

Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)

ISSN: 0177-6762

Jahrgang/Vol.: 58

Heft/Issue: 5 (Seiten/pages 357-452)

Pages: 389 – 394

# Das Zweitveröffentlichungsrecht des § URHG § 38 Abs. URHG § 38 Absatz 4 UrhG – Möglichkeiten und Grenzen bei der Anwendung in der Praxis

Von Dr. Christoph Bruch\* und Dr. Thomas Pflüger\*\*, Berlin/Stuttgart

---

- I. Einleitung
- II. Ziel des Zweitveröffentlichungsrechtes
- III. Einzelbestimmungen
- IV. Grenzen der Zweitveröffentlichung
- V. Realisierung des Zweitveröffentlichungsrechtes
- VI. Unabdingbarkeit
- VII. Zusammenfassung

[389]

## I. Einleitung

Am 27. Juni 2013 beschloss der Bundestag mit den Stimmen der Regierungsfractionen (CDU, CSU, FDP) und gegen die Stimmen der Oppositionsfractionen (SPD, Bündnis 90/Die Grünen, Die Linke) den Entwurf der Bundesregierung für das »Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes«. Mit diesem Gesetz wurde u. a. § URHG § 38 UrhG um einen vierten Absatz, das sogenannte Zweitveröffentlichungsrecht (ZVR), ergänzt. Das ZVR ist zum 1. Januar 2014 in Kraft getreten<sup>1</sup>.

---

\* Der Verfasser ist für das Helmholtz Open Access Koordinationsbüro tätig. Zu seinen Arbeitsschwerpunkten zählt die Formulierung von Policies auf nationaler und internationaler Ebene, die den Übergang zum Open-Access-Publizieren bzw. zu Open Science unterstützen sollen. Zu großen Teilen erfolgt diese Arbeit auf nationaler Ebene innerhalb der Schwerpunktinitiative »Digitale Information« der Allianz der Deutschen Wissenschaftsorganisationen und auf europäischer Ebene innerhalb von Arbeitsgruppen von Science Europe.

\*\* Der Verfasser ist in der Hochschulabteilung des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst des Landes Baden-Württemberg tätig und Mitglied der Kommission »Bibliothekstantieme«. Er koordiniert die Position der Hochschuleseite der Bundesländer im Rahmen der Urheberrechtsnovellierungen des Bundes.

<sup>1</sup> BGBl. 2013 I, S. BGBl. Jahr 2013 I Seite 3728.

»Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.«

Mit dieser Norm wird die Vertragsfreiheit von urheberrechtlichen Verträgen insoweit eingeschränkt, als Nutzungsrechte an urheberrechtlich geschützten Werken übertragen werden. Dabei handelt es sich um zwingendes Recht, das nicht abdingbar ist. Mit dem ZVR erhalten die Autoren wissenschaftlicher Publikationen, die bestimmte Bedingungen erfüllen, das einfache Nutzungsrecht, ein Jahr nach der Erstveröffentlichung eine elektronische Kopie der Manuskriptversion dieser Publikation öffentlich zugänglich zu machen. Nachfolgend werden die wichtigsten Fragen bei der Anwendung in der Praxis von Hochschulen und Forschungseinrichtungen dargestellt.

## II. Ziel des Zweitveröffentlichungsrechtes

Der Markt für wissenschaftliche Publikationen, insbesondere für wissenschaftliche Fachzeitschriften ist durch eine starke Marktmacht der Verlage gekennzeichnet. Am deutlichsten kommt diese Vormachtstellung der Verlage bei Publikationen in den Naturwissenschaften sowie der Medizin und Technik zum Vorschein. Die skizzierte Situation erlaubt es Verlagen vielfach so hohe Preise durchzusetzen, dass daraus nicht nur unangemessen hohe finanzielle Belastungen wissenschaftlicher Organisationen und damit letztlich der Steuerzahler, sondern auch erhebliche Lücken in der Informationsversorgung der Wissenschaft resultieren. Damit wird jedoch der Kreislauf der Kommunikation wissenschaftlicher Ergebnisse und auf ihr aufbauender neuer Forschung empfindlich gestört und damit die auf diesem Kreislauf aufbauenden Innovationsprozesse nachhaltig behindert<sup>2</sup>.

