

| TRISTAN RADTKE*

Die Hintertür zu mehr Open Access?

§ 38 I UrhG und die AGB-Kontrolle

Open Access Publikationen scheinen in der Rechtswissenschaft nur langsam an Fahrt aufzunehmen. Die 2014 in § 38 IV UrhG aufgenommene Regelung mag hierzu einen kleinen Teil beitragen. Gleichwohl besteht weiterhin ein Bedarf an stärkeren Anreizen für Open Access Publikationen. Die in § 38 UrhG enthaltenen Regelungen sind keinesfalls ausreichend, so wie sie derzeit zur Anwendung gebracht werden. Der folgende Beitrag identifiziert in einem ersten Schritt das nicht ausgeschöpfte Potenzial durch Open Access im Bereich juristischer Fachzeitschriften. In einem zweiten Schritt wird sodann ein bisher in seiner Bedeutung verkannter Weg zu mehr Open Access aufgezeigt, namentlich eine entsprechende Auslegung des § 38 I 2 UrhG.

I. Überblick über den Ablauf juristischer Veröffentlichungen

Die Veröffentlichung eines juristischen Fachbeitrags beginnt zunächst mit der Arbeit des Autors, die auch die Recherche umfasst. Bereits hier kann sich Open Access – hier weit verstanden im Sinne einer zumindest öffentlich verfügbaren PDF-Version des Beitrags¹ – auswirken: Je mehr Werke dem Autor zum einfachen Zugriff bereitstehen, desto geringer sind die (Transaktions-)Kosten zum Auffinden eines Volltextes, wie etwa in Form der für einen Scan in der Bibliothek aufgewendeten eigenen oder fremden Zeit oder des Preises für den Zugriff über eine Plattform. Zugleich kann eine große Masse von verfügbaren Werken aber auch mit einem erhöhten Aufwand beim Auffinden der relevanten und qualitativ hochwertigen Beiträge einhergehen. Soweit der Zugriff auf einen ausgesuchten Beitrag mit vertretbarem Aufwand nicht möglich ist, wird ein (potenziell) relevanter Beitrag womöglich nicht berücksichtigt. Der Autor ist – ohne Open Access – oft von seinem Arbeitgeber (zB der Hochschule oder einer Rechtsanwaltskanzlei) und den abonnierten Portalen abhängig.

Am Ende des Beitrags steht die Veröffentlichung des nach § 2 UrhG urheberrechtlich geschützten Beitrags in einer Fachzeitschrift eines Verlags. Juristische Aufsätze werden zwar oft in Gerichtsentscheidungen und Gesetzesbegründungen zitiert bzw. umgesetzt und sind daher in hohem Maße von Bedeutung für das geltende Recht. Gleichwohl sind nach § 5 UrhG im Wesentlichen nur Gesetze und Entscheidungen vom Urheberrechtsschutz ausgenommen. Der Autor räumt dem Verlag in der Regel das ausschließliche Nutzungsrecht für alle relevanten Nutzungsarten ein (vgl. auch § 38 I 1 UrhG). Dabei befindet sich der einzelne Autor regelmäßig in einer schwächeren Verhandlungsposition und wird den vorgefertigten Verlagsvertrag akzeptieren.

Eine geringe, aber zumindest steigende Zahl an Zeitschriften erscheint als reine Online- und/oder Open-Access-Zeitschrift.² Für den überwiegenden Anteil an Zeitschriften gilt aber: Einige Fachzeitschriften räumen dem Autor kostenfrei oder gegen eine geringe, zweistellige Schutzgebühr das Recht ein, eine PDF-Version auf der

eigenen Homepage zu veröffentlichen. Wieder andere Fachverlage gewähren dem Autor ein einfaches Nutzungsrecht nach Ablauf eines vorher definierten Zeitraums. In diesen Fällen kommt es für die Frage, ob sich Open Access durchsetzt, darauf an, ob sich die Autoren der Möglichkeit und der Vorteile bewusst sind,³ einen etwaigen Mehraufwand in Kauf nehmen und das PDF-Dokument tatsächlich auf ihrer Homepage veröffentlichen. Für diverse Zeitschriften räumt der Verlag allerdings keine dieser Möglichkeiten ein. Für diese Konstellationen ist die nachfolgend erörterte Auslegung des § 38 I 2 UrhG von umso größerer Bedeutung.

II. Open Access und Urheberrechtsschutz in der (Rechts-)Wissenschaft

In der Debatte um Open Access wurden bereits vielfach Argumente für und gegen Open Access ausgetauscht.⁴ Nachfolgend sollen nur einige wenige Aspekte hervorgehoben werden.

Zunächst kann Open Access die Zugänglichkeit von Wissen zugunsten der Allgemeinheit und der Wissenschaft im Besonderen fördern. Aufgrund kontinuierlich steigender Beiträge⁵ der Hochschulbibliotheken an die Verlage für den Zugriff auf Werke, sind an vielen Hochschulen nicht alle Zeitschriften digital verfügbar; der Besuch der Bibliothek kann ebenfalls erfolglos verlaufen oder mit Transaktionskosten und zeitlichen Verzögerungen⁶ (zB im Fall der Fernleihe) verbunden sein. Die freie Verfügbarkeit von Beiträgen kann vor diesem Hintergrund positiv gesehen werden. Eine größere Anzahl an für wissenschaftliche Autoren verfügbaren Beiträgen kann – abhängig von der Relevanz und Qualität der Beiträge (hierzu sogleich) – dazu beitragen, Überschneidungen zwischen Beiträgen zu reduzieren und juristische Argumente auf eine breitere Diskussionsgrundlage zu stellen. Wissenschaftler aus angrenzenden Disziplinen,⁷ aus dem Ausland⁸ und ohne Universitätsbindung haben oftmals noch

* Dr. jur., LL.M. (NYU), Referendar am OLG Braunschweig.

¹ Zu dem Begriff Open Access s. nur Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen, 2003, https://openaccess.mpg.de/68053/Berliner_Erklärung_dt_Version_07-2006.pdf; Ulmer-Eilfort/Obergfell/Kübler/Billinger, 2. Aufl. 2021, Kap. 1 L.Rn. 1211.

² Zu nennen seien hier nur ZJS, ZIS, JIPITEC, RG, GLJ und GoJLL.

³ Vgl. auch die Diskussion um die Verpflichtung von Universitätsprofessoren, von ihrem Zweitveröffentlichungsrecht aus § 38 IV UrhG Gebrauch zu machen, VGH Mannheim GRUR-RS 2017, 130319 = ZUM 2018, 211; Leistner ZGE 2009, 403 (453 f.); Höpfner/Amschwitz NJW 2019, 2966; Hamann GRUR 2016, 1140; Hamann, VerBlog v. 22.8.2022, <https://verfassungsblog.de/wissenschaftstransparenz/>. Zu einer Anbieterspflicht von an Hochschulen beschäftigten Urhebern Pflüger/Ertmann ZUM 2004, 436 (441); Hirschfelder MMR 2009, 444 (446 ff.).

