

# Zur urheberrechtlichen Gestaltung von Repositorien

Handreichung für Universitäten, Forschungszentren  
und andere Bildungseinrichtungen



## IMPRESSUM

Projekt IUWIS – Institut für Bibliotheks-  
und Informationswissenschaft  
Humboldt-Universität zu Berlin  
Unter den Linden 6, D-10099 Berlin  
Tel.: +49(0)30 / 2093-4523  
www.iuwis.de E-Mail: info@iuwis.de

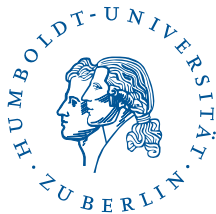
Projektleiter und verantwortlich:  
Prof. Dr. Rainer Kuhlen, Prof. Michael Seadle, PhD  
Redaktion: Thomas Hartmann, Elena Di Rosa, Valie Djordjevic

Gestaltung: tigerworx Berlin (u. V. v. fotolia.com: cingisiz/ntnt/novik/scusi) / DieSachbearbeiter  
Gefördert von der DFG

### Rechtlicher Hinweis

Diese Publikation wurde sorgfältig und nach bestem Wissen erstellt. Sie soll das Verständnis für urheberrechtliche Bestimmungen erleichtern und allgemeine Hinweise zu einschlägigen Rechtsvorschriften geben. Sie kann allerdings eine individuelle Rechtsberatung bei konkreten urheberrechtlichen Problemen nicht ersetzen. IUWIS übernimmt für die Richtigkeit der Inhalte keine Verantwortung.

Die Inhalte dieser Publikation stehen unter einer  
Creative Commons Namensnennung 3.0 Deutschland Lizenz  
(siehe näher <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/de/>).



iuwis 

infrastruktur urheberrecht für  
wissenschaft und bildung

[www.iuwis.de](http://www.iuwis.de)

## Zur urheberrechtlichen Gestaltung von Repositorien

Handreichung für Universitäten, Forschungszentren  
und andere Bildungseinrichtungen

# Inhalt

<b>Vorwort</b> .....	5
<b>Editorial</b> .....	6
<b>Urheberrecht kompakt</b> .....	8
Lizenz-ABC.....	8
Nach Erstveröffentlichung bei einem Verlag.....	12
Die SHERPA/RoMEO-Liste – eine Orientierungshilfe.....	13
Rechtevorbehalt des Autors zugunsten einer Zweitveröffentlichung im Repositorium.....	14
Haftungs-ABC.....	15
Haftungsfolgen.....	16
Haftungsspielregeln für die eigenen AutorInnen.....	16
Zugriffsbeschränkte Repositorien.....	20
Sonderbestimmung für Unterricht und Forschung.....	20
Print-on-Demand-Dienst.....	22
Publikationen mehrerer AutorInnen.....	22
Qualifikationsarbeiten.....	23
Link zu Mitarbeiterseiten.....	23
Vergütungsansprüche der AutorInnen bei der VG Wort.....	24
Weitergabe an andere Repositorien, Forschungsverbünde und andere publikationsbezogene Kooperationen.....	25
Abstracts und Metadaten.....	27
<b>Urheberrecht und Repositorien</b> .....	28
Absolute Rechtssicherheit gibt es nicht – Tagungsnachlese IUWIS Workshop.....	28
Mit Freien Lizenzen zu Open Access Repositorien?.....	32
Repositorien und Creative Commons.....	36
Rechtliche Folgen der Vernetzung von Repositorien.....	42
<b>Gutachten Prof. Metzger</b> .....	46
Volltext Gutachten Prof. Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard).....	49
IUWIS Fragenkatalog für das Gutachten Prof. Metzger.....	72
<b>Gutachten Prof. Wiebe</b> .....	76
Volltext Gutachten Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M. (Virginia).....	80
IUWIS Fragenkatalog für das Gutachten Prof. Wiebe.....	118

# Vorwort

IUWIS ist eine Web-Plattform, um die Fachöffentlichkeit in Bildung und Wissenschaft über Entwicklungen, Probleme und Chancen im Urheberrecht zu informieren, sofern dies für Lehre und Forschung einschlägig ist. IUWIS betreibt selber keine urheberrechtswissenschaftliche Forschung, lädt aber jedermann aus der Fachwelt ein, die verschiedenen Dienste von IUWIS (z.B. Referenzbank/Infopool, Blogs, Dossiers, Meldungen) zu benutzen, um Literatur, auch eigene, oder aktuelle Beiträge einzuspeisen.

IUWIS organisiert auch Konferenzen und Workshops, um aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht mit WissenschaftlerInnen und (Hochschul-) LehrerInnen sowie Personen aus der Informationsinfrastruktur, wie Bibliotheken, Content Providern oder Fachinformationssystemen, zu besprechen. Als ein Mittel, urheberrechtliche Expertise auf hohem Niveau in IUWIS und damit in die Fachöffentlichkeit in Bildung und Wissenschaft einzubringen, hat sich die Möglichkeit, externe Gutachten einzuwerben, als besonders attraktiv erwiesen.

In dieser Handreichung für Universitäten zur urheberrechtlichen Gestaltung von Repositorien werden Materialien zusammengestellt und ausgewertet, die Gegenstand des IUWIS-Workshops „Urheberrecht und Repositorien“ vom 2. März 2011 in Osnabrück waren. Als besonders nützlich hat sich erwiesen, dass die Professoren Axel Metzger und Andreas Wiebe an dem Workshop teilnahmen und ihre Gutachten („Die urheberrechtliche Gestaltung von Open Access Repositorien“ einerseits und „Gesetzliche Haftung der Repositorienbetreiber und Wirkung von Haftungsfreistellungen“ andererseits) in einer ersten Version zur Diskussion stellen konnten. Die Endversionen der Gutachten sind hier dokumentiert.

Das Ergebnis des Workshops wird hier ausführlich von Thomas Hartmann zusammengefasst. Thomas Hartmann war für diesen Workshop und für die Formulierung der Anforderungen an die Gutachten bei der Ausschreibung wesentlich zuständig. Dafür mein herzlicher Dank. Der Dank geht aber auch an die anderen wissenschaftlichen und studentischen MitarbeiterInnen von IUWIS, die sich vielfältig in diesen Workshop und seine Nachbereitung eingebracht haben: Konstantin Baierer, Valie Djordjevic, Ben Kaden, Karin Ludwig, Elena Di Rosa, Thomas Severiens, Jörn Syrbe und Michaela Voigt.

IUWIS hat vor, weitere Workshops zu organisieren und Gutachten aus der Rechtswissenschaft anzufordern. Vorschläge für entsprechende Themen und ReferentInnen/GutachterInnen sind willkommen.

Rainer Kuhlen

Prof. emeritus für Informationswissenschaft an der Universität Konstanz  
Projektleiter von IUWIS



## Editorial

# Urheberrechtliche Stolpersteine aus dem Weg räumen

Die Urheberrechte der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler an ihren elektronischen Publikationen sind zu respektieren. Universitäten, Forschungs- und andere Bildungseinrichtungen sowie Bibliotheken tun gut daran, mit der wissenschaftlichen Arbeit ihrer Angehörigen gewissenhaft umzugehen und dafür einen verlässlichen rechtlichen Rahmen zu etablieren.

Nicht minder liegt es im grundlegenden Interesse von WissenschaftlerInnen und Wissenschaft, ja von einer Bildungsgesellschaft insgesamt, Fachinformationen frei zugänglich vorzuhalten. Dank Internet öffneten in den letzten Jahren viele Universitäten und Forschungseinrichtungen Marktplätze für elektronische Publikationen, die so genannten Repositorien oder Publikationsserver. Namhafte Wissenschaftseinrichtungen in Deutschland möchten damit nachhaltig den globalen Diskurs über die Wissenschafts- und Forschungsergebnisse stärken.

### **Urheberrecht für Repositorien und Dokumentenserver: Fehlanzeige**

Auf das noch junge Phänomen von Repositorien geben die deutschen Gesetze bislang kaum Antworten. Immer noch stammen die meisten der Urheberrechtsbestimmungen aus einer Zeit, als noch keine Bits und Bytes die Wissenschaftsgemeinschaften vernetzten. Allein der Schutz geistigen Eigentums ist ein Rechtsmodell, welches sich über die Jahrzehnte hinweg nur sehr allmählich wandelt.

So kann es nicht verwundern, wenn bisher so gut wie keine gesetzlichen Bestimmungen oder Gerichtsurteile für die urheberrechtliche Gestaltung von Repositorien ersichtlich sind. Das Fehlen etablierter Rechtsstandards führt zu Verunsicherung und Vorsicht bei den Trägern der Repositorien, die letztendlich für Rechtsverletzungen verantwortlich sind. Nicht nur wenn Plagiate aufgedeckt werden, droht Universitäten und Forschungseinrichtungen ein immenser Ansehens- und Vertrauensverlust.

### **IUWIS nimmt sich ungeklärte Rechtslage vor**

Das Projekt Infrastruktur Urheberrecht für Wissenschaft und Bildung (IUWIS) möchte mit dieser Broschüre einen Beitrag dazu leisten, institutionelle und Fachrepositorien sowie sonstige Publikationsserver auf einem rechtlich belastbaren Fundament zu errichten und dauerhaft zu betreiben. Dazu hat das IUWIS-Team in einer Umfrage wesentliche Urheberrechtsprobleme unter den Repositorienbetreibern gesammelt und systematisch in fachjuristische Kategorien eingeordnet. Auf dieser Basis beauftragte IUWIS die auf Immaterialgüterrecht spezialisierten Professoren Axel Metzger und Andreas Wiebe mit Rechtsgutachten. Ein Workshop am 2. März 2011 in Osnabrück verdeutlichte auch den Gutachtern die rechtlichen Problemfelder: Knapp 100 Teilnehmerinnen und Teilnehmer diskutierten auf Einladung von IUWIS die offenen Rechtsfragen, welche sie in der Konzeption und dem täglichen Betrieb „ihrer“ Repositorien beschäftigen und bisweilen auch behindern.

### **Inhalte dieser Broschüre**

Die beiden Rechtsgutachten sind zwischenzeitlich vollendet und bilden den Hauptbestandteil dieser Broschüre. Beigefügt sind die den Gutachten zugrunde liegenden Fragestellungen sowie ein Rückblick auf den IUWIS-Workshop „Urheberrecht und Repositorien“. Nicht zuletzt erläutert IUWIS in den voran gestellten Rechtstipps kompakt die praktisch wichtigsten Aussagen und Empfehlungen aus den beiden Gutachten.

Wir hoffen, dass die Erläuterungen und Handlungstipps in dieser IUWIS-Broschüre eine Hilfe sind, um urheberrechtliche Stolpersteine beim Betrieb von Repositorien und Publikationsservern aus dem Weg zu räumen, das Vertrauen der WissenschaftlerInnen in die Angebote zu stärken und damit eine dauerhaft hohe Akzeptanz in den wissenschaftlichen Fachgemeinschaften zu erzielen!

Thomas Hartmann  
für das IUWIS-Team



## Urheberrecht kompakt

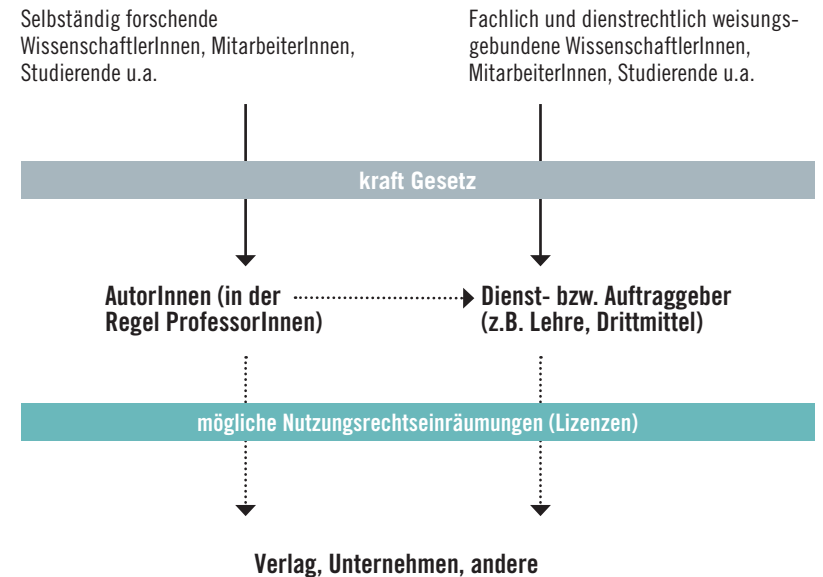
### Die wichtigsten Rechtsfragen für Repositorienbetreiber

## § Lizenz-ABC

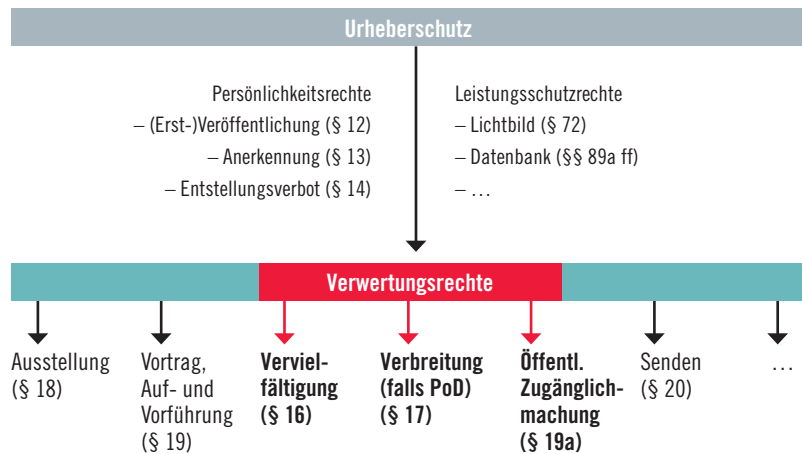
Lizenz ist nicht gleich Lizenz! Die **Einräumung von Nutzungsrechten („Lizenz“)** erfolgt in aller Regel **inhaltlich, räumlich** und **zeitlich** begrenzt, wobei die Differenzierungen bisweilen ganze Seiten in Lizenzverträgen füllen. Besonders wichtig ist darauf zu achten, ob **einfache** (nicht-exklusive) oder **ausschließliche** (exklusive) Rechte eingeräumt werden.

Für die Aufnahme eines Werkes in ein Repitorium genügen regelmäßig einfache Nutzungsrechte. Eine abweichende Konstellation kann sich ergeben, wenn eine Universität zugleich ein Repitorium und einen Universitätsverlag betreiben. Im Falle der Einräumung lediglich einfacher Nutzungsrechte darf das Repitorium das Werk nicht etwa zu Creative-Commons-Lizenzbedingungen weiterlizenzieren, ebenso wenig kann es den AutorInnen oder Dritten die weitere Nutzung untersagen. So kann die AutorIn weiterhin beliebig auch anderen Dritten Lizenzen einräumen.

### Wer hält die Rechte an Wissenschaftspublikationen?



## Welche Verwertungsrechte benötigt ein Repositorium?



alle §§ sind solche des UrhG

Die Grafik zeigt, welche drei **Verwertungsrechte** ein Repositorium mindestens benötigt. Im Sinne einer langfristigen Vorhaltung der Publikation bis hin zur Langzeitarchivierung sollte sich ein Repositorium die erforderlichen Nutzungsrechte für die **gesamte urheberrechtliche Schutzdauer** einholen.

Im Urheberrecht gilt der Grundsatz der **Formfreiheit**. Das bedeutet, dass sich der Repositorienbetreiber die erforderlichen Nutzungsrechte auch mündlich einräumen lassen kann. Es bleibt aber das **Beweisrisiko**, wenn im Konfliktfall die AutorIn bestreitet, dem Repositorium die erforderlichen Nutzungsrechte eingeräumt zu haben. Es ist daher zu empfehlen, die Zustimmungserklärungen der AutorInnen zu dokumentieren. Neben dem idealtypischen **schriftlichen Vertrag** mit beidseitiger Unterschrift (hoher Beweiswert einer Urkunde) kann auch eine **automatisierte, elektronische Dokumentation** erwogen werden. Dabei sollte das Repositorium darauf achten, dass die Zustimmungserklärung der AutorIn mit einem Zeitstempel versehen abgespeichert wird.

Die erforderlichen Nutzungsrechte sollten als **übertragbar** eingeräumt werden, damit – falls es einen Wechsel des Trägers des Repositoriums geben sollte – die erforderlichen Rechte mit übertragen werden können.

Quelle:  
Gutachten  
Metzger S. 50 ff;  
Gutachten Wiebe  
S. 93 ff

Vor diesem Hintergrund hat Axel Metzger in seinem Gutachten folgende Musterklausel für den Rechteerwerb durch ein Repositorium erarbeitet:

- “
1. Der Autor/die Autoren räumt/räumen dem Repositorium für die Dauer der gesetzlichen Schutzfrist und räumlich unbeschränkt das einfache Recht ein,
    - das Werk einschließlich Abstract und Metadaten durch das Repositorium öffentlich zugänglich zu machen und die hierfür erforderlichen Vervielfältigungen zu erstellen, insbesondere das Werk und/oder das Abstract und die Metadaten in elektronischen Datenbanken zu speichern und mittels digitaler oder anderweitiger Übertragungstechnik einer Vielzahl von Nutzern zur Verfügung zu stellen, sei es im Rahmen von Diensten, die einen Abruf des Nutzers voraussetzen oder in Diensten, bei denen die Nutzung auf Initiative des Repositoriums erfolgt, und zwar unter Einschluss sämtlicher Übertragungswege (Kabel, Funk, Satellit etc.) und Protokolle (TCP/IP, http, WAP, HTML, XML etc.), sowie
    - das Werk im Wege des Print-on-Demand in Papierform oder auf anderen Speichermedien (CDRom, CDI, EBook etc.) zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Quelle Musterklausel:  
Gutachten Metzger S. 59;  
hier auch weitere Hinweise  
zur Gestaltung einer  
Standardvereinbarung  
zwischen Repositorium  
und UrheberInnen

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

“

## § Nach Erstveröffentlichung bei einem Verlag

Wurde eine wissenschaftliche Arbeit zuerst bei einem Verlag veröffentlicht, so hat die AutorIn möglicherweise einen **Verlagsvertrag** geschlossen. Typischerweise räumt die AutorIn dem Verlag in einer solchen Vereinbarung umfassend ausschließliche Rechte an der Publikation ein. Damit kann nicht mehr die AutorIn darüber entscheiden, ob ihre Publikation auch in einem Repositorium verbreitet werden darf. Vielmehr muss sich der Repositorienbetreiber um eine **Zustimmung des Verlages** bemühen, wenn die Publikation in das Repositorium aufgenommen werden soll.

Gerade für **ältere Publikationen** ist ein Blick in den Verlagsvertrag anzuraten: Teilweise behalten sich die Verlage die ausschließlichen Rechte für die Dauer einer **Embargo-Frist** vor, nach deren Ablauf dann die Publikation in das Repositorium eingestellt werden darf. Darüber hinaus können AutorInnen unter bestimmten Voraussetzungen Nutzungsrechte **wegen Nichtausübung zurückrufen**. Eine solche Nichtausübung ausschließlicher Online-Rechte seitens des Verlags kann etwa dann vorliegen, wenn Beiträge nicht in den üblichen Datenbanken oder Open-Access-Angeboten verfügbar sind. Je länger die Erstveröffentlichung zurückliegt, desto stärker wird das **Verwertungspotential des Verlags** ausgeschöpft sein und das **Interesse der AutorIn** an einem Rückruf der Altizenzen überwiegen.

In manchen Wissenschaftsdisziplinen und Publikationsformen passiert es oft, dass mit der AutorIn **keine Lizenzabrede** getroffen wird. Dies bedeutet, dass die AutorIn im Zweifel dem Verlag lediglich einfache Nutzungsrechte einräumt und weitere Lizenzen auch an ein Repositorium vergeben kann.

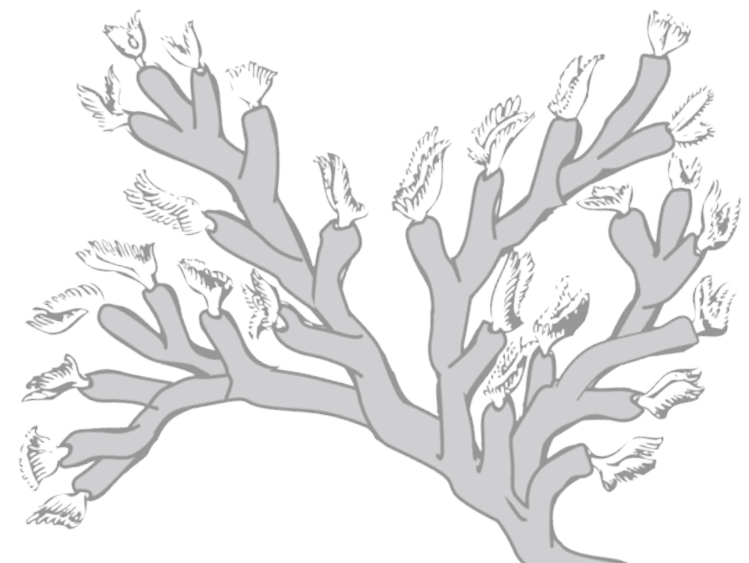
Aufsätze, die zuerst bei einem Verlag veröffentlicht wurden, können auch als **Postprint im Verlagslayout** in das Repositorium eingestellt werden, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wurde. Ein Verlagslayout ist nämlich in der Regel urheberrechtlich nicht geschützt. Anderes gilt für vom Verlag erstellte Grafiken, Fotos oder andere schutzfähige Elemente (z.B. Markensymbole, Logos) – diese können grundsätzlich nur mit Erlaubnis der RechteinhaberIn mit ins Repositorium übernommen werden.

Quelle:  
Gutachten  
Metzger S. 64 ff.,  
67 f., 69 f.;  
Gutachten Wiebe  
S. 91 f.; 109 ff.

## § Die SHERPA/RoMEO-Liste – eine Orientierungshilfe

WissenschaftlerInnen, die ihre exklusiven Verwertungsrechte an einen Verlag übertragen haben, können Dritten keine Nutzungsrechte mehr einräumen. Häufig ist dies vertraglich detailliert so festgelegt. Viele Verlage erlauben den WissenschaftlerInnen allerdings – mit oder ohne Wartefrist – das Einstellen der Publikation auf der eigenen Homepage (siehe auch „Link zu Mitarbeiterseiten“ S. 23) oder in ein Repositorium. Eine Orientierung bietet hierfür die **SHERPA/RoMEO-Liste** (Deutsche Version: <http://www.dini.de/wiss-publizieren/sherparomeo/>). Diese zeigt mit einem Ampelsystem an, welche Vertragspolitik die Verlage verfolgen, ob sie also erlauben, die Pre- oder Post-Print-Version von Artikeln in einem Repositorium zu archivieren. Aus juristischer Sicht ist die Liste allerdings nicht rechtsverbindlich. Will das Repositorium einen Artikel archivieren, dessen exklusive Verwertungsrechte bei einem Verlag liegen, ist es daher empfehlenswert, den Verlagsvertrag zu prüfen oder direkt die Erlaubnis des Verlages einzuholen.

Quelle:  
Gutachten  
Metzger S. 70 f.;  
Gutachten Wiebe  
S. 99 ff.



## § Rechtevorbehalt der AutorInnen zugunsten einer Zweitveröffentlichung im Repositorium

AutorInnen sollten sich, wenn sie **Verträge mit Verlagen** abschließen, die für die Zweitveröffentlichung in einem Repositorium **erforderlichen Nutzungsrechte ausdrücklich vorbehalten**. Der Repositorienbetreiber kann darauf durch Information und Aufklärung bei seinen AutorInnen hinwirken.

Konkret können Repositorienbetreiber darüber hinaus AutorInnen empfehlen, im Verlagsvertrag vor der Unterschrift folgenden Vermerk anzubringen:

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

Quelle  
Musterklausel:  
Gutachten  
Metzger S. 67

Quelle:  
Gutachten  
Metzger S. 66 ff.

“

## § Haftungs-ABC



Verletzt eine im Repositorium verfügbare Publikation die Rechte Dritter, so operiert der Repositorienbetreiber in der Regel **als (unberechtigter) Werknutzer und kann dafür selbst als Täter der Urheberrechtsverletzung grundsätzlich gleichermaßen verantwortlich** gemacht werden **wie jede andere unbefugte NutzerIn**. Indem der Repositorienbetreiber die Publikation abspeichert und zum Upload bereit hält, verletzt er aufgrund eigenen Handelns die Urheberrechte

Dritter. Typische Haftungsrisiken bestehen, wenn nach der Erstveröffentlichung bei einem **Verlag** dessen (ausschließliche) Rechte nicht beachtet werden (siehe „Nach Erstveröffentlichung bei einem Verlag“ auf S. 12). Auch **andere UrheberInnen** können gegen Repositorien vorgehen, wenn eingestellte Publikationen etwa unzulässige Übernahmen (zum Beispiel Textplagiate, Fotos, Grafiken) enthalten.

Ein Repositorienbetreiber erfährt regelmäßig **keine gesetzliche Haftungsprivilegierung** nach dem Telemediengesetz (TMG). Eine solche könnte angenommen werden, wenn **Repositorienbetreiber als Host-Provider** einzustufen wären. Die Funktion von Repositorienbetreibern erschöpft sich typischerweise gerade nicht in der bloß technischen Dienstleistung, den AutorInnen Speicherplatz und Rechnerkapazität zur Verfügung zu stellen. Da die meisten Repositorien mindestens eine thematische und qualitative Vorauswahl treffen, scheidet dies in der Regel aus. Schon eine rein formale Vorauswahl beziehungsweise Vorprüfung sowie die Außendarstellung eines Repositoriums als Angebot des Repositorienbetreibers verhindern dessen rechtliche Einordnung als Host Provider.

Quelle:  
Gutachten Wiebe  
S. 81 ff., 90, 93 ff.,  
105 ff.



## § Haftungsfolgen

Im Urheberrecht werden in erster Linie **Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche** geltend gemacht. Beanstandet eine RechteinhaberIn Inhalte, die vom Repository veröffentlicht worden sind, müsste sich der Repositorybetreiber dazu verpflichten, die beanstandete Urheberrechtsverletzung abzustellen, etwa indem die Publikation aus dem Repository genommen und zukünftig auch nicht mehr eingestellt wird. Zur Geltendmachung entsprechender Unterlassungsansprüche können die RechteinhaberInnen – auch vorgerichtlich – RechtsanwältInnen beauftragen, die in der Regel zunächst eine **Abmahnung** aussprechen werden. Die dabei entstehenden **Kosten** hat der Repositorybetreiber zu tragen, zumindest soweit die vorgebrachten Rechtspositionen zutreffend sind und die Rechtsverfolgung insgesamt angemessen erfolgt.

Ansprüche auf **Schadensersatz** (gegebenenfalls einschließlich entgangenen Gewinns) sind im Urheberrecht selten und drohen etwa Wiederholungstätern. Im Unterschied zu Unterlassungsansprüchen muss der Repositorybetreiber zudem **vorsätzlich oder fahrlässig** gehandelt haben, wenn gegen ihn Schadensersatz geltend gemacht werden soll.

Quelle:  
Gutachten Wiebe  
S. 81, 93 ff.,  
103 ff.

## § Haftungsspielregeln für die eigenen AutorInnen

Vorab: Gehen Reklamationen wegen Urheberrechtsverletzungen beim Repositorybetreiber ein, so kann dieser **nicht auf den Urheber** der betreffenden Publikation **verweisen**. Der Repositorybetreiber muss aufgrund **zwingenden Gesetzesrechts** für Rechtsverletzungen gegenüber Dritten eintreten, als handelte es sich um die Rechtsverletzung einer Eigenpublikation (siehe „Haftungs-ABC“ auf S. 15). Der oder die Dritte (RechteinhaberIn) kann frei auswählen, ob er oder sie Ansprüche gegen den Repositorybetreiber oder die AutorIn geltend macht (Haftung als GesamtschuldnerInnen).

Davon zu unterscheiden ist die **Haftungsregulierung im Innenverhältnis**, also zwischen Repositorybetreiber und AutorIn, welche die Publikation rechtswidrig in das Repository eingestellt hat. Im Ergebnis relevant ist vor allem, wie viel Mitschuld an der konkret vorliegenden Rechtsverletzung sich der Repositorybetreiber vorwerfen lassen muss. Die Haftungsanteile von AutorIn und Repositorybetreiber können zunächst aufgrund **gesetzlicher Ausgleichsregeln** bestimmt werden, darüber hinaus können innerhalb bestimmter Grenzen auch **vertragliche Regressabreden** (siehe weiter unten) getroffen werden.

### Drei Beispiele zur gesetzlichen Regresslage:



#### (a.) Plagiat

Übernahmen fremder Arbeiten erfolgen meistens mit Vorsatz, so dass in diesen Fällen wohl in der Regel der Hauptvorwurf die AutorIn treffen und dieser hauptsächlich für den entstehenden Schaden einstehen dürfte. Dies kann so weit reichen, dass sich allein kraft gesetzlicher Regressbestimmungen im Innenverhältnis eine vollständige Haftungsfreistellung für den Repositorybetreiber ergibt.

Zu einer solchen rechtlichen Beurteilung beitragen kann es auch, wenn Repositorybetreiber derzeit nur begrenzt wirksame und zumutbare vorsorgende Prüfmaßnahmen einsetzen können, um die widerrechtliche Übernahme fremder wissenschaftlicher Arbeit aufzudecken. Plagiatserkennungssoftware zum Beispiel hat (noch) nicht die wünschenswerte Tauglichkeit erreicht.

#### (b.) Verlagsvertrag

Erfolgt die Zweitveröffentlichung einer Verlagspublikation, obwohl der Verlag die ausschließlichen Rechte inne hat, so kann eine differenzierende Sichtweise naheliegen: Weiß die AutorIn um die restriktiven Regelungen im Verlagsvertrag und bietet das Repository geeignete Informationen und Hinweise, so trifft auch hier die AutorIn der Hauptvorwurf, wider besseren Wissens die Zweitveröffentlichung auf dem Repository veranlasst zu haben.

Anderes kann sich ergeben, wenn die AutorIn sich nicht mehr sicher ist, welche (ausschließlichen) Rechte sie bereits eingeräumt hat – zum Beispiel bei älteren Publikationen – und überdies eine komplexe Rechtesituation an dem Werk besteht, die Autorenbetreuung des Repositoriums einbezogen wurde oder lizenzrechtliche Probleme für den Repositorienbetreiber erfahrungsgemäß naheliegen. Dann wäre auch der Repositorienbetreiber zu einem wesentlichen Teil für den Rechtsverstoß verantwortlich.

### (c.) AutorInnen in Beschäftigungsverhältnissen

Zusätzlich zu würdigen ist es, wenn die AutorIn in der Einrichtung des Repositorienbetreibers beschäftigt ist, also wenn eine MitarbeiterIn der Universität, die das Repositorium betreibt, auf diesem veröffentlicht. Grundsätzlich ist die Haftung von Angestellten und BeamtInnen beschränkt, der Arbeitgeber beziehungsweise Dienstherr hat für das Fehlverhalten der eigenen Beschäftigten in erweiterter Weise einzustehen (Grundsätze zur Arbeitnehmerhaftung). Diese Ausprägungen seiner Fürsorgepflicht kann ein Arbeitgeber nicht vertraglich, etwa mit Haftungsfreistellungsklauseln (siehe unten), aufweichen.

Zur Klarstellung und zur ergänzenden Begründung eines eigenständigen vertraglichen Ausgleichsanspruches ist zu empfehlen, in die Autorenvereinbarung eine Freistellungsklausel aufzunehmen.

Ein solcher Passus könnte lauten:

“ Der Autor verpflichtet sich, den Repositorienbetreiber von allen Ansprüchen Dritter frei zustellen, die sich aus der Verletzung eines Urheberrechts oder eines ausschließlichen

Nutzungsrechts durch die Veröffentlichung seines Werkes auf dem Repositorium ergeben. Er hat alle sich aus der von ihm zu vertretenden Rechtsverletzung ergebenden Kosten zu erstatten, insbesondere Kosten der Rechtsverfolgung. “

Quelle  
Musterklausel:  
Gutachten  
Wiebe S. 112

Problematisch an einer solchen Klausel ist vor allem, dass sie pauschal von einem Verschulden ausschließlich der AutorIn ausgeht, insoweit auf jeden Fall allein sie den kompletten Schaden zu tragen hätte. Der Repositorienbetreiber würde sich damit einen Blankoscheck auch für eigenes Fehlverhalten ausstellen, AutorInnen wären unter Umständen grob benachteiligt.

Als präziser und ausgewogener kann sich deswegen folgende Regressklausel erweisen:

Quelle:  
Gutachten Wiebe  
S. 100, 108 ff.,  
111 ff., 115 f.

“ Der Autor verpflichtet sich, den Repositorienbetreiber von solchen Ansprüchen Dritter freizustellen, die sich daraus ergeben, dass es aufgrund schuldhaft falscher Angaben des Autors bezüglich des Nichtbestehens von Rechten Dritter oder sonstigen von ihm zu vertretenden Umständen durch die Veröffentlichung des Werkes auf dem Repositorium zu einer Verletzung von Urheberrechten oder ausschließlichen Nutzungsrechten kommt. Das gilt nicht, wenn die Verletzung auf einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhalten des Repositorienbetreibers beruht und dem Autor nicht in gleicher Weise Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Im letzteren Fall erfolgt eine Aufteilung des Schadens unter Abwägung insbesondere der Verschuldensanteile. “

Quelle  
Musterklausel:  
Gutachten  
Wiebe S. 113

## § Zugriffsbeschränkte Repositorien

**Frage:** Manche Repositorien erlauben den Zugriff nur Angehörigen der eigenen Hochschule beziehungsweise Forschungseinrichtung oder einem anderweitig begrenzten Personenkreis. Verändert sich damit die urheberrechtliche Ausgangslage (siehe „Lizenz-ABC“ auf S. 9 und „Nach Erstveröffentlichung bei einem Verlag“ auf S. 12)?

**Antwort:** In der Regel nicht. Nur wenn die NutzerInnen einer Publikation in privaten Beziehungen zum Repositorienbetreiber oder zueinander stehen, würde ein eingeschränkter Zugang bedeuten, dass für das Repository keine Öffentlichkeit und damit nicht der umfassende gesetzliche Urheberschutz gegeben wären. Da Studierende und MitarbeiterInnen einer Universität nicht ohne weiteres dergestalt privat miteinander verbunden sind, unterliegt eine Veröffentlichung in einem „geschlossenen“ Repository grundsätzlich den selben Regeln wie in einem öffentlichen (siehe aber auch zur Schranke des § 52 UrhG „Sonderbestimmung für Unterricht und Forschung“ auf S. 20).

Quelle:  
Gutachten  
Metzger S. 50;  
Gutachten  
Wiebe S. 93 f.



## § Sonderbestimmung für Unterricht und Forschung

In § 52a des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) erlaubt es der deutsche Gesetzgeber, urheberrechtlich geschütztes Material Unterrichtsteilnehmern (siehe „für Unterricht“ in folgender Grafik) sowie Forschungsteams (siehe „für Forschung“ in folgender Grafik) ausschließlich in speziell zugangsgeschützten Intranetbereichen sowie unter weiteren engen Grenzen online bereit zu stellen. Repositorien dürfen auf Grundlage dieser Bestimmung

urheberrechtlich geschützte Materialien zum Beispiel nicht zum hochschulweiten Zugriff verfügbar machen. Die Vergütungsansprüche der UrheberInnen werden durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht, praktisch abgewickelt werden kann dies durch Gesamtverträge etwa zwischen der Verwertungsgesellschaft VG Wort und den Bundesländern. Die Schrankenbestimmung des § 52a UrhG (siehe dazu Grafiken S. 20 und S. 21) gehört zu den jüngsten, zugleich aber auch umstrittensten im deutschen Urheberrechtsgesetz und entfällt gemäß § 137k UrhG zum 31.12.2012, wenn der deutsche Gesetzgeber sie nicht neuerlich verlängert oder komplett entfristet.

Quelle:  
Gutachten  
Metzger S. 51;  
Gutachten  
Wiebe S. 94



## § Print-on-Demand-Dienst

Möchte ein Repositorium einen Print-on-Demand-Dienst durch einen externen Dienstleister anbieten oder sich die Option offen halten, dies zu einem späteren Zeitpunkt einzurichten, so ist in der Lizenzvereinbarung mit der AutorIn Folgendes zu beachten:

- Einräumung von **Vervielfältigungsrecht** und **Recht der öffentlichen Zugänglichmachung** (siehe „Lizenz ABC“ auf S. 9)
- Zusätzlich: **Verbreitungsrecht** und **Vervielfältigungsrecht** auch für den **Nicht-Online-Bereich**
- Kennzeichnung all dieser Nutzungsrechte als **übertragbar**
- Einräumung **einfacher** Nutzungsrechte ausreichend

Quelle:  
Gutachten  
Metzger  
S. 51 f., 55 f.

## § Publikationen mehrerer AutorInnen

Die urheberrechtliche Situation ist eindeutig: Der Repositorienbetreiber muss sich von allen an der Publikation beteiligten UrheberInnen die erforderlichen Nutzungsrechte einräumen lassen. Die Einwilligung allein des Ansprechpartners ist grundsätzlich nicht ausreichend. Anderes gilt ausnahmsweise nur dann, wenn einer der UrheberInnen von allen anderen ausreichend ermächtigt worden ist. Eine wirksame Ermächtigung ist allerdings im Streitfall vom Repositorium nachzuweisen, weshalb Vorsicht geboten und im Zweifel eine entsprechende Dokumentation anzuraten ist.

