

Horst-Peter Götting / Anne Lauber-Rönsberg

Open Access und Urheberrecht

ÜBERSICHT

I. Einführung

1. Tatsächliche Hintergründe
2. Rechtliche und faktische Maßnahmen zur Förderung von Open Access
 - a) Verpflichtungen durch das Hochschulrecht
 - b) Maßnahmen der Hochschulen
 - c) Maßnahmen der öffentlichen Forschungsförderung
 - d) Urheberrechtliche Maßnahmen

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

1. Freiheit der Forschung, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG
2. Verfassungsrechtlicher Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts durch Art. 2 Abs. 1 GG
3. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG

III. Urheberrechtliche Grundlagen

1. Schutz von Forschungsergebnissen
 - a) Schutz durch das Urheberrecht
 - b) Schutz durch Leistungsschutzrechte
2. Rechtsinhaberschaft

IV. Förderung von Open-Access-Publikationen durch das Urheberrecht

1. Vorschläge *de lege ferenda*
 - a) Bei wissenschaftlichen Werken nur Recht auf Anerkennung der Urheberschaft
 - b) Einführung einer Anbieterspflicht
 - c) Weitere Vorschläge
2. Open Access und Verlagsverträge
 - a) Der „goldene Weg“
 - b) Der „grüne Weg“: § 38 Abs. 1, 4 UrhG
 - c) Ergänzung durch hochschulrechtliche Publikations- oder Anbieterspflichten?

V. Fazit

I. Einführung

Der Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen ist Grundvoraussetzung für jede Forschungstätigkeit. Auf

dieser Erkenntnis basiert die Open-Access-Bewegung, deren Ziel darin besteht, einen unmittelbaren, uneingeschränkten und kostenlosen Zugang zu wissenschaftlicher Literatur und anderen Forschungsergebnissen im Internet zu ermöglichen.¹ Ein Katalysator für diese Entwicklung war die sog. „Journal Crisis“: In den letzten Jahrzehnten sind die Bezugspreise von Zeitschriften der internationalen Marktführer Elsevier, Wiley, Kluwer/Springer und Blackwell in den MINT-Fächern stark angestiegen.² Da die Bibliotheksetats mit dieser Entwicklung nicht Schritt hielten, waren die Bibliotheken gezwungen, Zeitschriften abzubestellen. Diese Einnahmeverluste kompensierten die Fachverlage durch weitere Preiserhöhungen. Als Folge entwickelten sich zunächst private transnationale Initiativen wie die Budapest Open Access Initiative (2002),³ das Bethesda Statement of Open Access Publishing (2003)⁴ und die Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities (2003).⁵ Diesen Initiativen hat sich auch die Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen angeschlossen.⁶ Mittlerweile hat sich die Förderung von Open Access als wissenschaftspolitisches Handlungsfeld national und international etabliert. So hat sich die Europäische Kommission zum Ziel gesetzt, dass bis zum Jahr 2016 60 % der mithilfe öffentlicher Mittel geschaffenen wissenschaftlichen Beiträge EU-weit frei zugänglich sein sollen.⁷

1. Tatsächliche Hintergründe

Es ist zwischen zwei unterschiedlichen Arten von Open-Access-Publikationen zu unterscheiden: Der „goldene Weg“ (golden road) bezieht sich auf die Erstveröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge in Open-Access-Zeitschriften oder durch andere frei zugängliche Dokumentenserver, während der „grüne Weg“ (green road) allein auf die zweite Zugänglichmachung einer Publikation abstellt, die in einem anderen Rahmen – in der Regel in

1 Vgl. z.B. *Suber*, Open Access, 2012, S. 4.

2 In den Jahren von 1975-1995 sind die Abonnement-Preise um mehr als 300 % über der Inflationsrate gestiegen, vgl. Europäische Kommission, Study on the Economic and Technical Evolution of the Scientific Publication Markets in Europe: Final Report – January 2006, http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/scientific-publication-study_en.pdf (18.5.2015); s. auch BReg, Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, 05.04.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 9.

3 Budapest Open Access Initiative, www.budapestopenaccessinitiative.org (18.5.2015).

4 Bethesda Statement of Open Access Publishing, <http://legacy.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm> (18.5.2015).

5 Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities, http://openaccess.mpg.de/67605/berlin_declaration_engl.pdf (18.5.2015).

6 <http://www.allianzinitiative.de/en/core-activities/open-access.html> (18.5.2015).

7 Mitteilung der Europäischen Kommission – Verbesserung des Zugangs zu wissenschaftlichen Informationen vom 7.7.2012 (COM (2012) 401 final), S. 13.

einem Nicht-Open-Access-Medium – schon einmal veröffentlicht wurde.

Die Verbreitung und Akzeptanz von Open-Access-Publikationen ist in den einzelnen Fachbereichen sehr unterschiedlich. Während z.B. in der Informatik Open-Access-Publikationen aufgrund der Internationalität des Fachgebiets und der Akzeptanz des Internets als Medium der Information und Kommunikation weit verbreitet sind, stellen sie in der eher von einer Buchkultur geprägten Rechtswissenschaft, deren Publikationen in der Regel nur national wahrgenommen werden und nicht im gleichen Maße wie in den MINT-Fächern auf Aktualität angewiesen sind, die Ausnahme dar.

Vorteile der Veröffentlichung von Beiträgen im Wege des Open Access sind die in der Regel kurzen Bearbeitungszeiten, die dadurch hohe Aktualität und die Möglichkeit zur Prioritätssicherung sowie die erhöhte – auch internationale – Sichtbarkeit und Zitierhäufigkeit. Dagegen sind Open-Access-Publikationen entgegen verbreiteter Annahme für die Verfasser nicht immer unentgeltlich. Beiträge in Open-Access-Zeitschriften können zwar von den Nutzern kostenlos abgerufen werden, erfordern aber häufig durchaus beträchtliche Kostenzuschüsse durch die Autoren, zu deren Finanzierung die Hochschulen mithilfe der DFG zum Teil sog. Publikationsfonds eingerichtet haben.⁸

Nachteile von Open-Access-Publikationen sind – neben den schon erwähnten Autorenzuschüssen – das (noch) fehlende Renommee vieler Open-Access-Zeitschriften sowie die mangelnde Qualitätssicherung, falls kein oder kein ausreichender Peer-Review erfolgt. Zum Teil wird auch befürchtet, dass Open-Access-Publikationen häufiger plagiiert würden. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass Übereinstimmungen mit frei im Internet zugänglichen Veröffentlichungen durch Suchmaschinen leichter identifiziert werden können, so dass etwaige Plagiate zumindest schneller aufgedeckt werden können.⁹