⁴ Überwiegend auf positive Aspekte hinweisend Ehmann/Fischer GRUR Int 2008, 284 (284 f.); Hirschfelder MMR 2009, 444 (444 f.); Peukert, JIPITEC 2012, 142 Rn. 49; Grünberger/Leible, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten/Peukert, 2014, S. 145 (145 ff.). Überblick auch bei Leistner ZGE 2009, 403 (449 ff.); Pflüger/Ertmann ZUM 2004, 436; Hilty GRUR Int 2006, 179 (179 ff.); Peukert JIPITEC 2012, 142 Rn. 16 ff.; Hirschfelder, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, 2008, S. 93 ff. Instruktion zur Einführung des § 38 IV UrhG Krings/Hentsch ZUM 2013, 909 (909 f.).

⁵ Hierzu damals Albert Journal of the Medical Library Association 2006, 253 (254).

⁶ Hamann GRUR 2016, 1140 (1141).

⁷ Hamann GRUR 2016, 1140 (1141).

⁸ Armstrong Managerial and Decision Economics 2021, 2017 (2021).

weitaus beschränktere Zugriffsmöglichkeiten. Für diese Personenkategorien kann Open Access daher noch größere Bedeutung entfalten.⁹

Überdies bestehen Bedenken, soweit universitäre Mittel sowohl zur Anfertigung von Beiträgen aufgewendet werden (zB, wenn der Beitrag als Teil der Forschung von Universitätsprofessoren bearbeitet wird) als auch erneut zu deren Abruf eingesetzt werden (zB über Verträge der jeweiligen Universitätsbibliothek mit Verlagen).¹⁰ Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass selbst ein solches sog. „double dipping“ unter Umständen in der Gesamtheit notwendige Kosten abdecken kann, die andernfalls in voller Höhe entweder bei dem Entwurf des Beitrags oder dem Zugriff anfallen könnten. Auf den Vorwurf des „double dipping“ der Verlage hat der Gesetzgeber mit einem zwingenden Zweitverwertungsrecht nach § 38 IV UrhG für mit öffentlichen Mitteln geförderte Veröffentlichungen reagiert. Das Zweitverwertungsrecht kann allerdings nur eingeschränkt zur Förderung von Open Access beitragen und ist insoweit nicht ausreichend – wie im Folgenden zu zeigen sein wird (s. insbesondere unter III und IV).

Mit der freien Verfügbarkeit einer größeren Anzahl an Werken steigt aber nicht zugleich linear die Qualität eines wissenschaftlichen Beitrags, der auf diesen frei verfügbaren Werken aufbauen könnte. Stattdessen ist auch und gerade die Qualität der verfügbaren Werke entscheidend. Insoweit kommt es auch darauf an, wie die Bedeutung der – freilich kommerziell ausgerichteten – Verlage in der bestehenden Form für die Qualitätssicherung gesehen wird.¹¹

Bei der Untersuchung von Open Access in der (Rechts-)Wissenschaft ist zudem die besondere Motivations- und Interessenlage der Autoren und anderer Beteiligter zu berücksichtigen. Für wissenschaftliche Autoren kann – gestützt durch einige Untersuchungen für (nicht-juristische) Veröffentlichungen¹² – vermutet werden, dass der Aufbau der eigenen Reputation, die Teilhabe am juristischen Meinungsbildungsprozess und das Interesse an etwaigen Aufträgen leitend sind für die Arbeit an dem wissenschaftlichen Beitrag und dessen Veröffentlichung.¹³ Wenn in der Rechtswissenschaft Autoren im Rahmen ihrer Arbeitszeit für¹⁴ eine Universität oder eine andere Organisation forschen und auf dieser Grundlage veröffentlichen, können erhebliche Zweifel daran bestehen, ob für diese Autoren der Urheberrechtsschutz in Form von Verwertungsrechten und daraus resultierenden Vergütungen¹⁵ von Bedeutung ist. Es besteht stattdessen eine starke Vermutung für den Bedarf der Urheberpersönlichkeitsrechte (§§ 12–14 UrhG),¹⁶ die auch und gerade die Reputation des Autors schützen (vgl. Art. 6^{bis} der (Revidierten) Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst). Mit Blick auf die Interessen der Autoren liegt also auch eine größere Bedeutung der Entscheidung über die Veröffentlichung und eine etwaige Zweitveröffentlichung nahe (vgl. § 12 UrhG), während die kommerzielle Verwertung unter Zuhilfenahme der Verwertungsrechte des UrhG für Autoren von geringerer Bedeutung sein könnte.¹⁷ Für die Verlage – und damit gegenwärtig regelmäßig zur Qualitätssicherung, Organisation und Vornahme der Veröffentlichung – können die Verwertungsrechte und ein möglichst langer Zeitraum zur exklusiven kommerziellen Verwertung die Amortisation etwaiger Kosten im Veröffentlichungsprozess gegebenenfalls erst ermöglichen. Diese besondere Interessenlage wird nachfolgend (unter V 5 d) im Rahmen der

Inhaltskontrolle nach § 307 II Nr. 1 BGB zu berücksichtigen sein.

Oft sind die Machtverhältnisse zwischen Urheber und Verlagen ungleich verteilt, so dass es gerade hier auf – gegebenenfalls über §§ 305 ff. BGB mittelbar – zwingende gesetzliche Vorgaben ankommt, um den Interessen nicht nur der Verlage, sondern auch der Urheber bei der Entscheidung über ein „Ob“ und „Wie“ einer Zweitverwertung jeweils ausreichend zur Geltung zu verhelfen.

III. Anekdotischer Blick auf die Nutzung von Open Access für juristische Fachbeiträge

Es bestehen Zweifel daran, dass der § 38 UrhG, so wie er derzeit verstanden und ausgelegt wird, Open Access in der Rechtswissenschaft messbar gefördert hat.¹⁸ Der Verfasser dieses Beitrags hat Aufsätze aus diversen juristischen Fachzeitschriften daraufhin untersucht, ob diese jeweils im Rahmen einer Zweitveröffentlichung der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wurden. Die Untersuchung bietet keine abschließende Antwort auf die Frage nach dem genutzten Potenzial von Open Access, sondern ist vielmehr als ein anekdotischer Hinweis auf die fehlende Realisierung des Potenzials zu verstehen. Eine Übersicht über die analysierten Beiträge ist im Internet abrufbar.¹⁹

1. Betrachtung von 121 Beiträgen in juristischen Fachzeitschriften aus den Jahren 2019 und 2020

Der Verfasser hat Aufsätze – ausgenommen insbesondere Editorials – aus den Jahren 2019 und 2020 aus dem jeweils ersten Heft der folgenden Zeitschriften untersucht: JZ, NJW, AcP, AöR, JuS, JURA, JR, Staat, MDR, JA, ZHR, ZIP und NVwZ. Der Verfasser hat sich bei der

⁹ S. für einen Überblick bei Frosio, *Open Access Publishing: A Literature Review* 2014, S. 148–150.

¹⁰ S. auch BT-Drs. 17/13423, 9.

¹¹ Hierzu etwa schon Pflüger/Ertmann ZUM 2004, 436 (439); Hilty GRUR Int 2006, 179 (184 ff.). Zur Rolle der Hochschulen und krit. zu Hochschulverlagen Hansen GRUR Int 2005, 378 (380).

