung dieser – vom EU-Recht selbst vorgeschriebenen – Norm, wäre allerdings verfehlt. Zu verstehen sind die – damals einzig bekannten und explizit genannten – Techniken vielmehr beispielhaft. In keinem Erwägungsgrund werden sie denn auch nochmals erwähnt; stattdessen spricht etwa Erwägungsgrund 16 lediglich von einer „Einschränkung der Verwertung dieser Rechte, insbesondere was bestimmte Übertragungstechniken [...] anbelangt“. Die Erwägungsgründe 22 bzw. 23 sodann sprechen für eine gewollte dynamische Sichtweise: Es sei „zu erwarten, dass die Verwendung der neuen Technologien Auswirkungen auf Qualität und Quantität der Verwertung von Werken und sonstigen Leistungen hat“ (22). „In Anbetracht dieser Entwicklung sollte der Schutz, der allen in den Geltungsbereich dieser RL fallenden Rechtsinhabern in deren Rahmen gewährt wird, laufend geprüft werden“ (23).
- 8 Laufend zu überprüfen ist damit richtigerweise auch die Reichweite der Schutzbegrenzungen – und wenn neue, vor 20 Jahren noch nicht bestehende Technologien vergleichbare Effekte haben wie die in der RL explizit genannten, spricht nichts dagegen, auch die gleichen Regeln zur Anwendung zu bringen. Dies gilt umso mehr, als kein Grund dafür spricht, dass das Verbotsrecht in Art. 3 Abs. 1 RL

2001/29/EG und die Verwertungsgesellschaftspflicht in Art. 9 RL 93/83/EWG sachlich bzw. technisch nicht kongruent sein sollen. Solche dem Sachzusammenhang geschuldete Interpretationen einer RL sind nicht allein dem EuGH vorbehalten; namentlich wenn kein entsprechendes Vorlageverfahren zur Klärung der Frage in Sicht ist und der europäische Gesetzgeber sich nicht selbst anschickt, eine veraltete RL anzupassen, muss es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen sein, die nach Sinn und Zweck einer RL gebotene Auslegung im nationalen Recht umzusetzen, vorliegend also die Begrenzung auf bestimmte Technologien der Weitersendung zu überwinden.

C. Zweitveröffentlichungsrecht (§ 38 UrhG-RefE)

- 9 Ein sog. „Zweitverwertungsrecht“ wird v.a. von Wissenschaftskreisen seit Jahren gefordert. Es stand schon im „zweiten Korb“ zur Debatte, doch wurde damals entschieden, das Paket nicht zu groß zu schnüren und das Anliegen auf eine spätere Gesetzesanpassung zu verschieben. Insoweit ist es konsequent, die Thematik dem Gesetzgeber nun zur Entscheidung vorzulegen.

1. Terminologisches

- 10 Dennoch begegnet der Vorschlag grundlegenden Bedenken. Unglücklich erscheint zunächst, dass in der Begründung jener Begriff Verwendung findet, der sich in die wissenschaftliche Debatte eingeschlichen hat, jedoch in den politischen Debatten eine unzutreffende suggestive Kraft zu entwickeln droht: Es geht nicht um eine weitere „Verwertung“, d.h. die Möglichkeit, ein Werk mit einem anderen Vertragspartner einer parallelen Wertschöpfungskette zuzuführen. Dahinter steht vielmehr lediglich das Ansinnen, eine weitere Öffentlichkeit zu erreichen als dies auf der Basis der kommerziellen Verwertung durch Wissenschaftsverlage der Fall ist. Insoweit trifft allein der Begriff „Zweitveröffentlichungsrecht“ den Sachverhalt richtig – es geht darum, nach der Erstveröffentlichung i.S.v. § 12 UrhG, die regelmäßig durch den Vertragspartner des Wissenschaftlers erfolgt, eine urheberpersönlichkeitsrechtlich zwar nicht mehr relevante, jedoch vertraglich durch Exklusivabsprachen oft ausgeschlossene weitere Veröffentlichung gesetzlich zwingend zu erlauben. Es wird daher empfohlen, die Begründung anzupassen – auch wenn sich der Begriff im vorgeschlagenen § 38 Abs. 4 nicht niederschlägt.

2. Grundsätzliches

- 11 Fraglich ist allerdings, was die vorgeschlagene Regelung in der Praxis zu bewirken vermag. § 38 Abs. 4 spiegelt – wiewohl mit zu prohibitiven Einschränkungen, auf die zurückzukommen sein wird – die Diskussion um „open access“ wider, die vor rund einem Jahrzehnt ihren Anfang nahm. Ganz vereinfacht gesagt keimte damals die Erkenntnis, dass der immer stärkere Einsatz von elektronischen Medien und das allmähliche Verschwinden von Printmedien in der (namentlich naturwissenschaftlichen) Grundlagenforschung zum Paradoxon führte, dass der Zugang zu Information erschwert wurde. Zwar brachten die technischen Möglichkeiten zuvor niemals dagewesene Vereinfachungen, doch setzte der tatsächliche Zugang zu den wissenschaftlichen Publikationen voraus, dass jede Forschungseinrichtung mit dem betreffenden Verlag eine Vereinbarung über die Onlinenutzung von dessen Datenbeständen abschließen musste. Vorbei waren die Zeiten, dass in Bibliotheken gedruckte Exemplare auslagen, die man (urheberrechtlich frei) lesen bzw. die man (gegen eine über die kollektive Rechtswahrnehmung erhobene Urheberrechtsabgabe) kopieren konnte. Mit anderen Worten wuchs die Abhängigkeit gegenüber den großen, weltweit agierenden Wissenschaftsverlagen, was bald auch Effekte zeigte: Die Preise stiegen gegenüber früher überproportional, weit stärker als der Bibliotheksetat vieler Forschungseinrichtungen. Manche von diesen gerieten in Bedrängnis, mussten bislang bezogene Journals abbestellen und stürzten ihre Forscher damit in die Problematik fehlenden Zugangs zur benötigten Information.
- 12 Die Proklamierung von „open access“ hatte vor diesem Hintergrund den Zweck, den als oft überflüssig empfundenen Umweg über Wissenschaftsverlage abzukürzen: Wissenschaftler schreiben in vielen Fällen für ihre Fachkollegen, weil die breite Öffentlichkeit gar nicht nachvollziehen kann, worum es inhaltlich geht. In solchen Fällen ist nicht einsichtig, wieso der Austausch unter den Wissenschaftlern nicht direkt erfolgen kann. Folglich keimte der Gedanke, Forschungsergebnisse könnten direkt – offen und frei – durch die Wissenschaftsorganisation selbst zugänglich gemacht werden, was zwar dazu führt, dass nicht mehr der Abonnent einer Zeitschrift die damit verbundenen Kosten trägt, sondern der Publizierende. Im Ergebnis erhoffte man sich aber eine substantielle Reduktion der Gesamtkosten.
- 13 Wichtig ist zu erkennen, dass diese Annahme von vornherein nur dann zutreffen könnte, wenn der Austausch von Informationen wirklich direkt und gänzlich ohne den Umweg über Wissenschaftsverleger erfolgt. Diese Art von „open access“ erhielt im Laufe der Zeit

den Begriff „golden road“ zugeordnet. Diese wirklich offene Art des Publizierens existiert heute auch tatsächlich; ein eigentlicher Durchbruch kann aber schwerlich konstatiert werden – was viele Gründe hat, die nicht mit dem Urheberrecht oder sonstigen Rechtsanordnungen zu tun haben. Vielmehr erwachsen Widerstände aus den verschiedenen Communities selbst, weil die Anreizsysteme für die betroffenen Wissenschaftler bis zum heutigen Tag nicht auszureichen scheinen, um im größeren Umfang darauf zu verzichten, in den oft sehr prestigeträchtigen kommerziellen Journals zu veröffentlichen. Diese Probleme – und insbesondere die Anerkennung auch von „open access“ Journals – sind allerdings nicht vom Gesetzgeber zu lösen. Vielmehr ist ein noch viel ausgeprägteres Umdenken in den verschiedenen Wissenschaftsbereichen nötig; das scheint länger Zeit zu brauchen, als ursprünglich angenommen.

