

Spezifische Fragen zum Auslandsbezug des geplanten Zweitveröffentlichungsrechts nach § 38 Abs. 1 S. 3 und 4 UrhG neu

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

Autor: Dr. Silke v. Lewinski und RA Dorothee Thum
Datum: 8. Juni 2011

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

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Die einzelnen Fragen	3
I. Frage 1	5
1. Alternative 1: Deutsches Gericht wird angerufen	5
a) Verfahrensfragen und IPR	5
b) Qualifikation	6
aa) Urheberrechtsstatut	6
bb) Vertragsstatut	7
c) Folgen bei Anwendbarkeit deutschen Rechts - §§120 ff UrhG	8
aa) Deutsche und Gleichgestellte	8
bb) Ausländer	9
(1) Anknüpfungspunkte nach §121 (1) UrhG	9
(2) Konventionsrecht	9
2. Alternative 2: Ausländisches Gericht wird angerufen . . .	11
3. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 1:	11
II. Frage 2	13
1. Vorbemerkung	13
2. Qualifikation	14
3. Anwendung des Urheberrechtsstatuts auf §38 (1) S. 3 und 4 UrhG	16
4. Anwendung des Vertragsstatuts auf §38 (1) S. 3 und 4 UrhG	16
a) Art. 3 Rom I-VO: Grundsatz der freien Rechtswahl	17
b) Reichweite des Vertragsstatuts nach Art. 12 Rom I-VO: Verfügungsgeschäft erfasst?	18

	c)	3.§38 (1) S. 3, 4 UrhG als Eingriffsnorm i.S.v. Art. 9 Rom I-VO	20
	aa)	a. Art. 9 Rom I-VO: Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen	20
	bb)	§38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E als Eingriffsnorm	21
	5.	Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 2	22
III.	Frage 3		23
	1.	Miturheberschaft deutscher Urheber mit ausländischen Gastwissenschaftlern	23
	2.	Miturheberschaft europäischer (EU und EWR) und gleichgestellter Urheber mit Gastwissenschaftlern aus Drittländern	24
	3.	Sonstiges Fremdenrecht bei Miturheberschaft	25
	4.	Ergänzende Anmerkung (1) zur Miturheberschaft (§8 (2) S. 1 UrhG)	25
	5.	Ergänzende Anmerkung (2) zur Miturheberschaft: Auslegung „öffentliche Mittel“	26
	6.	Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 3:	27
IV.	Frage 4		27
	1.	Internationale Zuständigkeit für Zweitveröffentlichungen im Internet	28
	2.	Anmerkung zur Reichweite der Entscheidungskompetenz nationaler Gerichte aufgrund internationaler Tatortzuständigkeit, die allein durch die Abrufbarkeit im Internet begründet ist	29
	3.	Möglicher Inhalt der Entscheidung deutscher Gerichte	29
	4.	Möglicher Inhalt der Entscheidung ausländischer Gerichte	30
	5.	Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 4	30
C. Résumé			33
	cc)	Frage 1	33
	dd)	Frage 2	34
	ee)	Frage 3	34
	ff)	Frage 4	34
	gg)	Schlussbemerkung	34

Einleitung

Der Bundesrat hat in seiner Entschließung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum „Zweiten Korb“¹ das Bundesjustizministerium gebeten zu prüfen, ob ein Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Urheber in Bezug auf Werke einzuführen sei, die diese im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit geschaffen haben. Der Vorschlag für einen neuen Satz 3 und 4 des §38 (1) lautet in seiner aktuell diskutierten Version (im Folgenden §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E genannt):

„(3) An wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Sammlungen erscheinen, hat der Urheber auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts das Recht, den Inhalt [wird voraussichtlich durch ‚das Werk‘ ersetzt] längstens nach Ablauf von sechs Monaten seit Erstveröffentlichung anderweitig öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. (4) Dieses Recht kann nicht abbedungen werden.“

Gegen diesen Vorschlag sind die für dieses Gutachten maßgeblichen Bedenken vorgebracht worden, dass ein solches Recht des Urhebers in Fällen mit Auslandsbezug – etwa bei Teams von Forschern unterschiedlicher Nationalitäten oder bei Veröffentlichungen in einem ausländischen Verlag – eventuell nicht geltend gemacht werden könnte.

Dieses Gutachten nimmt allein zu diesen spezifischen, vorgegebenen und unten aufgeführten Fragen Stellung, nicht jedoch zu dem Vorschlag als solchem

¹BR-Drs. 257/06.

oder zu anderen Aspekten des Vorschlags, wie z.B. seiner Vereinbarkeit mit europäischem und internationalem Recht².

Im Übrigen ist hervorzuheben, dass dieses Gutachten objektiv-neutral die sich ergebenden Rechtsfragen darlegt und die dazu bestehende Rechtsprechung und Literatur transparent wiedergibt, und, soweit möglich, die Wahrscheinlichkeit der von der Rechtsprechung vermutlich in einem gegebenen Fall gewählten Lösungen abschätzt. Die Autoren des Gutachtens enthalten sich dabei weitergehender, subjektiver Meinungen, damit eine objektive Grundlage für politische Entscheidungen geboten werden kann. Dabei ist zu betonen, dass es oft schwierig sein dürfte, abzusehen, wie ein Gericht in einer gegebenen Fallkonstellation entscheiden würde. Das Gutachten kann hier nur die zahlreichen Weggabelungen aufzeigen, die sich bei einer Anwendung des relevanten Kollisionsrechts und anderer einschlägiger Regelungen auf die vorgeschlagenen Bestimmungen zeigen, und allenfalls eine Vermutung dafür aussprechen, wie ein Gericht entscheiden würde, zumindest dort, wo es noch keine gefestigte Rechtsprechung gibt. Das Gutachten wird zeigen, dass es in vielen Aspekten keine einfachen und eindeutigen Antworten zu den unten aufgeführten Fragen gibt, zumal diese von den Einzelheiten der Fallkonstellationen abhängen.

Auch sei hier klargestellt, dass das Gutachten nur die Situation einer Geltung des Vorschlags für neue Verträge behandelt; die Antworten könnten anders ausfallen, wenn §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E auch auf Altverträge erstreckt werden würde.

²S. hierzu die Bedenken der Bundesregierung, die den Vorschlag als eine „versteckte“ Schranke und daher als nicht mit Art. 5 der EG-Informationsrichtlinie vereinbar ansieht: Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (BR-Drs. 257/06 – Beschluss), Zu Nummer 6

KAPITEL ZWEI

Die einzelnen Fragen

I.	Frage 1	5
	1. Alternative 1: Deutsches Gericht wird angerufen . . .	5
	2. Alternative 2: Ausländisches Gericht wird angerufen .	11
	3. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 1:	11
II.	Frage 2	13
	1. Vorbemerkung	13
	2. Qualifikation	14
	3. Anwendung des Urheberrechtsstatuts auf §38 (1) S. 3 und 4 UrhG	16
	4. Anwendung des Vertragsstatuts auf §38 (1) S. 3 und 4 UrhG	16
	5. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 2	22
III.	Frage 3	23
	1. Miturheberschaft deutscher Urheber mit ausländi- schen Gastwissenschaftlern	23
	2. Miturheberschaft europäischer (EU und EWR) und gleichgestellter Urheber mit Gastwissenschaftlern aus Drittländern	24
	3. Sonstiges Fremdenrecht bei Miturheberschaft	25
	4. Ergänzende Anmerkung (1) zur Miturheberschaft (§8 (2) S. 1 UrhG)	25
	5. Ergänzende Anmerkung (2) zur Miturheberschaft: Auslegung „öffentliche Mittel“	26
	6. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 3:	27
IV.	Frage 4	27
	1. Internationale Zuständigkeit für Zweitveröffentlichun- gen im Internet	28
	2. Anmerkung zur Reichweite der Entscheidungskompe- tenz nationaler Gerichte aufgrund internationaler Ta- tortzuständigkeit, die allein durch die Abrufbarkeit im Internet begründet ist	29
	3. Möglicher Inhalt der Entscheidung deutscher Gerichte	29
	4. Möglicher Inhalt der Entscheidung ausländischer Ge- richte	30
	5. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 4	30

I. Frage 1: Welche Auswirkungen für ein Zweitveröffentlichungsrecht ergeben sich, wenn ein Autor in einer ausländischen Sammlung veröffentlicht, und welche Rolle spielt §120 UrhG?

Diese eher allgemein gehaltene Frage gibt Anlass, die einschlägigen Regelungen, einschließlich §§120 ff. UrhG, in ihrem Zusammenwirken kurz allgemein darzulegen. Dabei wird die Frage so verstanden, dass sie sich auf eine in einem ausländischen Verlag veröffentlichte Sammlung und eine Zweitveröffentlichung in Deutschland bezieht.

1. Alternative 1: Deutsches Gericht wird angerufen

a) Verfahrensfragen und IPR

In einem solchen Fall mit Auslandsbezug kommt es zunächst darauf an, ob ein Gericht in Deutschland angerufen wird; davon wird hier zunächst ausgegangen³. Dieses Gericht wird zunächst Fragen des Verfahrensrechtes, insbesondere des internationalen Zivilprozessrechts, klären. Es wendet grundsätzlich die in Deutschland geltenden Verfahrensregeln (*lex fori*) an, um über seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit zu entscheiden; für Fragen der internationalen Zuständigkeit ist dabei insbesondere die EU-Verordnung Nr. 44/2001 (Brüssel I) und, soweit es um eine Zweitveröffentlichung in Deutschland geht, insbesondere deren Art. 5 Nr. 3 für unerlaubte Handlungen, zu beachten⁴.

Ist im Ergebnis ein deutsches Gericht für den gegebenen Fall mit Auslandsbezug zuständig, so muss es entscheiden, nach welchem materiellen Recht der Sachverhalt zu beurteilen ist. Die Grundlage dieser Entscheidung ist das Internationale Privatrecht (IPR). Beim Internationalen Privatrecht handelt es sich um nationale Rechtsvorschriften; ein deutsches Gericht wendet also, um in Fällen mit Auslandsbezug das anwendbare Recht zu ermitteln, das in Deutschland geltende deutsche IPR an.

³Zu Fällen, in denen – wie bei einem ausländischen Verlag in der Regel anzunehmen ist – ein ausländisches Gericht angerufen wird, s.u., II.

⁴Verordnung Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 vom 16.1.2001, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 280/2009, ABl. L 93 vom 7.4.2009, S. 13. S. dazu z.B. Loewenheim/M. Walter, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., §58 Rn. 165-199.

b) Qualifikation

Nach dem deutschen IPR muss zunächst der Sachverhalt dahingehend qualifiziert werden, ob es sich um eine Frage des Urheberrechtsstatuts oder des Vertragsstatuts handelt. Dies ist bzgl. des vorgeschlagenen Zweitveröffentlichungsrechts an anderer Stelle⁵ gesondert zu prüfen. Letztlich hängt die Beantwortung dieser Frage davon ab, ob man die vorgeschlagene Bestimmung als eine die Übertragbarkeit regelnde Bestimmung oder auch als Schranke des Urheberrechts ansieht (Urheberrechtsstatut) bzw. dogmatisch entsprechend einordnet, oder als einen Fall der Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung (d.h. der Verpflichtung, eine unbeschränkte ausschließlich Lizenz zu gewähren) (Vertragsstatut).

aa) Urheberrechtsstatut Handelt es sich um eine Frage des Urheberrechtsstatuts, so findet in Deutschland das Schutzlandprinzip Anwendung. Obwohl diese Regel nicht ausdrücklich im EGBGB wiedergegeben ist, geht die Rechtsprechung und die herrschende Lehre vom Schutzlandprinzip aus⁶. Insbesondere hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der IPR-Reform zu außervertraglichen Schuldverhältnissen und Sachen im Jahre 1999⁷ mit dem ausdrücklichen Hinweis auf «die allgemeine Geltung des Schutzlandprinzips» bewusst keine besonderen Vorschriften bezüglich der Verletzung von Urheberrechten zur Aufnahme in das EGBGB vorgesehen⁸. Das Schutzlandprinzip ist auch in den internationalen Konventionen, insbesondere in Art. 5 (2) S. 2 der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) niedergelegt. Für das europäische Recht ist das Schutzlandprinzip ausdrücklich in Art. 8 (1)/Erwägungsgrund 26 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II») für Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums kodifiziert worden⁹. Sie trat am 9.1.2009 in Kraft und gilt für alle schadensbegründenden Ereignisse, die nach diesem Datum eingetreten sind.

