

chen mittels elektronischer Post als per se unzulässig.

RETO MANTZ

Open Content-Lizenzen und Verlagsverträge – Die Reichweite des § 33 UrhG

Das Spannungsverhältnis zwischen Open Content-Lizenzen wie den Creative Commons-Lizenzen oder der Digital Peer Publishing License und Verlagsverträgen ist Gegenstand der nachstehenden Abhandlung. Es wird untersucht, ob auf der Basis von § 33 UrhG bei der Verbreitung von Werken unter Open Content-Lizenzen trotz

Erteilung ausschließlicher Nutzungsrechte an einen Verlag anschließend den Empfängern der Werke einfache Nutzungsrechte erteilt werden können. Da § 33 UrhG auf Grund seines eindeutigen Wortlauts Schwierigkeiten aufwirft, wird zudem die Möglichkeit seiner analogen Anwendung geprüft.

I. Einleitung

Die Verbreitung von wissenschaftlichen Werken als Open Content steckt zwar nicht mehr in den Kinderschuhen, ist aber im Vergleich zur kommerziellen Verwertung noch immer unterrepräsentiert. Open Content und dessen Lizenzierung werden allerdings in Wissenschaftskreisen offensiv diskutiert¹ und rücken weiter in das öffentliche Bewusstsein.

Angestoßen durch die Open Source-Bewegung haben sich verschiedene, der Open Source-Lizenzierung ähnliche

Modelle herausgebildet. Anstatt das Werk hierbei nur über das Internet öffentlich anzubieten, erfolgt die Verbreitung über einen Lizenzvertrag, der nach dem Prinzip des Copyleft eine vertragliche Grundlage für die Weitergabe und

¹) Als Beispiel fordert die *Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG)* die Open Access-Veröffentlichung von durch sie geförderten Forschungsergebnissen, s. http://www.dfg.de/aktuelles_presse/information_fuer_die_wissenschaft/andere_verfahren/info_wissenschaft_04_06.html (Stand: 28.8.2006).

■ Ref. jur. Reto Mantz ist wiss. Mitarbeiter bei der Anwaltssozietät FPS Fritze Paul Seelig, Frankfurt/M.

Weitverbreitung schafft und die zukünftige Freiheit der Werkveröffentlichung garantiert.² Die beiden für den deutschen Raum wichtigsten Lizenzen bilden hierbei sicherlich die Creative Commons Lizenzen (CCPL)³ und die Digital Peer Publishing License (DPPL).⁴ Obwohl die rechtliche Betrachtung der Rechtsverhältnisse bei Open Source schon sehr weit fortgeschritten ist, und die Ergebnisse weitgehend auf die Rechtsgestaltung bei Open Content übertragbar sind,⁵ bleiben insbesondere bei der typischen Wissenschaftsveröffentlichung noch Fragen offen.

II. Vertragsgestaltung bei der Open Content-Lizenzierung

Zunächst ist kurz zu erläutern, wie die vertragliche Gestaltung und die Rechteinräumung im Rahmen einer Open Content-Lizenzierung erfolgen: Der Urheber eines Werks kann frei entscheiden, ob er sein Werk unter eine Open Content-Lizenz stellen will. Die Vertragsgestaltung hierbei ist der bei Open Source sehr ähnlich.⁶ Indem der Autor das Werk mit dem Hinweis auf die Lizenz versieht und z.B. im Internet zum Download zur Verfügung stellt, gibt er ein Angebot an einen unbekanntenen Personenkreis auf Abschluss des zu Grunde liegenden Lizenzvertrags ab. Dabei wird diese Willenserklärung im Dokument bzw. der Ver-

bindung von Dokument und Lizenzvertrag „gespeichert“.⁷ Der Nutzer, der das Werk herunterlädt, kann durch eine einfache Annahmeerklärung den Vertrag schließen. Der Zugang der Annahmeerklärung ist dabei entsprechend § 151 Satz 1 BGB nicht notwendig. Mit Vertragsschluss räumt der Urheber dem Nutzer einfache Nutzungsrechte ein, die insbesondere auch die Rechte der Weitverbreitung und der öffentlichen Zugänglichmachung umfassen. Die dem Nutzer eingeräumten Nutzungsrechte sind quasi-dingliche Rechte,⁸ die der Nutzer gegenüber jedermann verteidigen kann. Diesen Charakter macht auch § 33 UrhG deutlich. Dabei erfolgt die Rechtserteilung immer durch den Urheber selbst, Unterlizenzen können bereits nach § 31 Abs. 3 BGB nicht erteilt werden,⁹ zusätzlich weisen die bekannten Lizenzverträge ausdrücklich auf diesen Umstand hin.¹⁰