- 14 Die nun vorgeschlagene Regelung hat mit dieser „golden road“ aber nichts zu tun. Sie beschlägt vielmehr die sog. „green road“, dahingehend, dass zunächst der kommerzielle Weg eingeschlagen wird, mithin ein Wissenschaftsverleger die Informationen zuerst veröffentlicht, und erst nach einer gewissen Wartezeit die Möglichkeit einer Parallelveröffentlichung derselben Information entsteht. Der Effekt ist naturgemäß ein ganz anderer – in zweierlei Hinsicht: Die verlagsseitigen Kosten fallen vollumfänglich an; und die Information ist bis zum Ablauf der Wartezeit nicht frei, sondern nur unter Einhaltung der entsprechenden Vertragsbedingungen zugänglich. Beide Faktoren sind entscheidend für die Frage, was der vorgeschlagene § 38 Abs. 4 aus praktischer Sicht bewirken würde.
- 15 Was die Kosten betrifft, wird von den Befürwortern von „open access“ häufig übersehen, dass die „green road“ potentiell noch teurer wird als die rein kommerzielle Veröffentlichung. Denn es ist nicht zu erwarten, dass eine „drohende“ Zweitveröffentlichung eine Senkung der Preise der Erstveröffentlichung zur Folge hätte. Dagegen spricht die ungebrochene Preiseentwicklung – und v.a. die Tatsache, dass etliche Verlage den Autoren gegenüber bereits heute eine vergleichsweise liberale Haltung einnehmen: Nach einer Frist von oft einem Jahr (oder sogar früher) darf der Autor seinen Beitrag auf der eigenen Website oder in institutionellen Repositories seiner Forschungseinrichtung zugänglich machen. Ganz offensichtlich fürchten jene Verleger, die dies erlauben, eine spätere „Konkurrenz“ durch eine Zweitveröffentlichung nicht und passen folglich auch die Preise im Rahmen der Erstveröffentlichung nicht an. Hingegen investieren viele Wissenschaftsorganisationen inzwischen recht unkritisch erheblich

Summen in den Aufbau solcher Repositories. Diese Kosten fallen damit aber zusätzlich an – mit einem nicht von vornherein klar definierten Nutzen.

- 16 Denn gewiss besteht ein – nicht zu unterschätzender – Vorteil solcher Repositories darin, dass Wissenschaftsdaten langfristig verfügbar sind; dies ist nicht der Fall, wenn Wissenschaftsverlage die Daten einer Wissenschaftsorganisation nicht ihrerseits zur eigenen Speicherung zur Verfügung stellen, sondern nur den Zugang vertraglich zusichern. Dieser Zugang aber wird dann nicht mehr bestehen, wenn der Vertrag beendet wird – und zwar auch für Altdaten nicht. Insoweit vermag ein Repository eine Archivfunktion zu übernehmen, wie dies bislang die Bibliotheken mit physisch verfügbaren Werkexemplaren getan haben. Ob sich dieser Nutzen von Repositories für die Wissenschaftsorganisation rechnet, müssen diese selbst entscheiden; oft würden Vertragsverhandlungen mit den Wissenschaftsverlagen aber auch zum Ergebnis führen, dass Daten zur eigenen Speicherung übergeben werden – möglicherweise für einen Mehrpreis, aber doch tiefere Kosten als sie für den Aufbau von Repositorien anfallen.
- 17 Nebst dieser Archivfunktion darf der Nutzen von Daten, die auf Webseiten der Forscher oder institutionellen Repositories auffindbar sind, aber nicht überschätzt werden. Zum einen ist in der Wissenschaft – jedenfalls jener Bereiche, die auf Innovation gerichtet sind – der alles entscheidende Faktor die Zeit. Selbst die oft geforderte, relativ kurze Frist von sechs Monaten, erst recht aber die vom Entwurf vorgesehene von einem Jahr (dazu nachstehend Rn. 45 ff.) ist z.B. für medizinische Forschung bei weitem zu lange. Kein Forscher wird warten, bis ein neuer Beitrag mit jüngsten Erkenntnissen aus einer konkurrierenden Forschungseinrichtung kostenlos über deren Repository verfügbar ist – bei vielen Gebieten der Grundlagenforschung zählen Tage. Doch selbst wenn solche Parallelveröffentlichungen in „Echtzeit“ erfolgen würden, fehlte institutionellen Repositories ein einheitliches Ordnungssystem, um mit Sicherheit und Effizienz stets die jüngsten Informationen zu erhalten – und dabei auch eine gewisse Garantie zu haben, dass ein Beitrag in wissenschaftlicher Hinsicht unzweifelhafte Qualität aufweist. Diese wichtigen Faktoren sind weitgehend gesichert, wenn Information über kommerzielle Verlage mit spezialisierten Fachmedien bezogen wird. Eine echte „Konkurrenz“ zu diesen schafft daher nur die „golden road“, vorausgesetzt, es handelt sich um gleichermaßen spezialisierte, qualitätsgeprüfte Publikationsplattformen.
- 18 Besinnt man sich auf die Ausgangslage der ganzen Diskussion um „open access“ zurück und v.a. darauf, dass uns die neuen Onlinetechniken letztlich in ein digitales Dilemma geführt haben, weil die Möglichkeit der Wissenschaftsverlage, überzogene Preise

durchzusetzen, markant gestiegen ist (s. Impact Assessment accompanying the document „Commission recommendation on access to and preservation of scientific information in the digital age“, vom 17. Juli 2012, SWD(2012) 222 final, S. 16), so darf kaum erwartet werden, dass die deutsche Wissenschaftslandschaft an dem vorgeschlagenen § 38 Abs. 4 genesen wird. Wenn davon auszugehen ist, dass die heute wahrgenommenen Probleme daher rühren, dass auf der Seite der Wissenschaftsverlage zu wenig Wettbewerb herrscht, so müssen diese Probleme sinnigerweise an jener Wurzel angepackt werden. Tatsächlich ist unübersehbar, dass die Verlage davon Nutzen ziehen können, dass die von ihnen gegen Entgelt nur noch elektronisch vertriebene Information („e-only“) innerhalb nützlicher Frist lediglich an einer Stelle – nämlich bei ihnen – erhältlich ist (Exklusivität), und dass diese Information für jeden, der in einem bestimmten Bereich Grundlagenforschung betreibt, unersetzlich ist (Substitutionsunfähigkeit). Aus dieser Abhängigkeit entsteht ein unausweichlicher Sachzwang, auch unangemessene Vertragsbedingungen zu akzeptieren. Das Ergebnis sind überhöhte Preise, die überwiegend aus öffentlichen Geldern zu finanzieren sind, was natürlich inakzeptabel erscheint. Gewiss steht dem das Argument der Verlage entgegen, diese Preise seien durch hohe Investitionen und den ständigen Ausbau der Systeme verursacht; soweit sie überhaupt bekannt gegeben werden, stehen dem aber zuweilen Umsatzrenditen in einer Größenordnung gegenüber, die für sich sprechen (s. Impact Assessment accompanying the document „Commission recommendation on access to and preservation of scientific information in the digital age“, vom 17. Juli 2012, SWD(2012) 222 final, S. 13-14; vgl. auch Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 19. Mai 2006, BR-Drs. 257/06, S. 6).

- 19 Diese vor allem bei großen, international agierenden Wissenschaftsverlagen zu beobachtende Situation ist in anderen Wirtschaftszweigen in Konstellationen, in denen Kartellrecht greift, freilich nicht unbekannt: oft gibt die Leistung eines Wettbewerbers zwar zu keinen Beanstandungen Anlass (und tatsächlich wirft ja niemand den Wissenschaftsverlagen vor, sie würden in der Sache etwas falsch machen); aber der Preis gerät mangels ausreichenden Wettbewerbsdrucks aus einem nachvollziehbaren Rahmen. Problematisch ist im Wissenschaftsmarkt nur, dass das klassische Kartellrecht nicht wie gewohnt angewendet werden kann, weil die notwendige Definition des relevanten Marktes auf die atypische Erkenntnis hinausläuft, dass jeder einzelne, nicht substituierbare Beitrag – also quasi jedes einzelne Produkt – seinen eigenen Markt bildet.

- 20 Will der Gesetzgeber wirksame Abhilfe verschaffen, hätte diese also im Kontext des Wettbewerbsverhaltens der Wissenschaftsverlage anzusetzen. Tatsächlich haben diese in den letzten Jahren auch nicht geschlafen, sondern sich in gewisser Hinsicht schon angepasst. So bieten einige von ihnen ihrerseits „open access“ Modelle an – vorausgesetzt, die Wissenschaftsorganisation des Publizierenden bezahlt die Kosten, die etwa zu den Einnahmen führen dürften, die der Verlag ansonsten durch den kommerziellen Vertrieb der Daten erzielen kann. Diese Entwicklung ist möglicherweise auch nicht schlecht – irritierend ist bloß, dass die Wissenschaftsorganisationen damit oft doppelt bezahlen: auf der einen Seite für diese – offene – Erstveröffentlichung durch Wissenschaftsverlage, und auf der anderen für den Aufbau eigener Repositories, wie sie eben doch auch erforderlich sind, damit aus dem Zweitveröffentlichungsrecht, wie es nach dem vorgeschlagenen § 38 Abs. 4 eingeführt werden soll, überhaupt Nutzen gezogen werden kann. Und es fragt sich außerdem, inwieweit die Preise, die für verlagsseitige „open access“ Modelle zu bezahlen sind, gerechtfertigt sind – denn auch insoweit besteht aus ähnlichen Gründen kaum ein funktionierender Markt, wiewohl der Autor in diese Phase zumindest theoretisch den Verlag nach diesem Kriterium wählen kann. Praktisch werden aber andere Gesichtspunkte – wie namentlich die Reputation des Mediums – viel wichtiger sein, womit der Preiswettbewerb nicht nur leer läuft, sondern möglicherweise überhaupt nicht besteht, falls sich die Wissenschaftsverlage gegenseitig an den Preisen der anderen orientieren.
- 21 Zieht man diese Zusammenhänge in Betracht, ist der vorgeschlagene § 38 Abs. 4 zwar nicht schädlich – und zwar auch für die meisten Verlage nicht, zumal für jene nicht, die heute dieses Recht schon vertraglich gewähren. Ein Zweitveröffentlichungsrecht wird aber niemals den Effekt bewirken können, den man von einer weiteren – erfolgreicherer – Entwicklung der „golden road“ erwarten darf. Aus diesem Grunde wäre es fatal, wenn der Erlass dieser Norm zum politischen Feigenblatt verkäme, dahingehend, dass nun das Mögliche für die Wissenschaftslandschaft getan worden sei und das Thema damit ad acta gelegt werden könne. Wenn der Gesetzgeber die inzwischen kaum noch in Frage gestellte Problematik unzureichend funktionierenden Wettbewerbs im Wissenschaftsmarkt ernsthaft angehen will, kommt er auch bei Einführung des § 38 Abs. 4 nicht umhin, auf der wettbewerbsrechtlichen Seite regulierend einzugreifen. Allerdings ist die genannte Problematik nicht nur eine deutsche, sondern die Herausforderung ist zumindest auf europäischer Ebene aufzugreifen; Deutschland könnte aber wichtige Schritte vorausgehen und gangbare Wege aufzeigen.