Das Schutzlandprinzip bestimmt, dass sich der Umfang des Schutzes und die dem Urheber zur Wahrung seiner Rechte zustehenden Rechtsbehelfe nur nach den Vorschriften desjenigen Landes bestimmen, für das – d.h. für dessen Ter-

⁵Siehe unten, Frage 2, Abschnitt B.I.2.

⁶Für die Rechtsprechung, s. folgende Beispiele von vielen: BGH GRUR 1993, 697 – ALF; BGH GRUR 1994, 144 – Folgerecht bei Auslandsbezug; BGH MMR 1998, 35 m. Anm. Schrickler – Spielbankaffaire; BGH GRUR 2003, 328 – Sender Felsberg; GRUR 2007, 691 – Staatsgeschenk; für die Literatur z.B. Schrickler/Loewenheim/Katzenberger, Urheberrecht, Kommentar, 4. Aufl., Vor §§120 ff. Rn. 124; Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Vor §§120 ff. Rn. 28; Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel, Urheberrecht, Kommentar, 10. Aufl., Vor §120 Rn. 2, 59.

⁷Gesetz v. 21.5.1999, BGBl I., S. 1026.

⁸BT-Drs. 14/343, S. 10.

⁹ABl. EG L 199/40 vom 31.7.2007; siehe dazu Loewenheim/M. Walter, a.a.O., §58 Rn. 48-59.

ritorium – der Schutz beansprucht wird¹⁰. Bei einer Zweitveröffentlichung in Deutschland wäre also deutsches Recht anzuwenden.

bb) Vertragsstatut Falls das angerufene Gericht die Frage als eine solche des Vertragsstatuts qualifiziert, bestimmt sich das anwendbare Recht zunächst nach der im Vertrag getroffenen Rechtswahl; ein ausländischer Verleger wird sich meist sein (ausländisches) Recht als anwendbar ausbedingen, sodass in diesem Fall nicht deutsches Recht anwendbar ist¹¹. Dies ergibt sich für ab dem 17.12.2009 geschlossene Verträge aus Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17.6.2008 („Rom I“), die das bisher in Deutschland geltende Kollisionsrecht für Schuldverträge in den Art. 27 – 37 EGBGB ersetzt hat.¹² Da das vorliegende Gutachten davon ausgeht, dass der neuen Regelung in §38 (1) S. 3, 4 UrhG-E keine Rückwirkung zukommen wird, sind insoweit ausschließlich die Vorschriften der Rom I-Verordnung für die weitere Prüfung maßgeblich.

Mangels Rechtswahl wird objektiv an das Recht desjenigen Staates mit der engsten Verbindung angeknüpft;¹³ im gegebenen Fall sieht die h.M. und Rechtsprechung die engste Verbindung mit dem Recht des Verlegers, da er ein ausschließliches Nutzungsrecht erworben und daher eine Ausübungslast hat und damit die charakteristische Leistung erbringt¹⁴. Damit wäre auch in diesem Fall anzunehmen, dass in der Regel grds. das Recht des ausländischen Verlegers anzuwenden wäre. Nur ausnahmsweise können Normen des deutschen Rechts in diesem Fall anzuwenden sein, nämlich dann, wenn es sich um Eingriffsnormen (»international zwingende Normen«) aufgrund von Art. 9 (1) Rom I-Verordnung handelt.

Eingriffsnormen dienen grundsätzlich¹⁵ dem öffentlichen Interesse und verlangen daher ihre unmittelbare Anwendbarkeit und damit einen Eingriff in private Vertragsverhältnisse. Im Urheberrecht sind z.B. die §§32 und 32a UrhG über die angemessene Vergütung und den sog., neuen Bestsellerparagrafen gemäß §32b UrhG zwingend zugunsten des Urhebers auch in Fällen mit Auslandsbezug anzuwenden – und zwar dann, wenn mangels Rechtswahl auf einen Vertrag deutsches Recht anzuwenden wäre oder der Vertrag maßgebliche Nutzungshand-

¹⁰S. z.B. Schwarz/Peschel-Mehner/Dreier/Buhrow/ Würfel, *Recht im Internet*, 2010, Rn. 15; so auch ausdrücklich in Art. 8 (1) der Rom II-Verordnung (s.u., nächster Absatz).

¹¹Die Prüfung eines anzunehmenden ausländischen Rechts würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen.

¹²ABl. L 177/6 vom 4.7.2008; vgl. zum zeitlichen Anwendungsbereich, s. Art. 28 Rom I-VO sowie die Berichtigung in ABl. L 309/87 vom 24.11.2009.

¹³Art. 4 Rom I-Verordnung. S. ausführlich Loewenheim/M. Walter, a.a.O. §57 Rn. 156-162 (allgemein) und 171-172 (Rom I-Verordnung).

¹⁴Vgl. BGH GRUR 2001, 1134, 1136 – Lepo Sumera (zu Art. 28 (2) S. 1 EGBGB).

¹⁵Vgl. z.B. Loewenheim/M. Walter, a.a.O., §57 Rn. 180, 185.

lungen in Deutschland zum Gegenstand hat¹⁶. Für §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E fehlt bislang eine vergleichbare Regelung. Ob und inwieweit sich ihre Einführung empfiehlt, um die Anwendbarkeit des Zweitveröffentlichungsrechts für den Fall sicherzustellen, dass ein Gericht das Vertragsstatut anwendet und der Regelfall einer Abwahl deutschen Rechts vorliegt, ist weiter unten zu erörtern¹⁷.

c) Folgen bei Anwendbarkeit deutschen Rechts - §§120 ff UrhG

Kommt das Gericht auf dem einen oder anderen, o.g. Weg zu dem Ergebnis, dass deutsches Sachrecht anwendbar ist, so ist auch deutsches Fremdenrecht als Teil des Sachrechts anwendbar. Die Regelungen des deutschen Fremdenrechts befinden sich in den §§120-128 UrhG. Sie bestimmen den persönlichen Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes; §§120-123 betreffen dabei die Urheber. Nationales Fremdenrecht bestimmt also insbesondere, ob ausländische Urheber für ihre Werke bzgl. der Verwertung in Deutschland geschützt sind bzw. unter welchen Bedingungen dies der Fall ist. Nach dem deutschen Fremdenrecht werden einerseits deutsche und gleichgestellte Staatsangehörige und Unternehmen, sowie andererseits Ausländer unter bestimmten Bedingungen erfasst, die im Folgenden näher erläutert werden.

aa) Deutsche und Gleichgestellte Zunächst sind Urheber deutscher Staatsangehörigkeit vom Anwendungsbereich des deutschen UrhG erfasst, und dies unabhängig davon, wo ihre Werke erschienen sind, ob sie veröffentlicht sind oder nicht, und wo sie geschaffen worden sind (einschließlich im Ausland)¹⁸. Auch ein deutscher Urheber mit zusätzlichen, anderen Staatsangehörigkeiten genießt den vollständigen Schutz als deutscher Urheber¹⁹. Für dieses Gutachten ist der Fall besonders relevant, in dem Werke in Miturheberschaft geschaffen werden und auch ausländische Urheber Miturheber sind; sie sind alle vom Anwendungsbe-

¹⁶Zu diesen Vorschriften, s. z.B. Loewenheim/M. Walter, a.a.O., §57 Rn. 187-190; Schri-cker/Loewenheim/Katzenberger, a.a.O., §32b Rn. 33-35; Wandtke/Bullinger/v. Welsler, Medienrecht, Praxishandbuch, 2008, §32b Rn. 2; Hilty/Peukert, Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext, GRUR Int. 2002, 643.

¹⁷Dazu unten, Frage 2, IV.

¹⁸§120 Abs. 1 Satz 1 UrhG; Schriker/Loewenheim/Katzenberger, a.a.O., §120 Rn. 2; Auch Angehörige der ehemaligen DDR sind Deutsche i.S.v. §120 (1) UrhG und waren dies gemäß westdeutscher Auffassung schon immer, s. BVerfGE 36, 1/29.

¹⁹Dasselbe gilt, wenn der Urheber erst Deutscher wird, nachdem er bestimmte Werke geschaffen hat, für die künftige Verwertung der z.Zt. des Staatsangehörigkeitserwerbs bestehenden Werke (BGH GRUR 1973, 602 – Kandinsky III). Allerdings sieht §136 UrhG einen Vertrauensschutz für Dritte vor, die von der früheren Schutzlosigkeit ausgehen, s. Schri-cker/Loewenheim/Katzenberger, a.a.O., §120 Rn. 18). Verliert der Urheber umgekehrt die deutsche Staatsangehörigkeit, so bleibt er dennoch in Bezug auf die Werke, die er als Deutscher geschaffen hat, geschützt (BGH GRUR 1982, 308, 310 – Kunsthändler).

reich des deutschen Urheberrechtsgesetzes erfasst, sodass auch §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E gelten würde, wenn nur ein Miturheber Deutscher ist²⁰.

Den deutschen Staatsangehörigen sind die folgenden vier Gruppen von Urhebern gleichgestellt: (1) Deutsche i.S.v. Art. 116 (1) GG²¹; hiermit sind die ehemaligen Flüchtlinge und Vertriebenen deutscher Volkszugehörigkeit nach dem Bundesvertriebenengesetz erfasst²²; (2) Staatsangehörige eines anderen Mitgliedsstaats der Europäischen Union (EU) oder eines anderen Vertragsstaats des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR)²³ (3) Staatenlose mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland²⁴; und (4) ausländische Flüchtlinge mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland²⁵. Die Berechtigung der Urheber aus der EU und dem EWR gründet sich unmittelbar auf das europäische Diskriminierungsverbot und wurde in §120 (2) Nr. 2 UrhG nur klargestellt.

bb) Ausländer

(1) Anknüpfungspunkte nach §121 (1) UrhG Ausländische Urheber i.S.v. §121 UrhG, also alle, die nicht von den Regeln unter a. oben erfasst sind (insbesondere Angehörige von EU- oder EWR-Staaten sind in diesem Sinne also nicht Ausländer) unterliegen anders als Deutsche und ihnen Gleichgestellte verschiedenen Bedingungen, um den Schutz des deutschen Gesetzes für die Verwertung ihrer Werke in Deutschland zu erlangen; einen bedingungslosen Schutz sieht das deutsche Recht nur in Bezug auf die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse ausländischer Urheber nach §12-14 UrhG vor²⁶. In Bezug auf ihre Verwertungsrechte sind ausländische Urheber insbesondere für diejenigen Werke geschützt, die erstmals in Deutschland erschienen sind, sei es im Original oder in einer Übersetzung (§121 (1) UrhG)²⁷. Es genügt allerdings, wenn die Werke zwar zuerst im Ausland, jedoch innerhalb von 30 Tagen nach dem ersten Erscheinen im Ausland auch in Deutschland erschienen sind.