Die Einräumung der Nutzungsrechte steht jedoch regelmäßig unter der auflösenden Bedingung des lizenzverletzenden Verhaltens seitens des Nutzers. Über dem Vertrag hängt somit das Damoklesschwert des Heimfalls der Rechte.¹¹ Durch das Angebot ad incertas personas können Lizenzverträge auch bis in die ferne Zukunft geschlossen werden, ohne dass der Urheber davon Kenntnis nehmen würde. Nach § 147 Abs. 2 BGB kann der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, bis zu dem der Antragende mit einer Annahme rechnen muss. Die Frist ist somit aus den Umständen zu ermitteln.¹² Da sich der Urheber der Willenserklärung in gespeicherter Form entäußert und Dritte ausdrücklich auffordert, das Werk mit der gespeicherten Willenserklärung auch nach längerer Zeit noch weiterzugeben, ist die Willenserklärung grundsätzlich unbefristet.¹³ Fraglich ist des Weiteren, ob er sein Angebot überhaupt in irgendeiner Form zurücknehmen oder widerrufen kann.¹⁴ Die Situation stellt sich somit wie folgt dar: Gibt der Urheber sein Werk unter einer Open Content-Lizenz in den Verkehr, so können sich zukünftige Nutzer jederzeit durch einfache Annahme des vorliegenden Angebots die lizenzvertraglichen Nutzungsrechte einräumen lassen.

III. Das Problem: § 33 UrhG

Der Zeitpunkt der Nutzungsrechtseinräumung bei Open Content-Lizenzen hängt also nur vom Nutzerverhalten ab, ein Einfluss des Urhebers ist praktisch nicht mehr gegeben. Will der Urheber sein Werk aber doppelt verwerten, so wird er in aller Regel versuchen, mit einem Verlag auf der Basis eines Verlagsvertrags die Veröffentlichung als Druckwerk auszuhandeln. Verlagsverträge enthalten jedoch in der Regel die vollständige Einräumung aller ausschließlichen Nutzungsrechte. Diesen Vorgang könnte man auch als „Rechte-Buy-Out“ bezeichnen.¹⁵ Da die Autoren häufig darauf angewiesen sind, ihr Werk über einen anerkannten Verlag oder in einer renommierten Zeitschrift zu veröffentlichen, um die entsprechende Anerkennung in der Wissenschaftsgemeinde zu gewinnen,¹⁶ befinden sich die Verlage insofern in der stärkeren Position.¹⁷

Problematisch ist der Fall, wenn ein Urheber zunächst sein Werk unter eine Open Content-Lizenz stellt, es verbreitet und erst anschließend die vertraglichen Verhandlungen mit dem Verlag aufnimmt und abschließt.¹⁸ Unter strikter Anwendung des § 33 Satz 1 UrhG würde sich die Situation wie folgt darstellen: Nutzer, die bereits vor der Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts den Lizenzvertrag mit dem Urheber abgeschlossen haben, wären in ihrer Rechtsposition durch § 33 Satz 1 UrhG geschützt. Das Ver-

2) Copyleft deutet hierbei an, dass im Gegensatz zum normalen Copyright die Urheberrechte dazu genutzt werden, das Werk frei zugänglich zu machen und zu halten; s. dazu <http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html> (Stand: 28.8.2006); *Jaeger/Metzger*, MMR 2003, 431, 434 m.w.Nw.

3) <http://www.creativecommons.org> (Stand: 28.8.2006).

4) <http://www.dipp.nrw.de> (Stand: 28.8.2006).

5) Die Unterschiede in der Verwendung der urheberrechtlichen Befugnisse betonend *Dreier*, in: FS Schricker, S. 283, 298.

6) Zu Open Source s. nur *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006; *Spindler*, Rechtsfragen bei Open Source, 2004.

7) Grds. zur Abgabe von Willenserklärungen mittels Dokumenten *John*, AcP 184 (1984), 385.

8) BT-Drs. 15/38, 23; *Loewenheim/Nordemann*, in: Loewenheim, Hdb. des Urheberrechts, 2003, § 25 Rdnr. 1, 7; *Rehbinder*, Urheberrecht, 14. Aufl. 2006, Rdnr. 560; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, Praxiskomm. zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 31 Rdnr. 31, § 33 Rdnr. 1; v. *Gamm*, Urheberrechtsgesetz, 1968, § 33 Rdnr. 2; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. 2005, Rdnr. 540; ausf. *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, 1977, S. 222 ff.; a.A. *Spautz*, in: Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 31 Rdnr. 9; *Hertin*, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, §§ 31/32 Rdnr. 2; *Pahlow*, ZUM 2005, 865; *Götting*, in: *Beier* (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, S. 53, 68; so auch noch BT-Drs. IV/270, 27, 56; differenzierend *Schricker*, in: *Schricker*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, vor §§ 28 ff. Rdnr. 49 m.w.Nw.

9) *Loewenheim/Nordemann*, in: Loewenheim, (o. Fußn. 8), § 25 Rdnr. 9; i.E. ebenso *Schricker* (o. Fußn. 8), vor §§ 28 ff. Rdnr. 23.