3. Die vorgeschlagene Regelung

a) Fehlende Symmetrie

- 22 Die vorgeschlagene Regelung orientiert sich ansatzweise an Vorschlägen, die in der Lehre (u.a. von Hansen, GRUR Int. 2005, 378, 387), unterbreitet worden sind; ähnliche Ansätze finden sich auch bereits im Vorschlag des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren zum 2. Korb vom 19. Mai 2006 (vorstehend Rn. 18, a.E.). Positiv daran zu würdigen ist der Versuch einer Modernisierung des bestehenden § 38 UrhG. Dessen heutige Fassung stammt noch aus dem Jahr 1965; das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung wurde zwar anlässlich der Umsetzung der RL 2001/29/EG (vorstehend Rn. 6) im Jahre 2003 in der Form von § 19a UrhG eingeführt; eine Anpassung von § 38 UrhG unterblieb jedoch. Unklar blieb damit bis heute, ob die Vermutungsregelungen zugunsten des Verlegers neben dem Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung umfassen. Die Lehrmeinungen dazu sind gemischt (dagegen: Wandtke/Grunert § 38, Rn. 6; Heckmann/Weber, GRUR Int. 2006, 995; v.a. für den Pressebereich wird zuweilen aber auch eine analoge Anwendung gefordert, so BeckOK UrhG § 38 Rn. 26 m.w.N.). Gerade im wissenschaftlichen Bereich besteht die Interessenlage, die in § 38 UrhG bezogen auf gedruckte Medien zum Ausdruck kommt, im Falle von elektronischen Publikationen jedoch in gleichem Maße (s. Schricker/Schricker/Peukert Rn. 10a; Ehmann/Fischer, GRUR Int. 2008, 284, 288f.; vorsichtig Schulze/Dreier/Schulze, UrhG, § 38, Rn 11). Insoweit schafft die Erweiterung von § 38 Abs. 1 Satz 1 um den Zusatz „[...] und öffentlichen Zugänglichmachung“ für Rechtsklarheit.
- 23 Allerdings muss dieses zusätzliche Recht des Verlegers, das sich auf die gesamte Norm erstreckt, auch quasi „symmetrisch“ enden, wenn die für die unterschiedlichen Konstellationen angegebenen Fristen enden. Mit anderen Worten kann es nicht sein, dass der Verleger nach Ablauf dieser Fristen (nur) das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung dauerhaft exklusiv behält und der Urheber nur das Recht zur (erneuten) Vervielfältigung und Verbreitung erhält. Dabei wird diese Symmetrie nicht etwa durch den vorgeschlagenen neuen Abs. 4 hergestellt, denn der dort geregelte Sachverhalt ist auf der einen Seite viel enger (s. dazu nachstehend Rn. 26 ff. und 39 ff.), auf der anderen Seite ist jene Rechtsanordnung zwingend (dazu Rn. 24). Wirklich symmetrisch wird die bereits heute bestehende Regelung nur, wenn auch § 38 Abs. 1 Satz 2 sowie Abs. 3 Satz 2 UrhG ergänzt werden; davon scheint (jedenfalls bezogen auf Abs.

1 Satz 2) auch die Begründung des RefE auf Seite 15 (letzter Satz) auszugehen, mithin dürfte es einem redaktionellen Versehen geschuldet sein, dass diese Ergänzung nicht explizit als Änderung des Urheberrechtsgesetzes (S. 4 f.) vorgeschlagen wird. Konkret müssten also Abs. 1 Satz 2 geändert bzw. ergänzt werden um „[...] anderweit vervielfältigen, verbreiten oder öffentlich zugänglichzumachen“, und Abs. 3 Satz 1 um „[...] anderweit zu vervielfältigen, verbreiten oder öffentlich zugänglichzumachen“. In beiden Fällen handelt es sich dabei um eine dispositive Regelung, d.h. der Verlagsvertrag kann diese Befugnisse des Urhebers ausschließen.

- 24 An dieser Stelle setzt nun der vorgeschlagene neue Abs. 4 an, der dem Urheber wissenschaftlicher Werke unter gewissen Voraussetzungen dieses Recht zur Zweitveröffentlichung zwingend zugestehen will. Insoweit wäre eine wesentlich einfachere, aber kohärenter erscheinende Gesetzestechnik denkbar, indem lediglich auf die relevanten Absätze Bezug genommen und festgelegt würde, unter welchen Voraussetzungen die Vermutungsregelungen zugunsten des Urhebers zwingender Natur sind. Bezug genommen werden müsste dabei wohl auf alle Konstellationen – periodische und nicht periodische Medien (Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2), aber auch Zeitungen (Abs. 3) –, da nicht auszuschließen ist, dass auch ein Zeitungsbeitrag wissenschaftlicher Natur ist.
- 25 Eine andere Frage ist dabei, welches die angemessenen Voraussetzungen für dieses zwingende Recht zur Zweitveröffentlichung wären. Insoweit erweckt der Entwurf für Abs. 4 eine Reihe von Zweifeln. Diese bestehen einerseits unabhängig vom eben erwähnten Umstand, dass die vorgeschlagene Formulierung zu Unrecht den Anschein erweckt, es gehe um etwas ganz anderes als in den voranstehenden Absätzen (obwohl auch dort schon heute nichts anderes als das – dispositive – Zweitveröffentlichungsrecht geregelt wird). Andererseits schweben über den nachstehend begründeten Kritikpunkten die bereits ausführlich begründeten Zweifel an der Wirksamkeit dieser Regelung insgesamt (vorstehend Rn. 11 ff.).

b) Urheberrechtsfremdes Element der Finanzierungsquelle

- 26 Der Entwurf beschränkt das zwingende Zweitverwertungsrecht zunächst auf Beiträge, die „im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden“ sind. Tatsächlich spiegelt sich darin der eingangs beschriebene Ursprung der ganzen Debatte um „open access“, indem unter anderem geltend gemacht wird, dass Informationen, deren Entstehung öffentlich finanziert worden

ist, auch allgemein zugänglich sein müssen. Demgegenüber hebt die Begründung – richtig – hervor, dass wissenschaftliche Forschungsergebnisse für Innovation und gesellschaftlichen Fortschritt insgesamt von großer Bedeutung sind (RefE, S. 14 und 15). Von dieser Seite her betrachtet erscheint eine Abgrenzung nach der Finanzierungsquelle nicht schlüssig – zumal sie in der Praxis alles andere als einfach zu vollziehen wäre (z.B. müssen öffentlich Einrichtungen auch Overheadkosten für Infrastruktur etc. einbeziehen, d.h. es geht nicht bloß um direkte Geldströme). Sie könnte im Gegenteil willkürliche Effekte entfalten, indem z.B. Publikationen, die mit Hilfe von staatlichen Stipendien entstanden sind, anders behandelt würden als solche, die von privaten Stiftungen auf vergleichbare Art und Weise finanziert wurden – obwohl sowohl die Forschungsleistung als auch ihre wissenschaftliche Relevanz die gleiche sein mag.