Quelle:  
Gutachten  
Metzger  
S. 63

## § Qualifikationsarbeiten

Dissertationen, aber auch andere Qualifikationsarbeiten wie etwa Habilitations- und Masterschriften, können in den Repositorien der Universitäten und Hochschulen veröffentlicht werden. (Erst-)Veröffentlichungen in Repositorien können auch dadurch angeregt werden, indem damit in den

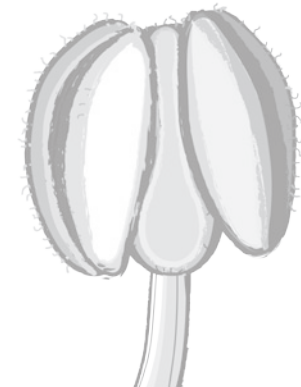
Prüfungsordnungen enthaltene Veröffentlichungspflichten erfüllt sind. Dies ist zum Beispiel in Promotionsordnungen vielerorts noch nicht realisiert, so dass sich dahingehend eine Initiative bei den Hochschulleitungen und zuständigen Hochschulgremien anbieten könnte.

Quelle:  
Gutachten  
Metzger  
S. 63 f.

## § Link zu Mitarbeiterseiten

Links sind in der Regel urheberrechtlich unbeachtlich. Repositorien können deshalb direkt zu Publikationen verlinken, die zum Beispiel auf einer Mitarbeiterseite abgelegt sind. Oftmals gestatten Verlage den AutorInnen eine Zweitveröffentlichung ihrer Publikation auf der eigenen Mitarbeiterseite, während der Aufnahme in Repositorien oder institutionelle Internetseiten nicht zugestimmt wird.

Quelle:  
Gutachten  
Metzger  
S. 50



## § Vergütungsansprüche der AutorInnen bei der VG Wort

Traditionell nehmen viele WissenschaftsautorInnen an den **Vergütungsausschüttungen der Verwertungsgesellschaft VG Wort** teil. Dazu beauftragen sie die VG Wort mit der Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Vergütungsansprüche, indem sie der VG Wort in einem **Wahrnehmungsvertrag** umfassend (ausschließliche) Rechte einräumen oder eine **Bezugsberechtigung** anmelden. Können die AutorInnen dann zugleich auch noch dem Repositorium die erforderlichen Nutzungsrechte einräumen?

Für WissenschaftsautorInnen, die lediglich eine **Bezugsberechtigung** bei der VG Wort anmelden, ergeben sich **keine Einschränkungen hinsichtlich der Lizenzierungsmöglichkeiten**, d.h. sie können dem Repositorium alle erforderlichen (einfachen) Nutzungsrechte einräumen oder ihre Publikation von vornherein mit einer „freien“ Creative-Commons- (siehe dazu die Beiträge „Mit freien Lizenzen zu Open Access Repositorien“ auf S. 32 und „Repositorien und Creative Commons“ auf S. 36) oder DIPP-Lizenz versehen, ohne dabei auf die Vergütungsansprüche bei der VG Wort verzichten zu müssen.

	an Repositorium vergeben		freie Lizenzierung (z.B. CC, DIPP)
	Online-Rechte	Offline-Rechte	
VG Wort Bezugsberechtigung	✓	✓	✓
VG Wort Wahrnehmungsvertrag	✓	✗	✗

Komplizierter ist die Rechtslage für den selteneren Fall, dass WissenschaftsautorInnen einen „echten“ **Wahrnehmungsvertrag** bei der VG Wort abgeschlossen haben. AutorInnen können dann dem Repositorium noch die einfachen Online-Rechte einräumen, insbesondere also den Upload im Repositorium ermöglichen (dahingehend zum Beispiel die Musterklausel im „Lizenz-ABC“ auf S. 11). Eine Open-Access-Lizenzierung etwa mit Creative Commons oder DIPP ist dann jedoch nicht mit einem Wahrnehmungsvertrag bei der VG Wort vereinbar.

Quelle:  
Gutachten  
Metzger S. 61 f.

## § Weitergabe an andere Repositorien, Forschungsverbände und andere publikationsbezogene Kooperationen



Häufig möchten Repositorien wechselseitig Publikationen austauschen und selbst dauerhaft Publikationen anderer Repositorien aufnehmen. Der Austausch ist beispielsweise zwischen institutionellen und Fachrepositorien relevant, aber auch in einem Forschungsverbund zwischen Partnern, die auf rechtlich eigenständigen Institutsservern die Publikationen ihrer Angehörigen/WissenschaftlerInnen platzieren (siehe dazu Beitrag „Rechtliche Folgen der Vernetzung von Repositorien“ auf S. 42).

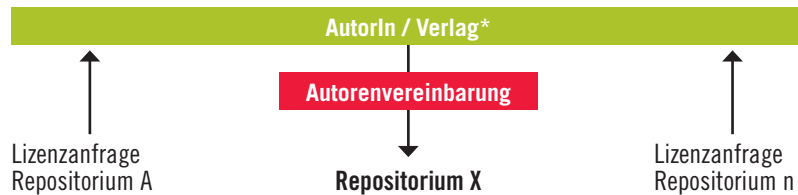
Die auf anderen Repositorien zugänglich gemachten Publikationen dürfen nur dann übernommen werden, wenn die AutorInnen beziehungsweise die RechteinhaberInnen dem zugestimmt haben. Neben einer Zustimmung auf Nachfrage können sie von vornherein ihre Publikationen mit einer Lizenzierung für jedermann versehen, wobei dann die jeweils gewählten Lizenzbestimmungen (zum Beispiel bei Creative-Commons-Lizenzen Weiterverwendung nur für nichtkommerzielle Zwecke oder mit Bearbeitungsverbot, siehe Beitrag „Repositorien und Creative Commons“ auf S. 35) zu beachten sind. Für die lizenzrechtliche Klärung sind die Repositorienbetreiber **verantwortlich**.

Im umgekehrten Fall darf ein Repositorienbetreiber eine Publikation einer anderen Wissenschaftseinrichtung für deren Repositorium nur nach Einwilligung der AutorInnen beziehungsweise der RechteinhaberInnen weitergeben. Wünscht sich ein Repositorium diese Flexibilität, so sollte es sich in der Lizenzvereinbarung mit den AutorInnen die Befugnis vorbehalten (siehe „Lizenz-ABC“ auf S. 9 sowie Ziff. 2 der Musterklausel auf S. 11), die entsprechenden (einfachen) Nutzungsrechte an andere Repositorien einräumen zu dürfen (**Sublizenzierung**), sofern die AutorInnen ihre Arbeit nicht schon von vornherein mit einer ausreichend „freien“ Lizenz versehen haben.

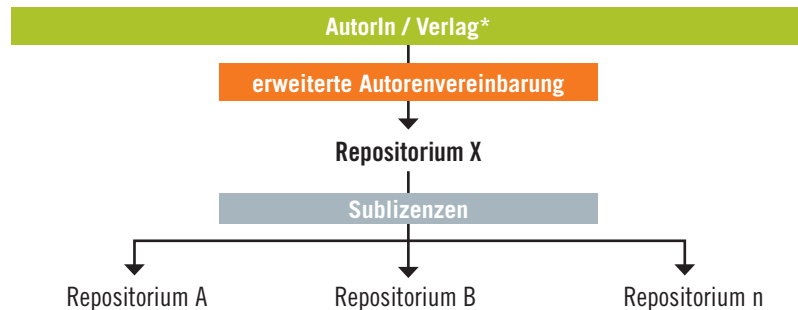
Quelle:  
Gutachten  
Metzger S. 56 ff.,  
70 f.; Gutachten  
Wiebe S. 99

## Lizenzmanagement für die Weitergabe von Repositorienpublikationen – 3 typische Konstellationen –

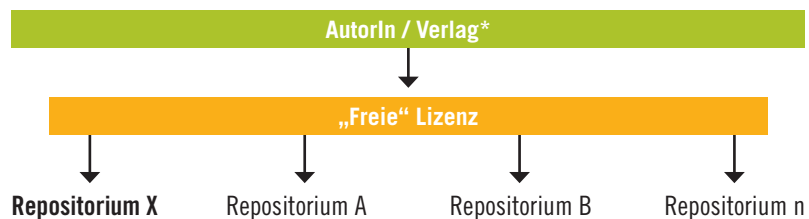
**Konstellation 1:** AutorIn und Repositoryum X mit Autorenvereinbarung:



**Konstellation 2:** AutorIn und Repositoryum X mit erweiterter Autorenvereinbarung (Ermächtigung des Repositoryum X zur Sublizenzierung)



**Konstellation 3:** AutorIn versieht Publikation mit „freier“ Lizenz (z.B. Creative Commons)



\* Räumt die AutorIn einem Verlag ausschließliche Rechte ein, so müssen Repositorien die erforderlichen Lizenzen beim Verlag einholen.

## § Abstracts und Metadaten

Vorab stellt sich die Frage, inwieweit **Abstracts und Metadaten** urheberrechtlich schutzfähig sind. Entlang der deutschen und europäischen Rechtsprechung der letzten Jahre muss davon ausgegangen werden, dass schon die kurze und durchschnittliche Zusammenfassung einer wissenschaftlichen Publikation für sich **urheberrechtlich geschützt** ist.

Haben die AutorInnen das Abstract zu ihrem Werk selbst erstellt, so sollten sie dem Repositoryum die erforderlichen **Nutzungsrechte an Werk und Abstract** einräumen. Diffizil wird es, wenn nicht die AutorInnen, sondern Dritte (zum Beispiel wissenschaftliche MitarbeiterInnen, BibliothekarInnen, HerausgeberInnen oder eine Zeitschriftenredaktion) das Abstract zur Publikation verfasst haben. Dann müsste auch die Einwilligung der VerfasserInnen des Abstracts eingeholt werden.

Wenn die RechteinhaberIn (zum Beispiel ein Verlag) nicht die Aufnahme des Volltextes in ein Repositoryum gestattet, ist es daher dem Repositoryumbetreiber regelmäßig auch nicht möglich, lediglich das zugehörige Abstract zu erfassen.

**Metadaten** bzw. Katalogdaten hingegen sind an sich nicht vom Urheberschutz erfasst. Nur wenn Metadaten in größeren Umfängen von einer Plattform (zum Beispiel einem Bibliothekskatalog) in andere Datenbanken übernommen werden, kann der **Datenbankschutz** als urheberrechtliches Sonderrecht relevant werden.

Quelle:  
Gutachten  
Metzger  
S. 52 f.



# Urheberrecht und Repositorien

## Absolute Rechtssicherheit gibt es nicht Tagungsnachlese IUWIS Workshop

Die rechtlichen Probleme, die Repositorien und Dokumentenserver von Hochschulen, Bildungs- und Forschungseinrichtungen bei ihrer Arbeit lösen müssen, waren das Thema des ersten IUWIS-Workshops am 2. März 2011 in Osnabrück. Im Rahmen der Vernetzungstage 2011 konnte IUWIS knapp 100 TeilnehmerInnen begrüßen, die gekommen waren, um den eingeladenen Keynote-Speakern, den Professoren Axel Metzger und Andreas Wiebe, zuzuhören, aber vor allem um miteinander zu diskutieren, sich auszutauschen und Fragen zu stellen.

Im Kern der Diskussion um urheberrechtliche Fragen bei Repositorien geht es um einen Interessenausgleich zwischen drei Akteuren: den UrheberInnen, den RechteinhaberInnen (in der Regel Verlage) und den Repositorien, die in der Rolle als Nachverwerter aktiv werden. Urheberrechtliche Regelungen sollen also in diesem Dreieck helfen, eine Balance herzustellen. Dass das Urheberrechtsgesetz dort an die Grenzen seiner Nützlichkeit stößt, wo die Charakteristika des Digitalen nicht ausreichend berücksichtigt werden

Von Valie Djordjevic  
unter Mitarbeit von  
Ben Kaden, beide  
Humboldt-Universität  
zu Berlin, Projekt  
IUWIS, Berlin

– so beispielsweise im Paragraphen 38 des Urheberrechtsgesetzes – ist nicht verwunderlich. Dieser Zustand eröffnet vielfältige Problemfelder, die in den fünf Workshop-Gruppen sehr spezifisch angegangen wurden.

### Die Vorträge

Zunächst legte der Hannoveraner Professor für Urheberrecht Axel Metzger in seinem instruktiven Einstiegsvortrag zur „Urheberrechtlichen Gestaltung von Open-Access-Repositorien“ (siehe sein Gutachten in dieser Broschüre ab S. 46) die neuralgischen Punkte der Materie frei. Seine vier Schwerpunkte stellten in einer gelungenen Mischung aus Detaillierung und Übersichtlichkeit den Stand der Rechtslage vor und führten, wie die prompten Rückfragen zeigten, zu einer Sensibilisierung des Auditoriums, dessen Mitglieder zu überwiegenden Teilen hauptamtlich mit dem Betrieb von Repositorien befasst zu sein schienen. Es war spätestens nach dieser dezidierten Einführung allen Anwesenden bewusst, wie viel Klärungsbedarf sowohl in Detailfragen wie dem Urheberschutz von Abstracts, als auch im Grundsatz wie der Anwendbarkeit von Paragraph 38 des Urheberrechtsgesetzes besteht.

Anschließend bestand die Möglichkeit in fünf kleineren Arbeitsgruppen weiter ins Detail zu gehen. In der Arbeitsgruppe 1 „Die urheberrechtliche Gestaltung von Open-Access-Repositorien“ standen als Experten Prof. Dr. Axel Metzger und Rechtsanwalt Michael Weller, Geschäftsführer der Europäischen EDV-Akademie des Rechts (siehe sein Beitrag „Repositorien und Creative Commons“ auf S. 36), Rede und Antwort. Michael Weller eröffnete die Arbeitsgruppe mit einem kurzen Impulsreferat über Creative Commons, wo er die Vor- und Nachteile referierte, die dieses freie Lizenzmodell Repositorienbetreibern bietet. Im Anschluss wurden konkrete Probleme der anwesenden TeilnehmerInnen diskutiert und von Axel Metzger und Michael Weller kommentiert.

Arbeitsgruppe 2 „Haftungsfragen für Repositorien“ beschäftigte sich mit den haftungsrechtlichen Risiken, denen Hochschulen, Bildungs- und Forschungseinrichtungen beim Betrieb von Repositorien gegenüberstehen. Mit einem Impulsreferat skizzierte Prof. Dr. Andreas Wiebe zunächst die haftungsrechtlichen Bedingungen für Repositorien. Die Arbeitsgruppe diskutierte im Folgenden über die Arbeitsabläufe in den Repositorien, welche jeweils unterschiedliche Haftungsrisiken implizieren. Weitere Eingangsreferate kamen von IUWIS-Mitarbeiter Thomas Hartmann und Claus Spiecker von der Universitätsbibliothek Stuttgart, der dort die deutsche Version der SHERPA/RoMEO-Datenbank mitbetreibt.

In der dritten Arbeitsgruppe „Rechtliche Folgen der Vernetzung von Repositorien“ diskutierten die TeilnehmerInnen über die Probleme, die auftauchen, wenn Repositorien miteinander kooperieren wollen. Die

Eingangsstements kamen von Dr. Uwe Müller, Sprecher der DINI-Arbeitsgruppe Elektronisches Publizieren und Gutachter für das DINI-Zertifikat (siehe sein Beitrag „Rechtliche Folgen der Vernetzung von Repositorien“ auf S. 42), und Oliver Hinte, dem Geschäftsführer der Fachbibliothek Rechtswissenschaft der Universität zu Köln. Nach einer lebhaften Diskussion über verschiedene Aspekte forderten die TeilnehmerInnen im Ergebnis verlässliche Informationen über die Rechtslage, damit sie ihre Arbeit ohne Risiko erledigen können. Die Gutachten, die Axel Metzger und Andreas Wiebe erstellt haben, sollen ein Schritt in diese Richtung sein.

„Lizenzen für die Golden Road: Herausgeberbetriebene E-Journals“ war das Thema der vierten Arbeitsgruppe, in der die beiden E-Journal-Herausgeber Stefan Pohl von kunsttexte.de, einem kunstwissenschaftlichen Open-Access-Journal, und Phillip Zimbehl vom rechtswissenschaftlichen Open-Access-Journal Jipitec den Anfang machten. Zusätzlich stellte die IUWIS-Mitarbeiterin Elena Di Rosa Creative Commons als Lizenzmodell für Open-Access-Veröffentlichungen vor. In der Diskussion ging es unter anderem um die Unterschiede zwischen verschiedenen freien Lizenzen – im konkreten Fall die Dipp-Lizenzen, die von beiden vorgestellten Journalen verwendet werden, und die Creative-Commons-Lizenzen. Weitere Themen waren Autorenverträge, Finanzierung und alternative Geschäftsmodelle, die den weiteren Betrieb der Repositorien ermöglichen sollen. Viele Repositorien erhalten eine Anschubfinanzierung durch Projektgelder und müssen danach selbstständig ihr Weiterbestehen sichern.

Die fünfte Arbeitsgruppe widmete sich dem Thema „Zweitveröffentlichung international erschiebener Publikationen“ und behandelte die Probleme, vor denen Repositorien-Betreiber stehen, wenn sie Werke veröffentlichen wollen, die ursprünglich nicht in einem Deutschland ansässigen Verlag veröffentlicht wurden. Die Eingangsreferate wurden hier von IUWIS-Projektleiter Prof. Dr. Rainer Kuhlen und Heinz Pampel vom Open-Access-Projekt der Helmholtz-Gemeinschaft am Deutschen GeoForschungsZentrum GFZ gehalten. Das Ergebnis der Arbeitsgruppe war sehr am Einzelfall orientiert, da es in dem Bereich keine allgemein geltenden Regeln gibt. Es kommt in diesem Bereich immer darauf an, welche Regelungen die AutorInnen mit ihrem Verlag getroffen haben. Im Nachtrag zu diesem Workshop wurde ein drittes, von IUWIS beauftragtes Gutachten zum Thema „Spezifische Fragen zum Auslandsbezug des geplanten Zweitveröffentlichungsrechts nach § 38 Abs. 1 S. 3 und 4 UrhG neu“ von den beiden Autorinnen Dr. Silke v. Lewinski und RA Dorotée Thum erstellt. Es kann, wie auch die anderen beiden Gutachten, von der IUWIS-Website abgerufen werden.

Nach den engagierten Diskussionen in den Arbeitsgruppen stellte am Nachmittag zum Abschluss Prof. Andreas Wiebe noch einmal vor versammeltem

Auditorium seine Erkenntnisse zu Haftungsfragen von Repositorienbetreibern vor (siehe sein Gutachten in dieser Broschüre ab S. 76). Eine wichtige Rolle spielte dabei die Unterscheidung zwischen Inhabern, die in klassischer redaktioneller Arbeit auswählen, welche Werke auf ihrem Server veröffentlicht werden, und dem bloßen Anbieten von Veröffentlichungsmöglichkeiten für die Universitätsangehörigen, die selbstständig und ohne Auswahl der Betreiber ihre Werke hochladen können. Die Haftungsrisiken sind in diesen beiden Fällen höchst unterschiedlich.

## Ausklang

Mit zusammenfassenden Worten von Rainer Kuhlen und einer abschließenden kurzen Aussprache endete ein Tag voller Information und Diskussion. Die Grunderkenntnis der Veranstaltung erweist sich dabei als ambiges Phänomen: Es gibt nach aktueller Gesetzeslage keine Möglichkeit, absolute Rechtssicherheit für Repositorienbetreiber zu erreichen, wohl aber eine Reihe von Feldern, innerhalb derer man gestaltend mitwirken kann. Sehr wichtig erscheint der von Heinz Pampel sowohl in der Workshopgruppe wie auch im Plenum geäußerte pragmatische Ansatz, der wenigstens in den Zeitschriftenwissenschaften auf eine enge Kooperation und Kommunikation zwischen allen Beteiligten setzt. Insofern würde es sich anbieten, einen weiteren IUWIS-Workshop auf den Dialog zwischen Wissenschaft und Wissenschaftsverlagen auszurichten.

Das Konzept, eine thematisch sehr präzise bestimmte Zielgruppe zu einem maßgeschneiderten Workshop im mittelgroßen Kreis zu laden, erwies sich als äußerst fruchtbar. Der Erfolg der Nähe zu den Vernetzungstagen ist ein deutliches Anzeichen, wo sich IUWIS idealerweise verortet: an der Schnittstelle der Wissenschaftskommunikation.



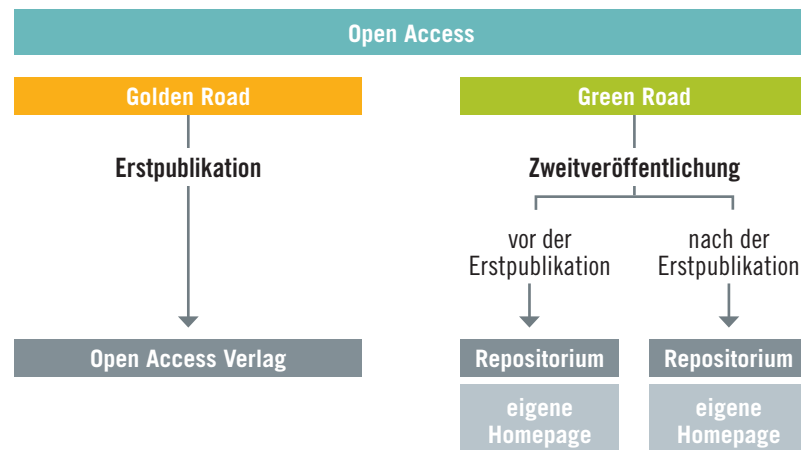
## Mit freien Lizenzen zu Open-Access-Repositoryen?

Von Elena Di Rosa,  
Humboldt-Universität  
zu Berlin, Projekt  
IUWIS, Berlin

Repositorien – der Hauptgegenstand dieser Broschüre – sind ein wesentliches Instrument der Open-Access-Bewegung. Open Access (OA) fordert die freie Verfügbarkeit von wissenschaftlichen Inhalten im Internet.

Die Frage danach, was eine Open-Access-Veröffentlichung darstellt und was nicht, ist nicht einfach zu beantworten. In der „Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“ ([http://oa.mpg.de/files/2010/04/Berliner\\_Erklärung\\_dt\\_Version\\_07-2006.pdf](http://oa.mpg.de/files/2010/04/Berliner_Erklärung_dt_Version_07-2006.pdf)) – und anderen Open-Access-Erklärungen – werden umfangreiche Nutzungsrechte für die Allgemeinheit gefordert; so soll beispielsweise das Bearbeiten und Verbreiten von OA-Publikationen für jedermann möglich sein.

Bei der praktischen Definition von Open Access wird daher unterschieden zwischen der Green und der Golden Road (siehe Abbildung unten). Repositorien werden überwiegend in Zusammenhang mit der Green Road betrachtet. Wissenschaftliche Inhalte werden dabei neben der traditionellen Verlagspublikation (Closed Access) auf der eigenen Homepage oder einem Repositorium frei zugänglich gemacht.



Da die exklusiven Nutzungsrechte in diesem Fall üblicherweise an den Verlag übertragen werden, können UrheberInnen der Allgemeinheit nicht mehr die umfangreichen Nutzungsrechte einräumen, wie es in den OA-Erklärungen gefordert wird.

Die Golden Road des OA-Publizierens beschreibt die Erstveröffentlichung in einer Open-Access-Zeitschrift. Da bei diesem Geschäftsmodell die Finanzierung der Verlagsleistung nicht über die EndabnehmerInnen erfolgt und der Zugang somit nicht begrenzt und kontrolliert werden muss, ist die Übertragung von Nutzungsrechten unproblematisch. Viele große OA-Journals wie die von Public Library of Science (PLoS) (<http://www.plos.org>) oder BioMed Central (<http://www.biomedcentral.com>) verwenden daher Freie Lizenzen (Creative Commons), wobei die exklusiven Nutzungsrechte bei den UrheberInnen verbleiben.

Rechtlich gesehen ist klar geregelt, dass die exklusiven Verwertungsrechte bei den WissenschaftlerInnen verbleiben müssen, damit sie einfache Nutzungsrechte vergeben können. Da die traditionellen Verlage sich über den Zugang zu den Inhalten finanzieren, ist das kostenfreie Einstellen von Verlagspublikationen im Internet problematisch.

Repositorien werden in zweierlei Hinsicht mit diesem Problem konfrontiert: Qualifikationsarbeiten oder Manuskripte, die anschließend bei einem Verlag publiziert werden sollen, oder Publikationen, die bereits bei einem Verlag publiziert wurden. In beiden Fällen können die wissenschaftlichen Inhalte unter bestimmten Bedingungen zwar auf dem Repositorium frei zugänglich gemacht werden, jedoch können der Allgemeinheit keine umfangreichen Nutzungsrechte eingeräumt werden. Die SHERPA-RoMEO-Liste (<http://www.sherpa.ac.uk/romeo>) bietet eine Übersicht zu den genannten Bedingungen (Siehe auch: Gutachten Metzger S. 70 f.; Gutachten Wiebe S. 100 f.).

Ein wichtiger Bestandteil an Universitäten, die Open Access im Sinne der Berliner Erklärung unterstützen, sind daher Golden-Road-Journale, die nicht nur ermöglichen, die Inhalte frei zugänglich zu machen, sondern auch für alle frei nutzbar. Rechtlich kann dies mit Lizenzverträgen geregelt werden, wie den DIPP-Lizenzen oder den Creative-Commons-Lizenzen. Diese freien Lizenzmodelle ermöglichen es, umfangreiche Nutzungsrechte an die Allgemeinheit abzugeben. Wie sich dies gestalten kann, und was dabei beachtet werden muss, wurde in der Arbeitsgruppe „Lizenzen für die Golden Road: Herausgeber-betriebene E-Journals“ diskutiert.

## DIPP-Lizenzen

Die DIPP-Lizenzen sind im wissenschaftlichen Umfeld entstanden. Sie sollen den speziellen Anforderungen von Wissenschaft und Forschung und dem deutschen Rechtssystem gerecht werden. Es gibt drei Lizenzen zur Auswahl:

- Digital-Peer-Publishing-Lizenz (DPPL)
- Modulare DPPL
- Freie DPPL

Die erste Lizenz – auch Basislizenz genannt – gibt der Allgemeinheit das Recht, digitale Inhalte zu lesen und weiterzugeben. Gedruckte Exemplare sind davon ausgeschlossen. Die Modulare DPPL erlaubt die Veränderung eines Werkes, aber nur für die gekennzeichneten Stellen. Die Freie DPPL erlaubt eine Veränderung des ganzen Werkes. DIPP-Lizenzen sind leicht mit anderen Lizenzsystemen kombinierbar, wie den Creative-Commons-Lizenzen. So können die Vorteile beider Lizenzsysteme genutzt werden, beispielsweise die internationale Verständlichkeit der Creative-Commons-Lizenzen und die Möglichkeit der DIPP-Lizenzen gedruckte Exemplare von der Erlaubnis zur Verbreitung auszuschließen.

## Creative-Commons(CC)-Lizenzen

Die CC-Lizenzen sind international anerkannt und haben sich weitgehend als Lizenzierungsstandard auch im Open-Access-Bereich etabliert. Wie die DIPP-Lizenzen gewähren die CC-Lizenzen der Allgemeinheit einfache Nutzungsrechte, um so Inhalte zu lesen und zu verteilen. Die CC-Lizenzen unterscheiden dabei nicht zwischen digitalen und gedruckten Versionen. Es gibt sechs Standardlizenzen, die sich aus den vier Grundmodulen zusammensetzen:

- Namensnennung (für jede Lizenz verpflichtend)
- keine Bearbeitung
- nicht-kommerzielle Nutzung
- Weitergabe unter gleichen Bedingungen

Im Unterschied zu den DIPP-Lizenzen kann die Bearbeitung für ein Werk nur insgesamt verboten oder erlaubt werden. Außerdem kann eine kommerzielle Nutzung ausgeschlossen werden und die Folgelizenzierung nach einer Bearbeitung kann vorgegeben werden. Bei diesem Modul wird verpflichtend gemacht, dass die NutzerInnen eines Werkes nach der Bearbeitung ihr neues Werk wieder unter der selben Lizenz der Allgemeinheit zur Verfügung stellen.

## Diskussion

Open-Access-Journals müssen sich mit der Frage auseinandersetzen, welche Lizenzen sie den WissenschaftlerInnen anbieten möchten. Wird eine restriktivere Variante gewählt, wird möglicherweise die Nachnutzung der Inhalte stark eingeschränkt. Vor allem das Verbot der Bearbeitung oder der kommerziellen Nutzung kann die Verwendung der Inhalte durch Suchmaschinen oder Datenbanken einschränken.

Je nachdem wie auch das Repositorium als Lizenznehmer die Inhalte nutzen möchte, kann es durch eine Vorauswahl beeinflussen, welche Lizenzen für das Repositorium ausgewählt werden können. Außerdem besteht die Möglichkeit – unabhängig davon welche freie Lizenz die AutorInnen wählen – einen zusätzlichen Autorenvertrag zu schließen, der die erforderlichen Nutzungsrechte einholt.

## Beispiele für OA-Journals:

### Kunsttexte.de

Kunsttexte.de ist ein E-Journal für Kunst- und Bildgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin. 2001 gegründet befassten sich die MitarbeiterInnen erst im Laufe der Zeit mit lizenzrechtlichen Fragen. Heute werden die Beiträge unter der DIPP-Basislizenz veröffentlicht.

### JIPITEC

JIPITEC (Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law) ist eines der ersten juristischen OA-Journals. Das Journal startete 2009 mit der Förderung durch das LIS-Programm der DFG. Unterstützung bekommt das Projekt von dem Universitätsverlag Göttingen. WissenschaftlerInnen, die in diesem Journal publizieren, haben die Möglichkeit, die DIPP-Standardlizenz mit einer CC-Lizenz zu kombinieren.

## Repositorien und Creative Commons

von Michael Weller,  
Europäische EDV-  
Akademie des  
Rechts gGmbH,  
Merzig/Saar

### A. Neue Publikationsformen

Wer wissenschaftlich tätig ist und seine Ergebnisse anderen mitteilen möchte, hat dies in der Vergangenheit stets dadurch getan, dass er als wissenschaftlicher AutorIn sein Manuskript einem Verlag zur Veröffentlichung angeboten hat. In einem gewissen Umfang übernehmen die Aufgabe heute neben den klassischen Verlagen Repositorien, die einerseits wissenschaftlichen AutorInnen eine nicht ausschließlich elektronische Publikationsplattform bieten, andererseits Interessierten einen kostenfreien Zugang zu wissenschaftlicher Literatur vermitteln.

Gleich ob sich der Autor dazu entscheidet, sein Manuskript einem Verlag anzubieten oder an einen Repositorienbetreiber zu geben, muss er seinem Ansprechpartner – soll das Ziel einer Wahrnehmbarmachung des wissenschaftlichen Werkes erreicht werden – das Recht einräumen, sein Werk anderen zugänglich zu machen. Dies ist erforderlich, weil nach der Wertung des deutschen Urheberrechts dem Erschaffer eines wissenschaftlichen Werkes von Gesetzes wegen allein die Befugnis zufällt, über die Publikation und damit nicht nur über das Ob, sondern auch das Wie einer Präsentation zu entscheiden.

Die Einräumung von Nutzungsrechten durch die wissenschaftliche AutorIn erfolgt vielfach unter Nutzung bestehender Lizenzmodelle wie den Creative-Commons-Lizenzen. Diese bieten urheberrechtlich nicht versierten AutorInnen eine einfach erreichbare Möglichkeit, ihr Werk mit einer Lizenz zu versehen. Der Vorgang der Lizenzierung geschieht jedoch nicht selten nach lediglich sehr oberflächlicher Reflexion der Auswirkungen einer Lizenzwahl. Damit einher geht eine Verunsicherung der NutzerInnen und der wünschenswerte Effekt eines Gewinns von Rechtssicherheit schwindet.

Nachfolgend sollen nicht abschließend einige Aspekte aus Sicht von AutorInnen und Repositorienbetreibern beleuchtet werden, die bei der Auswahl einer Creative-Commons-Lizenz besonders bedenkenswert erscheinen, um allen Beteiligten die Erreichung des gewünschten Lizenzierungsziels zu vereinfachen.

## B. Creative-Commons-Lizenzen für wissenschaftliche Werke

Oftmals wird von „der Creative-Commons-Lizenz“ gesprochen. Dies ist unzutreffend, weil es sich bei Creative Commons um ein Lizenzmodell handelt, das verschiedene Abstufungen der Rechteeräumung erlaubt. Gerade dies macht das Modell neben anderen Aspekten für AutorInnen interessant.

### I. Aspekte der Creative-Commons-Lizenzierung

Die Entscheidung für eine Creative-Commons-Lizenz fällt nicht selten, weil das Lizenzmodell seit seiner Gründung einen sehr beachtlichen Bekanntheitsgrad erreicht und vielfach das Vertrauen und die Anerkennung durch die NutzerInnen gefunden hat.





Dies ist sicherlich nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass das Lizenzsystem in Form nationaler Creative-Commons-Projekte auf die jeweilige nationale Rechtsordnung angepasst wurde, so dass – anders als bei der General Public License – für zahlreiche nationale Rechtsordnungen spezifische Lizenzen zur Verfügung stehen, die die jeweiligen urheberrechtlichen Besonderheiten berücksichtigen können.

Neben diesen rechtlichen Aspekten sind aber auch eine Reihe praktischer Erwägungen ausschlaggebend für die Wahl des Lizenzierungsmodells.

#### 1. Beweggründe für eine Creative-Commons-Lizenzierung

Für den wissenschaftlichen Autor ist es einfach, auf der Website von Creative Commons Deutschland (<http://de.creativecommons.org>) mit wenigen Mausklicks eine Lizenz auszuwählen und das von ihm geschaffene Werk damit zu versehen. Neben den Icons, mit denen bereits ein augenfälliger Hinweis auf die Lizenz und deren Bedingungen gegeben werden kann, stehen mit dem Commons Deed eine für Laien gedachte Kurzzusammenfassung des rechtlich verbindlichen Langtextes, der regelmäßig nicht weiter beachtet wird, und ein maschinenlesbarer Code zur Verbesserung der Auffindbarkeit durch Suchmaschinen zur Verfügung.

Der Urheber hat bei Nutzung des Creative Commons Modells die Möglichkeit, Abstufungen vorzunehmen. Hierzu stehen folgende Lizenzelemente zur Verfügung, mittels derer die endgültig zu erteilende Lizenz erstellt werden kann:

Icon:	Kürzel:	Bedeutung:	
	BY	Attribution	Namensnennung erforderlich.
	NC	Non commercial	Nicht überwiegend Gewinn- oder Erwerbszwecken dienende Verwendung des Lizenzgegenstandes gestattet.
	ND	No derivatives	Veränderungen des Lizenzgegenstandes sind nicht erlaubt.
	SA	Share alike	Weitergabe des (veränderten) Lizenzgegenstandes nur unter den Bedingungen der Ausgangslizenz gestattet.

Diese vier Lizenzelemente ergeben insgesamt sechs sinnvolle Kombinationen, BY, BY-NC, BY-ND, BY-SA, BY-NC-ND und BY-NC-SA, zwischen denen der Lizenzgeber wählen kann (zur Lizenzierung im Einzelnen: Mantz, Open-Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open-Access-Werken, in: Spindler (Hg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen, (<http://www.retosphere.de/php/download.php?fileId=5>) (Stand: 17.06.2011).

Anders als bei einem klassischen Verlagsvertrag muss die AutorIn bei einer Creative-Commons-Lizenzierung niemandem exklusiv Rechte zur Nutzung seines Werkes einräumen. Die Creative-Commons-Lizenzen sind grundsätzlich als nicht ausschließliche Rechteeinräumung konzipiert.

Sowohl für die LizenzgeberIn wie auch den Repositorienbetreiber von Bedeutung ist, dass die Lizenzen aufgrund der zahlreichen nationalen Creative-Commons-Gruppierungen eine Portierung in das jeweilige nationale Rechtssystem erfahren haben. Dadurch wird es möglich, dass auf der Grundlage eines international einheitlichen Verständnisses der Einräumung von standardisierten Nutzungserlaubnissen zu wiederum standardisierten Nutzungsbedingungen im Urheberrecht international bestehende Unterschiede auszugleichen. Dies soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine vollständige Beseitigung der Divergenzen der verschiedenen Urheberrechtssysteme nicht möglich ist.

Aus Sicht des Repositorienbetreibers interessant dürfte der Umstand sein, dass der Rechteeinwerb sich einfach vollzieht. Da der Rechteinhaber die

Nutzungserlaubnisse mittels der Creative-Commons-Lizenz „jedermann“ erteilt, kann auch er das so lizenzierte Werk im Rahmen der Lizenzbestimmungen nutzen, ohne zur Publikation verpflichtet zu sein.

## 2. Kern der Creative-Commons-Lizenzen

Allen Creative-Commons-Lizenzen gemein ist die Einräumung eines Rechts zur Vervielfältigung, Verbreitung des lizenzierten Werks sowie die Erlaubnis, das Werk öffentlich zu zeigen oder in Sammelwerke aufzunehmen sowie in Sammelwerken öffentlich zu zeigen. Die Bedingungen, zu denen diese Erlaubnisse erteilt werden, sind jedoch unterschiedlich.