Die Wissenschaftler versuchen die Krise in der wissenschaftlichen Informationsversorgung durch eine kostenfreie elektronische Zweitveröffentlichung ihrer Originalpublikation zu lindern. Dafür sind sie auf die Zustimmung der Verlage der Erstveröffentlichung angewiesen. Obwohl die Mehrzahl der Verlage die benötigte Zustimmung gibt, steht diese Zweitveröffentlichungspraxis, der sogenannte »Grüne Weg« zum Open Access, auf rechtlich schwachen Füßen. Die Verlage knüpfen ihre Zustimmung an unterschiedliche Bedingungen, die einer systematischen Organisation des »Grünen Weges« entgegenstehen. Vor allem jedoch können die Verlage ihre Politik jederzeit ändern und die benötigte Zustimmung zur Zweitveröffentlichung für zukünftige Publikationen verweigern<sup>3</sup>. Die Marktmacht der Verlage bewirkt, dass die wissenschaftlichen Autoren sich dagegen kaum wehren können.

Mit dem ZVR hat sich der deutsche Gesetzgeber die in der Literatur seit geraumer Zeit kommunizierte Ana-

---

<sup>2</sup> Zum Marktungleichgewicht und den Wertschöpfungsketten vgl. insbesondere Pflüger/Ertmann, ZUM 2004, ZUM Jahr 2004 Seite 436, ZUM Jahr 2004 Seite 439.

<sup>3</sup> Freiwillige Vereinbarungen zwischen Verlegern und Autoren reichen daher zur Problemlösung nicht aus, so Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, 2012, S. 205 unter Hinweis auf Pflüger, ZUM 2010, ZUM Jahr 2010 Seite 938, ZUM Jahr 2010 Seite 941.

lyse der Problemlage<sup>4</sup> zu eigen gemacht und auf die Forderungen aus der Wissenschaft, den »Grünen Weg« zum Open Access gesetzlich abzusichern, reagiert<sup>5</sup>. Bei der Regelung werden auch die Interessen der Verlage berücksichtigt, zumal die Erstveröffentlichung unangetastet bleibt. Neben noch zu erörternden Einschränkungen im Zweitveröffentlichungsrecht bleiben die Interessen der Verlage auch dadurch angemessen gewahrt, weil ihnen mit dem sogenannten »Goldenen Weg« zum Open Access ein alternatives Geschäftsmodell zur Verfügung steht, das durch das Zweitveröffentlichungsrecht nicht tangiert wird.

Als »Goldener Weg« zum Open Access werden Geschäftsmodelle bezeichnet, die nicht auf Einnahmen von den Lesern, z. B. über Subskriptionsgebühren, angewiesen sind. Kommerziell agierende Verlage finanzieren diese Publikationen in der Regel durch Publikationsgebühren. Zunächst trafen Forderungen aus der Wissenschaft nach der Entwicklung solcher Geschäftsmodelle bei den Wissenschaftsverlagen auf starke Ablehnung. Zwischenzeitlich ist dieses noch kleine Marktsegment das am stärksten wachsende im Markt für wissenschaftliche Zeitschriften. Alle etablierten Wissenschaftsverlage betreiben Zeitschriften, die den »Goldenen Weg« in verschiedenen Variationen als Geschäftsmodell nutzen.

### III. Einzelbestimmungen

Im Folgenden werden die einzelnen Aspekte des ZVR erläutert.

#### 1. Privilegierte Werke/Autoren

Ob eine Autorin oder ein Autor für eine bestimmte Veröffentlichung ein ZVR hat, entscheidet sich nicht in Abhängigkeit eines bestimmten Status, z. B. Staatsangehörigkeit oder Anstellungsverhältnis, von ihm. Entscheidend ist vielmehr, ob die Publikation drei Bedingungen erfüllt:

- Es handelt sich um einen wissenschaftlichen Beitrag.
- Der Beitrag ist aus einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden.
- Der Beitrag ist in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen.

Sind die Voraussetzungen für die Nutzung des ZVR erfüllt, steht dies bei einer Koautorenschaft allen Autoren zu. Es kommen die üblichen Regelungen des deutschen Urheberrechtes zur Anwendung. Koautoren üben ihr Urheberrecht gemeinsam aus. Will ein Autor der Gruppe das ZVR nutzen, benötigt er die Zustimmung aller anderen Autoren des Werkes. Ihre Zustimmung können diese nur beim Vorliegen zwingender Gründe verweigern. In der Regel werden solche Umstände nicht vorliegen. Wenn absehbar ist oder vermutet werden kann, dass eine geplante Veröffentlichung sich für das ZVR qualifiziert, sollten die Autoren, die das Interesse haben dieses Recht auszuüben, die Einverständniserklärung ihrer Koautoren bereits zum Zeitpunkt der Einreichung des Werkes zur Publikation schriftlich einholen. Dies ist auch per E-Mail möglich. Die wissenschaftlichen Organisationen können die Autoren durch die Bereitstellung entsprechender Textblöcke unterstützen.