¹² Vgl. Solomon/Björk *Journal of the American Society for Information Science and Technology* 2012, 98 (104), wonach Autoren bei der Auswahl einer Fachzeitschrift dem Faktor „Qualität“ mit einem Wert von 4.18/5 auf einer Likert-Skala eine hohe Bedeutung zugemessen haben und dementsprechend die Reputation ein wichtiger Antriebsfaktor zu sein scheint. Für weitere Fachzeitschriften s. auch Gibley/Ziobrowski *Real Estate Economics* 2002, 137 (143).

¹³ S. auch Peifer JIPITEC 2010, 131 (132); Leistner ZGE 2009, 403 (443 f.). Vgl. auch Madison Lewis & Clark *Law Review* 2006, 901 (905); Albert *Journal of the Medical Library Association* 2006, 253 (255); Willinsky, *The Access Principle: The Case for Open Access to Research and Scholarship*, 2006, S. 6 (13 ff.); Frosio, *Open Access Publishing: A Literature Review*, 2014, S. 117; Wildgans, *Urheberrecht in der wissenschaftlichen Forschung: Ein „Window of Opportunity?“*, 2022, S. 60; Ehmann/Fischer GRUR Int 2008, 284 (284).

¹⁴ Zu Urhebern in Arbeitsverhältnissen Ehmann/Fischer GRUR Int 2008, 284 (287).

¹⁵ Ehmann/Fischer GRUR Int 2008, 284 (284).

¹⁶ S. auch Peifer JIPITEC 2010, 131 (133). Die Urheberpersönlichkeitsrechte sind keine deutsche Besonderheit, sondern bereits in Art. 6^{bis} (Revidierter) Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst idF v. 28.9.1979 verankert („moral rights“). Die Vertragsstaaten räumen diesen aber eine sehr unterschiedliche Bedeutung und Reichweite in ihren nationalen Rechtsordnungen ein. 17 U. S. C. § 106A (U. S. Copyright Act) sieht zB nur für Autoren eines „visual art“ Werks ein Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und Integrität des Werks vor.

¹⁷ Hilty GRUR Int 2006, 179 (185). Vgl. auch Peukert JIPITEC 2012, 142 Rn. 33.

¹⁸ S. auch schon zu Untersuchung der Motivation von Autoren und ihren Einstellungen zu Open Access ausführlich Fry et al., *PEER Behavioural Research: Authors and Users vis-à-vis Journals and Repositories*, Final Report, 2011, http://www.peerproject.eu/fileadmin/media/reports/PEER_D4_final_report_29SEPT11.pdf, S. 29 ff.

¹⁹ <https://radtke.cc/publikationen/2022-Datenblatt-Zweitveroeffentlichung.pdf>.

Auswahl der Zeitschriften an einer von Gröls und Gröls ausgewerteten Befragung zu bekannten juristischen Zeitschriften²⁰ und an seinen eigenen Erfahrungen orientiert. Die Jahre 2019 und 2020 wurden gewählt, um sicherzustellen, dass nicht bloß aufgrund der Jahresfrist(en) in § 38 UrhG noch nicht zweitveröffentlicht wurde.

Von den 121 untersuchten Beiträgen waren nur sechs (4,96 %) im Volltext über eine Internetsuche oder Researchgate als PDF öffentlich zugänglich. Bei immerhin 12 (9,92 %) legte die Researchgate-Registrierung mindestens eines Autors des Beitrags nahe, dass der Volltext gegebenenfalls erfolgreich angefragt werden könnte.

2. Betrachtung von 38 Beiträgen in urheberrechtlichen Fachzeitschriften aus den Jahren 2019 und 2020

Zum Vergleich hat der Verfasser 38 Beiträge in den urheberrechtlichen Fachzeitschriften GRUR, MMR und ZUM der ersten Ausgaben aus den Jahren 2019 und 2020 ausgewertet. Angesichts der erheblich geringeren Zahl an untersuchten Beiträgen, sind die Ergebnisse erst recht nicht repräsentativ. Die Tatsache, dass drei (7,9 %) der 38 untersuchten Beiträge im Volltext zugänglich waren, kann somit nur einen ersten Hinweis dafür bieten, dass Autoren im Urheberrecht ihre Beiträge womöglich öfters frei zur Verfügung stellen.

3. Zwischenergebnis

Zum einen zeigt der Blick auf die ausgewählten Zeitschriften, dass die Zweitveröffentlichung als Open Access Publikation die absolute Ausnahme zu sein scheint, aber immerhin gelegentlich vorkommt. Zum anderen offenbart sich ein Potenzial für empirische Untersuchungen. Hierbei kann es sich auch lohnen, einen Blick darauf zu werfen, welche Zeitschriften und Autorenkategorien besonders Open-Access-affin sind.

Open Access entfaltet mithin noch nicht sein Potenzial. Die Gründe hierfür können vielfältig sein und bedürfen weiterer Untersuchungen. Soweit eine restriktive Auslegung der Vorschrift Ursache ist, soll dieser Beitrag Abhilfe schaffen.

IV. Öffentlich geförderte Veröffentlichungen (§ 38 IV UrhG)

Auf den ersten Blick erscheint § 38 IV UrhG als vielversprechende Open-Access-Regelung. Die Norm adressiert die Bedenken, dass öffentliche Gelder (erneut) aufgewendet werden, um den Zugang zu den Ergebnissen öffentlich finanzierter Forschung zu erlangen.²¹ Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der durch öffentliche Mittel gefördert wurde, haben danach das Recht zur Zweitveröffentlichung. Für sich genommen ist diese Regelung aber bei Weitem nicht ausreichend, um den Bedenken (s. unter II) Rechnung zu tragen, geschweige denn Open Access in der Rechtswissenschaft insgesamt substanziell zu fördern. Das ist vor allem²² auf den engen Anwendungsbereich²³ sowie die Beschränkung auf die „akzeptierte (...) Manuskriptversion“ ohne Paginierung der Zeitschrift²⁴ zurückzuführen.

V. Übrige Veröffentlichungen in Sammelwerken (§ 38 I UrhG)

Ein weitaus größeres Potenzial kann die zugleich schuldrechtliche und dingliche²⁵ Regelung in § 38 I UrhG ent-

halten. Sie beschränkt sich nicht auf Manuskriptversionen oder öffentlich geförderte Werke, sondern erfasst die Zweitverwertung, insbesondere auch die Zweitveröffentlichung des „Werk(s)“ (§ 38 I 2 UrhG). Nach der Regelung erhält der Verleger oder Herausgeber einer „periodisch erscheinende(n) Sammlung“ im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht (§ 38 I 2 UrhG). Der Urheber darf das Werk aber „nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen anderweit vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen, wenn nichts anderes vereinbart ist“ (§ 38 I 2 UrhG).