10) § 2 Abs. 5 DPPL, Ziff. 4 lit. a Satz 3 CCPL; ebenso *Jaeger/Metzger*, MMR 2003, 431, 434.

11) *Mantz*, in: *Spindler* (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, S. 55, 66.

12) RGZ 97, 2, 3 f.; *BGH NJW* 1999, 2179, 2180; *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, 65. Aufl. 2006, §§ 147/148 Rdnr. 4; *Armbrüster*, in: *Erman*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 147 Rdnr. 18 f.

13) Vgl. *BGH NJW* 1999, 2179, 2180: Im Geltungsbereich des § 151 BGB bestimmt sich die Frist lediglich nach dem Willen des Antragenden.

14) Evtl. könnte man den öffentlichen Widerruf nach § 132 Abs. 2 BGB anwenden, um die Wirksamkeit nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB zu verhindern. Dies ist allerdings bisher ungeklärt und würde vermutlich zu großer Rechtsunsicherheit führen.

15) So auch *Zimmel*, Wissenschaftliche Informationsversorgung im Umbruch, 2002, http://www.epublications.de/Wiss_Info_Umbruch.pdf (Stand: 28.8.2006); *Wurch*, in: *Behrwolli/Gehring/Lutterbeck*, Open Source Jahrbuch 2005, S. 435, 440.

16) *Ball*, Open Access – die Revolution im wissenschaftlichen Publizieren?, in: *Bekavac/Herget/Rittberger* (Hrsg.): Informationen zwischen Kultur und Marktwirtschaft, 2004, S. 413, 429, erhältlich unter: <http://www.informationswissenschaft.org/download/isi2004/cc-isi04-art23.pdf> (28.8.2006).

17) Vgl. dazu z.B. das Vorwort in *Rehbinder* (o. Fußn. 8).

18) So Präambel der DPPL; *Jaeger/Metzger*, MMR 2003, 431, 433.

bietungsrecht des Verlags wäre insofern beschränkt, das Urheberrecht war somit bereits bei Erteilung des ausschließlichen Nutzungsrechts dinglich bzw. quasi-dinglich belastet.¹⁹ Dies gilt jedoch gerade nur für die Inhaber von Nutzungsrechten, die vor der Einräumung über die Einräumung des ausschließlichen Nutzungsrechts erteilt wurden.²⁰ Nutzer hingegen, die erst danach den Lizenzvertrag geschlossen haben, sind nicht geschützt. Sie befinden sich sogar in der ungünstigen Situation, dass sie tatsächlich gar keine Nutzungsrechte erworben haben, obwohl der Anschein sich eindeutig aus dem Werk und dem Lizenzvertrag ergibt. Gerade die Erteilung eines ausschließlichen Nutzungsrechts durch den Autor bewirkt nämlich eine dingliche Belastung des Urheberrechts. Der Urheber verliert ab diesem Zeitpunkt die Verfügungsgewalt über die vom ausschließlichen Nutzungsrecht umfassten Nutzungsrechte. Der Nutzer kann somit zwar den Lizenzvertrag abschließen, der Urheber kann ihm jedoch mangels Verfügungsbefugnis die vertraglich versprochenen Nutzungsrechte nicht einräumen, insofern liegt Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB vor. Auch gutgläubig kann der Vertragspartner die Nutzungsrechte nicht erwerben, da ein solcher gutgläubiger Erwerb nicht vorgesehen ist.²¹

§ 33 UrhG wäre allerdings unmittelbar anwendbar, wenn die Handlung des Urhebers als Verzicht auf das Verwertungsrecht zu sehen wäre.²² Ginge man nämlich davon aus, dass der Urheber bereits im Vorhinein vollständig gegenüber der Allgemeinheit auf seine Rechte verzichtet hätte, so wäre die Rechtsstellung des Erwerbers dem wirksamen Erwerb eines Nutzungsrechts zumindest ähnlich. Unabhängig von der strittigen Frage, ob der Verzicht auf Verwertungsrechte nur bestimmten Personen gegenüber,²³ generell²⁴ oder gar nicht²⁵ möglich ist, führt die Annahme eines Verzichts jedoch fehl. Indem der Urheber sein Werk unter eine Open Content-Lizenz stellt, macht er deutlich, dass er gerade nicht bereit ist, auf seine Rechte zu verzichten.²⁶ Der vereinbarte Heimfall der Rechte bei einer Lizenzverletzung ist schließlich rechtlich nur realisierbar, wenn der Urheber die Verwertungsrechte in der Hand behält.

§ 33 UrhG kann demnach nicht direkt angewendet werden, sodass der Nutzer, der den Lizenzvertrag nach der Übertragung der ausschließlichen Nutzungsrechte schließt, dem Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts schutzlos gegenübersteht. Ungeachtet dessen bleibt die Willenserklärung – also das Vertragsangebot – des Urhebers weiterhin bestehen, es werden demnach immer wieder – nicht erfüllbare – Lizenzverträge geschlossen,²⁷ sofern der Urheber nicht dafür Sorge trägt, dass dem potenziellen Nutzer vor Zugang der Willenserklärung, also bevor er eine Werkkopie mit Lizenzvertrag erhält, ein entsprechender Widerruf zugeht, der nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB die Wirksamkeit des Angebots auf Abschluss des Lizenzvertrags hindert.