(2) Konventionsrecht §121 (4) S. 1 UrhG verweist im Übrigen auf die internationalen Verträge, die für Deutschland verbindlich sind. Die wichtigsten internationalen Abkommen im Bereich des Urheberrechts sind die Revidierte Berner

²⁰§120 (1) S. 2 UrhG; dazu unten, Frage 3, I.

²¹§120 (2) Nr. 1 UrhG.

²²Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge vom 19.5.1953, BGBl. I S. 201, s. dort §1 zur Definition des «Vertriebenen». S. auch Schricker/Loewenheim/Katzenberger, a.a.O. §120 Rn. 16.

²³,

²⁴§122 (1) UrhG.

²⁵§123 UrhG.

²⁶§121 (6) UrhG.

²⁷«Erscheinen» ist i.S.v. §6 (2) UrhG zu verstehen. Zu einem zusätzlichen Anknüpfungspunkt für Werke der bildenden Künste, s. §121 (2) UrhG.

Übereinkunft (RBÜ), das TRIPs-Übereinkommen, und der WIPO Copyright Treaty (WCT)²⁸. Da die allermeisten Staaten der Welt zumindest einem dieser Abkommen angehören, stellt der Verweis auf diese Abkommen die praktisch wichtigste Bestimmung zum Schutz ausländischer Urheber bzw. ihrer Werke in Deutschland dar. Ein ausländischer Urheber, der die Bedingungen des §121 (1) nicht erfüllt, jedoch nach den internationalen Abkommen erfasst ist (oder umgekehrt), ist in Deutschland für seine Werke nach dem UrhG geschützt²⁹.

Die Schutzprinzipien der RBÜ sind mutatis mutandis in das TRIPs-Übereinkommen und den WCT übernommen worden, sodass eine Kurzdarstellung des Inländergrundsatzes der RBÜ hier ausreicht³⁰.

Im Zusammenhang mit dessen Anwendung sind die Bestimmungen zum persönlichen, sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich³¹ der jeweiligen Abkommen zu beachten, die ebenfalls von der RBÜ in die folgenden Abkommen analog übernommen worden sind.

Der persönliche Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn ein Anknüpfungspunkt nach Art. 3 und 4 RBÜ erfüllt ist, nämlich, für veröffentlichte und unveröffentlichte Werke, die Nationalität eines Verbandslandes (RBÜ-Mitgliedstaates), der gewöhnliche Aufenthalt in einem solchen Land³², oder die Erstveröffentlichung in einem Verbandsland bzw. die Veröffentlichung in einem Verbandsland innerhalb von 30 Tagen nach der Erstveröffentlichung in einem verbandsfremden Land³³.

Außer diesen drei Anwendungsbereichen muss auch der räumliche Anwendungsbereich eröffnet sein. Der Urheber kann den Schutz der Inländerbehandlung Art. 5 (1) RBÜ in allen Verbandsländern beanspruchen, die nicht gleichzeitig Ursprungsland des Werkes sind. Das Ursprungsland ist in Art. 5 (4) für verschiedene Fälle definiert; es ist insbesondere das Verbandsland der ersten Veröffentlichung. Wenn ein wissenschaftlicher Urheber in einer ausländischen Sammlung im Ausland erstveröffentlicht, so ist dieses Ausland Ursprungsland, sodass die RBÜ auf die Zweitveröffentlichung im Sinn des §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E in Deutschland (als einem Land, das nicht Ursprungsland ist) Anwendung findet³⁴.

²⁸Das Welturheberrechtsabkommen (WUA) wird hier ausser Acht gelassen, da es heute kaum mehr Anwendung findet, s. z.B. v. Lewinski, *The Role and Future of the Universal Copyright Convention*. UNESCO Copyright Bulletin 2006, October-December, S. 1 – 13.

²⁹BGHZ 93, 229, 231 – Puccini.

³⁰Die übrigen Prinzipien der Mindestrechte und des Formalitätenverbots brauchen im Rahmen dieses Gutachtens nicht erläutert zu werden.

³¹Für den sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich sei hier nur auf Art. 2 der RBÜ (geschützte Werke) und Art. 18 der RBÜ verwiesen.

³²Art. 3 (1) lit. a, Abs. 2 RBÜ.

³³Art. 3 (1) lit. b und Abs. 4 RBÜ; für die Definition des veröffentlichten Werks, s. Art. 3 (3) RBÜ.

³⁴Wenn der Urheber jedoch Schutz in einem Verbandsland begehrt, das das Ursprungsland

Findet demnach gem. Art. 5 (1) RBÜ der Inländergrundsatz der RBÜ Anwendung, so können Urheber die Rechte, «die die einschlägigen Gesetze den inländischen Urhebern gegenwärtig gewähren oder in Zukunft gewähren werden», beanspruchen. Jede Änderung des nationalen Urheberrechtsschutzes wirkt sich also automatisch auf den Inhalt der Inländerbehandlung aus. Gemäß dem Zweck der RBÜ sind unter den «einschlägigen Gesetzen» alle Rechtsvorschriften zu verstehen, die den Schutz des Urhebers in Bezug auf seine Geisteswerke betreffen; dazu kann also auch §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E gezählt werden³⁵.

2. Alternative 2: Ausländisches Gericht wird angerufen

Wird kein deutsches, sondern ein ausländisches Gericht zur Entscheidung des Rechtsstreits zwischen Verleger und Urheber bzw. Betreiber des Repositoriums über die Zweitveröffentlichung angerufen, wird die Antwort auf die gestellten Fragen von dem in dem betreffenden Land geltenden Recht abhängen. Insoweit müsste jede Rechtsordnung einzeln untersucht werden, was den Rahmen dieser Stellungnahme sprengen würde.

Allerdings sind weite Bereiche des Fremdenrechts durch die Internationalen Konventionen, insbesondere die RBÜ, weitgehend vereinheitlicht. Darüber hinaus wurde innerhalb der Europäischen Union durch die Rom II-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht für Urheberrechtsverletzungen das Schutzlandprinzip unionsweit verbindlich in Art. 8 (1) Rom II-VO festgelegt³⁶; und für das Vertragsstatut gelten in der Europäischen Union einheitlich die Regelungen der Rom I-Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht³⁷.

3. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 1:

- Für einen deutschen Urheber und die ihm gleichgestellten Urheber ergibt sich für sein Zweitveröffentlichungsrecht kein Unterschied dadurch, dass er in einer ausländischen Sammlung veröffentlicht, da sich der Schutz nach dem deutschen UrhG nicht nach dem Ort der Erstveröffentlichung richtet, sondern unabhängig davon für alle Werke der betreffenden Urheber gewährt wird.

des Werkes ist – so etwa, wenn ein Urheber (welcher Nationalität auch immer) sein Werk in Deutschland erstveröffentlicht hat und in Deutschland Schutz begehrt – so kann er nur den Schutz nach den innerstaatlichen deutschen Rechtsvorschriften sowie die Gleichbehandlung mit inländischen Urhebern beanspruchen, nicht jedoch die Mindestrechte und das Formalitätenverbot, s. Art. 5 (3) RBÜ.

³⁵Auf Ausnahmen zum Inländergrundsatz muss im Zusammenhang mit §38 (1) S. 3, 4 UrhG-E nicht eingegangen werden.

³⁶S.o. B, Frage 1, I, 2, a.

³⁷S.o., 2.b.

- Das gleiche gilt für diejenigen Urheber, die die Staatsangehörigkeit eines Verbandslandes der RBÜ besitzen oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Verbandsland der RBÜ haben. Sofern ihr Beitrag in Deutschland erstveröffentlicht wird, genießen sie den Schutz des deutschen Urheberrechtsgesetzes unmittelbar über §121 (1) UrhG. Und sofern ihr Beitrag in einer ausländischen Sammlung (erst)veröffentlicht wird, genießen sie den Schutz in Deutschland über den Inländerbehandlungsgrundsatz in Art. 5 (1) RBÜ.

- Ein Unterschied, ob der Beitrag in einer deutschen oder einer ausländischen Sammlung erstveröffentlicht wird, ergibt sich nur in dem folgenden Fall: der Urheber besitzt weder die Staatsangehörigkeit eines Verbandslandes der RBÜ, noch hat er dort seinen Wohnsitz. In diesem Fall käme es auf den Ort der Erstveröffentlichung an. Denn nur bei einer Erstveröffentlichung (oder Parallelveröffentlichung innerhalb von 30 Tagen) in einem Verbandsland der RBÜ könnte er sich auf die Inländerbehandlung der entsprechenden Konventionen berufen. Wenn er jedoch sein Werk in einem verbandsfremden Land erscheinen lässt und nicht innerhalb von 30 Tagen nach dieser Veröffentlichung zugleich auch eine Veröffentlichung in einem Verbandsland bzw. Mitgliedstaat vornimmt, kann er sich für dieses Werk nicht auf den Schutz der Urheberrechtskonventionen berufen. Angesichts der Tatsache, dass mittlerweile mehr als 160 Staaten die Berner Übereinkunft ratifiziert haben, handelt es sich hierbei jedoch um einen höchst seltenen und vermutlich auch sehr theoretischen Fall.

- In den allermeisten Fällen wird sich ein Urheber also auf das neue Zweitveröffentlichungsrecht nach §38 (1) S. 3, 4 UrhG-E für seinen wissenschaftlichen Beitrag berufen können, unabhängig davon, ob dieser nun in einer deutschen oder in einer ausländischen Sammlung veröffentlicht worden ist.

II. Frage 2: Ist § 38 (1) S. 3, 4 UrhG-E, der ja dem Schutz der schwächeren Vertragspartei dienen soll, auch auf Verträge anwendbar, die ein deutscher Urheber mit einem ausländischen Verlag abschließt und die der ausländischen Rechtsordnung unterworfen wurden? Wäre eine solche Vorschrift vergleichbar mit dem alten § 31 (4) UrhG? Danach sollte das Verbot, Verträge über unbekannte Nutzungsarten abzuschließen, nach überwiegender Meinung auch bei ausländischen Verträgen deutscher Autoren greifen.

1. Vorbemerkung

Ob sich ein Autor – bzw. sein Lizenznehmer, etwa ein Repitorium – für eine nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung seines wissenschaftlichen Beitrags in Deutschland³⁸ gegenüber dem ausländischen Verleger auf die Regelung in §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E berufen kann, ist im Streitfall, wie gezeigt, von dem jeweiligen mit der Sache befassten nationalen Gericht unter Heranziehung seines nationalen Kollisionsrechts zu entscheiden. Es ist dabei nicht ausgeschlossen, dass ein solcher Rechtsstreit, auch wenn es in der Sache um eine Verwertung innerhalb Deutschlands geht, vor einem ausländischen Gericht ausgetragen wird. Insbesondere werden die ausländischen Verleger in den Verlagsverträgen mit ihren Autoren regelmäßig Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten ihres allgemeinen Gerichtsstand treffen.

Da ein ausländisches Gericht die Frage nach dem anwendbaren Recht unter Heranziehung seines eigenen IPRs entscheiden wird, z.B. etwa ein Gericht in den USA nach den US-amerikanischen „choice of law rules“ mit ihrem „most significant relationship approach“,³⁹ kann die „Anwendbarkeit“ von §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E auf den Vertrag mit einem ausländischen Verleger nicht allgemeingültig,

³⁸Zur Frage der Verwertung im Wege der freien Abrufbarkeit im Internet, s. unten unter Frage 4.