Das Lizenzelement „BY“ ist als einziges Bestandteil einer jeden Creative-Commons-Lizenz. Dies ist vor dem Hintergrund des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft notwendig, da dieses Recht im deutschen Urheberrechtsgesetz als Urheberpersönlichkeitsrecht und unverzichtbar ausgestaltet ist. Die übrigen Lizenzelemente können optional hinzugewählt werden, wobei sich die Elemente „ND“ und „SA“ logisch gegenseitig ausschließen, da mit dem Element „ND“ eine Bearbeitung des Lizenzgegenstandes untersagt wird, das Element „SA“ aber gerade nur dann seinen Zweck entfalten kann, wenn eine Bearbeitung des Lizenzgegenstandes stattgefunden hat, die unter den Bedingungen der Lizenz des unbearbeiteten Lizenzgegenstandes weitergegeben werden muss.

## II. Print-on-demand-Dienste

Während sich die Aufnahme eines unter einer Creative-Commons-Lizenz zur Verfügung gestellten Inhalts in ein Repositorium noch unproblematisch gestaltet, soweit der so lizenzierte Inhalt dort lediglich zum Abruf bereitgehalten wird, lassen sich zusätzliche Leistungen nicht oder nur eingeschränkt umsetzen, je nachdem welche Option der Lizenzgeber gewählt hat. Beispielhaft sei hier die zumindest auch geschäftliche Nutzung eines Lizenzgegenstandes im Rahmen der üblichen Gestaltung eines Print-on-Demand-Dienstes genannt.

Vielfach bieten Repositorien ihren NutzerInnen die Möglichkeit, einen Inhalt auch in gedruckter Form zu bestellen und sich zusenden zu lassen. Dabei arbeiten die zuweilen rein auf die elektronische Publikation ausgerichteten Repositorienbetreiber mit geschäftlich agierenden Druckereien zusammen, die regelmäßig im Digitaldruck die bestellten Exemplare auf Anforderung drucken und versenden.

### 1. Print-on-Demand als kommerzielle Nutzung

Vor dem Hintergrund, dass im Zuge des Angebots von Print-on-demand-Diensten geschäftlich agierende Dritte in den Prozess einbezogen werden, stellt sich die Frage, ob Werke, die unter einer Creative-Commons-Lizenz mit NC-Klausel lizenziert sind, von dem Angebot ausgenommen werden müssen. Maßgeblich ist hierbei das Kriterium des geschäftlichen Vorteils im Sinne der NC-Bestimmung der Creative-Commons-Lizenzverträge.

Es handelt sich bei der NC-Option nicht nur um die beliebteste Klausel der CC-Lizenzgeber, sondern gleichzeitig um die am heftigsten kritisierte (vgl. nur: Möller, Freiheit mit Fallstricken: Creative-Commons-NC-Lizenzen und ihre Folgen, in: Open Source Jahrbuch 2006 ([http://www.opensourcejahrbuch.de/download/jb2006/chapter\\_06/osjb2006-06-01-moeller](http://www.opensourcejahrbuch.de/download/jb2006/chapter_06/osjb2006-06-01-moeller)) (Stand: 17.06.2011)). Dabei entflammt sich die Kritik an der bewusst offen gehaltenen Formulierung der Klausel, die zur Ausfüllung den NutzerInnen selbst überlassen ist. In einer Studie in den Vereinigten Staaten wurde durch Creative Commons das Verständnis des Begriffs „non-commercial“ durch die Nutzergemeinde untersucht (Übersicht und Download unter: [http://wiki.creativecommons.org/Defining\\_Noncommercial](http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial)) (Stand: 17.06.2011)).

Ohne an dieser Stelle ausführlich auf die Ergebnisse der Studie eingehen zu können, kann festgestellt werden, dass auch bei einem im Kern gleichlautenden Verständnis auf Lizenzgeber- wie auch auf Lizenznehmerseite die NC-Option vor allem beim NutzerInnen Unsicherheit auslöst und im Zweifelsfall eine vom Lizenzgeber durchaus willkommene Nutzung des Lizenzgegenstandes in Anbetracht des Risikos einer Lizenzverletzung und einer damit einhergehenden Inanspruchnahme durch die LizenzgeberIn tendenziell unterbleibt.

### 2. Rechtemanagement durch die AutorInnen

Die zuvor aufgezeigte Situation klären kann hier eine Klarstellung oder Zusatzvereinbarung zwischen Repositorienbetreiber und Lizenzgeber, die die konkrete Nutzung ausdrücklich erlaubt. Entscheidet sich die AutorIn für eine Creative-Commons-Lizenz, ist er nicht gehindert, weitere Vereinbarungen mit einzelnen NutzerInnen zu schließen, die von der Creative-Commons-Lizenz abweichen. Diese Möglichkeit besteht, da der Lizenzgeber die Rechtevergabe in der eigenen Hand behält und nicht – wie dies fälschlich immer wieder angenommen wird – Rechte an Creative Commons überträgt. Creative Commons wird für die AutorIn nicht als Vertreter seiner Interessen tätig und ist insbesondere keine Verwertungs- oder Wahrnehmungsgesellschaft.

Das Abschließen von Zusatzvereinbarungen kann als lästig empfunden werden. Auch stellt sich für zahlreiche AutorInnen die Frage, wie sie die

Einhaltung der Bestimmungen der von ihnen vergebenen Lizenz wirksam durchsetzen können. Anders als beim klassischen Verlagsvertrag, bei dem auch der Verlag darauf achtet, dass das von ihm im Markt platzierte Werk nur in dem Umfang genutzt wird, wie es vorgesehen ist, gestaltet sich dies für die wissenschaftlichen AutorInnen bei Vergabe einer Creative-Commons-Lizenz schwieriger. Es entsteht nicht nur durch die im Einzelfall auftretende Notwendigkeit, Sonder- oder Zusatzvereinbarungen zu schließen, ein Mehraufwand, auch die Überwachung und Durchsetzung der Einhaltung der Lizenzbestimmungen stellt eine Herausforderung dar, der sich der Verwender einer Creative-Commons-Lizenz stellen muss.

### C. Fazit

Neue Publikationsformen benötigen neue Lizenzen. Bereits die Wahl der richtigen Lizenz erweist sich für denjenigen, der sich nicht intensiv mit Lizenzfragen befasst, als schwierig. Die Wahl einer standardisierten, international anerkannten und auf das deutsche Recht angepassten Lizenz für eine Veröffentlichung im für jedermann leicht erreichbaren Online-Repositorium kann nicht nur dabei behilflich sein, den Zugang zum Werk und seiner Nutzung zu vereinfachen, sondern auch die allgemeine Akzeptanz dieser Veröffentlichungsform zu steigern.

Die Creative-Commons-Lizenzen erlauben das Rechtemanagement durch die AutorInnen selbst. Kehrseite ist, dass die AutorIn diesen Freiraum auch selbst nutzen muss. So muss sich der Lizenzgeber den Herausforderungen in Form eines von ihm zu bewältigenden Aufwandes im Hinblick auf Sonder- und Zusatzvereinbarungen sowie bei der Rechtedurchsetzung stellen. Dies mag im Einzelfall als Nachteil des Lizenzmodells empfunden werden. Möglicherweise ließe sich dieser Nachteil durch die Schaffung einer Clearing-Stelle mindern. Eine solche Einrichtung ist aber jedenfalls derzeit noch nicht in Sicht.

## Rechtliche Folgen der Vernetzung von Repositorien

In den vergangenen 15 Jahren hat sich deutschland- und weltweit ein dicht gefügtes Netz an institutionellen und auch fachlichen Repositorien für wissenschaftliche Publikationen etabliert. Kaum mehr eine wissenschaftliche Einrichtung bietet ihren Mitgliedern nicht die Möglichkeit, eigene Texte – seien sie nun bereits in einem anderen Publikationsmedium erschienen oder eingereicht oder originär für eine Bereitstellung über das Online-Repositorium bestimmt – zu veröffentlichen. Die wissenschaftlichen Arbeiten stehen auf diese Weise öffentlich zur Verfügung und können in der Regel von jedermann – also ganz im Sinne von Open Access – über die Webseite aufgerufen und heruntergeladen werden. Dass Open Access nicht gleich Open Access ist und bei weitem nicht alle Publikationen in Repositorien tatsächlich den sehr weitgehenden Voraussetzungen der Berliner Erklärung (<http://oa.mpg.de/lang/de/berlin-prozess/berliner-erklarung/>) genügen, ist Ursache für einen Teil des in diesem Beitrag verhandelten Problems. Doch mit der bloßen Bereitstellung auf einem solchen Repository ist es nicht getan. Denn nur wenn dieses lokale System in übergreifende Dienste eingebunden ist und die gespeicherten Daten beispielsweise zum Zwecke einer Recherche weitergegeben werden, sind sie überhaupt auffindbar – sei es via Google und Co. oder über einen dediziert auf wissenschaftliche (Open Access-) Publikationen ausgerichteten Nachweisdienst wie BASE, OAIster oder OA-Netzwerk. Welche Folgen aus rechtlicher Sicht eine derartige – für die praktische Nutzbarkeit vollkommen unabdingbare – Vernetzung von Repositorien hat, war das Thema der dritten Arbeitsgruppe beim IUWIS-Workshop „Urheberrecht und Repositorien“.

Als Ausgangspunkt der Diskussion dienten dabei im Wesentlichen die Fragen, (1) welche Rechte Diensteanbieter in einem auf der Vernetzung von Repositorien beruhenden Szenario benötigen, damit der gewünschte Service vorgehalten werden kann, und (2) welche rechtlichen Anforderungen sich daraus ergeben – und zwar sowohl aus der Sicht der jeweiligen Betreiber der Repositorien als auch aus derjenigen möglicher Anbieter darauf aufbauender Dienste. Die hier betrachteten durchweg nicht-kommerziellen Diensteanbieter operieren dabei zumeist auf der Basis aggregierter,

Von Uwe Müller,  
Sprecher der  
DINI-Arbeitsgruppe  
Elektronisches  
Publizieren,  
Frankfurt/Main

das heißt, massenhaft eingesammelter Metadaten, die über eine aufseiten der lokalen Repositorien bereitgestellte OAI-PMH-Schnittstelle abgefragt und für Rechercheanfragen und andere Dienste dupliziert werden. Für die Erbringung vieler Dienste – etwa eine automatische Fachklassifikation auf der Basis computerlinguistischer Verfahren, eine Plagiatserkennung, die Ermittlung inhaltlicher Zusammenhänge auf der Basis von Zitationsbeziehungen oder einfach eine Volltextsuche – ist darüber hinaus sogar die – zumindest temporäre – Speicherung der dazugehörigen Volltexte erforderlich. Während das über die Speicherung und die interne Verarbeitung hinausgehende öffentliche Anbieten der Volltexte für die meisten der hier vor Augen stehenden Dienste nicht unbedingt erforderlich ist – das Anzeigen und Herunterladen der eigentlichen Dokumente wird in der Regel mit einem Link zum ursprünglichen Anbieter, also zum lokalen Repository, ermöglicht –, benötigen die Diensteanbieter zumeist das Recht, die Metadaten auch öffentlich bereitstellen zu können – etwa im Rahmen von Ergebnislisten bei Suchanfragen oder der Darstellung einer Detailansicht, ggf. aber auch um die Daten wiederum schnittstellenbasiert für weitere Dienste zugänglich zu machen. Diese letztgenannte Möglichkeit spielt beispielsweise für Sub-Aggregatoren eine Rolle, die eingesammelte und ggf. aufbereitete Metadaten darauf aufbauenden Diensten zur Verfügung stellen. Mit diesen Überlegungen ist die unter (1) genannte Fragestellung weitgehend umrissen.

Die sich daran anschließende Frage nach den rechtlichen Anforderungen (2) kann in zwei Teilprobleme untergliedert werden: (2a) Welche Rechte müssen sich Repositorienbetreiber von UrheberInnen veröffentlichter Werke zusichern lassen, und in welcher Form muss dies geschehen (z. B. durch einen Autorenvertrag)? (2b) Welche Rechte müssen Repositorienbetreiber an Diensteanbieter übertragen, und welche Form muss hier gewählt werden?

Das Rechtsverhältnis zwischen UrheberInnen und Betreibern (2a) war Gegenstand der Diskussion in einer anderen Arbeitsgruppe des Workshops, der auch ein – zu diesem Zeitpunkt noch in Arbeit befindliches – Gutachten von Prof. Dr. Axel Metzger zugrunde lag. Die Rechteübertragung an Repositorienbetreiber, die häufig in Form einer so genannten Deposit Licence erfolgt, nimmt auch in der aktuellen Fassung des DINI-Zertifikats „Dokumenten- und Publikationsservice“ (<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:11-100182794>) eine zentrale Position ein. In Bezug auf den Aspekt der Vernetzung von Repositorien dürfte dabei entscheidend sein, dass es Betreibern mit in dieser Deposit Licence getroffenen Vereinbarungen ermöglicht wird, das Recht zur Speicherung, Verarbeitung und ggf. auch zur öffentlichen Bereitstellung der betreffenden Dokumente auch an Dritte weiterzugeben – eben an die Diensteanbieter.

Schließlich stellt sich die Frage, in welcher Form der Repositorienbetreiber welche Rechte an den Diensteanbieter übertragen muss (2b). Dies bezieht sich in erster Linie auf die Metadaten, da diese für die Realisierung übergreifender Dienste essentiell sind. Nach überwiegender, wenn auch nicht einheitlicher Rechtsauffassung sind Metadaten urheberrechtlich nicht geschützt. Eine wesentliche Ausnahme bilden Zusammenfassungen bzw. Abstracts, die das gesetzlich verankerte Kriterium der notwendigen Schöpfungshöhe erfüllen und deren Urheberschaft oftmals bei den AutorInnen der dazugehörigen Publikation liegt. Allerdings unterliegen Metadaten nach gängiger Meinung dem Datenbankschutzrecht, das vor allem bei der hier praktizierten massenhaften Übernahme von Daten über eine OAI-Schnittstelle relevant ist. Theoretisch müssten Repositorienbetreiber das Recht zur Speicherung, öffentlichen Bereitstellung und konsekutiven Weitergabe der Metadaten interessierten Diensteanbietern also vertraglich oder per Lizenz einräumen. Tatsächlich ist dies jedenfalls für den Bereich von Open-Access-Repositorien nirgends zu beobachten. Auch die für diese Anforderung gedachte Erweiterung des OAI-Protokolls zur expliziten Kennzeichnung der rechtlichen Situation bereitgestellter Metadaten (siehe dazu den Beitrag des Autors aus dem Jahr 2005 unter <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:11-10044273>) wird praktisch nicht genutzt. Stattdessen gilt das Vorhalten einer frei zugänglichen OAI-Schnittstelle, deren URL darüber hinaus zumeist in einem öffentlichen Verzeichnis bekannt gegeben wird (z.B. die offizielle Registry der OAI unter <http://www.openarchives.org/Register/BrowseSites>), gemeinhin als konkludentes Einverständnis, die Daten im „üblichen“ Sinne verwenden zu dürfen. Darauf fußen letztlich alle infrage stehenden Dienste, und bislang sind seitens der Betreiber dazu auch noch keine Einwände laut geworden – wohl auch deswegen, weil es ja in deren ureigenem Interesse liegt, durch die möglichst weite Verbreitung der Daten die Sichtbarkeit ihrer Veröffentlichungen zu erhöhen. Was diese stillschweigende Einwilligung im Einzelnen heißt – zumal in den über OAI ausgelieferten Daten oft eben auch die urheberrechtlich geschützten Abstracts enthalten sind – ist indes einigermaßen unklar.

Noch schwieriger wird es, wenn neben den Metadaten auch die eigentlichen Publikationen, also die urheberrechtlich geschützten Volltexte, ins Spiel kommen. Auch wenn eine öffentliche Bereitstellung durch Dritte für die meisten derzeit diskutierten übergreifenden Dienste nicht notwendig ist – eine Ausnahme bildet das Online-Angebot der Firma PaperC (<http://paperc.de/>), die verstärkt an institutionelle Repositorien herantritt, um die dort veröffentlichten Dokumente kostenlos auf der eigenen Plattform anzubieten –, gehört zumindest die temporäre Speicherung zu den Grundvoraussetzungen vieler Dienste, um beispielsweise eine Indexierung durchzuführen.

Auch die Anzeige so genannter Snippets aus dem Volltext bei der Ergebnispräsentation wirft urheberrechtliche Fragen auf. Doch auch in diesem Bereich wird in den meisten Fällen – bisher durchaus erfolgreich – pragmatisch vorgegangen. Auf das Einholen etwaiger Genehmigungen bei einzelnen Betreibern wird in der Regel durchweg verzichtet. Inwiefern damit beispielsweise übergreifende Such- oder Klassifikationsdienste rechtlich tatsächlich abgesichert sind, bleibt allerdings fraglich. Ob ein entsprechendes Gutachten, das den aufgeworfenen Fragen detailliert nachgeht, tatsächlich zu mehr Klarheit führt bzw. ob die entstehende Klarheit nicht zu einem potentiellen Hemmfaktor beim Etablieren übergreifender Dienste wird, scheint ebenfalls ungewiss. Denn vermutlich wären Betreiber dann zu einem eher restriktiven Umgang hinsichtlich der Weitergabe von Rechten angehalten.

Die einfachste Lösung des Problems ergibt sich freilich für Publikationen, die im Sinne der Berliner Erklärung in Form von Open Access veröffentlicht wurden. Denn darin ist die Übertragung der benötigten Rechte an jedermann als notwendige Voraussetzung bereits enthalten. Durch die konsequente Nutzung von Creative-Commons-Lizenzen würden UrheberInnen diese Rechtseinräumung dokumentieren, und Diensteanbieter wären auf die Einwilligung der jeweils bereitstellenden Betreiber nicht mehr angewiesen. Dass diese Idealbedingung allerdings nur für einen Bruchteil der auf Repositorien angebotenen Dokumente gilt und sich dies auch zukünftig allenfalls graduell ändern wird, ist allgemein bekannt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein Großteil der betreffenden Publikationen im Sinne einer Zweitveröffentlichung bereitgestellt wird und in Regel gar keine Creative-Commons-Lizenz mehr erhalten kann. Die Vernetzung von Repositorien bleibt daher aus rechtlicher Sicht nicht risikofrei. Aus Nutzersicht bleibt zu hoffen, dass dies weiterhin niemanden davon abschreckt, vernetzte Dienste aufzubauen.

Eine ergänzende Darstellung der in der Diskussion der Arbeitsgruppe aufgeworfenen Fragen findet sich in einem online veröffentlichten Beitrag von Thomas Severiens (<http://www.iuwis.de/dossierbeitrag/zusammenfassung-des-workshops>).



## Gutachten Prof. Metzger

# Die urheberrechtliche Gestaltung von Open Access Repositorien

Gutachten im Auftrag des Projekts IUWIS  
Infrastruktur Urheberrecht für  
Wissenschaft und Bildung

von

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

April 2011





## Inhalt

A. Einleitung	49
B. Urheberrechtliche Grundlagen	49
I. Repositorien und Open-Access-Angebote: Eingriff in das Urheberrecht?	50
1. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung	50
2. Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht	50
3. Einstellen von Inhalten und Print-on-Demand gerechtfertigt durch Urheberrechtsschranken?	51
a) § 52a UrhG: Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung	51
b) § 53a UrhG: Kopienversand auf Bestellung	52
c) Weitere Schrankenbestimmungen	52
4. Einwilligung des Rechtsinhabers oder Erwerb von Nutzungsrechten erforderlich	52
5. Sonderfall: Übernahme von Abstracts und Metadaten	52
II. Wer hält die Online-Rechte an Veröffentlichungen?	53
1. Ausgangspunkt: Autor/Autoren	53
2. Verlag	54
C. Erstveröffentlichung in einem Repository (Golden Road)	55
I. Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte durch Repository	55
1. Grundlage: Umfang der erforderlichen Nutzungsrechte für Bereithalten von Inhalten und Print-on-Demand	55
2. Langzeitarchivierung: Unbefristete und unwiderrufliche Rechtseinräumung	56
3. Rechtemanagement bei Repositorien	58
4. Vorschlag für eine Musterklausel	59
II. Besonderheiten bei „Open Access“ Repositorien	59
1. Sind zusätzliche Rechte für ein „Open Access“ Repository erforderlich?	59
2. Vorauswahl bestimmter Open-Access-Lizenzen durch das Repository	61
3. Meldung bei der VG Wort trotz Lizenzierung als Open Access?	61
III. Sonderfall: Mehrere Urheber	63
IV. Sonderfall: Qualifikationsarbeiten	63
D. Zweitveröffentlichung (Green Road)	64
I. Regelfall: Verlag als Rechtsinhaber	64
II. Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte durch Repositorien	67
III. Zweitveröffentlichung als Open Access im Sinne der Berliner Erklärung?	68
IV. Preprint oder Postprint?	69
V. Übernahme von Inhalten aus anderen Open-Access-Quellen?	70
E. Schlussbetrachtung	71

## A. Einleitung

Das Institut für Bibliotheks- und Informationswissenschaft der Humboldt-Universität zu Berlin hat mich am 04.02.2011 mit der Erstellung eines Gutachtens zur „Urheberrechtlichen Gestaltung eines Open Access Repositoriums“ für das Projekt IUWIS (Infrastruktur Urheberrecht für Wissenschaft und Bildung) beauftragt. Grundlage des Gutachtens ist ein mit dem Projektleiter Prof. Dr. Rainer Kuhlen abgesprochener Katalog von Fragen. Erste Ergebnisse des Gutachtens wurden auf einem Workshop an der Universität Osnabrück am 02.03.2011 vorgestellt. Die Anmerkungen seitens des Projekts und der teilnehmenden interessierten Kreise werden im Gutachten, soweit sie die urheberrechtliche Gestaltung von Repositorien betreffen, mitbehandelt.

Die rechtlichen Fragen, die sich bei der Einrichtung und beim Betrieb von Open Access Repositorien durch Hochschulen stellen, sind bislang kaum im Zusammenhang beleuchtet worden. Zwar liegen eine Reihe von juristischen Fachveröffentlichungen zu der Frage vor, ob und wenn ja in welcher Form das Urheberrechtsgesetz geändert werden sollte, um Autoren die Zweitveröffentlichung von Wissenschaftspublikationen in öffentlich zugänglichen Repositorien zu erleichtern. Hierzu liegen auch konkrete Formulierungsvorschläge für eine Änderung des § 38 UrhG vor, die in den kommenden Monaten anlässlich der nächsten Reform des Urheberrechtsgesetzes („Dritter Korb“) erneut für Diskussionen sorgen werden.<sup>1</sup> Woran es bislang aber fehlt, ist eine systematische Betrachtung der weiteren urheberrechtlichen Fragestellungen, die sich bei Veröffentlichungen in Open Access Repositorien nach geltendem Recht (Stand: 15.04.2011) stellen.<sup>2</sup> Diese bilden den Gegenstand des folgenden Gutachtens.

## B. Urheberrechtliche Grundlagen

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

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

<sup>2</sup> Die einzig umfassende Untersuchung bietet bislang der von Spindler herausgegebene Leitfaden „Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen“ aus dem Jahr 2006, abrufbar unter [http://univerlag.uni-goettingen.de/OA-Leitfaden/oaleitfaden\\_web.pdf](http://univerlag.uni-goettingen.de/OA-Leitfaden/oaleitfaden_web.pdf).

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

### 1. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Kernaufgabe von Open Access Repositorien ist es, wissenschaftliche Publikationen auf einem Server der allgemeinen Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Dies erfüllt den Tatbestand der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG. Sofern das Repository den Zugriff auf die Dokumente ohne Zugangsbeschränkung für jedermann eröffnet, ist der Begriff der „Öffentlichkeit“ im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG ohne Weiteres erfüllt.<sup>3</sup> Eine „öffentliche“ Zugänglichmachung liegt aber auch dann vor, wenn der Zugang nur für Hochschulangehörige möglich ist. Gem. § 15 Abs. 3 UrhG handelt es sich bereits dann um eine „öffentliche“ Wiedergabe, wenn die Nutzer eines Werks nicht in privaten Beziehungen zum Anbieter oder zueinander stehen. Solch private Beziehungen sind für Studierende und Mitarbeiter von Hochschulen jedoch nicht ohne Weiteres anzunehmen, zumal die Rechtsprechung den Begriff der Öffentlichkeit weit auslegt, um den wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten von Urhebern und sonstigen Rechteinhabern möglichst weiten Raum zu geben.<sup>4</sup>

Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass die bloße Verlinkung mit Inhalten, die auf dem Server eines anderen Repositoriums oder sonstigen Anbieters bereitgehalten werden, nicht den Tatbestand der öffentlichen Zugänglichmachung erfüllt.<sup>5</sup> Dies betrifft auch Verweise auf Mitarbeiterwebseiten, denen von Verlagen die Zugänglichmachung von Publikationen ausschließlich auf ihren Webseiten gestattet worden ist. Repositorien können solche Beiträge erfassen und mittels Deeplinks auf die Mitarbeiterseiten verweisen.<sup>6</sup>

### 2. Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht

Repositorien, die wissenschaftliche Publikationen auf ihrem Server zur Verfügung stellen, greifen zwangsläufig in das Vervielfältigungsrecht gem. § 16 UrhG ein, da eine entsprechende Nutzung die Speicherung des Dokuments auf dem Server voraussetzt. Dies erfüllt den Tatbestand der Vervielfältigung gem. § 16 UrhG und sollte dementsprechend beim Rechteerwerb ausdrücklich geregelt werden.

Bietet das Repository darüber hinaus auch Print-on-Demand-Dienste an, so werden weitere Vervielfältigungen im Sinne von § 16 UrhG erstellt und verbreitet. Hierbei ist zu beachten, dass auch das Angebot gegenüber einzelnen Nutzern als öffentliches Verbreiten im Sinne von § 17 UrhG anzusehen ist.<sup>7</sup>

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

<sup>4</sup> Siehe hierzu BGH GRUR 1975, 33 – Alters-Wohnheim.

<sup>5</sup> BGH GRUR 2003, 958, 962 – Paperboy.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu BGH GRUR 2003, 958, 962 – Paperboy.

<sup>7</sup> Siehe BGH GRUR 1991, 316 – Einzelangebot.

### 3. Einstellen von Inhalten und Print-on-Demand gerechtfertigt durch Urheberrechtsschranken?

Ein Eingriff in die Verwertungsrechte der Urheber bedeutet nicht zwangsläufig, dass Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche drohen. Vielmehr können ausnahmsweise Urheberrechtsschranken zugunsten bestimmter Nutzungshandlungen eingreifen. Eine spezifisch auf die Dienste von Repositorien zugeschnittene Schranke ist im Urheberrechtsgesetz allerdings nicht vorgesehen. Eine analoge Anwendung oder weite Auslegung der zum Teil sehr eng gefassten Schrankenbestimmungen zugunsten von Repositorien ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ausgeschlossen.<sup>8</sup>

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

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

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

Einzelne Beiträge aus Zeitschriften dürfen also durchaus im zugangsbeschränkten Bereich eines Repositoriums öffentlich zugänglich gemacht werden. Dies setzt allerdings voraus, dass dies nur für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen geschieht, so dass jedenfalls der Zugang für alle Hochschulangehörigen ausscheidet.<sup>9</sup> Für die Angehörigen einzelner Forschergruppen oder Institute dürfen entsprechende Repositorien aber aufgebaut werden.<sup>10</sup> Zudem muss der Zugang zum Zweck der „eigenen wissenschaftlichen Forschung“ gewährt werden, was jedenfalls die Tätigkeit von Professoren und wissenschaftlichen Mitarbeitern und nach richtiger Auffassung auch von Studierenden umfasst, sofern sie wissenschaftlich arbeiten.<sup>11</sup> Die Einzelheiten sollen hier nicht weiter vertieft werden, weil Repositorien in erster Linie auf eine Zugänglichmachung für jedermann abzielen, die durch die Vorschrift jedenfalls nicht gedeckt ist. Zudem ist zu beachten, dass die Geltung von § 52a UrhG gem. § 137k UrhG befristet ist und am 31.12.2012 endet.

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

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

<sup>10</sup> So Wandtke/Bullinger-Lüft, a.a.O.

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

### b) § 53a UrhG: Kopienversand auf Bestellung

Die Urheberrechtsschranken bieten auch nur in sehr begrenztem Umfang eine urheberrechtliche Rechtfertigung für Print-on-Demand-Dienste. Bei Print-on-Demand findet urheberrechtlich eine Vervielfältigung und Verbreitung durch den Dienstanbieter statt. Dies ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 53a UrhG gestattet, der einen Kopienversand nur für Zeitschriftenbeiträge oder kleine Teile von Werken erlaubt. Beiträge, die in Repositorien erstveröffentlicht werden, unterfallen der Vorschrift ebenso wenig wie Buchbeiträge, Dissertationen oder andere Bücher.<sup>12</sup> Auch privilegiert die Vorschrift nur öffentliche Bibliotheken, nicht aber sonstige Anbieter. Eine generelle Erlaubnis für Print-on-Demand kann § 53a UrhG also nicht entnommen werden.

### c) Weitere Schrankenbestimmungen

Weitere Schrankenbestimmungen kommen für eine Privilegierung von Repositorien nicht in Betracht. Die durch § 52 UrhG ausnahmsweise zulässige öffentliche Wiedergabe von Werken umfasst gem. Abs. 3 ausdrücklich nicht die öffentliche Zugänglichmachung im Internet. Die gem. § 53 Abs. 2 UrhG zulässigen Kopien für den Eigengebrauch privilegieren zwar unter bestimmten Voraussetzungen auch Vervielfältigungen für den wissenschaftlichen oder sonstigen eigenen Gebrauch, der „Eigengebrauch“ setzt dabei aber stets voraus, dass die Kopie nur für die eigene Verwendung und nicht für die Weitergabe an Dritte bestimmt ist.<sup>13</sup>

## 4. Einwilligung des Rechtsinhabers oder Erwerb von Nutzungsrechten erforderlich

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

## 5. Sonderfall: Übernahme von Abstracts und Metadaten

Sofern Repositorien nicht nur Publikationen im Volltext bereitstellen, sondern auch Abstracts oder Metadaten als Einträge nachweisen, stellt sich die Frage, ob auch dies nur stets mit Einwilligung des Urhebers oder Rechtsinhabers gestattet ist. Die Einwilligung wäre nur erforderlich, wenn Abstracts und Metadaten Schutz nach dem Urheberrechtsgesetz genießen. Dies muss man für Abstracts vielfach bejahen. Auch wenn pauschale Aussagen hierzu kaum möglich sind, so sollten sich Betreiber von Repositorien doch darauf einstellen, dass die Anforderungen an die Schutzfähigkeit von Texten als Sprachwerke gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG gering sind. In Deutschland gehen die Gerichte in ständiger Rechtsprechung vom Schutz der „kleinen Münze“ aus, das heißt,

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

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

auch ein geringer Grad an Individualität in der textlichen Gestaltung genügt bereits, um von einem schutzfähigen Werk auszugehen.<sup>14</sup> Auch der Europäische Gerichtshof geht von der Schutzfähigkeit auch kurzer Texte beschreibender Art aus. In der Entscheidung Infopaq aus dem Jahr 2009 billigte der Gerichtshof einem Textauschnitt aus einem Zeitungsartikel von nur 11 Worten im Grundsatz die Schutzfähigkeit zu.<sup>15</sup> Wendet man diese Grundsätze auf typische Abstracts in wissenschaftlichen Publikationen an, so wird man die Schutzfähigkeit in vielen Fällen bejahen müssen.<sup>16</sup> Die Folge ist, dass auch die Übernahme von Abstracts aus Publikationen nur mit Einwilligung des Rechtsinhabers zulässig ist.

Typische Metadaten von Wissenschaftspublikationen, insbesondere der Name des Autors, der Titel der Publikation, die Auflage, das Erscheinungsjahr, der Verlag und die ISBN unterfallen dagegen nicht dem Urheberrecht. Sie stellen keine persönlich geistige Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG dar. Metadaten können folglich auch ohne Einwilligung des Rechtsinhabers in ein Repositorium aufgenommen und durch Dritte (Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Kataloge etc.) genutzt werden. Vorsicht ist allerdings angebracht, wenn größere Mengen von Metadaten aus Datenbanken übernommen werden. Auch wenn der einzelne Satz Metadaten nicht urheberrechtlich geschützt ist, so kann doch eine Sammlung von Metadaten etwa in einem Bibliotheks-OPAC als Datenbankwerk gem. § 4 Abs. 2 UrhG und als Datenbank gem. § 87a UrhG geschützt sein. Eine Übernahme von größeren Mengen von Metadaten sollte deswegen nur mit Einwilligung der Institution erfolgen, von der die Daten stammen.

## II. Wer hält die Online-Rechte an Veröffentlichungen?

### 1. Ausgangspunkt: Autor/Autoren

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

„Die Vorschriften dieses Unterabschnitts [Anm.: das normale Urhebervertragsrecht] sind auch anzuwenden, wenn der Urheber das Werk in Erfüllung seiner Verpflichtungen

<sup>14</sup> So bereits das Reichsgericht, RGZ 116, 292, 295 – Adressbuch. Aus der jüngeren Rechtsprechung siehe beispielsweise BGH GRUR 2003, 958 – Technische Lieferbedingungen.

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

<sup>16</sup> So auch jüngst BGH GRUR 2011, 134, 136 – Perlentaucher.

aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen hat, soweit sich aus dem Inhalt oder dem Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses nichts anderes ergibt.“

Damit muss im Grundsatz der Arbeitgeber wie jeder sonstige Verwerter von schutzfähigen Inhalten die Rechte der Werke seiner Arbeitnehmer durch Abschluss entsprechender Verträge erwerben. Allerdings gehen die Gerichte in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die zur vertragsgemäßen Werkverwertung erforderlichen Nutzungsrechte an einem Werk, das in einem Dienst- oder sonstigen Abhängigkeitsverhältnis für bestimmte Zwecke des Dienstherrn geschaffen worden ist, stillschweigend an den Dienstherrn übergehen, sofern sich der Urheber die Rechte nicht ausdrücklich vorbehalten.<sup>17</sup> Für den Hochschulbereich ist allerdings anerkannt, dass die Rechte an den Ergebnissen der selbstständigen wissenschaftlichen Tätigkeit von Professoren und wissenschaftlichen Mitarbeiter nicht automatisch den Hochschulen zustehen.<sup>18</sup> Zur selbstständigen wissenschaftlichen Tätigkeit gehören typische Veröffentlichungen in Fachzeitschriften, sowie Bücher und Buchbeiträge von Professoren und Mitarbeitern. Die gleichen Grundsätze sind auch auf Dissertationen anzuwenden.<sup>19</sup> Daraus sollte allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass die Urheberrechte an Arbeitsergebnissen von Hochschulangehörigen ausnahmslos bei diesen liegen. So erkannte beispielsweise das Landgericht Köln an, dass eine Hochschule die Rechte an Multiple-Choice-Klausuren hält, die Mitarbeiter erstellt haben.<sup>20</sup> Auch andere „weisungsgebundene“ Tätigkeiten, die zur Erstellung schutzfähiger Inhalte führen, sind denkbar, etwa die Mitarbeit in drittmittelgeförderten Forschungsprojekten, bei denen der einzelne Autor gerade nicht selbstständig, sondern einem bestimmten Forschungsinteresse folgend und unter fachlicher Anleitung arbeitet.<sup>21</sup>

## 2. Verlag

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

17 BGH GRUR 1974, 480 – Hummelrechte.

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

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

20 LG Köln ZUM 2000, 597 – Multiple Choice.

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

## C. Erstveröffentlichung in einem Repositorium (Golden Road)

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

### I. Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte durch Repositorium

#### 1. Grundlage: Umfang der erforderlichen Nutzungsrechte für Bereithalten von Inhalten und Print-on-Demand

Für den urheberrechtlich abgesicherten Betrieb eines Repositoriums ist der Erwerb eines einfachen Nutzungsrechts gem. § 31 Abs. 2 UrhG vom Urheber (oder sonstigen Inhaber der ausschließlichen Nutzungsrechte) unabdingbare Voraussetzung.<sup>22</sup> Mit dem Erwerb eines einfachen Nutzungsrechts kann es dem Repositorium nicht mehr im Nachhinein untersagt werden, das Werk hinsichtlich der im Vertrag genannten Nutzungsarten zu nutzen. Inhaltlich entscheidend ist deswegen zunächst, welche Nutzungsarten das durch den Vertrag eingeräumte Nutzungsrecht umfasst. Im Hinblick auf das oben unter B.I. Gesagte, sollte das Nutzungsrecht zumindest das Recht umfassen, die betreffende Publikation durch das Repositorium gem. § 19a UrhG öffentlich zugänglich zu machen und die hierfür erforderlichen Vervielfältigungen gem. § 16 UrhG vornehmen zu können. Zur Klarstellung sollte sich die Rechtseinräumung auch auf das Abstract erstrecken.

