



Alexander Peukert, Marcus Sonnenberg

Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems

In: Weingart, Peter / Taubert, Niels (Hrsg.): Wissenschaftliches Publizieren : zwischen Digitalisierung, Leistungsmessung, Ökonomisierung und medialer Beobachtung.

ISBN: 978-3-11-044810-8. – Berlin, Boston: De Gruyter Akademie Forschung, 2016

S. 211-241

(Forschungsberichte / Interdisziplinäre Arbeitsgruppen, Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften ; 38)

Persistent Identifier: urn:nbn:de:kobv:b4-opus4-26551

Die vorliegende Datei wird Ihnen von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften unter einer Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Germany (cc by-nc-sa 3.0) Licence zur Verfügung gestellt.



Alexander Peukert, Marcus Sonnenberg

Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems

Der folgende Beitrag stellt im Überblick dar, welche Rolle dem Urheberrecht im Zuge des Wandels des wissenschaftlichen Kommunikationssystems zukommt. Die Ausführungen beruhen auf dem deutschen und europäischen Urheberrecht. Die primär deskriptiven Abschnitte 1 und 2 zum materiellen Wissenschaftsurheberrecht und zum Urhebervertragsrecht orientieren sich an der von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung geprägten „herrschenden Meinung“. Abschnitt 3 erläutert die Kritik am geltenden Wissenschaftsurheberrecht sowie derzeit diskutierte Alternativen.

1 Wissenschaftliche Kommunikation als Schutzgegenstand des Urheberrechts

Um die Bedeutung des Urheberrechts für das wissenschaftliche Kommunikationssystem einschätzen zu können, ist zunächst zu klären, inwieweit wissenschaftliche Äußerungen und Ergebnisse Schutzgegenstand des Urheberrechts sind.

1.1 Werke der Wissenschaft

Werke der Wissenschaft zählen zwar seit jeher zum Kreis der urheberrechtlichen Schutzgegenstände. Im 19. Jahrhundert waren sie aber noch unter die Werke der „Literatur“ gefasst worden.¹ Erst das geltende Urheberrechtsgesetz vom 9.9.1965 stellt die Werke der Wissenschaft ausdrücklich und prominent in §1 und §2 Abs. 1 UrhG neben die Werke der Literatur und Kunst.

¹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Berner Übereinkommen zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst 1886/1971 („Die Bezeichnung ‚Werke der Literatur und Kunst‘ umfasst alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst ...“).

1.1.1 Wissenschaftliche Sprachwerke

Zu den Werken der Wissenschaft zählen gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG zunächst wissenschaftliche Sprachwerke wie fixierte Schriftwerke und mündliche Reden.² Dabei ist jedoch nur die konkrete „Form“ der Gedankenführung, nicht der wissenschaftliche „Inhalt“ als solcher urheberrechtsschutzfähig.

Unter der schutzfähigen Form ist die konkrete, von der Gedankenführung geprägte Gestaltung der Sprache zu verstehen.³ Der konkrete Text ist das wissenschaftliche Sprachwerk, soweit es sich hierbei um eine „persönliche geistige Schöpfung“ handelt. Bei ganzen Monografien, Aufsätzen, Buchkapiteln oder anderen längeren Passagen ist diese qualitative Schutzvoraussetzung in aller Regel gegeben.⁴ Die Schutzfähigkeit der konkreten Darstellung findet ihre Grenze erst dort, wo sie aus wissenschaftlichen Gründen geboten oder in dem behandelten Gebiet weithin üblich ist.⁵ Kürzeren Textteilen wie etwa einem Satz oder Halbsatz gewährt die Rechtsprechung nur gesonderten Schutz, wenn sie als solche besonders aussagekräftig oder originell formuliert sind und deshalb eine schöpferische Eigenart begründen.⁶

Die wissenschaftliche Lehre und das wissenschaftliche Ergebnis (der „Inhalt“) hingegen sind gemeinfrei und nicht urheberrechtlich geschützt.⁷ Deshalb verfügt der Wissenschaftler, der z. B. historische Tatsachen, naturwissenschaftliche Zusammenhänge oder Theorien als erster versteht bzw. erklärt, nicht über ein Urheberrecht an dieser geistigen Leistung – jeder kann sie ungehindert und – aus urheberrechtlicher Sicht – ohne Nennung des wissenschaftlichen Pioniers verwenden.⁸

² Dazu etwa BGH I ZR 15/58, 25.11.1958, GRUR 1959, 251, 251 – Einheitsfahrchein; BGH I ZR 106/78, 21.11.1980, GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit.

³ *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 17. Aufl. 2015, Rn. 214 ff.; EuGH Rs. C-5/08, 16.07.2009, GRUR 2009, 1041, Rn. 35 ff. – Infopaq I; BGH I ZR 9/95, 16.01.1997, ZUM-RD 1997, 329, 331 f. – CB-Infobank I; BGH I ZR 12/08, 01.12.2010, ZUM 2011, 151, 155 – Perlentaucher.

⁴ OLG Frankfurt 11 U 66/11, 27.03.2012, ZUM 2012, 574, 577 f.; BGH I ZR 106/78, 21.11.1980, GRUR 1981, 352, 355 – Staatsexamensarbeit.

⁵ BGH I ZR 106/78, 21.11.1980, GRUR 1981, 352, 355 – Staatsexamensarbeit; BGH I ZR 16/89, 12.07.1990, GRUR 1991, 130, 132 f. – Themenkatalog.

⁶ EuGH Rs. C-5/08, 16.07.2009, GRUR 2009, 1041, Rn. 44–48 – Infopaq I (für möglich erachtet für die Formulierung „... der anstehende Verkauf des Telekommunikationskonzerns TDC, mit dessen Übernahme gerechnet wird.“); BGH I ZR 12/08, 01.12.2010, ZUM 2011, 151, 151 Rn. 37, 39 – Perlentaucher; bejaht für die Formulierung „Krebsgeschwür in der Moral der deutschen Nation“ von OLG Frankfurt 11 U 66/11, 27.03.2012, ZUM 2012, 574, 578.

⁷ BGH I ZR 106/78, 21.11.1980, GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit; BGH I ZR 16/89, 12.07.1990, GRUR 1991, 130, 132 f. – Themenkatalog; BGH I ZR 140/09, 01.06.2011, GRUR 2011, 803, Rn. 49 f. – Lernspiele.

⁸ Ganz h. M., siehe *Rehbinder/Peukert* (Fn. 3), Rn. 219; OLG Frankfurt 11 U 66/11, 27.03.2012, ZUM 2012, 574, 577; a. A. *Haberstumpf*, Das Urheberrecht – Feind des Wissenschaftlers und des wissenschaftlichen Fortschritts?, ZUM 2012, 529, 536. Die wissenschaftsinternen Kommunikationsregeln aber gebieten eine solche Namensnennung.

Allerdings bereitet die Unterscheidung zwischen „Form“ und „Inhalt“ Schwierigkeiten. Im Einzelfall sind die Übergänge zwischen beiden Kategorien fließend. So wird auch die in der konkreten Gliederung eines Textes zum Ausdruck kommende Sammlung, Auswahl, Einteilung und Anordnung des Stoffes für schutzfähig erachtet, soweit sie sich nicht in einer sachlich naheliegenden Gliederung – wie etwa dem chronologischen Aufbau historischer Arbeiten – erschöpft.⁹ Schließlich billigt die herrschende Meinung (h. M.) wissenschaftlichen Autoren auch Schutz für „konkrete eigenständige Verknüpfungen, Schlussfolgerungen und Auswertungen“ zu, „wenn sie über den gemeinfreien Kern der wissenschaftlichen Lehren und Theorien hinausgehen“.¹⁰ Ein Beispiel hierfür ist die Erkenntnis einer Habilitationsschrift, dass Deutschland in der Erdbebenforschung führend wurde, obwohl es nicht zu den besonders erdbebengefährdeten Gebieten gehört.¹¹

1.1.2 Darstellungen wissenschaftlicher Art

Zu den geschützten Werken der Wissenschaft zählen gem. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG ferner „Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen“. Eine wissenschaftliche Darstellung zeichnet sich dadurch aus, dass sie der Vermittlung von belehrenden oder unterrichtenden Informationen über den dargestellten Gegenstand mit dem Ausdrucksmittel der grafischen oder plastischen Darstellung dient. Ihr Zweck, Information zu vermitteln, unterscheidet diese Werke von Werken der bildenden Kunst, die vorwiegend das ästhetische Empfinden ansprechen sollen; das Ausdrucksmittel der grafischen oder plastischen Darstellung unterscheidet sie von Sprachwerken, deren Ausdrucksmittel die Sprache ist.¹²

Ein typisches Beispiel für eine wissenschaftliche Darstellung ist ein Modell, das z. B. ein Protein grafisch wiedergibt.¹³ Doch ist der Kreis potenziell geschützter Darstellungen „wissenschaftlicher Art“ nicht auf solch eindeutige Fälle beschränkt. Bereits die Darstellung einfachster wissenschaftlicher Erkenntnisse – wie etwa ein aus Kontrollgeräten und Übungsheften bestehendes Lernspiel für Kleinkinder („Mini-LüK“) – wird hierunter subsumiert.¹⁴ Zugleich sind die Anforderungen an eine „persönliche geistige Schöpfung“ wissenschaftlicher Darstellungen wie bei Sprachwerken gering.