Die vorherrschende Auffassung in der Literatur versteht die Vorschrift im Wesentlichen dahingehend, dass das ausschließliche Nutzungsrecht des Verlegers nach Ablauf eines Jahres in ein einfaches Nutzungsrecht übergeht.²⁶ Diese Auffassung überzeugt nicht uneingeschränkt. Die Regelung des § 38 I 2 UrhG ließe sich – mit Blick auf die nachfolgend darzustellende Regelungshistorie und dem Amortisationsgedanken zugunsten des Verlegers – auch so verstehen, dass das ausschließliche Nutzungsrecht des Verlegers fortbesteht, dem Autor aber nach Ablauf der Jahresfrist die Nutzung vorbehalten bleibt (vgl. § 31 III 2 UrhG). Selbst wenn man – wie für die Zwecke dieses Beitrags – zunächst der vorherrschenden Auffassung folgt, sind diverse vertragliche Modifikationen des § 38 I 2 UrhG zulässig. Das betrifft etwa die Jahresfrist, die angesprochenen Folgen für das ausschließliche Nutzungsrecht des Verlegers sowie den Umfang des Nutzungsrechts des Urhebers.

1. Überblick über die Regelung und ihre Historie

Um den Hintergrund der Regelung zu verstehen, lohnt sich ein Blick auf die Rechtslage Anfang bis Mitte des 20. Jahrhunderts. Das Gesetz über das Verlagsrecht vom 19.6.1901, in Kraft getreten am 1.1.1902 (VerlG)²⁷, und das KUG vom 9.1.1907²⁸ enthielten in § 42 VerlG und § 11 KUG Regelungen zu Veröffentlichungen von Bild- und anderen Werken in periodisch erscheinenden Zeitschriften. Danach ging der Gesetzgeber von dem Regelfall der Übertragung eines einfachen Nutzungsrechts an den Verleger aus. Nur sofern die „Umstände“ ein anderes hergaben, erhielt der Verleger ein ausschließliches Nutzungsrecht. Der Autor erhielt in diesem Fall als Ausgleich die Möglichkeit zur Zweit- und Weiterverwertung ab einem Jahr nach Veröffentlichung. Das galt nach § 11 II KUG 1907 nur „soweit nicht ein anderes vereinbart ist“. Für § 42 II VerlG

²⁰ Gröls/Gröls JZ 2019, 32.

²¹ Heckmann/Weber GRUR Int 2006, 995 (1000); BT-Drs. 17/13423, 9.

²² S. aber auch zu diskutierten Umgehungsmöglichkeiten über das IPR Wildgans ZUM 2019, 21 (24). Vgl. auch Visser GRUR Int 2015, 534 (537 f.). S. auch zu dem Begriff „gewerblich“ in § 38 IV UrhG Wildgans, Urheberrecht in der wissenschaftlichen Forschung: Ein „Window of Opportunity?“, 2022, S. 239 ff.

²³ Bruch/Pflüger ZUM 2014, 389 (391 f.).

²⁴ Heckmann/Weber GRUR Int 2006, 995 (999); Wildgans ZUM 2019, 21 (24).

²⁵ Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG § 38 Rn. 4; sowie sich gegenseitig zitierend Schrickler/Loewenheim/Peukert, 6. Aufl. 2020, UrhG § 38 Rn. 20, und Wandtke/Bullinger/Wandtke/König, 6. Aufl. 2022, UrhG § 38 Rn. 1.

²⁶ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 38 Rn. 16; Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel, 12. Aufl. 2018, UrhG § 38 Rn. 14; Spindler/Schuster/Wiebe, 4. Aufl. 2019, UrhG § 38 Rn. 2; BeckOK UrhR/Soppe, 35. Ed. 15.7.2022, UrhG § 38 Rn. 28; Schrickler/Loewenheim/Peukert UrhG § 38 Rn. 31; Golla/Lück ZUM 2015, 550 (553); Wandtke/Bullinger/Wandtke/König UrhG § 38 Rn. 8.

²⁷ Abrufbar unter: <https://lexetius.com/leges/VerlG/Inhalt>.

²⁸ Abrufbar unter: <https://www.fotorecht-seiler.eu/kunsturhebergesetz-kug-1907-gesetz-zum-recht-am-eigenen-bild/>.

1902 ergab sich das Gleiche aus der dispositiven Natur der Norm.²⁹

1962 mit der Neufassung des Urheberrechts im UrhG entschied sich der Gesetzgeber im Wesentlichen³⁰ für den heutigen § 38 I UrhG. Der Gesetzgeber sah Änderungsbedarf, da die § 11 I KUG 1907, § 42 I VerlG 1902 oft Anlass zu Zweifeln³¹ über die Übertragung des ausschließlichen Nutzungsrechts gegeben hätten. In der Regel wolle aber der Herausgeber oder Verleger das ausschließliche Nutzungsrecht erwerben und dies erscheine auch „gerechtfertigt“.³² Außerdem wurde, „wie im geltenden Recht (...), (...) zugleich vorgesehen, dass der Urheber den Beitrag nach Ablauf eines Jahres anderweit vervielfältigen und verbreiten darf“.³³ Der Gesetzgeber wollte also die geltende Rechtslage nur geringfügig modifizieren. Die Zweitverwertungsmöglichkeit sollte unverändert bestehen bleiben, insoweit scheint auch ein geringfügig abweichender Wortlaut ohne Bedeutung („wenn“ in § 42 II VerlG bzw. „soweit“ in § 38 I 2 UrhG). Die Jahresfrist soll allerdings nach dem Willen des Gesetzgebers nicht erst mit Ablauf des Kalenderjahres, sondern unmittelbar nach Veröffentlichung beginnen. Insoweit führen die 12-Monatsfrist in § 38 IV UrhG und die 1-Jahresfrist in § 38 I UrhG zum gleichen Ergebnis.

Im Übrigen kennt die Regelung, anders als § 38 IV UrhG, keine Einschränkung auf die akzeptierte Manuskriptversion. Der Autor kann sein Manuskript daher um die nicht-urheberrechtlich geschützte³⁴ Paginierung und das Layout der Zeitschrift ergänzen und zweitveröffentlichen. Mit anderen Worten: Der Autor kann eine Kopie oder einen Scan seines Beitrags aus der Zeitschrift veröffentlichen, sofern die Voraussetzungen des § 38 UrhG vorliegen.

2. Eigenständiges Zweitveröffentlichungsrecht

Der § 38 I 2 UrhG könnte aber bei enger Auslegung stets voraussetzen, dass die Zweifelsregelung aus § 38 I 1 UrhG greift. Das Zweitveröffentlichungsrecht aus § 38 I 2 UrhG nimmt nämlich durch ein vorangestelltes „jedoch“ Bezug auf den § 38 I 1 UrhG, der den Verleger „im Zweifel“ ein ausschließliches Nutzungsrecht gewährt. Insoweit könnte S. 2 nur für den Fall greifen und einen Interessenausgleich schaffen, dass der Verleger nach S. 1 ein ausschließliches Nutzungsrecht erhält. Die Konsequenz: Jegliche ausdrücklich vereinbarte Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte würde nicht § 38 I 2 UrhG unterfallen.