Der Erwerb weiterer Nutzungsrechte ist nur erforderlich, sofern das Repositorium weitere Dienste im Hinblick auf die Publikationen anbietet, etwa Print-on-Demand-Dienste. Für Print-on-Demand ist der Erwerb eines einfachen Nutzungsrechts hinsichtlich der Vervielfältigung und Verbreitung erforderlich. Dies bedeutet im Umkehrschluss allerdings auch, dass entsprechende Dienste nicht angeboten werden können, wenn das Repositorium nur Online-Rechte erworben hat.<sup>23</sup>

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

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

Um für eine künftige Reorganisation des Repositoriums oder der das Repositorium tragenden Institution ein gewisses Maß an Flexibilität zu behalten, sollten die Nutzungsrechte ausdrücklich als übertragbar gekennzeichnet werden. Fehlt es an einer solchen ausdrücklichen Vereinbarung, so können Nutzungsrechte nicht ohne Zustimmung des Urhebers oder des Inhabers der ausschließlichen Nutzungsrechte übertragen werden, siehe § 34 Abs. 1 und 5 UrhG, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen für eine Unternehmensveräußerung nach § 34 Abs. 3 UrhG vor. Die Übertragbarkeit der Rechte ist auch Voraussetzung dafür, dass ein Repositorium einem externen Dienstleister die Wahrnehmung von Print-on-Demand-Rechten übertragen kann. Repositorien sollten zudem darauf achten, dass sie sich die Befugnis zur Einräumung von einfachen Nutzungsrechten an andere Repositorien ausbedingen.<sup>24</sup> Auch insoweit gilt, dass eine solche Befugnis in entsprechender Anwendung von § 35 Abs. 2 UrhG nur bei ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung angenommen werden kann. Eine solche Einräumung von Rechten kann etwa von Interesse sein, wenn sich Repositorien in Verbänden zusammenschließen wollen, um auf diese Weise eine bessere Langzeitsicherung von Dokumenten zu erreichen. Sollen hier die Inhalte auch auf den Servern anderer Einrichtungen gespeichert und zugänglich gemacht werden, so ist dies nur mit Zustimmung der Rechtsinhaber möglich, es sei denn, das Repositorium der Erstveröffentlichung kann den anderen Einrichtungen entsprechende Rechte einräumen.

## 2. Langzeitarchivierung: Unbefristete und unwiderrufliche Rechtseinräumung

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

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

Brauereien mit einer Laufzeit von über 20 Jahren,<sup>25</sup> ist es im Urheberrecht anerkannt, dass jedenfalls einfache Nutzungsrechte auch für die gesamte Schutzfrist vergeben werden können.<sup>26</sup> Die an entsprechend langfristigen Verträgen geäußerte Kritik bezieht sich auf die Vergabe von ausschließlichen Nutzungsrechten über die gesamte Schutzfrist, durch die dem Urheber jedwede Neuausrichtung der Verwertung seines Werks, etwa in einem anderen Verlag, versagt wird.<sup>27</sup> Dieses anerkennenswerte Schutzbedürfnis trifft aber nicht auf den Fall der Vergabe einfacher Nutzungsrechte zu, da es hier dem Urheber unbenommen bleibt, weitere – auch ausschließliche – Rechte an Dritte zu vergeben. Auch sind entsprechende Verträge mit Repositorien nicht Ausdruck einer gestörten Vertragsparität der Parteien, sondern Ausdruck des freien Willens des Urhebers, der seine Publikation langfristig der Allgemeinheit zugänglich machen möchte. Insofern bestehen im Hinblick auf die Wirksamkeit einer zeitlich unbefristeten oder auf das Ende der Schutzdauer befristeten Einräumung von Nutzungsrechten keine Bedenken. Dies gilt umso mehr, als mit § 42 UrhG dem Urheber ein besonderes Mittel zur Verfügung steht, die Rechte im Fall eines Überzeugungswandels zurückzurufen. Gemäß § 42 UrhG kann der Urheber ein Nutzungsrecht „gegenüber dem Inhaber zurückrufen, wenn das Werk seiner Überzeugung nicht mehr entspricht und ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann.“ Allerdings hat der Urheber in diesem Fall den Inhaber des Nutzungsrechts nach Abs. 3 „angemessen zu entschädigen“. Die Anforderungen an einen entsprechenden Rückruf sind hoch, setzt dieser doch voraus, dass der Urheber einen „gravierenden und nachweisbaren Überzeugungswandel in politischer, wissenschaftlicher, künstlerischer oder religiöser Hinsicht“ darlegen kann, während rein formale, stilistische oder ästhetische Kriterien im Regelfall nicht ausreichen sollen.<sup>28</sup> In Anbetracht dieser strengen Voraussetzungen und der Entschädigungspflicht ist es wenig verwunderlich, dass die Vorschrift in der Praxis kaum relevant wird. Neben dem besonderen urheberrechtlichen Rückrufsrecht aus § 42 UrhG steht dem Urheber auch das allgemeine Recht auf außerordentliche Kündigung gem. § 314 BGB („Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund“) zu. Allerdings sind auch für dieses Kündigungsrecht die Anforderungen streng und setzen die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags voraus. Typische Fälle einer solchen Unzumutbarkeit sind etwa die Zerstörung des für das Vertragsverhältnis erforderlichen Vertrauens oder der Eintritt unvorhergesehener Umstände.<sup>29</sup> Entsprechende Fallgestaltungen sind bei der Vergabe von einfachen Nutzungsrechten an Repositorien kaum vorstellbar.

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

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

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

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

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

### 3. Rechtemanagement bei Repositorien

Ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen, dass der Erwerb von einfachen Nutzungsrechten für ein Repositoryum ausreichend ist, so kann gleichwohl die Frage gestellt werden, ob sich Vorteile daraus ergeben, wenn das Repositoryum ausschließliche Rechte gem. § 31 Abs. 3 UrhG erwirbt. Dies ist schon auf den ersten Blick zweifelhaft, besteht der Unterschied zu einfachen Nutzungsrechten doch darin, dass der Inhaber dem Urheber und Dritten die weitere Nutzung des Werkes untersagen kann, was regelmäßig nicht im Interesse der Betreiber von Repositorien liegen dürfte. Repositorien zielen auf einen möglichst offenen, nachhaltigen und kostenfreien Zugang zu Informationen ab und nicht auf eine Alleinstellung, um gebührenpflichtige Modelle aufbauen zu können. Es ist deswegen nicht ohne Weiteres ersichtlich, welche Vorteile Repositorien aus dem Erwerb ausschließlicher Rechte erwachsen würden. Dagegen sind die Nachteile klar erkennbar: Liegen die ausschließlichen Rechte beim Repositoryum, so muss der Urheber und jeder sonstige Interessierte, etwa ein Verlag, für jede weitere Verwendung der Publikation beim Betreiber nachfragen. Dies erzeugt erheblichen Verwaltungsaufwand und kann nicht im Interesse des Betreibers liegen. Insofern ist Repositorien für den Regelfall der Erwerb einfacher Rechte anzuraten. Etwas anderes kann gelten, wenn das Repositoryum zugleich als Universitätsverlag agiert. Dann kann die Ausschließung Dritter von Interesse sein.<sup>30</sup>

Auch beim Erwerb einfacher Nutzungsrechte ist allerdings ein professionelles Rechtemanagement durch das Repositoryum erforderlich. Hier gilt grundsätzlich, dass der Betreiber des Repositoryums im Streitfall die Beweislast dafür trägt, dass er die behaupteten Rechte an einer Publikation erworben hat.<sup>31</sup> Zwar ist die Einräumung von Nutzungsrechten grundsätzlich ohne schriftlichen Vertrag möglich.<sup>32</sup> Repositorien sollten sich hierauf aber nicht ausruhen, da sie im Zweifel den Beweis führen müssen, dass ein entsprechender Rechtserwerb stattgefunden hat. Hier bietet der von beiden Seiten mit Datum unterschriebene Vertrag erkennbare Vorteile, da der Unterschrift des Urhebers im Streitfall erhebliche Überzeugungskraft zukommt. Rechtlich möglich sind aber auch andere Formen der Dokumentation von Erklärungen der Rechtsinhaber. Automatisierte Lösungen, bei denen das Repositoryum die Erklärung des Urhebers mit einem Zeitstempel versehen abspeichert, sind als Minimallösung dringend angeraten.<sup>33</sup>

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

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

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

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

### 4. Vorschlag für eine Musterklausel

Eine mögliche Musterklausel für den Rechteerwerb durch ein Repositoryum könnte lauten:<sup>34</sup>

„1. Der Autor/die Autoren räumt/räumen dem Repositoryum für die Dauer der gesetzlichen Schutzfrist und räumlich unbeschränkt das einfache Recht ein,

- das Werk einschließlich Abstract und Metadaten durch das Repositoryum öffentlich zugänglich zu machen und die hierfür erforderlichen Vervielfältigungen zu erstellen, insbesondere das Werk und/oder das Abstract und die Metadaten in elektronischen Datenbanken zu speichern und mittels digitaler oder anderweitiger Übertragungstechnik einer Vielzahl von Nutzern zur Verfügung zu stellen, sei es im Rahmen von Diensten, die einen Abruf des Nutzers voraussetzen oder in Diensten, bei denen die Nutzung auf Initiative des Repositoryums erfolgt, und zwar unter Einschluss sämtlicher Übertragungswege (Kabel, Funk, Satellit etc.) und Protokolle (TCP/IP, http, WAP, HTML, XML etc.), sowie
- das Werk im Wege des Print-on-Demand in Papierform oder auf anderen Speichermedien (CD-Rom, CD-I, E-Book etc.) zu vervielfältigen und zu verbreiten.

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

## II. Besonderheiten bei „Open Access“ Repositorien

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

Genügen für das Zugänglichmachen von Inhalten in Repositorien die genannten einfachen Nutzungsrechte, so stellt sich die weitere Frage, ob beim Erwerb entsprechend eingeschränkter Rechte durch ein Repositoryum noch von „Open Access“ die Rede sein kann. Der Begriff „Open Access“ wird in unterschiedlicher Weise verwendet. Die Berliner Erklärung aus dem Jahr 2003 verlangt mehr als den allgemeinen Zugang zu Inhal-

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

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

ten.<sup>35</sup> Nach der Erklärung soll jeder Nutzer entsprechend dem Modell der Open Source Software weitgehende Nutzungsrechte erwerben können:

„Die Urheber und die Rechteinhaber solcher Veröffentlichungen gewähren allen Nutzern unwiderruflich das freie, weltweite Zugangsrecht zu diesen Veröffentlichungen und erlauben ihnen, diese Veröffentlichungen – in jedem beliebigen digitalen Medium und für jeden verantwortbaren Zweck – zu kopieren, zu nutzen, zu verbreiten, zu übertragen und öffentlich wiederzugeben sowie Bearbeitungen davon zu erstellen und zu verbreiten, sofern die Urheberschaft korrekt angegeben wird.“<sup>36</sup>

Eine solch umfassende Freiheit der Nutzer, die Inhalte in unveränderter oder veränderter Form beliebig weiterverbreiten und zugänglich zu machen, wird allerdings nicht immer verlangt, wenn von „Open Access“ die Rede ist. Vielfach wird der Begriff auch schon dann verwendet, wenn Inhalte kostenlos im Internet verfügbar sind, etwa in Repositorien, ohne dass den Nutzern weitergehende Rechte eingeräumt werden.<sup>37</sup>

Aus der Sicht des Betreibers eines Repositoriums besteht auch beim Anlegen des engen Begriffs von Open Access im Sinne der Berliner Erklärung kein Anlass, weitergehende Nutzungsrechte von den Autoren einzuholen. Sofern der Urheber seine Publikationen nach den Bedingungen einer Open-Access-Lizenz für jedermann frei gegeben hat, etwa auf Grundlage einer Creative-Commons- oder DiPP-Lizenz, so kann es genügen, wenn das Repositorium die Publikation auf dieser Grundlage nutzt. Es ist keineswegs zwingend, dass das Repositorium die ausschließlichen Rechte an den Inhalten erwirbt und seinerseits für die „Freigabe“ nach einer Creative-Commons- oder DiPP-Lizenz sorgt. Vielmehr ist ein Inhalt auch dann verfügbar im Sinne von „Open Access“, wenn der Urheber selbst die Lizenz auswählt und anwendet und das Repositorium bloßer Lizenznehmer unter dieser Lizenz wird.<sup>38</sup> Allerdings sollte auch in diesem Fall eine genaue Prüfung des Umfangs der eingeräumten Nutzungsrechte vorgenommen werden. So gestattet etwa die Digital Peer Publishing Lizenz keine Verbreitung körperlicher Vervielfältigungen und scheidet somit als Grundlage für Print-on-Demand-Dienste aus.<sup>39</sup> Auch bei Verwendung von Creative-Commons-Lizenzen können sich Einschränkungen ergeben, etwa wenn der Urheber eine „Non commercial“-Lizenz gewählt hat.<sup>40</sup> In diesem Fall sind

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

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

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

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

39 Siehe Ziffer 2 Abs. 1 DPPL, [http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/dppl/DPPL\\_v3\\_de\\_11-2008.html](http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/dppl/DPPL_v3_de_11-2008.html).

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

kostenpflichtige Dienste, beispielsweise Print-on-Demand, jedenfalls dann nicht mehr gedeckt, wenn das Entgelt über die bloße Kostendeckung hinausgeht.<sup>41</sup>

## 2. Vorauswahl bestimmter Open-Access-Lizenzen durch das Repositorium

Die Lizenzierung von Beiträgen durch die Urheber selbst bedeutet nicht, dass das Repositorium keinen Einfluss auf die Auswahl der im Einzelfall verwendeten Lizenz nehmen kann. Vielmehr können Repositorien eine Vorauswahl von bestimmten Open-Access-Lizenzen treffen und die Urheber dazu auffordern, eine der genannten Lizenzen für ihre Publikation zu verwenden. Die Wahl der Lizenz durch den Urheber kann etwa durch ein entsprechend begrenztes Auswahlmenü während des Hochladens von Inhalten abgefragt werden. Repositorien haben ein legitimes Interesse daran, dass möglichst alle Inhalte im Repositorium nach den Bestimmungen ein und derselben Lizenz benutzt werden können. Dies ist für die Nutzer des Repositoriums, etwa Datenbanken oder Bibliotheken, überaus bedeutsam, da sie auf diese Weise ohne nähere Prüfung der Lizenzfragen einzelner Inhalte das gesamte Angebot nach einheitlichen Regeln nutzen können. Möchte der Urheber weiter gehen und seinen Nutzern auch andere Rechte als die in der Standardlizenz des Repositoriums genannten Nutzungsmöglichkeiten einräumen, so bleibt es ihm unbenommen, den Beitrag parallel auch nach den Bedingungen einer anderen Lizenz zu verbreiten. Diesem Modell folgt beispielsweise das (Open-Access-) „Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law“ (JIPITEC), dessen Beiträge alle nach der DiPP-Lizenz erhältlich sind, wobei es den Autoren freisteht, einzelne Beiträge parallel auch nach einer anderen Lizenz, etwa einer Creative Commons Lizenz, zu verbreiten.<sup>42</sup>

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

Können Urheber ihre Werke nach den Bedingungen einer Open-Access-Lizenz der Allgemeinheit zur Verfügung stellen und gleichzeitig Vergütungsansprüche durch die VG Wort geltend machen? Hier kommt es auf die Einzelheiten der Rechtswahrnehmung durch die VG Wort an. Hat der Urheber mit der VG Wort einen echten Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen, so entsteht ein Konflikt mit den üblichen Open-Access-Lizenzen (Creative Commons, DiPP etc.), weil der Standard-Wahrnehmungsvertrag der VG Wort die Einräumung umfangreicher ausschließlicher Rechte an die VG Wort vorsieht, beispielsweise das Vermiet- und Verleihrecht (Ziffer 1), das Recht der öffentlichen Weitergabe von Bild- und Tonträgern (Ziffer 3) etc. Hat der Urheber einen Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen, so kann er Dritten insoweit keine Rechte mehr einräumen, so dass

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

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

die weitreichenden Open-Access-Lizenzen für die betroffenen Nutzungsarten ins Leere laufen. Die VG Wort könnte entsprechende Nutzungen also trotz Open-Access-Lizenz untersagen. Etwas anderes gilt allerdings hinsichtlich der Einräumung einfacher Nutzungsrechte an ein Repositorium für die schlichte öffentliche Zugänglichmachung, also für Open Access im weiteren Sinne. Die VG Wort nimmt die Online-Rechte nur in sehr begrenztem Umfang wahr, und zwar für Verträge vor 1995 nur, sofern der Verlag die Publikation im Rahmen von Online-Angeboten nutzt und für Verträge nach 1995 nur, sofern keine individuelle Rechtseinräumung vorliegt.<sup>43</sup> Bei der Nutzung durch ein Repositorium handelt es sich aber nicht um ein Verlagsangebot, zudem liegt eine individuelle Rechtseinräumung vor. Die Folge ist, dass Beiträge im Rahmen eines Wahrnehmungsvertrags bei der VG Wort angemeldet und gleichzeitig einem Repositorium einfache Nutzungsrechte nach Maßgabe der oben vorgeschlagenen Musterklausel (siehe oben C.I.4.) eingeräumt werden können.

Typische Wissenschaftsautoren schließen allerdings keinen vollständigen Wahrnehmungsvertrag mit der VG Wort ab, sondern nehmen als bloße „Bezugsberechtigte“ an der Verteilung der Einnahmen teil.<sup>44</sup> Bei der Bezugsberechtigung nimmt die VG Wort nur die Rechte aus §§ 27, 53a, 54, 54c UrhG wahr, insbesondere die Vergütung für gem. § 53 UrhG einwilligungsfrei zulässige Kopien (Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch).<sup>45</sup> Die Vergütungsansprüche von Urhebern aufgrund gesetzlicher Urheberrechtsschranken werden aber weder durch die Creative Commons<sup>46</sup>- noch durch die DIPP-Lizenzen<sup>47</sup> beschnitten. Das heißt, der Urheber kann insoweit die Dienste einer Verwertungsgesellschaft in Anspruch nehmen, ansonsten aber die Nutzung entsprechend der genannten Open-Access-Lizenzen gestatten.<sup>48</sup>

43 Siehe Ziffer § 1 Nr. 19 des Wahrnehmungsvertrags (Autor) vom Juni 2010, [http://www.vgwort.de/fileadmin/wahrnehmungsvertrag/vw\\_autor\\_juni\\_2010\\_muster.pdf](http://www.vgwort.de/fileadmin/wahrnehmungsvertrag/vw_autor_juni_2010_muster.pdf).

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

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

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

47 Siehe Ziffer 13 Digital Peer Publishing Lizenz Version 3, [http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/dppl/DPPL\\_v3\\_de\\_11-2008.html](http://www.dipp.nrw.de/lizenzen/dppl/dppl/DPPL_v3_de_11-2008.html).

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

### III. Sonderfall: Mehrere Urheber

Ist für die urheberrechtskonforme Nutzung von Inhalten in Repositorien der Erwerb von Nutzungsrechten vom Urheber erforderlich, so fragt sich, wie bei mehreren Urhebern zu verfahren ist. Das arbeitsteilige Zusammenwirken mehrerer Autoren an einer Veröffentlichung erfüllt typischerweise den Tatbestand der Miturheberschaft gem. § 8 UrhG. Liegt aber ein Fall der Miturheberschaft vor, so erfordert die Veröffentlichung des Werks im Grundsatz die Zustimmung aller beteiligten Urheber.<sup>49</sup> Dies kann bei wissenschaftlichen Publikationen erhebliche praktische Probleme nach sich ziehen, wenn die Zahl der Autoren hoch ist und sich Autoren im Ausland befinden. Repositorien sollten sich hier nicht auf die Einwilligung des „corresponding author“ beschränken, der die Veröffentlichung anbietet oder auf sonstige Weise als Kontaktperson für das Repositorium fungiert. Sofern der „corresponding author“ von den anderen Miturhebern ermächtigt worden ist, das Manuskript entsprechend zu veröffentlichen, genügt dies den Anforderungen des § 8 Abs. 2 UrhG. Erforderlich ist hierfür allerdings wiederum die Zustimmung aller Miturheber.<sup>50</sup> Auch insoweit trifft das Repositorium im Streitfall die Beweislast, so dass eine entsprechende Dokumentation dringend anzuraten ist. Verzichtbar ist lediglich die Zustimmung derjenigen „Autoren“, die nicht selbst einen schöpferischen Beitrag zur konkreten Gestaltung des Werks geleistet haben. Oftmals werden auf wissenschaftlichen Publikationen Professoren oder Vorgesetzte sowie Mitglieder von Forschergruppen genannt, die keinen eigenen schöpferischen Beitrag zur konkreten Gestaltung der Publikation beigetragen haben. Die rein organisatorische Mitwirkung führt aber ebensowenig zur Miturheberschaft wie bloße Ideen und Anregungen,<sup>51</sup> so dass die Zustimmung dieser Personen verzichtbar ist. Auf eine entsprechende Vorgehensweise sollten sich Repositorien aber in der Regel nicht einlassen, da die Einzelheiten der Zusammenarbeit der Autoren für das Repositorium nur schwer zu überblicken sind.

### IV. Sonderfall: Qualifikationsarbeiten

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

(1) „Innerhalb eines Jahres nach der mündlichen Prüfung ist die Dissertation in angemessener Weise der wissenschaftlichen Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Doktorandin kann die Dissertation in der in den Buchstaben a bis e beschriebenen Weise veröffentlichen und hat der Universitätsbibliothek abzuliefern: a) Eine

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

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

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



maschinenlesbare Datei in einer mit der Universitätsbibliothek abgestimmten Version bei Veröffentlichung im Elektronischen Volltext-Archiv EVA der Universitätsbibliothek (...).“

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

## D. Zweitveröffentlichung (Green Road)

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

### I. Regelfall: Verlag als Rechtsinhaber

Steht für ein Repositorium die Zweitveröffentlichung eines bereits erschienenen Beitrags in Frage, so ist der erste Ansprechpartner in aller Regel der Verlag, in dem das Werk zuerst veröffentlicht wurde. Typische Verlagsverträge sehen die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte an den Verlag vor. Die Folge ist, dass auch der Urheber den Beitrag nicht mehr selbst verwerten kann. Allerdings lohnt sich bei Verlagspublikationen der Blick in die Einzelheiten des Verlagsvertrags. Zwar sehen die Standardverträge für Zeitschriftenbeiträge heute in der Regel auch die Einräumung der ausschließlichen, zeitlich unbegrenzten Online-Rechte an den Verlag vor.<sup>53</sup> Es gibt hier aber durchaus abweichende Standards in den verschiedenen Fachrichtungen. Auch ist nach wie vor zu beobachten, dass Verlage Manuskripte ohne jeden schriftlichen Vertrag abdrucken, etwa im Fall von Sammelbänden, bei denen Verlage oft nur mit den Herausgebern Verträge schließen, nicht aber mit den einzelnen Autoren. Fehlt es an der ausdrücklichen Einräumung von Rechten für das öffentliche Zugänglichmachen im Internet, so verbleiben diese Rechte grundsätzlich beim Urheber. Dies ergibt sich aus der in § 31 Abs. 5 UrhG normierten „Zweckübertragungslehre“. Danach umfasst eine Nutzungsrechtseinräumung im Zweifel nur die Nutzungsarten, die für die Erreichung des von den Parteien zugrunde gelegten Zwecks erforderlich sind. Geht es zunächst nur um die Veröffentlichung in einem Sammelband, so kann der Verlag nicht im Nachhi-

<sup>52</sup> Siehe bspw. das Muster im Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2009, 835 ff.

nein eine stillschweigende Einräumung von Nutzungsrechten für die Online-Nutzung behaupten. Im Zweifel liegen die Rechte dann noch beim Urheber, der deswegen auch Repositorien die Aufnahme gestatten kann. Gemäß § 31 Abs. 5 UrhG kommt es auch auf den Vertragszweck an, ob einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt wurden, wenn es an einer ausdrücklichen Absprache fehlt. Im Zweifel gilt auch hier, dass ein Nutzungsrecht nur als einfaches Recht eingeräumt wurde.<sup>53</sup>

Für die Zweitveröffentlichung in Online-Repositorien ist der vielzitierte § 38 UrhG („Beiträge zu Sammlungen“) ohne Bedeutung. In der aktuellen Fassung betrifft die Vorschrift nur Erst- und Zweitveröffentlichungen in Printmedien:

(1) Gestattet der Urheber die Aufnahme des Werkes in eine periodisch erscheinende Sammlung, so erwirbt der Verleger oder Herausgeber im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung und Verbreitung. Jedoch darf der Urheber das Werk nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen anderweit vervielfältigen und verbreiten, wenn nichts anderes vereinbart ist.

(2) Absatz 1 Satz 2 gilt auch für einen Beitrag zu einer nicht periodisch erscheinenden Sammlung, für dessen Überlassung dem Urheber kein Anspruch auf Vergütung zusteht.

Nach herrschender Ansicht kann die Vorschrift nicht analog auf die Zweitveröffentlichung in Online-Repositorien angewendet werden.<sup>54</sup> Bedeutung kommt § 38 UrhG allerdings mit Blick auf Print-on-Demand-Dienste zu. Möchte der Urheber nach Ablauf der in der Vorschrift genannten Fristen einem Repositorium auch die Vervielfältigung und Verbreitung einer Veröffentlichung gestatten, so kann die Norm zugunsten des Urhebers eingreifen. § 38 UrhG formuliert jedoch nur Zweifelsregeln. Einigen sich Verlag und Urheber ausdrücklich auf eine Regelung, wonach dem Urheber auch nach Ablauf der Fristen keine Rechte zustehen sollen, so ist die vertragliche Regelung entscheidend.

Allerdings könnte es im Zuge der nächsten Urheberrechtsreform („Dritter Korb“) zu einer Änderung des § 38 UrhG kommen. Eine solche Reform hatte der Bundesrat anlässlich der Verabschiedung der letzten größeren Urheberrechtsnovelle ange-

<sup>53</sup> Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 31, Rn. 58.

<sup>54</sup> Für die herrschende Meinung siehe Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 38, Rn. 6; Heckmann/Weber, Open Access in der Informationsgesellschaft - § 38 UrhG de lege ferenda, GRUR Int. 2006, 995, 996; siehe auch Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, § 38, Rn. 11, die die Grundsätze aber bei der Vertragsauslegung berücksichtigen möchten. Für die Analogie Ehmann/Fischer, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, GRUR Int. 2008, 284, 288.

mahnt.<sup>55</sup> Gegenwärtig bereitet das Bundesjustizministerium einen Gesetzentwurf vor, mit dem für den Sommer 2011 gerechnet wird. Sollte es zu einer Verabschiedung des vom Bundesrat vorgeschlagenen neuen § 38 Abs. 4 UrhG-E kommen, so wäre die Zweitveröffentlichung von wissenschaftlichen Publikationen aus Fachzeitschriften in Repositorien in größerem Umfang als bislang möglich, allerdings beschränkt auf Preprints.<sup>56</sup> Auch wären anders lautende Vereinbarungen in Verlagsverträgen unwirksam. Es ist gegenwärtig allerdings noch nicht abzusehen, ob es zu einer entsprechenden Novelle kommt und wie die Einzelheiten der Regelung am Ende aussehen werden. Deshalb beschränken sich die folgenden Ausführungen auf den Rechtszustand vom 15.04.2011.

Aus der Sicht von Urhebern und Repositorien ist es nach der aktuellen Rechtslage am sichersten, wenn sich der Urheber bei Abschluss des Verlagsvertrags die für die Zweitveröffentlichung in einem Repository erforderlichen Nutzungsrechte ausdrücklich vorbehält. Dies setzt voraus, dass der Urheber eine entsprechende Verhandlungsposition gegenüber dem Verlag hat und dürfte schon deshalb nicht in jedem Fall durchsetzbar sein. Repositorien sollten aber die Urheber ermutigen, einen entsprechenden Rechteevorbehalt zu verhandeln. In der Praxis erhalten Urheber typischerweise den Standardvertrag des Verlags zugeschiedt, ohne dass es zu mündlichen Verhandlungen über die Einzelheiten kommt. Hier genügt es dann, wenn der Urheber den Vertrag versehen mit einem Vermerk vor der Unterschrift zurücksendet, in dem er sich die Rechte vorbehält. Widerspricht der Verlag der Abwandlung des Vertrags nicht,<sup>57</sup> so gilt er als vereinbart einschließlich Vermerk. Dieser hat dann als Individualabrede gem. § 305b BGB Vorrang vor den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verlags. Ein entsprechender Vermerk kann etwa lauten:

55 BR-Drucksache 257/06, S. 7: „An wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika erscheinen, hat der Urheber auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts das Recht, den Inhalt längstens nach Ablauf von sechs Monaten seit Erstveröffentlichung anderweitig öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zur Verfolgung nichtkommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist und nicht in der Formatierung der Erstveröffentlichung erfolgt. Dieses Recht kann nicht abbedungen werden.“ Der Vorschlag geht in Teilen zurück auf Hansen, Zugang zu wissenschaftlicher Information - alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378. Siehe hierzu auch Hansen, Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder: Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, GRUR Int. 2009, 799; Heckmann/Weber, Open Access in der Informationsgesellschaft - § 38 UrhG de lege ferenda, GRUR Int. 2006, 995; Hirschfelder, Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbieterspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen? §§ 38 und 43 UrhG de lege ferenda im Lichte der RL 2001/29/EG, MMR 2009, 444; Peifer, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22, 27; Pflüger, Positionen der Kultusministerkonferenz zum Dritten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – »Dritter Korb«, ZUM 2010, 938; Sandberger, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUM 2006, 818; Sosnitza, Google Book Search, Creative Commons und Open Access – Neue Formen der Wissensvermittlung in der digitalen Welt, Rechtswissenschaft 2010, 225, 243 f. Die von Pflüger/Ertmann, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 536, zunächst vorgeschlagene Änderung des § 43 UrhG wird politisch nicht weiter verfolgt.

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

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

„Sehr geehrte Frau ...,

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

Mit freundlichen Grüßen“

Ob sich Autoren ihre Rechte entsprechend vorbehalten, liegt außerhalb des Einflussbereichs von Repositorien. Diese können allerdings unterstützend tätig werden, etwa in dem sie Informationen über einen Rechteevorbehalt verfügbar machen.

Für ältere Verlagsverträge ist zu beachten, dass die Online-Rechte gem. § 137l UrhG nachträglich vom Verlag erworben sein können, sofern der Urheber dem Verlag alle wesentlichen Rechte an der Publikation eingeräumt und der Online-Nutzung nicht vor dem 31.12.2008 widersprochen hat. Hat der Urheber während der gesetzlichen Frist widersprochen, so kann er Repositorien die Online-Nutzung gestatten.<sup>58</sup>

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Urheber im Einzelfall gem. § 41 UrhG Nutzungsrechte wegen Nichtausübung zurückrufen können. Dies setzt voraus, dass der Verlag das Recht nicht oder nur unzureichend ausübt und dadurch berechnete Interessen des Urhebers erheblich verletzt werden. Bedenkt man, dass Wissenschaftsautoren in besonderem Maße darauf angewiesen sind, dass andere Autoren ihre Beiträge lesen und zitieren, so liegt eine Interessenverletzung nahe, wenn Beiträge nicht in den üblichen Datenbanken oder in Open Access Angeboten verfügbar sind, obwohl der Verlag die ausschließlichen Online-Rechte innehat. Die Frage ist bislang, soweit ersichtlich, aber nicht gerichtlich entschieden. Bei Zeitschriftenbeiträgen ist zudem zu beachten, dass der Urheber zunächst 6 bzw. 12 Monate warten und dem Verlag eine Nachfrist setzen muss, bevor er den Rückruf erklären kann. Auch kann eine Entschädigung geschuldet sein, sofern dies der Billigkeit entspricht. Je länger der Verlag die Rechte innehatte, ohne eine Online-Verwertung vorzunehmen, umso weniger dürfte es der Billigkeit entsprechen, dem Autor bei einem Rückruf eine Entschädigung abzuverlangen. Schließlich hat der Verlag in diesem Fall seine Verwertungsmöglichkeit gehabt, ohne sie zu nutzen.<sup>59</sup>

## II. Erwerb der erforderlichen Nutzungsrechte durch Repositorien

Liegen die für die Online-Nutzung erforderlichen Rechte beim Urheber oder findet sich ein Verlag bereit, die Nutzung in einem Repository zu gestatten, so stellt sich

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

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

die Frage, welche Rechte für eine urheberrechtskonforme Zweitveröffentlichung erforderlich sind. Insoweit kann auf die Ausführungen zum Rechteerwerb bei der Erstveröffentlichung in Repositorien und die dort vorgeschlagene Musterklausel verwiesen werden.<sup>60</sup> Das Repositorium benötigt auch für die Zweitveröffentlichung ein einfaches, zeitlich unbefristetes Nutzungsrecht für die öffentliche Zugänglichmachung und gegebenenfalls weitergehende Rechte, sofern Print-on-Demand-Dienste angeboten werden sollen. Letzteres ist bei Zweitveröffentlichungen allerdings problematisch, da die Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte auch bei älteren Verlagsverträgen in der Regel beim Verlag liegen und dieser sich kaum auf eine kostenfreie Konkurrenz im Printbereich einlassen dürfte. Auch bei Zweitveröffentlichungen sollten Repositorien im Idealfall übertragbare Rechte erwerben und zudem die Befugnis erhalten, anderen Repositorien einfache Nutzungsrechte einzuräumen. Insofern unterscheiden sich „Golden“ und „Green Road“ nicht. Deswegen ist es auch von Bedeutung, dass sich der Urheber im Verlagsvertrag allgemein das Recht vorbehält, seine Publikation „in Universitätsrepositorien“ zugänglich zu machen, da er einem Repositorium nur die Rechte für mehrere Repositorien einräumen kann, wenn er diese selbst innehat.<sup>61</sup>

### III. Zweitveröffentlichung als Open Access im Sinne der Berliner Erklärung?

Zweitveröffentlichungen in Repositorien können nur dann als Open Access im Sinne der Berliner Erklärung genutzt werden, wenn der Urheber oder sonstige Inhaber von ausschließlichen Rechten bereit sind, die Publikation einer entsprechend liberalen Lizenz zu unterstellen, etwa einer Creative Commons oder DIPP-Lizenz. Allerdings liegen bei Erstveröffentlichungen in klassischen Verlagszeitschriften die ausschließlichen Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte und vielfach auch die Onlinerechte beim Verlag. In diesem Fall kann allein der Verleger eine Open-Access-Lizenzierung vornehmen, was vielfach nicht in seinem Interesse liegen wird. Die Kombination von „Green Road“ und Open Access ist deswegen schwierig und dürfte vielfach an der mangelnden Bereitschaft der Verlage scheitern. Im Einzelfall sind Verlage aber auch zur parallelen Nutzung als Open Access bereit.<sup>62</sup>

Ein Ausweg kann auch hier in einem ausdrücklichen Rechteevorbehalt des Urhebers liegen. Versieht er den Verlagsvertrag mit einem Vermerk, der ihm die für die spätere Open-Access-Lizenzierung erforderlichen Nutzungsrechte vorbehält, so kann er nach Ablauf der vereinbarten Frist Nutzungsrechte nach den Bestimmungen der Creative Commons oder DIPP-Lizenzen vergeben. Ein entsprechender Rechteevorbehalt führt allerdings zu einer weitgehenden Aushöhlung der Rechtsposition des Verlags der Erstveröffentlichung und dürfte für diesen weitaus weniger akzeptabel sein als ein Vorbehalt einfacher Nutzungsrechte für die schlichte Zugänglichmachung in Repositorien.

60 Oben unter C.I.

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

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

Hier kommt es wiederum auf die Verhandlungsposition des Urhebers und die Flexibilität des Verlags an. Ein Muster für einen entsprechenden Vermerk hat die Initiative SPARC/Science Commons entwickelt („Scholarly Copyright Addendum“).<sup>63</sup> Das Formular ist zwar nicht auf das deutsche Recht zugeschnitten, vermeidet aber auch die Bezugnahme auf Besonderheiten des US-Rechts und kann dementsprechend bei Verträgen mit deutschen Verlagen verwendet werden.<sup>64</sup>

### IV. Preprint oder Postprint?

Praktisch überaus bedeutsam ist die Frage, ob Repositorien im Fall der Zweitveröffentlichung den Beitrag so online stellen können, wie er in der Originalveröffentlichung erschienen ist, also im Verlagslayout (Postprint), oder ob der Beitrag nur in der vom Autor eingereichten und gegebenenfalls nachträglich korrigierten Fassung ohne Verlagslayout (Preprint) genutzt werden kann. Sollte es zur Verabschiedung der vom Bundesrat vorgeschlagenen Neuregelung in § 38 Abs. 4 UrhG-E kommen,<sup>65</sup> so wäre der Urheber nur zur Zweitveröffentlichung des Preprints berechtigt, sofern keine anderweitige Absprache mit dem Verlag getroffen ist. Im Hinblick auf die Beschränkung auf den Preprint wäre die Regelung ein Rückschritt gegenüber der aktuellen Rechtslage. Nach geltendem Recht genießt die vertragliche Absprache grundsätzlich Vorrang. Fehlt es an einer ausdrücklichen Absprache, so kann das Repositorium unter Beachtung der im Folgenden genannten Einschränkungen sowohl den Preprint als auch den Postprint veröffentlichen. Hinsichtlich des Postprints wird oft übersehen, dass das Verlagslayout urheberrechtlich ebenso wenig geschützt ist wie der Name einer Zeitschrift oder die Seitenzahlen.<sup>66</sup> Allerdings dürfen vom Verlag erstellte schutzfähige Elemente, etwa Grafiken oder Fotos, nicht ohne Einwilligung genutzt werden. Zudem muss bei der Verwendung des Namens des Verlags und der Zeitschrift darauf geachtet werden, dass keine Marken- oder Titelschutzrechte des Verlags verletzt werden.<sup>67</sup> Dies ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn die Nennung von Marke oder Werktitel nicht markenmäßig erfolgt, weil es sich um eine bloße Markennennung handelt.<sup>68</sup> Der Bereich der zulässigen Markennennung ist aber dann verlassen, wenn durch die Gestaltung des Angebots beim Nutzer der Eindruck entsteht, es handele sich um ein originäres Verlagsangebot. Dies ist für typische Repositorien von Hochschulen und

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

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

65 Siehe oben Fn. 55.

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

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

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

Forschungseinrichtungen zu verneinen.<sup>69</sup> Zudem kann eine Nachbearbeitung des Postprints, insbesondere die Löschung von Marken und Werktiteln, dazu beitragen, eine Verletzung von Verlagsrechten zu vermeiden.