³⁹Vgl. dazu Thum, Internationalprivatrechtliche Aspekte der Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet – Zugleich Bericht über eine WIPO-Expertensitzung in

sondern immer nur relativ aus der Perspektive des mit der Sache befassten nationalen Gerichts beantwortet werden. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich insoweit im Folgenden auf eine kollisionsrechtliche Beurteilung, wie sie von einem mit einer entsprechenden Streitigkeit befassten deutschen Gericht vorzunehmen wäre.

2. Qualifikation

Wie oben dargelegt⁴⁰, gibt es in Deutschland für die Ermittlung des anwendbaren Rechts auf urheberrechtliche Sachverhalte mit Auslandsbezug unterschiedliche Kollisionsregeln, je nachdem, ob es sich um eine urhebervertragsrechtliche Frage handelt, oder um eine Frage, die das Urheberrecht selbst betrifft. Kommt somit ein Rechtsstreit über die Frage, ob durch eine auf §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E gestützte Zweitveröffentlichung in Deutschland das dem ausländischen Verleger vertraglich eingeräumte ausschließliche deutsche Nutzungsrecht verletzt wird, vor ein deutsches Gericht, muss dieses als erstes entscheiden, ob es sich um eine vertragsrechtliche Frage handelt oder um eine Frage, die das Urheberrecht selbst betrifft, da hiervon abhängt, nach welchen Kollisionsregeln – Vertragsstatut oder Urheberrechtsstatut – das anwendbare Recht zu ermitteln ist (Qualifikation)⁴¹. Auf urhebervertragsrechtliche Fragen kommt insoweit grundsätzlich das allgemeine Vertragsstatut zur Anwendung, bei dem vorrangig der Grundsatz der freien Rechtswahl gilt, mit der Folge, dass im vorliegenden Fall auf das von den Vertragsparteien gewählte ausländische Recht abzustellen wäre. Wird jedoch angenommen, dass es um eine Frage geht, die den Bestand des Urheberrechts, d.h. insbesondere Entstehung, Inhalt und Schutzzumfang des Urheberrechts als dinglichem Recht betrifft, kommt mit dem Urheberrechtsstatut das Schutzlandprinzip (*lex loci protectionis*) zur Anwendung⁴². Danach ist das Recht desjenigen Landes maßgeblich, „für dessen Gebiet“ Schutz begehrt wird. Soweit somit, wie vorliegend, Schutz gegen Nutzungshandlungen in Deutschland begehrt wird, würde deutsches Urheberrecht zur Anwendung kommen.

Von seiner systematischen Stellung im Gesetz her findet sich das neue Zweitveröffentlichungsrecht im 5. Abschnitt „Rechtsverkehr im Urheberrecht“ (§§28 ff. UrhG). Insofern spricht auf den ersten Blick einiges dafür, dass es sich bei §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E um eine urhebervertragsrechtliche Regelung handelt. Auch inhaltlich lässt sich durchaus argumentieren, dass es sich bei dem Zweitver-

Genf, GRUR Int. 2001, 1, 15 ff.

⁴⁰B, Frage 1, I. 2.

⁴¹Bei dieser Abgrenzung der urheberrechtlichen und urhebervertragsrechtlichen Anwendungsbereiche, die auch als „Qualifikation“ bezeichnet wird, muss das Gericht den Sachverhalt einschließlich der relevanten Sachnormen den jeweiligen Kollisionsnormen zuordnen.

⁴²Daneben gibt es noch die Frage, nach welchem Recht sich Fragen der Inhaberschaft beurteilen.

öffentlichungsrecht nach 6 Monaten um gesetzlich ausgestaltetes Vertragsrecht handelt, das den zwischen Urheber und Verleger geschlossenen Verlagsvertrag ergänzt bzw. modifiziert. Folgte man dieser Auffassung, käme somit grundsätzlich das Vertragsstatut zur Anwendung⁴³.

Bei näherem Hinschauen scheint das Zweitveröffentlichungsrecht nach §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E jedoch den Bestand des Urheberrechts selbst zu betreffen, indem es, ähnlich wie §31 (4) UrhG-aF⁴⁴, die Übertragbarkeit des Urheberrechts unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen beschränkt⁴⁵. Zwar gilt §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E, anders als das Verbot der Einräumung von Nutzungsrechten für unbekannte Nutzungsarten nach §31 (4) UrhG-aF nicht für sämtliche Werke, sondern nur für einen kleinen Kreis von Werken, nämlich für wissenschaftliche Beiträge, die unter bestimmten Bedingungen entstanden sind. Dennoch stellt das Zweitveröffentlichungsrecht nach §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E für die von ihm betroffenen Werke eine Art gesetzliches „Verfügungsverbot“ dar, das nicht der Disposition der Vertragsparteien unterliegt und bewirkt, dass an solchen wissenschaftlichen Beiträgen ausschließliche Nutzungsrechte nur für eine Dauer von 6 Monaten eingeräumt werden können. Insoweit haftet dem Urheberrecht an wissenschaftlichen Beiträgen, die unter den in §38 (1) S. 3 UrhG-E genannten Umständen entstanden sind, von Anfang an eine Eigenschaft – aus Verlegersicht ein „Makel“ – an, der dingliche Wirkung zukommt⁴⁶. Folgt man dieser Auffassung, würde §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E nicht dem Vertragsstatut, sondern dem Urheberrechtsstatut unterfallen.

Wie das gesetzlich zwingend normierte Zweitveröffentlichungsrecht nach §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E von den deutschen Gerichten in der Praxis qualifiziert werden wird, lässt sich naturgemäß nicht vorhersagen. Es spricht jedoch unseres Erachtens die größere Wahrscheinlichkeit dafür, dass §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E angesichts seiner dinglichen Wirkung als eine die Übertragbarkeit des Urheberrechts und damit seinen Bestand betreffende Regelung, die dem Urheberrechtsstatut unterfällt, mit der Folge qualifiziert werden würde, dass das Urheberrechtsstatut zur Anwendung käme. Zu dem gleichen Ergebnis käme man,

⁴³S. zu der Anwendung des Vertragsstatuts und der dort geltenden Sonderregelungen unten, IV.

⁴⁴§31 (4) UrhG a.F. lautete wie folgt: „Die Einräumung von Nutzungsrechten für noch nicht bekannte Nutzungsarten sowie Verpflichtungen hierzu sind unwirksam.“ Vgl. zum früheren Streitstand Schrickler/Katzenberger, Urheberrecht, 3. Aufl., Vor §§120 ff. Rn. 150 m.w.N.

⁴⁵Vgl. Hilty/Klass, Urheberrecht „Dritter Korb“, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2009, S. 16.

⁴⁶Vgl. zur ähnlichen Fragen bei der Qualifizierung des neuen Widerrufsrechts gemäß §31a (1) S. 3 UrhG und des Vergütungsanspruchs nach §32c UrhG Wille, Die kollisionsrechtliche Geltung der urheberrechtlichen Neuregelungen zu den unbekanntem Nutzungsarten - §§31a, 32c UrhG im Lichte des Internationalen Privatrechts, GRUR Int. 2008, 389, 390 f.

wenn man §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E de facto eine Schrankenwirkung beimisst⁴⁷.

3. Anwendung des Urheberrechtsstatuts auf §38 (1) S. 3 und 4 UrhG

Für die Ermittlung des Urheberstatuts gilt, wie oben gezeigt⁴⁸, in Deutschland das Schutzlandprinzip. Anwendbar ist somit das Recht desjenigen Landes, „für dessen Gebiet“ Urheberrechtsschutz begehrt wird. Würde somit ein ausländischer Verleger wegen einer unter Berufung auf §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E sechs Monate nach der Erstveröffentlichung vorgenommenen Zweitveröffentlichung in Deutschland Klage gegen den Urheber und/oder den Betreiber des Repositoriums erheben, würde das Gericht den Fall bei Anwendung des Schutzlandprinzips nach deutschem Urheberrecht beurteilen und zu dem Ergebnis kommen, dass dem Verleger das ausschließliche Nutzungsrecht für Deutschland nur in den ersten 6 Monaten nach der Erstveröffentlichung umfassend zusteht, während nicht-kommerzielle Zweitveröffentlichungen nach Ablauf von 6 Monaten (auch) vom Urheber vorgenommen werden können. Die Klage würde somit abgewiesen.

4. Anwendung des Vertragsstatuts auf §38 (1) S. 3 und 4 UrhG

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit das Gericht dann, wenn es die Frage der Rechtmäßigkeit der Zweitveröffentlichung vertragsrechtlich qualifiziert, zu einem anderen Ergebnis, d.h. zur Nichtanwendbarkeit von §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E käme.

Seit dem 17.12.2009 gilt insoweit in der Europäischen Union für das Vertragsstatut die sog. „Rom I-Verordnung“ über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (im folgenden: Rom I-VO). Sie ist unmittelbar anwendbar und beansprucht „universelle“ Geltung, d.h. sie ist von den Gerichten der Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht nur auf EU-interne Sachverhalte anzuwenden, sondern auch auf Sachverhalte, die einen Bezug zu einem Nicht-EU-Staat haben (Art. 1 (1) Rom I-VO).

⁴⁷Vgl. dazu Heckmann/Weber, Open Access in der Informationsgesellschaft - §38 UrhG de lege ferenda, GRUR Int. 2006, 995, 998; vgl. auch die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 16/1828, S. 47 zu BR-Drs. 257/06 (Beschluss), S. 6.

⁴⁸Dazu oben, B., Frage 1, I. 2. a.

a) Art. 3 Rom I-VO: Grundsatz der freien Rechtswahl

Gemäß Art. 3 Rom I-VO unterliegt ein Vertrag in erster Linie dem von den Vertragsparteien frei wählbaren Recht.⁴⁹ Wenn somit, wie vorliegend der Fall, der deutsche Urheber mit einem ausländischen Verlag einen Vertrag abschließt, der eine Rechtswahlklausel zugunsten des Rechts des ausländischen Verlegers enthält, kommt auf die sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitfragen grundsätzlich gemäß Art. 3 Rom I-VO das gewählte ausländische Recht zur Anwendung.

Die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts verdrängt dabei grundsätzlich auch die das Vertragsverhältnis vorwiegend im Parteiinteresse zwingend regelnden Bestimmungen des deutschen Rechts.⁵⁰ Vielmehr kommen anstelle der deutschen zwingenden vertragsrechtlichen Bestimmungen nur die zwingenden vertragsrechtlichen Bestimmungen des betreffenden ausländischen Rechts zur Anwendung.

Allerdings ist die vertragsrechtliche Prüfung an dieser Stelle noch nicht beendet. Vielmehr ist zum einen nach der Reichweite des ermittelten Vertragsstatuts speziell bei urheberrechtlichen Verlagsverträgen zu fragen (dazu unten, 2.). Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es sich bei §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E eventuell um eine Eingriffsnorm i.S.v. Art. 9 (1) Rom I-VO handelt, die auch bei ausländischem Vertragsstatut anzuwenden ist (dazu unten, 3.).

⁴⁹Wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, unterliegt der Vertrag nach Art. 4 (2) Rom I-VO dem Recht des Staates, in dem die Partei, die die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern kein Fall der Auflistung in Art. 4 (1) lit. a) bis h) Rom I-VO vorliegt. Urheberrechtliche Nutzungsverträge sind in dieser Auflistung nicht enthalten. Insbesondere können urheberrechtliche Nutzungsverträge nicht als Dienstleistungsverträge i.S.v. Art. 4 (1) lit. b) Rom I-VO qualifiziert werden (vgl. EuGH GRUR 2009, 753 – Falco). Eine Definition des gewöhnlichen Aufenthalts enthält Art. 19 Rom I-VO. Sofern keine offensichtlich engeren Verbindungen zu einem anderen Staat vorliegen (Art. 4 (3) Rom I-VO), kommt es bei Urheberrechtsverträgen somit darauf an, welche Vertragspartei die charakteristische Leistung erbringt. Sofern der Erwerber eines ausschließlichen Nutzungsrechts eine Ausübungslast übernimmt, wird insoweit davon ausgegangen, dass er die charakteristische Leistung erbringt bzw. der Vertrag i.S.v. Art. 4 (3) Rom I-VO jedenfalls eine engere Verbindung mit dem Staat aufweist, in dem der Erwerber des ausschließlichen Nutzungsrechts seinen Geschäftssitz hat.