Ein genauerer Blick auf § 38 I UrhG zeigt aber, dass § 38 I 2 UrhG ein eigenständiges Zweitveröffentlichungsrecht unabhängig von S. 1 gewährt. Da S. 1 „im Zweifel“ greift, fällt eine klare Abgrenzung zwischen Konstellationen schwer, die S. 1 (und nach abzulehnender Auslegung nur dann auch S. 2) unterfallen, und solchen, die der Norm nicht unterfallen. In systematischer Hinsicht zeigt der Verweis nur auf Abs. 1 S. 2 in Abs. 2 zudem auch, dass Abs. 1 S. 2 nach Ansicht des Gesetzgebers auch eigenständig gedacht werden kann und soll. Vor allem aber bestätigt ein Blick auf den letzten Halbsatz des Abs. 1 S. 2 die hier aufgestellte These. Eine anderweitige Vereinbarung ist grundsätzlich explizit möglich (s. hierzu nachfolgend unter 4). In den Fällen des S. 1 wird aber regelmäßig gar keine Vereinbarung über Nutzungsrechte getroffen. Der letzte Halbsatz in Abs. 1 S. 2 zur anderweitigen Vereinbarung hätte somit keinen bzw. nur einen verschwindend geringen Anwendungsspielraum.

Nicht zuletzt spricht auch die Regelungshistorie für die Annahme eines eigenständigen Zweitveröffentlichungsrechts (vgl. ausführlich o. unter V 1). Der Wortlaut der § 11 II KUG 1907, § 42 II VerlG 1902 ist insoweit noch eindeutiger und nimmt nicht Bezug auf die jeweils in Abs. 1 vorangestellte Regelung zum ausschließlichen Nutzungsrecht des Verlegers (jeweiliger Abs. 2: „Über einen Beitrag, für welchen der Verleger das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung erhalten hat, (...)“). Der Gesetzgeber wollte die Regelung in dieser Hinsicht nicht durch Übernahme in § 38 I UrhG modifizieren.

§ 38 I 2 UrhG gewährt also ein eigenständiges Zweitveröffentlichungsrecht, das unabhängig von den Voraussetzungen des S. 1 vorliegen kann. Damit ist freilich nichts dazu gesagt, welche Rechtsnatur das Zweitveröffentlichungsrecht hat (insbesondere, ob es eine urheberrechtliche Schranke darstellt),³⁵ und wie es sich zu dem ausschließlichen Nutzungsrecht verhält – unabhängig davon, ob ein solches vereinbart wird oder sich aus § 38 I 1 UrhG ergibt. Diese Aspekte werden relevant für die Frage, ob die Vereinbarung eines Zweitverwertungsrechts als vertragscharakteristische Pflicht einer AGB-Kontrolle entzogen ist, und insoweit dort erörtert (unter V 5 b).

3. Weite Auslegung des Merkmals der fehlenden Vereinbarung

Der Dreh- und Angelpunkt der Bedeutung des § 38 I 2 UrhG ist allerdings die Ausnahme der anderweitigen Vereinbarung im letzten Halbsatz. Bei einem weiten Verständnis könnte bereits die Vereinbarung eines ausschließlichen Nutzungsrechts eine solche andere Vereinbarung darstellen. Stattdessen ist die Vorschrift aber restriktiv auszulegen (s. nachfolgend unter 4) und zugleich eine Vereinbarung an den §§ 305 ff. BGB zu messen (s. nachfolgend unter 5).

4. Erfordernis einer konkreten Vereinbarung

Der Ausschluss des Zweitveröffentlichungsrechts erfordert eine konkrete Vereinbarung. Die Vereinbarung eines ausschließlichen Nutzungsrechts enthält nicht zwangsläufig eine Vereinbarung über den Ausschluss des Zweitverwertungsrechts.

Der Autor und der Verleger können nämlich vereinbaren,³⁶ dass dem Autor nach der Jahresfrist ein Zweitverwertungsrecht vorbehalten wird (vgl. § 31 III 2

²⁹ Vgl. zur aktuellen Fassung ohne den § 42 VerlG BeckOK UrhR/Wegner VerlG Vorb. Rn. 5; Straus, FS Schrickler, 1995, 291 (308 f.).

³⁰ 2014 wurde das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in § 38 I UrhG aufgenommen.

³¹ Zu Recht auf die weiterhin notwendige Auslegung anhand der Umstände hinweisend und die insoweit nicht vollständige Eliminierung von Zweifeln durch die Regelung Schrickler GRUR Int 1983, 446 (449).

³² BT-Drs. IV/270, 59.

³³ BT-Drs. IV/270, 59.

³⁴ Heckmann/Weber GRUR Int 2006, 995 (999); KG ZUM-RD 1997, 466. Vgl. auch für das US-Recht Matthew Bender & Co. v. West Pub. Co., 158 F.3d 693 (2d Cir. 1998). Weiterhin ist aber an den Datenbankschutz im deutschen Urheberrecht aus §§ 87 a ff. UrhG zu denken. Hier kommt es darauf an und es wird regelmäßig abzulehnen sein, dass ein Beitrag mit seiner Paginierung und seinem Layout einen wesentlichen Teil einer Datenbank, dh zB des Fachzeitschriften-Portals, darstellt. Dieses Verständnis wird auch gestützt durch den (unionsrechtskonformen) Verweis auf das „Werk“ anstelle des „Manuskripts“ in § 38 I 2 UrhG.

³⁵ Vgl. zum Zweitveröffentlichungsrecht aus § 38 IV UrhG Golla/Lück ZUM 2015, 550 (552).

³⁶ Überzeugender ist es hingegen, dass sich eine solche Rechtsfolge bereits aus dem dispositiven § 38 I UrhG ergibt (so unter V). Für den hier dargestellten Fall würden sich freilich keine abweichenden Folgen aus dieser Auslegung ergeben.

UrhG), während dem Verleger weiterhin das ausschließliche Nutzungsrecht verbleibt. Die Vereinbarung eines ausschließlichen Nutzungsrechts zugunsten des Verlegers ohne ausdrücklich erkennbaren Willen der Parteien zur Einschränkung des Zweitverwertungsrechts führt zu der vorgenannten Rechteaufteilung.

Ein Blick auf die Gesetzgebungshistorie bestätigt diese These. § 11 KUG 1907 differenzierte in seinen beiden Absätzen eindeutig zwischen der Übertragung des ausschließlichen Nutzungsrechts (Abs. 1) und dem Zweitveröffentlichungsrecht (Abs. 2). In § 42 VerlG 1902 war ebenfalls eine solche Differenzierung angelegt, indem der Verfasser über „einen Beitrag, für welchen der Verleger das *ausschließliche* Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung erhalten hat, (...) anderweit verfügen (darf)“ (Hervorhebung durch den Verf.) vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung. Das ausschließliche Nutzungsrecht ging also auch hier nicht mit einem Ausschluss des Zweitveröffentlichungsrechts einher. Der Gesetzgeber wollte mit Einführung des § 38 I UrhG diese Differenzierung beibehalten (vgl. o. unter V 1).

Wortlaut und Systematik differenzieren ebenfalls zwischen dem ausschließlichen Nutzungsrecht und dem Ausschluss des Zweitverwertungsrechts. Wie gezeigt (s. o. unter V 2), ist S. 2 eigenständig und losgelöst vom ausschließlichen Nutzungsrecht nach S. 1 zu betrachten. Das legt nahe, dass ein ausschließliches Nutzungsrecht iSd S. 1 vereinbart werden kann, ohne dass damit auch die Frage nach dem Zweitveröffentlichungsrecht nach S. 2 angesprochen ist. Die Vereinbarung eines ausschließlichen Nutzungsrechts genügt daher nicht für eine anderweitige Vereinbarung iSd S. 2. Stattdessen bedarf es einer Vereinbarung über ein „ob“ und gegebenenfalls „wie“ eines Zweitveröffentlichungsrechts.