## V. Übernahme von Inhalten aus anderen Open-Access-Quellen?

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

Für die Prüfung der Frage, ob es sich bei Inhalten aus anderen Quellen um Inhalte handelt, die nach Open-Access-Grundsätzen im Sinne der Berliner Erklärung genutzt werden können, bietet die SherpaRomeo-Datenbank oftmals erste Anhaltspunkte.<sup>70</sup> Die Datenbank enthält Informationen dazu, ob einzelne Journals oder die Angebote von Herausgebern im Allgemeinen nach Open-Access-Grundsätzen genutzt werden können. Allerdings enthalten die Einträge bei SherpaRomeo vielfach den Hinweis, dass das betreffende Journal im „Directory of Open Access Journals“ (DOAJ)<sup>71</sup> gelistet ist, dass

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

70 <http://www.sherpa.ac.uk/romeo>.

71 <http://www.doaj.org>.

dies aber ebenfalls bedeuten kann, dass die Inhalte lediglich kostenlos genutzt werden können.<sup>72</sup> Diese Hinweise sollte man ernst nehmen. Viele der im DOAJ aufgeführten Journals sind nicht als Open Access im Sinne der Berliner Erklärung lizenziert, die Inhalte können dementsprechend nicht ohne Einwilligung der Rechtsinhaber in ein Repository übernommen werden.<sup>73</sup> Insofern können Repositorien ihre Prüfpflichten auch nicht durch eine Recherche bei SherpaRomeo erfüllen. Ist eine Nutzung der Inhalte entgegen den Angaben bei SherpaRomeo oder dem DOAJ letztlich urheberrechtlich doch unzulässig, so muss sich der Betreiber des Repositoriums Fahrlässigkeit vorwerfen lassen, was im Ergebnis zu Schadensersatzansprüchen gem. § 97 Abs. 2 UrhG führen kann.

## E. Schlussbetrachtung

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

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

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

# IUWIS-Fragenkatalog für das Gutachten Prof. Metzger

Das Rechtsgutachten „Urheberrechtliche Gestaltung eines Open Access Repositoriums“ soll hauptsächlich urheberrechtliche Gestaltungsempfehlungen für die Betreiber der Repositorien aufzeigen und dabei auch typische Problemstellungen aufgreifen. Im Fokus steht dabei, praktikable Wege für die freie Zugänglichmachung von Inhalten aufzuzeigen. Insbesondere die folgenden Kernaspekte erscheinen von besonderem Belang:

## 1. Form

Urhebervertragsrecht ist grundsätzlich formfrei. Gerade die Einräumung von Nutzungsrechten und weitere rechtsgeschäftliche Erklärungen der AutorInnen kann somit zum Beispiel auch online mit einer Opt-In-Zustimmung – systemseitig dokumentierbar – eingeholt werden. Dies gilt wohl vor allem auch dann, wenn der/die AutorIn zum Beispiel mittels universitären Benutzeraccounts identifizierbar ist. Abgesehen von den allgemeinen Missbrauchsgefahren (z.B. „Identitätsklau“) auch im Internet, welche Gründe sprechen für den Abschluss der Autorenvereinbarung in einem schriftlichen Vertrag?

## 2. Mehrere Vertragspartner des Repositorienbetreibers

### 2.1. Mehrere UrheberInnen

Vor allem in den Natur- und Lebenswissenschaften publizieren mehrere AutorInnen gemeinsam, wobei oftmals manche AutorInnen nicht der Einrichtung des Repositorienbetreibers angehören und/oder im Ausland sind. Wie können für diese Publikationen mit AutorInnen, die teilweise für den Repositorienbetreiber de facto nicht erreichbar sind, Nutzungsvereinbarungen getroffen werden? Müssen stets alle AutorInnen einbezogen werden? Welche Bedeutung haben „Corresponding Authors“ für deutsche Repositorienbetreiber?

### 2.2. HerausgeberInnen

Welche Rechte der HerausgeberInnen sind zu beachten, zum Beispiel, wenn Schriftenreihen in ein Repository eingestellt werden sollen? Welche Rechte muss sich der Repositorienbetreiber dann von (sämtlichen?, siehe Ziff. 2.1.) AutorInnen und HerausgeberInnen einräumen lassen?

## 3. Einräumung von Rechten und Musterformulierungen

### 3.1. Zweitveröffentlichung (Green Road)

#### 3.1.1. Rechteinhaber und Musterklausel

Welche Rechte sollte sich ein Repository für den typischen Betrieb einräumen lassen im Falle einer Zweitveröffentlichung (Green Road), siehe auch unten 3.3.5.? Bitte um Formulierung einer entsprechenden Musterklausel.

### 3.1.2. Prüfung der Rechtesituation

Wie können Betreiber von Repositorien umfangreiche rechtliche Prüfungen der Rechtesituation einzelner bei Verlagen erfolgricht Veröffentlichen vermeiden?

### 3.1.3. SHERPA/RoMEO-Datenbank

Können sich die Repositorienbetreiber absichern, indem sie die sogenannte Sherpa-Romeo-Datenbank einsehen? Wie rechtssicher sind die Angaben dieser Datenbank, wenn diese zum Beispiel einen betroffenen Verlag als „Grünen Verlag“ ausweist? Welche rechtliche Wirkung haben die Angaben der SHERPA/RoMEO-Datenbank zugunsten des Repositorienbetreibers? Welchen sonstigen Mehrwert könnte die Datenbank aus juristischer Perspektive haben, wenn sich AutorInnen und/oder Repositorienbetreiber vorab über die Bedingungen für eine Veröffentlichung auf einem Repository nach einer Verlagspublikation informieren?

### 3.1.4. Genauer Gegenstand der Zweitveröffentlichung

#### 3.1.4.1. Unterschiedliche Versionen der veröffentlichten Arbeit

Welche Version darf das Repository veröffentlichen? Bestehen Unterschiede für Pre- und Post-Prints? Oftmals darf die Verlagsversion nicht verwendet werden, wobei die AutorInnen selbst bei neueren Arbeiten meist keine andere Version mehr haben bzw. den Aufwand einer Postprint-Neufassung der Verlagsversion scheuen. Kann zum Beispiel das Verlags-PDF abgeändert werden (z. B. auch nach Digitalisierung) durch Löschen des Logos (selbsterstellte Postprintversion) oder einer Deformatierung des Verlagslayouts? Würde dies ausreichen? Sollten die Repositorienbetreiber „sicherheits- halber“ die digitale Version der einzustellenden Zweitveröffentlichung selbst erstellen? Welche Rechte hat der Verlag an Autorenfassungen (Pre- oder Postprint)?

#### 3.1.4.2. Version gemäß § 38 UrhG

Soweit § 38 UrhG anwendbar ist: An welcher Version(en) ihres Werkes erhalten AutorInnen ein einfaches Nutzungsrecht zurück?

## 3.2. Erstveröffentlichung (Golden Road)

### 3.2.1. Rechteinhaber und Musterklausel

Welche Rechte sollte sich ein Repository für den typischen Betrieb einräumen lassen im Falle einer Erstveröffentlichung (Golden Road), siehe auch unten 3.3.5.? Bitte um Formulierung einer entsprechenden Musterklausel.

### 3.2.2. Qualifikationsarbeiten

Was ist zu beachten, wenn Qualifikationsarbeiten auf Repositorien (erst-)veröffentlicht werden? Welche Rolle spielt zum Beispiel die Promotionsordnung? Welche Rechte- einräumung kann von den AutorInnen erwartet werden und entsprechend nach Ziff. 3.2.1. vorformuliert werden?

## 3.3. Ausgestaltung der Vereinbarung

### 3.3.1. Grundstruktur

Ist es ratsam, die Vereinbarung des Repositorienbetreibers mit den AutorInnen als Dauerschuldverhältnis auszugestalten? Welche Rechte und Pflichten sollten in solch einer Vereinbarung aufgenommen werden?

### 3.3.2. Beendigungsmöglichkeiten

Wie müssen Kündigungsmöglichkeiten aufgenommen werden vor dem Hintergrund, dass Repositorienbetreiber einmal erfolgte Veröffentlichungen in aller Regel nicht wieder „verschwinden“ lassen wollen bzw. können?

### 3.3.3. Unwiderruflichkeit

Können UrheberInnen wirksam dazu verpflichtet werden, Urheberverwertungsrechte unwiderruflich einzuräumen (zum Beispiel zwecks Langzeitarchivierung)? Welche Wirkung hat die Unwiderruflichkeit der Rechteeinräumung, zum Beispiel in Hinblick auf § 42 UrhG? In welchen Situationen muss ein Repositorienbetreiber das Werk von seinem Repository entfernen?

### 3.3.4. Rechtliche Einzelheiten auf verlinkten Sites

Wäre es wirksam und dem Repository zu empfehlen, von AutorInnen eine „generelle“ Zustimmung zur Veröffentlichung etwa online über eine Opt-In-Einwilligungsklausel (siehe oben Ziff. 1) einzuholen und im Übrigen auf die ggf. erforderlichen weiteren rechtlichen Bestimmungen mittels Hyperlink zu verweisen?

### 3.3.5. Weitere Regelungen

Welche Aspekte bedürfen bei Erst- und/oder Zweitveröffentlichungen auf einem Repository regelmäßig einer ausdrücklichen Vereinbarung (insbesondere Langzeitarchivierung, Rechte an Metadaten/Abstracts, Nutzung ausführlicher Metadaten-Sammlungen durch Suchdienste, Katalogisierungen oder Social Networks)?

## 4. Open Access (insbesondere Creative Commons)

Viele Repositorien empfehlen den AutorInnen, ihre Werke bei der Veröffentlichung auf dem Server mit einer Creative-Commons(CC)-Lizenz oder einer DiPP-Lizenz zu versehen. Einige Betreiber integrieren die Auswahl einer CC-Lizenz sogar in die Eingabemaske oder den Autorenvertrag. Im Sinne der Open-Access-Bewegung sind freie Lizenzen prinzipiell zu begrüßen, da sie einfache Nutzungsrechte für die Allgemeinheit vorsehen und sich nicht auf die gesetzlichen Schranken des Urheberrechtsgesetzes beschränken.

### 4.1. Beförderung von CC-Lizenzierungen

Wie können Repositorien mehr Veröffentlichungen mit einer „freien“ Lizenzierung wie Creative Commons oder DiPP herbeiführen?

#### 4.1.1. Green Road

Ein Großteil der Dokumente in Repositorien sind Zweitveröffentlichungen. Daher liegt das exklusive Nutzungsrecht regelmäßig bei einem Verlag und nicht mehr bei den AutorInnen. Inwieweit sind CC-Lizenzen überhaupt in den Veröffentlichungsprozess der Repositorien integrierbar? Wie können Zweitveröffentlichungen (Pre- und Postprints, siehe auch oben 3.1.4.1.) mit einer CC-Lizenz veröffentlicht werden?

#### 4.1.2. Scholarly Copyright Addendum in deutschem Rechtsraum

Von SPARC und Science Commons wurde ein „Scholarly Copyright Addendum“ erarbeitet, das die Lizenzierung mit CC-Lizenzen auch bei Verlagspublikationen ermöglichen soll. Ist dies auch für den deutschen Rechtsraum zu befürworten?

## 4.2. Rechtliche Wirkung einer CC-Lizenzierung

Eine AutorIn möchte ihr Werk unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlichen. Wie gestaltet sich in diesem Fall das Rechtsverhältnis zum Repository?

## 4.3. (Nichtzwingende) Vorauswahl einer bestimmten CC-Lizenzierung

Bestehen rechtliche Bedenken, wenn der Repositorienbetreiber zum Beispiel (nur) eine oder mehrere bestimmte CC-Lizenzen vorauswählt (Default), aus welcher die AutorInnen herausoptieren können? Falls ja: Wie kann eine „neutrale“ Lizenzauswahl etwa in einem Drop-Down-Auswahlfeld rechtskonform realisiert werden?

## 4.4. Bedeutung und Einbeziehungsmöglichkeiten einer Open-Access-Policy

Wie kann eine Open-Access-Policy oder ein ähnliches Bekenntnis einer Universität (zum Beispiel Open-Access-Erklärung der Humboldt-Universität zu Berlin), einer Forschungseinrichtung (zum Beispiel die Open-Access-Policy der Max-Planck-Gesellschaft) oder einer Bibliothek dem Ziel vieler Open-Access-Veröffentlichungen auf dem Repository dienen?

## 5. Einzelprobleme

### 5.1. Verwertungsgesellschaften

Wie wirkt es sich auf die Veröffentlichungsmöglichkeiten bei Repositorien aus, wenn wissenschaftliche AutorInnen Bezugs- oder Wahrnehmungsberechtigte einer Verwertungsgesellschaft (zum Beispiel VG Wort) sind?

### 5.2. Print-on-Demand-Service

#### 5.2.1. Voraussetzungen und ggf. Musterklausel

Unter welchen Voraussetzungen kann die Universität selbst (z.B. durch die Bibliothek bzw. das Rechenzentrum) oder aber ein externer, kommerziell tätiger Dienstleister einen Print-on-Demand-Service für das Repository anbieten? Soweit erforderlich: Bitte um Formulierung einer entsprechenden Musterklausel.

#### 5.2.2. Voraussetzungen an Creative-Commons-Lizenzierung

Welche Lizenz der Creative Commons ermöglicht einen Print-on-Demand-Service (1.) durch die Universität selbst und (2.) durch einen externen, kommerziell tätigen Dienstleister?

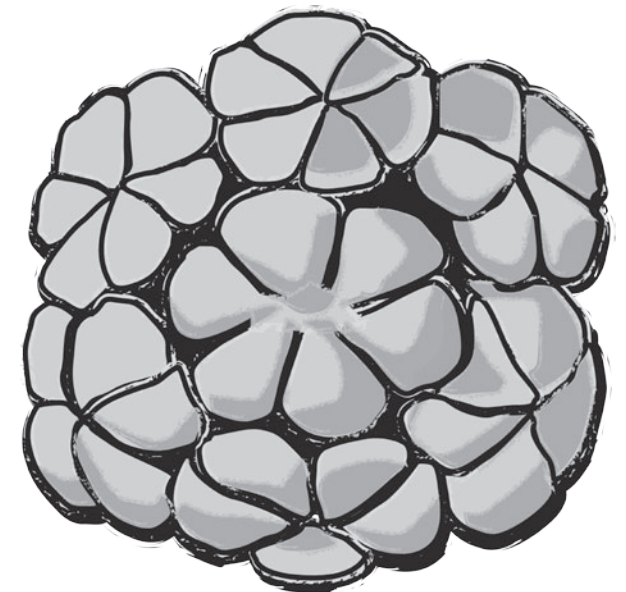
# Gesetzliche Haftung der Repositorienbetreiber und Wirkung von Haftungs- freistellungen

Gutachten im Auftrag des Projekts IUWIS  
Infrastruktur Urheberrecht für  
Wissenschaft und Bildung

von

Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M. (Virginia)  
Georg-August-Universität Göttingen

April 2011



**Gutachten Prof. Wiebe**

# Inhalt

A. Einleitung und Auftrag .....	80
B. Gesetzliche Haftung der Repositorienbetreiber .....	80
I. Haftungsgrundlagen im Urheberrecht .....	81
1. Unterlassungs- und/oder Beseitigungsanspruch, § 97 Abs. 1 UrhG .....	81
2. Schadensersatz, § 97 Abs. 2 UrhG .....	81
II. Haftungsprivilegierung nach TMG .....	81
1. Repitorium als Diensteanbieter, § 2 S.1 Nr.1 TMG .....	81
2. Abgestufte Privilegierung nach TMG .....	82
3. Repitorium als Content Provider .....	83
a) Relevante Kriterien .....	83
b) Begutachtungsverfahren vor Veröffentlichung .....	84
aa) „Peer Review“ Verfahren .....	84
bb) Offene Review-Verfahren .....	86
c) Kein vorausgehendes Begutachtungsverfahren .....	87
d) Disclaimer .....	89
e) Zusammenfassung .....	90
4. Speicherung fremder Informationen für einen Nutzer, § 10 TMG (Hosting) .....	90
III. Aktivlegitimation – wer kann klagen? .....	90
1. Urheber .....	91
2. Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte .....	91
IV. Haftung als Content Provider (Regelfall) .....	93
1. Schadensersatz, § 97 Abs. 2 UrhG .....	93
a) Verletzungshandlung .....	93
aa) Öffentliches Zugänglichmachen, § 19a UrhG .....	93
(1) Eingriff .....	93
(2) Schranken .....	94
(a) § 52a UrhG .....	94
(b) § 52b UrhG .....	94
bb) Vervielfältigung, § 16 UrhG .....	95
(1) Eingriff .....	95
(2) Schranken .....	95
(a) § 53 UrhG .....	95
(b) § 53a UrhG .....	95
b) Rechtswidrigkeit .....	96
c) Verschulden .....	96
aa) Fahrlässigkeitsmaßstab .....	96
bb) Konkretisierung von Prüfungspflichten für Repositorien .....	97
(1) Allgemeine Anforderungen .....	97

(2) Gesteigerte Gefährdung der Rechteinhaber .....	97
(3) Soziale Nützlichkeit und Informationsfreiheit .....	98
(4) Prüfungsmöglichkeiten .....	100
(a) Plagiatssoftware .....	100
(b) SHERPA/RoMEO-Abfrage .....	100
cc) Kenntniserlangung von der Urheberrechtswidrigkeit vor der Veröffentlichung .....	101
dd) Kenntniserlangung nach Veröffentlichung .....	102
d) Schaden .....	103
2. Unterlassung .....	103
a) Bereits erfolgte Verletzung .....	103
b) Drohende Verletzung .....	104
c) Abmahnung .....	105
V. Haftung als Host Provider .....	105
VI. Zusammenfassung .....	107
C. Regress und Wirkung von Haftungsfreistellungen .....	108
I. Gesetzliche Rückgriffsmöglichkeit bei Gesamtschuldern .....	108
1. Vorliegen von Gesamtschuld (§ 840 BGB) .....	108
a) Plagiat .....	108
b) Autor mit Verlagsvertrag .....	109
aa) Vorsatzhaftung .....	109
bb) Fahrlässigkeitshaftung .....	109
cc) Gleichstufigkeit .....	110
2. Regress im Innenverhältnis, § 426 BGB .....	111
a) Ausgleichsanspruch, § 426 Abs. 1 BGB .....	111
aa) Gesetzliche Ausgleichsregeln .....	111
bb) Vertragliche Ausgleichsregeln, insbesondere Haftungsfreistellung im Innenverhältnis .....	112
b) Forderungsübergang, § 426 Abs. 2 BGB .....	113
II. Haftungsfreistellung mit Wirkung im Außenverhältnis .....	114
III. Besonderheiten bei Vorliegen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses .....	115
1. Anwendung der Haftungsbeschränkung im Arbeitsverhältnis im Innenverhältnis .....	115
2. Haftungsfreistellung nach außen .....	116
IV. Zusammenfassung .....	117
D. Fazit .....	117



## A. Einleitung und Auftrag

Das folgende Gutachten wurde im Auftrag des Projekts IUWIS aufgrund einer Anfrage des Projektleiters, Prof. Dr. Rainer Kuhlen, vom Januar 2011 erstellt. Es basiert auf einem Katalog von 9 Fragen und Unterfragen, die der Bearbeitung zugrunde liegen. Erste Ergebnisse wurden auf einem Workshop an der Universität Osnabrück am 2.3. vorgestellt. Die daraufhin erfolgten Fragen und Anregungen sind in die weitere Bearbeitung eingeflossen.

Das Gutachten gliedert sich in zwei Teile. Im ersten Teil wird die gesetzliche Haftung der Betreiber von institutionellen Repositorien für Urheberrechtsverletzungen behandelt. Im zweiten Teil wird näher darauf eingegangen, wie der Innenausgleich zwischen dem Autor des urheberrechtswidrigen Werkes und dem Repositorienbetreiber erfolgt, und ob gegebenenfalls eine Haftungsfreistellung des Repositorienbetreibers erreicht werden kann. Die Bearbeitung konzentriert sich auf Urheberrechtsverletzungen. Eine mögliche Verletzung von kennzeichenrechtlichen oder persönlichkeitsrechtlichen Haftungsgrundlagen wird nicht gesondert geprüft.<sup>1</sup> Gleiches gilt für Fragen des anwendbaren Rechts im Rahmen des Internationalen Privatrechts.

## B. Gesetzliche Haftung der Repositorienbetreiber

Bevor näher auf die Haftung des Repositorienbetreibers eingegangen wird, soll zunächst ein kurzer Überblick über die möglichen Haftungstatbestände im Falle einer Urheberrechtsverletzung gegeben werden.

<sup>1</sup> Dazu Weber, Haftungsrechtliche Risiken beim Betrieb institutioneller Repositorien, in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 149, 158 ff., 170 ff.

## I. Haftungsgrundlagen im Urheberrecht

Die zentrale Haftungsnorm im Urheberrecht ist § 97 UrhG.

### 1. Unterlassungs- und/oder Beseitigungsanspruch, § 97 Abs. 1 UrhG

Gem. § 97 Abs. 1 S.1 UrhG kann derjenige, der das Urheberrecht oder ein anderes nach dem Urhebergesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Dabei besteht der Anspruch auf Unterlassung gem. § 97 Abs. 1 S.2 UrhG auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht (sog. vorbeugender Unterlassungsanspruch).

### 2. Schadensersatz, § 97 Abs. 2 UrhG

Im Falle einer schuldhaften Verletzung eines Urheberrechts oder eines sonstigen nach dem Urhebergesetz geschützten Rechts, kann der Verletzer gem. § 97 Abs. 2 S.1 UrhG auf Ersatz des durch die Verletzung entstandenen Schadens in Anspruch genommen werden.

## II. Haftungsprivilegierung nach TMG

Bevor im Einzelnen geprüft wird, inwiefern die oben genannten Anspruchsgrundlagen eine Haftung des Repositorienbetreibers begründen können, muss zunächst untersucht werden, ob und inwieweit die Hochschulen, Bildungs- und Forschungseinrichtungen als die für den Repositorienbetrieb verantwortlichen juristischen Personen von den Haftungsprivilegierungen der §§ 8 ff. Telemediengesetz (TMG) erfasst werden.

Nach §§ 8 ff. TMG werden Diensteanbieter in abgestuftem Umfang von einer anderweitig begründeten Haftung freigestellt. Diese Freistellung erfasst auch eine ansonsten begründete urheberrechtliche Haftung. Zwar herrscht in der juristischen Diskussion Uneinigkeit darüber, ob die §§ 8 ff. TMG quasi als „Filter“ vor die Prüfung des jeweiligen Anspruchs gestellt werden, oder ob sie als Rechtfertigungsgrund zu verstehen sind. Für die Frage nach der Haftung spielt dies im Ergebnis und damit für die Praxis jedoch keine Rolle. Vielmehr ist von Bedeutung, ob der Betreiber eines Repositoriums als Diensteanbieter iS des Gesetzes zu qualifizieren ist und welchen Haftungsprivilegierungen der §§ 8 ff. TMG er unterfällt.

### 1. Repositorium als Diensteanbieter, § 2 S.1 Nr.1 TMG

Gem. § 2 S.1 Nr.1 TMG versteht man unter einem Diensteanbieter jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt. Unter Telemedien fallen gem. § 1 Abs. 1 S.1 TMG alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr.24 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) sind, die

nur die Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bereitstellen, oder es sich um telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr.25 TKG oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages (RstV) handelt. Es hat also eine Negativabgrenzung zu den Bereichen des Rundfunks und der Telekommunikation stattzufinden.

Gem. § 2 Abs. 1 S.1 RstV versteht man unter Rundfunk einen linearen Informations- und Kommunikationsdienst. Dabei geht es um die für die Allgemeinheit zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans unter Benutzung elektronischer Schwingungen. Beim Betrieb eines Repositoriums fehlt es bereits an dem Merkmal der Linearität. Anders als beim Rundfunk, kann der Nutzer selbst entscheiden, welche Informationen er aufrufen möchte, und muss nicht einem vorgegebenen Programmplan folgen. Vielmehr steht bei einem Repositorium die individuelle Suche und Abrufbarkeit von Informationen im Vordergrund.<sup>2</sup>

Ferner handelt es sich bei einem Repositorium auch nicht um einen Telekommunikationsdienst i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG, da es bei dem Betrieb eines Repositoriums nicht ausschließlich um die Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze geht. Vielmehr steht die Zurverfügungstellung bestimmter Informationen und Inhalte für die Öffentlichkeit im Vordergrund. Auch handelt es sich bei einem Repositorium nicht um einen telekommunikationsgestützten Dienst, also einen Dienst, der keinen räumlich und zeitlich trennbaren Leistungsfluss auslöst, sondern bei dem die Inhaltsleistung noch während der Telekommunikationsverbindung erfüllt wird (§ 3 Nr. 25 TKG). Hierunter fallen primär Telefon oder Sprachmehrwertdienste.<sup>3</sup>

Danach ist der Betreiber eines Repositoriums als Diensteanbieter i.S.d. § 2 S.1 Nr.1 TMG zu qualifizieren.<sup>4</sup> Insofern sind die Haftungsprivilegierungen des TMG also anwendbar.

## 2. Abgestufte Privilegierung nach TMG

In Betracht kommt zunächst eine Privilegierung nach § 10 TMG, der die Verantwortlichkeit des sog. Host Providers regelt. Der Host Provider stellt die nötige Infrastruktur zur Verfügung, um fremde Inhalte Dritter zum Abruf bereitzuhalten. Erfasst werden in erster Linie Provider, die ihren Kunden Speicherplatz und Rechnerkapazitäten zur Verfügung stellen, damit die Kunden eigene Inhalte auf dem Server des Providers ablegen und allgemein zum Abruf bereitstellen können.<sup>5</sup> Der Host Provider bietet damit den technischen Raum für Präsenz und Abrufbarkeit inhaltlicher Angebote im Internet.<sup>6</sup>

§ 10 TMG regelt die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters, der fremde Informationen für seine Nutzer speichert. Eine Haftung für diese Informationen besteht solange nicht, als der Host Provider von der rechtswidrigen Handlung oder der Information keine Kenntnis hat und ihm im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder Information

2 Weber, in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S.162.

3 Heckmann in: jurisPK-Internetrecht, Kapitel 1.1, Rn.46.

4 So auch Weber, in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 162, allerdings bezogen auf das TDG(2001).

5 Stadler, Haftung für Informationen im Internet, S. 33, Rn. 11.

6 Heckmann in: jurisPK-Internetrecht, Vorbem. Kapitel 1.7, Rn. 50.

offensichtlich wird, § 10 S.1 Nr.1 TMG. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH gilt dies allerdings nicht für Unterlassungsansprüche.<sup>7</sup> Hier bleibt es bei den jeweiligen Haftungsgrundlagen, wobei insoweit auch eine mittelbare Haftung nach der sog. Störerhaftung in Betracht kommt.<sup>8</sup>

In der Regel richten die Hochschulen, sowie andere Bildungs- und Forschungseinrichtungen einen Dokumenten- und Publikationsserver ein, über den wissenschaftliche Fachliteratur, wie z.B. frei zugängliche Beiträge in Elektronischen Zeitschriften, Preprints oder Online-Versionen von Beiträgen aus Zeitschriften und Büchern (Post Prints) frei zur Verfügung gestellt werden. Diese Tätigkeit könnte zu der Annahme verleiten, dass der Betreiber eines Repositoriums als Host Provider einzuordnen wäre. Dies setzt nach § 10 TMG aber voraus, dass es sich zum Einen bei den Informationen um „fremde Informationen“ handelt, die zum Anderen „für einen Nutzer gespeichert“ werden.

Es ist bereits fraglich, ob der Repositorienbetreiber fremde Informationen speichert. Es könnte sich bei den auf dem Publikationsserver gespeicherten Daten vielmehr um eigene Informationen handeln. An dieser Stelle muss eine für die Haftung entscheidende Weichenstellung erfolgen. Nach § 7 Abs. 1 TMG sind Diensteanbieter für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen in vollem Umfang verantwortlich. Danach unterliegt der sog. Content Provider keiner Haftungsprivilegierung. Unter den Begriff des Content Providers (content [engl.] = Inhalt) lassen sich diejenigen Diensteanbieter einordnen, die eigene Inhalte, Produkte oder Dienste auf den Servern von Host Providern oder auf eigenen Rechnern bereithalten.<sup>9</sup> Das Anbieten eigener rechtswidriger Informationen und Inhalte ist immer auch gleichzeitig eine eigene Urheberrechtsverletzung, und die Haftungsprivilegierungen der §§ 8 ff. TMG greifen nicht.<sup>10</sup>

## 3. Repositorium als Content Provider

### a) Relevante Kriterien

Der Rechtsbegriff der Information ist dabei weit auszulegen. Informationen i.S.d. TMG sind alle Daten, die überhaupt transportiert oder gespeichert werden können, unabhängig davon, ob sie unmittelbar oder mit Hilfsmitteln (wie z.B. einer speziellen Software) gelesen, angehört oder angesehen werden können.<sup>11</sup> Aus Sicht des Diensteanbieters muss es sich um „eigene“ Informationen handeln. Man unterscheidet dabei zwischen originär eigenen und zu eigen gemachten Informationen.<sup>12</sup> Originär eigene Informationen sind solche, die vom Diensteanbieter tatsächlich selbst erzeugt wurden.<sup>13</sup> Zu eigen macht sich der Diensteanbieter eine Information, wenn er sich mit dem fremden Inhalt oder der fremden Information derart nach außen hin identifiziert,

7 BGH, K&R 2004, 486; BGH K&R 2007, 387, 389; BGH KR 2008, 435, 437; BGH, GRUR 2007, 890.

8 Vgl. Schrickler/Wild, Urheberrecht, § 97 Rn. 69 ff.

9 Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, S. 10, Rn. 14.

10 Volkmann, Die zivilrechtliche Störerhaftung im Internet, S. 72.

11 Spindler, NJW 2002, 921, 922.

12 Heckmann in: jurisPK-Internetrecht, Kapitel 1.7, Rn. 8 ff..

13 Ufer, Die Haftung der Internet Provider nach dem Telemediengesetz, S. 51.

dass er die Verantwortung für den gesamten Inhalt oder für bewusst ausgewählte Teile davon übernimmt.<sup>14</sup> Die wichtigsten Kriterien, auf die dabei abgestellt wird, sind die Art der Datenübernahme, ihr Zweck und die konkrete Präsentation der Inhalte durch den Übernehmenden, wobei es hier auf die Gesamtschau des jeweiligen Angebots aus der Perspektive eines verständigen Durchschnitts-Nutzers ankommt.<sup>15</sup>

Nach Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie muss stärker auch danach gefragt werden, in welchem Maße der Anbieter aktiv die Informationsübermittlungs- und -speichervorgänge steuern, veranlassen und beeinflussen kann, einschließlich der Inhalte und der Adressaten der Informationen.<sup>16</sup> Art. 14 Abs. 2 ECRL stellt stärker als die deutsche Gesetzesfassung auf die technischen Vorgänge des Einstellens ab, so dass in Abkehr von der zur bisherigen Rechtslage erfolgenden inhaltlichen Bewertung ein Abstellen auf die Herrschaftsmacht über die Information und deren Auswahl gefordert wird.<sup>17</sup> Auch wenn die Rechtsprechung bisher am dargestellten Verständnis des inhaltlichen Zueigenmachens festhält, wird man richtlinienkonform die technische Seite mit einbeziehen müssen.<sup>18</sup> In Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur Bestimmung der Werknutzereigenschaft im Urheberrecht, ist es von tragender Bedeutung, ob der Repositorienbetreiber lediglich technischer Vermittler für einen Dritten ist, der sich als Werknutzer dieser technischen Leistung bedient, oder ob der Repositorienbetreiber selbst Werknutzer ist.<sup>19</sup> Eine rein passive Kontrollmöglichkeit soll danach für ein Zueigenmachen noch nicht ausreichen.<sup>20</sup>

Die Frage danach, wann ein Zueigenmachen vorliegt, hängt demzufolge entscheidend von der Art und Weise ab, wie die Veröffentlichung auf dem Publikationsserver erfolgt. Insbesondere ist von Bedeutung, ob und mit welcher Intensität zuvor eine Auswahl bzw. Prüfung der zu veröffentlichenden Werke durch die Hochschule vorgenommen wird. Für das Eingreifen einer Haftungsprivilegierung ist also zu differenzieren, inwieweit die Hochschule als verantwortliche Betreiberin des Repositoriums die auf dem Publikationsserver zu publizierenden Werke einem Begutachtungsverfahren in Bezug auf die wissenschaftliche Qualität unterwirft.

## b) Begutachtungsverfahren vor Veröffentlichung

### aa) „Peer Review“ Verfahren

Eine Möglichkeit für die Qualitätssicherung der zu veröffentlichenden Werke ist das sog. „Peer Review“ Verfahren. Dabei werden unabhängige Gutachter aus dem gleichen Fachgebiet wie der Autor herangezogen, um die Richtigkeit und Fundiertheit der wissenschaftlichen Arbeit, das Einhalten von wissenschaftlichen Standards zu überprüfen,

14 Heckmann in: jurisPK-Internetrecht, Kapitel 1.7, Rn. 14.

15 BGH GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de; Heckmann in: jurisPK-Internetrecht, Kapitel 1.7, Rn.12; Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, 6. Auflage 2008, S. 244.

16 Spindler, MMR 2004, 440, 441.

17 Hoeren, MMR 2004, 647.

18 Vgl. Spindler/Schuster/Hoffmann, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 7 TMG Rn. 21.

19 Zur Abgrenzung zwischen Werknutzer und technischer Vermittler mit Bezug auf die Rechtsprechung des BGH: Wimmers/Schulz, CR 2008, 170, 174.

20 Spindler, MMR 2004, 440, 442.

sowie dafür zu sorgen, dass irrelevante und auch falsche Ergebnisse aus dem wissenschaftlichen Kommunikations- und Publikationsprozess herausgehalten werden.<sup>21</sup>

Findet ein solches „Peer Review“ Verfahren statt, wird man den Repositorienbetreiber als Content Provider ansehen und ihm die Privilegierung des § 10 TMG absprechen müssen. Dieser trifft nämlich eine bewusste Vorauswahl hinsichtlich der Information.<sup>22</sup> Die Hochschule als Repositorienbetreiber erlangt dabei insbesondere positive Kenntnis von den konkreten Inhalten (ggf. über Wissenszurechnung der Gutachter nach § 166 Abs. 1 BGB analog). Im Sinne der Sicherung von Qualitätsstandards der veröffentlichten Werke und des eigenen Renommées möchte die Hochschule also gerade nicht jede beliebige Information öffentlich zugänglich machen. Es sollen nur solche Werke publiziert werden, die den wissenschaftlichen Anforderungen entsprechen, also insbesondere keine Urheber- oder sonstige Rechte Dritter verletzen. Zusätzlich soll durch die Qualitätssicherung sichergestellt werden, dass in einem Publikationsmedium ein bestimmter Level an Relevanz, Originalität und Qualität erreicht wird.<sup>23</sup> Bereits in diesem Bestreben kann eine bewusste Verantwortungsübernahme und damit ein Zueigenmachen fremder Informationen zu sehen sein.<sup>24</sup>

Dies macht auch ein Vergleich mit dem Fall des Betreibers einer Pressedatenbank deutlich. In einem vom LG Frankenthal zu entscheidenden Fall ging es um die Frage, ob der Betreiber einer Pressedatenbank für Urheberrechtsverletzungen Dritter einzustehen habe.<sup>25</sup> Auf der Webseite des Betreibers der Pressedatenbank konnten entgeltlich Pressartikel abgerufen werden. Diese Artikel wurden ohne einheitliche Autorennennung von einer Vielzahl von Verlagen, mit denen der Betreiber der Datenbank kooperierte, völlig selbstständig in diese eingegeben und gepflegt, wobei die Verlage vertraglich versicherten, die hierfür notwendigen Verwertungsrechte zu besitzen. Das LG Frankenthal stellte fest, dass sich der Betreiber der Datenbank im Falle einer Urheberrechtsverletzung durch einen Dritten auf die Privilegierung des § 10 TMG berufen könne. Der Betreiber der Pressedatenbank sei ein Host-Provider, da er lediglich fremde Informationen ohne Einflussnahme weiterleite, was für die Nutzer auch erkennbar sei, da sich sowohl in der Trefferliste als auch in den Artikeln selbst ein Hinweis auf die Zeitung befände, in der der Artikel veröffentlicht worden ist.<sup>26</sup> Die Tätigkeit des Repositorienbetreibers dagegen erschöpft sich nicht in der bloßen Bereitstellung von Speicherplatz, sondern beinhaltet eine eigene Einflussnahme. Diese erreicht mit der bewussten Auswahl der zu veröffentlichenden Werke eine große Intensität. Man kann den Repositorienbetreiber in diesem Fall nicht als Host, sondern nur als Content Provider ansehen.

21 Andermann/Degkwitz, Bibliothek 2004, S. 53 ([http://www.bibliothek-saur.de/2004\\_1/035-059.pdf](http://www.bibliothek-saur.de/2004_1/035-059.pdf)).

22 Exemplarisch dafür der Publikationsprozess der Hamburger University Press: <http://hup.sub.uni-hamburg.de/publikationsprozess/arbeitschritte/>

23 Müller, Peer Review Verfahren zur Qualitätssicherung von Open-Access-Zeitschriften - Systematische Klassifikation und empirische Untersuchung, S. 34 (<http://edoc.hu-berlin.de/dissertationen/mueller-uwe-thomas-2008-12-17/PDF/mueller.pdf>).