- 27 Vermengt werden mit anderen Worten zwei Dinge: Will man im Hinblick auf den gesamtwirtschaftlichen Innovationseffekt wissenschaftlicher Werke einen möglichst ungehinderten Informationsfluss, und stehen diesem Exklusivvereinbarungen mit Wissenschaftsverlagen entgegen, so muss eine Regelung, die ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht vorsieht – das den Urheber aber nicht zu einer Zweitveröffentlichung verpflichtet (dazu nachstehend Rn. 31, 32) – auch in jedem Fall, d.h. unabhängig von der Finanzierung, greifen. Will man hingegen sicherstellen, dass öffentliche Mittel tatsächlich so eingesetzt werden, dass die damit generierte Information allgemein zugänglich ist, so muss man dem Urheber nicht nur das Zweitveröffentlichungsrecht geben, sondern man muss ihn dazu verpflichten, zumindest nach Ablauf einer bestimmten Frist nach der Erstveröffentlichung eine „open access“ Zweitveröffentlichung vorzunehmen. Dazu braucht es aber keine gesetzliche Regelung. Vielmehr haben es die Vergabestellen von öffentlichen Mitteln in der Hand, die Gewährung von Finanzierungen auf vertraglichem Wege an diese Bedingung zu knüpfen. Dies wird auch in zunehmenden Maße getan – mithin ist es eine Frage der Konsistenz, diese Praxis flächendeckend anzuwenden (s. dazu aber auch nachstehend Rn. 29).
- 28 Mit anderen Worten kann es in einem neuen § 38 Abs. 4 nur um die Frage gehen, wie wissenschaftliche Texte generell – also unabhängig von der Quelle ihrer Finanzierung – urheberrechtlich behandelt werden sollen. Nicht zufällig werden wissenschaftliche Texte auch innerhalb der Kategorie von Sprachwerken nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG von der Lehre regelmäßig als eigenständige Fallgruppe betrachtet (so z.B. Schulze/Dreier/Schulz, UrhG, § 2 N 93 ff.). Doch auch das UrhG selbst anerkennt „Wissenschaftliche Ausgaben“ in § 70 explizit als einen Sonderfall. Es spricht also nichts dagegen, eine

besondere Norm zu schaffen, die diese besondere Werkkategorie spezifischen Regeln unterwirft – dies aber in Ansehung der Qualität des Werks an sich und nicht abhängig von der Finanzierung.

- 29 Weitergehende Rechte für gewisse Autoren innerhalb einer einheitlichen Werkkategorie in Abhängigkeit von urheberrechtsfremden Kriterien zu schaffen, entbehrt hingegen der sachlichen Rechtfertigung, davon abgesehen, dass sie grundrechtliche Fragen aufwerfen könnte. Letztlich deckt die für § 38 Abs. 4 vorgeschlagene Differenzierung damit auf, dass der gesetzgeberische Zweck ein ambivalenter ist: Formal gesehen werden die Rechte der Urheber gestärkt; damit liegt der Vorschlag auf den ersten Blick zwar auf der Linie des Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22.03.2002, indem das Urhebervertragsrecht weiter entwickelt werden soll (vgl. zur entsprechenden Forderung z.B. den Bericht von Hartmann, K&R 11/2012, S. V zum Symposium des Josef Kohler-Instituts für Immaterialgüterrecht vom 4. Oktober 2012 mit dem Titel „Zehn Jahre reformiertes Urhebervertragsrecht“). Solche Schritte können aber selbstredend nicht nur für einzelne Urheber unternommen werden. Inhaltlich zielt der Gesetzeszweck daher auch gar nicht auf die Urheber; versucht wird vielmehr, den Interessen der Allgemeinheit an Zugang zu mit öffentlichen Mitteln generierter Information zum Durchbruch zu verhelfen. Darüber mag auch der – zwar richtige – Hinweis in der Begründung zum RefE auf die oft asymmetrische Verhandlungsposition zwischen Urheber und Verleger nicht hinwegtäuschen (S. 14), im Gegenteil: Diese ist erst recht vorhanden, wenn der Urheber nicht durch den Geldgeber verpflichtet wird, für „open access“ zu sorgen und Verlagsverträge gar nicht unterschreiben darf, die solches untersagen. Oder anders gewendet: haben es die Vergabestellen von öffentlichen Mitteln in der Hand, Urheber zuwendungsrechtlich zu binden, erscheinen gerade jene besonders schützenswert, die (z.B. private) Gelder *ohne* entsprechende Bindung erhalten.

c) Exkurs: Grundrechtliche Überlegungen

- 30 Bleibt die Frage, wie weit die vorgeschlagene Regelung in die Grundrechte der Urheber bzw. nachfolgender Rechtsinhaber (also der Verlage) eingreift, namentlich die in Art. 5 Abs. 3 GG verbürgte Wissenschaftsfreiheit, aber auch in die Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG. Dass solches von den Wissenschaftsverlagen vorgebracht wird, liegt auf der Hand; schlüssig ist das Argument freilich nicht. Solange Urheber nur berechtigt, aber nicht verpflichtet werden, eine Zweitveröffentlichung zu veranlassen, liegt es in ihrem eigenen Ermessen, dies zu tun – woran sie sogar ein Interesse haben mögen, wenn ein

erweiterter Zugang zu ihren Wissenschaftspublikationen einen Reputationsgewinn verschafft. Und die Reichweite von Art. 14 GG ist nicht unbegrenzt, sondern „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt“ (Abs. 1 Satz 2); einer gesetzlichen Beschränkung der Exklusivität nach einer gewissen Zeit steht das Grundgesetz also keineswegs entgegen.

- 31 Eher diskussionswürdig erscheint demgegenüber eine Praxis bei der Vergabe öffentlicher Mittel nach Maßgabe der Verwirklichung von „open access“. Allerdings liegt es auch dort im Ermessen des Urhebers, diese von vornherein bekannten Bedingungen zu akzeptieren – oder eben nicht, und auf andere Finanzquellen auszuweichen. Letzteres mag zwar schwierig sein, doch rechtfertigt sich eine gewisse Härte gerade angesichts des widerstrebenden Interesses der Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG. Gibt der Staat öffentliche Mittel zum Generieren von Information aus, erscheint es legitim, dass er gleichzeitig dafür sorgt, dass diese Information auch allgemein zugänglich ist.
- 32 Insoweit steht außer Frage, dass die Wissenschaftsfreiheit nicht unbegrenzte Geltung beanspruchen kann; insbesondere eine Einschränkung der der Wissenschaftsfreiheit zugerechneten Publikationsfreiheit im Rahmen einer Grundrechtsabwägung kann unausweichlich sein. Sollte für die Grenzziehung zwischen den Grundrechten eine gesetzliche Grundlage erforderlich sein, wäre diese nötigenfalls zu schaffen – Gegenstand des Urheberrechts bildet diese Fragestellung aber nicht (allgemein zu Art. 5 Abs. 3 GG Dreier/Pernice, Grundgesetz Kommentar (2. Aufl.), Art. 5 III, Rz. 39: s.a. BGH, Urt. v. 27.09.1990, Rn. 26 - Grabungsmaterialien).

d) Beschränkung auf die akzeptierte Manuskriptversion

- 33 Die Beschränkung des Zweitveröffentlichungsrechts auf die akzeptierte Manuskriptversion enthielt sinngemäß schon der Vorschlag des Bundesrates vom 19. Mai 2006, S. 6 (vorstehend Rn. 18, a.E.): „nicht in der Formatierung der Erstveröffentlichung“. Diese Wendung übernahm der Vorschlag der Bundesregierung vom 15. Juni 2006 zum 2. Korb (BT-Drs. 16/1828, S. 39). Diese Beschränkung spiegelt – wiewohl in der Begründung zum RefE nicht angesprochen – die Befürchtung einer zu weitgehenden Konkurrenz gegenüber der kommerziellen Publikation durch den Verleger. Auf den ersten Blick mag man dem Verständnis entgegenbringen; im Lichte einer Gesamtbetrachtung überzeugt dieser Gedankengang aber wenig.

- 34 Den verlegerischen Interessen wird in erster Linie durch die Wartezeit Rechnung getragen, bis ein Zweitveröffentlichungsrecht ausgeübt werden darf (dazu nachstehend Rn. 45 ff.). Nach Ablauf dieser Wartezeit ist davon auszugehen, dass die möglichen Einnahmen des Verlags durch die Erstveröffentlichung im Wesentlichen bereits erzielt worden sind – ansonsten wäre diese Wartezeit wenig sinnvoll. Damit dürften seine Interessen im Regelfall (und diesen gilt es von einer gesetzlichen Anordnung zu erfassen) ausreichend gewahrt sein. Den Verlag auch noch dadurch zu schützen, dass eine Werkversion verwendet werden muss, die wenig praktikabel ist, scheint demgegenüber überzogen. Entgegen steht dem der Zweck des vorgeschlagenen neuen § 38 Abs. 4, der – in Wahrheit (auch wenn formal dem Urheber ein Recht zugestanden wird, dazu vorstehend Rn. 29) – auf die Interessen der Allgemeinheit abzielt.
- 35 Die Allgemeinheit ist dabei realistisch betrachtet nicht die gesamte Bevölkerung Deutschlands, sondern es handelt sich um einen beschränkten Personenkreis, der mit der fraglichen Information überhaupt etwas anzufangen weiß. Diese Personen – in der Regel wohl ihrerseits Wissenschaftler – müssen aber nicht nur lesen, sondern auch zitieren können. Denn verwenden sie Information, ohne der gebräuchlichen Zitierkultur zu entsprechen, verstoßen sie nicht nur gegen wissenschaftsethische Regeln, sondern unter Umständen auch gegen das Urheberrecht. Ein und dasselbe Werk sollte aber nach einheitlichen Angaben zitiert werden, damit Zitate überprüfbar sind; wenn verschiedene Fassungen verfügbar sind, verfehlt ein neuer § 38 Abs. 4 mit anderen Worten seinen wissenschaftlichen Zweck (so auch Hansen, GRUR Int 2009, 799, 803). Den Maßstab setzt dabei naturgemäß die (verlegerische) Erstveröffentlichung; mithin muss eine Zweitveröffentlichung dergestalt erfolgen, dass die gleichen Zitate die gleichen Stellen bezeichnen wie in der Erstveröffentlichung.
- 36 Die vorgeschlagene Regelung droht aber auch aus praktischen Gründen, den Zweck eines neuen § 38 Abs. 4 zu verfehlen. Denn oftmals entspricht die akzeptierte Manuskriptversion gar nicht dem letzten Stand der verlegerischen Veröffentlichung; mithin wäre diese letzte in den Händen des Urhebers befindliche Fassung je nachdem nachzuarbeiten, was einen Zusatzaufwand bedeutet, der im Ergebnis dazu führen dürfte, dass viele Urheber auf die Zweitveröffentlichung ganz verzichten. Arbeiten sie hingegen nicht nach, weiß der Leser einer Zweitveröffentlichung nie, ob diese wirklich der Erstveröffentlichung entspricht – mithin muss er dann sicherheitshalber doch noch Zugang zu jener erlangen.