⁹ BGH I ZR 157/77, 07.12.1979, GRUR 1980, 227, 231 – Monumenta Germaniae Historica; BGH I ZR 29/79, 27.02.1981, GRUR 1981, 520, 521 f. – Fragensammlung; BGH I ZR 16/89, 12.07.1990, GRUR 1991, 130, 132 f. – Themenkatalog.

¹⁰ OLG Frankfurt 11 U 66/11, 27.03.2012, ZUM 2012, 574, 579.

¹¹ OLG Frankfurt 11 U 66/11, 27.03.2012, ZUM 2012, 574, 579.

¹² BGH I ZR 140/09, 01.06.2011, GRUR 2011, 803, Rn. 39 m. w. N. – Lernspiele.

¹³ OLG Frankfurt 6 W 31/89, 04.04.1989, GRUR 1989, 589 – Eiweißkörper.

¹⁴ BGH I ZR 140/09, 01.06.2011, GRUR 2011, 803, Rn. 43 m. w. N. – Lernspiele.

Ausreichend ist eine eigentümliche, sich vom alltäglichen Schaffen im betroffenen Bereich abhebende Darstellungsweise.¹⁵ Schließlich gilt es wiederum den Grundsatz zu beachten, dass schutzfähig nur die konkrete „Form“, nicht hingegen das abstrakte Spiel- oder Darstellungskonzept („Inhalt“) ist.¹⁶

Insgesamt zeigt sich, dass das Urheberrecht mit einem anderen Begriff von „Wissenschaft“ operiert als die Wissenschaft in ihren Selbstbeschreibungen oder das Grundgesetz im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit. Während „Wissenschaft“ dort als nach Inhalt und Form ernsthafter und planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit in Forschung und Lehre definiert wird,¹⁷ zieht die urheberrechtliche Rechtsprechung den Begriff des wissenschaftlichen Werkes wesentlich weiter – bis hin zu üblichen, aber ökonomisch wertvollen Kreuzwort- und Silbenrätseln.¹⁸

1.1.3 Inhalt des Rechtsschutzes

Die Urheber wissenschaftlicher Sprachwerke und Darstellungen sowie die Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben – die „Schöpfer“ (§ 7 UrhG) – genießen denselben umfassenden Rechtsschutz wie alle anderen Urheber. Das Urheberpersönlichkeitsrecht umfasst die Rechte der Erstveröffentlichung, der Anerkennung der Urheberschaft und der Werkintegrität (§§ 12–14 UrhG).¹⁹ Die kommerziellen Verwertungsrechte erstrecken sich auf sämtliche, auch bisher noch unbekannte Formen der körperlichen und unkörperlichen Verwertung wissenschaftlicher Werke. Hierzu zählen insbesondere das Recht, Vervielfältigungsstücke herzustellen, gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl (§ 16 Abs. 1 UrhG), sowie das Recht, das Werk über das Internet öffentlich zugänglich zu machen (§ 19a UrhG). Ferner dürfen Umgestaltungen der geschützten Sprach- oder Darstellungsform des Werkes nur mit Einwilligung des Urhebers veröffentlicht oder verwertet werden (§ 23 UrhG). Das Urheberrecht erlischt siebenzig Jahre nach dem Tod des Urhebers (§ 64 UrhG).

¹⁵ BGH I ZR 140/09, 01.06.2011, GRUR 2011, 803, Rn. 50 – Lernspiele.

¹⁶ OLG Köln 6 U 225/08, 13.07.2012, ZUM 2012, 975, 979 – Lernspiele.

¹⁷ BVerfG 1 BvR 424/71, 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 112 ff.; BVerfG 1 BvR 174, 178, 191/71 u. a., 1.3.1978, BVerfGE 47, 327, 367.

¹⁸ Vgl. Peukert, Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft: Auf die Perspektive kommt es an!, JIPITEC 4 (2012), 142 ff.; BGH I ZR 16/89, 12.07.1990, GRUR 1991, 130, 132 f. – Themenkatalog („Der Bereich der Wissenschaft beschränkt sich nicht nur auf Forschung und Lehre im engeren verfassungsrechtlichen Sinne.“); zu Preisrätseln als wissenschaftlichen Darstellungen OLG München 6 U 2093/88, 19.09.1991, GRUR 1992, 510, 510 ff.

¹⁹ Diese Befugnisse stehen dem Herausgeber eines erstmals erschienenen, nachgelassenen Werkes nicht zu, vgl. § 71 Abs. 1 S. 3 UrhG.

1.1.4 Wissenschaftsrelevante Schranken des Rechtsschutzes

Das Urheberrecht unterliegt gewissen Einschränkungen („Schranken“).²⁰ Nach Maßgabe der betreffenden Vorschriften darf ein Werk ohne Zustimmung des Urhebers benutzt werden. Einige Schranken verfolgen den Zweck, wissenschaftliche Kommunikation zu erleichtern.²¹

Hierzu zählt zunächst das sogenannte Zitatrecht, das im Interesse des allgemeinen kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritts der Freiheit der geistigen Auseinandersetzung mit fremden Gedanken dient.²² Zulässig ist es gem. § 51 Nr. 1 UrhG insbesondere, einzelne Werke nach der Veröffentlichung in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufzunehmen, wenn dabei die Quelle deutlich angegeben wird. Das Zitatrecht erlaubt die wörtliche Übernahme einiger weniger Texte, Darstellungen und Bilder, um die eigenen wissenschaftlichen Ausführungen zu belegen bzw. zu erläutern. Eine weitergehende Übernahme fremder Texte etc. ohne Erläuterung des Inhalts des eigenen Werks kann zwar bei künstlerischen Textcollagen zulässig sein;²³ für wissenschaftliche Werke ist eine solch erweiternde Auslegung der Zitierfreiheit aber nicht anerkannt. Vielmehr muss das zitierende wissenschaftliche Werk die Hauptsache bilden, während die übernommenen Texte, Darstellungen etc. die Nebensache bleiben und eine innere Verbindung zwischen den verwendeten fremden Werken oder Werkteilen und den eigenen Gedanken des Zitierenden bestehen muss.²⁴

Während das Zitat vergütungsfrei zulässig ist, sind die weiteren wissenschaftsbezogenen Schranken des Urheberrechts an pauschale Vergütungspflichten gekoppelt, die über Verwertungsgesellschaften (z. B. die VG Wort) abgewickelt werden. Dieses Konzept gilt insbesondere für die Herstellung einzelner Vervielfältigungsstücke eines Werks zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, die zulässig ist, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist, sie keinen gewerblichen Zwecken dient und die Vervielfältigungsstücke weder verbreitet noch zu öffentlichen Wieder-

²⁰ Selbiges gilt für die verwandten Schutzrechte an wissenschaftlichen Ausgaben und nachgelassenen Werken, vgl. §§ 70 Abs. 1, 71 Abs. 1 S. 3 UrhG.

²¹ *Rehbinder/Peukert* (Fn. 3), Rn. 645 ff.; *de la Durantaye*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, 73 ff.

²² BGH I ZR 32/92, 30.06.1994, GRUR 1994, 800, 803 – Museumskatalog.

²³ Vgl. BVerfG 1 BvR 825/98, 29.06.2000, GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3; BGH I ZR 212/10, 30.11.2011, GRUR 2012, 819 Rn. 14 ff. – Blühende Landschaften.

²⁴ BGH I ZR 83/66, 03.04.1968, NJW 1968, 1875, 1877 ff. – Kandinsky (verneint für 69 Abbildungen von Werken Kandinskys in einem Buch über die Künstlergruppe „Der blaue Reiter“); BGH I ZR 32/92, 30.06.1994, GRUR 1994, 800, 803 – Museumskatalog; BGH I ZR 69/08, 29.04.2010, NJW 2010, 2731 Rn. 26 – Vorschaubilder I.

gaben benutzt werden.²⁵ Wissenschaftler dürfen demnach selbst oder unter Einschaltung Dritter reprografische und digitale Kopien wissenschaftlicher Werke herstellen.

Flankierend ist öffentlichen Bibliotheken der Kopienversand auf Bestellung erlaubt (§ 53a UrhG). Dabei ist zwischen analogen Papierkopien und elektronischen Kopien zu unterscheiden. Die Vervielfältigung und Übermittlung einzelner in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge sowie kleiner Teile eines erschienenen Werkes im Wege des (analogen) Post- oder Faxversands durch öffentliche Bibliotheken ist auf Einzelbestellung gestattet, sofern die Nutzung durch den Besteller nach § 53 UrhG zulässig ist. Die Vervielfältigung und Übermittlung in sonstiger elektronischer Form ist zudem nur als grafische Datei und für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung erlaubt, soweit dies zur Verfolgung nichtgewerblicher Zwecke gerechtfertigt ist. Verboten ist ein solcher elektronischer Kopienversand, wenn der Zugang zu den Beiträgen oder kleinen Teilen eines Werks den Mitgliedern der Öffentlichkeit offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird. Damit gilt für den digitalen Kopienversand ein Vorrang verlagsseitiger Online-Angebote. Existieren solche zu „angemessenen Bedingungen“, müssen öffentliche Bibliotheken vom Versand elektronischer Kopien Abstand nehmen.