IV. Die Lösung: § 33 UrhG analog?

Den Weg aus diesem Dilemma könnte ebenfalls § 33 UrhG weisen. Nach dessen eindeutigem Wortlaut ist die direkte Anwendung allerdings nicht möglich. Zum Ziel führen könnte dementsprechend eine analoge Anwendung des § 33 UrhG. Um eine Norm entgegen oder über den Wortlaut hinaus analog anzuwenden, bedarf es jedoch einer gründlichen Untersuchung und Diskussion.²⁸ Es ist also zu überlegen, ob erstens eine analoge Anwendung überhaupt möglich ist, und zweitens, ob diese interessengerecht und angemessen wäre.

1. Sinn und Zweck des § 33 UrhG

Nach der Gesetzesbegründung soll die Regelung des § 33 UrhG vor allem unbillige Ergebnisse verhindern, die dadurch entstehen, dass der Urheber nach der Erteilung einfacher Nutzungsrechte an einen Dritten in Form eines ausschließlichen Nutzungsrechts verfügt.²⁹ Dem Inhaber des einfachen Nutzungsrechts soll es ermöglicht werden, seine getätigten Investitionen zu amortisieren, insofern ist sein Vertrauen auf den Erhalt des Rechts schutzwürdig.³⁰ Die Änderung des § 33 UrhG durch das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern³¹ ändert hieran inhaltlich nichts. Vielmehr sollten durch die Anpassung Fälle analoger Anwendung, die bereits vor der Reform in der Rechtswissenschaft anerkannt waren, nunmehr von § 33 UrhG erfasst werden.³² Die Änderung erstreckt sich somit insbesondere auf den vorher nur analog erfassten Fall, dass der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts einfache Nutzungsrechte erteilt.³³ Zudem wird der dingliche Charakter des einfachen Nutzungsrechts verdeutlicht,³⁴ indem es dem ausschließlichen Nutzungsrecht dem Schutz nach gleichgestellt wird. Schlussendlich soll der Inhaber eines Nutzungsrechts vor der späteren Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts geschützt werden.³⁵

2. Gesetzeslücke

Voraussetzung einer Analogie ist jeweils zunächst das Vorliegen einer Gesetzeslücke.³⁶ Es müsste demnach einen Fall geben, der durch die in Frage stehende Norm nicht abgedeckt wird.³⁷ § 33 UrhG schützt grundsätzlich eingeräumte Nutzungsrechte. Der Schutz ist jedoch beschränkt auf die vorher erteilten Nutzungsrechte. Im Falle von Open Content, ebenso wie grundsätzlich allgemein bei der Erteilung von Rechten, werden Nutzungsrechte erst zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erteilt, allerdings

19) Schrickler (o. Fußn. 8), § 33 Rdnr. 4; Loewenheim/Nordemann (o. Fußn. 8), § 26 Rdnr. 32.

20) Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 33 Satz 1 UrhG: Nutzungsrechte bleiben nur ggü. „später eingeräumten“ Nutzungsrechten wirksam.

21) BGHZ 5, 116, 119; BGH GRUR 1959, 200, 203; Schrickler (o. Fußn. 8), vor §§ 28 ff. Rdnr. 63.

22) Bei Verzicht greift § 33 UrhG, Loewenheim/Nordemann (o. Fußn. 8), § 26 Rdnr. 32; Schrickler (o. Fußn. 8), § 33 Rdnr. 10.

23) Schrickler (o. Fußn. 8), § 29 Rdnr. 18.

24) BGHZ 129, 66, 72; für einzelne Nutzungsarten Ulmer, § 84 V; Schrickler (o. Fußn. 8), § 29 Rdnr. 18; Nordemann, in: Loewenheim (o. Fußn. 8), § 23 Rdnr. 11.

25) Nur Erteilung von Nutzungsrechten an jedermann Hertin, in: Fromm/Nordemann (o. Fußn. 8), vor § 28 Rdnr. 2; Spautz, in: Möhring/Nicolini (o. Fußn. 8), § 29 Rdnr. 7; v. Gamm (o. Fußn. 8), § 29 Rdnr. 6.

26) Ebenso Spindler (o. Fußn. 6), Kap. C Rdnr. 6; Koch, Computervertragsrecht, 6. Aufl. 2002, Rdnr. 2106; dies ist gerade die Idee des „Copyleft“, dazu <http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html> (Stand: 28.8.2006).

27) Auf die vertragliche Haftung ggü. den Nutzern im Unmöglichkeitssfall nach §§ 280 Abs. 1, 283 BGB und insb. den Haftungsumfang wird hier nicht eingegangen.

28) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 381 f.; Bork, BGB AT, 2001, Rdnr. 143.

29) BT-Drs. IV/270, 27, 56.

30) BT-Drs. IV/270, 27, 56; BGH GRUR 1986, 91, 93; Schrickler (o. Fußn. 8), § 33 Rdnr. 4; Loewenheim/Nordemann (o. Fußn. 8), § 26 Rdnr. 32; ähnl. für die Erteilung einer Patenlizenz BGHZ 60, 312, 319; Forkel (o. Fußn. 8), S. 85 f.

31) BGBl. I, 2002, Nr. 21, S. 1155–1158.

32) BT-Drs. 14/6433, 16.

33) OLG Stuttgart FuR 1984, 393, 396; Schrickler (o. Fußn. 8), § 33 Rdnr. 9; Loewenheim/Nordemann (o. Fußn. 8), § 26 Rdnr. 32.

34) Wandtke/Grunert (o. Fußn. 8), § 33 Rdnr. 12.

35) Ein einfaches Nutzungsrecht schützt in keinem Fall vor der Einräumung eines weiteren einfachen Nutzungsrechts, Loewenheim/Nordemann, in: Loewenheim (o. Fußn. 8), § 25 Rdnr. 7; Schrickler (o. Fußn. 8), § 33 Rdnr. 2.

36) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 25; Leipold, BGB I, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 92.

37) Larenz (o. Fußn. 28), S. 370; Larenz/Wolf, BGB AT, § 4 Rdnr. 80.

liegt die Abgabe des Angebots auf Abschluss des Lizenzvertrags seitens des Urhebers im hier vorgestellten Fall zeitlich vor der Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts. Nutzungsrechte von Vertragspartnern, die den Lizenzvertrag erst danach abschließen, fallen somit nicht unter den Schutz von § 33 UrhG. Die spezielle Situation des Open Content ist nicht erfasst. Eine Gesetzeslücke liegt demnach vor.

3. Planwidrigkeit der Gesetzeslücke

Des Weiteren müsste die Lücke auch planwidrig sein. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber die Lücke nicht gesehen und deshalb keine entsprechende Regelung getroffen hat.³⁸ Problematisch könnte hierbei sein, dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern die Vergütungsregeln in § 32 Abs. 3 UrhG mit einem ausdrücklichen Hinweis auf Open Source³⁹ und Open Content⁴⁰ geändert hat. Danach ist die unentgeltliche Erteilung von Nutzungsrechten an jedermann von der grundsätzlichen Regelung des § 32 Abs. 1 UrhG zur angemessenen Vergütung ausgenommen. Der Gesetzgeber hat folglich die neue Situation, die durch Open Content entsteht, gesehen und entsprechende Maßnahmen ergriffen. Man könnte daraus folgern, dass er die Lücke durchaus gesehen, aber absichtlich keine Regelung getroffen hat, was gegen die Annahme einer planwidrigen Lücke spricht.⁴¹ Dagegen lässt sich allerdings anführen, dass das Leitbild der Gesetzesänderung von der Situation bei Open Source geprägt ist, und die Unterschiede bei Open Content zu diesem Zeitpunkt in der rechtswissenschaftlichen Lehre bei weitem noch nicht aufgearbeitet waren.⁴² Zwar unterscheiden sich bei Open Content und Open Source die Rechtspositionen nicht maßgeblich, im Bereich des Open Source ist jedoch die Einbeziehung der Beteiligten grundsätzlich anders als im Publikations- und Wissenschaftsbereich. Bei Open Content, insbesondere bei der Veröffentlichung wissenschaftlicher Werke, herrscht in weiten Bereichen noch immer die Veröffentlichung in einem Printmedium vor. Häufig bei Open Content ist demnach die duale Publikation, also die Veröffentlichung sowohl in einem Wissenschaftsverlag als auch über elektronische Medien.⁴³ Während also bei Open Source-Werken nur das Konfliktverhältnis zu kommerziellen Konkurrenzprodukten besteht, das sich gerade erst nach der Veröffentlichung zeigt, stellt bei Open Content bereits die Veröffentlichung an sich das Problem dar. Es stehen sich nicht nur Urheber, Nutzer und Konkurrenten gegenüber, vielmehr sind die gegenläufigen Interessen von Nutzern und Verlagen an den Veröffentlichungsmodalitäten zu beachten. Bei Open Source be-

schränkt sich die Erteilung von Rechten auf die Erteilung von einfachen Nutzungsrechten, wohingegen bei Open Content auch die Erteilung von ausschließlichen Nutzungsrechten, z.B. an Verlage oder Repositorienbetreiber,⁴⁴ verwendet wird. Gerade dieses Konfliktpotenzial könnte der Gesetzgeber, Open Source vor Augen, nicht einbezogen haben. Dementsprechend wurde § 33 UrhG auch nicht angepasst. Ob der Gesetzgeber eine entsprechende Entscheidung zur Änderung bei Kenntnis der Lücke getroffen hätte, lässt sich nur schwer sagen. So hat die *Bundesregierung* in der Diskussion um den sog. zweiten Korb ausdrücklich auf die Aufnahme von Regelungen zu Gunsten von Open Access-Modellen verzichtet,⁴⁵ während der *Bundesrat* gerade solche Maßnahmen gefordert hat.⁴⁶ Auf Grund der anhaltenden Diskussion kann für die vorliegende Betrachtung vorerst von einer planwidrigen Gesetzeslücke ausgegangen werden.