#### a) Voraussetzung »wissenschaftlicher Beitrag«

---

<sup>4</sup> Lutz, aaO. (Fn. 3), S. 165 ff. mit zahlreichen Nachweisen, insbesondere auf Pflüger/Ertmann, ZUM 2004, ZUM Jahr 2004 Seite 436; Hilty, GRUR 2009, GRUR Jahr 2009 Seite 633, GRUR Jahr 2009 Seite 644 und Steinhauer, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 17 f.

<sup>5</sup> BT-Dr. 17/13423, Begründung II. 1, S. 11 f.

Der Begriff Wissenschaft umfasst Forschung und Lehre. In § URHG § 2 Abs. URHG § 2 Absatz 1 UrhG werden durch das Urheberrecht geschützte Werkarten exemplarisch aufgelistet. Sämtliche in Abs. 1 aufgezählten Werkarten können als wissenschaftliche Werke Urheberrechtsschutz haben, soweit deren Darstellung hinreichende Individualität aufweist zur<sup>6</sup>. In der Praxis wird die Definition dieses Begriffes eine nachgeordnete Rolle spielen, da es sich stets um Schriftwerke, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden sein müssen, handelt. Werke, die aus einer Forschungstätigkeit entstanden sind, können regelmäßig als wissenschaftlich betrachtet werden.

b) Voraussetzung »im Rahmen einer ... Forschungstätigkeit entstanden«

Der Begriff Forschungstätigkeit ist im Kontext des ZVR primär als Abgrenzung zu rein didaktischen Tätigkeiten zu verstehen. Publikationen mit ausschließlich lehrdidaktischen Inhalten fallen somit nicht in den Anwendungsbereich des ZVR.

Damit Autoren eines Werkes das ZVR zusteht, muss das Werk im Rahmen einer mindestens zur Hälfte öffentlich geförderten Forschungstätigkeit entstanden sein.

Die Bestimmung könnte so verstanden werden, als müsse ein Werk während der Laufzeit eines bestimmten Forschungsprojektes entstanden sein. In vielen Fällen wird schon die zeitliche Abgrenzung einer Forschungstätigkeit Schwierigkeiten bereiten, denn sie muss nicht notwendig mit einer bestimmten zeitlich begrenzten Förderung übereinstimmen. Selbst wenn das möglich wäre, ergäbe sich die Problematik, dass wissenschaftliche Publikationen zur Kommunikation von Forschungsergebnissen genutzt werden. Die Publikationen erscheinen

[391]

deshalb in der Regel nach dem Abschluss bestimmter Arbeiten. Der Zweck des Gesetzes würde unterlaufen, würde das ZVR ausschließlich für Publikationen gelten, die während der Laufzeit einer Forschungstätigkeit entstehen. Basierend auf einem solchen Verständnis würde sich das Gros der wissenschaftlichen Publikationen nicht für das ZVR qualifizieren.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Bedingung auch für Publikationen als erfüllt gilt, die nach, aber basierend auf einer abgeschlossenen Forschungstätigkeit entstehen. Entscheidend ist die Zuordnung durch die Autoren, die diese im eigenen Interesse dokumentieren sollten, um im Konfliktfall die benötigte Information parat zu haben. Insbesondere Betreiber von Repositorien sollten Wert auf solch eine Dokumentation legen. Die entsprechende Information muss jedoch nicht mit der Zweitveröffentlichung öffentlich zugänglich gemacht werden.

c) Voraussetzung »öffentlich gefördert«

Die Voraussetzung »öffentlich gefördert« dient der Einschränkung des Anwendungsbereiches des ZVR. Dies ergibt sich aus der Begründung des Gesetzentwurfes. Dort wird argumentiert, es ließen sich zwei Klassen von Forschung mit unterschiedlicher Relevanz für den Staat unterscheiden. Forschung, die durch öffentliche Projektmittel gefördert wird oder die an institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtungen stattfindet, wird als besonders relevant eingestuft, weil bei dieser Forschung klare Förderrichtlinien zur Anwendung kommen. Damit, so der Gesetzgeber, fokussiere der Staat die Forschung auf für ihn besonders wichtige Fragen. Daher bestehe ein hohes Interesse an der öffentlichen Zugänglichkeit der aus dieser Forschung resultierenden Publikationen. Die aus Grundmitteln finanzierte »rein universitäre Forschung« wird dort hingegen als weniger relevant eingestuft.