Aus wissenschaftspolitischer Sicht wird zudem argumentiert, dass bei dem derzeitigen Publikationsmodell Wissenschaftler den Wissenschaftsverlagen urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte an mit öffentlichen Geldern geförderten Forschungsergebnissen einräumen, an denen dann wiederum steuerfinanzierte Bibliotheken

Lizenzen erwerben müssen, damit die Forschungsergebnisse für die Öffentlichkeit zugänglich sind.¹⁰ Diese „Doppelfinanzierung“ durch die öffentliche Hand (sog. double-dipping) könne durch Open-Access-Publikationsmodelle vermieden werden. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass Wissenschaftsverlagen neben der reinen Distributorentätigkeit häufig weitere Funktionen z.B. im Rahmen des Lektorats und Korrektorats, bei der Selektion, Aufbereitung und der Verbreitung zukommen; diese werden jedenfalls durch solche Open-Access-Modelle, die umfangreiche Parallelstrukturen zu den wissenschaftlichen Fachverlagen aufbauen, in Frage gestellt.¹¹

2. Rechtliche und faktische Maßnahmen zur Förderung von Open Access

Die Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen ist grundsätzlich durch verschiedene Instrumente denkbar.

a) Verpflichtungen durch das Hochschulrecht

Diskutiert wird zum einen, Wissenschaftlern die gesetzliche Verpflichtung aufzuerlegen, steuerfinanzierte wissenschaftliche Werke im Wege des Open Access zu veröffentlichen. Ein Beispiel hierfür ist die im Jahr 2014 eingeführte Regelung des § 44 Abs. 6 LHG B-W, die den Hochschulen aufgibt, ihr wissenschaftliches Personal durch Satzung dazu zu verpflichten, das Recht auf nicht-kommerzielle Zweitveröffentlichung für im Rahmen der Dienstaufgaben entstandene wissenschaftliche Beiträge nach Ablauf einer Embargofrist von einem Jahr wahrzunehmen.¹²

b) Maßnahmen der Hochschulen

Zu beobachten ist des Weiteren, dass viele Hochschulen die Forderung nach offenem Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen nicht nur durch „Open Access Policies“, sondern auch durch institutionelle Selbstverpflichtungen, sog. Open Access Mandates unterstützen. So lässt sich z. B. die Harvard University von ihren Wissenschaftlern nicht-ausschließliche Rechte zur Veröffentlichung der wissenschaftlichen Beiträge auf einem Open Access-Repository einräumen; sofern ein Wissenschaftler nur eine traditionelle Verlagspublikation plant, muss er eine Ausnahme („waiver“) beantragen.¹³ Auch

8 Dazu *Fournier/Weihberg*, Das Förderprogramm „Open-Access-Publizieren“ (OAP) der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Zum Aufbau von Publikationsfonds an wissenschaftlichen Hochschulen in Deutschland, *ZfBB* 60 (2013), S. 236 ff.

9 *Suber*, Open Access (Fn. 2), S. 24.

10 *RegE* (Fn. 2), BT-Drs. 17/13423, S. 9.

11 Siehe ausführlich zu Argumenten pro und contra Open Access *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, 2012, S. 182 ff.; zu den die Autoren beeinflussenden Entscheidungsfaktoren *Eger/Scheufen/Meierrieks*, Determinants of Open Access Publishing, 2013.

12 Dazu siehe unten IV. 2. c).

verschiedene deutsche Hochschulen haben „Open Access Mandates“ verabschiedet; diesen kommt jedoch lediglich ein unverbindlicher Appellcharakter zu.

Denkbar ist des Weiteren eine Förderung von Open Access durch finanzielle und andere faktische Anreizsysteme, z. B. durch entsprechende Zielvereinbarungen. Auch die Europäische Kommission forderte in einer Empfehlung vom Juli 2012 die Mitgliedstaaten sowie die nationalen akademischen Institutionen zu einer Anpassung des Einstellungs- und Laufbahnbewertungssystems für Forscher und des Beurteilungssystems für die Vergabe von Forschungsstipendien unter dem Gesichtspunkt des Open Access auf.¹⁴

c) Maßnahmen der öffentlichen Forschungsförderung

Die Institutionen der öffentlichen Forschungsförderung haben die Open Access-Bewegung von Beginn an unterstützt. So hat zum Beispiel die DFG bereits 2003 die „Berliner Erklärung“ unterzeichnet. Zunehmend setzt die Forschungsförderung durch öffentliche Drittmittelgeber eine anschließende Publikation der Forschungsergebnisse im Wege des Open Access voraus.¹⁵ Nachdem bereits das 7. Forschungsrahmenprogramm eine Reihe von Pilotinitiativen enthielt, hat die Europäische Kommission den freien Zugang zu wissenschaftlichen Veröffentlichungen nunmehr als allgemeinen Grundsatz in dem seit dem 1.1.2014 geltenden EU-Rahmenprogramm für Forschung und Innovation „Horizon 2020“ verankert. Seit 2014 sollen demnach alle wissenschaftlichen Veröffentlichungen, die mit Hilfe von EU-Fördergeldern entstanden sind, als Open-Access-Publikationen zugänglich gemacht werden.¹⁶ Eine vergleichbare Verpflichtung enthält die Open-Access-Richtlinie der Helmholtz-Gemeinschaft. Die DFG beschränkt sich bislang auf die dringende Empfehlung einer Open-Access-Veröffentlichung.

Des Weiteren unterstützen die öffentlichen Drittmittelgeber den Aufbau der technischen Infrastruktur, die für Open-Access-Publikationen erforderlich ist. Zum Beispiel fördert die DFG die Einrichtung institutioneller Open-Access-Repositoryn und universitärer Publikati-

onsfonds, die für Autoren die Kosten von Open-Access-Publikationen übernehmen.¹⁷

d) Urheberrechtliche Maßnahmen

Als viertes Handlungsfeld für eine Förderung von Open-Access-Publikationssystemen kommt das Urheberrecht in Betracht. Am weitesten gehen Vorschläge, die darauf abzielen, de lege ferenda steuerfinanzierte wissenschaftliche Werke entweder ganz vom urheberrechtlichen Schutz auszunehmen oder spezielle Schrankenregelungen bzw. Zwangslizenzen für diese Werke einzuführen.¹⁸ Diskutiert wurde des Weiteren – in Anlehnung an die für Arbeitnehmererfindungen geltende Rechtslage – die Einführung einer urheberrechtlichen Anbietungspflicht für im Rahmen der Lehr- und Forschungstätigkeit entstandene Beiträge, um Hochschulen in die Lage zu versetzen, diese z.B. in Universitätsverlagen oder auf hochschuleigenen Open-Access-Repositoryn zu veröffentlichen.¹⁹ Diese Vorschläge konnten sich jedoch nicht durchsetzen. Nunmehr hat der Gesetzgeber mit Wirkung vom 1.1.2014 für wissenschaftliche Autoren ein unabdingbares Zweitverwertungsrecht eingeführt, das unter bestimmten Voraussetzungen eine Open-Access-Zweitverwertung „auf dem grünen Weg“ trotz Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte an einen Verlag ermöglicht.²⁰

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Bevor im Einzelnen auf diese urheberrechtlichen Regelungsoptionen eingegangen wird, sollen zunächst kurz die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für entsprechende Maßnahmen umrissen werden. Da gesetzgeberische Maßnahmen bislang nur im Rahmen des nationalen Urheberrechts diskutiert wurden, beschränkt sich die folgende Darstellung auf die einschlägigen nationalen Grundrechte. Wäre dagegen die Zulässigkeit unionsrechtlicher Maßnahmen zu bewerten, so wären diese primär an Art. 13 GrR-Charta zu messen.