Letztgenannter Vorbehalt findet sich zwar in der gesetzlichen Regelung zur zulässigen öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung nicht ausdrücklich (§ 52a UrhG). Nach dieser Vorschrift ist es zulässig, veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich zu machen und zu diesem Zweck zu vervielfältigen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nichtkommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Gedacht ist hier an eine Privilegierung kleiner Forschungsteams, die insbesondere Zeitschriftenbeiträge in einem gemeinsamen Online-Ordner ablegen, der durch technische Zugangsmechanismen vor dem allgemeinen Zugriff aller Internetnutzer geschützt ist. Die Vorschrift erlaubt hingegen zum Beispiel nicht, Werke so in das Intranet einer Universität einzustellen, dass sämtlichen dort tätigen Forschern ein Zugriff ermöglicht wird.²⁶ Allerdings sieht der BGH das öffentliche Zugänglichmachen als nicht zu dem jeweiligen Zweck geboten und damit unzulässig an, wenn der Rechtsinhaber die Werke oder Werkteile in digitaler Form für die Nutzung im Netz der jeweiligen Einrichtung zu angemessenen Bedingungen anbietet. Die geforderte Lizenzgebühr muss angemessen und das Lizenzangebot unschwer aufzufinden sein.²⁷ Die Wissenschaftsverlage

²⁵ Siehe § 53 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 6 UrhG und OLG Koblenz 6 U 606/83, 07.08.1986, NJW-RR 1987, 699.

²⁶ Siehe BT-Drucks. 15/837, S. 34.

²⁷ BGH I ZR 84/11, 20.3.2013, GRUR 2013, 1220 Rn. 39 ff. – Gesamtvertrag Hochschul-Intranet; BGH I ZR 76/12, 28.11.2013, GRUR 2014, 549 Rn. 58 ff. – Meilensteine der Psychologie.

haben es also letztlich selbst in der Hand, ob sie ihre Werke online direkt vermarkten oder sich mit einem Anteil aus dem pauschalen Vergütungsaufkommen gem. § 52a IV UrhG zufriedengeben.

Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass dieser Vorrang angemessener Lizenzangebote konsequenterweise auch für die Zulässigkeit digitaler Kopien für eigene wissenschaftliche Zwecke gelten muss.²⁸ Nach dieser Lesart bliebe im digitalen Zeitalter nur noch das Zitatrecht vorbehaltlos und vergütungsfrei gewährleistet. Im Übrigen geht das deutsche Urheberrecht ersichtlich davon aus, dass wissenschaftliche Kommunikation primär mithilfe digitaler, zugangskontrollierter Verlagsdatenbanken vorstättengeht. An die Stelle gesetzlicher Nutzungsbefugnisse sind vertragliche Lizenzen getreten. Jene legen fest, was der einzelne Wissenschaftler mit den Inhalten wissenschaftlicher Verlagsdatenbanken tun darf.

Hingewiesen sei schließlich noch auf Regelungen, die die zustimmungsfreie Massendigitalisierung von verwaisten und vergriffenen Werken ermöglichen und hierdurch die Wissens- und Informationsgesellschaft stärken sollen. Verwaist ist ein Werk, wenn der oder die Rechtsinhaber nicht festgestellt oder ausfindig gemacht werden können; lediglich vergriffen ist es, wenn es vom Verlag nicht mehr geliefert wird. Verwaiste Bücher, Fachzeitschriften und andere Schriften, Filmwerke und Tonträger dürfen durch öffentlich zugängliche und im Gemeinwohl errichtete Institutionen wie Bibliotheken, Archive, Museen und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu kulturellen und bildungspolitischen Zwecken digitalisiert und öffentlich zugänglich gemacht werden. Allerdings müssen die begünstigten Institutionen zuvor durch eine sorgfältige Suche sicherstellen, dass das betreffende Werk tatsächlich verwaist ist. Da die einschlägigen Regelungen der §§ 61–61c UrhG den steuerfinanzierten Einrichtungen eine Kommerzialisierung der verwaisten Bestände nur in sehr engen Grenzen erlaubt, erscheint fraglich, ob und wann unter diesen strengen Auflagen eine umfassende Erschließung verwaister Bibliotheksbestände in der Deutschen Digitalen Bibliothek bzw. der EUROPEANA zu erwarten ist.²⁹ Praktikabler erscheinen vor diesem Hintergrund die Vorschriften zu vergriffenen Werken (§§ 13d und e Urh-WahrnG), die die Verwertungsgesellschaften Wort und Bild-Kunst in die Lage versetzen, alle vor dem 1.1.1966 in Büchern, Fachzeitschriften, Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Schriften veröffentlichten und heute vergriffenen Werke, die sich im Bestand von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Museen, Archiven usw. befinden, für nichtgewerbliche Digitalisierungsvorhaben zu lizenzieren.³⁰

²⁸ Vgl. Berger, Die öffentliche Zugänglichmachung urheberrechtlicher Werke für Zwecke der akademischen Lehre – Zur Reichweite des § 52a I Nr. 1 UrhG, GRUR 2010, 1058, 1064.

²⁹ Vgl. Reh binder/Peukert (Fn. 3), Rn. 667–670.

³⁰ Näher Reh binder/Peukert (Fn. 3), Rn. 671–674.

1.2 Computerprogramme

Zu den geschützten Sprachwerken zählen gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG auch Computerprogramme, die im wissenschaftlichen Kommunikationssystem sowohl als Kommunikationsmittel als auch als Forschungsgegenstand und -ergebnis von Bedeutung sind. Da Software einer speziellen EU-Richtlinie³¹ unterliegt, ist ihr von anderen Werkarten abweichender Rechtsschutz gesondert darzustellen.

Wie bei sonstigen Werkarten ist im Ausgangspunkt zwischen den schutzfähigen „Ausdrucksformen“ eines Computerprogramms einerseits und den nicht urheberrechtlich geschützten Ideen und Grundsätzen andererseits, die einem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, zu unterscheiden. Zu den geschützten Ausdrucksformen zählen jedenfalls der Quell- und Objektcode, nicht hingegen die Benutzeroberfläche, die Funktionalität eines Computerprogramms, die Programmiersprache und das Dateiformat.³²

In qualitativer Hinsicht werden Quell- und Objektcodes urheberrechtlich geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien, insbesondere nicht qualitative oder ästhetische, anzuwenden.³³ Schutz genießen demnach alle Computerprogramme, sofern sie über eine gänzlich banale Programmierleistung hinausgehen.³⁴ Hierfür besteht eine Vermutung.³⁵ Im Ergebnis dürften sämtliche Computerprogramme, die im wissenschaftlichen Kommunikationssystem in relevanter Weise Verwendung finden, urheberrechtlich geschützt sein.

Die Verwertungsrechte an Computerprogrammen sind im Wesentlichen dieselben wie für sonstige Werke. Insbesondere dürfen Quell- und Objektcodes nicht vervielfältigt, öffentlich zugänglich gemacht und bearbeitet werden (§ 69c UrhG). Bei den Schranken des Rechtsschutzes von Software zeigen sich jedoch erhebliche Unterschiede zum übrigen Urheberrecht. Die speziellen Vorschriften zu Computerprogrammen erlauben die zustimmungs- und vergütungsfreie Verwendung von Software lediglich, soweit dies zur bestimmungsgemäßen, rechtmäßigen Benutzung einschließlich der Fehlerberichtigung, zur Erstellung einer Sicherungskopie, zur Beobachtung, Untersuchung und zum Test eines Programms sowie zur Dekompilierung erforderlich ist (§§ 69d, e UrhG). Nach h. M. verdrängen diese Sondervorschriften die allgemeinen

31 Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (kodifizierte Fassung), ABl. Nr. L 111 v. 5.5.2009, S. 16.

32 Vgl. § 69a Abs. 1 und 2 UrhG sowie EUGH C-393/09, 22.12.2010, GRUR 2011, 220 Rn. 44–46 – BSA/Kulturministerium; EUGH C-406/10, 02.05.2012, EuZW 2012, 584 Rn. 39, 45 – SAS /World Programming.

33 § 69a Abs. 3 UrhG.

34 BGHZ 123, 208 – Buchhaltungsprogramm.

35 BGH I ZR 90/09, 20.9.2012, ZUM-RD 2013, 371 Rn. 23 ff. – UniBasic-IDOS.

Schranken des Urheberrechts und insbesondere die Schranken im Interesse der Wissenschaft, sei es die Kopie zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, den Kopienversand oder die Nutzung in einem kleineren Forschernetzwerk.³⁶ Nach umstrittener Auffassung soll das Zitatrecht hingegen anwendbar bleiben.³⁷

1.3 Datenbanken

Der dritte für die wissenschaftliche Kommunikation bedeutsame Schutzgegenstand betrifft Datenbanken. Auch sie unterliegen einer eigenständigen EU-Richtlinie, die die Schutzvoraussetzungen, den Schutzbereich und die Schranken abweichend von den sonstigen Werkkategorien regelt.³⁸ Dabei ist weiter zwischen dem Urheberrechtsschutz von *Sammel- und Datenbankwerken* einerseits und dem *Sui-generis*-Schutz sonstiger, investitionsintensiver Datenbanken zu differenzieren.