Diese inhaltlich nicht überzeugende Benachteiligung universitärer Forschung ist Resultat des politischen Tauziehens innerhalb der Regierungsfractionen. Im ersten vom Justizministerium nach der Ressortabstimmung veröffentlichten Referentenentwurf war diese Einschränkung nicht

---

<sup>6</sup> Dreier/Schulze, UrhG, 4. Aufl., § 2 Rn. 93–96 m. w. N.

enthalten. Im Gegenteil wird in der Begründung dieses ersten Entwurfes explizit auf die Relevanz der Zugänglichmachung der Veröffentlichung aus universitärer Forschung hingewiesen.

»In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass den Hochschulen nach § HRG § 2 Absatz HRG § 2 Absatz 7 des Hochschulrahmengesetzes (HRG) sowie nach den einschlägigen Regelungen in den Hochschulgesetzen der Länder auch die Aufgabe des Wissenstransfers übertragen ist. Daher haben die Unterhaltsträger der Hochschulen und Forschungseinrichtungen ein elementares Interesse daran, die mit erheblichem Einsatz von Steuergeldern generierten wissenschaftlichen Erkenntnisse einer breiten wissenschaftlichen Öffentlichkeit zugänglich zu machen und die Verbreitung der Forschungsergebnisse zu verbessern.«<sup>7</sup>

Noch vor Abschluss des Gesetzgebungsprozesses forderte die Allianz der Deutschen Wissenschaftsorganisationen die Streichung der Benachteiligung der universitären Forschung im Gesetzentwurf zur<sup>8</sup>. Da Änderungen des Urheberrechtsgesetzes keine Zustimmung des Bundesrates erfordern, blieben diesem nach dem Beschluss des Bundestages lediglich zwei Reaktionsmöglichkeiten. Er hätte den Vermittlungsausschuss anrufen und damit das Gesetz aufgrund des späten Zeitpunktes in der Legislaturperiode vollständig zu Fall bringen können. Der Bundesrat entschied sich für die zweite ihm zur Verfügung stehende Option und erläuterte durch einen Beschluss die sich aus der umstrittenen Formulierung ergebende Rechtslage:

»Der Bundesrat stellt fest, dass § URHG § 38 Absatz URHG § 38 Absatz 4 Satz 1 UrhG – neu, dessen Anwendungsbereich sich zumindest im Wege einer verfassungskonformen Auslegung auch auf das gesamte, an den Hochschulen beschäftigte wissenschaftliche Personal erstrecken muss, dem begünstigten Personenkreis ein vertraglich nicht abdingbares Recht auf Zweitveröffentlichung eröffnet.«<sup>9</sup>

Folgt man der Argumentation des Bundesrates, ist die vom Bundestag intendierte Benachteiligung universitärer Forschung rechtlich in hohem Maße bedenklich, denn dies würde zum einen auf eine doppelte Ungleichbehandlung insbesondere der geistes- und sozialwissenschaftlichen Hochschulforschung hinauslaufen, die verfassungsrechtlich schwerlich begründbar wäre. Zum anderen liefe sie auch dem Umstand zuwider, dass gerade die Projektförderung der großen öffentlichen Drittmittelgeber in Deutschland stets einen angemessenen und aus der Grundfinanzierung der Hochschulen zu erbringenden Eigenanteil voraussetzen. Schließlich kann es auch keinen Unterschied machen, ob Wissenschaftler an einer Hochschule oder einer Forschungseinrichtung tätig sind. Nach Auffassung des Bundesrates muss daher die Norm geltungserhaltend verfassungskonform ausgelegt werden<sup>10</sup>.

[392]

In der Begründung des Gesetzentwurfes wird die Bedingung »öffentlich gefördert« zum einen mit einem Verweis auf institutionell geförderte außeruniversitäre Forschungseinrichtungen erläutert.

---

<sup>7</sup> BT-Dr. 17/13423, aaO. (Fn. 5).

<sup>8</sup> Allianz der Deutschen Wissenschaftsorganisationen (30.4.2013): Wissenschaftsorganisationen warnen anlässlich der Bundsratsitzung: Geplantes Zweitveröffentlichungsrecht diskriminiert Forscherinnen und Forscher an Hochschulen. <http://www.hrk.de/allianz/erklaerungen/gemeinsame-erklaerung-vom-3042013/>.