- 37 Eine andere Frage ist, ob der Urheber die Verlagsversion zum Zwecke der Zweitveröffentlichung überhaupt erhält. Denn die Verlage einer entsprechenden Pflicht zur Aushändigung zu unterwerfen, wäre ein rechtspolitisch kaum tragfähiger Ansatz. Zwar ist das Layout als solches nach geltendem Recht nicht geschützt; Probleme könnten sich allein z.B. bei Verwendung von markenrechtlich geschützten Elementen wie Zeitschriften- oder Verlagslogos ergeben. Auch sonstige verlagsseitig oder von Dritten eingebrachte Grafiken oder Bilder wären vom Zweitveröffentlichungsrecht nicht erfasst. Der reinen Textgestaltung oder das Einbauen von Graphiken, die vom Urheber selbst erstellt worden sind, verschafft dem Verlag hingegen keine eigenen Rechte. Dennoch verfügt der Verlag über einen faktischen Schutz, indem er dieses Layout nicht in einer Form herausgibt, das vom Urheber für eine Zweiveröffentlichung verwendbar wäre. Insoweit hat es der Verlag in der Hand zu entscheiden, welche Version einer Zweitveröffentlichung zugeführt wird – und er kann sogar ein Interesse haben, dass es die „offizielle“ ist, die alle Angaben auf die Erstveröffentlichung enthält und damit als Werbeträger für die Verlagsmedien dienen kann. Vor diesem Hintergrund besteht für die Einschränkung im vorgeschlagenen § 38 Abs. 4 auf die akzeptierte Manuskriptversion überhaupt kein sachliches Interesse.
- 38 Der guten Ordnung halber ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass die Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ ihre Handlungsempfehlung ebenfalls darauf ausrichtet, dass wissenschaftliche Urheber ihre Werke formatgleich frei zugänglich machen können (s. BT Ausschuss-Drs. 17(24)052 vom 25. Juni 2012, S. 16).

e) Periodisch mindestens zweimal erscheinende Sammlung

- 39 Das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht soll dem RefE zufolge nur für wissenschaftliche Beiträge gelten, die in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind. Damit weicht der vorgeschlagene § 38 Abs. 4 von der heute schon geltenden – aber nur dispositiven – Regelung in den Abs. 1–3 ab, allerdings ohne dass dafür im RefE eine Begründung angeführt wird.
- 40 Sachlich lässt sich diese Begrenzung indessen auch nicht rechtfertigen. Denn weder spielt es aus urhebervertragsrechtlicher Sicht – also zum Schutze des Urhebers – eine Rolle, ob ein Beitrag z.B. in einem singulären Sammelband oder in einem Periodikum erscheint, noch variieren die Allgemeininteressen an der Zugänglichkeit zur betreffenden Information. Insoweit kann man schon die Differenzierungen im geltenden Recht kritisch

hinterfragen – allerdings spiegeln sie wohl bis zu einem gewissen Grade die unterschiedlichen Interessen der jeweils betroffenen Verleger. Diese sind bei Onlinepublikationen aber nicht grundsätzlich anderer Natur, weswegen denn auch in allen Konstellationen vermutungsweise das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung eingeräumt werden soll (s. schon vorstehend Rn. 22).

- 41 Damit ist nicht einsichtig, wieso nicht an die geltenden Regelungen angeknüpft wird. Mithin verlief eine Trennlinie zwischen dispositivem (Abs. 1–3) und zwingendem (Abs. 4) Zweitveröffentlichungsrecht in erster Linie anhand des Kriteriums des wissenschaftlichen Beitrags.

f) Nicht gewerblicher Zweck

- 42 Weiterhin wird im Unterschied zur allgemeinen Regelung in den Abs. 1–3 für einen neuen Abs. 4 vorgeschlagen, dass eine Zweitveröffentlichung nicht zu einem gewerblichen Zweck erfolgen dürfe. Diese Einschränkung dient offensichtlich dem Schutz des Verlegers, was insoweit einsichtig ist, als das Interesse der Allgemeinheit am Zugang zur Information nach Ablauf einer gewissen Zeit gerade dann verwirklicht wird, wenn dieser Zugang wirklich frei ist und nicht nur gegen eine (abermalige) Vergütung ermöglicht wird.
- 43 Diskutabel ist umgekehrt, ob die Anreize des Urhebers, der nicht zu einer Zweitveröffentlichung verpflichtet ist (z.B. mangels entsprechender Auflagen des Geldgebers), nicht erhöht würden, wenn er davon in gewissem Rahmen wirtschaftlich profitieren könnte. Umgekehrt hätte die Norm dann quasi den Effekt einer Zwangslizenz, indem ein eigentlicher Wettbewerber neben den Erstverleger träte. Dafür mag man zwar gute Gründe sehen, gerade dann, wenn der Preiswettbewerb bei der Vermarktung von Inhalten keine Rolle spielt (s. vorstehend Rn. 18 ff.). Allerdings fragt sich, ob sich überhaupt ein kommerzieller Zweitverwerter finden würde, wenn die wesentliche Wertschöpfung bereits durch den ersten Verleger erfolgt ist.
- 44 Damit bleibt höchstens die Frage, wo hinsichtlich des Kriteriums der Gewerblichkeit die Grenze zu ziehen ist; etwa die kostenlose Zugänglichmachung, bei der die betreffende Seite werbefinanziert ist, würde den Gesetzeszweck des vorgeschlagenen § 38 Abs. 4 im Hinblick auf die Allgemeininteressen auf freie Zugänglichkeit der betreffenden Inhalte zwar erfüllen – formal betrachtet wäre die Voraussetzung des nicht gewerblichen Zwecks

aber wohl kaum erfüllt. Solche Fragen lassen nötigenfalls aber durch die Rechtsprechung in Ansehung konkreter Konstellationen klären.

g) Wartefrist

- 45 Eine der am meisten umstrittenen Variablen ist die Frist, bis zu deren Ablauf das Zweitveröffentlichungsrecht nicht ausgeübt werden darf. Diese wird in vielen Stellungnahmen von Wissenschaftsorganisation als Embargofrist bezeichnet, welchen Ausdruck der RefE mit Recht vermeidet; denn das spanische Wort *embargo* steht für eine Handelssperre, eine Pfändung oder dergleichen, d.h. es wird beispielsweise der Export oder Import einer Ware in ein bestimmtes Land unterbunden. Richtig wäre, wenn schon, die Bezeichnung Karenzfrist – eben: eine Wartefrist –, wie auch im geltenden Vertragsverlagsrecht die in § 38 Abs. 1 UrhG schon enthaltene Frist bezeichnet wird (vgl. Schricker/Peukert in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Aufl., § 38 Rn. 1.).
- 46 Die Frist von zwölf Monaten nach der Erstveröffentlichung orientiert sich an der bestehenden Vermutungsregel in § 38 Abs. 1 UrhG. Dies spricht für sie – zumal dann, wenn der neue Abs. 4 als *lex specialis* zu den voranstehenden Absätzen verstanden bzw. entsprechend noch umformuliert wird. Soll hingegen – wie im RefE gegenwärtig vorgeschlagen – eine in sich geschlossene Norm erlassen werden (was aus Kohärenzgründen aber wenig überzeugt; s. vorstehend Rn. 24), so ist der Gesetzgeber auch frei, eine andere Frist zu wählen. Tatsächlich ist die Diskussion über die angemessene Frist ungemein schwierig, denn selbstredend spielt es eine Rolle, auf welche Inhalte sich die Regelung bezieht. Vor allem für die Naturwissenschaften, in denen in hoher Taktung immer neue Erkenntnisse verfügbar werden, die einem jeden Forscher sofort zugänglich sein müssen, erscheint diese Frist enorm lange – bei gewissen Geisteswissenschaften hingegen (wie gerade etwa historischer Forschung, bei der neue Erkenntnisse über etwas Zurückliegendes so lange relevant bleiben, bis sie falsifiziert werden) erscheint die Nutzung einer Auswertungszeit von einem Jahr für einen spezialisierten Verleger eine eher sportliche Herausforderung zu sein.
- 47 Es scheint allerdings fraglich, ob die Länge der Wartefrist die Aufmerksamkeit verdient, die ihr zuteil wird. Denn nimmt man zur Kenntnis, dass die „green road“ jedenfalls im Bereich schnelllebiger Wissenschaftsbereichen kaum den Effekt haben wird, dass Forscher auf die frei verfügbaren Publikationen in institutionellen Repositories warten könnten, sondern dass der Wert des Zweitveröffentlichungsrechts v.a. darin liegt, Daten