Weiterhin spricht § 38 III UrhG für die zuvor dargelegte Auslegung. § 38 III UrhG ähnelt in seiner Struktur dem § 38 I UrhG und schafft eine spezielle Regelung für Veröffentlichungen in Zeitungen. In Abs. 3 findet sich sowohl im S. 1 (einfaches Nutzungsrecht) als auch in S. 2 (Zweitveröffentlichungsrecht) die Ausnahme einer anderweitigen Vereinbarung. Damit wird noch expliziter, dass – wie nach Abs. 1 – Nutzungsrecht und Zweitveröffentlichungsrecht zwei Paar Schuhe sind, die voneinander unabhängig vereinbart werden können.

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem Telos der Norm, die Interessen der Urheber und der Allgemeinheit an einer Zweitveröffentlichung ebenfalls hinreichend zu berücksichtigen.³⁷ Wird der Ausschluss des Zweitveröffentlichungsrechts im Autorenvertrag explizit gemacht, kann der Urheber in Kenntnis dieser Ausnahme (unabhängig von ihrer Wirksamkeit, s. nachfolgend), über die Wahl der Zeitschrift entscheiden.

Dementsprechend genügen die häufig durch Verleger juristischer Fachzeitschriften verwendeten Klauseln zur Übertragung eines ausschließlichen Nutzungsrechts nicht, um das Zweitverwertungsrecht nach § 38 I 2 UrhG auszuschließen. Erforderlich ist vielmehr regelmäßig eine ausdrückliche Vereinbarung,³⁸ zB in Form einer AGB: „Das Recht des Urhebers zur Zweitverwertung nach § 38 I 2 UrhG ist ausgeschlossen.“

5. Kontrolle der anderweitigen Vereinbarung nach den §§ 305 ff. BGB

Auf einem anderen Blatt steht allerdings die Frage, ob eine solche Klausel³⁹ im Einzelfall tatsächlich (wirksam)

„vereinbart“ wurde. Mehr als 70 Jahre nach Inkrafttreten der Vorschriften aus dem VerlG und KUG verankerte der deutsche Gesetzgeber 1977 die AGB-Kontrolle im AGB-Gesetz und überführte sie später in die §§ 305 ff. BGB.⁴⁰

a) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

Die Regelungen ebnen den Weg für die vereinfachte und effizientere vertragliche Handhabung von Massengeschäften und berücksichtigen zugleich typisierend die Interessen derer, denen gegenüber die AGB zur Anwendung gelangen. Als *lex posterior* und *lex specialis* für zur massenhaften Verwendung formulierte Vertragsbedingungen finden die §§ 305 ff. BGB Anwendung auf Vertragsklauseln im Verlagswesen. Die Regelung des § 38 UrhG trifft nämlich auf eine Vielzahl an Konstellationen mit unterschiedlichen Verhandlungspositionen in der Praxis, die der Gesetzgeber bei Erlass des § 38 UrhG und der Vorgängerregelung so nicht vorhersehen konnte.⁴¹ Zugleich wollte der Gesetzgeber Vereinbarungen im Einzelfall im Rahmen der allgemeinen schuldrechtlichen Rahmenbedingungen gerade ermöglichen. Die anderweitige Vereinbarung iSd § 38 I 2 UrhG unterliegt damit ebenfalls der AGB-Kontrolle.⁴²

Das bestätigt auch ein Blick auf Vorschriften mit einem ähnlich expliziten Dispositionsvorbehalt im BGB. Bei diesen Vorschriften ist die Anwendung der AGB-Kontrolle auf die Vereinbarung entweder ebenfalls anerkannt (zB § 556 a I 1 BGB⁴³ und wohl auch § 608 II BGB) oder lediglich deshalb ausgeschlossen, weil nur Individualvereinbarungen zulässig sind (zB § 312 d I 2 BGB⁴⁴).

Die in Autorenverträgen enthaltenen Formulierungen werden für eine Vielzahl von Verträgen durch den Verlag gestellt und erfüllen in aller Regel die Voraussetzungen an die Einbeziehung (§ 305 BGB).⁴⁵ Der Nachweis wird sich daher auch ohne die Privilegierungen für Verbraucherträge in § 310 III BGB erbringen lassen.

b) Kein Ausschluss als Vereinbarung über Hauptleistungspflicht

Der Ausschluss oder die Einschränkung des Zweitverwertungsrechts ist auch unter Berücksichtigung des Vertragstyps und der Rechtsvorschrift des § 38 I 2 UrhG der Inhaltskontrolle zugänglich.⁴⁶

Aus Gründen der Vertragsfreiheit einschließlich der Verhinderung einer Preiskontrolle sind unmittelbar den Vertragstyp und seine Hauptleistungspflichten betreffende Klauseln der AGB-Kontrolle entzogen (vgl. § 307 III 1 BGB).⁴⁷ Der Autorenvertrag wird maßgeblich geprägt

³⁷ Vgl. Schrickler/Loewenheim/Peukert UrhG § 38 Rn. 1–4.

³⁸ In diese Richtung auch Ehmann/Fischer GRUR Int 2008, 284 (290).

³⁹ Die sich regelmäßig sowohl auf die Pflicht zur Übertragung als auch die zugehörige Verfügung bezieht. Vgl. auch Ehmann/Fischer GRUR Int 2008, 284 (285).

⁴⁰ Schon damals zur Bedeutung der AGB-Kontrolle im Verlagswesen Schrickler GRUR Int 1983, 446 (446 f.).

⁴¹ Vgl. auch BT-Drs. 17/13423, 9 f.

⁴² So auch Schrickler/Loewenheim/Peukert UrhG § 38 Rn. 9.

⁴³ BGH NJW 2015, 952 Rn. 24.

⁴⁴ MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312 d Rn. 8.

⁴⁵ So auch Wildgans, Urheberrecht in der wissenschaftlichen Forschung: Ein „Window of Opportunity?“, 2022, S. 625. Vgl. auch Loewenheim/Leistner/Ohly/Ohly, 6. Aufl. 2020, UrhG vor §§ 31 ff. Rn. 36. Zu einzelnen Zeitschriften Ehmann/Fischer GRUR Int 2008, 284 (288).

⁴⁶ S. auch generell zu § 38 UrhG im Zusammenhang mit der Wissenschaft Zf – Forschungsgruppe Ethik des Kopierens, Stellungnahme v. 24.2.2017, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/02222017_Stellungnahme_zif_RefE_UrhWissG.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 5.

⁴⁷ Statt aller BAG NJW 2008, 3372 Rn. 22.

durch eine Nutzungsrechtsübertragung des Autors (vgl. § 38 I 1 UrhG)⁴⁸ und einen korrespondierenden Verwertungsanspruch. Die Vereinbarung eines Zweitverwertungsrecht prägt selbst nicht unmittelbar den Autorenvertrag, hängt von der Erfüllung der Hauptleistungspflicht zur Nutzungsrechtsübertragung ab und ist daher nicht als vertragscharakteristische Hauptleistung einzuordnen.