<sup>9</sup> Beschluss des BR vom 20.9.2013, BR-Dr. 643/13. Ob man jetzt schon – wie Peifer, NJW 2014, NJW Jahr 2014 Seite 6, NJW Jahr 2014 Seite 11 – von einer »Lost-lost-Situation« sprechen muss, erscheint derzeit verfrüht. Grundlegend hierzu Pflüger, Open Access Regulierung im internationalen Vergleich, in: Informationen der öffentlichen Hand – Zugang und Verwertung, Thomas Dreier/Indra Spiecker genannt Döhmman/Veronika Fischer/Anne van Raay (Hrsg.), Sommer 2014.

<sup>10</sup> Von einer Geltung auch im Hochschulbereich gehen Peifer, NJW 2014, NJW Jahr 2014 Seite 6, NJW Jahr 2014 Seite 11 sowie – zumindest inzident – Krings/Hentsch, ZUM 2013, ZUM Jahr 2013 Seite 909 aus.

Aus diesem Kontext ergibt sich, dass mit »Förderung« eine Förderung aus öffentlichen Mitteln gemeint ist. Außerdem soll die Förderung institutionell, d. h. regelmäßig erfolgen.

Bei einer Zuordnung eines Werkes zu einer Forschungstätigkeit an einer Hochschule gestaltet sich die Prüfung aufwendiger, weil hier zwischen öffentlicher Projektförderung und der Grundfinanzierung der Hochschulen differenziert werden muss. Projektförderung liegt stets auch dann vor, wenn sie im Rahmen hochschulinterner Programme finanziert ist.

d) Voraussetzung »mindestens zur Hälfte öffentlich gefördert«

Unabhängig davon, ob die Forschungstätigkeit, aus der eine Publikation entsteht, an einer Hochschule oder an einer außeruniversitären Forschungseinrichtung stattfindet, muss diese Forschungstätigkeit mindestens zur Hälfte öffentlich gefördert sein.

Die Voraussetzung »öffentlich gefördert« bezieht sich auf die dem Werk zu Grunde liegende Forschungstätigkeit. Auch wenn diese notwendig einer oder einer Gruppe von Personen zuzuordnen ist, heißt das nicht, dass bei der Bestimmung der Höhe der Förderung ausschließlich Zahlungen zu berücksichtigen sind, die z. B. in Form von Gehaltszahlungen direkt an Personen gehen. Zu berücksichtigen ist die gesamte Förderung für eine Forschungstätigkeit, das schließt bspw. Kosten für die Infrastruktur, Kosten für externe Aufträge und ggf. weitere Overhead-Kosten ein.

Die verlangte hälftige öffentliche Förderung bezieht sich auf die gesamte Forschungstätigkeit im Rahmen derer die Publikation zustande gekommen ist. Es ist deshalb keine Einzelprüfung der Förderhöhe der einzelnen an der Forschungstätigkeit beteiligten Personen notwendig. Daraus ergibt sich auch, dass eine Koautorenschaft die Erfüllung dieser Bedingung nicht nachteilig beeinflusst. Das Gesetz legt nicht fest, wer entscheidet, ob eine Forschungstätigkeit mindestens zur Hälfte öffentlich gefördert wird oder wurde. Soweit die Autoren sich nicht selbst dazu in der Lage sehen, diese Einschätzung abzugeben, wird in aller Regel die jeweilige Hochschule oder außeruniversitäre Forschungseinrichtung diese Information geben können.

Die Erfüllung des Merkmals »mindestens zur Hälfte öffentlich gefördert« hängt von der Förderung des Forschungsprojektes, über dessen Ergebnisse berichtet wird, und nicht von der Förderung der Arbeit für das Verfassen der Publikation ab. Die Anzahl der Autoren, die an einer Publikation beteiligt sind, spielt deshalb keine Rolle, solange einer dieser Autoren an dem Forschungsprojekt, auf das die Publikation zurückgeht, beteiligt war oder ist. Dieser Autor muss innerhalb der Autorengruppe keine herausgehobene Stellung, z. B. Erstautor oder Corresponding Author, innehaben.

Für die Bestimmung des Anteils der öffentlichen Förderung an einer Forschungstätigkeit können alle öffentlichen Mittel, die die Forschungseinrichtung erhält, vollständig berücksichtigt werden. Die Qualifikation für das ZVR ergibt sich demnach nicht allein aus dem Umstand, dass eine Veröffentlichung auf einer Forschungstätigkeit an einer außeruniversitären Forschungseinrichtung stammt. Die Forschungstätigkeit muss auch mindestens zur Hälfte öffentlich gefördert sein. Entscheidend ist die Zuordnung des Werkes zu einer entsprechenden Forschungstätigkeit. Auch Autoren, die ohne Anstellung oder die nur im Rahmen von Teilzeitarbeitsverträgen an einer Forschungstätigkeit an einer außeruniversitären Forschungseinrichtung mitgearbeitet haben, können für Publikationen, die auf dieser Tätigkeit basieren, das ZVR in Anspruch nehmen.