zu archivieren und dauerhaft verfügbar zu halten, so fragt sich, ob dieser Wissenschaftszweig das Maß der Dinge sein kann. Mit anderen Worten wären auch die oft geforderten sechs Monate zu lange, um die international agierenden Wissenschaftsverlage zu einer Änderung ihrer Preispolitik zu bewegen – sie werden in dieser Zeit die wesentliche Wertschöpfung ohnehin erzielt haben; denn die Wissenschaftseinrichtungen werden so oder anders nicht umhin kommen, die Zugangsrechte zu der betreffenden Information (auch bei überzogenen Preisen) zu erwerben, wenn sie nicht riskieren wollen, dass ihre Forscher im Vergleich zu jenen von Konkurrenzeinrichtungen marginalisiert werden. Damit ist es kein Drama, wenn es bei dem – politisch wahrscheinlich am ehesten akzeptierbaren – Kompromiss von 12 Monaten bleibt. Damit werden auch die meisten Verlage leben lernen können, deren Produkte eine etwas längere Auswertungszeit haben.

- 48 Dies schließt wiederum nicht aus, dass Vergabestellen von öffentlichen Forschungsmitteln den geförderten Wissenschaftlern engere Pflichten auferlegen. Wenn etwas die Europäische Kommission für ihre Forschungsförderung ab 2014 in der Regel eine höchstens sechsmonatige Wartezeit für den freien Zugang zu wissenschaftlichen Werken akzeptieren will (COM [2012] 401 final), so steckt darin kein Widerspruch; vielmehr kann damit im Einzelfall eine frühere öffentliche Verfügbarkeit sichergestellt werden, wo dies berechtigt erscheint, ohne dass für alle anderen Fälle die gleichen Fristen gelten müssen.

h) Internationale Relevanz

- 49 Es ist ausgesprochen schwierig vorherzusagen, was eine auf Deutschland beschränkte Regelung im internationalen Kontext bewirken würde, nachdem die meisten (oft als Konzerne organisierten) Wissenschaftsverlage im Ausland ansässig sind. Soweit es um deutsche Urheber in Deutschland geht, wird das Territorialitätsprinzip zwar ohne Zweifel zur Anwendung deutschen Rechts führen, auch wenn eine Publikation im Ausland erfolgte. Aus diesem Grunde kann etwa ein britischer Verlag auch nicht z.B. auf der Basis des dortigen Urheberrechts, das Privatkopien nicht erlaubt, unterbinden, dass seine Bücher in Deutschland kopiert werden.
- 50 Im Falle des Zweinutzungsrechts geht es aber um einen anderen Sachverhalt. Durch den Urheber genutzt werden können soll – wie in vielen Fällen schon bei der Erstveröffentlichung – das Internet. D.h. wenn ein Urheber einen Inhalt auf seine Website

stellt oder in einem institutionellen Repository frei verfügbar macht, sind diese Inhalte ohne technische Sperren nicht nur in Deutschland abrufbar, sondern weltweit, also auch in Ländern, in denen ein entsprechendes Zweitveröffentlichungsrecht fehlt. Dabei handelt es sich nicht um eine Schranke zugunsten eines Drittnutzers, sondern um eine urhebervertragsrechtliche Regelung zugunsten des originären Rechteinhabers. Hier kollidieren Schutzrechts- und Vertragsrechtsstatut, und es ist eine Frage des internationalen Privatrechts, wo anzuknüpfen ist. Dabei mag man zwar hinsichtlich des Schutzrechtsstatuts – also z.B. der Frage, ob eine Handlung eine Schutzrechtsverletzung darstellt – nach heutiger Auffassung beim Schutzland anknüpfen (Schutzlandprinzip), was allerdings zur Folge hätte, dass eine Vielzahl an verschiedenen Rechtsordnungen zur Anwendung kommen könnte (s. demgegenüber Art. 3:603 der CLIP-Grundregeln, GRUR Int. 2012, 899 ff., wonach nur das Recht des Landes Anwendung finden soll, das die engste Verbindung mit dem Gesamttatbestand der Verletzung aufweist). Beim Vertragsrechtsstatut hingegen wird von der Wahlfreiheit der Parteien auszugehen sein. Mithin können diese z.B. das (Verlagsvertrags-) Recht der Niederlande vereinbaren. Ist der betreffende Vertrag dann in Deutschland zu vollstrecken, mag der hiesige Richter die zwingende Vorschrift im vorgeschlagenen neuen § 38 Abs. 4 – mit welcher Begründung immer – als der vertraglichen Vereinbarung vorgehend betrachten; jedenfalls ein niederländischer oder sonst ein ausländischer Richter, dessen Recht keine entsprechende Bestimmung kennt, dürfte die deutsche Norm aber kaum zur Anwendung bringen. Insofern kann der nun vorgeschlagene § 38 Abs. 4 als eine Norm des Urhebervertragsrechts – ähnlich den §§ 32 und 32a UrhG, selbst unter Anordnung der zwingenden Anwendung nach § 32b UrhG (vgl. zu dieser Frage Hilty/Peukert, GRUR Int. 2002, 643, 647 ff.) – international kaum Vorrang beanspruchen.

D. Verwaiste und vergriffene Werke (§ 61–61c, § 137n UrhG-RefE; § 13d, 13e UrhWahrnG-RefE)

- 51 Auf den ersten Blick setzt der RefE die RL 2012/28/EU vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke konsequent um. Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten ungenutzt bleiben, teilweise sogar kontraproduktive Regelungen vorgeschlagen werden. Damit droht das Ziel, die „Bewahrung und Verbreitung des europäischen Kulturerbes“ zu erreichen, verfehlt zu werden (RL 2012/28/EU, Erwägungsgrund 1).

1. Wahlmöglichkeit der privilegierten Einrichtungen

- 52 Zunächst stellt der RefE zutreffend fest, dass verwaiste Werke in der Regel auch vergriffen seien. Als Konsequenz daraus soll den hinsichtlich der Nutzung von verwaisten Werken privilegierten Einrichtungen auf nationaler Ebene die Alternative eröffnet werden, sich auf den vorgeschlagenen neuen § 13d UrhWahrnG zu stützen, um von Verwertungsgesellschaften Lizenzen für die Vervielfältigung oder öffentliche Zugänglichmachung zu erhalten. Gegen den Ansatz, (auch) eine Regelung für vergriffene Werke einzuführen, lässt sich nichts einwenden, im Gegenteil – obwohl die vorgeschlagene Regelung in einigen Punkten nicht zu überzeugen vermag (nachstehend Rn. 64 ff.). Und auch eine Wahlmöglichkeit zugunsten von Nutzungswilligen erscheint auf den ersten Blick sinnvoll.
- 53 Festzustellen ist allerdings, dass der RefE deutlich mehr Anreize für diesen alternativen Weg schaffen würde. Im Gegenzug werden bei den Regeln zu den verwaisten Werken sogar negative Anreize gesetzt, indem die von der RL erlaubte Beschränkung von Ansprüchen, die seitens nachträglich bekannt gewordener Rechteinhaber erhoben werden können, in Deutschland nicht eingeführt werden soll. Damit scheint es wenig wahrscheinlich, dass sich eine privilegierte Einrichtung auf die Regeln zu den verwaisten Werken stützen wird, zumal sie damit zwar verpflichtet wäre, die vorgeschriebene sorgfältige Suche durchzuführen – sich dadurch jedoch gleichwohl nicht dagegen absichern könnte, nachträglich gestützt auf den vorgesehenen § 61b doch noch auf eine nicht kalkulierbare „angemessene Vergütung“ in Anspruch genommen zu werden.
- 54 Damit schafft die vorgeschlagene Regelung für verwaiste Werke ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit, die privilegierte Einrichtungen in Deutschland dazu verleiten dürfte, eher den zwar von vornherein vergütungspflichtigen – aber wenigstens berechenbaren – Weg über die Bestimmungen für vergriffene Werke einzuschlagen. Denn nebst der Kalkulierbarkeit hat dieser Weg den entscheidenden Vorteil, eine dauerhafte Nutzungsberechtigung sichern zu können, das Risiko also auszuschließen, nach Bekanntwerden bzw. Ausfindigmachen des Berechtigten (s. dazu aber nachstehend Rn. 58) die Nutzung dann doch wieder einstellen zu müssen.
- 55 Diese von den vorgeschlagenen Regeln für verwaiste Werke ausgehenden negativen Anreize drohen die Ziele der RL zu konterkarieren, welche darin liegen, eine grundsätzlich kostenfreie, EU-weite Nutzung von verwaisten Werken zu erlauben; geschuldet sein soll eine Vergütung ggf. lediglich bei Bekanntwerden des Rechteinhabers. Damit erscheint mehr als fraglich, ob das mit der RL verfolgte Ziel, das