24 Weber, in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 164.

25 LG Frankenthal 6. Zivilkammer, Urteil vom 16.05.2006 – 6 O 541/05.

26 LG Frankenthal 6. Zivilkammer, Urteil vom 16.05.2006 – 6 O 541/05.

## bb) Offene Review-Verfahren

Das traditionelle „Peer Review“ Verfahren hat allerdings vielfach Kritik erfahren, wobei insbesondere die Langsamkeit des Prozesses, die hohen Kosten für die Begutachtung, die fehlende Objektivität der Begutachtung, die mögliche Befangenheit der Gutachter, die Missbrauchsanfälligkeit sowie das Fehlen von Mechanismen zur Aufdeckung von vorsätzlichen Fehlern, Mängeln und Täuschungen bemängelt wurden.<sup>27</sup> Deswegen haben sich hinsichtlich der Begutachtung weitere Verfahren entwickelt, die im Folgenden unter dem Gesichtspunkt des Zueigenmachens von Informationen Dritter näher untersucht werden sollen.

Insbesondere das sog. „Open Peer Commentary“ oder auch „Collaborative Peer Review“ Verfahren bedarf der näheren Betrachtung. Beim „Open Peer Commentary“ handelt es sich um ein Verfahren zur Qualitätssicherung der auf den Repositorien zu veröffentlichenden wissenschaftlichen Werke, bei dem der traditionelle Begutachtungsprozess durch unabhängige Gutachter durch eine strukturierte offene Diskussion von Gutachtern, Autoren, und anderen Interessierten in einem elektronischen Forum ergänzt wird.<sup>28</sup> Diese Form der Qualitätssicherung wird bspw. von der Open Access Fachzeitschrift *Atmospheric Chemistry And Physics*<sup>29</sup> praktiziert. Es erfolgt in der Regel ein zweistufiger Publikationsprozess mit öffentlichem Peer Review und interaktiver Diskussion. Dabei werden Manuskripte auf der ersten Stufe sofort als sog. „Discussion Paper“ im Online Forum des Repositorienbetreibers veröffentlicht, wo sie dann durch bestellte Fachgutachter und andere Interessierte der wissenschaftlichen Gemeinschaft kommentiert werden. Der Autor hat dabei die Möglichkeit auf die Kommentare zu antworten. Sowohl die Kommentare als auch die Antworten sind in dem elektronischen Forum für Interessierte einsehbar. Auf der zweiten Stufe werden Überarbeitung und Fachbegutachtung der Manuskripte auf die gleiche Weise komplettiert wie in traditionellen Zeitschriften – wenn nötig unter Iteration von Revision und Begutachtung.<sup>30</sup> Erst wenn die Editoren ein revidiertes Manuskript akzeptieren, wird dieses als „Final Paper“ im Journal veröffentlicht.<sup>31</sup>

Auch bei dieser Form des Begutachtungsprozesses liegt das entscheidende Auswahlrecht beim Repositorienbetreiber. Er entscheidet aufgrund der vorangegangenen öffentlichen Begutachtung und der möglicherweise vorgenommenen Überarbeitung des zu veröffentlichenden Werkes, ob dieses tatsächlich veröffentlicht wird. Der Repositorienbetreiber hat damit, anders als beim reinen Hosting, bei dem nur die nötige Infrastruktur zur Speicherung von Informationen geboten wird, die tatsächliche Organisationsgewalt. Damit findet auch beim „Open Peer Review“ auf der zweiten Stufe des Veröffentlichungsverfahrens eine bewusste Auswahl hinsichtlich der zu veröffentlichenden Information statt. Das wiederum lässt den Repositorienbetreiber aus der Sicht eines objektiven Betrachters, ebenso wie beim traditionellen „Peer

27 Dazu ausführlich mit weiteren Nachweisen: Andermann/Degkwitz, *Bibliothek* 2004, S. 54 ([http://www.bibliothek-saur.de/2004\\_1/035-059.pdf](http://www.bibliothek-saur.de/2004_1/035-059.pdf)), Müller, *Peer Review Verfahren zur Qualitätssicherung*, S. 78.

28 Gute Übersicht bei: Pöschel in: Hornbostel/Simon, „Wie viel (In-) Transparenz ist nötig? Peer Review Revisited“, S. 44.

29 [www.atmos-chem-phys.org](http://www.atmos-chem-phys.org).

30 Pöschel in: Hornbostel/Simon, „Wie viel (In-) Transparenz ist nötig? Peer Review Revisited“, S. 43.

31 Pöschel in: Hornbostel/Simon, „Wie viel (In-) Transparenz ist nötig? Peer Review Revisited“, S. 43.

Review“, als den für die Informationen Verantwortlichen erscheinen. Ein „Open Peer Review“ ist damit als Begutachtungsverfahren ebenfalls nicht dazu geeignet, in den Genuss der Privilegierung des § 10 TMG zu kommen, da auch in diesem Verfahren ein Zueigenmachen der Informationen Dritter zu sehen, der Repositorienbetreiber mithin als Content Provider einzuordnen ist.

## c) Kein vorausgehendes Begutachtungsverfahren

Manche Repositorienbetreiber sehen von einem vorherigen Begutachtungsverfahren ab.<sup>32</sup> Das bedeutet aber nicht, dass keinerlei vorherige Prüfung stattfindet. Tatsächlich weist die Prüfungsintensität in der Praxis eine gewisse Bandbreite auf. In inhaltlicher Hinsicht werden bei Dissertationen überwiegend alle Arbeiten eingestellt, während bei Magisterarbeiten nur die besten eingestellt werden. Zum Teil werden solche Arbeiten eingestellt, die vom Fachbereich für gut angesehen werden, so dass also auch insoweit eine inhaltliche Kontrolle stattfindet. Auch wenn eine solche inhaltliche Kontrolle nicht stattfindet, gibt es doch zumindest bestimmte formale Anforderungen. Insoweit bedarf es in der Regel einer vorherigen Anmeldung und einer Freischaltung durch die Hochschule. So muss z.B. vor der Veröffentlichung eines wissenschaftlichen Werkes auf OPUS Hohenheim eine Anmeldung erfolgen.<sup>33</sup> Dabei muss (als Pflichtangabe) Auskunft erteilt werden über den groben Inhalt des Werkes, den Verfasser sowie den Titel des Werkes und ISBN-Nummer, also bestimmte Metadaten. Darüber hinaus hat eine Angabe von Schlagwörtern zu erfolgen. Trotz fehlender vorheriger Begutachtung bekommt die Hochschule somit dennoch Kenntnis von dem wesentlichen Inhalt des wissenschaftlichen Werkes und hat auch das Letztentscheidungsrecht hinsichtlich der Veröffentlichung.

Der BGH hat bei einer Angebotsfreischaltung bei einem Internetauktionshaus festgestellt, dass sich dieses die rechtswidrigen Inhalte des Anbietenden nicht zu eigen mache, da die Angebote der Versteigerer in einem automatisierten Verfahren eingestellt und eine vorherige Prüfung der Inhalte durch den Provider, die dazu führen würde, dass er sich Inhalte zu eigen mache, nicht statt fände.<sup>34</sup> Durch das automatisierte Verfahren sowie den Hinweis auf die Fremdheit und auf die volle Verantwortlichkeit des Anbieters erfolgt eine hinreichende Distanzierung.<sup>35</sup>

Anders als z.B. bei der Angebotsfreischaltung bei einem Internetauktionshaus, erfolgt die Veröffentlichung auf dem Repositorium aber in dem eben genannten Fall gerade nicht in einem automatisierten Verfahren. Vielmehr werden die online ausgefüllten Anmeldeformulare samt der Kurzbeschreibung „quasi von Hand“ geprüft (z.B. durch einen Betreuer, Fachbibliothekar). Dies geht über eine reine Zurverfügungstellung von Speicherplatz hinaus.

32 So z.B. OPUS Hohenheim (<https://ub.uni-hohenheim.de/opus0.html>) oder Max Planck Society-eDoc Server (<http://edoc.mpg.de/>).

33 Siehe: OPUS Hohenheim ([http://opus.ub.uni-hohenheim.de/uni/neu\\_allg.php?la=de&type=23&anzahl\\_creator\\_name=1&anzahl\\_publisher\\_inst=1&date\\_year=200&description2\\_lang=eng&jahr\\_pruef=200&lic=cc-by-nc-nd](http://opus.ub.uni-hohenheim.de/uni/neu_allg.php?la=de&type=23&anzahl_creator_name=1&anzahl_publisher_inst=1&date_year=200&description2_lang=eng&jahr_pruef=200&lic=cc-by-nc-nd)).

34 BGH, K&R 2004, 486, 491.

35 OLG Brandenburg, MMR 2004, 330.

Der BGH hat noch einmal bekräftigt, dass es darauf ankommt, ob der Betreiber tatsächlich und nach außen hin sichtbar die inhaltliche Verantwortung für Inhalte übernommen hat.<sup>36</sup> Das OLG Hamburg hatte in der Vorinstanz für den Betreiber einer User-Generated-Content-Plattform entschieden, dass ein Zueigenmachen auch dann in Betracht kommt, wenn erkennbar sei, dass ein Großteil der Inhalte nicht vom Plattformbetreiber stamme, wenn die Inhalte den Kern des redaktionellen Angebots darstellten, für den der Betreiber stünde und für den er im Außenverhältnis verantwortlich sei.<sup>37</sup> Insofern sei das „Gesamtgepräge“ dieses Angebots zu unterscheiden etwa von eBay, denen es in erster Linie um Drittinhalte gehe. Zur Abgrenzung wurden folgende Kriterien herangezogen:

- Versehen der von Nutzern hochgeladenen Bilder mit dem Plattformlogo
- Fehlende Hinweise auf den Urheber der Information
- Umfassende Prüfung der eingesandten Inhalte durch eine eigene Redaktion
- Sicherung umfangreicher Nutzungsrechte durch AGB in Verbindung mit einem Angebot zur kommerziellen Weiternutzung durch den Betreiber

Der BGH hat diese Entscheidung bestätigt.<sup>38</sup> Er führte aus, dass dann, wenn die Inhalte so dargestellt werden, dass die Grenze zwischen eigenen und fremden Inhalten verschwimmt, ein Zueigenmachen nahe liege. Abstrakt lässt sich diese Unterscheidung aber nur schwer ziehen. Deshalb kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalls an. Der BGH stellte ab auf folgende Kriterien:

- Die Inhalte werden vor der Veröffentlichung redaktionell geprüft.
- Auf der Webseite wird auch darauf hingewiesen, dass die Inhalte vorab von der Redaktion bearbeitet werden können.
- Die Fotos werden mit dem eigenen Logo als Wasserzeichen versehen.
- Die Betreiber der Plattform lassen sich ein sehr weit reichendes Nutzungsrecht an den Fotos der User einräumen.
- Die Rezepte der Nutzer stellen den „redaktionellen Kerngehalt“ der Webseite dar.

Anhand dieser Abgrenzungskriterien ließe sich die Tätigkeit der Repositorien unterschiedlich bewerten. Einerseits spricht für eine Privilegierung, dass sie erkennbar nur eine Plattform für Drittinhalte bereit stellen, auf die Urheber ausdrücklich hinweisen und keine eigenen kommerziellen Verwertungsinteressen verfolgen. Die Vorauswahl dient dann nur einer Grobkontrolle, ob die Rahmenbedingungen für eine Veröffentlichung auf dem Server erfüllt sind, aber keiner sonstigen inhaltlichen Überprüfung. Eine inhaltliche Bearbeitung ist meist nicht vorgesehen und die einzelnen Arbeiten werden nicht mit einem Logo versehen. Für diese restriktivere Auffassung sprechen auch die Bedeutung der Wissenschaftsfreiheit, der nicht-kommerzielle Charakter sowie die Gefährdung des gesamten Modells durch eine zu strenge Haftung.<sup>39</sup>

Andererseits ist es für § 7 TMG nicht Voraussetzung, dass eine kommerzielle Eigenverwertung der Inhalte vorgesehen ist, so dass der wissenschaftliche Charakter des

<sup>36</sup> BGH GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de.

<sup>37</sup> OLG Hamburg, GRUR-RR 2008, 230 - Chefkoch.

<sup>38</sup> BGH GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de.

<sup>39</sup> Darauf weist auch Weber, S. 149, hin, der eigentlich eine weite Auffassung vertritt.

Repositoriums noch nicht gegen dessen Anwendung spricht. Vielmehr wäre nach der angeführten Rechtsprechung wohl vor allem zu fragen, inwieweit solche Repositorien nach außen hin generell nur eine Plattform für Drittveröffentlichungen bereitstellen wollen, oder in gewisser Weise ein eigenes Informationsangebot bereitstellen, das vielleicht auch einen gewissen Wettbewerb zwischen verschiedenen Informationsanbietern begründet. Geht es auch um die eigene Reputation und dient die Vorauswahl in dieser Hinsicht auch einer Qualitätssicherung, so neigt sich die Bewertung hin zu einem Zueigenmachen. Der BGH hat insoweit auch betont, dass allein die Erkennbarkeit der fremden Herkunft oder ein Hinweis darauf durch den Angebotsbetreiber noch nicht ausreicht, um eine für eine Privilegierung ausreichende Distanzierung zu begründen.<sup>40</sup>

Hier wird man auch berücksichtigen müssen, dass die Repositorien bestrebt sind, eine gewisse eigene Reputation aufzubauen und damit auch in einen gewissen Wettbewerb einzutreten. Das Angebot wird mit einem Label der jeweiligen Universität versehen und damit auch nach außen hin als eigenes Informationsangebot dargestellt. In der Gesamtbetrachtung trägt dies eine Bewertung, dass der Betreiber nach außen hin auch inhaltliche Verantwortung für das Angebot übernimmt. Dies lässt es insgesamt als eher gerechtfertigt erscheinen, von einem Zueigenmachen auszugehen und das Repositorium als Content Provider anzusehen, dem die Haftungsprivilegierung nach § 10 TMG daher nicht zugute kommt.<sup>41</sup>

#### d) Disclaimer

Möglicherweise könnte das Zueigenmachen der fremden Inhalte durch das Verwenden eines Disclaimers, durch den sich die Hochschule von den auf dem Repositorium gespeicherten Inhalten ausdrücklich distanziert, verhindert werden.

Dagegen spricht jedoch, dass ein allgemeiner Hinweis auf eine Distanzierung von den Inhalten, die auf dem Repositorium abrufbar sind, eine sinnentleerte Förmel darstellen würde.<sup>42</sup> Eine bloße pauschale Distanzierung kann nicht dazu führen, dass der nach außen entstehende Eindruck entkräftet wird, dass die Hochschule durch die bewusste Auswahl von Informationen und Inhalten einen maßgeblichen Einfluss auf das „Ob“ und „Wie“ der Veröffentlichung hat, und somit als Inhaberin der Kontrolle über Speicherungs- und Veröffentlichungsvorgänge als nach außen verantwortliche Person erscheint. Es käme einem widersprüchlichen Verhalten gleich, wenn die Hochschule zwar das Letztentscheidungsrecht bezüglich der Veröffentlichung bekannter Inhalte hätte, sich aber der Verantwortung für selbige durch einen allgemeinen Hinweis auf eine Distanzierung von den veröffentlichten Inhalten entledigen könnte. Somit genügt ein Disclaimer allein nicht, um das Zueigenmachen von Inhalten Dritter zu vermeiden.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> BGH GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de.

<sup>41</sup> Vgl. auch Weber, in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 164.

<sup>42</sup> So auch für Disclaimer im Rahmen von User Generated Content Plattformen: Lober/Karg, CR 2007, 647, 648.

<sup>43</sup> Vgl. auch OLG München, MMR 2002, 611; Schrickler/Wild, Urheberrecht, § 97 Rn. 84.

## e) Zusammenfassung

Für die Annahme einer vollen urheberrechtlichen Haftung kommt es darauf an, ob der Repositorienbetreiber tatsächlich und nach außen hin sichtbar die inhaltliche Verantwortung für Inhalte übernommen hat. Nach den von der Rechtsprechung angewandten Abgrenzungskriterien lässt sich dies bejahen. Auch eine lediglich formale Vorauswahl bzw. Vorprüfung dient der Qualitätssicherung. Es erfolgt keine automatische Freischaltung, sondern der Betreiber behält das Letztentscheidungsrecht über die Veröffentlichung. Weiterhin suchen die Repositorien eine gewisse Reputation aufzubauen und stellen das Informationsangebot insoweit auch als eigenes dar.

Es macht in beiden Fällen keinen Unterschied, ob der Autor das zu veröffentlichende Werk selbst in das Repositorium einstellt und die endgültige Freischaltung durch den Repositorienbetreiber erfolgt, oder ob der Autor das Dokument an die zuständige Person (z.B. einen Fachbibliothekar) übermittelt und diese die Einstellung vornimmt, da dieses die entscheidenden Kriterien nicht berührt. Der Repositorienbetreiber ist – je nach Fallgestaltung – als Content Provider nach § 7 Abs. 1 TMG zu behandeln und haftet nach den allgemeinen Gesetzen. Das bedeutet, dass der Repositorienbetreiber (neben dem Autor) selbst Werknutzer ist und damit selbst eine Verletzung des Urheberrechts oder eines sonstigen Rechts eines Dritten begeht.

## 4. Speicherung fremder Informationen für einen Nutzer, § 10 TMG (Hosting)

Als reinen Host Provider i.S.d. § 10 TMG wird man einen Repositorienbetreiber wohl nur dann ansehen können, wenn er tatsächlich nur Speicherplatz zur Verfügung stellt, während jedermann ohne Anmeldung Inhalte hochladen kann.

In diesem Fall kommt strafrechtlich und in Bezug auf Schadensersatzansprüche dem Repositorium die Privilegierung des § 10 TMG zugute. In Bezug auf Unterlassungsansprüche ist das TMG nicht anwendbar, so dass es bei der allgemeinen Störerhaftung verbleibt (s.u. unter B.V.).

## III. Aktivlegitimation – wer kann klagen?

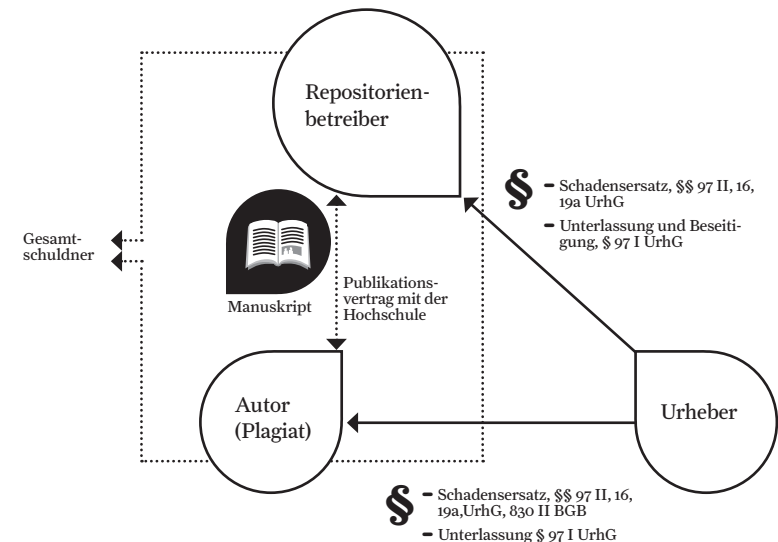
Damit gegen den Betreiber des Repositoriums ein Anspruch aus § 97 UrhG geltend gemacht werden kann, ist es zunächst erforderlich, dass der Anspruchsteller aktiv legitimiert ist. Damit bezeichnet man juristisch die Personen oder Institutionen, die einen Anspruch vor Gericht einklagen können. Nach § 97 Abs. 1 S.1 UrhG kann der Urheber selbst oder der Inhaber eines sonstigen nach dem Urhebergesetz geschützten Rechts eine Klage einbringen.

Es sind vor allem zwei Fallkonstellationen denkbar, die zu einer Haftung des Repositorienbetreibers führen können, wobei entweder der Urheber selbst oder der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts (meist ein Verlag) Anspruchsteller ist.

## 1. Urheber

Im ersten Fall hat ein Autor durch sein wissenschaftliches Werk die Urheberrechte eines Dritten (z.B. durch Anfertigen eines Plagiats) verletzt, und die Hochschule lädt das rechtswidrige Werk auf ihrem Publikationsserver hoch und macht es damit der Öffentlichkeit zugänglich. In diesem Fall ist der Dritte als Urheber anspruchsberechtigt.

- Fall 1: P hat seine Dissertation in Rekordzeit fertiggestellt und veröffentlicht diese beim Repositorium der Universität Göttingen. A, der einige Jahre vorher eine Arbeit zu einem ähnlichen Thema bei einem Verlag publiziert hatte, stellt beim Lesen der Arbeit von P fest, dass dieser etwa 10% seines Textes aus seiner eigenen Arbeit unter geringfügigen Änderungen übernommen hatte. A macht gegen das Repositorium Ansprüche auf Entfernung der Arbeit geltend.



Skizze 1: Verletzung von Urheberrechten durch Veröffentlichung eines Plagiats

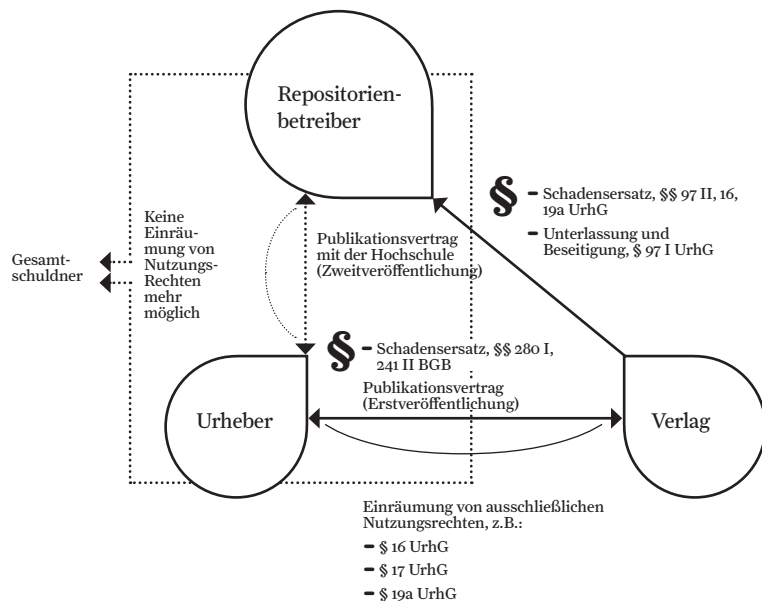
## 2. Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte

Ferner ist denkbar, dass sich ein Autor zur Erstveröffentlichung eines Werkes bei einem Verlag verpflichtet und diesem dabei die relevanten Nutzungsrechte gem. den §§ 31 ff. UrhG einräumt. Haftungsrechtliche Probleme können dann auftreten, wenn das Werk nach oder zeitgleich mit der Veröffentlichung bei dem jeweiligen Verlag auch auf den Repositorien der Hochschulen oder anderen Forschungs- und Bildungsinstituten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird (Parallelveröffentlichung oder sog. „Green Road“). Darin kann eine Verletzung der Nutzungs- und Verwertungsrechte des

Verlages liegen.

Allerdings sind nach § 97 Abs. 1 UrhG nur diejenigen geschützt, die Inhaber eines absoluten, also gegenüber jedermann wirksamen Rechts sind.<sup>44</sup> Aktivlegitimiert ist demnach, wer Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts am verletzten Werk ist, sei es aufgrund Einräumung durch den Urheber selbst, sei es im Wege der Übertragung eines Nutzungsrechts, das der Urheber zuvor einem Dritten eingeräumt hat.<sup>45</sup> Werden einem Verlag nun Nutzungsrechte durch den Autor eingeräumt, so muss unterschieden werden, ob diese ausschließliche oder nur einfache Nutzungsrechte darstellen (§ 31 Abs. 1 S. 1 UrhG). Nur im ersten Fall wäre der Verlag anspruchsberechtigt.

Während gem. § 31 Abs. 2 UrhG das einfache Nutzungsrecht den Inhaber nur berechtigt das Werk auf die erlaubte Art zu nutzen, ohne dass dabei die Nutzung durch einen anderen ausgeschlossen ist, ist der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts gem. § 31 Abs. 3 UrhG berechtigt, das Werk unter Ausschluss aller anderen Personen auf die ihm erlaubte Art zu nutzen und selbst Nutzungsrechte einzuräumen. In der Regel werden sich die Verlage von den Autoren eines wissenschaftlichen Werkes die ausschließlichen Nutzungsrechte an selbigem einräumen lassen.



Skizze 2: Verletzung von ausschließlichen Nutzungsrechten eines Verlages

44 Dreier/Schulze, § 97, Rn.3.

45 Dreier/Schulze, § 97, Rn. 19.

## IV. Haftung als Content Provider (Regelfall)

Nach diesen Vorklärungen soll im Folgenden untersucht werden, welche Ansprüche gegen den Repositorienbetreiber geltend gemacht werden können, wenn dieser als Content Provider, also als Anbieter eigener Inhalte, anzusehen ist.

### 1. Schadensersatz, § 97 Abs. 2 UrhG

Sowohl der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, als auch der Schadensersatzanspruch haben die Verletzung eines Urheberrechts oder eines sonstigen nach dem UrhG geschützten Rechts als gemeinsame Voraussetzung. Für den Schadensersatzanspruch ist darüber hinaus ein Verschulden des Haftenden erforderlich.

#### a) Verletzungshandlung

Das Urheberrecht verletzt vor allem, wer das geschützte Werk ohne die dazu erforderliche Zustimmung des Urhebers auf eine dem Urheber gem. den §§ 15 ff. vorbehaltene Art und Weise nutzt. Verletzer ist entweder der Täter, der die Urheberrechtsverletzung selbst adäquat kausal begeht, oder der Teilnehmer, der als Anstifter oder Gehilfe beteiligt ist.<sup>46</sup>

Wie bereits ausgeführt, ist der Repositorienbetreiber in der Regel als Content Provider anzusehen.<sup>47</sup> Dabei stellt das Bereitstellen von eigenen Informationen eine eigene Rechtsverletzung dar, so dass der Repositorienbetreiber selbst Täter einer Urheberrechtsverletzung ist.

Beim Betrieb eines Repositoriums kommt vor allem die Verletzung des Vervielfältigungsrechts sowie des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung in Betracht.

#### aa) Öffentliches Zugänglichmachen, § 19a UrhG

##### (1) Eingriff

§ 19a UrhG (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung) verleiht dem Urheber die Befugnis, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Das Zugänglichmachen erfordert dabei, dass Dritten der Zugriff auf das betreffende geschützte Werk oder einen geschützten Werktitel eröffnet wird.<sup>48</sup> Ein öffentliches Zugänglichmachen liegt im Falle eines Repositorienbetriebes auf jeden Fall dann vor, wenn das auf dem Publikationsserver gespeicherte Werk von jedem Internetnutzer von einem beliebigen Ort und zu einer beliebigen Zeit abgerufen werden kann. Aber auch in dem Fall, in dem die Werke z.B. nur über das universitäre Netzwerk abgerufen werden können, liegt eine öffentliche Zugänglichmachung vor. Auch hier hat eine Personengruppe Zugang zu dem urheberrechtsverletzenden Werk, bspw. Studenten und Mitarbeiter der Hochschule oder Fakultät, die nicht ohne weiteres eine

46 Dreier/Schulze, § 97, Rn.5.

47 S.o.

48 Dreier/Schulze, § 19a, Rn.6.

persönliche Verbundenheit aufweisen.<sup>49</sup> Damit macht es aus urheberrechtlicher Sicht für die Frage nach dem öffentlich Zugänglichmachen zunächst keinen Unterschied, ob die Publikationen von jedermann oder nur von Hochschul- bzw. Einrichtungsangehörigen oder nur von Benutzern der jeweiligen Universitäts- bzw. Forschungsbibliothek abgerufen werden können.

## (2) Schranken

### (a) § 52a UrhG

Möglicherweise könnte die öffentliche Zugänglichmachung aber nach § 52a UrhG zulässig sein. Jedoch ist die Vorschrift sehr eng gefasst und begrenzt die öffentliche Zugänglichmachung auf einen bestimmten abgrenzbaren Teil von Personen.<sup>50</sup> § 52a Abs. 1 Nr.1 UrhG bezieht sich nur auf die öffentliche Zugänglichmachung für Unterrichtsteilnehmer. Beim Betrieb eines Repositoriums geht es aber gerade darum einer breiten Personengruppe den kostenlosen Zugang zu bestimmten Informationen zu verschaffen.

Gem. § 52a Abs. 1 Nr.2 UrhG ist die öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Teils eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelner Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Teil von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung zulässig. Die Bestimmung des zulässigen Personenkreises wird auch hier restriktiv vorgenommen und soll auf kleine Forschergruppen beschränkt bleiben, so dass eine öffentliche Zugänglichmachung für eine ganze Hochschule oder einen bestimmten Fachbereich nicht zulässig ist.<sup>51</sup>

### (b) § 52b UrhG

Eine Zulässigkeit bzgl. des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung ergibt sich auch nicht aus § 52b UrhG. Danach ist es nur zulässig, veröffentlichte Werke aus dem Bestand öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archiven, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen, ausschließlich in den Räumen der jeweiligen Einrichtung an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertragliche Regelung entgegensteht. Auch hier wird der Anwendungsbereich sehr eng gefasst und auf Zugänglichmachung in Räumen von Bibliotheken, Archiven und Museen begrenzt. Zusätzlich bedarf es eines eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplatzes.

Da bei dem Betrieb eines Repositoriums gerade vorgesehen ist, dass die gespeicherten Informationen über das Internet von einem beliebigen Ort abgerufen werden können, fehlt es regelmäßig an einer räumlichen Bindung. Die Beschränkung auf „Räume der Einrichtung“ macht zudem den Zugang über universitätsweite Netze (sog. „VPN-Netze“) ohne weitergehende Lizenz unmöglich.<sup>52</sup> Weiterhin limitiert § 52b S.2 UrhG die gleichzeitige Zugänglichmachung auf die Anzahl an Exemplaren eines Werkes, die der Bestand der Einrichtung umfasst. § 52b UrhG scheidet somit schon aus diesen Gründen als Schranke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung aus.

49 Dreier/Schulze, § 19a, Rn.6.

50 Heckmann/Weber, GRUR Int. 2006, 995, 996.

51 Heckmann/Weber, GRUR Int. 2006, 995, 996.

52 Spindler, NJW 2008, 9, 13.

## bb) Vervielfältigung, § 16 UrhG

### (1) Eingriff

Ferner wird in das Vervielfältigungsrecht des Urhebers bzw. in das entsprechende ausschließliche Nutzungsrecht des Verlages eingegriffen. Das Vervielfältigungsrecht ist sehr weit gefasst und umfasst jede körperliche Festlegung des Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.<sup>53</sup> Die Art des Materials und des Herstellungsverfahrens – z.B. analog oder digital – ist gleichgültig.<sup>54</sup> Bereits das Speichern eines Werkes auf der Festplatte eines Computers oder auch das Laden in den Arbeitsspeicher stellen eine Vervielfältigungshandlung dar.<sup>55</sup> Wenn die Hochschule ein wissenschaftliches Werk auf ihrem Publikationsserver speichert, nimmt sie damit eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG vor. Denn auch solche Werkträger, die das Werk zwar enthalten, aber nicht unmittelbar wahrnehmbar werden lassen, sondern hierfür entsprechende Gerätschaften, wie z.B. einen PC, oder Kenntnisse voraussetzen, sind Vervielfältigungsstücke.<sup>56</sup> Durch das Speichern eines Plagiats greift der Repositorienbetreiber hinsichtlich des durch den Autor übernommenen Teils in das Vervielfältigungsrecht des Urhebers ein. Wird hingegen ein Werk vervielfältigt, an dem einem Verlag durch den Autor zuvor ein ausschließliches Vervielfältigungsrecht eingeräumt wurde, so liegt ein Eingriff in dessen ausschließliches Nutzungsrecht vor.

### (2) Schranken

#### (a) § 53 UrhG

Die Vervielfältigung eines Werkes durch ein Repositorium ist nicht nach § 53 Abs. 1 UrhG zulässig, da diese Schranke des Vervielfältigungsrechts nur für natürliche Personen gilt und es bei der Vervielfältigung durch einen Repositorienbetreiber an einer Vervielfältigung zum privaten Gebrauch fehlt.

Auch nach § 53 Abs. 2 UrhG, insbesondere nach § 53 Abs. 2 S.1 Nr.2 UrhG, ergibt sich keine Zulässigkeit des Eingriffs in das Vervielfältigungsrecht. Absatz 2 enthält mehrere Fälle des sog. „eigenen Gebrauchs“. Entscheidend für den eigenen Gebrauch ist die Herstellung von Vervielfältigungsstücken zur eigenen Verwendung und nicht zur Weitergabe an Dritte.<sup>57</sup> Bei dem Betrieb eines Repositoriums erfolgt aber die Vervielfältigung durch Speicherung der Informationen respektive Inhalte auf dem Publikationsserver gerade zum Zweck der Weitergabe selbiger an Dritte.

#### (b) § 53a UrhG

Die Zulässigkeit des Betriebes eines Repositoriums könnte sich aus § 53a UrhG ergeben. Gem. § 53a Abs. 1 S.1 UrhG ist auf Einzelbestellung die Vervielfältigung und Übermittlung einzelner in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge sowie kleiner Teile eines erschienenen Werkes im Wege des Post- oder Faxversands durch öffentliche

53 Dreier/Schulze, § 16, Rn. 6.

54 Dreier/Schulze, § 16, Rn. 7.

55 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 16, Rn. 13.

56 Dreier/Schulze, § 16, Rn. 7.

57 Dreier/Schulze, § 53, Rn. 18.



Bibliotheken zulässig, sofern die Nutzung durch den Besteller nach § 53 UrhG zulässig ist. Die Vervielfältigung und Übermittlung in sonstiger elektronischer Form ist ausschließlich als grafische Datei und zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zulässig, soweit dies zur Verfolgung nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt ist (§ 53a Abs. 1 S.2 UrhG). Die Vervielfältigung und Übermittlung in elektronischer Form muss funktional an die Stelle der Einzelübermittlung in körperlicher Form treten.<sup>58</sup> Dies soll vor allem für den elektronischen Versand per E-Mail oder FTP Service<sup>59</sup> gelten.<sup>60</sup> Bei beiden Versandformen ist die Kopie nur für den Besteller bestimmt und auch nur von diesem abrufbar. Es darf also gerade kein öffentliches Zugänglichmachen i.S.v. § 19a UrhG vorliegen.<sup>61</sup> Dies ist aber beim Betrieb eines Repositoriums der Fall, so dass eine Zulässigkeit nach § 53a Abs. 1 S.2 UrhG ausscheidet.

## b) Rechtswidrigkeit

Der Eingriff in das Urheberrecht oder in das ausschließliche Nutzungsrecht erfolgt in der Regel widerrechtlich. Die Rechtswidrigkeit kann man nur durch Einholen einer wirksamen Einwilligungserklärung vermeiden.

## c) Verschulden

Die urheberrechtliche Verletzungshandlung muss nach § 97 Abs. 2 S.2 UrhG vorsätzlich oder fahrlässig vorgenommen worden sein. In den allermeisten Fällen wird der Repositorienbetreiber keine positive Kenntnis von der Urheberrechtsverletzung oder der Verletzung eines ausschließlichen Nutzungsrechts eines Verlages haben, also regelmäßig ohne Vorsatz handeln.

### aa) Fahrlässigkeitsmaßstab

Entscheidend kommt es dann darauf an, ob dem Repositorienbetreiber Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann. Gem. § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Es wird dabei ein auf die allgemeinen Verkehrsbedürfnisse ausgerichteter objektiver Sorgfaltsmaßstab angelegt.<sup>62</sup> Grundsätzlich sind die Anforderungen im Urheberrecht sehr hoch.<sup>63</sup>

Dieser enthält intellektuelle und voluntative Elemente und stellt auf Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit der drohenden Tatbestandsverwirklichung ab.<sup>64</sup> Der Umfang des Erkennbaren richtet sich danach, ob und inwiefern dem Schädiger Vorsorge- und Prüfungspflichten obliegen.<sup>65</sup> Damit dem Repositorienbetreiber ein Fahrlässigkeitsvorwurf

58 AmtlBegr. BT-Drucks. 16/1828, 27.

59 In diesem Verfahren hinterlegt die Bibliothek das angeforderte Dokument/Kopie auf einem Server. Der Besteller erhält dann einen Link, über den er zu dem Dokument/der Kopie gelangt.

60 Jani, in: Wandtke/Bullinger, § 53a, Rn. 23.

61 Jani, in: Wandtke/Bullinger, § 53a, Rn. 49.

62 Grundmann, in MüKo BGB, § 276, Rn. 54.

63 Vgl. Spindler/Schuster/Spindler, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. München 2011, § 97 UrhG Rn. 40 m. w. Nachw.

64 Unberath in: BeckOK, § 276, Rn. 17.

65 Unberath in: BeckOK, § 276, Rn. 29.

gemacht werden kann, müsste eine Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs ergeben, dass der Betreiber zur Überprüfung der Inhalte auf etwaige Urheberrechtsverletzungen verpflichtet wäre.