Bei der aus der Grundfinanzierung geförderter Forschungstätigkeit ist das Tatbestandsmerkmal »mindestens zur Hälfte öffentlich gefördert« stets erfüllt, da die Personalkosten in aller Regel zu 100 %, jedenfalls aber über 50 %, aus Steuermitteln finanziert sind.

e) Voraussetzung »Erschienen in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung«

Das zu privilegierende Werk soll in einer Sammlung, d. h. unselbstständig erscheinen. Die Sammlung muss mindestens zweimal jährlich erscheinen. In der großen Mehrheit der Fälle, wird es sich bei der Sammlung um eine wissenschaftliche Zeitschrift handeln. Andere Sammlungen sind jedoch durch die Definition nicht ausgeschlossen.

Der Begriff »erschieden« bezieht sich nach traditionellem Verständnis im deutschen Urheberrecht auf ein gedrucktes Werk, das mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist<sup>11</sup>. Ein Festhalten an diesem Verständnis würde die Regelung gerade im Bereich des wissenschaftlichen Publizierens weitgehend ins Leere laufen lassen, weil hier das elektronische das gedruckte Publizieren zunehmend verdrängt. Die technischen Veränderungen im Publikationswesen haben jedoch bereits in Ansätzen zu einer Erweiterung der Definition des Begriffes »erschieden« geführt, sodass im Kontext des ZVR das »elektronische« dem »gedruckten Erschieden« gleichzusetzen ist.

Die Anzahl der Publikationen, die einer privilegierten Forschungstätigkeit zugeordnet werden können, ist nicht beschränkt.

[393]

## IV. Grenzen der Zweitveröffentlichung

### 1. Embargofrist

Fällt eine Publikation in den Anwendungsbereich des § URHG § 38 Abs. URHG § 38 Absatz 4 UrhG, darf die Zweitveröffentlichung erst nach Ablauf der einjährigen Embargofrist ausgeübt werden. Maßgeblich für den Beginn der Laufzeit der Frist ist das früheste Datum der Erstpublikation. Erschiedt sie in einer Print- und einer elektronischen Version, beginnt die Laufzeit unabhängig vom Publikationsformat mit der früher erschiedenden Version<sup>12</sup>.

Den Autoren ist es jedoch erlaubt, die für die Zweitveröffentlichung vorgesehene Manuskriptversion schon früher in einem Repositorium abzulegen, über das sie diese nach Ablauf der Frist öffentlich zugänglich machen möchte. Die Erfahrung hat gezeigt, dass eine möglichst frühzeitige Ablage in einem geeigneten Repositorium empfehlenswert ist, weil dann die Wahrscheinlichkeit am größten ist, dass a) überhaupt an die Zweitveröffentlichung gedacht wird und b) noch auf die Manuskriptversion zugegriffen werden kann.

### 2. Manuskriptversion

Das ZVR sieht vor, dass für die Zweitveröffentlichung, juristisch genauer öffentliche Zugänglichmachung, die Manuskriptversion der Originalveröffentlichung verwendet wird. Die Manuskriptversion unterscheidet sich von der Originalversion durch einen Verzicht auf das Verlagslayout und das Verlagslogo. Manuskriptversion und Originalpublikation sollten jedoch inhaltsgleich sein. Das heißt, sie sollten textidentisch sein und alle Illustrationen der Originalpublikation enthalten. Letzteres wird auch durch die Zitatschranke im deutschen Urheberrecht sichergestellt. Ergänzende Materialien, die teilweise mit der Originalpublikation veröffentlicht werden, gehören zu dieser Publikation und sind folglich in das ZVR eingeschlossen.

### 3. Ausschluss gewerblicher Zwecke

Das ZVR gilt nicht für gewerbliche Zwecke. Die Autoren dürfen folglich für die Zweitveröffentlichung kein Honorar oder vergleichbare Zahlungen oder geldwerte Vorteile in Anspruch nehmen. Auch die Plattform über die öffentlich zugänglich gemacht wird, darf keinem gewerblichen Zweck dienen. Beide Bedingungen treffen in vielen Fällen für die persönliche Homepage von Autoren zu. Juristisch gesehen sind persönliche Homepages deshalb geeignete Orte für eine Zweitveröffentlichung. Aus der Perspektive des Staates und der Wissenschaftsorganisationen sollten bei der Auswahl des Ortes für die Zweitpublikation weitere Kriterien berücksichtigt werden. Der Publikationsort sollte eine

---

<sup>11</sup> § URHG § 6 Abs. URHG § 6 Absatz 1 UrhG. Hierzu Dreier/Schulze, aaO. (Fn. 6), § 6 Rn. 3, 12 ff.