kulturelle Erbe Europas für alle seine Bürger zu heben, zu sichern und zugänglich zu machen, überhaupt erreicht werden kann; denn eine Regelung zur gegenseitigen Anerkennung des Status als vergriffenes Werk ist auf EU-Ebene nicht in Sicht. Die vorgeschlagene Wahlmöglichkeit läuft damit namentlich der Schaffung eines gemeinsamen europaweiten „Kulturgedächtnisses“ (im Sinne der EUROPEANA) zuwider, d.h. im Ergebnis droht die RL in Deutschland regelrecht ins Leere zu laufen.

2. Verwaiste Werke

- 56 Die vorgeschlagenen Regelungen für verwaiste Werke überzeugen aus einer Reihe von Gründen im Detail nicht. Insbesondere entspricht der vorgeschlagene § 61 Abs. 2 nicht dem Art. 2 (1) der RL 2012/28/EU. Nach letzterem gilt ein Werk als „verwaist“, wenn keiner der Rechteinhaber „ermittelt ist oder, selbst wenn einer oder mehrere von ihnen ermittelt sind, keiner ausfindig gemacht worden ist“. Dem vorgeschlagenen § 61 Abs. 2 zufolge wäre ein Werk hingegen dann „verwaist“, wenn der Rechteinhaber „nicht festgestellt oder ausfindig gemacht werden konnte“.
- 57 Zwar hätte diese Verkürzung in der Definition eines „verwaisten Werks“ für die Begriffsbestimmung an sich kaum nachteilige Auswirkungen. Hingegen führt die in § 61b Satz 1 vorgesehene Verpflichtung zulasten der nutzungsberechtigten Einrichtung, die Nutzung unverzüglich zu unterlassen, wenn der Rechteinhaber eines verwaisten Werkes nachträglich festgestellt oder ausfindig gemacht wurde, „sobald sie hiervon Kenntnis erlangt“, zu einem Ergebnis, das von der RL überhaupt nicht gedeckt ist. Es wäre denn auch weder sachgerecht noch praktikabel, wenn die fragliche Nutzung bereits dann eingestellt werden müsste, falls der Einrichtung etwa nur der Namen eines unbekanntem Rechteinhabers bekannt wird – denn trotz Ermittlung seines Namens kann dieser Rechtsinhaber nach wie vor unauffindbar bleiben. Mithin liegt auch bei bekannten Namen noch ein „verwaistes Werk“ vor, weswegen auch die nach der RL einzuführende Schranke weiterhin greifen muss.
- 58 § 61b S. 1 steht aber auch sonst nicht im Einklang mit Art. 5 der RL 2012/28/EU. Danach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass „der Inhaber der Rechte an einem als verwaist qualifizierten Werk oder Tonträger jederzeit die Möglichkeit hat, in Bezug auf seine Rechte den Status als verwaistes Werk zu beenden“. Es soll also in der Hand des (nachträglich bekannt gewordenen) Rechteinhabers liegen, den Status als verwaistes Werk zu beenden – oder auch nicht. Folglich muss ein Werk, welches als „verwaist“ im

Sinne der RL einzustufen ist und in die Onlinedatenbank des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (Marken, Muster, Modelle) aufgenommen wurde, von allen privilegierten Einrichtungen in Europa genutzt werden können, solange der Rechteinhaber diesen Status nicht selbst beendet. Insbesondere darf nicht das bloße Wissen um den Namen des Rechteinhabers oder auch das bloße Auftauchen des Rechteinhabers genügen, um den Status als verwaistes Werk zu beenden. Im Einklang mit der RL ist § 61b S. 1 folglich dahingehend abzuändern, dass es allein dem Rechteinhaber obliegt, den Waisenstatus seines Werkes zu beenden, und dass er sich hierzu an die nutzende Einrichtung zu wenden hat.

- 59 Ebenfalls problematisch erscheint die in § 61b S. 2 vorgesehene Vergütungspflicht der nutzenden Einrichtung. Danach hätte der nachträglich bekannt gewordene Rechteinhaber gegen diese einen „Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung für die erfolgte Nutzung“. Auf den ersten Blick mag dies den Vorgaben der RL 2012/28/EU, insbesondere deren Art. 6 Abs. 5 S. 1, entsprechen. Denn Art. 6 Abs. 5 S. 2 der RL zufolge bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, die „Umstände der Zahlung eines solchen Ausgleichs festzulegen“. Tatsächlich legt die vorgeschlagene Regelung aber überhaupt keine näheren Umstände des Anspruchs fest. Ob aus der Freiheit der Mitgliedstaaten, die Umstände der Zahlung dieses Ausgleichs festzulegen, auch die Freiheit des nationalen Gesetzgebers fließt, gar keine näheren Regelungen zu diesem Punkt zu treffen, erscheint zumindest zweifelhaft.
- 60 Der knapp gefasste § 61b Satz 2 verwundert umso mehr, da das BMJ mit Schreiben vom 5. Juli 2012 den interessierten Kreisen zu just diesem Themenkomplex Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte; gefragt wurde danach, „auf welche Art und Weise, in welcher Höhe und zu welchem Zeitpunkt dieser gerechte Ausgleich von der nutzenden privilegierten Einrichtung zu erheben ist“. Das Max-Planck-Institut hat dazu am 12. August 2012 ausführlich Stellung genommen. Die dort erläuterten Eckpunkte werden hier kurz wiederholt:
- 61 Bei der Festlegung der Höhe der Vergütung, die ein Rechteinhaber für die erfolgte Nutzung geltend machen kann und die sich aufgrund der Art des Werkes, des Erscheinungsjahres und der Auflage erheblich von Werk zu Werk unterscheiden kann, ist insbesondere zu berücksichtigen, (i) der Betrag, der im Fall einer vertraglichen Einräumung des Rechts als Vergütung angemessen wäre, (ii) die Nichtgewerblichkeit der Nutzung, (iii) die im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben der jeweiligen Einrichtung, sowie (iv) der etwaige eingetretene Schaden beim Urheber und

Rechteinhaber. In Erwägungsgrund 18 weist die RL 2012/28/EU übrigens selbst auf diese Faktoren bei der Berechnung der Vergütung hin.

- 62 Über diese Eckpunkte hinaus spricht vieles für eine Regelung der Fälligkeit sowie für eine zeitliche Befristung des Vergütungsanspruchs. Damit würde zum einen das Kostenrisiko der Einrichtung begrenzt, was die Bereitschaft, verwaiste Werke überhaupt zugänglich zu machen, tendenziell erhöhen dürfte. Zum anderen wären die Rechteinhaber gehalten, ihren Anspruch innerhalb nützlicher Frist nach Beendigung des Waisenstatus geltend zu machen, was wiederum der Rechtssicherheit diene.
- 63 Für die Geltendmachung dieses nachträglichen Vergütungsanspruchs drängt sich sodann die Einführung einer Verwertungsgesellschaftspflicht auf. Nicht nur würde sich eine solche Ausgestaltung der Schranke für die Nutzung verwaister Werke problemlos in das bestehende System jener gesetzlichen Vergütungsansprüche einfügen, die der kollektiven Wahrnehmung unterworfen sind. Sie würde darüber hinaus ein mögliches Kostenrisiko zulasten der nutzende Einrichtung erheblich verringern. Zwar ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht absehbar, wie viele Rechteinhaber von verwaisten Werken tatsächlich auftauchen und einen Vergütungsanspruch für die erfolgte Nutzung ihrer Werke geltend machen werden. Gleichwohl drohen die fehlende Kalkulationssicherheit mangels Verwertungsgesellschaftspflicht bzw. das Risiko nachträglich auftauchender Rechteinhabern die dazu an sich berechtigten Einrichtungen davon abzuhalten, verwaiste Werke in dem Umfang zu nutzen, wie es dem Zweck der Schrankenbestimmung mit Blick auf die Bewahrung des kulturellen Erbes entsprechen würde. Stattdessen dürfte aus den vorstehend genannten Gründen oft die alternative – im Lichte der Ziele der RL 2012/28/EU aber nicht wünschbare – Möglichkeit genutzt werden, auf die Bestimmungen für vergriffene Werke zurückzugreifen (vorstehend Rn. 53 ff.).