Allerdings könnte man die Vereinbarung über ein Zweitverwertungsrecht (oder dessen Ausschluss) als Konkretisierung der Hauptleistungspflicht des Autors zur Nutzungsrechtsübertragung ansehen.⁴⁹ Der gesetzliche Regelfall aus § 38 I 2 UrhG sieht nach vorherrschender Auffassung vor (vgl. o. unter V), dass das ausschließliche Nutzungsrecht nur befristet in Gänze gewährt wird und nach Ablauf der Jahresfrist in ein einfaches Nutzungsrecht übergeht.⁵⁰ Diese Einschränkung (oder der Verzicht auf eine solche) lässt den charakteristischen Kern der Hauptleistungspflicht zur Nutzungsrechtgewährung unberührt – der Verlag ist weiterhin mit der kommerziell relevanten Erstverwertung betraut. Abhängig von der jeweiligen Vereinbarung verbleibt dem Verlag unter Umständen sogar weiterhin das ausschließliche Nutzungsrecht abzüglich eines einfachen Nutzungsrechts zur Zweitverwertung durch den Autor iSd § 31 III 2 UrhG. Eine entsprechende Vereinbarung über oder der Ausschluss eines Zweitverwertungsrechts geht daher über eine nicht nach § 307 I 2 BGB zu kontrollierende Leistungsbeschreibung⁵¹ hinaus und ist mithin als Modifikation der Hauptleistungspflicht am Maßstab der § 307 I, II BGB zu messen.⁵²

c) Kein Ausschluss als Übernahme einer Rechtsvorschrift nach § 307 III 1 BGB

Weiterhin ließe sich daran denken, die Vereinbarung als bereits in der Rechtsvorschrift des § 38 I 2 UrhG enthalten zu sehen („wenn nichts anderes vereinbart ist“). Die AGB-Inhaltskontrolle dient nicht der Kontrolle der Vorschriften des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, so dass nach § 307 III 1 UrhG eine Inhaltskontrolle ebenfalls ausgeschlossen wäre. Für Rechtsvorschriften wiedergebende Klauseln lässt § 307 III BGB stattdessen nur eine Kontrolle auf Transparenz und Verständlichkeit zu.

Die Einschränkung des Zweitverwertungsrechts wird zwar durch den Gesetzgeber in § 38 I 2 UrhG anerkannt. Der Gesetzgeber hat sich aber gerade nicht dafür entschieden, stets oder in ausgewählten Fällen *selbst* eine solche Regelung zutreffen. In Erweiterung der Vorgängerregelung in § 42 VerlG 1902 bestätigt § 38 I 2 UrhG letztlich nur den disponiblen Charakter der Regelung und stellt Anforderungen an vertragliche Regelungen (vgl. o. unter V 4). § 307 III 1 BGB findet auf anderweitige Vereinbarungen iSd § 38 I 2 UrhG also keine Anwendung und lässt Raum für die Durchführung einer Inhaltskontrolle nach § 307 I, II BGB.

d) Inhaltskontrolle, insbesondere § 307 II Nr. 1 BGB

Im Rahmen der Inhaltskontrolle ergeben sich insbesondere aus dem Regelbeispiel⁵³ in § 307 II Nr. 1 BGB iVm Abs. 1 S. 1 Anforderungen, die einem pauschalen Ausschluss des Zweitverwertungsrechts in diversen Fällen entgegenstehen und damit den Weg bereiten für Open Access in der Wissenschaft. Die AGB-Kontrolle steht insoweit Abweichungen entgegen, die mit wesentlichen Grundgedanken einer Vorschrift nicht zu vereinbaren sind.

Zunächst müssten sich § 38 I 2 UrhG „wesentliche Grundgedanken“ iSd § 307 II Nr. 1 BGB entnehmen lassen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH – und zumindest im Ergebnis regelmäßig übereinstimmend mit Ansätzen in der Literatur⁵⁴ – muss es sich um eine Regelung handeln, die nicht „auf reinen Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern auf die Interessen beider Parteien berücksichtigenden Gerechtigkeitserwägungen beruht“.⁵⁵ Die – überwiegend deklaratorische – Aufnahme der Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung in § 38 I 2 UrhG ändert dabei nichts daran,⁵⁶ dass der Regelung Grundgedanken zugrunde liegen. Das zeigt ein Vergleich mit der Rechtsprechung zu § 556 a I 1 BGB, der ebenfalls nach seinem Wortlaut abweichende Vereinbarungen ausdrücklich zulässt.⁵⁷

In § 38 I UrhG kommt insgesamt ein auf Gerechtigkeitserwägungen beruhender Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen Verlag, Urheber und Lesern zum Ausdruck. Ein wichtiges Indiz für einen Interessenausgleich bietet auch die Jahresfrist in § 38 I 2 UrhG. Die Gesetzesbegründungen verhalten sich kaum zum Telos der Vorgängernormen im VerlG und KUG. Allerdings stellt der Gesetzgeber in der Begründung zu § 38 I UrhG Gerechtigkeitserwägungen an („gerechtfertigt erscheint“) und legt nahe, dass das Zweitverwertungsrecht in § 38 I 2 UrhG einen Interessenausgleich schafft.⁵⁸ Zwar wird auch darauf rekurriert, was – wie es „die Praxis (gezeigt hat)“ – zweckmäßig zu sein scheint.⁵⁹ Dabei bezieht sich der Gesetzgeber aber darauf, ob das ausschließliche Nutzungsrecht oder das einfache Nutzungsrecht der gesetzliche Regelfall sei. Das Zweitverwertungsrecht in § 38 I 2 UrhG lässt sich aber nicht hiermit, sondern wohl nur durch die zu berücksichtigenden Interessen des Urhebers (und gegebenenfalls der Allgemeinheit) erklären. Das Zweitverwertungsrecht weist insoweit als Veröffentlichungsumstand⁶⁰ Nähe zu den Urheberpersönlichkeitsrechten auf und ist Ausdruck der Verbindung des Schöpfers zu seinem Werk (Schöpferprinzip; vgl. §§ 7, 12 ff. UrhG).⁶¹ Weiterhin ist das Recht im Sinne der Zugänglichkeit von Wissen für die Allgemeinheit.⁶² Die 1-Jahresfrist soll dabei zugleich eine ausreichende Möglichkeit zur Verwertung und Amortisierung durch den Verlag sicherstellen.

Nicht gegen die Extraktion von Grundgedanken spricht die zwischenzeitlich möglich gewordene Online-Veröffentlichung durch den Autor mit deutlich größerer

⁴⁸ Für die Übertragung des ausschließlichen Nutzungsrechts die Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB verneinend Wildgans, Urheberrecht in der wissenschaftlichen Forschung: Ein „Window of Opportunity?“, 2022, S. 627; vgl. BGH GRUR 2012, 1031 (1035) – Honorarbedingungen Freie Journalisten.

⁴⁹ Vgl. zur Datenautomatik als Ausgestaltung der Hauptleistungspflicht eines Mobilfunkvertrags BGH NJW 2018, 534 Rn. 18, 27.