<sup>12</sup> Zu Begriff und Zeitpunkt der Erstveröffentlichung Dreier/Schulze, aaO. (Fn. 6).

langfristige Verfügbarkeit, Erreichbarkeit und Sichtbarkeit der Zweitpublikation sicherstellen. Diese Bedingungen erfüllen bspw. persönliche Homepages nicht. Geeignete Publikationsorte sind daher auf wissenschaftliche Publikationen spezialisierte Repositorien. Das können institutionelle aber auch fachliche Repositorien sein.

Der Ausschluss gewerblicher Zwecke kann sich durchaus konträr zum Zweck des Gesetzes auswirken, weil wissenschaftliche Kommunikation wesentlich auch über Plattformen stattfindet, deren gewerblicher Charakter unklar ist oder für deren Nutzer nicht offensichtlich wird. Dies kann sich beispielsweise aus Grenzbereichen des gewerblichen Handelns, wie dem Sponsoring ergeben. Diskutiert wurde beispielsweise, ob Artikel mit einer CC-BY-NC (non commercial) Lizenz bei Wikipedia eingestellt werden dürfen.

#### 4. Quellenangabe

Das ZVR bindet die Zweitveröffentlichung an die Nennung der Originalpublikation. Die Autoren sollten nach Möglichkeit zum Zeitpunkt der Originalpublikation ihre Manuskriptversion um die vom Verlag der Originalpublikation vorgeschlagene Quellenangabe ergänzen. Damit ist der Pflicht zur Quellenangabe Genüge getan.

## V. Realisierung des Zweitveröffentlichungsrechtes

### 1. Öffentlich zugänglich machen

Das ZVR gewährt den Autoren ein einfaches Nutzungsrecht, eine Kopie der Manuskriptversion ihrer Publikation »öffentlich zugänglich zu machen«. »Öffentlich zugänglich machen« ist ein feststehender Begriff im deutschen Urheberrecht, mit dem das Veröffentlichen im Internet bezeichnet wird. Das kann nur einmalig genutzt werden, d. h. die Autoren können das Manuskript an nur einem Ort öffentlich zugänglich machen. Das ZVR berechtigt die Autoren nicht, die Zweitveröffentlichung als Printpublikation vorzunehmen. Den Autoren, ist ebenfalls verwehrt, den Nutzern der Zweitpublikation Nutzungsrechte zu übertragen. Die Möglichkeiten der Nutzung der Zweitpublikation ergeben sich deshalb aus dem am Ort der Nutzung geltenden Urheberrecht. In Deutschland ist das Lesen der Publikation zulässig, weil das Lesen keine urheberrechtlich geschützte Nutzungsform ist. Darüber hinaus greifen die Schranken des Urheberrechtes zu denen auch die für Privatkopien zählt.

[394]

### 2. Publikationsort

Autoren sind bei der Wahl des Ortes der öffentlichen Zugänglichmachung ihrer privilegierten Werke durch die Beachtung des Ausschlusses eines gewerblichen Zweckes und geografisch durch den Geltungsbereich des deutschen Rechtes eingeschränkt. Letzteres ist insbesondere nachteilig, wenn ein für eine Zweitpublikation einschlägiges fachliches Repositorium nicht in Deutschland betrieben wird.

### 3. Nutzungsrechtübertragung an privilegierte Autoren und Repositorien

Die Realisierung des ZVR schließt notwendig die Gewährung notwendiger Nutzungsrechte an die privilegierten Autoren und die Stelle (regelmäßig Repositorien) ein, über die die öffentliche Zugänglichmachung erfolgt. Würde das ZVR als Lizenzierung des Verlages an die Autoren betrachtet, wäre die notwendige Nutzungsrechtübertragung an das Repositorium eine Unterlizenzierung. Rechtlich zutreffend ist es, das Zweitveröffentlichungsrecht als eine zwingende Einschränkung der Vertragsfreiheit, die im Zuge der Originalpublikation an den Verlag erfolgt, einzuordnen. Daher erfolgt die Nutzungsrechtübertragung an das Repositorium nicht im Wege einer Unterlizenzierung, sondern aufgrund privatautonomer Entscheidung des Autors, vom ZVR Gebrauch zu machen.