3. Vergriffene Werke

- 64 Grundsätzlich ist es zu begrüßen, wenn auch das Problem vergriffener Werke einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden soll. Auch der vorgeschlagene Einbezug von Verwertungsgesellschaften überzeugt; damit erscheint auch die Verortung im Gesetz zur Wahrnehmung von Urheberrechten als eleganter Lösungsansatz. Im Einzelnen vermag der konkrete Vorschlag für die Regelung aber noch nicht zu überzeugen.
- 65 Zunächst fehlt es an einer Definition, wann ein Werk als vergriffen zu gelten hat. Eine Klarstellung würde der Rechtssicherheit dienen. Anlehnen könnte man sich hierbei

beispielsweise an das französische Recht; nach Art. L.132-17 CPI ist ein Werk vergriffen, wenn es zwei Mal erfolglos innerhalb von 3 Monaten beim Verleger bestellt wurde. Diese Regelung erscheint sinnvoll, weil die erste Bestellung den Verleger auf die Nachfrage hinweist, während die zweite – erfolglose – Bestellung deutlich macht, dass seitens des Erstverlegers keine Neuauflage geplant ist.

- 66 Zweifelhaft erscheint sodann, dass der Anwendungsbereich der Regelung über vergriffene Werke sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht so extrem eng begrenzt werden soll. Nachzuvollziehen ist dies namentlich nicht mit Blick auf das weiterreichende Memorandum of Understanding der Vertreter europäischer Bibliotheken, Autoren, Verleger und Verwertungsgesellschaften vom 20. September 2011. Konkret ist nicht einsichtig, weshalb nur Werke, die vor 1966 veröffentlicht wurden, erfasst sein sollen. Demgegenüber umfasst etwa Art. L.134-1 CPI für das französische Recht alle Bücher, die vor 2001 veröffentlicht worden sind.
- 67 Weiterhin leuchtet nicht ein, weshalb die Erlaubnis, vergriffene Werke zu nutzen, auf nicht gewerbliche Zwecke beschränkt sein soll. Das bereits erwähnte Memorandum of Understanding schließt eine gewerbliche Nutzung jedenfalls nicht aus (siehe dort Principle no. 3), und auch das französische Recht kennt eine Unterscheidung von gewerblicher und nicht gewerblicher Nutzung nicht. Sie macht auch keinen Sinn, denn ein Verleger, der keine Neuauflage veranstalten will (oder nach dem Verlagsvertrag nicht darf) wird durch die gewerbliche Nutzung eines Dritten auch nicht in seinen kommerziellen Interessen beeinträchtigt. Die Interessen des Urhebers wiederum lassen sich durch die ohnehin vorgesehenen Maßnahmen, insbesondere das Widerspruchsrecht und seinen Vergütungsanspruch, sicherstellen.
- 68 Allerdings erscheint die im vorgeschlagenen § 13d aufgestellte Vermutungsregel nicht wirklich schlüssig. Nach Abs. 1 jener Norm wird zunächst (wohl widerlegbar?) vermutet, dass eine Verwertungsgesellschaft bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen berechtigt sein soll, Dritten Rechte zur Nutzung vergriffener Werke zu lizenzieren, und zwar auch dann, wenn ein Rechteinhaber die Verwertungsgesellschaft nicht mit der Wahrnehmung seiner Rechte beauftragt hat. Nach Ablauf einer Widerspruchsfrist von sechs Wochen seit der Eintragung in ein zu schaffendes Register vergriffener Werke (§ 13e) wandelt sich diese gesetzliche Vermutung in eine definitive Wahrnehmungsberechtigung um, der der betroffene Rechteinhaber nicht mehr widersprechen kann. Gedacht ist das wohl als pragmatische Lösung, doch will nicht so recht einleuchten, wozu überhaupt eine – befristete – Vermutungsregel erforderlich sein soll, solange ein Widerspruch noch

möglich ist. Niemand wird in eine Werkauswertung investieren, bevor klar ist, dass die Verwertung dann auch zulässig sein wird; damit wären auch während der sechswöchigen Frist seitens der Verwertungsgesellschaft erteilte Lizenzen nicht sinnvoll nutzbar. Naheliegender wäre daher entweder eine von vornherein bestehende Fiktion bezüglich der Wahrnehmungsberechtigung ohne Befristung und ohne Widerspruchsmöglichkeit – oder aber, wenn man den beabsichtigten Schutz des Rechteinhabers erreichen will, eine Wartefrist von sechs Wochen nach Eintragung in das genannte Register vergriffener Werke, bevor die Wahrnehmungsberechtigung beginnt.

- 69 Nun überzeugt freilich auch das in § 13d Abs. 5 vorgesehene Widerspruchsrecht nicht, weil als „Rechteinhaber“ nicht nur der Urheber und seine Erben zu verstehen sein können, sondern auch der – derivativ berechtigte – Verleger. Unter Umständen ist es aber just dieser Verleger, der die Problematik vergriffener Werke verursacht hat. Dies ist dann der Fall, wenn er sich durch Verlagsvertrag die Rechte für weitere Auflagen exklusiv hat einräumen lassen, sie aber nicht ausübt. Bei dieser – in der Praxis durchaus häufigen – Konstellation erscheint es geradezu widersinnig, ausgerechnet dem Verleger ein Widerspruchsrecht einzuräumen, mit der Folge, dass ihm das exklusive Verbotsrecht trotz nicht selbst veranstalteter Neuauflage zulasten Dritter erhalten bleibt. Ist der Verleger hingegen entsprechend dem – ebenfalls dispositiven – § 5 VerlG nur zu einer Auflage berechtigt, endet seine Berechtigung, wenn diese Auflage vergriffen ist (§ 9 Abs. 1 i.V.m. § 29 Abs. 1 VerlG); damit verfügt in der Tat nur noch der Urheber über das Widerspruchsrecht.
- 70 So oder anders dürften die Interessen von Urhebern und Verlegern im Falle vergriffener Auflagen kaum je übereinstimmen, wobei jenes des Verlegers jedenfalls dann nicht als schutzwürdig zu erachten sein wird, wenn es ihm freistünde, selbst eine Neuauflage zu veranstalten. Denkbar wäre damit höchstens, dem Verleger insoweit ein Widerrufsrecht zuzugestehen, als er sich gleichzeitig mit dem Widerruf zu einer Neuauflage innerhalb kurzer Frist verpflichtet – dann allerdings auch mit entsprechenden Sanktionen, wenn er diese letztlich doch nicht veranstaltet. Besser erscheint es jedoch, ein Widerspruchsrecht – wenn es denn überhaupt eingeführt werden soll – von vornherein nur dem Urheber selbst bzw. seinen Erben zuzugestehen.
- 71 Unabhängig davon, ob ein Widerspruchsrecht eingeführt werden soll oder nicht, ist aus urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gründen sicherzustellen, dass die Rechte des Urhebers nach § 42 UrhG gewährleistet bleiben. Konkret bedeutet dies, dass eine von einer Verwertungsgesellschaft in Anwendung des vorgeschlagenen § 13d lizenzierte

Nutzungsberechtigung durch den Urheber unter den engen gesetzlichen Vorgaben unterbunden werden kann. Unter den gleichen Voraussetzungen muss ihm möglich sein, die fiktive Wahrnehmungsberechtigung der Verwertungsgesellschaft zu beenden. Erreichen lässt sich dies durch einen zusätzlichen Abs. 4 (z.B. „§ 42 UrhG ist sinngemäß anwendbar.“).

- 72 Nicht überzeugend ist weiterhin das Fehlen einer Regelung zur Verteilung der von Verwertungsgesellschaften eingenommenen Gelder. Denn es wäre nicht zu begründen, wieso ein Verleger, der selbst – trotz allenfalls bestehender Berechtigung dazu – keine Neuauflage veranstaltet, aus der Verwertung des Werks durch einen Dritten überhaupt noch Nutzen ziehen soll; erst recht kann ihm keine Vergütung zustehen, wenn er nur für die vergriffene Auflage berechtigt war. Nachdem die Aufteilung zwischen Autoren und Verlegern gegenwärtig mit Blick auf die im Instanzenzug befindliche Entscheidung des LG München Vogel vs. VG Wort (MMR 2012, 618 ff.) ohnehin in der Schwebe ist, erschiene es mehr als begründet, Rechtsklarheit zu schaffen und eine Beteiligung der Verlage an den Einnahmen aus der Nutzung vergriffener Werke explizit auszuschließen.
- 73 Im Hinblick auf das Legalitätsprinzip problematisch erscheint schließlich der vorgeschlagene § 13e Abs. 5 Nr. 2. Die dem Verordnungsgeber durch jene Delegationsnorm eingeräumten Ermächtigung greift über das hinaus, was Aufgabe des Verordnungsgebers sein kann. Es ist am Gesetzgeber zu entscheiden, wer Kostenschuldner sein soll, wann etwaige Ansprüche verjähren und welche Fälle der Kostenbefreiung vorgesehen werden sollen.

München, 15. März 2013