⁵⁰ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 38 Rn. 16; Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel UrhG § 38 Rn. 14; Golla/Lück ZUM 2015, 550 (553).

⁵¹ BGH NJW 2022, 872 Rn. 25; NJW 2014, 1568 Rn. 27.

⁵² So auch für Modifikationen eines § 38 III UrhG modifizierenden Drittverwertungsrechts LG München I ZUM 2012, 904 (908).

⁵³ Zur Widerlegung bei Vorliegen des Regelbeispiels, vgl. BGH NJW 2013, 1431.

⁵⁴ Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, 13. Aufl. 2022, Rn. 222.

⁵⁵ BGH NJW-RR 2019, 755 (757).

⁵⁶ So aber Schippan ZUM 2012, 771 (778 f.). Wie hier hingegen LG München I ZUM 2012, 904 (908).

⁵⁷ BGH NJW 2015, 952 Rn. 24.

⁵⁸ BT-Drs. IV/270, 59.

⁵⁹ BT-Drs. IV/270, 59.

⁶⁰ BGH GRUR 2017, 1027 Rn. 64 – Reformistischer Aufbruch.

⁶¹ Vgl. Schricke/Loewenheim/Peukert UrhG § 38 Rn. 1, 3.

⁶² Vgl. BT-Drs. 17/13423, 9. Vgl. auch zu § 38 IV UrhG Wandtke/Bullinger/Wandtke/König UrhG § 38 Rn. 1; Krings/Hentsch ZUM 2013, 909 (912).

Reichweite, die den Interessen der Verlage mehr als andere Zweitverwertungsformen zuwiderlaufen dürfte. Es lässt sich nicht (mehr) argumentieren, dass der Gesetzgeber diese Verwertungsform bei Erlass des § 38 I UrhG noch nicht vor Augen hatte. 2014 wurde durch den Gesetzgeber nämlich das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung in § 38 I UrhG aufgenommen.⁶³

Zugleich ist aber zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber ausdrücklich abweichende Vereinbarungen zugelassen und nur für den Bereich der öffentlich geförderten Forschung in § 38 IV UrhG ein zwingendes Zweitverwertungsrecht aufgenommen hat. § 38 I 2 UrhG enthält also keinesfalls den Grundgedanken, dass das Zweitverwertungsrecht regelmäßig unter den gleichen Bedingungen wie nach § 38 IV UrhG zwingend ist.⁶⁴

Stattdessen lassen die Grundgedanken der Regelung ausreichende Flexibilität zu. Die Zulässigkeit einer Zweitverwertungsklausel hängt im Einklang mit den Gerechtigkeitserwägungen von unterschiedlichen Faktoren ab. Hier sind zunächst die vereinbarten Auswirkungen des Zweitverwertungsrechts auf das ausschließliche Nutzungsrecht des Verlags zu nennen, zB ob das ausschließliche Nutzungsrecht des Verlags weiterhin Bestand hat, während hiervon unberührt nach Ablauf der vereinbarten Frist ein einfaches Nutzungsrecht beim Autor entsteht (vgl. § 31 III 2 UrhG), ob das ausschließliche Nutzungsrecht in ein einfaches Nutzungsrecht übergeht, wie es § 38 I 2 UrhG im Regelfall vorsieht, oder aber, ob das Nutzungsrecht des Verlags vollständig nach Ablauf der vereinbarten Frist endet. Weitere Faktoren sind das Thema des Beitrags, der Zeitschriftentyp sowie die Beschränkung auf eine nicht-kommerzielle Zweitverwertung. Während eine Frist von einem Jahr für einen aktuellen Hinweis (zB in ZD-Aktuell) ausreichend die Interessen beider Parteien berücksichtigt, sind für einen Beitrag mit signifikant längerem Kernverwertungszeitraum (zB im AcP) eine längere Frist⁶⁵ und die Beschränkung auf eine nicht-kommerzielle Zweitverwertung als zulässige Modifikationen denkbar. Entsprechendes gilt für andere Wissenschaftsdisziplinen, bei denen jeweils andere Voraussetzungen und Fristen dem § 38 I 2 UrhG zugrunde liegenden Interessenausgleich gerecht werden können. Eine Regelung, die dem Autor die nicht-kommerzielle Zweitverwertung gestattet, wird sich eher mit den wesentlichen Grundgedanken des § 38 I 2 UrhG vereinbaren lassen als eine, die jegliche Zweitverwertung aus-

schließt. Der pauschale Ausschluss des Zweitverwertungsrechts des Autors oder erhebliche Einschränkungen (zB durch eine überlange Frist) sind zumindest grundsätzlich nicht mit § 307 I 1, II Nr. 1 BGB iVm § 38 I 2 UrhG zu vereinbaren.

Die hier genannten Faktoren bieten keine abschließende Antwort darauf, welche Regelungen sich im Einzelfall mit den wesentlichen Grundgedanken des § 38 I 2 UrhG vereinbaren lassen. Die Überlegungen zeigen aber, dass die Bedeutung des § 38 I 2 UrhG für Open Access erheblich unterschätzt wird. In Verbindung mit den §§ 305 ff. BGB beschränkt die Vorschrift die (gestörte) Privatautonomie in Massengeschäften so, dass Verleger nicht pauschal ein Zweitverwertungsrecht in AGB ausschließen können.

VI. Abschließende Betrachtung und Ausblick

Zumindest der Begriff des Open Access scheint in der (Rechts-)Wissenschaft angekommen zu sein. Die tatsächliche Umsetzung bleibt aber noch erheblich hinter dem Potenzial von Open Access zurück, wie ein Blick auf ausgewählte Ausgaben rechtswissenschaftlicher Zeitschriften nahelegt. Soweit Open Access mit Nachteilen für Akteure auf dem Markt einhergeht, bedarf es mehr als zuvor einer Debatte über die Rolle dieser Akteure, dh insbesondere der Verlage.

Der Blick auf § 38 I UrhG (iVm §§ 305 ff. BGB) hat gezeigt, dass den Autoren allerdings schon jetzt ein Gegengewicht zum formularmäßigen Ausschluss des Zweitverwertungsrechts zur Seite steht. Zum einen erfordert ein solcher Ausschluss eine konkrete Vereinbarung nach § 38 I 2 UrhG, die bisher oft nicht erfolgt. Zum anderen unterliegt ebendiese Vereinbarung der Inhaltskontrolle und insbesondere den Grenzen des § 307 I 1, II Nr. 1 BGB. Ein pauschaler Ausschluss des Zweitverwertungsrechts in AGB überschreitet grundsätzlich diese Grenzen. Den Autoren steht damit das in § 38 I 2 UrhG normierte Zweitverwertungsrecht oft zu – und damit ein Recht zur Zweitveröffentlichung mit Original-Paginierung.

⁶³ Vgl. BT-Drs. 17/13423, 10.

⁶⁴ In diese Richtung und zu weitgehend aber Schricker/Loewenheim/Peukert UrhG § 38 Rn. 9.

⁶⁵ S. zum Verwertungszeitraum in den Geisteswissenschaften Krings/Hentsch ZUM 2013, 909 (912); Sprang ZUM 2013, 461 (464).