1.3.1 Urheberrecht an Sammel- und Datenbankwerken

Sammel- und Datenbankwerke zeichnen sich gem. § 4 UrhG dadurch aus, dass die Auswahl oder Anordnung der Werke, Daten oder anderer unabhängiger Elemente, die sie umfassen, eine persönliche geistige Schöpfung darstellt. Bei diesen Sammlungen bzw. Datenbanken geht es also nicht vorrangig um Vollständigkeit, sondern um eine kreative, eigenschöpferische Auswahl oder Anordnung, wie man sie etwa in wissenschaftlichen Sammelbänden und auch Enzyklopädien findet. Der Inhaber des Sammelband-/Datenbankurheberrechts ist typischerweise der Herausgeber. Er genießt im Hinblick auf seine Herausgeberauswahlleistung einen eigenständigen, in seiner Reichweite umfassenden Rechtsschutz, der unabhängig neben den Urheberrechten der Autoren der einzelnen Beiträge steht. Datenbankwerke dürfen zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch vervielfältigt werden, soweit dies zu nichtgewerblichen Zwecken erfolgt.³⁹

³⁶ Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 4. Aufl. 2013, § 69a UrhG Rn. 3, 33; Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 69a UrhG Rn. 75.

³⁷ Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 36), § 69a UrhG Rn. 34; a. A. Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 36), § 69a UrhG Rn. 75 („§ 51 passt aber seinem ganzen Sinn und Zweck nach nicht für Computerprogramme.“).

³⁸ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. Nr. L 77 v. 27.3.1996, S. 20.

³⁹ § 53 Abs. 5 S. 2 UrhG.

1.3.2 Sui-generis-Schutz des Datenbankherstellers

Das europäische Urheberrecht schützt nicht nur die Auswahl- und Anordnungsleistung des wissenschaftlichen Herausgebers, sondern auch denjenigen Unternehmer, der in eine Datenbank *investiert*. Wer eine „wesentliche Investition“ in die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung⁴⁰ von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen tätigt, erhält für die Dauer von 15 Jahren nach der Veröffentlichung der Datenbank ein ausschließliches Schutzrecht „sui generis“. Hierdurch soll ein Anreiz zu Investitionen in elektronische Datenbanken gesetzt werden. Der Datenbankhersteller (Investor) verfügt über das ausschließliche Recht, die Datenbank insgesamt oder einen im Hinblick auf die Gesamtinvestition quantitativ oder qualitativ⁴¹ wesentlichen Teil der Datenbank zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Auch unwesentliche (einzelne) Teile einer Datenbank dürfen nicht verwendet werden, soweit dies wiederholt und systematisch geschieht und dadurch eine „normale“ Auswertung der Datenbank beeinträchtigt wird.

Sowohl das Urheberrecht des Herausgebers einer Datenbank als auch das Datenbankherstellerrecht sind davon unabhängig, welche Informationen geordnet bzw. gesammelt werden. Insbesondere muss es sich nicht um urheberrechtlich geschützte Werke handeln. Vielmehr genügt jeder beliebige Datensatz – z. B. wissenschaftliche Rohdaten.⁴² Hiermit wird den Wissenschaftsverlagen ein Rechtstitel gewährt, der sie in die Lage versetzt, den Zugriff auf wissenschaftliche Information als solche (den „Inhalt“) zu kontrollieren.

Zwar dürfen unwesentliche Teile einer Datenbank – etwa ein einzelner Datensatz – benutzt werden, ohne in das Recht des Datenbankherstellers einzugreifen. Zudem erklärt § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG die Vervielfältigung eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch für zulässig, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist, der wissenschaftliche Gebrauch nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt und die Quelle deutlich angegeben wird. Wiederholte und systematische Abrufe aber sind stets verboten, sodass etwa wissenschaftliche Analysen von Verlagsdatenbanken („Data Mining“) der Zustimmung des Datenbankinvestors bedürfen.⁴³

⁴⁰ Nicht aber in die ursprüngliche Erzeugung der Daten etc., siehe EuGH Rs. C-203/02, 09.11.2004, EuZW 2004, 757, Rn. 28 ff. – The British Horseracing Board Ltd u. a. gegen William Hill Organization Ltd.

⁴¹ Damit ist nicht der Wert des einzelnen Datensatzes gemeint, sondern die Relevanz des entnommenen Teils im Hinblick auf die geschützten Investitionen; siehe EuGH Rs. C-203/02, 09.11.2004, EuZW 2004, 757, Rn. 28 ff. – The British Horseracing Board Ltd u. a. gegen William Hill Organization Ltd.

⁴² EuGH Rs. C-545/07, 05.03.2009, GRUR 2009, 572, Rn. 73 – Apis/Lakorda.

⁴³ *Reichman/Okediji*, When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale, *Minnesota Law Review* 96 (2012), 1362, 1423.

1.4 Schutz wissenschaftlicher Ausgaben und nachgelassener Werke und das Leistungsschutzrecht für Presseverleger

Hinzuweisen ist schließlich auf drei dem Urheberrecht „verwandte Schutzrechte“, die einen gewissen Bezug zur wissenschaftlichen Kommunikation aufweisen, allerdings geringe praktische Bedeutung besitzen. § 70 UrhG gewährt dem „Verfasser“ einer wissenschaftlichen Ausgabe eines urheberrechtlich nicht (mehr) geschützten Werkes oder Textes ein fünfundzwanzigjähriges Recht an der Ausgabe, wenn jene das Ergebnis wissenschaftlicher sichtender Tätigkeit darstellt und sich wesentlich von den bisher bekannten Editionen des Werkes oder Textes unterscheidet. Der Herausgeber, der ein nicht (mehr) urheberrechtlich geschütztes Werk erstmals erscheinen lässt, genießt gem. § 71 UrhG ebenfalls für 25 Jahre ein ausschließliches Recht, das nachgelassene Werk (z. B. ein verloren geglaubtes wissenschaftliches Manuskript) zu verwerten. Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger (§§ 87f-h UrhG) schließlich soll zwar auch auf Fachzeitschriften Anwendung finden.⁴⁴ Es erstreckt sich aber nur auf die öffentliche Zugänglichmachung solcher „Presseerzeugnisse“ oder Teilen hiervon durch gewerbliche Suchmaschinen und News-Aggregatoren.

1.5 Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen

Abgesehen von all diesen urheberrechtlichen Befugnissen vermag der Rechtsinhaber jede unerlaubte Nutzung seines Schutzgegenstandes, namentlich einer wissenschaftlichen Datenbank, dadurch zu unterbinden, dass er technische Schutzmaßnahmen (Digital Rights Management, DRM) einsetzt und diese in seinen Lizenzklauseln auch vertraglich sanktioniert. Hierdurch kann bereits der Zugriff auf einen einzelnen Datensatz und damit die einzelne wissenschaftliche Information vom Erwerb einer Lizenz abhängig gemacht werden. Dieses in der Praxis etablierte Modell zugangskontrollierter Datenbanken wird vom europäischen Urheberrecht dadurch legalisiert und gefördert, dass die technisch-faktische Kontrolle zusätzlich unter rechtlichen Schutz gestellt wird. Hinsichtlich dieses Rechtsschutzes technischer Schutzmaßnahmen ist zwischen Computerprogrammen einerseits und sonstigen wissenschaftlichen Schutzgegenständen andererseits zu unterscheiden.

⁴⁴ Jani, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 36), § 87f UrhG Rn. 4.

1.5.1 Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen bei Computerprogrammen

Soweit Computerprogramme mit DRM-Maßnahmen versehen werden, gilt allein die auf das Jahr 1991 zurückgehende Computerprogrammrichtlinie.⁴⁵ Insoweit bestimmt § 69f Abs. 2 UrhG, dass der Rechtsinhaber die Vernichtung solcher Mittel verlangen kann, die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Beseitigung oder Umgehung technischer Programmschutzmechanismen zu erleichtern. Derartige Instrumente werden also per se für rechtswidrig erklärt. Zwar ist ihr Einsatz zur Umgehung von DRM-Systemen nicht ausdrücklich verboten. Die Rechtsprechung billigt den Rechtsinhabern aber gleichwohl entsprechende Abwehransprüche zu, und zwar auf der Basis des allgemeinen Zivilrechts (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, § 826 BGB) und des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb.⁴⁶

1.5.2 Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen bei sonstigen Werken und Datenbanken

Für DRM-Systeme, mit denen die Nutzung einzelner wissenschaftlicher Werke und insbesondere wissenschaftlicher Datenbanken kontrolliert wird, gelten hingegen die Art. 6 und 7 der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29,⁴⁷ umgesetzt in den §§ 95a ff. UrhG. Demnach ist es verboten, wirksame technische Maßnahmen zu umgehen und dies durch die Herstellung und das Anbieten von Umgehungswerkzeugen zu ermöglichen. Ein DRM-System ist bereits dann „wirksam“ und folglich geschützt, wenn überhaupt eine Zugangs- oder Kopierkontrolle etabliert wird. Es genügt, dass der durchschnittliche Nutzer davon abgehalten werden kann, die Maßnahme auszuschalten. Es ist daher davon auszugehen, dass die in der Praxis der Wissenschaftsverlage eingesetzten DRM-Systeme in aller Regel Rechtsschutz genießen, auch wenn sie stets umgangen werden können.