Unabhängig von der Beantwortung dieser rechtstechnischen Frage bedarf die Realisierung des ZVR keiner eigenständigen vertraglichen Regelung zwischen den Autoren und dem Verlag, bei dem die Originalveröffentlichung erfolgt. Wollen die Autoren die Zweitveröffentlichung über eine Plattform, die von Dritten betrieben wird, realisieren, ist, wie oben bereits angesprochen, die Gewährung des einfachen Nutzungsrechtes für eine öffentliche Zugänglichmachung an diese notwendig. Dies ist eine eigenständige vertragliche Vereinbarung, die mündlich möglich ist, jedoch schriftlich erfolgen sollte. Das einfache Nutzungsrecht, das an das Repositorium übertragen wird, schließt kein Recht zur Unterlizenzierung, z. B. an weitere Repositorien, ein.

## VI. Unabdingbarkeit

Das Recht auf Zweitveröffentlichung ist rechtlich zwingend ausgestaltet und gilt daher unabhängig von ihm möglicherweise entgegenstehenden Bestimmungen im Verlagsvertrag. Die Autoren müssen das ZVR deshalb nicht eigenständig vereinbaren. Sie sind ebenfalls nicht dazu verpflichtet, dem Verlag der Erstpublikation anzuzeigen, dass für die Publikation ein ZVR gilt oder ob und wie sie es wahrnehmen wollen.

Das ZVR ist Teil des Urhebervertragsrechtes und als solches in Deutschland gültig auch wenn in einem Publikationsvertrag ein anderes Recht als das deutsche als maßgeblich vereinbart wird. Wichtig ist, dass in diesem Fall die Zweitpublikation in Deutschland erfolgt. Auf Staatsangehörigkeit und Wohnsitz der Autoren kommt es nicht an.

Die Geltung der Regelung § 38 Abs. 1 wird durch das Zweitveröffentlichungsrecht nicht beeinflusst. Autoren sollten deshalb in jedem Fall prüfen, ob ihnen eine Zweitveröffentlichung auf Grundlage von Absatz 1 möglich ist. Dies gilt insbesondere, weil für eine auf dieser Rechtsgrundlage ermöglichte Zweitveröffentlichung a) keine Einschränkung hinsichtlich der Nutzung der Originalformatierung und hinsichtlich eines gewerblichen Zweckes gilt und b) neben der über das ZVR ermöglichten öffentlichen Zugänglichmachung auch eine Vervielfältigung und Verbreitung, d. h. Verbreitung als Printausgabe, ermöglicht wird.

## VII. Zusammenfassung

Das ZVR ist ein Schritt in die richtige Richtung, der auch international Beachtung findet. Leider bleibt er deutlich hinter den Positionen der EU zurück<sup>13</sup>. Das zentrale Anliegen des ZVR, die rechtliche Absicherung des »Grünen Weges« zum Open Access, kann aufgrund der mit der Regelung verbundenen Bedingungen jedoch nur ansatzweise realisiert werden<sup>14</sup>. Der Gesetzgeber sollte deshalb die Rücknahme einiger der Einschränkungen des ZVR prüfen. Für Publikationen, die aus grundfinanzierter universitärer Forschung stammen, sollte eine entsprechende Klarstellung im Gesetz erfolgen. Die Embargofrist sollte für Publikationen im Bereich der Naturwissenschaften sowie der Medizin und Technik auf sechs Monate verkürzt werden. Die Beschränkung auf bestimmte Werkarten sollte aufgegeben werden. Vor allem der stark wachsende Markt für auf Publikationsgebühren basierende Open Access Publikationen (»Goldener Weg«) hat eine Situation geschaffen, in der diese Erweiterungen des ZVR für die Verlage verkraftbar wären.

---

<sup>13</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament vom 17. Juli 2012 – Verbesserung des Zugangs zu wissenschaftlichen Informationen: Steigerung der Wirkung öffentlicher Investitionen in die Forschung (KOM[2012] KOM Jahr 2012 Seite 401 endg.) und Empfehlungen der Kommission vom 17. Juli 2012 (2012/417/EU).

<sup>14</sup> Insofern zutreffend die Bewertung von Peifer, aaO. (Fn. 10).

Die technische Entwicklung verändert den Markt für wissenschaftliche Publikationen grundsätzlich. Der Erfolg von Open Access Verlagen zeigt, dass ein Festhalten an Geschäftsmodellen, die ihr Einkommen durch Erhebung von Kosten beim Leser erzielen, nicht alternativlos sind. Diese Einschätzung wird inzwischen auch von einer Reihe von deutschen Wissenschaftsverlagen geteilt.