⁵⁰Eine Ausnahme gilt nach Art. 3 (3) Rom I-VO allerdings für sogenannte „Binnensachverhalte“, wonach dann, wenn alle anderen Elemente eines Sachverhalts zum Zeitpunkt der Rechtswahl in einem anderen als demjenigen Staat belegen sind, dessen Recht gewählt wurde, die Rechtswahl der Parteien nicht die Anwendung der einfach zwingenden Bestimmungen des Rechts dieses anderen Staates berührt. Da ein solcher Binnensachverhalt aber insbesondere schon dann nicht mehr vorliegt, wenn der Vertrag zwischen dem Urheber und einem ausländischen Verlag geschlossen wird, braucht auf die im Einzelnen strittigen Fragen, welche Bezüge ausreichen, um einen Auslandssachverhalt zu begründen, nicht näher eingegangen zu werden (vgl. BGH NJW-RR 2005, 929).

**b) Reichweite des Vertragsstatuts nach Art. 12 Rom I-VO:
Verfügungsgeschäft erfasst?**

Wie weit das Vertragsstatut reicht, ist in der Rom I-VO nicht abschließend geregelt⁵¹. Art. 12 (1) Rom I-VO zählt insoweit lediglich bestimmte schuldrechtliche Aspekte eines Vertrages auf, für die das nach dem Vertragsstatut der Rom I-VO anwendbare Recht maßgeblich ist⁵². Urheberrechtliche Lizenzverträge bestehen nach deutschem Recht jedoch aus zwei Rechtsgeschäften, dem schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag einerseits und dem urheberrechtlichen Verfügungsvertrag, mit dem die (dingliche) Verfügung der den jeweiligen Vertragsgegenstand bildenden Nutzungsrechte erfolgt, andererseits. Damit stellt sich die Frage, ob das Vertragsstatut bei urheberrechtlichen Lizenzverträgen, mit denen ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt werden, nur das Verpflichtungsgeschäft, oder aber auch das dingliche Verfügungsgeschäft erfasst. Hierauf gibt die Rom I-Verordnung, die in ihrem Art. 12 (1) Rom I-VO lediglich eine unvollständige Regelung der Reichweite des Vertragsstatuts enthält, keine eindeutige Antwort⁵³.

Somit ist die im früheren deutschen IPR der Urheberverträge diskutierte Frage, ob das auf das Verfügungsgeschäft anwendbare Recht gleichfalls nach dem Vertragsstatut zu bestimmen ist (Einheitstheorie), oder ob Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft bei urheberrechtlichen Lizenzverträgen in der Weise aufzuspalten sind, dass das Vertragsstatut nur auf das Verpflichtungsgeschäft zur Anwendung kommt, während sich Wirksamkeit und Reichweite des Verfügungsgeschäfts stets nach dem Recht des jeweiligen Schutzlandes als *lex loci protectionis* bzw. *lex rei sitae* richten (Spaltungstheorie), nach wie vor relevant⁵⁴.

Da das Verfügungsgeschäft nach der Spaltungstheorie in eine Vielzahl von einzelnen Verfügungsgeschäften aufzuspalten ist, die nach dem Recht des jeweiligen Schutzlandes zu beurteilen sind, käme man bei Anwendung der Spaltungstheorie auch bei vertragsrechtlicher Qualifikation des Zweitveröffentlichungsrechts in §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E zum deutschen Recht als der nach dem Schutzlandprinzip maßgeblichen Rechtsordnung, und zwar für die Frage, inwieweit der Wis-

⁵¹Eigenständige Regelungen für das anwendbare Recht gibt es insoweit insbesondere für das Zustandekommen und die materielle Wirksamkeit des Vertrages (Art. 10 Rom I-VO) sowie für Formfragen (Art. 11 Rom I-VO).

⁵²U.a. für die Auslegung des Vertrages, die Erfüllung der durch ihn begründeten Verpflichtungen, die Folgen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung, das Erlöschen der Vertragspflichten, die Verjährung und die Folgen der Nichtigkeit.

⁵³Vgl. Stimmel, Die Beurteilung von Lizenzverträgen unter der Rom I-Verordnung, GRUR Int. 2010, S. 783, 789 f. m.w.N. Insbesondere ist die Regelung in Art. 14 Rom I-VO für die Forderungsübertragungen auf die Übertragung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten nicht anwendbar.

⁵⁴Ausführliche Überblicke bei Schrickler/Loewenheim/Katzenberger, a.a.O., Vor §§120 ff. Rn. 149, 156 ff.; Reithmann/Martiny/Obergfell, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Rn. 1815 ff..

senschaftler an dem „deutschen“ Urheberrecht an seinem Artikel ein ausschließliches Nutzungsrecht einräumen kann. Letztlich gelangte man bei Anwendung der Spaltungstheorie zu dem gleichen Ergebnis wie bei einer Qualifikation des Zweitveröffentlichungsrechts als einer Frage des Urheberrechtsstatuts.

Allerdings folgt die deutsche Rechtsprechung, um eine Aufspaltung eines einheitlichen Vertrages in eine Vielzahl von Rechtsgeschäften zu vermeiden, ganz überwiegend der Einheitstheorie, jedoch auch wieder mit dem Vorbehalt, dass auf bestimmte Fragen stets das Recht des jeweiligen Schutzlandes Anwendung findet. Zu diesen stets dem Recht des jeweiligen Schutzlandes zugeordneten Fragen zählen insbesondere die Übertragbarkeit, d.h. die Zulässigkeit der Übertragung oder Teilübertragung des Urheberrechts als solchem sowie einzelner urheberrechtlicher Befugnisse, die Zulässigkeit der Einräumung ausschließlicher oder einfacher Nutzungsrechte und deren Übertragung⁵⁵. Da es bei dem Zweitveröffentlichungsrecht nach §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E inhaltlich um eine Verfügungsbeschränkung geht, die die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts an den Verleger über einen Zeitraum von sechs Monaten ab Erstveröffentlichung hinaus zwingend für unzulässig erklärt, müsste somit auch die Einheitstheorie letztlich zur Anwendbarkeit deutschen Urheberrechts und damit der Zulässigkeit einer Zweitverwertung nach §38 (1) S. 3, 4 UrhG-E kommen.

Das bisherige Zwischenergebnis kann dahingehend zusammengefasst werden, dass es – auch bei Geltung der Rom I-Verordnung und der damit einhergehenden freien Rechtswahl für das Vertragsstatut nach Art. 3 (1) Rom I-VO – auf die Qualifikation des neuen Zweitveröffentlichungsrechts in §38 (1) S. 3, 4 UrhG-E als zum Urheberrechtsstatut oder zum Vertragsstatut gehörig im Ergebnis dann nicht ankommt, wenn die deutsche Rechtsprechung den bisher geltenden Grundsätzen folgt, wonach bestimmte Fragen des Verfügungsgeschäfts – insbesondere Einschränkungen der Übertragbarkeit bzw. der Einräumung von ausschließlichen Nutzungsrechten – auch bei grundsätzlicher Geltung der Einheitstheorie nach dem Recht des Schutzlandes zu beurteilen sind⁵⁶.

Wie oben erwähnt, ist die Reichweite des von der Rom I-Verordnung verbindlich vorgegebenen Vertragsstatuts noch nicht geklärt. Unter Umständen kommt es jedoch auch hierauf letztlich nicht an. Dies ist dann der Fall, wenn es sich bei §38 (1) S. 3, 4 UrhG-E um eine Eingriffsnorm i.S.v. Art. 9 Rom I-VO handelt, was im Folgenden untersucht werden soll.

⁵⁵Vgl. BGH MMR 1998, 35, 37 – Spielbankaffaire (dort Ziffer 2): „Ebenso bestimmt das Recht des Schutzlandes, ob urheberrechtliche Befugnisse übertragbar sind.“ (m.w.N.); s. auch OLG Düsseldorf, BeckRS 2006, 01602 – Breuer-Hocker.

⁵⁶Vgl. BGH MMR 1998, 35, 37 – Spielbankaffaire (m.w.N.); s. auch OLG Düsseldorf, BeckRS 2006, 01602 – Breuer-Hocker.

c) 3.§38 (1) S. 3, 4 UrhG als Eingriffsnorm i.S.v. Art. 9 Rom I-VO

aa) a. Art. 9 Rom I-VO: Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen Nach der Rom I-Verordnung kann das nach dem Vertragsstatut auf einen Vertrag anwendbare Recht in bestimmten Fällen zugunsten der Normen eines anderen Staates eingeschränkt bzw. durchbrochen werden. Neben der – vorliegend nicht relevanten⁵⁷ – Ausnahme des *ordre public* in Art. 21 Rom I-VO, wonach ausländische Normen bei „offensichtlicher Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung“ des Forumstaates nicht angewendet werden müssen, ist dies die Sonderanknüpfungsregel für „Eingriffsnormen“ in Art. 9 Rom I-VO, der eine weitaus größere praktische Bedeutung zukommt. Art. 9 (2) Rom I-VO bestimmt insoweit, dass die Rom I-Verordnung die Anwendbarkeit der Eingriffsnormen des Forumstaates nicht berührt. Diese gelten daher unabhängig von dem für den Vertrag nach Art. 3 ff. Rom I-VO ermittelten Vertragsstatut.

„Eingriffsnormen“ in diesem Sinne sind nach der Definition in Art. 9 (1) Rom I-VO zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Ordnung angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Rom I-VO auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen.

Die bloße Unabdingbarkeit einer Vorschrift nach materiellem Recht macht diese dabei offensichtlich noch nicht zu einer in jedem Fall zu beachtenden „Eingriffsnorm“⁵⁸, vielmehr werden einfach zwingende Normen des materiellen Rechts durch ein ausländisches Vertragsstatut verdrängt. Es muss sich vielmehr gerade um eine Norm mit internationalem Geltungsanspruch handeln, d.h. um eine Norm, die unabhängig vom Vertragsstatut angewandt werden will. Darüber hinaus muss die in ihr enthaltene Regelung eine überindividuelle, auf die Wahrung eines öffentlichen Interesses gerichtete Zielrichtung aufweisen. Unschädlich ist es, dass die Norm neben ordnungspolitischen Zielen zugleich auch dem Ausgleich privater Interessen dient. Neben den klassischen Eingriffsnormen des öffentlichen Rechts verfolgen dabei auch Normen des Sonderprivatrechts häufig überindividuelle Ziele. Dem nationalen Gesetzgeber steht insoweit ein erheblicher gesetzgeberischer Spielraum zu, solange ein hinreichender Inlandsbezug vorhanden ist⁵⁹. Letztlich räumt Art. 9 (1) Rom I-VO damit den Mitgliedstaaten einen

⁵⁷Nach Art. 21 Rom I-VO kann die Anwendung einer Vorschrift des nach der Rom I-VO anwendbaren Rechts nur versagt werden, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung („*ordre public*“) des Forumstaates offensichtlich unvereinbar ist. Diese Messlatte der „offensichtlichen Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung“ liegt sehr hoch. Art. 21 Rom I-VO ist insoweit eine sehr eng auszulegende Ausnahmeklausel.