13 „By means of Harvard’s Open Access Policy, faculty authors in participating schools grant the university a nonexclusive, irrevocable right to distribute their scholarly articles for any non-commercial purpose. Scholarly articles provided to the university are stored, preserved, and made freely accessible in digital form in DASH, Harvard University Library’s open access repository.“ (<https://osc.hul.harvard.edu/policies> (18.5.2015)).

14 Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.7.2012 über den Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und deren Bewahrung, C (2012) 4890 final, S. 6.

15 Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen förderungsrechtliche Open-Access-Verpflichtungen siehe ausführlich

Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, *OdW* 4 (2014), 179.

16 Vgl. Art. 29.2 des Model Grant Agreement, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/amga/h2020-amga_en.pdf (18.5.2015).

17 Hierzu aus Wettbewerbs- und kartellrechtliche Perspektive *Goldberg*, *Open Access im Wettbewerbsrecht*, 2010, S. 19 ff.

18 Dazu s.unten IV. 1. a) und IV. 1. c).

19 *Pflüger/Ertmann*, *E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich*, ZUM 2004, 436, 441 f. Dazu siehe unten IV. 1. b).

20 Dazu s.unten IV. 2. b).

1. Freiheit der Forschung, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Von besonderer Bedeutung ist hier der Schutz der Forschungsfreiheit im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Sie umfasst neben der freien Wahl von Forschungsgegenstand und Methodik sowie der gesamten praktischen Durchführung des Forschungsprojekts auch die freie Entscheidung über die Verbreitung von Forschungsergebnissen.²¹ Damit steht die Entscheidung über Ort, Zeitpunkt und Modalitäten der Publikation von Forschungsergebnissen den Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern selbst zu. Streitig ist jedoch, inwieweit die Forschungsfreiheit auch die Entscheidung über das „ob“ der Publikation schützt (sog. negative Publikationsfreiheit). Zum Teil wird vor dem Hintergrund der Wissenschaft als kommunikativem Prozess im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nur die auf Publizität angelegte Wissenschaft schützt.²² Die praktische Bedeutung dieses Meinungsstreits wird jedoch dadurch relativiert, dass dem Wissenschaftler nach wohl einhelliger Ansicht jedenfalls die Freiheit zukommt, ein Forschungsergebnis als publikationswürdig und publikationsreif zu bewerten.²³

Würde z.B. eine gesetzliche Verpflichtung von Wissenschaftlern eingeführt, eine Erstveröffentlichung im Wege des Open Access vorzunehmen oder den Hochschulen – einfache oder ausschließliche – Nutzungsrechte zur Veröffentlichung ihrer wissenschaftlichen Beiträge anzubieten,²⁴ so würde dies das Recht auf freie Auswahl des Publikationsmediums einschränken, das für die wissenschaftliche Sichtbarkeit und das Renommee des Forschers von grundlegender Bedeutung ist. Entsprechende Regelungen zur Anpassung des wissenschaftlichen Kommunikationssystems an Open-Access-Prinzipien wür-

den daher in die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit eingreifen.²⁵ Offen ist jedoch, inwieweit ein solcher Eingriff in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zur Förderung der Teilhabe an und des Zugangs zu wissenschaftlichen Erkenntnissen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könnte.²⁶

2. Verfassungsrechtlicher Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts durch Art. 2 Abs. 1 GG

Das Recht des Urhebers, darüber zu bestimmen, ob und in welcher Form ein Werk veröffentlicht wird, wird zudem durch § 12 UrhG einfachgesetzlich gewährleistet. Diese persönlichkeitsrechtlichen Bestandteile des Urheberrechts werden verfassungsrechtlich über Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.²⁷

3. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG

Darüber hinaus sind urheberrechtliche Maßnahmen zur Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen auch auf ihre Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu prüfen. Sowohl die urheberrechtlichen Verwertungsrechte gemäß §§ 15 ff. UrhG als auch daraus abgeleitete Nutzungsrechte z. B. der Verlage gemäß § 31 UrhG fallen nach ständiger Rspr. des BVerfG in den Schutzbereich des Art. 14 GG.²⁸ Die Bestimmung des Schutzbereichs wird allerdings dadurch erschwert, dass der Gegenstand des Urheberrechts – anders als beim Sacheigentum – nicht fassbar und damit weniger vorgegeben ist.²⁹ Das Rechtsinstitut des Privateigentums wird grundsätzlich durch die Privatnützigkeit des Eigentums und die Verfügungsfähigkeit über das Eigentumsobjekt gekennzeichnet. Aus diesen Strukturmerkmalen des Eigentums leitet das BVerfG ab, dass das vermögenswerte Ergebnis der schöpferischen Leistung dem Urheber

21 BVerfGE 111, 333, 354 – Brandenburgisches Hochschulgesetz; BVerfGE 90, 1 = NJW 1994, 1781 – Jugendgefährdende Schriften; BVerfGE 35, 79 = NJW 1973, 1176 – Hochschulurteil; BeckOK GG/Kempen, Art. 5 Rn. 182; *Fehling*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 110. Lfg. März 2004, Bd. 2, Art. 5 Abs. 3 Rn. 74; *ders.*, OdW 4 (2014), 179, 190.

22 S. z.B. H. Dreier/*Pernice*, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 28; die negative Publikationsfreiheit unterliege nur Art. 12 Abs. 1 GG, nicht Art. 5 Abs. 3 GG.

23 *Schmidt-Aßmann*, Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, in: H. Dreier, Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe – FS Hofmann, 2005, S. 67, 82.

24 Dazu siehe unten IV. 1. b).

25 *Fehling* (Fn. 15), OdW 4 (2014), 179, 190; *Hansen*, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378, 379 mwN.; aA *Pflüger/Ertmann* (Fn. 19), ZUM 2004, 436, 441 (nur Art. 2 Abs. 1 GG betroffen).