Mithilfe von DRM-Systemen darf der Wissenschaftsverlag bzw. Datenbankhersteller alle wissenschaftsrelevanten Schranken außer Kraft setzen. Zwar bestimmt § 95b Abs. 1 Nr. 5 und 6 lit. b UrhG, dass ist ein Rechtsinhaber, der technische Schutzmaßnahmen einsetzt, Wissenschaftlern nachträglich die notwendigen Mittel zur Verfügung stellen muss, damit sie von den Schranken der §§ 52a (Intranetnutzungen) und § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG (Kopien zu Zwecken der Wissenschaft) Gebrauch machen

⁴⁵ Zur Spezialität der Computerprogrammrichtlinie EuGH Rs. C-128/11, 03.07.2012, GRUR 2012, 904 – UsedSoft.

⁴⁶ Zu § 1 UWG a. F. BGH I ZR 200/95, 09.11.1995, GRUR 1996, 78, 78 – Umgehungsprogramm.

⁴⁷ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. L 167 v. 22.6.2001, S. 10.

können. Diese Vorschrift ist aber praktisch irrelevant geblieben. Wichtiger noch ist, dass sie kraft ausdrücklicher Regelung nicht für Online-Datenbanken gilt.⁴⁸ Das heißt, dass die zukunftssträchtige Verwertung wissenschaftlicher Werke und Datenbanken über das Internet ganz ohne Rücksicht auf die Schranken des Urheberrechts erfolgen kann, wenn DRM-Systeme im Einsatz sind.

1.6 Fazit

In der Gesamtschau schützt und fördert das Urheberrecht das Geschäftsmodell, das von den meisten Wissenschaftsverlagen betrieben wird: die exklusive, zugangskontrollierte Online-Datenbank, für deren Nutzung eine pauschale („Big Deal“) oder individuelle („Pay per Click“) Lizenzgebühr zu zahlen ist. In diesem Geschäftsmodell wird die klassische Unterscheidung zwischen der urheberrechtlich geschützten „Form“ und dem frei zugänglichen wissenschaftlichen „Inhalt“ endgültig hinfällig. Denn auch auf gemeinfreie wissenschaftliche Rohdaten, Theorien und Aussagen vermag der interessierte Nutzer nur noch zuzugreifen, wenn er lizenzierten Zugriff auf die Online-Datenbank hat. Das europäische Urheberrecht verschafft den Verlagen und Datenbankherstellern im Internet die volle Herrschaft über die wissenschaftliche Information.⁴⁹

2 Wissenschaftliche Werke und Datenbanken als Vertragsgegenstand

Das vorstehende Fazit impliziert, dass die urheberrechtlichen Befugnisse allesamt bei den Wissenschaftsverlagen liegen. Abgesehen vom Datenbankherstellerrecht, das originär beim Investor entsteht, ist hierfür indes ein vertraglicher Rechtserwerb von den Urhebern, also den Wissenschaftlern, erforderlich.⁵⁰ Ihnen steht es frei, ob und wem sie in welchem Umfang Rechte einräumen.

⁴⁸ § 95b Abs. 3 UrhG.

⁴⁹ Hilty, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179, 181.

⁵⁰ Anders als Tonträger- oder Filmhersteller erhalten Verleger kein originäres Leistungsschutzrecht am verlegten Sprachwerk. Das verlegerische Geschäftsmodell basiert bisher auf abgeleiteten Urheberrechten. Zum Leistungsschutzrecht für Presseverleger oben 1.4.

2.1 Originärer Rechtsinhaber bei wissenschaftlichen Werken

Originärer Inhaber des Urheberrechts an einem Werk ist sein „Schöpfer“ – der Urheber (§ 7 UrhG). Im Hinblick auf Werke der Wissenschaft ist das derjenige, der das wissenschaftliche Sprachwerk formuliert oder die konkrete wissenschaftliche Darstellung (etwa ein Modell) hervorbringt. Hingegen verschafft eine wissenschaftliche Entdeckung, die Aufstellung einer Theorie oder die Produktion von Rohdaten kein Urheberrecht. Wissenschaftler, die sich hierauf beschränken, sind keine Urheber im Sinne des Urheberrechts. Das Urheberrecht knüpft vielmehr allein an die konkrete Versprachlichung bzw. Darstellung dieser Informationen an.⁵¹

Originärer Rechtsinhaber in diesem Sinne ist auch der bei einer Forschungseinrichtung angestellte oder verbeamtete Wissenschaftler, der ein wissenschaftliches Werk in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen hat.⁵² Mit Rücksicht auf die Wissenschaftsfreiheit werden solche Werke grundsätzlich als freie und eigenverantwortliche Leistung dem einzelnen Wissenschaftler zugerechnet. Der Arbeitgeber/Dienstherr erwirbt weder stillschweigend mit Abschluss des Arbeitsvertrages ein Nutzungsrecht noch sind angestellte bzw. verbeamtete Wissenschaftler verpflichtet, ihrem Arbeitgeber ein Angebot zur Einräumung von Nutzungsrechten an Werken zu unterbreiten.⁵³

Doch hat die Rechtsprechung auch Ausnahmen von diesem sogenannten Hochschullehrerprivileg anerkannt. So sind die Erben eines Professors verpflichtet, der Universität, an der der Verstorbene tätig war, etwaige urheberrechtliche Nutzungsrechte im Hinblick auf umfangreiche archäologische Grabungsmaterialien anzubieten, die weiter zu Forschungszwecken genutzt werden sollen.⁵⁴ An einem Sammelwerk, in concreto einer über viele Jahre an einem Universitätsinstitut herausgegebenen Zeitschrift, erlangt die finanzierende Universität stillschweigend Nutzungsrechte, da nicht angenommen werden könne, dass zahlreiche Mitarbeiter der Universität praktisch für den individuellen Herausgeber tätig geworden sein sollen.⁵⁵ Schließlich stehen einer Universität Nutzungsrechte an Multiple-Choice-Klausuren zu, die von wissenschaftlichen Mitarbeitern in weisungsabhängiger Stellung entworfen wurden.⁵⁶ Für den klassischen, in Allein- oder Miturheberschaft verfassten Aufsatz oder die Monografie verbleibt es aber dabei, dass allein der einzelne Wissen-

51 An diesem Punkt können sich Friktionen zwischen dem urheberrechtlichen Namensnennungsrecht, das nur demjenigen zusteht, der einen Beitrag formuliert bzw. die Darstellungen erzeugt hat, und der wissenschaftlichen Namensnennungspraxis ergeben, wonach auch diejenigen als „Autoren“ genannt werden, die „nur“ Rohdaten geliefert haben.

52 Vgl. § 43 UrhG.

53 Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 36), § 43 UrhG Rn. 12 m. w. N.

54 BGH I ZR 244/88, 27.09.1990, NJW 1991, 1480, 1483 – Grabungsmaterialien.

55 KG 5 U 2189/93, 06.09.1994, NJW-RR 1996, 1066 – Poldok.

56 LG Köln 28 O 161/99, 01.09.1999, NJW-RR 2000, 1294, 1295.

schaftler über die urheberrechtlichen Befugnisse verfügt und frei entscheiden kann, wem Nutzungsrechte eingeräumt werden.

2.2 Urhebervertragsrecht und Wissenschaftsverlage

Diese Verfügungsbefugnis wird im deutschen Urhebervertragsrecht in vielfältiger Weise gesichert. Die Regelungen beruhen auf dem Gedanken, dass sich der einzelne Urheber gegenüber kommerziellen Werkmittlern wie Verlagen in einer strukturell verhandlungsschwächeren Position befindet und daher des gesetzlichen Schutzes bedarf.⁵⁷

Das Urheberrecht ist unter Lebenden nicht übertragbar (§ 29 UrhG). Und auch Nutzungsrechte räumt der Urheber nach dem sogenannten Übertragungszweckgedanken in Zweifelsfällen nur insoweit ein, als der Vertragspartner diese Nutzungsrechte nach dem Vertragszweck benötigt.⁵⁸ Übt ein Verlag ein ausschließliches Nutzungsrecht nicht oder unzureichend aus oder entspricht das Werk nicht mehr der Überzeugung des Urhebers, kann er die Nutzungsrechte zurückrufen.⁵⁹ Für die Einräumung von Nutzungsrechten ist zwingend eine angemessene Vergütung zu bezahlen,⁶⁰ wengleich man insoweit gerade für wissenschaftliche Qualifikationsschriften und sonstige wissenschaftliche Beiträge Ausnahmen anerkennt, weil die betreffenden Werke nur dann wirtschaftlich sinnvoll verlegt werden könnten, wenn der Verlag keine Vergütung schulde (sondern seinerseits einen Druckkostenzuschuss erhalte).⁶¹

Von gewisser Bedeutung für wissenschaftliche Zeitschriften und Sammelbände ist ferner die Regelung, wonach der Verleger oder Herausgeber im Zweifel zwar ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung und Verbreitung erwirbt, der Urheber das Werk nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen aber anderweitig vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen darf, wenn nichts anderes vereinbart ist.⁶² Die Vorschrift hat den Zweck, Zweitveröffentlichungen zu ermöglichen. Freilich greift sie als abdingbare Zweifelsregelung nur, wenn sich der Verlag nicht ausdrücklich umfassende exklusive Nutzungsrechte einräumen lässt. Diese Schwäche soll das seit 2014 geltende zwingende Zweitnutzungsrecht wissenschaftlicher Autoren gem. § 38 IV UrhG vermeiden, auf das im Kontext des Verhältnisses zwischen Urheberrecht und Open Access näher eingegangen wird.⁶³

⁵⁷ *Rehbinder/Peukert* (Fn. 3), Rn. 932 ff.