⁵⁸Vgl. Erwgr. 37 der Rom I-VO.

⁵⁹Brödermann/Rosengarten, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (IPR/IZPR), 5. Aufl., Rn. 247 f.

erheblichen Begründungsspielraum ein, der lediglich einer Missbrauchskontrolle durch den EuGH unterliegt. Damit stellt sich die Frage, ob das Zweitveröffentlichungsrecht in §38 (1) S. 3 und 4 UrhG trotz des von den Parteien gewählten ausländischen Vertragsrechts als Eingriffsnorm i.S.v. Art. 9 (1) Rom I-VO zur Anwendung kommen kann.

bb) §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E als Eingriffsnorm Ganz offensichtlich handelt es sich bei den mit der Einführung von §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E verfolgten Zielen überwiegend um überindividuelle. Das neu einzuführende Zweitveröffentlichungsrecht für nichtkommerzielle Zwecke soll es insoweit ermöglichen, Wissenschaftspublikationen, deren Entstehung mit Steuergeldern finanziert worden ist, der Allgemeinheit im Volltext mittels Repositorien an Hochschulen und anderen Bildungs- und Forschungseinrichtungen verfügbar zu machen und dadurch den im Allgemeininteresse liegenden wissenschaftlichen Fortschritt zu beschleunigen⁶⁰. Dass, um diesen Zweck zu erreichen, dem Urheber bestimmte Rechte gegenüber den wissenschaftlichen Verlagen unabdingbar vorbehalten werden, führt letztlich zu einem eher reflexhaften Schutz von Individualinteressen, der für eine Qualifikation als Eingriffsnorm nicht schädlich ist. Teilweise wird das Zweitverwertungsrecht nach §38 (1) S. 3, 4 UrhG-E dabei sogar als für die betroffenen Wissenschaftler nachteilig angesehen, da befürchtet wird, dass sich ihre Publikationschancen in renommierten Fachverlagen verschlechtern könnten. Letztlich dürfte §38 (1) S. 3, 4 UrhG-E somit relativ eindeutig eine Norm mit Eingriffscharakter darstellen.

Allerdings setzen sich nur solche Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO gegenüber einem ausländischen Vertragsstatut durch, die international zwingenden Charakter haben, indem sie gerade auch ausländischem Vertragsrecht vorgehen sollen. Häufig ergibt sich der internationale Geltungsanspruch einer Norm dabei aus ihrem Wortlaut. Insbesondere wurde insoweit beispielsweise der international zwingende Charakter der vertraglichen Vergütungsansprüche aus §§32 und 32 a UrhG durch §32 b UrhG explizit gesetzlich klargestellt. Eine dem §32 b UrhG entsprechende Festschreibung einer kollisionsrechtlich zwingenden Anwendbarkeit enthält §38 (1) UrhG-E nicht. Allerdings lässt sich der internationale Geltungsanspruch auch mittels teleologischer Auslegung ermitteln. Da insoweit das Zweitveröffentlichungsrecht gerade angesichts der Marktübermacht großer ausländischer Wissenschaftsverlage, die die Verträge mit den Urhebern regelmäßig ihrem eigenen ausländischen Recht unterwerfen, geschaffen werden soll, ist unserer Ansicht nach selbstverständlich von einem intendierten internationalen

⁶⁰Vgl. Vgl. Hansen, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378, 387; BR-Drucks. 257/06; Hilty/Klass, MPI Stellungnahme, S. 12 ff., mit Verweis auf die besonders problematische „single-source“ Situation bei den zunehmende Verbreitung findenden „e-only“-Geschäftsmodellen der Verlage.

Geltungsanspruch der Neuregelung auszugehen, zumal sie ansonsten auch nur einen äußerst geringen Anwendungsbereich hätte und praktisch weitgehend leer liefe.

Allerdings ist zu bedenken, dass in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten wird, dass aus der in §32 b UrhG erfolgten ausdrücklichen Regelung des international zwingenden Charakters der Ansprüche aus §§32, 32 a UrhG im Wege eines Umkehrschlusses für alle anderen Normen ein fehlender internationaler Geltungswille herzuleiten sei⁶¹. Daher empfiehlt sich zumindest eine ausdrückliche Klarstellung, dass es sich bei der Neuregelung in §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E nach dem Willen des Gesetzgebers um eine Eingriffsnorm i.S.v. Art. 9 (1) Rom I-VO handelt. Ob und inwieweit darüber hinaus der internationale Anwendungsbereich gesetzlich genauer definiert werden sollte, wäre zu untersuchen; eine solche genauere Definition erscheint grundsätzlich empfehlenswert.

5. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 2

- Als Ergebnis kann jedenfalls festgehalten werden, dass sich das geplante Zweitveröffentlichungsrecht mit großer Wahrscheinlichkeit vor deutschen Gerichten gegenüber einem ausländischen Vertragsstatut durchsetzt, da es entweder sogleich dem Urheberrechtsstatut (Schutzlandprinzip) zuzuordnen ist oder aber bei einer vertragsrechtlichen Qualifikation gleichfalls ausnahmsweise dem Schutzlandprinzip.
- Zur Zeit ist noch nicht ganz klar, ob die bisherig von der Rechtsprechung praktizierte Durchbrechung der einheitlichen Anknüpfung von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft durch eine Sonderanknüpfung bestimmter Aspekte der urheberrechtlichen Verfügung (insbesondere die Übertragbarkeit bzw. Verfügungsbefugnis) an das Schutzlandrecht mit der Rom I-VO vereinbar ist oder nicht. Dies hängt davon ab, ob das nach der Rom I-Verordnung zu ermittelnde Vertragsstatut nur das urheberrechtliche Verpflichtungsgeschäft oder auch das urheberrechtliche Verfügungsgeschäft erfasst.
- Selbst diese Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, da es sich bei der Regelung des geplanten Zweitveröffentlichungsrechts in §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E um eine „Eingriffsnorm“ im Sinne von Art. 9 (1) Rom I-VO handelt, so dass nach Art. 9 (2) Rom I-VO ein deutsches Gericht das Zweitveröffentlichungsrecht auch bei einem ausländischen Vertragsstatut anwenden kann.

⁶¹Wille GRUR Int. 2008, 389, 392.

- Im Ergebnis findet somit auf das Zweitveröffentlichungsrecht auch bei einem ausländischen Vertragsstatut aller Voraussicht nach das Schutzlandprinzip Anwendung.
- Ungelöst ist jedoch das Problem, inwieweit auch ausländische Gerichte – soweit sie im Streitfall überhaupt für in Deutschland vorgenommene Verwertungshandlungen international zuständig sind – den vom deutschen Gesetzgeber gewünschten international zwingenden Charakter akzeptieren würden. Hier gibt es wenig Gestaltungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers⁶².

III. Frage 3: Gilt §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E nur für Autoren mit deutscher Staatsbürgerschaft oder kann sich jeder wissenschaftliche Autor darauf berufen, wenn er eine Zweitverwertung in Deutschland vornehmen will? Hier geht es vor allem um Miturheberschaft deutscher Urheber mit ausländischen Gastwissenschaftlern an deutschen Forschungseinrichtungen.

1. Miturheberschaft deutscher Urheber mit ausländischen Gastwissenschaftlern

Werke, die in Miturheberschaft mit deutschen Urhebern geschaffen worden sind, werden vom deutschen Urheberrechtsgesetz fremdenrechtlich privilegiert. So genießen nach §120 (1) S. 2 UrhG miturheberschaftlich geschaffene Werke umfassend den Schutz des deutschen UrhG, sofern auch nur ein Miturheber deutscher Staatsangehöriger ist. Das bedeutet, dass sich, soweit ein wissenschaftlicher Artikel gemeinsam von deutschen Urhebern und ausländischen Gastwissenschaftlern

⁶²Hinzuweisen ist insoweit insbesondere auf die Regelung in Art. 9 (3) Rom I-VO, wonach den Eingriffsnormen auch im Erfüllungsortstaat Wirkung zukommt. Die Einzelheiten dieser Regelung sind zur Zeit allerdings noch weitgehend unklar, vgl. z.B. Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 791 m.w.N.; Freitag, Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 (3) Rom I-VO, IPRax 2009, 109.

geschaffen worden ist, alle beteiligten Miturheber auf das Zweitverwertungsrecht nach §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E in Deutschland berufen können⁶³.

2. Miturheberschaft europäischer (EU und EWR) und gleichgestellter Urheber mit Gastwissenschaftlern aus Drittländern

Fremdenrechtlich sind Staatsangehörige eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des EWR deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt, d.h. die von ihnen geschaffenen Werke werden wie die von deutschen Urhebern geschaffenen Werke umfassend durch das UrhG geschützt (§120 (2) Nr. 2 UrhG).

Daraus folgt, dass auch eine Miturheberschaft ausländischer Gastwissenschaftler mit Urhebern aus einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat fremdenrechtlich nach §120 (1) S. 2 UrhG privilegiert ist. Für die Privilegierung nach §120 (1) S. 2 UrhG genügt es somit, dass auch nur ein Miturheber die Staatsangehörigkeit eines EU- oder EWR-Mitgliedstaats besitzt, die nicht notwendigerweise die deutsche Staatsangehörigkeit sein muss.

Bei an deutschen Forschungseinrichtungen in Miturheberschaft entstandenen Werken können sich somit sämtliche Autoren auf das Zweitverwertungsrecht in §38 (1) S. 3 UrhG-E berufen, sofern auch nur ein Miturheber Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats der EU oder des EWR ist.

Diese Ausführungen zu Staatsangehörigen eines EU- und EWR-Mitgliedstaates gelten ebenso für Staatenlose mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland (§122 (1) UrhG) und ausländische Flüchtlinge mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland (§123 UrhG)⁶⁴.

⁶³Darauf hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang, dass es für diese fremdenrechtliche Privilegierung miturheberschaftlich geschaffener Werke nach §120 (1) S. 2 UrhG keinerlei Rolle spielt, wo und wie das Werk entstanden ist. Mit anderen Worten, deutsche Urheber können sich auf den Schutz nach §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E (grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich dessen kollisionsrechtlicher Anwendbarkeit) auch für solche Werke berufen, die an ausländischen Forschungseinrichtungen entstanden sind. Hier stellt sich vielmehr die Frage, inwieweit der internationalrechtliche Anwendungsbereich von §38 (1) S. 3 UrhG-E, soweit dort von „mit öffentlichen Mitteln finanzierter Lehr- und Forschungstätigkeit“ die Rede ist, auf Lehr- und Forschungstätigkeit zu beschränken ist bzw. beschränkt werden kann, die mit „deutschen“ oder „europäischen“ Mitteln finanziert worden ist (dazu weiter unten unter V). Dieser Aspekt des §38 (1) S. 3 UrhG-E ist unabhängig von der Staatsangehörigkeit der beteiligten Wissenschaftler zu klären.

⁶⁴S. oben, B. Frage 1, I., 2. a..

3. Sonstiges Fremdenrecht bei Miturheberschaft

Sofern eine Miturheberschaft vorliegt, bei der kein Miturheber die Staatsangehörigkeit eines EU- oder EWR-Mitgliedstaats besitzt oder nach §122 (1) oder §123 UrhG berechtigt ist, z.B. im Falle der Miturheberschaft zwischen einem US-amerikanischen und einem indischen Gastwissenschaftler, die an einer deutschen Forschungseinrichtung forschen, ist die fremdenrechtliche Prüfung auf der Grundlage des §121 UrhG, insbesondere §121 (1) und §121 (4) in Verbindung mit den geltenden internationalen Konventionen und Staatsverträgen vorzunehmen.