## bb) Konkretisierung von Prüfungspflichten für Repositorien

### (1) Allgemeine Anforderungen

Bei einem traditionellen „Peer Review“ Verfahren erfolgt ohnehin eine vorherige Prüfung der Inhalte durch unabhängige Gutachter, so dass der Sorgfaltspflicht der Betreiber jedenfalls dann genüge getan wäre, wenn diese das Werk (zumindest) auf offensichtliche Urheberrechtsverletzungen überprüfen.<sup>66</sup>

Schwieriger ist die Beurteilung, wenn der Betreiber eines institutionellen Repositoriums auf ein vorheriges Begutachtungsverfahren verzichtet. Für herkömmliche Bibliotheken wird eine dahingehende Prüfungspflicht im Hinblick auf den archivierten Bestand, aber auch für Neuzugänge in der Regel ausgeschlossen.<sup>67</sup> Dies liegt darin begründet, dass die Bibliotheken schlichtweg damit überfordert wären, jedes Buch auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Fraglich ist, ob diese Sichtweise auch für den Betrieb eines Repositoriums ohne Weiteres übernommen werden kann. Für den Online-Bereich existiert bereits eine reichhaltige Rechtsprechung zum Bestehen von Prüfungspflichten im Rahmen der mittelbaren Störerhaftung von Internet Providern, die auch für die vorliegende Fragestellung herangezogen werden kann.<sup>68</sup>

Das zentrale Merkmal der Zumutbarkeit beinhaltet letztlich immer eine Abwägung zwischen den Interessen des Providers und denen des Rechteinhabers.<sup>69</sup> In den Abwägungsprozess sind insbesondere der Grad der Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit der Gefahren, die soziale Nützlichkeit der gefährlichen Tätigkeit - insbesondere im Hinblick auf Art. 5 GG - der Rang der bedrohten Rechtsgüter, das Ausmaß ihrer Gefährdung, die Eigenverantwortlichkeit Dritter sowie das Bestehen von technisch und wirtschaftlich zumutbaren Filtermöglichkeiten einzubeziehen.<sup>70</sup> Je stärker Gefahren vorhersehbar sind, desto umfangreicher fallen auch die Prüfungspflichten aus. Der BGH sieht die Grenze des Zumutbaren jedoch dann erreicht, wenn die Prüfungspflicht die Einstellung des Geschäftsbetriebes nach sich ziehen würde.<sup>71</sup> Die völlige Aufgabe des Betriebs kann also in der Regel nicht gefordert werden.

### (2) Gesteigerte Gefährdung der Rechteinhaber

Berücksichtigt man diese Grundsätze, fällt zunächst ins Gewicht, dass die Publikation eines urheberrechtswidrigen Werkes auf einem Repositorium für den Urheber eine größere Gefahr im Hinblick auf eine Urheberrechtsverletzung in sich birgt als das Archivieren in einer Bibliothek. Denn zumindest bei einem im Internet frei zugänglichen

66 Zur Offensichtlichkeit siehe unten B.IV.1.c)cc).

67 Weber in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 165 m.w.N.

68 Vgl. etwa Schricker/Wild, Urheberrecht, § 97 Rn. 69 ff.; Spindler/Schuster/Spindler, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. München 2011, § 97 UrhG Rn. 16 ff.; Heckmann, Internetrecht, 2. Aufl., Saarbrücken 2009, Kap. 3.2. Rn. 68 ff.

69 Klatt, ZUM 2009, 265, 271.

70 Spindler, WRP 2003, 1, 8.

71 BGH, K&R 2004, 486, 491.

Repositorium ist die Anzahl der möglichen Personen, die zeitgleich auf das urheberrechtswidrige Werk zugreifen können, viel größer als bei einer herkömmlichen Bibliothek. Auch die Vervielfältigung des urheberrechtswidrigen Werkes durch den Nutzer wird in der Regel schon durch ein einfaches Herunterladen der Datei vom institutionellen Repositorium erfolgen. Ein öffentliches Zugänglichmachen der Datei bzw. des Werkes durch ein Hochladen auf Host Servern durch denjenigen, der das Werk zuvor von dem Repositorium heruntergeladen hat, ist nicht unwahrscheinlich und stellt eine zusätzliche Gefährdung der Urheberrechte des Betroffenen dar. Diese gesteigerte Gefahr einer Urheberrechtsverletzung durch den Repositorienbetrieb lässt sich für eine Annahme von Prüfungspflichten ins Feld führen. Hier ist auch zu berücksichtigen, dass der europäische Gesetzgeber die Online-Nutzung von Bibliotheken ausdrücklich auf deren Räumlichkeiten beschränkt hat (§ 52b UrhG) und damit selbst gegenüber der Versorgungsfunktion von Bibliotheken für die Allgemeinheit die Interessen der Rechteinhaber höher bewertet hat.

### (3) Soziale Nützlichkeit und Informationsfreiheit

Gegen eine Überspannung der Anforderungen an die Prüfungspflichten spricht dagegen der Charakter der „Open Access Bewegung“. Der Betrieb von frei zugänglichen Publikationsservern soll dem Umstand Rechnung tragen, dass seit Mitte der 90er Jahre ein deutlicher Preisanstieg für wissenschaftliche Zeitschriften zunehmend die Etats der Universitäten belastet. Dadurch kann es zu Abbestellungen kommen, welche wiederum den schnellen Zugriff auf wissenschaftlich relevante Literatur erschweren.<sup>72</sup> Durch die Einrichtung von frei zugänglichen Publikationsservern soll erreicht werden, dass die wissenschaftlichen Publikationen als Ergebnisse der überwiegend von der Öffentlichkeit geförderten Forschung, dieser Öffentlichkeit wiederum kostenfrei zur Verfügung gestellt werden. Das durch die finanzierte Forschung gewonnene Wissen soll also nicht von den Verlagen zurückgekauft werden müssen.<sup>73</sup>

Gerade der Umstand, dass die Zuverfügungstellung von Informationen unentgeltlich über frei zugängliche Publikationsserver erfolgt, ist bei der Frage nach dem Bestehen von Prüfungspflichten ebenfalls zu berücksichtigen. Es bietet sich insoweit ein Vergleich mit der Rechtsprechung des BGH zu der Frage nach dem Umfang der Prüfungspflichten der DENIC<sup>74</sup> bei der Vergabe von Domainnamen an. In der „ambiente.de“ Entscheidung<sup>75</sup> hatte der BGH darüber zu befinden, ob die DENIC die (generelle) Pflicht trifft, vor der Registrierung eines Domainnamens zu prüfen, ob dieser Name Rechte (insbesondere Markenrechte) Dritter verletzt. Der BGH verneinte unter Berücksichtigung der Funktion und Aufgabenstellung der DENIC, sowie im Blick auf die Eigenverantwortung des unmittelbar handelnden Dritten, eine allgemeine Prüfungspflicht der DENIC.<sup>76</sup> Die DENIC verfolge bei der Vergabe der Domain Namen keine eigenen Zwecke

72 Siehe dazu ausführlich mit graphischer Darstellung, Bargheer/Bellem/Schmidt in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 4; Mruck/Gradmann/Mey, Open Access: Wissenschaft als Öffentliches Gut, S. 5; Pflüger/Ertmann, ZUM 2004, 436, 437; BR-Drucks. 257/06, S. 6.

73 Mruck/Gradmann/Mey, Open Access: Wissenschaft als Öffentliches Gut, S. 5 ff.

74 Die DENIC (Deutsches Network Information Center) ist die zentrale Registrierungsstelle für Domains unterhalb der Top-Level-Domain „.de“.

75 BGH NJW 2001, 3265 ff.

76 BGH NJW 2001, 3265, 3267.

und handle ohne Gewinnerzielungsabsicht. Darüber hinaus nehme sie diese Aufgabe im Interesse sämtlicher Internet-Nutzer wahr. Die Vergabe der Domain Namen diene dabei zugleich dem öffentlichen Interesse, da die Vergabe ansonsten von öffentlichen Stellen übernommen werden müsse.<sup>77</sup> Für die Vergabe und Registrierung verwendet die DENIC ein automatisiertes Verfahren, mit dessen Funktionsweise eine Prüfung des anzumeldenden Namens auf mögliche – wenn auch für jedermann erkennbare – Rechtsverletzungen nicht zu vereinen sei. Selbst wenn die DENIC auf eine angebliche Rechtsverletzung hingewiesen werde, trafe sie nur eingeschränkte Prüfungspflichten. Die DENIC sei nur dann gehalten, eine Registrierung zu löschen, wenn die Verletzung der Rechte Dritter offenkundig und ohne Weiteres feststellbar sei, vor allem wenn ein rechtskräftiger gerichtlicher Titel vorgelegt werde.<sup>78</sup>

Der Betrieb eines Repositoriums dient, neben der Förderung eines besseren Informationsaustausches im Rahmen von Wissenschaft und Forschung, vor allem auch dem Informationsinteresse der Allgemeinheit. Dabei wird bei dem Betrieb eines Repositoriums kein eigener Zweck verfolgt und insbesondere nicht mit Gewinnerzielungsabsicht gehandelt.<sup>79</sup>

Dennoch ist die Situation nicht mit der der DENIC vergleichbar.<sup>80</sup> Die Registrierung von Domains für andere ist nicht mit dem Aufbau eines eigenen Informationsangebots vergleichbar, wie es für Repositorien bereits herausgearbeitet wurde. Während bei einem Einstellen fremder Inhalte auf einer Plattform eine entsprechende Verpflichtung der Nutzer in AGB ausreichen kann, die Plattform nicht zum Einstellen rechtsverletzender Inhalte zu nutzen, wird man beim Anbieten zu eigen gemachter Inhalte weitergehende Prüfungspflichten annehmen müssen.

Weiterhin sind auch die Prüfungsmöglichkeiten nicht vergleichbar. Für die DENIC ist eine eigene rechtliche Prüfung so gut wie ausgeschlossen. Dies ergibt sich nicht nur aus der Vielzahl der Registrierungen, sondern auch aus der Komplexität der kennzeichenrechtlichen Fragestellungen, die häufig erst in einem Gerichtsverfahren zu klären sind. Demgegenüber ist die Zahl der einzustellenden Werke bei Repositorien kleiner und die Rechtslage tendenziell einfacher zu prüfen. Insbesondere bietet sich hier ein Verfahren an, dem einstellenden Autor eine Erklärung abzuverlangen, wer Urheber des Textes ist und wem die Nutzungsrechte zustehen. Auf dieser Basis ist dem Betreiber dann je nach Einzelfall eine Recherche viel eher zumutbar.<sup>81</sup> Dies hat auch der BGH für den Fall eines Zueigenmachens ausdrücklich gefordert.<sup>82</sup> Das Abverlangen einer solchen Erklärung und eine Abfrage z.B. bei Sherpa/RoMEO kann als Grundlage für eine weitere Recherche beim angegebenen Verlag dienen, der dann den Anforderungen an die Sorgfalt des Betreibers genügt.

77 BGH NJW 2001, 3265, 3267.

78 BGH NJW 2001, 3265, 3267.

79 Zwar entstehen auch bei der elektronischen Publikation Kosten. Die Finanzierung der Veröffentlichung wird sogar teilweise durch die Autoren getragen (Publikationsgebühr). Allerdings handelt die Hochschule ohne Gewinnerzielungsabsicht, da die Finanzierung nur die tatsächlich anfallenden Kosten decken soll.

80 A.A. Weber in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 168 f.

81 Grundsätzlich reichen aber die Zusicherungen von Personen, die ein Recht übertragen, allein noch nicht aus, vgl. BGH GRUR 1959, 331 – Freigroschenroman III.

82 BGH GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de.

#### (4) Prüfungsmöglichkeiten

##### (a) Plagiatssoftware

Hinsichtlich der Zumutbarkeit ist die Frage nach den Prüfungsmöglichkeiten von zentraler Bedeutung. Hier ist die Möglichkeit einzubeziehen, dass Werke, die zur Veröffentlichung auf dem Publikationsserver anstehen, zunächst mit Hilfe eines Plagiatserkennungsprogramms geprüft werden müssten.<sup>83</sup> Allerdings ist die Effizienz und Effektivität von derartigen Programmen nicht unumstritten. So schafften es in einem durch die „Hochschule für Technik und Wirtschaft Berlin“ (htw) im Jahr 2010 durchgeführten Test von 26 Plagiatserkennungssystemen gerade einmal 5 in die Rubrik „teilweise nützliche Systeme“, während der Großteil der Programme im Bereich „für Lehre kaum brauchbare“ oder sogar „nutzlose Systeme“ angesiedelt war.<sup>84</sup> Hinzu kommt, dass derartige Systeme teilweise sehr lange für das Auffinden von Plagiaten benötigen (bis zu 32 Stunden). Insbesondere solchen Repositorien, die eine große Anzahl an Publikationen vorzuweisen haben, könnte die Einstellung des Geschäftsmodells drohen, wenn jedes zu veröffentlichende Werk zuvor einer genauen Kontrolle durch ein Plagiatserkennungsprogramm durchlaufen müsste.

##### (b) SHERPA/RoMEO-Abfrage

Eine weitere relevante Prüfmöglichkeit besteht in einem Abgleich mit dem Online Verzeichnis SHERPA/RoMEO.<sup>85</sup> SHERPA/RoMEO enthält eine Liste über eine Vielzahl von Verlagen, aus der entnommen werden kann, welche Nutzungsrechte bei den Autoren verbleiben, bzw. ob eine Open-Access-Publikation möglich ist. Allerdings würde ein Abgleichen mit dem Verzeichnis voraussetzen, dass die Hochschule Kenntnis davon hat, bei welchem Verlag ein auf dem Repositorium zu veröffentlichendes Werk bereits erschienen ist. Hier kann die bereits angesprochene Erklärung des Autors hilfreich sein, wer Urheber des Textes ist und wem die Rechte daran zustehen.

Selbst wenn der Verlag bekannt ist, bedeutet dies noch nicht, dass ein Abgleich mit SHERPA/RoMEO hinreichend zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten ist. Problematisch ist zum Einen, dass das System noch nicht alle Zeitschriften erfasst. Weiterhin muss der Verlag nicht unbedingt der ausschließliche Rechteinhaber sein. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass das System ständig verbessert wird und allmählich in eine Position als Standard-Referenz für Veröffentlichungen kommt. Dann kann eine Abfrage zumindest Ausgangspunkt für eine weitere Recherche sein und wäre dann eine Mindestanforderung zur Erfüllung von Sorgfaltsanforderungen.

Nach derzeitigem Stand kann aber eine Abfrage keinesfalls bereits als ausreichend anzusehen sein. Dafür spricht auch, dass immer die individuelle vertragliche Situation maßgebend ist. Das System spiegelt aber nur die derzeitigen Policies wider, während der Vertragsschluss bereits einige Jahre zurückliegen kann, und sich die Bedingungen inzwischen geändert haben können. Zu erwähnen bleibt, dass an einer automatischen Abfragemöglichkeit für Repositorien gearbeitet wird und mit einem verbesserten

<sup>83</sup> Auf die Möglichkeit des Einsatzes entsprechender Filterprogramme stellte der BGH in Bezug auf Markenrechtsverletzungen bei Auktionshäusern ab, BGH, GRUR 2004, 860 – Internetversteigerung I; BGH GRUR 2007, 708, 712 – Internetversteigerung II.

<sup>84</sup> Testergebnisse einsehbar unter: <http://plagiat.htw-berlin.de/software/2010-2/>

<sup>85</sup> <http://www.sherpa.ac.uk/romeo/>

Informationsstand des Systems auch der Grad der Erfüllung von Sorgfaltsanforderungen der Repositorien durch eine Abfrage steigen kann.

Sollte in Zukunft eine Abfrage bei SHERPA/RoMEO einfach möglich sein und sich zu einem Standard für Repositorien entwickelt haben, wird man auch auf Seiten der Rechteinhaber eine Pflicht zum Aktuellhalten der Datenbank zunehmend bejahen können. Eine solche Pflicht kann sich aus der Schadensabwendungs- und -minderungspflicht nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB ergeben, die auch den Geschädigten zu zumutbaren Maßnahmen zur Abwendung oder Minderung eines möglichen Schadens verpflichtet. Darüber hinaus kann eine solche Mitwirkungspflicht auch auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB gestützt werden, der im Rahmen der Grundsätze zur unzulässigen Rechtsausübung die Ausübung eigener Rechte begrenzt, wenn der Berechtigte eigenen Mitwirkungspflichten nicht nachkommt. Hier ist die Rechtsprechung aber eher zurückhaltend.<sup>86</sup>

##### c) Kenntniserlangung von der Urheberrechtswidrigkeit vor der Veröffentlichung

Prüfungspflichten können weiterhin dann entstehen, wenn die Hochschule vor der Veröffentlichung eines wissenschaftlichen Werkes auf ihrem Repositorium auf eine Urheberrechtsverletzung oder die Verletzung eines ausschließlichen Nutzungsrechts explizit hingewiesen wird. Man könnte von einer „Entstehung von Prüfungspflichten durch Zuruf“ sprechen.

Der Repositorienbetreiber muss also vor der Veröffentlichung Kenntnis von der Urheberrechtsverletzung erlangen. In Anlehnung an § 10 S.1 Nr. 1 Alt. 2 TMG und um Widersprüche mit der Haftung des Host Providers zu vermeiden, muss es dabei genügen, dass der Repositorienbetreiber von Umständen Kenntnis erlangt, aus denen die Urheberrechtsverletzung oder die Verletzung des ausschließlichen Nutzungsrechts offensichtlich wird.

Fraglich ist allerdings, wann solche Umstände vorliegen. In jedem Fall kann dies nicht durch jeden irgendwie gearteten Hinweis durch den Urheber oder den Verlag, der sich in seinen ausschließlichen Nutzungsrechten verletzt sieht, erfolgen. Müsste der Repositorienbetreiber jedem noch so kleinen Hinweis auf eine etwaige Verletzung eines Urheber- oder ausschließlichen Nutzungsrechts sofort nachgehen und dürfte das beanstandete Werk zunächst nicht veröffentlichen, bestünde die Gefahr, dass ggf. ein rechtmäßiges Werk auf dem Server nicht veröffentlicht würde. Der Repositorienbetreiber würde sich möglicherweise gegenüber dem Autor schadensersatzpflichtig gem. §§ 280, 281 BGB machen, und zwar wegen Nichterfüllung der Pflicht zur öffentlichen Zugänglichmachung aus dem mit dem Autor geschlossenen Vertrag.<sup>87</sup>

Bleibt das Repositorium hingegen auf einen begründeten Hinweis hin untätig und veröffentlicht das beanstandete Werk, droht ihm wiederum die Inanspruchnahme auf Schadensersatz durch den in seinen Urheberrechten verletzten Autor oder Verlag, der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts ist. Um diesem haftungsrechtlichen

<sup>86</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. München 2011, § 242 Rn. 38 ff.

<sup>87</sup> Typengemischter Vertrag mit mietrechtlichen (Hosting) und werkvertraglichen Elementen (Abrufbarkeit des Werkes), vgl. Weber in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 174.

Konflikt ausreichend Rechnung zu tragen und die sozial erwünschte Tätigkeit des Repositorienbetreibers nicht über Gebühr zu beeinträchtigen, können Prüfungspflichten nur dann durch eine Beanstandung ausgelöst werden, wenn es sich um einen Hinweis auf eine offensichtliche Urheberrechtsverletzung handelt.

Zur Konkretisierung kann man auf die Rechtsprechung des BGH für die Haftung von Presseunternehmen für rechtswidrige Anzeigenteile zurückgreifen.<sup>88</sup> Danach wird eine offensichtliche Urheberrechtsverletzung angenommen, wenn diese sich einem verständigen Menschen geradezu aufdrängt<sup>89</sup> oder auch einem nicht juristisch ausgebildeten Personal auffallen muss.<sup>90</sup> Im Falle der Beanstandung eines Plagiats, wird dies nur dann der Fall sein, wenn der Urheber seine Urheberschaft an dem zu veröffentlichenden Werk bzw. an bestimmten übernommenen Passagen substantiiert darlegen kann, ohne dass eine weitere Prüfung durch den Repositorienbetreiber erforderlich wäre.<sup>91</sup> Ein allgemeiner Hinweis auf die Möglichkeit einer Urheberrechtsverletzung reicht hingegen nicht aus. Wird von einem Verlag die Verletzung eines ausschließlichen Nutzungsrechts gerügt, so muss dieser ebenfalls genau darlegen können, dass er die ausschließlichen Nutzungsrechte an dem zu veröffentlichenden Werk erworben hat.

Prüft der Repositorienbetreiber nach einem substantiierten Hinweis auf eine Urheberrechtsverletzung durch ein auf dem institutionellen Repositorium zu veröffentlichenden Werk dieses nicht auf offensichtliche Urheberrechtsverletzungen, so trifft ihn ein Verschulden zumindest in Form von Fahrlässigkeit.<sup>92</sup>

Nach einer Klärung der Sachlage und Anhörung des Autors ist auch eine Sperrung des Angebots zulässig. Entsprechende Sperrklauseln sollten zwischen behördlichen Hinweisen und solchen von dritter Seite unterscheiden.<sup>93</sup>

#### dd) Kenntniserlangung nach Veröffentlichung

Wird hingegen erst nach einer Veröffentlichung auf dem institutionellen Publikationsserver eine Urheberrechtsverletzung offensichtlich, kann dem Repositorienbetreiber bzgl. des Vervielfältigens und des öffentlichen Zugänglichmachens kein Vorwurf wegen Fahrlässigkeit gemacht werden, da er ja zuvor keine Prüfungspflicht verletzt hat. Bei Bekanntwerden einer offensichtlichen Urheberrechtsverletzung, z.B. durch Beanstandung des Verletzten, ist der Repositorienbetreiber dann aber verpflichtet, das urheberrechtswidrige Werk von dem Publikationsserver zu nehmen (Beseitigungsanspruch aus § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG). Tut er das nicht, dann trifft ihn ab diesem Zeitpunkt ein Verschulden, zumindest wegen einer fahrlässigen Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 97, 19a UrhG).

88 BGH MMR 1999, 280; BGH GRUR 1990, 1012, 1014.

89 AG Frankfurt (Oder), Magazindienst 2002, 1227-1228, dort ging es allerdings um die Prüfungspflicht eines Verlages hinsichtlich des Wahrheitsgehaltes einer Werbeanzeige.

90 Decker, MMR 1999, 282.

91 Vgl. Heckmann, Internetrecht, 2. Aufl., Saarbrücken 2009, Kap. 1.10 Rn. 24 ff., 46 ff.; Christiansen, MMR 2004, 185, 186.

92 Ebenso: Weber in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 165.

93 Vgl. Weber in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 176 f.

#### d) Schaden

Der Repositorienbetreiber hat gem. § 97 Abs. 2 S.1 UrhG den Schaden zu ersetzen, der durch die schuldhaftige Verletzungshandlung entstanden ist. Gem. §§ 249 ff. BGB ist der Geschädigte so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde. Unter den ersatzfähigen Schaden fällt dabei auch der entgangene Gewinn, § 252 BGB. Bei Repositorien wird das allerdings schwer zu verifizieren sein, weil nicht jeder Abruf einer Arbeit auch einen entgangenen Verkaufsvorgang bedeutet.

Daneben sieht § 97 Abs. 2 UrhG noch zwei weitere Möglichkeiten zur Schadensberechnung vor.<sup>94</sup> Gem. § 97 Abs. 2 S.2 UrhG kann bei der Bemessung des Schadensersatzes auch der Gewinn, den der Verletzte durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Diese Form der Schadensberechnung wird dem Geschädigten jedoch oftmals nicht helfen, da die Informationen beim Betrieb eines Repositoriums unentgeltlich öffentlich zugänglich gemacht werden, und die Hochschulen in der Regel durch das Bereitstellen der Informationen keinen Gewinn erzielen werden. Allerdings kann der Schaden gem. § 97 Abs. 2 S.3 UrhG auch auf der Grundlage des Betrages errechnet werden, den der Verletzte als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte (fiktive Lizenzgebühr). Hier werden eigene Preislisten oder übliche Tarife als Grundlage herangezogen. Dies ist die einfachste und gebräuchlichste Art der Schadensberechnung.

Hinsichtlich der Berechnung des Schadens hat der Geschädigte ein Wahlrecht. Allerdings handelt es sich bei den drei Bemessungsarten lediglich um Variationen bei der Ermittlung des gleichen einheitlichen Schadens und nicht um verschiedene Ansprüche mit unterschiedlichen Rechtsgrundlagen.<sup>95</sup> Der Geschädigte kann sich also nur für eine Form der Schadensberechnung entscheiden und auch nur diese ersetzt verlangen.

## 2. Unterlassung

### a) Bereits erfolgte Verletzung

Neben der Inanspruchnahme auf Schadensersatz kann der Repositorienbetreiber im Falle des Anbietens eigener Inhalte nach § 97 Abs. 1 UrhG als unmittelbarer Störer auch auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Unterlassungsanspruch ist dabei verschuldensunabhängig. Gem. § 97 Abs. 1 S.1 UrhG setzt der Unterlassungsanspruch im Falle einer festgestellten widerrechtlichen Verletzungshandlung eine Wiederholungsgefahr voraus, die aber durch die widerrechtliche Verletzung eines Urheberrechts oder eines sonstigen nach dem UrhG geschützten Rechts widerleglich vermutet wird. Meist kann die durch die Tatbestandsverwirklichung indizierte Wiederholungsgefahr nur durch das Unterschreiben einer bedingungslosen, unwiderruflichen und strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt werden.<sup>96</sup>

Für den Betroffenen ist es erstrebenswert, dem Störer durch Gerichtsurteil die Unterlassung einer Wiederholungshandlung auferlegen zu lassen oder ihn durch die Abgabe

94 Schrickler/Wild, Urheberrecht, 4. Aufl., München 2010, § 97 Rn. 136 ff.

95 v. Wolff, in: Wandtke/Bullinger, § 97, Rn.58.

96 Spindler/Weber, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 1004 Rn.16.

einer Unterlassungserklärung von einem Fortsetzen der beanstandeten Handlung abzubringen.<sup>97</sup> Gem. § 890 Abs. 1 ZPO kann der zur Unterlassung Verpflichtete bei einer Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers bei jeder Zuwiderhandlung zu einem Ordnungsgeld verurteilt werden. Wegen dieser drohenden Konsequenzen und des strafähnlichen Charakters ist es für den Unterlassungsschuldner von großer Bedeutung zu wissen, welche Handlungen er unterlassen muss.<sup>98</sup>

Obein Verstoß gegen die titulierte Verpflichtung vorliegt, richtet sich zunächst nach dem Vollstreckungstitel, der hinreichend bestimmt sein muss.<sup>99</sup> Der Schutzzumfang erstreckt sich auch auf Verletzungshandlungen, die nach der Verkehrsauffassung gleichwertig sind und die im Kern mit der Verletzungshandlung übereinstimmen („Kerntheorie“).<sup>100</sup> Gerade bei der Haftung von Repositorienbetreibern ist es erforderlich, dass sich die Verpflichtung auf eine bestimmte Verletzungshandlung bezieht. Eine allgemeine Verpflichtung, alle ähnlichen Verletzungen in Zukunft zu unterlassen, könnte zu einer Ausuferung der Haftung des Repositorienbetreibers führen.

Wird ein Repositorienbetreiber wegen der Veröffentlichung eines Plagiats auf Unterlassung in Anspruch genommen, kann ihn nur die Verpflichtung treffen, das beanstandete Werk in Zukunft nicht noch einmal auf seinem Publikationsserver öffentlich zugänglich zu machen. In dem Vollstreckungstitel oder der strafbewehrten Unterlassungserklärung müssen daher die urheberrechtswidrigen Passagen, sowie der Titel des Werkes und dessen Autor genau benannt werden. Nur wenn ein Repositorienbetreiber erneut ein Werk veröffentlicht, dessen Titel und Autor mit denen des im Unterlassungstitel/der strafbewehrten Unterlassungserklärung bezeichneten Werkes identisch sind und welches erneut die beanstandeten urheberrechtswidrigen Passagen enthält, liegt eine Zuwiderhandlung im Sinne des § 890 ZPO vor, welche die Verurteilung zur Zahlung eines Ordnungsgeldes, im Falle des Vorliegens einer strafbewehrten Unterlassungserklärung die Zahlung einer Vertragsstrafe, zur Folge hat.

Kommt es durch die Veröffentlichung eines Werkes zu der Verletzung eines ausschließlichen Nutzungsrechts eines Verlages an dem Werk, so müssen in dem Unterlassungstitel der Titel des Werkes und dessen Autor bezeichnet werden. Der Betreiber des Repositoriums ist dann verpflichtet, eine Veröffentlichung des in dem Unterlassungstitel bezeichneten Werkes in Zukunft zu unterlassen.

## b) Drohende Verletzung

Gem. § 97 Abs. 1 S.2 UrhG kann ein vorbeugender Unterlassungsanspruch gewährt werden, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht. Eine solche Erstbegehungsgefahr soll gegeben sein, wenn die drohende Verletzungshandlung in tatsächlicher Hinsicht so greifbar ist, dass eine zuverlässige rechtliche Beurteilung möglich erscheint.<sup>101</sup> Auch hier dürfen nicht zu geringe Anforderungen gestellt werden. Im Falle einer beabsichtigten Veröffentlichung eines Werkes ist eine Erstbegehungsgefahr nur dann anzunehmen, wenn dadurch eine offensichtliche Urheberrechtsverletzung ernsthaft droht.

97 Ufer, Die Haftung der Internet Provider nach dem Telemediengesetz, S. 153.

98 Hüßtege in: Thomas/ Putzo, § 890 Rn. 1.

99 Hk-ZPO/ Pukall, § 890 Rn. 6.

100 Hk-ZPO/ Pukall, § 890 Rn. 6.

101 v.Wolff, in: Wandtke/Bullinger, § 97, Rn.41.

Dies ist wiederum nur dann der Fall, wenn drohende Verletzung so offensichtlich ist, dass sie sich einem verständigen Menschen aufdrängt.<sup>102</sup> Kann beispielsweise ein Autor seine Urheberschaft an einem Werk, das auf dem Repositorium veröffentlicht werden soll, eindeutig beweisen und beabsichtigt die Hochschule dennoch das beanstandete Werk zu publizieren, so kann der in seinen Urheberrechten bedrohte Autor einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch geltend machen. Dasselbe gilt für den Fall, dass durch die Veröffentlichung eines Werkes ein Eingriff in die ausschließlichen Nutzungsrechte eines Verlages droht.

## c) Abmahnung

Nach § 97a UrhG ist vor der Einleitung eines auf Unterlassung gerichteten Gerichtsverfahrens in der Regel eine Abmahnung auszusprechen. Dadurch kann ein gerichtlicher Prozess vermieden werden. Darüber hinaus enthält § 97a Abs. 1 S. 2 UrhG eine Grundlage für einen Anspruch auf Kostenerstattung, soweit die Abmahnung berechtigt ist. Hierzu gehören etwa die Anwaltskosten, soweit der Anspruchsteller nicht über eine eigene Rechtsabteilung verfügt.<sup>103</sup>

Für einfache Fälle werden die Anwaltskosten für die erstmalige Abmahnung durch § 97a Abs. 2 UrhG auf 100 € gedeckelt. Bei umfangreichen Plagiaten wird man wohl nicht mehr von einem einfachen Fall im Sinne eines geringen quantitativen und qualitativen Ausmaßes der Rechtsverletzung ausgehen können.

## V. Haftung als Host Provider

Kommt man ausnahmsweise zu dem Ergebnis, dass der Repositorienbetreiber als Host Provider anzusehen ist, so greift die Privilegierung des TMG ein, und er haftet gem. § 10 S.1 Nr.1 Alt.2 TMG auf Schadensersatz nur dann, wenn ihm Umstände oder Tatsachen bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder Information offensichtlich wird, oder er nicht unverzüglich tätig geworden ist, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald er diese Kenntnis erlangt hat.

Die Privilegierung des § 10 S.1 Nr.1 Alt.1 TMG findet nach ständiger Rechtsprechung des BGH auf Unterlassungsansprüche keine Anwendung.<sup>104</sup> Der Repositorienbetreiber kann aber aus § 97 Abs. 1 S.1 UrhG zumindest als mittelbarer Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, da er durch die reine Zurverfügungstellung der Infrastruktur für das Speichern fremder Inhalte im Internet an der Rechtsverletzung eines Dritten beteiligt ist. Dies ist eine Erweiterung der Haftung über Täterschaft und Beihilfe hinaus auf mittelbare Handlungen, hier durch Bereitstellen rein technischer Hilfs- und Organisationsmittel.

Diese Störerhaftung setzt aber ebenfalls die Verletzung zumutbarer Prüfungspflichten voraus. Prüfungspflichten entstehen erst dann, wenn der Repositorienbetreiber von einer klaren Rechtsverletzung Kenntnis erlangt. Daher ist eine Mitteilung des Verletzten erforderlich, die den Diensteanbieter, also den Repositorienbetreiber, über

102 Vgl. dazu bereits oben Fn. 89.

103 Zur Praxis in diesem Bereich vgl. Günther, WRP 2009, 118.

104 BGH, K&R 2004, 486, 489; BGH, K&R 2007, 387, 389; BGH KR 2008, 435, 437.

eine konkrete Verletzung in Kenntnis setzt.<sup>105</sup> Gem. § 10 S. 1 Nr.1 Alt. 2 TMG werden Schadensersatzansprüche gegen Host Provider bereits ausgelöst, wenn diese Kenntnis von Tatsachen oder Umständen haben, aus denen die rechtswidrige Handlung oder Information offensichtlich wird. Um Widersprüche zwischen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen zu vermeiden, muss die bei der Haftung der Host Provider eingeführte Evidenzgrenze der groben Fahrlässigkeit auch für den im Rahmen der Störerverantwortlichkeit einschlägigen Kenntnisbegriff gelten.<sup>106</sup> Erforderlich ist also die Kenntnis von Umständen, aus denen die Urheberrechtsverletzung offensichtlich wird.

Liegt eine Kenntnis derartiger Umstände vor, so ist der Host Provider nach der Rechtsprechung des BGH dazu verpflichtet, in Zukunft derartige Rechtsverletzungen zu vermeiden. Tut er dies nach Bekanntwerden einer Rechtsverletzung nicht, so kann er auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Dabei erstreckt die Rechtsprechung diese Prüfungspflicht auf gleichartige Rechtsverletzungen desselben Verletzers als auch durch andere Verletzer hinsichtlich der bereits erfolgten Verletzung.<sup>107</sup>

Allerdings erscheint es fraglich, ob diese für die Haftung von Internetauktionshäusern entwickelte Rechtsprechung auch auf Repositorienbetreiber Anwendung finden kann. Der BGH hat im Rahmen der Haftung von E-Bay angeführt, dass das Auktionshaus seiner Prüfungspflicht dadurch gerecht werden könne, dass es zur Vermeidung bereits bekannt gewordener Rechtsverletzungen, eine geeignete Filtersoftware einsetze. Erscheint es bei einem Internetauktionshaus noch möglich die neu eingestellten Angebote auf bestimmte Schlagworte wie z.B. „Plagiat“ oder „genauso wie Marke X“ zu filtern und bei verdächtigen Angeboten eine Überprüfung „von Hand“ vorzunehmen, wird es bei einem Repositorium regelmäßig nicht möglich sein, die neu eingestellten wissenschaftlichen Werke auf eine bekannt gewordene Urheberrechtsverletzung zu filtern. Dafür sind die Werke in den meisten Fällen viel zu komplex, als dass anhand von einfachen Schlagworten eine bereits bekannt gewordene Urheberrechtsverletzung vermieden werden könnte. Eine Prüfungspflicht kann sich nur dann ergeben, wenn ein bestimmtes Werk von einem bestimmten Autor bereits wegen der Verletzung eines Urheberrechts oder eines ausschließlichen Nutzungsrechts von dem Server genommen wurde und genau dieses Werk (gleicher Titel, gleicher Autor) wieder zur Veröffentlichung angemeldet wird.

<sup>105</sup> Klatt, ZUM 2009, 265, 269.

<sup>106</sup> Spindler, in: Spindler/ Schmitz/ Geis, TDG, § 8 Rn. 21.

<sup>107</sup> BGH, GRUR 2004, 860 – Internetversteigerung I; BGH GRUR 2007, 708 – Internetversteigerung II; BGH GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

## VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich Folgendes zur gesetzlichen Haftung der Repositorienbetreiber festhalten:

- Der Repositorienbetreiber ist als Content Provider gem. § 7 Abs. 1 TMG zu qualifizieren und haftet damit nach den allgemeinen Gesetzen, wenn die aufgenommenen Werke nach außen als Teil eines eigenen Informationsangebots erscheinen, das sich dieser nach den oben angeführten Kriterien zu eigen macht. Er ist dann nicht mittelbarer Störer, sondern selbst Täter der Urheberrechtsverletzung.
- Der Repositorienbetreiber verletzt durch das Speichern und das öffentliche Zugänglichmachen der wissenschaftlichen Werke das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG. Die Schranken der §§ 52a, 52b, 53, 53a UrhG greifen nicht.
- Ein Schadensersatzanspruch gegen den Repositorienbetreiber aus § 97 Abs. 2 UrhG besteht mangels Verschuldens nicht, wenn eine Rechtsverletzung nicht zumutbar überprüft werden kann. Entsprechende Prüfungspflichten können sich bei Repositorien in der Hinsicht ergeben, dass den Autoren eine Erklärung zum Urheberrecht und dem Inhaber von Nutzungsrechten abverlangt wird, die als Grundlage für eine notwendige weitere Recherche dienen kann. Mit zunehmender Entwicklung von Systemen wie SHERPA/RoMEO kann dann eine entsprechende Abfrage zu den Pflichten des Repositoriums gehören. Auch wenn der Repositorienbetreiber auf eine offensichtliche Urheberrechtsverletzung oder eine Verletzung eines ausschließlichen Nutzungsrechts hingewiesen wird, handelt er fahrlässig, wenn er das Werk nicht auf diese Verletzung hin überprüft.
- Bei dem Unterlassungsanspruch aus § 97 Abs. 1 S.1 UrhG ist zu berücksichtigen, dass nur die Verpflichtung besteht, mit der festgestellten Verletzungshandlung identische Verletzungshandlungen in Zukunft zu unterlassen.
- Eine für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs. 1 S.2 UrhG erforderliche Erstbegehungsgefahr besteht nur, wenn eine offensichtliche Urheberrechtsverletzung oder die Verletzung eines ausschließlichen Nutzungsrechts ernsthaft droht.