4. Vergleichbare Interessenlage

Schließlich müsste auch noch eine vergleichbare Interessenlage gegeben sein.⁴⁷ Die geregelte Gesetzesituation müsste demnach der unregulierten so ähnlich sein, dass eine Übertragung im Wege der Analogie als angemessene Behandlung und nicht als Bruch erscheint.⁴⁸ § 33 UrhG dient dazu, dingliche Belastungen des Urheberrechts zu erreichen. Durch die Regelung wird der Charakter der Absolutheit auch des einfachen Nutzungsrechts unterstrichen. Die Norm verdeutlicht weiter, dass der Urheber mehrfach und in verschiedener Art und Weise über das Urheberrecht verfügen, also vielfach Nutzungsrechte einräumen kann. Regelungsgegenstand ist demnach das Verhältnis mehrerer Nutzungsrechte zueinander, und zwar in dem Sinne, dass der Inhaber eines Nutzungsrechts schutzwürdig ist.⁴⁹ Es wird die Interessenlage des Empfängers eines Nutzungsrechts insoweit berücksichtigt, als sein Vertrauen in die dingliche Willenserklärung des Urhebers besteht und berechtigt ist.

Für eine Analogie spricht somit zunächst, dass sie den zweckten Nutzerschutz ausweiten würde. In der hier vorgestellten Konstellation wird die Willenserklärung des Urhebers ad incertam personam gespeichert und bleibt somit über alle Vervielfältigungsvorgänge des Werkstücks erhalten. Eben diese Speicherung des Urheberwillens ist geeignet, ein allgemeines Vertrauen der Nutzer in die Rechtserteilung zu erzeugen. Hinzu kommt das Interesse des Urhebers an Rechtssicherheit. Ebenso wie die Rücknahme einmal erteilter Nutzungsrechte unmöglich ist, kann ein einmal unter eine Open Content-Lizenz gestelltes Werk faktisch nicht mehr zurückgerufen werden. Die entsprechende Willenserklärung auf Abschluss des Lizenzvertrags und Erteilung eines Nutzungsrechts bleibt erhalten und kann maximal unter Anwendung von §§ 132 Abs. 2, 130 Abs. 1 Satz 2 BGB durch den öffentlichen Widerruf wieder wirksam vernichtet werden. Diese Vorgehensweise wäre jedoch geeignet, das Vertrauen in Open Content insgesamt zu erschüttern.⁵⁰

Ohne eine Analogie des § 33 UrhG würde der Urheber fortlaufend, ohne entsprechenden Zugang der Annahmeerklärungen, Lizenzverträge schließen, die er auf Grund der Erteilung des ausschließlichen Nutzungsrechts an einen Verlag nicht erfüllen könnte. Er könnte sich trotz des Vorliegens der Unmöglichkeit vielfachen Ansprüchen aus dem Vertrag gegenübersehen. Ebenso ist die Behandlung des Verhältnisses zwischen den Lizenzvertragspartnern und dem Verlag einzuordnen. Jeder Nutzer von Open Content-Werken müsste befürchten, dass er das Angebot

38) Brox, BGB AT, 28. Aufl. 2004, Rdnr. 64, 68; Bork (o. Fußn. 28), Rdnr. 144; Leibold (o. Fußn. 36), Rdnr. 91; Larenz (o. Fußn. 28), S. 374.

39) BT-Drs. 14/6433, 15; 14/8058, 19.

40) BT-Drs. 14/6433, 15.

41) Vgl. Bork (o. Fußn. 28), Rdnr. 144.

42) So auch Jaeger/Metzger, MMR 2003, 431.

43) Dieser Weg wird als „Green Road“ im Gegensatz zur „Golden Road“, also der Primärveröffentlichung in einer Open Access-Zeitschrift, bezeichnet, Harnad, <http://www.ariadne.ac.uk/issue42/harnad/> (Stand: 28.8.2006); Bargheer/Bellem/Schmidt, in: Spindler (o. Fußn. 11), S. 1, 2.

44) Vgl. Mantz, in: Spindler (o. Fußn. 11), S. 55, 92.

45) Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (BR-Drs. 257/06 – Beschluss), BT-Drs. 16/1828, 107 f.

46) BR-Drs. 257/06 (Beschluss), 7.