⁵⁸ Vgl. § 31 Abs. 5 UrhG und *Rehbinder/Peukert* (Fn. 3), Rn. 980 ff.

⁵⁹ Vgl. §§ 41, 42 UrhG. Siehe ferner die Regelungen des Verlagsgesetzes, das jedoch nur den klassischen Printverlag, nicht die Online-Rechte betrifft.

⁶⁰ §§ 32, 32a, 32b, 36, 36a UrhG.

⁶¹ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 36), § 32 UrhG Rn. 61.

⁶² § 38 Abs. 1 und 2 UrhG.

⁶³ Siehe unten 3.2.2.1.

Zwischen 1966 und 2008 galt, dass Nutzungsrechte für beim Vertragsabschluss noch unbekannte Nutzungsarten nicht wirksam eingeräumt werden konnten. Zweck der Regelung war es, dass der Verlag beim Auftreten einer neuen Technologie gezwungen sein sollte, die entsprechenden Befugnisse vom Urheber zu einem gesonderten Preis nachzuerwerben. Dementsprechend konnten die Wissenschaftsverlage bis in die frühen 1990er Jahren keine Rechte zur Online-Nutzung wissenschaftlicher Werke erlangen.⁶⁴ Da sich der vorgesehene Nacherwerb in der Praxis aber als nicht praktikabel (Stichwort verwaiste Werke) erwies, wurde das Verbot der Einräumung von Nutzungsrechten für unbekannte Nutzungsarten 2008 aufgehoben und durch ein Schriftformerfordernis, eine Widerrufsbefugnis und einen besonderen Vergütungsanspruch ersetzt.⁶⁵ Für zwischen 1966 und Anfang der 1990er Jahre abgeschlossene Verlagsverträge wäre es dann aber dabei geblieben, dass die Verlage nicht zur Internet-Nutzung befugt gewesen wären. Um sie in die Lage zu versetzen, ihre Archive in Online-Datenbanken einzuspielen, kodifizierte man eine gesetzliche Fiktion, wonach die Online-Rechte einem Verlag als eingeräumt gelten, wenn der Urheber auch sonst alle Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt hatte.⁶⁶ Ob diese Regelung tatsächlich dazu führt, dass Wissenschaftsverlage berechtigt sind, das gesamte Verlagsportfolio in ihre Online-Datenbanken aufzunehmen, hängt also vom Inhalt der Altverträge im Einzelfall ab. Speziell den Zeitschriftenverlagen wird ein nachträglicher, fiktiver Rechtserwerb zudem generell abgesprochen.⁶⁷ Allerdings wirkt sich in diesem Bereich sehr stark der Umstand aus, dass kein Richter ist, wo kein Kläger ist.

Die vorstehend skizzierten Regelungen lassen erkennen, dass das geltende Urhebervertragsrecht ganz auf das klassische Vermarktungsmodell der (Print-)Verlage zugeschnitten ist. Die Vorschriften verhindern zwar anders als die meisten anderen Urheberrechtsordnungen und namentlich das anglo-amerikanische Copyright-System einen vollständigen Rechtsverlust des Urhebers. Zugleich aber wird ein im praktischen Ergebnis gleichwirkender Erwerb ausschließlicher Nutzungsrechte durch Verlage ermöglicht und für Online-Rechte im Interesse des Geschäftsmodells digitaler Datenbanken sogar fingiert.

⁶⁴ *Ehmann/Fischer*, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, GRUR Int. 2008, 284, 286.

⁶⁵ §§ 31a, 32c UrhG.

⁶⁶ § 137l UrhG.

⁶⁷ Das Argument hierfür beruht auf § 38 Abs. 1 und 2 UrhG, wonach der Urheber seinen Zeitschriften- oder Sammlungsbeitrag ein Jahr nach dem Erscheinen anderweit vervielfältigen und verbreiten darf, sodass der Verlag niemals „alle wesentlichen“ Nutzungsrechte erwerben konnte; siehe *Sprang/Ackermann*, Der „Zweite Korb“ aus Sicht der (Wissenschafts-)Verlage, K&R 2008, 7, 10; *Ehmann/Fischer* (Fn. 64), 289.

2.3 Open-Content-Modelle

Alternative, auf Offenheit und Zugang angelegte Verwertungsformen wie Free/Open Source Software und Creative Commons haben im geltenden Urhebervertragsrecht hingegen nur in sogenannten Linux-Klauseln Niederschlag gefunden. Demnach vermag der Urheber unentgeltlich und ohne Beachtung der Schriftform jedermann ein einfaches Nutzungsrecht selbst für unbekannte Nutzungsarten einzuräumen.⁶⁸ Mit diesen Vorschriften erkennt der Gesetzgeber an, dass Open-Content-Modelle „effektive [...] Kommunikations- und Kooperationsstrukturen“ darstellen, die ein neues Interessen- und Schutzgefüge zwischen Urhebern, Verwertern und Endnutzern entstehen lassen, auf das die gesetzlichen Vergütungs- und Schriftformerfordernisse nicht passen.⁶⁹

Open-Content-Verträge basieren zwar auf dem Urheberrecht des Urhebers/Lizenzgebers, der jedem interessierten Nutzer anbietet, das Werk umfassend oder in bestimmter Hinsicht zu nutzen. Die Nutzungsrechtseinräumungen/Lizenzverträge haben aber anders als klassische Verlagsverträge nicht den Zweck, einem einzelnen Erwerber eine ausschließliche Rechtsposition zu verschaffen. Vielmehr geht ihr Grundgedanke gerade umgekehrt dahin, dass jedermann das Werk – gegebenenfalls unter bestimmten Bedingungen wie dem Verbot kommerzieller Nutzungen und der Nennung des Namens des Autors – vergütungsfrei nutzen können soll.⁷⁰ Das Urheberrecht wird von einem Instrument zur Beschränkung des Zugangs kraft privatautonomer Entscheidung umgewidmet in ein Instrument zur Ermöglichung bzw. bei Open-Source-Lizenzen sogar zur Erzwingung von Offenheit.⁷¹ Im wissenschaftlichen Kommunikationssystem erlangen diese Vertragsmodelle zunehmende Bedeutung zur Etablierung von Open Access.⁷²

Doch bei weitem nicht alle wissenschaftlichen Werke werden mit einer bestimmten Open-Content-Lizenz versehen. Oftmals stellen Wissenschaftler ihre Werke ohne weitere Erklärungen einfach online. Solches Verhalten ist vom Bundesgerichtshof als eine die Rechtswidrigkeit bestimmter Nutzungen ausschließende, schlichte Einwilligung qualifiziert worden. Ein Berechtigter oder mit seiner Zustimmung ein

⁶⁸ §§ 31a Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 3 S. 3, 32a Abs. 3 S. 3, 32c Abs. 3 S. 2 UrhG.

⁶⁹ Siehe BT-Drucks. 14/6433, 15; BT-Drucks. 14/8058, 19; BT-Drucks. 16/1828, 37; BT-Drucks. 16/5939, 44.

⁷⁰ Vgl. *Rehbinder/Peukert* (Fn. 3), Rn. 855–857.

⁷¹ Zu Open Source-Lizenzen *Jäger/Metzger*, *Open Source Software*, 3. Aufl. 2011; zu Creative Commons Lizenzen LG Berlin 16 O 458/10, 08.10.2010, MMR 2011, 763, 763 f.; ferner *Krujatz*, *Open Access*, 2012, 110 ff.

⁷² Siehe unten 3.2.2 und *Jaeger/Metzger*, *Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht*, MMR 2003, 431 ff.; *Mantz*, *Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open Access-Werken*, in: *Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen*, 2006, 55 ff.

Dritter,⁷³ der Texte oder Bilder im Internet ohne Einschränkungen frei zugänglich macht, erkläre sich mit den „nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen“ konkludent einverstanden. Die Auslegung der konkludenten Erklärung habe sich am objektiven Erklärungsinhalt aus der Sicht des Erklärungsempfängers zu orientieren. Da das Einverständnis zu üblichen Online-Nutzungen an die Allgemeinheit gerichtet sei, könne es auch nur durch allgemein erkennbare Umstände wie die Entfernung von der eigenen Homepage oder die Aktivierung technischer Sicherungsmaßnahmen widerrufen werden; ein Widerruf gegenüber einzelnen Nutzern bei fortdauernder Verfügbarkeit des Inhalts sei als *protestatio facto contraria* unbeachtlich. Zu den damit rechtmäßig zulässigen, üblichen Online-Nutzungen zählen jedenfalls nichtkommerzielle Vervielfältigungen durch private Internetnutzer (Download, Ausdruck)⁷⁴ und die Bildersuche mit sogenannten Thumbnails.⁷⁵ Die Rechtsfigur der schlichten Einwilligung besitzt das Potenzial, soziale (einschließlich wissenschaftliche) und urheberrechtliche Normen ohne komplizierte Lizenzkonstruktionen einander anzunähern.⁷⁶

2.4 Vertragsrecht und Computerprogramme

Die vorgenannten urhebervertragsrechtlichen Grundsätze gelten im Wesentlichen auch für Computerprogramme. Auch hier ist der Programmierer als Urheber originärer Rechtsinhaber. Es obliegt seiner privatautonomen Entscheidung, ob er seine Befugnisse zur Realisierung einer exklusiven Verwertung oder in einem Open-Source-Modell ausübt.