## C. Regress und Wirkung von Haftungsfreistellungen

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Vereinbarung von Haftungsfreistellungen möglich ist, und welche Wirkung sie entfaltet. Darüber hinaus soll aufgezeigt werden, welche gesetzlichen Möglichkeiten der Repositorienbetreiber hat, sich im Haftungsfall an dem seiner Einrichtung zugehörigen Urheber schadlos zu halten.

- Fall 2: Im Fall 1 stellt das Repositorium nach einer Überprüfung tatsächlich die beanstandeten Übereinstimmungen fest und gibt eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, für die an A Anwaltsgebühren in Höhe von € 300 zu erstatten sind. Das Repositorium möchte die Kosten von P erstattet verlangen. P hatte bei Aufnahme seiner Arbeit ein Formular unterschrieben, in dem er versicherte, dass die Arbeit keine Rechte Dritter verletzt und er das Repositorium von Ansprüchen Dritter freistellt.

## I. Gesetzliche Rückgriffsmöglichkeit bei Gesamtschuldern

### 1. Vorliegen von Gesamtschuld (§ 840 BGB)

Für eine gesetzliche Regressmöglichkeit ist es von Bedeutung, ob der Autor, dessen Werk auf dem Repositorium veröffentlicht wird, und die Hochschule Gesamtschuldner aus einer unerlaubten Handlung gem. § 840 Abs. 1 BGB sind. Das setzt voraus, dass sie für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden nebeneinander verantwortlich sind. Das ist dann der Fall, wenn jeder als Schädiger nach § 830 Abs. 1 S.1, Abs. 2 BGB (Mittäter sowie Anstifter und Gehilfe), als Beteiligter nach § 830 Abs. 1 S.2 BGB oder als Nebentäter hinsichtlich desselben Schadens haftet.<sup>108</sup> Dabei ist wieder zu unterscheiden, ob die Verletzung eines Urheberrechts durch das öffentliche Zugänglichmachen eines Plagiats oder die Verletzung eines ausschließlichen Nutzungsrechts eines Verlages vorliegt.<sup>109</sup>

#### a) Plagiat

Macht der Repositorienbetreiber ein Plagiat über seinen Server zugänglich, so verletzt er das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) desjenigen, dessen Werk von dem Autor des veröffentlichten Plagiats widerrechtlich übernommen wurde. Der Autor stellt dabei weder selbst durch Speichern des Plagiats auf dem Server ein Vervielfältigungsstück her noch macht er dieses öffentlich zugänglich. Diese Verletzungshandlungen nimmt der Repositorienbetreiber vor.<sup>110</sup> Allerdings haftet der Autor des Plagiats als Teilnehmer aus §§ 97 Abs. 2, 16,

<sup>108</sup> Spindler, in: BeckOK, § 840, Rn.3.

<sup>109</sup> Siehe dazu die Skizzen oben B.III.

<sup>110</sup> Siehe dazu oben unter B.II.e).

19a UrhG, da er Kenntnis davon hat, dass sowohl das Vervielfältigen durch Abspeichern auf dem Repositorium, als auch die öffentliche Zugänglichmachung des Werkes widerrechtlich erfolgt. Er handelt somit mit Gehilfenvorsatz.

### b) Autor mit Verlagsvertrag

#### aa) Vorsatzhaftung

Dasselbe gilt für den Fall, dass der Urheber eines Werkes weiß, dass er zuvor einem Verlag ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt hat. Räumt er dann wider besseren Wissens der Hochschule das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung ein, so haftet er ebenfalls als Teilnehmer aus §§ 97 Abs. 2, 19a UrhG.

#### bb) Fahrlässigkeitshaftung

Fraglich ist ob eine gesamtschuldnerische Haftung auch dann begründet werden kann, wenn der Urheber fahrlässig davon ausgeht, er könne dem Repositorienbetreiber das Recht zur Vervielfältigung und zum öffentlichen Zugänglichmachen einräumen, und das Werk infolge dessen auf dem Server der Hochschule publizieren lässt. Fahrlässig handelt der Urheber in diesem Zusammenhang, wenn er nicht sicher weiß, welche ausschließlichen Nutzungsrechte er einem Verlag eingeräumt hat, bzw. ob eine Parallelveröffentlichung von diesem gestattet wird, und er sich keine Klarheit über die Rechtslage durch Nachfrage bei selbigem verschafft. In diesem Fall haftet der Urheber nicht als Gehilfe, da es an einem Vorsatz hinsichtlich der Widerrechtlichkeit der Vervielfältigung des öffentlichen Zugänglichmachens fehlt.

Allerdings haftet der Urheber dem Verlag ggf. aus §§ 311, 280, 241 Abs. 2 BGB auf Schadensersatz. Durch die Weitergabe des Werkes an die Hochschule zum Zwecke der Publikation auf deren Repositorium verletzt der Urheber fahrlässig Schutz- und Rücksichtnahmepflichten aus dem Publikationsvertrag mit dem Verlag. Der eingetretene Schaden müsste adäquat kausal auf der Pflichtverletzung beruhen (haftungsausfüllende Kausalität).<sup>111</sup> Der eingetretene Schaden darf also nicht außerhalb des nach der allgemeinen Lebenserfahrung Voraussehbaren liegen. Der Schaden der Verlage wird in der Regel dadurch entstehen, dass die Nutzer des Repositoriums unentgeltlich auf das öffentlich zugänglich gemachte Werk zugreifen können, an das sie anderenfalls nur durch den Kauf der entsprechenden Fachzeitschrift oder des entsprechenden Buches hätten gelangen können. Der Urheber weiß, dass sein Werk durch das Repositorium öffentlich zugänglich gemacht werden soll, so dass der eingetretene Schaden gerade nicht außerhalb des nach der allgemeinen Lebenserfahrung Voraussehbaren liegt. Ein adäquater Ursachenzusammenhang ist somit zu bejahen. Ferner ist erforderlich, dass der Schutzzweck des Vertrages zwischen dem Urheber und dem Verlag dazu dient, den eingetretenen Schaden zu verhindern. Dieser Schutzzweck muss durch Vertragsauslegung ermittelt werden.<sup>112</sup> Die sich aus dem Publikationsvertrag ergebende Pflicht, das Werk nicht an Dritte weiterzugeben, soll unter anderem dazu dienen, eine widerrechtliche Verbreitung, wie z.B. in Form der öffentlichen Zugänglichmachung, zu verhindern. Allerdings könnte die Zurechenbarkeit des eingetretenen Schadens in Form des

<sup>111</sup> Ernst, in: MüKo BGB, § 280, Rn. 29.

<sup>112</sup> Teichmann, in: Jauernig, § 249, Rn. 32.

entgangenen Gewinns durch das eigenverantwortliche Handeln der Hochschule unterbrochen worden sein. Grundsätzlich ist der Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er letztlich erst durch das Dazwischentreten eines Dritten verursacht wird, wobei es unerheblich ist, ob das Eingreifen des Dritten rechtmäßig oder rechtswidrig war.<sup>113</sup> Entscheidend ist bei dem Vorliegen eines Fehlverhaltens eines Dritten, ob durch die Erstschädigung eine gesteigerte Gefahrenlage geschaffen wurde, und sich diese auf den eingetretenen Schaden noch auswirkt.<sup>114</sup> Der Urheber hat durch die Weitergabe des Werkes an das Repositorium mit der Versicherung keine Rechte Dritter zu verletzen eine gesteigerte Gefahrenlage für die ausschließlichen Nutzungsrechte des Verlages geschaffen. Die Hochschule als Repositorienbetreiber veröffentlicht die Werke nur, da sie auf die Richtigkeit der Angaben des Urhebers vertraut. Auch wenn der Urheber die öffentliche Zugänglichmachung nicht selbst vornimmt, ist ihm der eingetretene Schaden in Form des entgangenen Gewinns somit dennoch zurechenbar.

### cc) Gleichstufigkeit

Haftet neben dem aus unerlaubter Handlung, in diesem Fall dem Urheberrecht, verantwortlichen Erstschädiger ein Zweitschädiger allein aus Vertrag, so greift § 840 BGB nur dann ein, wenn die Beteiligten auf Grund eines inneren Zusammenhangs der Verpflichtungen in einem echten Gesamtschuldverhältnis zueinander stehen.<sup>115</sup> Als maßgebliches Kriterium wird dabei das der Gleichstufigkeit der Verbindlichkeiten herangezogen. Eine Gleichstufigkeit liegt vor, wenn keinem der Schuldner die Verbindlichkeit enger anhaftet und der weitere Schuldner nicht lediglich das Ausfallrisiko des Gläubigers mindern, also der eine endgültig die Leistung erbringen und der andere daneben lediglich vorläufig eintreten soll.<sup>116</sup> Bei mehreren Schädigern ist in der Regel Gleichstufigkeit gegeben. Im Falle der Haftung des Repositorienbetreibers aus §§ 97 Abs. 2, 16, 19a UrhG und des Autors aus §§ 311, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB liegt eine Gleichstufigkeit der Verbindlichkeiten vor. Keiner von beiden soll lediglich vorläufig eintreten. Da auch beide Ansprüche dazu dienen, dasselbe Interesse des Gläubigers zu fördern, haften der Urheber und der Repositorienbetreiber auch in diesem Fall als Gesamtschuldner.<sup>117</sup>

113 Oetker, in: MüKo BGB, § 249, Rn. 151.

114 Schubert, in: BeckOK, § 249, Rn. 80.

115 Spindler, in: BeckOK, § 840, Rn. 5.

116 Gehrlein, in: BeckOK, § 421, Rn. 8.

117 Zur Haftungskonstellation siehe auch Skizze auf S. 91.

## 2. Regress im Innenverhältnis, § 426 BGB

Allerdings sieht § 426 BGB einen Ausgleich der Gesamtschuldner im Innenverhältnis vor.

### a) Ausgleichsanspruch, § 426 Abs. 1 BGB

Gem. § 426 Abs. 1 S.1 BGB sind die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Eine abweichende Bestimmung von dem Kopfteilregress kann entweder durch vertragliche Vereinbarung oder kraft gesetzlicher Ausgleichsregeln entstehen. Der Ausgleichsanspruch besteht im Verhältnis zwischen den Gesamtschuldnern bereits, bevor einer von beiden den dritten Gläubiger befriedigt hat.

#### aa) Gesetzliche Ausgleichsregeln

Das Maß der inneren Beteiligung richtet sich im Schadensersatzrecht danach, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Täter verursacht bzw. verschuldet wurde.<sup>118</sup> Dabei wird der Rechtsgedanke des § 254 BGB bei Fehlen einer speziellen gesetzlichen Regelung auf das Verhältnis mehrerer Ersatzpflichtiger angewandt.<sup>119</sup> Die Frage nach dem Umfang der Ersatzpflicht richtet sich also nach dem jeweiligen Mitverschuldensanteil. Fraglich ist, wie hoch der Verschuldensbeitrag der Hochschule als Verantwortliche für den Repositorienbetrieb im Vergleich zu dem des Autors, der entweder ein Plagiat hergestellt, oder der Hochschule Nutzungsrechte an seinem Werk eingeräumt hat, obwohl er zuvor bereits einem Verlag ausschließliche Nutzungsrechte an selbigem übertragen hatte, zu gewichten ist.

Kommt es zu der Veröffentlichung eines Plagiats auf dem Repositorium, wird das Verschulden überwiegend bei dem Autor des urheberrechtswidrigen Werkes liegen. Dieser wird in diesem Fall stets mit Vorsatz bezüglich der Verletzung des Urheberrechts des Dritten handeln, von dem er widerrechtlich Passagen oder das ganze Werk übernommen hat. Auch wenn die deliktischen Gesamtschuldner im Außenverhältnis solidarisch haften, kann sich im Innenverhältnis eine Haftungsfreistellung ergeben.

Zusätzlich absichern kann sich das Repositorium durch das Abverlangen einer Erklärung über die Rechte vom Autor. Hat der Autor wider besseren Wissens bei der Anmeldung seines zu veröffentlichenden Werkes versichert, keine Urheberrechte Dritter zu verletzen, so wiegt dessen Verschulden wesentlich höher als das des Repositorienbetreibers, der bei der Veröffentlichung lediglich fahrlässig ihm obliegende Prüfungspflichten verletzt hat.<sup>120</sup> Ob dieser Umstand eine völlige Haftungsfreistellung im Innenverhältnis zu begründen vermag, hängt von dem konkreten Einzelfall ab.<sup>121</sup>

Dasselbe gilt für den Fall, dass der Urheber sein Werk auf dem Repositorium veröffentlichen lässt, obwohl er weiß, dass dadurch gegen die zuvor an den Verlag eingeräumten ausschließlichen Nutzungsrechte verstoßen wird.

118 Bydlinski, in: MüKoBGB, § 426, Rn. 21.

119 Bydlinski, in: MüKoBGB, § 426, Rn. 21.

120 Siehe dazu ausführlich oben B.IV.1.c)bb)(3).

121 Zu den Möglichkeiten einer Anfechtung des Vertrags zwischen Autor und Repositorium nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung vgl. Weber, in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 175.



Verletzt der Urheber hingegen nur fahrlässig die an den Verlag eingeräumten Nutzungsrechte, erscheint eine gleichanteilige Haftung angemessen. Sowohl der Repositorienbetreiber als auch der Urheber haben dann fahrlässig den Schaden des Verlages herbeigeführt, so dass eine Gleichbehandlung hinsichtlich der Haftung begründet erscheint.

### bb) Vertragliche Ausgleichsregeln, insbesondere Haftungsfreistellung im Innenverhältnis

Neben den gesetzlichen Regelungen können nach § 426 Abs. 1 S.1 BGB aber auch vertragliche Abreden zu einer unterschiedlichen Verteilung der Anteile im Innenverhältnis führen. Eine vertragliche Abrede kann unterschiedlich hohe Anteile, aber auch eine völlige Freistellung einzelner Gesamtschuldner anordnen, wobei die Absprache ausdrücklich oder konkludent getroffen werden kann, aber auch durch Auslegung den Umständen („Natur der Sache“) zu entnehmen sein kann.<sup>122</sup> Insoweit hat eine vertragliche Freistellung Einfluss auf den Regress im Innenverhältnis der Gesamtschuldner.

Darüber hinaus kann eine Freistellungsvereinbarung eine eigenständige vertragliche Grundlage für einen Ausgleichsanspruch begründen. In der Regel ergibt sich ein Freistellungsanspruch bereits nach § 280 Abs. 1 BGB aus einer Verletzung der Pflichten aus dem Vertrag zwischen Urheber und Repositorienbetreiber, wenn der Autor vorsätzlich oder fahrlässig Plagiate liefert, obwohl er zuvor ausdrücklich versichert hat, keine Rechte Dritter zu verletzen.<sup>123</sup> Ausdrückliche Freistellungsklauseln stellen dies klar, sind aber auch zu empfehlen, um hier in jedem Fall eine eigenständige vertragliche Grundlage zu schaffen.

Eine solche Regelung wird meist durch die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) erfolgen. Diese unterliegen dabei einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB.

Eine denkbare Formulierung wäre:<sup>124</sup>

- § X Der Autor verpflichtet sich, den Repositorienbetreiber von allen Ansprüchen Dritter freizustellen, die sich aus der Verletzung eines Urheberrechts oder eines ausschließlichen Nutzungsrechts durch die Veröffentlichung seines Werkes auf dem Repositorium ergeben. Er hat alle sich aus der von ihm zu vertretenden Rechtsverletzung ergebenden Kosten zu erstatten, insbesondere Kosten der Rechtsverfolgung.

Gem. § 307 Abs. 1 S.1 BGB sind AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Neben einer nachteiligen Rechtslage für den Vertragspartner setzt die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung voraus, dass die rechtlich geschützten Interessen des Vertragspartners ohne angemessenen Ausgleich oder ohne hinreichende Begründung den Interessen des Verwenders hintangestellt werden.<sup>125</sup>

Problematisch an dem angeführten Formulierungsvorschlag ist, dass ein eigenes Verschulden des Repositorienbetreibers nicht berücksichtigt wird. Selbst im Falle einer vorsätzlichen Verletzungshandlung des Repositorienbetreibers, wäre der Autor/

122 Gehrlein, in: BeckOK, § 426, Rn.6.

123 Vgl. auch Weber, in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 178.

124 Vgl. auch Weber, in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access Publikationen, S. 179.

125 BGH NJW 2010, 57; H.Schmidt, in: BeckOK, § 307, Rn. 27.

Urheber im Innenverhältnis verpflichtet, den vollen Schaden alleine zu tragen, auch wenn das überwiegende Verschulden bei dem Repositorienbetreiber läge. Im Falle eines überwiegenden Verschuldens des Repositorienbetreibers lässt sich keine hinreichende Begründung für dessen Interesse an einer Haftungsfreistellung finden.

Lediglich für den Fall, dass dem Repositorienbetreiber nur ein Vorwurf wegen leichter Fahrlässigkeit gemacht werden kann, ließe sich gegebenenfalls ein berechtigtes Interesse begründen. In der Regel wird es nämlich für den Autor eines Werkes leichter feststellbar sein, ob durch die Veröffentlichung auf dem Repositorium gegen Urheber- oder ausschließliche Nutzungsrechte verstoßen wird. Wie bereits festgestellt, stellt der Repositorienbetrieb eine sozial erwünschte Tätigkeit dar, die nicht über Gebühr durch die Auferlegung von Prüfungspflichten hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der zu veröffentlichenden bzw. veröffentlichten Werke beeinträchtigt werden darf. Zwar entstehen Prüfungspflichten nur in besonderen Fällen.<sup>126</sup> Dennoch erscheint es im Hinblick auf das Interesse eines möglichst risikoarmen Betriebes des Repositoriums vertretbar, dass der Autor im Falle eines lediglich fahrlässigen Verhaltens des Repositorienbetreibers auch den gesamten Schaden zu tragen hat.

Eine mögliche Formulierung könnte daher lauten:

- § X Der Autor verpflichtet sich den Repositorienbetreiber von solchen Ansprüchen Dritter freizustellen, die sich daraus ergeben, dass es aufgrund schuldhaft falscher Angaben des Autors bezüglich des Nichtbestehens von Rechten Dritter oder sonstigen von ihm zu vertretenden Umständen durch die Veröffentlichung des Werkes auf dem Repositorium zu einer Verletzung von Urheberrechten oder ausschließlichen Nutzungsrechten kommt. Das gilt nicht, wenn die Verletzung auf einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhalten des Repositorienbetreibers beruht und dem Autor nicht in gleicher Weise Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Im letzteren Fall erfolgt eine Aufteilung des Schadens unter Abwägung insbesondere der Verschuldensanteile.

Im Fall 2 wäre daher P gegenüber dem Repositorium zur Erstattung der 300 € verpflichtet.

### b) Forderungsübergang, § 426 Abs. 2 BGB

Wird die Hochschule als Verantwortliche für den Repositorienbetrieb im Außenverhältnis von dem in seinen Urheberrechten oder seinen ausschließlichen Nutzungsrechten Verletzten in Anspruch genommen und befriedigt diesen, so geht nach § 426 Abs. 2 BGB die Forderung des Gläubigers gegen den Autor des widerrechtlich veröffentlichten Werkes kraft Gesetzes („cessio legis“) im Ausmaß seiner Ausgleichsberechtigung nach § 426 Abs. 1 BGB auf sie über. War also im Einzelfall eine gleichmäßige Tragung des Schadens durch beide angezeigt und hat der Betreiber den Schaden des Anspruchstellers voll erstattet, so kann den auf den Autor entfallenden halben Schaden von diesem verlangen.

126 Siehe dazu S. 97 ff.

## II. Haftungsfreistellung mit Wirkung im Außenverhältnis

Weiterhin stellt sich die Frage, ob die Möglichkeit besteht, dass der Repositorienbetreiber kraft Gesetz oder durch vertragliche Gestaltung im Haftungsfall im Außenverhältnis gegenüber dem Anspruchssteller mit abschließend befreiender Wirkung auf den/ die Urheberin verweisen kann. Dies hätte zur Folge, dass der Geschädigte nur noch den Urheber in Anspruch nehmen könnte.

Eine derartige gesetzliche Regelung besteht nicht.

Aber auch eine vertragliche Gestaltung zwischen Urheber und Betreiber, kraft derer der Repositorienbetreiber im Haftungsfall mit abschließender Wirkung im Außenverhältnis auf den Urheber verweisen kann, kann nicht wirksam getroffen werden. Das hat vor allem zwei Gründe. Vertragliche Vereinbarungen entfalten grundsätzlich nur relative Wirkung. D.h. sie wirken nicht absolut gegenüber jedermann, sondern nur zwischen den Vertragsparteien, nicht aber gegenüber einem dritten Geschädigten.

Hinzu kommt, dass eine vertragliche Regelung, die die Haftung des Repositoriums entfallen ließe, einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen würde. Denn der geschädigte Urheber oder Verlag würde einen Schuldner verlieren. Der Autor eines Plagiats, das auf dem Repositorium veröffentlicht wird, oder der Urheber, der trotz eines zuvor an einen Verlag eingeräumten ausschließlichen Nutzungsrechts, dieses auf dem Repositorium veröffentlichen lässt, sowie der Repositorienbetreiber selbst (sofern ihn ein Verschulden trifft) sind Gesamtschuldner aus einer unerlaubten Handlung, vgl. § 840 BGB.

Bei einer Gesamtschuld nach § 421 BGB kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem Schuldner ganz oder zum Teil fordern. Dieses Wahlrecht des Gläubigers würde entfallen, wenn der Repositorienbetreiber im Haftungsfall auf den Urheber mit abschließend befreiender Wirkung verweisen könnte.

Aber auch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem später Geschädigten und dem Repositorium würde nichts an der dargestellten Haftungslage im Innenverhältnis ändern. Zwar kann eine solche Vereinbarung eine Inanspruchnahme durch den Geschädigten vermeiden. Im Innenverhältnis ist dieser aber nach der herrschenden Rechtsprechungsmeinung in gleicher Weise einem Rückgriff durch den anderen Gesamtschuldner ausgesetzt, der den Gläubiger befriedigt hat.<sup>127</sup> Nach anderer Meinung in der Literatur wird der Ersatzanspruch des Geschädigten um den Teil des privilegierten Schädigers gekürzt.<sup>128</sup> Dies würde dann das Repositorium in der Tat entlasten. Zu beachten bleibt, dass die Rechtsprechung der ersten Meinung folgt.

Darüber hinaus aber scheitert ein Haftungsausschluss zwischen Repositorium und zukünftigen Geschädigten in der Regel auch schon an § 309 Nr. 7b BGB, wonach in AGB ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz unwirksam ist. Zulässig ist danach nur eine Beschränkung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit.

127 BGH NJW 1989, 2387; BGH NJW-RR 2004, 1243, 1245.

128 Vgl. Hk-BGB/Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl., Baden-Baden 2009, § 426 Rn. 14.

## III. Besonderheiten bei Vorliegen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses

Im Rahmen der vorstehend behandelten Möglichkeiten von Regress und Freistellungsvereinbarung stellt sich nunmehr die Frage, inwieweit sich gegenüber den dargestellten allgemeinen Regeln Änderungen ergeben, wenn der Urheber durch Arbeits- oder Dienstvertrag mit der das Repositorium tragenden Universität bzw. sonstigen Einrichtung verbunden ist.

### 1. Anwendung der Haftungsbeschränkung im Arbeitsverhältnis im Innenverhältnis

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts besteht im Arbeitsverhältnis grundsätzlich nur eine eingeschränkte Haftung.<sup>129</sup> Diese ist nach Verschuldensgrad abgestuft: vorsätzliche Schäden hat der Arbeitnehmer voll zu tragen, ebenso bei grober Fahrlässigkeit, wenn nicht der Verdienst in deutlichem Missverhältnis zum Schaden steht. Bei mittlerer Fahrlässigkeit ist der Schaden zu teilen, wobei es auf eine Abwägung der Gesamtumstände ankommt. Bei leichter Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer nicht.

Diese Beschränkungen sind zwingend, können also nicht vertragliche abgeändert werden. Sie gelten für vertragliche und deliktische Ansprüche. Bei Anwendung dieser Grundsätze wäre daher eine volle Haftungsfreistellung im Innenverhältnis unwirksam, sondern diese nur im Rahmen der dargestellten Abstufung zulässig. Soweit der Arbeitnehmer einem Dritten gegenüber haftet, erlangt er im Innenverhältnis einen Freistellungsanspruch, der auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gestützt wird.

Fraglich ist aber, ob diese Grundsätze auf Angehörige von Hochschulen und vergleichbaren Institutionen hinsichtlich der Verfassung von wissenschaftlichen Arbeiten anwendbar sind.

Grundsätzlich gelten diese Regeln für alle Arbeitnehmer.

Weiterhin muss der Schaden im Rahmen einer betrieblich veranlassten Tätigkeit erfolgt sein. Dazu gehören alle Arbeiten, die dem Arbeitnehmer arbeitsvertraglich übertragen worden sind oder die er im Interesse des Arbeitgebers für den Betrieb ausführt.<sup>130</sup> Arbeitsleistungen, die über den Arbeitsvertrag und das Weisungsrecht hinausgehen, unterliegen dann der Haftungsbeschränkung, wenn die Arbeit im wirklichen oder mutmaßlichen Interesse des Arbeitgebers liegt. Demgegenüber soll dem Arbeitnehmer nicht das allgemeine Lebensrisiko abgenommen werden.

Für die Anwendung dieser Grundsätze auf wissenschaftliche Tätigkeit von Arbeitnehmern gibt es – soweit ersichtlich – noch keine Entscheidungen. Zu berücksichtigen ist hier zunächst, dass die Erstellung von wissenschaftlichen Arbeiten, etwa Dissertationen, durch Mitarbeiter nicht dem Weisungsrecht des Vorgesetzten unterliegt und dies auch arbeitsvertraglich nicht gefordert ist. Vielmehr gibt die Beschäftigung nur die Möglichkeit zu deren Erstellung. Bei einem Dissertationsvorhaben etwa entsteht ein eigenständiges wissenschaftliches Betreuungsverhältnis.

129 BAG NZA 2007, 966; BAG NJW 1999, 966; BAG NZA 1994, 1083; BGH NJW 1996, 1532;

130 BAG NZA 2003, 37.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die Erstellung wissenschaftlicher Arbeit in nahem Zusammenhang mit dieser Tätigkeit steht und auch dem Interesse der Universität entspricht, die die wissenschaftliche Qualifikation des eigenen Nachwuchses fördern will und darin auch einen Ausweis ihrer wissenschaftlichen Arbeit sieht. Dies drückt sich auch darin aus, dass die Arbeiten der eigenen Universitätsangehörigen auf dem von der Universität betriebenen Repositorium veröffentlicht werden. Dissertationen unterliegen einer laufenden Betreuung durch den Professor, ohne dass dadurch natürlich Plagiate zwangsläufig verhindert werden können.

Diese Aspekte lassen es jedenfalls vertretbar erscheinen, die Grundsätze zum innerbetrieblichen Schadensausgleich auch auf angestellte Universitätsmitarbeiter anzuwenden, deren Arbeiten im Repositorium veröffentlicht werden und Rechte Dritter verletzen. Im Fall von Plagiaten werden die Grundsätze in der Regel keine begrenzende Wirkung entfalten, da die Plagiate vorsätzlich vorgenommen werden und es damit bei der vollen Haftung des Autors verbleibt.

Anders ist es bei einer fahrlässigen Verletzung von Verlagsrechten. In diesem Fall kommt es zu einer Abwägung der Umstände, wobei hier die eigenständige Erstellung der Arbeit zu Lasten des Arbeitnehmers ins Gewicht fallen wird. Insofern ergibt sich gegenüber den oben unter C.I.2.a)bb) diskutierten Gesichtspunkten keine wesentliche Abweichung. Die dort angeführte Klausel muss also durch die Anwendung der dargestellten Grundsätze nicht modifiziert werden.

Eine besondere Situation ergibt sich, wenn der Autor in einem Beamtenverhältnis steht. Hier kommt eine Haftung nach außen nach § 839 BGB in Betracht. Voraussetzung ist die Verletzung einer Amtspflicht, die man bei Publikationen wegen der Forschungsaufgabe etwa von Professoren ebenfalls bejahen kann. Allerdings bestehen keine Ansprüche wegen Staatshaftung gegen die Universität (Art. 34 GG), da der Professor bei der Publikationstätigkeit nicht in hoheitlicher Funktion tätig wird.

Die Haftung erstreckt sich auf Vorsatz und Fahrlässigkeit, wobei bei Fahrlässigkeit eine Haftung nur eingreift, wenn der Dritte nicht anderweitig Ersatz erlangen kann und dies für ihn auch zumutbar ist.<sup>131</sup> In entsprechender Anwendung von Art. 34 S. 2 GG wird der Rückgriff des Dienstherrn auf den Beamten im Innenverhältnis auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.<sup>132</sup> Dies entspricht den bereits dargestellten Regeln zur Arbeitnehmerhaftung.

## 2. Haftungsfreistellung nach außen

Eine eventuelle Haftungsbegrenzung nach den Grundsätzen über innerbetriebliche Tätigkeit gilt nur im Innenverhältnis. Eine Außenwirkung gegenüber dem dritten Geschädigten kommt ihnen nicht zu.<sup>133</sup> Der Geschädigte kann also Repositorienbetreiber und Autor in gleicher Weise als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen. Auch dies entspricht den oben bereits dargestellten Regeln.

<sup>131</sup> BGH NJW 1997, 2109.

<sup>132</sup> Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, § 839 Rn. 89.

<sup>133</sup> BGHZ 108, 305; BGH NJW 1994, 852.

## IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich zum zweiten Teil festhalten:

- Der Repositorienbetreiber sowie der Autor haften als Gesamtschuldner, iS.v. §§ 840, 421 BGB.
- Eine Haftungsfreistellung des Repositorienbetreibers mit Wirkung im Außenverhältnis ist nicht möglich.
- Der gesetzliche Ausgleich im Innenverhältnis ist abhängig vom jeweiligen Verschuldensanteil.
- Eine Haftungsfreistellung im Innenverhältnis ist im Rahmen der §§ 307 ff. BGB mit gewissen Einschränkungen zulässig.

## D. Fazit

Die Repositorienbetreiber haften in der Regel urheberrechtlich für publizierte Arbeiten wie für eigene Inhalte. Prüfungspflichten sind durch Einholen entsprechender Erklärungen der Autoren, Abfragen bei Datenbanken und Einsatz von Plagiatssoftware zu erfüllen. Eine Entlastung kann durch Freistellungserklärungen weitgehend erreicht werden. Eine weitere Zusammenarbeit mit Verlagen und ein Ausbau von SHERPA/RoMEO können dabei sehr hilfreich sein.

Das Risiko der im Sinne der Wissenschaftsfreiheit und Wissenschaftskommunikation sehr nützlichen Tätigkeit ist damit überschaubar. Notwendig ist der Aufbau eines gewissen Rechtemanagements mit entsprechender Dokumentation. Hilfreich wäre auch die geplante Änderung des § 38 UrhG im Hinblick auf eine Zweitveröffentlichung.

Im Übrigen steht zu hoffen, dass die Gerichte im Streitfall den Non-Profit-Charakter und die Bedeutung von Repositorien für die Wissenschaftsfreiheit im Sinne einer restriktiven Haftung berücksichtigten werden.

# IUWIS-Fragenkatalog für das Gutachten Prof. Wiebe

Das Rechtsgutachten „Gesetzliche Haftung der Repositorienbetreiber und Wirkung von Haftungsfreistellungen“ beleuchtet die haftungsrechtlichen Risiken von Hochschulen, Bildungs- und Forschungseinrichtungen als den für den Repositorienbetrieb verantwortlichen juristischen Personen. Im Einzelnen sollte dabei insbesondere auf die folgenden Kernaspekte eingegangen werden.

## Zum Haftungsrisiko für die in einem Repositoryum typischerweise veröffentlichten Werke:

1.) Welche Haftungsansprüche könnten für die typischerweise in einem Repositoryum befindlichen Werke, deren jeweilige/r Urheber/in ein/e Angehörige/r der Hochschulen bzw. der anderen Bildungs- und Forschungseinrichtungen ist, geltend gemacht werden? Was sind jeweils die wesentlichen Rechtsfolgen (nur Unterlassungsansprüche, auch Schadensersatz, Wahrscheinlichkeit wesentlicher Rechtsanwalts- oder Gerichtskosten)?

## Zur Haftungsbegründung Repositorienbetreiber – Dritte:

2.) Inwiefern können Dritte den Repositorienbetreiber unmittelbar in Anspruch nehmen für die insbesondere nach Ziff. 1 drohenden Rechtsverletzungen? Welche Rechtsgrundlagen können eine Haftung des Repositorienbetreibers als (unmittelbaren) Rechtsverletzer begründen? Sind in diesem Zusammenhang die Grundsätze der Störerhaftung zulasten des Repositorienbetreibers einschlägig?

3.) Besteht gesetzlich oder durch vertragliche Gestaltung im Haftungsfall (siehe Ziff. 1) eine Möglichkeit, dass der Repositorienbetreiber gegenüber dem Anspruchsteller mit abschließend befreiender Wirkung auf den/die Urheber/in verweisen kann?

## Zum Regress im Innenverhältnis Repositorienbetreiber – Urheber/in:

4.) Welche gesetzlichen Möglichkeiten hat der Repositorienbetreiber, sich im Haftungsfall an dem/der seiner Einrichtung zugehörigen Urheber/in schadlos zu halten?

## Zur Wirkung einer Haftungsfreistellung des Repositorienbetreibers durch den/die Urheber/in:

5.) Erzeugt es über die qua lege ohnehin bestehenden Regressmöglichkeiten im Innenverhältnis (siehe Ziff. 4) hinaus eine rechtliche Wirkung, wenn die Hochschulen bzw. die anderen Bildungs- und Forschungseinrichtungen eine umfassende vertragliche Haftungsfreistellung mit ihren publizierenden Urheber/innen vereinbaren? Falls ja, welche?

6.) Soweit eine vertragliche Haftungsfreistellung im Sinne von Ziff. 5 zu befürworten ist, bitte um Formulierungsvorschlag einer entsprechenden Freistellungsklausel für die Autorenvereinbarung der Repositorienbetreiber.

7.) Die Urheber/innen sind in der Regel arbeits- bzw. dienstvertraglich mit der Hochschule bzw. der anderen Bildungs- und Forschungseinrichtung verbunden. Entstehen dadurch (z. Bsp. Fürsorgepflichten des Dienstherrn bzw. Arbeitgebers) Einschränkungen hinsichtlich der Möglichkeiten bzw. der Reichweite von Haftungsfreistellungen im Sinne von Ziff. 5?

## Zur Organisation und Verfasstheit des Repositoryums:

8.) Ist es haftungsrechtlich ein Unterschied, ob (1.) der/die Autor/in das Dokument selbst in das Repositoryum einbringt und (nur) die endgültige Freischaltung durch den Repositorienbetreiber erfolgt oder (2.) der der/die Autor/in das Dokument an die zuständige Person (zum Beispiel eine/n Fachbibliothekar/in) übermittelt und diese die Einbringung und das Einstellen vornimmt?

9.) Wie wirken sich folgende Einschränkungen eines Repositoryums auf die Haftungssituation des Repositorienbetreibers aus?

(1.) Es dürfen nur Hochschul- bzw. Einrichtungsangehörige das jeweilige Repositoryum für Veröffentlichungen nutzen.

(2.) Es haben nur Hochschul- bzw. Einrichtungsangehörige Zugang zu dem Repositoryum.

(3.) Es haben nur Hochschul- bzw. Einrichtungsangehörige sowie Benutzer/innen der jeweiligen Universitäts- bzw. Forschungsbibliothek Zugang zu dem Repositoryum.



## infrastruktur urheberrecht für wissenschaft und bildung

- Autorenverträge
- Haftungsfragen
- IUWIS-Rechtsgutachten
- Nutzungsrechte
- Musterklauseln
- Open Access
- Green und Golden Road
- Print-on-Demand-Dienste
- Haftungsfreistellung
- Creative Commons
- Vergütungsansprüche
- VG Wort
- Datenbankschutz
- Schrankenregelungen

IUWIS informiert über urheberrechtliche Regelungen, die für Wissenschaft, Forschung und Bildung von Bedeutung sind. Auf der Webplattform [www.iuwis.de](http://www.iuwis.de) versammeln Expertinnen und Nutzer relevante Dokumente und diskutieren sie. So entsteht ein virtueller Treffpunkt für Wissenschaftlerinnen, Studierende, Forscher und Interessenvertreterinnen, in dem konstruktiv das Urheberrecht weiter entwickelt wird. Damit stellt IUWIS einen zentralen Anlaufpunkt sowohl für die Produzenten als auch die Nutzer von Inhalten dar. IUWIS nennt Ansprechpartner, bietet einen grundlegenden Einstieg in die Problematik und sammelt und erschließt systematisch Quellen zum Thema. Dazu steht IUWIS in Kontakt zu Organisationen und Experten aus dem Bereich des Urheberrechts.

Das Projekt IUWIS begann im Mai 2009, wird von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) gefördert und ist am Institut für Bibliotheks- und Informationswissenschaft der Humboldt-Universität zu Berlin angesiedelt.

[www.iuwis.de](http://www.iuwis.de)