47) Larenz/Wolf, BGB AT, § 4 Rdnr. 80; Bork (o. Fußn. 28), Rdnr. 145.

48) Ähnl. Larenz (o. Fußn. 28), S. 381.

49) BT-Drs. IV/270, 27, 56; s.a. o. Fußn. 30.

50) Vgl. zur Creative Commons-Lizenz Mantz, in: Spindler (o. Fußn. 11), S. 55, 73 f.

des Urhebers über die Erteilung der Nutzungsrechte zu spät angenommen und aus diesem Grunde keinerlei Nutzungsrechte erworben hätte. Damit wäre er den Verbotensansprüchen eines Dritten, sprich dem Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts, ausgesetzt, denn die Vereinbarung mit dem Urheber würde rein schuldrechtlich wirken. Der Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts könnte bei strikter Anwendung des § 33 UrhG die weitere Nutzung untersagen.

Zu den eventuellen Gerichtskosten kommt die Beweisproblematik. Der Zeitpunkt des Erwerbs der Nutzungsrechte ließe sich wohl nur in den seltensten Fällen überhaupt sicher feststellen. Wurde durch den Urheber über den Lizenzvertrag die Bearbeitung des Werks gestattet, sind selbst Zeitstempel der Dateien, die übrigens auch bei einem Kopiervorgang geändert werden können, keine sichere Hilfe. Außerdem sind sie leicht zu manipulieren. Während der Erwerber des ausschließlichen Nutzungsrechts dessen Erwerb in aller Regel durch Vorlage einer Vertragsurkunde wird nachweisen können, kann derjenige, der ein Open Content-Werk nutzt, im besten Fall den Erhalt des Werks, aber kaum den Zeitpunkt der Einigung über die Rechtsübertragung belegen.

Damit wird der Nutzer eines Open Content-Werks zusätzlich einem hohen Prozessrisiko ausgesetzt. In der Folge könnte regelmäßig nicht einmal derjenige, der das einfache Nutzungsrecht tatsächlich durch rechtzeitigen Vertragsschluss und Einigung erworben hätte, dieses Recht gegenüber dem ausschließlichen Rechtsinhaber behaupten. Auch hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern zum Ausdruck gebracht, dass er die Anliegen der Open Content-Gemeinde durchaus ernst nimmt und Gesetzesänderungen zu deren Gunsten möglich sind.⁵¹ Folgt man dieser Argumentation und wendet § 33 UrhG analog auf den vorliegenden Fall an, so würde dies eine dingliche Vorbelastung zu Lasten späterer Verfügungen an den Verlag bewirken.⁵² Das noch nicht erteilte Nutzungsrecht würde damit in der Wirkung einem rechtzeitig erteilten Nutzungsrecht gleichstehen.

Gegen die entsprechende Anwendung spricht, dass die Anwendung von § 33 UrhG auf die hier vorgestellten Fallkonstellationen zum Schutz von Nutzungsrechten führen würde, die faktisch noch gar nicht erteilt wurden. Dies würde eine Ausnahme vom Dinglichkeitsprinzip bedeuten. Der Inhaber eines anderen dinglichen Rechts kann ebenfalls nur einmal endgültig über ein Recht verfügen. Dies gebietet bereits der Rechtsschutz. Fraglich ist, ob nicht die Rechtsstellung des Empfängers der einer Anwartschaft vergleichbar ist. § 33 UrhG könnte dann dem Schutz dieses Anwartschaftsrechts dienen.

Ein Anwartschaftsrecht entsteht grundsätzlich, wenn von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts bereits so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere Teil nicht mehr einseitig zerstören kann.⁵³ In diesem Sinne entsteht ein Anwartschaftsrecht, wenn die Parteien alles ihrerseits Nötige getan haben, um den Rechtserwerb bzw. -übergang zu erreichen. Ein mehraktiger Vorgang ist jedoch nicht gegeben, vielmehr handelt es sich vorliegend hauptsächlich um die Frage nach dem Zeitpunkt der Einigung.

Ein Anwartschaftsrecht entsteht folglich gerade nicht, zumal der Nutzer hierfür wenigstens das Bewusstsein des Er-

werbs haben müsste. Er ist aber zum Zeitpunkt der Freigabe des Werks mit dem Angebot des Urhebers auf Abschluss des Lizenzvertrags noch gar nicht involviert.

Die Anwendung von § 33 UrhG würde demnach ein noch nicht vorhandenes, nicht einmal im Entstehen begriffenes Recht schützen. Bereits das schuldrechtliche Verhältnis als Grundlage der dinglichen Rechtseinräumung ist noch nicht vorhanden. Es fehlt somit eindeutig der Anknüpfungspunkt für den dinglich wirkenden Schutz. Dies ist auf der Grundlage des bisherigen Rechtsrahmens schlechterdings unmöglich.