Demnach sind ausländische Urheber in Bezug auf ihre Verwertungsrechte⁶⁵ insbesondere für diejenigen Werke geschützt, die erstmals in Deutschland erschienen sind, sei es im Original oder in einer Übersetzung (§121 (1) UrhG)⁶⁶. Es genügt allerdings, wenn die Werke zwar zuerst im Ausland, jedoch innerhalb von 30 Tagen nach dem ersten Erscheinen im Ausland auch in Deutschland erschienen sind⁶⁷. Soweit es also um Erstveröffentlichungen in einer ausländischen periodischen Sammlung ohne Parallelveröffentlichung in Deutschland innerhalb von 30 Tagen geht, sind die ausländischen Miturheber für dieses Werk gemäß §121 (1) UrhG nicht nach deutschem Recht geschützt. Soweit allerdings die einschlägigen internationalen Konventionen über §121 (4) UrhG anwendbar sind und die Voraussetzungen der Inländerbehandlung vorliegen, ist der ausländische Miturheber geschützt. Hier kann man in den meisten Fällen davon ausgehen, dass ein Werk insbesondere bei einer Erstveröffentlichung im Ausland den Schutz nach deutschem Recht genießt⁶⁸.

4. Ergänzende Anmerkung (1) zur Miturheberschaft (§8 (2) S. 1 UrhG)

Zu beachten ist, dass sich bei Miturheberschaft, auf die die vorliegende Frage zielt, nicht nur fremdenrechtliche, sondern darüber hinaus weitere materiellrechtliche Fragen stellen.

Insbesondere steht – nach deutschem Urheberrecht⁶⁹ – Miturhebern das Recht

⁶⁵Bzgl. der Urheberpersönlichkeitsrechte sind alle Ausländer bedingungslos geschützt, s. §121 (6) UrhG.

⁶⁶»Erscheinen« ist i.S.v. §6 (2) UrhG zu verstehen.

⁶⁷Diese 30 Tages-Regelung gilt allerdings nur für Werke, die seit dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes am 1.1.1966 erschienen sind, da sie zuvor noch nicht bestand; für vor diesem Datum erschienene Werke ist demgemäß das frühere Recht anzuwenden, §§55 LUG 1901, 51 Abs. 2 KUG 1907, s. BGHZ 1995, 229, 233 – Puccini. Zu einem zusätzlichen Anknüpfungspunkt für Werke der bildenden Künste, s. §121 (2) UrhG.

⁶⁸Zu den Einzelheiten der Voraussetzungen nach Konventionsrecht, s.o., B. Frage 1, I., 3., b., bb.

⁶⁹Die Voraussetzungen des Vorliegens von Miturheberschaft sowie deren Rechtsfolgen sind international nicht einheitlich geregelt. Auch in der EU gibt es insoweit keine Harmonisie-

zur Veröffentlichung und zur Verwertung eines Werkes gemäß §8 (2) S. 1 UrhG (nur) zur gesamten Hand zu. Das bedeutet, dass die Miturheber auch das Zweitverwertungsrecht nach §38 (1) S. 3 UrhG-E grundsätzlich nur gemeinsam ausüben können, es sei denn, dass sie eine abweichende Vereinbarung getroffen haben oder nach Entstehung der Publikation noch treffen, wonach jeder Miturheber eigenständig über eine Zweitverwertung des gemeinsamen Artikels entscheiden kann.

Im gesetzlich vorgesehenen „Normalfall“ kann aber keineswegs jeder Miturheber den Artikel nach Ablauf von 6 Monaten selbst auf der Basis von §38 (1) S. 3 UrhG-E beliebig zweitverwerten. Vielmehr müssen alle Miturheber einer solchen Zweitverwertung zustimmen⁷⁰.

5. Ergänzende Anmerkung (2) zur Miturheberschaft: Auslegung „öffentliche Mittel“

Das Zweitveröffentlichungsrecht nach §38 (1) S. 3 UrhG-E gilt nur für solche wissenschaftlichen Publikationen, die im Rahmen einer „überwiegend mit öffentlichen Mitteln“ finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind. Auch wenn zu vermuten ist, dass der Vorschlag stillschweigend voraussetzen soll, dass sich das Zweitveröffentlichungsrecht (nur) auf solche Publikationen bezieht, die mit deutschen (oder eventuell auch europäischen) öffentlichen Mitteln finanziert wurden bzw. an einer deutschen Forschungseinrichtung entstanden sind, ist dies nicht klar und sollte – in der einen oder anderen Weise – eindeutig geregelt werden, zumal es zahlreiche Konstellationen geben dürfte, in denen die Tätigkeit nicht (oder nicht ganz) mit deutschen öffentlichen Mitteln finanziert oder an einer deutschen Institution erarbeitet wurde.

Zum Beispiel kann es sein, dass an einer wissenschaftlichen Publikation neben einem mit deutschen öffentlichen Mitteln finanzierten (oder an einer deutschen Forschungseinrichtung tätigen) Wissenschaftler auch Wissenschaftler als Miturheber mitgewirkt haben, die mit ausländischen öffentlichen Mitteln finanziert wurden (oder an einer ausländischen Forschungseinrichtung, ggf. sogar ohne Finanzierung durch öffentliche Mittel, tätig sind). Es obliegt dem Gesetzgeber, klar zu entscheiden, ob auch in solchen Fällen (bzw., wenn ja, unter welchen Be-

rung.

⁷⁰Nach §8 (2) S. 2 UrhG dürfen allerdings die anderen Miturheber ihre Einwilligung zur Verwertung nicht wider Treu und Glauben verweigern. Da die Einwilligung vor der geplanten Verwertung einzuholen ist, könnte dieses Erfordernis bei in Miturheberschaft entstandenen Artikeln zu Verzögerungen bei der Ausübung des Zweitverwertungsrechts führen. Es empfiehlt sich daher dringend, dass die Miturheber anlässlich der erstmaligen Publikation ihres gemeinsamen Artikels eine Vereinbarung treffen, derzufolge die anderen Miturheber zu einer entsprechenden Zweitverwertung nach §38 (1) S. 3 UrhG-E durch einen von ihnen bereits jetzt ihre Einwilligung erklären.

dingungen) das Zweitveröffentlichungsrecht nach §38 (1) S. 3 UrhG-E an jedem Artikel entsteht, den die ausländischen Wissenschaftler als Miturheber verfasst haben. Angesichts der Häufigkeit von internationalen Forschungs Kooperationen besteht hier Regelungsbedarf. Eine Möglichkeit wäre, zu bestimmen, dass jeder Artikel, an dem auch nur ein Miturheber mitgewirkt hat, auf den bei isolierter Betrachtung die Voraussetzungen des §38 (1) S 3 UrhG-E zutreffen, unter diese Vorschrift fällt. Ob eine solche Regelung jedoch insbesondere bei innerdeutschen Forschungsvorhaben, die sowohl mit privaten als auch mit öffentlichen Mitteln finanziert worden sind, opportun ist, ist eine andere, hier nicht zu beurteilende Frage.

6. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 3:

Für eine Zweitverwertung in Deutschland kann sich in der Regel jeder Miturheber auf §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E berufen; diese Bestimmung gilt nicht nur für deutsche Urheber, sondern in den meisten Fällen auch für ausländische Wissenschaftler – sei es, dass sie als Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Mitgliedstaates, oder als Staatenlose oder ausländische Flüchtlinge mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland den deutschen Urhebern gleichgestellt sind, oder dass sie insbesondere nach Konventionsrecht mit den Werken, die sie zuerst in einer ausländischen Sammlung veröffentlicht haben und dann in Deutschland zweitveröffentlichen, für die Zweitveröffentlichung dem deutschen Recht unterliegen. Selbst solche (wohl wenigen) ausländischen Urheber, die nach diesen Regeln nicht dem deutschen Recht unterliegen, sind dann von der deutschen Regelung erfasst, wenn sie mit Mitautoren zusammengewirkt haben, von denen zumindest einer ein deutscher oder ihm Gleichgestellter ist. In den allermeisten Fällen dürfte also §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E auch ausländischen Autoren bei einer Zweitveröffentlichung in Deutschland zugute kommen.

IV. Frage 4: Ist es für die Geltung von §38 (1) S. 3 UrhG-E von Bedeutung, wenn die Zweitveröffentlichung im Internet erfolgt und daher nicht nur in Deutschland, wo der Server steht, sondern weltweit sichtbar ist?

Wie oben dargelegt⁷¹, wird die Frage der „Geltung“ von §38 (1) S. 3 UrhG-E in internationaler Hinsicht von den mit einem entsprechenden Rechtsstreit befasst-

⁷¹Siehe oben, B., Frage 1.

ten nationalen Gerichten entschieden. Das kann ein deutsches Gericht sein; da jedoch ein ausländischer Verleger oftmals an seinem allgemeinen Gerichtsstand klagen wird, ist davon auszugehen, dass in der Regel das jeweilige ausländische Gericht angerufen wird. In jedem Fall haben die Gerichte jeweils zunächst ihre internationale Zuständigkeit zu klären. Damit kommt der Frage der internationalen Zuständigkeit für einen entsprechenden Streit um eine Zweitveröffentlichung maßgebliche Bedeutung zu.

1. Internationale Zuständigkeit für Zweitveröffentlichungen im Internet

Sofern die Zweitveröffentlichung, wie in der Frage formuliert, frei zugänglich im Internet vorgenommen wird, mit der Folge, dass der entsprechende Artikel weltweit sichtbar und abrufbar ist, ist davon auszugehen, dass nicht nur die deutschen Gerichte, sondern auch die überwiegende Mehrzahl der ausländischen Gerichte ihre internationale Zuständigkeit – jedenfalls für die Nutzung auf ihrem Territorium – bejahen werden. Denn wenn Nutzer weltweit aus jedem Land den entsprechenden Artikel abrufen können, droht eine potenzielle Urheberrechtsverletzung in jedem einzelnen Land der Welt. Regelmäßig wird daher bei weltweit abrufbaren Publikationen prinzipiell in jedem einzelnen Land ein „deliktischer“ Gerichtsstand zur Klärung der Verletzungsfrage eröffnet sein⁷².

Die Frage, ob dem deutschen Zweitveröffentlichungsrecht nach §38 (1) S. 3 UrhG-E „Geltung“ zukommt, würden die Gerichte eines jeden Landes dabei auf der Basis ihres nationalen Kollisionsrechts entscheiden (s. dazu unten, III., IV.).

⁷²Zwar wird insoweit in der Literatur über die Einführung eines „hinreichenden Inlandsbezugs“ für die Begründung der internationalen (Tatort)zuständigkeit in Internetfällen diskutiert und haben Gerichte dieses Kriterium vereinzelt auch schon zur Einschränkung der internationalen Zuständigkeit aufgrund bloßer Abrufbarkeit von Inhalten im Internet angewandt, jedoch steht diese Diskussion erst am Anfang (vgl. z.B. BGH, Az. VI ZR 111/10, Urt. v. 29.3.2011). Darüber hinaus bezogen sich die entsprechenden Entscheidungen nicht auf Urheberrechtsverletzungen. Gerade bei wissenschaftlichen Publikationen, die sich an eine relativ kleine, hochspezialisierte und international zerstreute Wissenschaftsgemeinde wenden, dürfte es im Ergebnis auch schwer fallen, den Inlandsbezug im konkreten Fall abzulehnen. Insbesondere soweit wissenschaftliche Publikationen, wie regelmäßig im Bereich STM, auf Englisch publiziert werden, wenden sie sich nicht nur an die nationale Forschungsgemeinde in Deutschland, sondern an ein weltweites Publikum. Damit ist – mangels verbindlicher internationaler Vereinbarungen über eine Zuständigkeitsbeschränkung – davon auszugehen, dass Gerichte weltweit ihre internationale Tatortzuständigkeit annehmen werden, um über die Rechtmäßigkeit der der Abrufbarkeit in ihrem Land zu entscheiden.