26 Dies bejaht z.B. *Bäuerle*, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft, in: Britz, Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, S.

1, 11 f., 14; ähnlich *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Arbeitspapier 6/2013, Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe Universität Frankfurt/Main, S. 20 ff., allerdings unter dem Vorbehalt, dass das neue Publikationssystem wissenschaftsadäquat ausgestaltet sein muss, was derzeit z.B. aufgrund von infrastrukturellen Defiziten wie fehlenden Fachrepositorien noch nicht gewährleistet sei; aA *Rojahn* in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 43 Rn. 131; *Hansen* (Fn. 25), GRUR Int. 2005, 378, 380; *Sandberger*, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUM 2006, 818, 820; s. dazu auch *Krujatz*, Open Access, 2012, S. 324.

27 *T. Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Aufl. 2013, Einleitung, Rn. 39.

28 BVerfGE 31, 229, 238 ff. – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 49, 382, 392 – Kirchenmusik; BVerfG GRUR 1990, 183, 184 – Vermietungsvorbehalt; BVerfG GRUR 2010, 56, 57.

29 *Loewenheim/Götting*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 3.

zuzuordnen sei sowie seine Freiheit zu gewährleisten sei, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können.³⁰ Dies wirft die Frage nach den Grenzen der einfachgesetzlichen Ausgestaltung dieses normgeprägten Grundrechts angesichts seiner Sozialbindung sowohl aus Sicht der Wissenschaftler als auch aus Sicht der wissenschaftlichen Fachverlage auf.

Darüber hinaus ist Art. 14 GG auch insoweit zu beachten, als die Entscheidung über eine kommerzielle Verwertung von Forschungsergebnissen nach überwiegender Ansicht in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG, jedoch nicht in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fällt.³¹ Dieses Interesse dürfte bei der Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge, die im Rahmen einer vergüteten Forschungstätigkeit entstanden sind, jedoch in der Regel schwach ausgeprägt sein.³²

III. Urheberrechtliche Grundlagen

Im Folgenden wird zunächst kurz dargestellt, inwieweit Forschungsergebnisse urheberrechtlichen Schutz genießen und wem eventuelle Schutzrechte einschließlich der Entscheidungsbefugnis über Ort und Modalitäten der Veröffentlichung zugeordnet sind, um dann im nächsten Abschnitt auf spezielle Regelungen zur Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen einzugehen.

1. Schutz von Forschungsergebnissen

a) Schutz durch das Urheberrecht

Das Urheberrecht schützt wissenschaftliche Sprachwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) unter der Voraussetzung, dass sie eine persönliche geistige Schöpfung darstellen (§ 2 Abs. 2 UrhG), also ein Mindestmaß an Individualität aufweisen. Jedoch ist der urheberrechtliche Schutz wissenschaftlicher Werke aus zweierlei Gründen begrenzt.

aa) Um die Monopolisierung von Informationen zu verhindern, wird der Schutz durch das Urheberrecht zum einen grundsätzlich nicht für den Inhalt eines

Werks, sondern nur für die Darstellungsweise wie z.B. Formulierungen gewährt. Somit ist zwischen Inhalt und Darstellungsweise zu differenzieren: Das, was den eigentlichen Wert einer wissenschaftlichen Publikation ausmacht, nämlich ihr Inhalt, beispielsweise wissenschaftliche Theorien, Lehrmeinungen und Daten, ist grundsätzlich urheberrechtsfrei. Begründet wird dieser Grundsatz damit, dass Informationen als solche nicht geschützt sind und insbesondere Gedanken und Lehren in ihrem Kerngehalt Gegenstand der freien geistigen Auseinandersetzung bleiben müssen.³³ Das Erfordernis einer Autorenattribution bei dem Zitat gemeinfreier Thesen oder Lehrmeinungen ergibt sich damit nicht aus dem Urheberrecht, sondern lediglich aus dienst- oder prüfungsrechtlichen Vorgaben sowie aus den Grundsätzen des redlichen wissenschaftlichen Arbeitens.

Allerdings bringt die praktische Umsetzung dieser Dichotomie zwischen Form und Inhalt Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich. Mittlerweile hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass an Stelle einer formalistischen Unterscheidung zwischen Form und Inhalt eine wertende Differenzierung zu erfolgen hat, die Forschungsergebnisse vom urheberrechtlichen Schutz ausnimmt, soweit ein Freihalteinteresse der Allgemeinheit besteht. Damit können bei wissenschaftlichen Arbeiten nicht wissenschaftliche Lehren als solche, sondern lediglich die konkrete Gliederung, Gestaltung und Darstellung urheberrechtlich geschützt sein.³⁴

bb) Auch diese schutzfähigen Elemente sind zur Wahrung der Freiheit der wissenschaftlichen Lehre jedoch nur dann urheberrechtlich geschützt, wenn im Einzelfall ein Gestaltungsspielraum bestand, die Gestaltung oder Gliederung also nicht durch Sachzwänge oder fachliche Gepflogenheiten vorgegeben war. Deshalb sind wissenschaftliche Darstellungen, die in der üblichen Fachsprache, z.B. nach den Vorgaben des Gutachtenstils, formuliert worden sind, ungeachtet ihrer inhaltlichen Qualität häufig weitgehend ungeschützt.³⁵ Diese Einschränkungen können zu einem Schutzdefizit für wis-

30 BVerfGE 31, 229, 243 – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 31, 270, 274 – Schulfunksendungen; BVerfGE 79, 1, 25 – Leerkassette; BVerfGE 79, 29, 49 – Justizvollzugsanstalten; BVerfGE GRUR 1997, 123 – Kopierladen I.

31 Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. I, Art. 5 III Rn. 84; Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt (Fn. 11), S. 41 mwN.

32 Vgl. auch Krujatz, Open Access (Fn. 26), S. 318. Für einen Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste als Gebot der Publikationsfreiheit aber Fehling (Fn. 15), OdW 4 (2014), 179, 206.

33 BGH GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit; OLG Frankfurt GRUR 1990, 124, 126 – Unternehmen Tannenberg; Götting, Der Schutz wissenschaftlicher Werke, in: FS Nordemann, 2004, S. 7, 9 ff. mwN.; vgl. auch § 69 a Abs. 2 S. 2 UrhG, Art. 9 Abs. 2 des TRIPS-Abkommens.