Für Programmierer in Arbeitsverhältnissen gilt zwar eine Sonderregel. Wird ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen, so ist ausschließlich der Arbeitgeber zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse am Computerprogramm berechtigt, sofern nichts anderes vereinbart ist.⁷⁷ Mit Rücksicht auf die Wissenschaftsfreiheit soll dies für Software, die in freier und eigenverantwortlicher Forschung programmiert worden ist, aber nicht gelten; insoweit verbleiben die Rechte wiederum allein bei den angestellten/verbeamteten Wissenschaftlern, während die Universitäten etc. auf eine ausdrückliche Einräumung von Nutzungsrechten angewiesen sind.⁷⁸

⁷³ Hierzu BGH I ZR 140/10, 19.10.2011, NJW 2012, 1886, Rn. 16 ff. – Vorschaubilder II

⁷⁴ BGH I ZR 94/05, 6.12.2007, NJW 2008, 751, Rn. 27 – Drucker und Plotter I.

⁷⁵ BGH I ZR 69/08, 29.4.2010, NJW 2010, 2731, Rn. 28 ff., 33 ff. – Vorschaubilder I.

⁷⁶ Vgl. Peukert, Der digitale Urheber, in: Winfried Bullinger u. a., Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag, 2013, 455 ff.

⁷⁷ § 69b UrhG.

⁷⁸ Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 36), § 69b UrhG Rn. 7.

2.5 Vertragsrecht und Datenbanken

Bei wissenschaftlichen Datenbanken ist wie erläutert zu differenzieren. Originärer Inhaber der Rechte an einem Sammel- oder Datenbankwerk ist derjenige, der die eigenschöpferische Auswahl oder Anordnung der Elemente vornimmt, also in der Regel der Herausgeber.⁷⁹ Sein vertragliches Rechtsverhältnis zu Verlagen folgt denselben Grundsätzen, die für wissenschaftliche Sprachwerke und Darstellungen gelten. Somit hat es der Herausgeber in der Hand, im Hinblick auf seine geistige Leistung einem Verlag ausschließliche Rechte einzuräumen oder ein alternatives Open-Access-Modell zu wählen.

Das Sui-generis-Recht des Datenbankherstellers hingegen entsteht in der Hand des Investors, also z. B. beim Wissenschaftsverlag. Konsequenterweise existieren insoweit keine vertragsrechtlichen Schutzbestimmungen zugunsten eines schwächeren Urhebers. Vielmehr erwirbt der Datenbankhersteller von den wissenschaftlichen Urhebern Nutzungsrechte an den einzelnen, in der Datenbank enthaltenen Werken. Jene abgeleiteten Nutzungsrechte und die originären Rechte an der Datenbank lizenziert der Datenbankhersteller dann an institutionelle (z. B. Universitäten) oder individuelle Lizenznehmer. Die Verträge gestatten in der Regel nur die Vervielfältigung (Download und Ausdruck) von Datenbankinhalten zu eigenen, wissenschaftlichen Zwecken. Eine weitergehende Benutzung, insbesondere in Gestalt einer weiteren öffentlichen Zugänglichmachung oder einer Bearbeitung von Datenbankinhalten ist von der Lizenz in der Regel nicht umfasst und stellt daher eine Rechtsverletzung dar. Die Grenzen zulässiger Nutzungsbeschränkungen in Datenbanklizenzverträgen ergeben sich vorrangig aus dem Verbraucherschutzrecht und genauer dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Demnach dürfen die von den Wissenschaftsverlagen vorformulierten Vertragsbedingungen nicht überraschend sein und den Lizenznehmer auch sonst nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.⁸⁰ Da das Urheberrecht allerdings die maximale Kontrolle über Datenbankinhalte bis hin zu einem Pay-per-Click-Modell legalisiert und fördert, sind entsprechend restriktive Vertragsklauseln grundsätzlich wirksam.⁸¹

⁷⁹ *Rehbinder/Peukert* (Fn. 3), Rn. 340. Zum Erwerb von Nutzungsrechten an wissenschaftlichen Sammelwerken durch die arbeitgebende Universität oben 2.1.

⁸⁰ §§ 305, 307 BGB und *Rehbinder/Peukert* (Fn. 3), Rn. 1157 ff.

⁸¹ *Rehbinder/Peukert* (Fn. 3), Rn. 1171. Kraft spezialgesetzlicher Regelung unwirksam sind hingegen vertragliche Vereinbarungen, mit denen im Übrigen berechtigten Datenbanknutzern die Nutzung unwesentlicher Teile der Datenbank untersagt wird (§ 87e UrhG) sowie der vertragliche Ausschluss gesetzlich zulässiger Nutzungen geschützter Computerprogramme zum Zwecke der Erstellung einer Sicherungskopie, zu Testzwecken sowie zur Dekompilierung (§ 69g Abs. 2 UrhG).

3 Das geltende Wissenschaftsurheberrecht in der Kritik

3.1 Das digitale Dilemma im Wissenschaftsbereich

„Das Urheberrecht verfehlt seine Funktion mit Bezug auf das wissenschaftliche Werk-schaffen in wachsendem Maße.“⁸² Diese Aussage steht exemplarisch für eine weitverbreitete Kritik am geltenden Wissenschaftsurheberrecht.

Diese Kritik macht zunächst geltend, die Logik des Urheberrechts weiche grundlegend von den wissenschaftsinternen Kommunikationsbedingungen und -normen ab.⁸³ Wissenschaftler publizieren in der Regel nicht aufgrund der Aussicht auf Verlagstantiemien, sondern aus intrinsischen Motiven sowie zum Erwerb von Reputation, die mittelbar versilbert wird. Das Urheberrecht macht wissenschaftliche Kommunikation in weitem Umfang zu einem exklusiven, handelbaren Wirtschaftsgut, das als einzelnes, isoliertes Element („Werk“) einer bestimmten Person („Urheber“) individuell zugeordnet wird und nur nach Maßgabe der Zahlungsfähigkeit der Interessenten verfügbar ist. Wissenschaftliche Kommunikation hingegen verläuft in einem prinzipiell un-abgeschlossenen Kommunikationszusammenhang, der sich durch möglichst vollständige Verweise auf den Stand der Forschung (Zitate), Offenheit, Universalität, Globalität und Kollaboration auszeichnet. Die jeweiligen Ergebnisse, zumindest in Gestalt von Rohdaten, Erkenntnissen und Theorien, werden von der wissenschaftlichen Gemeinschaft als öffentliches Gut betrachtet, das allen bzw. niemandem gehört.

Diese Unterschiede bestanden zwar seit jeher. Im Zeitalter des Buchdrucks aber waren sie notwendig hinzunehmen, wenn die Wissensvermittlung überhaupt dezentral-marktmäßig organisiert werden sollte. Die Verlage übernahmen die technisch-organisatorisch anspruchsvolle Aufgabe, wissenschaftliche Erkenntnisse zu verbreiten. Ihr Geschäftsmodell beruhte seit dem ersten Copyright Act des Jahres 1710 auf den ausschließlichen Rechten, die sie sich von den Wissenschaftlern übertragen bzw. einräumen ließen. Die rechtliche Exklusivität versprach Gewinne und setzte damit einen Anreiz, in den wissenschaftlichen Verlagsmarkt einzutreten, was wiederum dem Verbreitungsgrad der Wissenschaft und ihren Kommunikationsbedingungen im Rahmen des technisch Möglichen förderlich war. Der „Inhalt“ wissenschaftlicher Werke blieb dabei urheberrechtsfrei.

Die Digitalisierung und das Internet haben diese Ausgangsbedingungen des klassischen wissenschaftlichen Verlagssystems grundlegend verändert. Nunmehr können die Wissenschaftler die Darstellung und die globale Verbreitung ihrer Ergeb-

⁸² Hilty (Fn. 49), 179.

⁸³ Näher Peukert, Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft: Auf die Perspektive kommt es an!, JIPITEC 4 (2012), 142 ff. m. w. N.

nisse ohne Weiteres selbst übernehmen; eines klassischen Wissensvermittlers bedürfen sie hierfür im Prinzip nicht mehr. Gleichwohl wurde das Urheberrecht und mit ihm das exklusive Vermarktungsmodell in den 1990er Jahren auf digitale Netzwerke erstreckt. Hier besteht das vom Urheberrecht ermöglichte Geschäftsmodell in der zugangskontrollierten Online-Datenbank, die wie erläutert die volle Herrschaft über die wissenschaftliche Information vermittelt. Damit realisiert sich auch im Wissenschaftsurheberrecht das digitale Dilemma: Die Digitalisierung erlaubt maximalen Zugang und zugleich maximale Kontrolle.⁸⁴

Dieser generelle Konflikt äußerte sich um die Jahrtausendwende in der sogenannten Zeitschriften(preis)krise.⁸⁵ Eine immer kleiner werdende Zahl namentlich im STM-Bereich tätiger Wissenschaftsverlage verlangte für immer umfangreicher werdende Datenbankpakete immer höhere Preise, was Bibliotheken zur Abbestellung anderer Zeitschriften und Monografien zwang. Das Versprechen des Netzes, allumfassenden, globalen Zugang zu gewähren, verkehrte sich geradezu in sein Gegenteil. Es zeichnete sich eine wachsende digitale Kluft zwischen denjenigen ab, die von einer Campus- oder Nationallizenz profitieren können, und denjenigen, die außerhalb der Wissenschaftsorganisationen und generell im globalen Süden ohne Zugang auskommen müssen.