2. Anmerkung zur Reichweite der Entscheidungskompetenz nationaler Gerichte aufgrund internationaler Tatortzuständigkeit, die allein durch die Abrufbarkeit im Internet begründet ist

Zu beachten ist allerdings, dass im Falle einer solchen weltweiten Abrufbarkeit zwar theoretisch in jedem einzelnen Land der Welt ein „deliktischer Gerichtsstand“ zur Klärung der Frage eröffnet ist, ob die Abrufbarkeit eine Verletzungshandlung im eigenen Land darstellt, dass sich allerdings die Entscheidungskompetenz des jeweiligen nationalen Gerichts in solchen Fällen grundsätzlich nur auf eine Nutzung „in“ dem betreffenden Land erstreckt bzw. erstrecken sollte⁷³. Das hieraus resultierende Problem, dass insoweit schon dann, wenn auch nur ein nationales Gericht eine „Geltung“ des deutschen §38 (1) S. 3 UrhG-E für sein Staatsgebiet ablehnt, die freie Abrufbarkeit im Internet für sein Staatsgebiet unzulässig ist, ist als allgemeines Problem im Urheberrecht hinreichend bekannt und in der Literatur thematisiert worden, bislang aber in praktischer Hinsicht ungelöst. Es ist nicht klar, ob eine solche Gerichtsentscheidung technisch beschränkt auf dieses Staatsgebiet umgesetzt werden kann. Solange hierfür keine technischen Möglichkeiten zur Verfügung stehen, könnte eine Umsetzung der Gerichtsentscheidung nur dadurch erfolgen, dass Nutzerkennungen vergeben werden und auf diese Weise die Abrufbarkeit territorial gesteuert wird.

3. Möglicher Inhalt der Entscheidung deutscher Gerichte

Bezüglich der sich hier stellenden Fragen (Verfahrensfragen, Qualifikation, etc.) wird auf die Ausführungen zu Frage 1, Alternative 1, oben verwiesen.

Soweit im Ergebnis die Qualifizierung gemäß dem Urheberrechtsstatut erfolgt und das Schutzlandprinzip angewendet wird, bedeutet dies, dass möglicherweise eine Urheberrechtsverletzung durch den Urheber, der ja eine ausschließliche und (wie anzunehmen ist) weltweite Lizenz erteilt hat und dennoch das Werk zweitveröffentlicht, in allen Ländern erfolgt, in denen das Werk zweitveröffentlicht wird.

Die Lokalisierung der urheberrechtsrelevanten Handlung im Fall der Online-Nutzung von Werken ist besonders schwierig, da hier nicht nur die lokalisierbaren Vervielfältigungshandlungen in Frage stehen (etwa das Hochladen auf dem Server in Deutschland und das Herunterladen im Ausland), sondern auch die grenzüberschreitende Zugänglichmachung, die nach zutreffender Auffassung die Übertragung erfasst. Da der WCT, der das Online-Zugänglichmachungsrecht als Mindestrecht festgelegt hat sowie die dieses Recht umsetzende EU-Richtlinie zur Informationsgesellschaft die Frage der Lokalisierung der Online-Handlungen

⁷³Vgl. z.B. EuGH NJW 1995, 1882.

nicht regelt, und auch sonst keine bindenden Vorschriften zu dieser Frage bestehen, ist die Frage nach der Lokalisierung der Online-Handlungen noch nicht eindeutig gelöst; in der Literatur werden unterschiedliche Meinungen vertreten⁷⁴. Als Anknüpfungspunkte werden für den gesamten Vorgang insbesondere diskutiert: der Standort des Rechners, von dem aus die Inhalte eingespeist wurden; der Standort des Servers, der für das Herauf- oder Herunterladen verwendet wird; der Wohnsitz oder die Niederlassung des Beklagten oder auch des Serverbetreibers sowie alle Orte, von denen aus auf den Inhalt online zugegriffen werden kann⁷⁵.

Geht man von der letzten Alternative aus, zumal ja die ermöglichte Vervielfältigung durch Herunterladen oder Ausdruck jedenfalls im Ausland, von wo aus auf den Inhalt zugegriffen werden kann, stattfindet, so findet die Verletzungshandlung durch die Zweitveröffentlichung durch den Urheber in allen Ländern, in denen ein Zugriff möglich ist, statt, sodass dort nach dem Schutzlandprinzip jeweils das nationale Recht anzuwenden ist; dieses nationale Recht wird aber regelmäßig eine Vorschrift wie §38 (1), S. 3 und 4 UrhG-E nicht enthalten, sodass sich der Urheber darauf auch nicht berufen kann. Solche im Ausland als Verletzung angesehenen Handlungen könnte der Urheber allenfalls dadurch vermeiden, dass er die Zugänglichkeit seines Werks im Rahmen der Zweitveröffentlichung durch technische Schutzmassnahmen, soweit dies möglich ist, auf Deutschland beschränkt.

4. Möglicher Inhalt der Entscheidung ausländischer Gerichte

Wie ein ausländisches Gericht, das seine Internationale Zuständigkeit bejaht hat, die Frage einer Verletzung beurteilen wird, hängt davon ab, wie nach seinem nationalen IPR solche Fälle zu beurteilen sind. Da das nationale IPR weltweit höchst unterschiedlich ist, lassen sich hier ohne eine tiefgehende Analyse konkreter nationaler Rechtsordnungen keine Aussagen treffen⁷⁶.

5. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Frage 4

Zusammenfassend ist Frage 4 wie folgt zu beantworten: Ja, es ist für die „Geltung“ von §38 (1) S. 3 UrhG-E von Bedeutung, ob die Zweitveröffentlichung nur in Deutschland erfolgt, oder ob sie im Internet erfolgt und damit weltweit sichtbar bzw. abrufbar ist. Die Wahrscheinlichkeit, dass §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E

⁷⁴S. z.B. Schrickler/Loewenheim/Katzenberger, a.a.O., Vor §§120 ff., Rn. 145; s. auch LG Hamburg GRUR-RR 2004, 313, 314-315 – Thumbnails.

⁷⁵Für eine Diskussion der Problematik, s. z.B. Schwarz/Peschel-Mehner/ Dreier/Buhrow/Würfel, a.a.O., Rn. 41-46.

⁷⁶Siehe dazu auch oben, B., Frage 1, II..

in Fällen der Zweitveröffentlichung im Internet einer Klage des Verlegers aufgrund seiner ausschließlichen Lizenz nicht entgegen gehalten werden kann, ist sehr hoch.

B. Die einzelnen Fragen

Résumé

Insgesamt sind die folgenden Ergebnisse festzuhalten:

cc) Frage 1 Ob §38(1) S. 3 und 4 UrhG-E auch in Fällen anwendbar ist, in denen ein Autor in einer ausländischen Sammlung erstveröffentlicht und die Zweitveröffentlichung in Deutschland vornimmt, hängt von vielen Einzelfaktoren ab und kann daher nicht pauschal beantwortet werden. Wird eine Klage bei einem deutschen Gericht eingereicht, besteht eine große Wahrscheinlichkeit, dass das Gericht auf dem einen oder anderen Wege zur Anwendung deutschen Sachrechts, einschließlich des §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E, kommt; um dies für den Fall, dass das Gericht das Vertragsstatut anwendet, sicherzustellen, dürfte jedoch eine ausdrückliche Bestimmung als Eingriffsnorm zu empfehlen sein. Das Sachrecht schließt auch das Fremdenrecht ein (§§120 ff. UrhG). Nach diesen Bestimmungen sind in der gegebenen Fallkonstellation nicht nur deutsche, sondern in den meisten Fällen auch ausländische Urheber nach dem deutschen UrhG (also auch durch das geplante Zweitveröffentlichungsrecht) geschützt; nur in extrem seltenen Konstellationen kann es dazu kommen, dass einem ausländischen Urheber die Berufung auf §38 (1) S. 3, 4 UrhG-E aus fremdenrechtlichen Gründen verwehrt wird. In den allermeisten Fällen wird sich ein Urheber also auf das Zweitveröffentlichungsrecht nach §38 (1) S. 3, 4 UrhG-E berufen können, unabhängig davon, ob der Beitrag in einer deutschen oder in einer ausländischen Sammlung veröffentlicht worden ist. Wird die Klage bei einem ausländischen Gericht eingereicht, wie dies bei einem ausländischen Verleger meist der Fall sein wird, so hängt die Antwort von dem jeweiligen ausländischen Recht ab und kann daher nicht pauschal gegeben werden.

dd) Frage 2 Das geplante Zweitveröffentlichungsrecht würde sich mit großer Wahrscheinlichkeit vor deutschen Gerichten gegenüber einem ausländischen Vertragsstatut durchsetzen. Im Ergebnis findet auf das Zweitveröffentlichungsrecht auch bei einem ausländischen Vertragsstatut aller Voraussicht nach das Schutzlandprinzip Anwendung. Ungelöst ist jedoch das Problem, inwieweit auch ausländische Gerichte – soweit sie im Streitfall überhaupt für in Deutschland vorgenommene Verwertungshandlungen international zuständig sind – den vom deutschen Gesetzgeber gewünschten international zwingenden Charakter akzeptieren würden. Hier gibt es wenig Gestaltungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers.

ee) Frage 3 §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E gilt nicht nur für deutsche Urheber, sondern in den meisten Fällen auch für ausländische Wissenschaftler – sei es, dass sie als Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Mitgliedstaates, oder als Staatenlose oder ausländische Flüchtlinge mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland den deutschen Urhebern gleichgestellt sind, oder dass sie insbesondere nach Konventionsrecht mit den Werken, die sie zuerst in einer ausländischen Sammlung veröffentlicht haben und dann in Deutschland zweitveröffentlichen, für die Zweitveröffentlichung dem deutschen Recht unterliegen. Selbst solche (wohl wenigen) ausländischen Urheber, die nach diesen Regeln nicht dem deutschen Recht unterliegen, sind dann von der deutschen Regelung erfasst, wenn sie mit Mitautoren zusammengewirkt haben, von denen zumindest einer ein deutscher oder ihm Gleichgestellter ist. In den allermeisten Fällen dürfte also §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E auch ausländischen Autoren bei einer Zweitveröffentlichung in Deutschland zugute kommen.

ff) Frage 4 Bei einer Zweitveröffentlichung im Internet dürften sich ausländische wie deutsche Gerichte meist für international zuständig halten und das jeweils eigene Kollisionsrecht anwenden. Im Ergebnis ist sowohl bei deutschen als auch ausländischen Gerichten die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, dass §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E einer Klage eines Verlegers aufgrund seiner ausschließlichen Lizenz nicht entgegen gehalten werden kann.

gg) Schlussbemerkung Es sei abschließend darauf hingewiesen, dass sich bei Alternativlösungen zum Zweitveröffentlichungsrecht, wie z.B. bei Zwangslizenzen, vergleichbare Probleme stellen und nach grds. denselben Regeln zu lösen wären. Insbesondere bei einer Zweitveröffentlichung im Internet kämen ausländische Gerichte, die de facto meist von den ausländischen Verlagen angerufen würden, mit hoher Wahrscheinlichkeit auch bei Alternativlösungen zu dem Ergebnis, dass durch diese Internet-Veröffentlichung eine Verletzung im Ausland vorliegt, der §38 (1) S. 3 und 4 UrhG-E nicht entgegengehalten werden kann.