34 BGH GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit mwN.

35 BGH GRUR 1981, 352, 355 – Staatsexamensarbeit: es sei „davon auszugehen, daß der im fraglichen wissenschaftlichen Fachbereich üblichen Ausdrucksweise regelmäßig urheberrechtsschutzfähige eigenschöpferische Prägung fehlen wird; dasselbe gilt für einen Aufbau und eine Darstellungsart, die aus wissenschaftlichen Gründen geboten oder in Fragen des behandelten Gebiets weitgehend üblich sind und deren Anwendung deshalb nicht als eine eigentümliche geistige Leistung angesehen werden kann.“ Vgl. auch OLG Frankfurt GRUR 1990, 124, 126 – Unternehmen Tannenberg. Dagegen wurde eine Multiple-Choice-Klausur als schutzfähig bewertet, insbesondere aufgrund der bei der Formulierung der falschen Antwortalternativen bestehenden Gestaltungsspielräume, LG Köln NJW-RR 2000, 1794. S. zu weiteren Beispielen aus der Rspr. Schulze in: T. Dreier/Schulze, UrhG (Fn. 27), § 2 Rn. 93 ff.

senschaftliche Werke führen. Hier zeigt sich, dass die Gewährleistung eines ausreichenden Schutzniveaus bei gleichzeitiger Vermeidung von Informationsmonopolen ein wohl nicht endgültig auflösbares Dilemma darstellt.

b) Schutz durch Leistungsschutzrechte

Neben den urheberrechtlich schutzfähigen Sprachwerken können grds. auch andere Forschungsergebnisse immaterialgüterrechtlich geschützt sein, da das Urheberrechtsgesetz u.a. wissenschaftliche oder organisatorische Leistungen durch sog. Leistungsschutzrechte honoriert. Geschützt sein können z.B. Aufnahmen mittels Röntgen-, Kernspin- und Computertomographie, Filme oder Fotos zu Dokumentationszwecken und Digitalisate, soweit sie ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung aufweisen,³⁶ durch Leistungsschutzrechte gem. §§ 72, 95 UrhG oder Datenbanken gemäß §§ 87a ff., so dass insbesondere bei biomedizinischen und naturwissenschaftlichen Forschungsvorhaben regelmäßig ein Konglomerat aus nicht geschützten und aufgrund verschiedener Leistungsschutzrechte geschützten Daten vorliegen wird.

2. Rechtsinhaberschaft

Das Urheberrecht an einem wissenschaftlichen Werk steht gemäß § 7 UrhG dem Wissenschaftler selbst zu. Jedoch werden an Werken, die in Erfüllung arbeits- bzw. dienstvertraglicher Verpflichtungen erschaffen wurden, nach §§ 43, 69 b UrhG grundsätzlich dem Dienstherrn – ggf. stillschweigend und vom Umfang her durch § 31 Abs. 5 UrhG begrenzt – die zur Verwertung erforderlichen Nutzungsrechte eingeräumt, so dass dem Urheber in der Regel nur die Urheberpersönlichkeitsrechte verbleiben, insbesondere das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft gemäß § 13 UrhG. §§ 43, 69 b UrhG gelten jedoch nach allgemeiner Ansicht nicht für die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten, weisungsfreien Tätigkeiten in Forschung und Lehre von Hochschullehrern und wissenschaftlichen Mitarbeitern an Hochschulen, da sie aufgrund der Wissenschaftsfreiheit dienstrechtlich nicht zur Publikation ihrer Forschungsergebnisse verpflichtet sind.³⁷ Bei an den Hochschulen selbständig tätigen Wissenschaftlern werden daher nicht nur die Urheberper-

sönlichkeits-, sondern auch die Verwertungsrechte allein dem Urheber zugeordnet. Demgegenüber sind die urheberrechtlichen Befugnisse von an außeruniversitären Forschungseinrichtungen tätigen Wissenschaftlern aufgrund ihrer Bindung an den Zweck der Forschungseinrichtung eingeschränkt.³⁸

Allerdings hat der BGH in seiner Grabungsmaterialien-Entscheidung eine Pflicht der Erben eines Hochschullehrers angenommen, der Hochschule den Besitz an archäologischen Grabungsmaterialien und urheberrechtliche Nutzungsrechte z.B. an Plänen aus dem wissenschaftlichen Nachlass des durch die DFG und aus universitären Mitteln geförderten Erblassers zur wissenschaftlichen Auswertung einzuräumen. Als rechtliche Grundlage führte der BGH eine nachwirkende Treuepflicht aus dem Dienstverhältnis an, die auch nach dem Tode fortbesteht. Jenseits dieser Konstellation besteht aber nach ganz h.M. keine Pflicht zur Anbietung urheberrechtlicher Nutzungsrechte.³⁹ Diese Entscheidung wird im Schrifttum jedoch als Argument für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer urheberrechtlichen Anbietungspflicht von Wissenschaftlern angeführt.⁴⁰ Diese Übertragung verkennt aber, dass die Entscheidung einen nicht verallgemeinerungsfähigen Sachverhalt betraf, da der Wissenschaftler bereits verstorben und damit zu einer eigenen Auswertung seiner wissenschaftlichen Erkenntnis nicht mehr in der Lage war.

Aus rechtsvergleichender Perspektive nimmt das deutsche Urheberrecht mit der Zuordnung des Urheberrechts zu den jeweiligen Wissenschaftlern eine Sonderstellung ein. So steht das Urheberrecht an wissenschaftlichen Werken in Ländern mit so unterschiedlichen Urheberrechtsregimen wie Großbritannien, Frankreich und den Niederlanden nach den gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich der Universität zu. Allerdings nimmt diese das Urheberrecht in der Regel nicht wahr, sondern überlässt die Entscheidung über die Veröffentlichung dem Wissenschaftler.⁴¹ Dies wirft die grundsätzliche Frage auf, inwieweit die Ausnahme des wissenschaftlichen Bereichs von den Regelungen der §§ 43, 69b UrhG angesichts der Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 GG zwingend ist oder ob dem Gesetzgeber in dieser Hinsicht legislative Gestaltungsspielräume zustehen.

36 Lauber-Rönsberg, in: Ahlberg/Götting, BeckOK UrhG, Ed. 8, Stand: 1.4.2015, § 72 Rn. 12 ff.

37 BGH GRUR 1991, 523, 527 – Grabungsmaterialien; OLG Karlsruhe GRUR 1988, 536, 537 ff. – Hochschulprofessor; BGH GRUR 1985, 529, 530 – Happening; Götting/Leuze, Kap. XIII – Das Urheberrecht des wissenschaftlichen Personals, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 99 mwN.

38 Leuze, in: Götting/Ahlberg, BeckOK UrhR (Fn. 36), Urheberrecht im Bereich der Wissenschaft, Rn. 37 f.

39 BGH GRUR 1991, 523, 525 – Grabungsmaterialien; KG ZUM-

RD 1997, 175, 179 – POLDOK; Wündisch, in: Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht, 2008, § 15 Rn. 54; T. Dreier, in: T. Dreier/Schulze, UrhG (Fn. 27), § 43 Rn. 12; Loewenheim/A. Nordemann, Handbuch des Urheberrechts (Fn. 29), § 63 Rn. 20; Wandtke, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 43; Krutz, Open Access (Fn. 26), S. 271.