Auch der Vorabtretung einer Forderung nach § 398 BGB ist die Situation nicht ähnlich. Forderungen können zwar abgetreten werden, bevor sie entstanden sind.⁵⁴ Nicht einmal der Rechtsgrund für die Forderung muss bestehen.⁵⁵ Allerdings muss mindestens die Einigung über die Abtretung vorhanden sein. Im hier betrachteten Fall fehlt bereits diese. Entsteht die Forderung schließlich, so erwirbt der Zessionar die Forderung nur mit dem Inhalt, den sie bei ihrer Entstehung hat. Schutzvorschriften können diesbezüglich also erst greifen, wenn das Recht entstanden ist, nicht aber schon zum Zeitpunkt der schuldrechtlichen Vereinbarung. Selbst wenn man eine Parallele annähme, so könnte der Schutz des § 33 UrhG in entsprechender Anwendung erst greifen, wenn die Einigung über die Nutzungsrechtseinräumung erfolgt. In diesem Moment wirkt jedoch bereits das ausschließliche Nutzungsrecht, die Einigung läuft wegen der fehlenden Verfügungsbefugnis ins Leere. Auch unter Zuhilfenahme des § 398 BGB kann somit nicht auf das Vorhandensein eines rechtlichen Anknüpfungspunkts verzichtet werden.

Zudem spricht auch der Sinn und Zweck des § 33 UrhG nicht zwangsläufig für eine Analogie im speziellen Fall offener Inhalte. Während grundsätzlich insbesondere der Investitionsschutz gewährleistet werden soll, erwirbt der Nutzer bei Open Content das Nutzungsrecht kostenlos. Insofern fehlt es an der entsprechenden zu amortisierenden Investition. Anders könnte sich dies nur darstellen, wenn die kommerzielle Nutzung auch im Wege der körperlichen Verbreitung erlaubt war und der Nutzer z.B. Druckkosten hatte. Diese Fallkonstellation stellt aber eher die Ausnahme dar, ihr Schutz würde eine weitere Komplizierung der Rechtssituation bedeuten. Die Interessenlage bei der dualen Veröffentlichung mittels Open Content ist demnach der gesetzlich geregelten Situation des § 33 UrhG nicht vergleichbar.

5. Ergebnis

Die analoge Anwendung des § 33 UrhG, so sinnvoll sie auch rechtspolitisch sein mag, scheitert folglich an der mangelnden Vollendung des Rechtsgeschäfts. Der fehlende rechtliche Anknüpfungspunkt stellt ein Hindernis dar, das sich auf dem Wege der Rechtsfortbildung mittels Analogie nicht überwinden lässt.

51) Vgl. BT-Drs. 14/6433, 15; BT-Drs. 14/8058, 19.

52) So Präambel der DPPL; Jaeger/Metzger, MMR 2003, 431, 433.

53) BGHZ 49, 197, 201; 83, 395, 399; BGH NJW 1994, 3099, 3100; NJW 1996, 1740, 1741.

54) BGHZ 108, 98, 105; BGH NJW 2000, 276, 277; Rohe, in: Bamberger/Roth, Bürgerliches Recht, 2. Aufl. 2006, § 398 Rdnr. 32; Roth, in: MüKo-BGB, 4. Aufl. 2001, § 398 Rdnr. 79.

55) Roth (o. Fußn. 54), § 398 Rdnr. 79.

V. Rechtsfolgen

Als Folge könnte durchaus eine gewisse Rechtsunsicherheit entstehen. Es lässt sich aber festhalten, dass es in der Hand des Urhebers liegt, die missliche Situation zu vermeiden. Er hat die Möglichkeit, das Werk entweder zunächst dem Verlag anzubieten und sich zumindest die elektronische Verbreitung vorzubehalten. Dann könnte er zumindest eine Lizenz wie die DPPL verwenden.⁵⁶ Alternativ könnte er das Werk zunächst unter eine Open Content-Lizenz stellen, müsste aber anschließend die Verhandlungen mit dem Verlag entsprechend gestalten und einen Hinweis auf die Lizenz aufnehmen.

⁵⁶ Vgl. *Mantz*, in: *Spindler* (o. Fußn. 11), S. 55, 101.

VI. Fazit

Wie gezeigt, besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit auf Grund der Regelung von § 33 UrhG bei der Verwendung von Open Content-Lizenzen und anschließender Rechteerteilung an den Verlag. Diese lässt sich nicht durch eine analoge Anwendung der Norm auflösen. Ob ein solcher Schutz über den Wortlaut des § 33 UrhG hinaus erfolgen sollte, ist eine rechtspolitische Entscheidung, die dem Gesetzgeber überlassen bleibt. Urheber, die eine Open Content-Lizenz einsetzen wollen, aber dennoch die Veröffentlichung über einen Verlag anstreben, sollten die Vertragsverhandlungen mit offenen Karten führen. Bei ihnen liegt die Verantwortung, Rechtsunsicherheiten auch zu ihren eigenen Lasten zu verhindern.