40 Pflüger/Ertmann (Fn. 19), ZUM 2004, 436 ff.

41 Siehe zum französischen, britischen und niederländischen Recht Guibault, in: dies./Angelopoulos, Open Content Licensing – From Theory to Practice, 2011, S. 137, 140 ff.

IV. Förderung von Open-Access-Publikationen durch das Urheberrecht

Bereits seit der Diskussion um den sog. „Zweiten Korb“, dem am 1.1.2008 in Kraft getretenen Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft,⁴² steht die wissenschaftliche Informationsversorgung im Mittelpunkt der rechtspolitischen Diskussion.

1. Vorschläge de lege ferenda

a) Bei wissenschaftlichen Werken nur Recht auf Anerkennung der Urheberschaft

Nicht unerwähnt bleiben soll hier der radikale Vorschlag von Steven Shavell, Professor an der Harvard Law School und Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts, das Urheberrecht an wissenschaftlichen Werken nur auf das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft zu beschränken, da die allgemeine Ratio des Urheberrechts, kreatives Schaffen durch die Zuerkennung von Ausschließlichkeitsrechten zu stimulieren, für den wissenschaftlichen Bereich nicht gelte.⁴³ Eine Umsetzung dieser Option wäre jedoch im Hinblick auf die Verpflichtungen, denen die Mehrzahl der Staaten aufgrund internationaler urheberrechtlicher Abkommen wie der Revidierten Berner Übereinkunft, dem TRIPS-Übereinkommen und den WIPO Copyright Treaty unterliegen, nicht realistisch.

b) Einführung einer Anbietungspflicht

Im Rahmen der Diskussion um einen Zweiten Korb empfahlen Pflüger und Ertmann die Einführung einer zeitlich befristeten Option der Hochschulen, sich an den wissenschaftlichen Werken ihrer Beschäftigten Nutzungsrechte einräumen zu lassen, um diese dann durch einen Hochschulverlag oder auf einem Open-Access-Repository zu veröffentlichen.⁴⁴ Eine entsprechende Regelung für Hochschulerfindungen enthält § 42 AbnErfG.⁴⁵ Die Autoren erhofften sich hierdurch eine Förderung des Open-

Access-Prinzips sowie eine Stimulierung des Wettbewerbs auf dem Zeitschriftenmarkt.⁴⁶ Gegen diesen Vorschlag sprechen zum einen verfassungsrechtliche Bedenken, da der Wissenschaftler im Falle der Inanspruchnahme nicht mehr über Ort und Modalitäten der Publikation seiner Forschungsergebnisse entscheiden könnte. Diese sind aber für sein wissenschaftliches Renommee von entscheidender Bedeutung, so dass diese Entscheidungsbefugnis ein wesentliches Element der positiven Publikationsfreiheit ausmacht.⁴⁷ Zum zweiten ist höchst zweifelhaft, ob die Hochschulen die Funktionen der Fachverlage übernehmen und z.B. die notwendigen Selektions- und Begutachtungsprozesse durchführen könnten. Und schließlich würde ein solches Hochschulverlagswesen langfristig den Fortbestand einer ausdifferenzierten Fachverlagslandschaft bedrohen.⁴⁸

c) Weitere Vorschläge

Auch weitere Vorschläge wie die Einführung einer Zwangslizenzregelung⁴⁹ oder einer Schrankenregelung⁵⁰ konnten sich u.a. aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken sowie von Zweifeln an der Vereinbarkeit mit der maßgeblichen Richtlinie zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft⁵¹ nicht durchsetzen.

2. Open Access und Verlagsverträge

Für eine Förderung von Open-Access-Publikationsmodellen ist damit das Urhebervertragsrecht der geeignete Rahmen.

a) Der „goldene Weg“

Keinerlei rechtliche Schwierigkeiten stellen sich, wenn sich ein Autor für eine Erstveröffentlichung im Wege des Open Access entscheidet (sog. goldener Weg), soweit ihm die alleinige Entscheidungsbefugnis über Ort und Modalitäten der Veröffentlichung zusteht, was bei an Hochschulen eigenverantwortlich tätigen Wissenschaftlern grundsätzlich der Fall ist.⁵²

42 Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26.10.2007, BGBl. I, S. 2513.

43 Shavell, Should Copyright of Academic Works Be Abolished?, Harvard Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 10-10, 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1525667 (18.5.2015).

44 Pflüger/Ertmann (Fn. 19), ZUM 2004, 436 ff.

45 Zur Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 5 Abs. 3 GG siehe BGH GRUR 2008, 150, 151 ff. – selbststabilisierendes Kniegelenk.

46 Pflüger/Ertmann (Fn. 19), ZUM 2004, 436, 442.

47 Hansen (Fn. 25), GRUR Int. 2005, 378, 380; Peifer, Regulatory Aspects of Open Access, JIPITEC 1 (2010), 131, 132; Sandberger (Fn. 26), ZUM 2006, 818, 820 und oben die bei Fn. 46 Genann-

ten.

48 Siehe zur Kritik im Einzelnen mwN. Lutz, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt (Fn. 11), S. 211 ff.; Krujatz, Open Access (Fn. 26), S. 271 ff.

49 Krujatz, Open Access (Fn. 26), S. 279 ff.; Hilty, Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette. Der Wissenschaftsmarkt als Prüfstein für die urheberrechtliche Zwangslizenz, in: ders./Drexler/Nordemann (Hrsg.), FS Loewenheim, 2009, S. 119, 127 ff.

50 Diskutiert und verworfen von Hansen (Fn. 25), GRUR Int. 2005, 378, 383 ff.

51 RL 2001/29/EG vom 22.5.2001, ABl. L 167 vom 22.06. 2001.

52 Dazu s. oben III. 2.

b) Der „grüne Weg“: § 38 Abs. 1, 4 UrhG

Problematischer ist dagegen eine Zweitveröffentlichung im Wege des Open Access, die zeitgleich mit oder im Nachgang zu einer Verlagspublikation erfolgt (sog. grüner Weg). Wirtschaftlich stehen hier die Open-Access- und die Verlagspublikation in einem Konkurrenzverhältnis. Aus rechtlicher Sicht wirft der „grüne Weg“ Fragen auf, da der Autor dem Verlag in dem Verlagsvertrag in der Regel ausschließliche Nutzungsrechte zur Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung des Werkes im Internet einräumt, die grds. auch den Autor von weiteren eigenen Werknutzungen ausschließen (§ 2 Abs. 1 VerLG).

aa) Jedoch ist es dem Urheber nach der Auslegungsregel des § 38 Abs. 1 UrhG gestattet, einen Zeitschriftenbeitrag nach Ablauf eines Jahres seit seinem Erscheinen im Internet öffentlich zugänglich zu machen, wenn mit dem Verlag nichts anderes vereinbart ist. Wie der Wortlaut zeigt, ist die Regelung jedoch abdingbar.

bb) Darüber hinaus gewährt nunmehr der zum 1.1.2014 in Kraft getretene § 38 Abs. 4 UrhG wissenschaftlichen Autoren auch dann, wenn sie einem Verlag ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt haben, ein unabdingbares Zweitverwertungsrecht für Beiträge, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind. Diese Beiträge dürfen nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion im Internet öffentlich zugänglich gemacht werden, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient; die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben.

§ 38 Abs. 4 UrhG regelt damit das Spannungsverhältnis zwischen dem wirtschaftlichen Interesse der Verlage und dem Interesse der wissenschaftlichen Autoren an größtmöglicher „Sichtbarkeit“, die je nach Disziplin in Open-Access- oder Closed-Access-Journals besser gewährleistet sein kann, indem die neu eingeführte Regelung die Entscheidungsbefugnis der Autoren über nicht-kommerzielle Zweitverwertungen als unveräußerlich ausgestaltet. Zugleich hat der Gesetzgeber sich damit für eine Förderung von Open Access in der „grünen Variante“ entschieden.

Kritiker monieren zu Recht, dass der „grüne Weg“ für die öffentliche Hand potentiell noch teurer werden könnte als das herkömmliche Publikationssystem, da neben den wohl auf absehbare Zeit nicht sinkenden Bezugspreisen der Zeitschriften auch noch der Aufbau der Infrastruktur, z.B. die Schaffung von Repositorien, und ggf. die Subventionierung von Autorengebühren für Zweitveröffentlichungen finanziert werden müssen.⁵³ Für diese Vorgehensweise spricht jedoch, dass sie ein Nebeneinander des herkömmlichen und des Open-Access-Publikationsmodells ermöglicht. Dagegen setzt z.B. Großbritannien auf die staatliche Förderung von Erstveröffentlichungen im Wege des Open Access unter Einbeziehung der Fachverlage.⁵⁴ Der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, Open-Access-Publikationsmodelle durch zwingende urhebervertragsrechtliche Regelungen zu fördern, stehen bislang, soweit ersichtlich, keine parallelen gesetzlichen Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten gegenüber. Z.B. in Großbritannien und den Niederlanden wurden lediglich Musterverlagsverträge entwickelt.⁵⁵

Nachdem zunächst von Verlagsseite verfassungsrechtliche Bedenken gegen die neue Regelung geäußert wurden,⁵⁶ steht nunmehr die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale im Mittelpunkt der Diskussion. Unklar ist zudem die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit der Regelung, wenn der Verlagsvertrag ausländischem Recht unterliegt.⁵⁷

So gilt das Zweitverwertungsrecht nach der Gesetzesbegründung nur für Publikationen, die im Rahmen öffentlicher Projektförderung oder an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung entstanden sind, hingegen nicht für die staatlich finanzierte, rein universitäre Forschung.⁵⁸ Diese Einschränkung wird im Regierungsentwurf damit begründet, dass in diesen Bereichen das staatliche Interesse an einer Verbreitung der Forschungsergebnisse besonders hoch sei und es hier, anders als bei der rein universitären Forschung, üblich sei, dass der Staat bei der staatlichen Förderung Vorgaben hinsichtlich der Ziele und der Verwertung der Forschung mache. Sowohl die Projektförderung als auch die Tätigkeit an außeruniversitären Forschungseinrichtungen beruhe auf programmatischen Vorgaben und Förderrichtlinien der Zuwendungsgeber, die damit

53 Hilty/Köckli/u.a., Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.2.2013, S. 6 f.

54 Horstmann, Finch und die Folgen – Open Access in Großbritannien, ZfBB 60 (2013) 5.

55 Guibault, in: dies./Angelopoulos, Open Content Licensing – From Theory to Practice, 2011, S. 137, 161.

56 Dazu siehe Sprang, ZUM 2013, 461, 465.

57 Dazu ausf. Fehling (Fn. 15), OdW 4 (2014), 179, 183 ff.; Lewinski/

Thum, Spezifische Fragen zum Auslandsbezug des geplanten Zweitveröffentlichungsrechts nach § 38 Abs. 1 S. 3 und 4 UrhG neu, 2011, abrufbar unter: <http://www.iuwis.de/sites/default/files/iuwis-gutachten-lewinski.pdf> (2.6.2015); Sprang, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, ZUM 2013, 461, 463 f.; Sandberger, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 466, 471.

58 BT-Drs. 17/13423, S. 14; Soppe, in: Ahlberg/Götting, BeckOK UrhG (Fn. 36), § 38 Rn. 59 f.

den Erkenntnisgewinn in zuvor festgelegten Themenbereichen fördern wollten. Zu den Rahmenbedingungen dieser Förderbereiche gehörten seit jeher Förderbestimmungen, die z. B. auch die Verwertung und Verbreitung der Ergebnisse regelten.⁵⁹

Diese Einschränkung wird angesichts des Schutzes der Forschungsfreiheit durch Art. 5 Abs. 3 GG für bedenklich und mit dem Ziel der Regelung, den Zugang zu Forschungsergebnissen zu verbessern, nicht vereinbar gehalten.⁶⁰ Auch der Bundesrat hat im Gesetzgebungsverfahren die Ansicht vertreten, dass sich der Anwendungsbereich des § 38 Abs. 4 UrhG im Wege einer verfassungskonformen Auslegung auch auf das gesamte, an den Hochschulen beschäftigte wissenschaftliche Personal erstrecken müsse.⁶¹

Ein sachlicher Differenzierungsgrund für diese Schlechterstellung der universitären Forschung ist auf den ersten Blick tatsächlich nicht ersichtlich. Allenfalls kann gemutmaßt werden, dass der Gesetzgeber die Einführung von hochschulrechtlichen Zweitverwertungs-pflichten als flankierende Maßnahmen zu dem urheberrechtlichen Zweitverwertungsrecht antizipierte und den Weg für eine solche Inanspruchnahme nur in Bezug auf Mitarbeiter außeruniversitärer Forschungseinrichtungen ebnen wollte, deren Forschungstätigkeit intensiver durch Vorgaben der Forschungseinrichtung reguliert werden kann, als dies bei der rein universitären, zweckfreien Forschung der Fall ist, wie letztlich auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum Ausdruck bringt.

Die Interessen der Verlage versucht § 38 Abs. 4 UrhG dadurch zu wahren, dass die Regelung nur für Beiträge in periodisch erscheinenden Sammlungen gilt, eine Zweitveröffentlichung lediglich in der vom Verlag zur Veröffentlichung akzeptierten Manuskriptversion, also nicht im Verlagslayout,⁶² und erst nach Ablauf einer 12monatigen Karenzfrist zulässig ist. Hierdurch soll „eine Amortisation verlegerischer Investition“ gewährleistet werden.⁶³ Fraglich ist allerdings, ob diese pauschale Karenzfrist allen Fachrichtungen gerecht wird. Während zwölf Monate in manchen geisteswissenschaftlichen Bereichen durchaus angemessen oder gar zu kurz sind, ist der Zeitraum für Publikationen in einigen MINT-Wissenschaftsbereichen wohl häufig zu lang, weil die Erkenntnisse nach Ablauf einer 12-Monats-Frist üblicherweise von geringem oder keinem Wert mehr sind.⁶⁴

Eine nach Fachgebieten gestaffelte Karenzfrist hätte dagegen Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich gebracht, so dass die vom Gesetzgeber gewählte Variante wohl als pragmatische Lösung darstellt.

c) Ergänzung durch hochschulrechtliche Publikations- oder Anbietungspflichten?

§ 38 Abs. 4 UrhG verleiht wissenschaftlichen Autoren ein Zweitverwertungsrecht und bewirkt somit eine Stärkung ihrer Rechtsposition. Zugleich eröffnet diese Regelung aber die Handlungsoption, flankierend eine hochschulrechtliche Zweitverwertungs-pflicht einzuführen. Eine entsprechende Regelung trifft nun der am 9.4.2014 in Kraft getretene § 44 Abs. 6 des LHG Baden-Württemberg. Danach sollen die Hochschulen ihr wissenschaftliches Personal durch Satzung grundsätzlich dazu verpflichten, das Recht auf nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung nach einer Frist von einem Jahr nach Erstveröffentlichung für wissenschaftliche Beiträge wahrzunehmen, die im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung veröffentlicht wurden.

Aus rechtspolitischer Sicht ist diese Regelung höchst kritikwürdig, da sie die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit der Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern einschränkt, selbst über Ort und Modalitäten von Veröffentlichungen zu entscheiden. Auch wenn die Einbeziehung von Open-Access-Prinzipien in das wissenschaftliche Publizieren wissenschaftspolitisch für erstrebenswert gehalten wird, so sollte hierbei jedoch das Prinzip der Autonomie und Freiwilligkeit gewahrt werden.

Fraglich ist zudem, inwieweit wissenschaftliche Beiträge tatsächlich im Rahmen von Dienstaufgaben erstellt werden, wie § 44 Abs. 6 LHG Baden-Württemberg voraussetzt. Denn nach der zumindest im urheberrechtlichen Schrifttum h.M. trifft den Universitätsprofessor trotz seiner Verpflichtung, sein Fach in Forschung und Lehre zu vertreten, keine Dienstpflicht zur Erschaffung urheberrechtlich geschützter Werke.⁶⁵

Unter rechtstechnischen Gesichtspunkten ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Zweitverwertungs-pflicht nicht deckungsgleich mit denjenigen des Zweitverwertungsrechts aus § 38 Abs. 4 UrhG sind, da sich die Regelung nicht nur auf solche Beiträge bezieht, die im Rahmen einer mindes-

59 RegE BT-Drs. 17/13423, S. 9.

60 Sandberger (Fn. 57), ZUM 2013, 466, 470.

61 Beschluss des BR vom 20.9.2013, BR-Drs. 643/13.

62 Kritisch Peifer, Die gesetzliche Regelung über verwaißte und vergriffene Werke, NJW 2014, 6, 11: „verwirrende Mehrfachversionen“.

63 RegE BT-Drs. 17/13423, S. 12.

64 Klass, Die deutsche Gesetzesnovelle zur „Nutzung verwaißter und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes“ im Kontext der Retrodigitalisierung in Europa, GRUR Int. 2013, 881, 893; Sandberger (Fn. 57), ZUM 2013, 466, 472.

65 Götting/Leuze, in: Hartmer/Detmer, Hochschulrecht (Fn. 37), Kap. XIII Rn. 124.

tens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden sind. Zudem soll § 38 Abs. 4 UrhG zumindest nach der Begründung des Regierungsentwurfs wie dargestellt nur für Publikationen gelten, die im Rahmen öffentlicher Projektförderung oder an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung entstanden. Daher müssten universitäre Satzungen ggf. entsprechend eingeschränkt werden.

V. Fazit

Die Einführung eines unabdingbaren, nicht-kommerziellen Zweitverwertungsrechts durch § 38 Abs. 4 UrhG wird evtl. mehr Rechtssicherheit bewirken, aber voraussichtlich weder einen Durchbruch des Open-Access-Publizierens bewirken, noch ein effektives Heilmittel für die sog. Zeitschriftenkrise darstellen. Denn bereits nach der früheren Rechtslage stand es Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler frei, sich für eine Erstveröffentlichung ihrer Werke im Wege des Open Access zu entscheiden. Zudem gestatten viele Verlage ihren Autoren nach Ablauf einer gewissen Karenzfrist eine Open-Access-Zweitverwertung z.B. auf einem institutionellen Repositorium. Dass diese Möglichkeiten bislang in vielen Fachbereichen nicht intensiver genutzt werden, liegt

sicherlich auch daran, dass es in vielen Fachbereichen, wie z.B. der Rechtswissenschaft, bislang kaum etablierte und renommierte Open-Access-Journals gibt – oder diese zumindest häufig nicht als gleichwertig mit Verlagspublikationen anerkannt werden. Aus Sicht von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern ist es daher unabdingbar, dass auch während solcher Umwandlungsprozesse den Fach- und Publikationskulturen der einzelnen scientific communities Rechnung getragen wird und die Publikationsfreiheit gewahrt bleibt.

Es hat jeweils etwa 200 Jahre gedauert, bis sich die Gesellschaft auf das Alphabet bzw. den Buchdruck eingestellt hatte.⁶⁶ Bei den gegenwärtigen Entwicklungen wird es nicht um vergleichbare zeitliche Dimensionen gehen, aber auch hier bedarf es einer allmählichen Weiterentwicklung – ein Umbruch kann und sollte nicht erzwungen werden.

Der Autor ist o. Professor und geschäftsführender Direktor des Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Medienrecht an der Juristischen Fakultät der TU Dresden.

Die Autorin ist Inhaberin einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Immaterialgüter-, Medien- und Datenschutzrecht an der Juristischen Fakultät der TU Dresden.

66 Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 600.