Das Verhalten der Verlage folgt dabei allerdings ganz der Logik des vom Urheberrecht ermöglichten Datenbankmodells: Je mehr Inhalt verfügbar ist, desto zwingender sind die Wissenschaftler auf Zugang angewiesen, desto höhere Preise können verlangt werden, um noch mehr Inhalte anzubieten usw. Je mehr aber an dieser Exklusivitäts- und Preisschraube gedreht wurde, desto deutlicher wurde die auch aus urheberrechtlicher Sicht atypische Wertschöpfungskette im Wissenschaftsbereich: Die öffentliche Hand finanziert die Herstellung sowie ganz überwiegend auch die Darstellung und Qualitätskontrolle (Peer Review) wissenschaftlicher Ergebnisse, die anschließend von den Wissenschaftlern an die Verlage übereignet werden, welche diese Inhalte wiederum an die öffentlich finanzierten Bibliotheken rüchlizenzieren.

3.2 Lösungsvorschläge

Als Reaktion auf diesen Zustand, der gerade auch unter Wissenschaftlern zunehmend als unhaltbar empfunden wird, werden im Wesentlichen zwei Lösungswege diskutiert. Diese gehen entweder dahin, das materielle Wissenschaftsurheberrecht zu ändern,

⁸⁴ Dazu allgemein Peukert, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beil. 2014, 77–93.

⁸⁵ Siehe m. w. N. etwa Hilty (Fn. 49), 183 f.; Brintzinger, Piraterie oder Allmende der Wissenschaften?, Leviathan (2010) 38, 331, 332 ff.

oder sie plädieren in unterschiedlichen Spielarten dafür, öffentlich finanzierte Forschungsergebnisse nach Open Access (OA)-Prinzipien zugänglich zu machen.

3.2.1 Änderung des materiellen Urheberrechts

Der radikalste urheberrechtsbezogene Ansatz findet sich in einem US-amerikanischen Gesetzentwurf aus dem Jahr 2003, wonach der US Copyright Act dahingehend geändert werden sollte, dass „copyright protection [...] is not available for any work produced pursuant to scientific research substantially funded by the Federal Government [...]“.⁸⁶ Indes ist dieser „Public Access to Science Act“ bereits an den ersten Hürden des US-amerikanischen Gesetzgebungsverfahrens gescheitert und seitdem nicht wieder aufgegriffen worden. Ein Grund hierfür dürfte darin liegen, dass eine Aufhebung des Urheberrechts für wissenschaftliche Werke mit den völkerrechtlichen Konventionen zum Urheberrecht unvereinbar ist.⁸⁷

Die Diskussion um das Wissenschaftsurheberrecht konzentriert sich daher auf eine Erweiterung der wissenschaftsrelevanten Schranken des Urheberrechts, mit anderen Worten auf zusätzliche gesetzliche Nutzungsfreiheiten. So diskutiert man bei der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) über ein völkerrechtliches Abkommen im Interesse von Bildung und Wissenschaft, ohne dass man bisher auch nur in die Nähe eines internationalen Konsenses gekommen wäre.⁸⁸

Auf nationaler Ebene haben verschiedene Gremien des Bundestages und der Bundesrat die Einführung einer „breiter und allgemeiner gefasste[n] Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ gefordert.⁸⁹ Im Schrifttum wird vorgeschlagen, dass Schriftwerke, „die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika erscheinen, sechs Monate nach ihrer Erstveröffentlichung zur Informationsteilhabe der Allgemeinheit öffentlich zugänglich“ gemacht werden dürfen, „soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.“⁹⁰ Nach einem anderen Entwurf ist die Nutzung eines „veröffentlichten Werkes durch öffentliche Einrichtungen, denen Aufgaben in Bildung, Wissenschaft und Kultur übertragen sind, [...] zulässig, soweit dies im

⁸⁶ H.R.2613 Public Access to Science Act, 108th Congress (2003–2004), <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:H.R.2613>; (14.02.2016).

⁸⁷ Siehe Fn. 1.

⁸⁸ Siehe <http://www.wipo.int/copyright/en/limitations/index.html> (14.02.2016).

⁸⁹ Siehe BR-Drucks. 737/1/12 v. 5.12.2012, S. 2; ferner Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 4.7. 2007, BT-Drucks. 16/5939, S. 26 f.; Dritter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Urheberrecht, 23.11.2011, BT-Drucks. 17/7899, 21; *de la Durantaye* (Fn. 21), 191 ff.

⁹⁰ *Hansen*, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378, 383 f.

Rahmen ihrer Aufgabenstellung gerechtfertigt und zur Verfolgung nichtkommerzieller Zwecke [...] im Rahmen von 1. Unterricht und Forschung, 2. Fort- und Weiterbildung, 3. Dokumentation, Bestandssicherung und Bestandserhaltung“ geboten ist.⁹¹ In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag für eine allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, die unter anderem Nutzungen „für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung“ gestattet und dies durch Regelbeispiele präzisiert.⁹² Die zulässigen Nutzungen sollen jeweils einen Vergütungsanspruch auslösen, der von Verwertungsgesellschaften geltend zu machen sei.

Der in allen Vorschlägen enthaltene Vorbehalt zugunsten nichtkommerzieller, wissenschaftlicher Nutzungszwecke nimmt auf die Vorgaben der EU-Urheberrechtsrichtlinie Rücksicht.⁹³ Diese Restriktion wird zum Teil als problematisch empfunden, da auch kommerzielle Forschung in Unternehmen auf einen umfassenden Zugang angewiesen sei. Erforderlich sei daher eine entsprechende Änderung des europäischen Urheberrechts, und zwar auch im Hinblick auf eine Neuregelung des Rechtsschutzes technischer Schutzmaßnahmen, die keinen Vorrang mehr vor den Schranken des Urheberrechts genießen sollen.⁹⁴ Auch die EU-Kommission möchte die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen für kommerzielle und nichtkommerzielle Forschung verbessern, insbesondere im Hinblick auf Text- und Data-Mining.⁹⁵

Den Vorschlägen zur Erweiterung der urheberrechtlichen Schranken ist gemeinsam, dass das ausschließliche Recht an wissenschaftlichen Werken im Hinblick auf bestimmte Nutzungen auf einen Vergütungsanspruch des Urhebers reduziert wird. Nutzungsberechtigt und zugleich zahlungsverpflichtet wären nichtkommerziell agierende, öffentliche Forschungs- und Bildungseinrichtungen. Deren Angebot träte gleichwohl praktisch in Konkurrenz zu den zugangskontrollierten Datenbanken der Verlage.

Einen anderen Ansatz verfolgen Modelle zu Zwangslizenzen⁹⁶ bzw. einem Kontrahierungszwang.⁹⁷ Mit diesen Instrumenten sollen die Verlage verpflichtet werden,

91 *Pflüger*, Positionen der Kultusministerkonferenz zum Dritten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – „Dritter Korb“, ZUM 2010, 938, 944.

92 *de la Durantaye* (Fn. 21), 213 ff.

93 Siehe Art. 5 Abs. 3 lit. a Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 (Fn. 44).

94 *Reichman/Okediji* (Fn. 43), 1432 ff. und 1440 ff. (auch für wissenschaftliche Nutzungen zu kommerziellem Folgegebrauch).

95 Europäische Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, KOM(2015) 192 endg., 6.5.2015, S. 8.

96 *Hilty*, Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? – Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, 633, 641 ff. Mit Hinweis auf medienrechtliche Zugangsrechte auch *Peifer*, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22, 28.

97 *Krujatz* (Fn. 71), 279 ff. und 280 (Urheber bzw. Verleger als Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts an einem wissenschaftlichen Sprachwerk sind verpflichtet, „jedem anderen Intermediär zu angemessenen Bedingungen ein Recht der Vervielfältigung, öffentlichen Zugänglichmachung und

den Inhalt ihrer Datenbanken für Konkurrenten zu öffnen, die diese wissenschaftlichen Informationen sodann in anders aufbereiteter Form anbieten könnten, sodass sich ein Preiswettbewerb zwischen mehreren kommerziellen Datenbankanbietern einstellen würde, die im Prinzip substituierbare Produkte offerieren. Der erwünschte Effekt bestünde zum einen in fallenden Preisen für wissenschaftliche Datenbanken, zum anderen in einem verstärkten Ansporn für die Verlage, die wissenschaftlichen Inhalte optimal aufzubereiten und zu vernetzen.

Sowohl die Vorschläge für eine große Wissenschaftsschranke als auch die zuletzt genannten Ansätze laufen darauf hinaus, dass wissenschaftliche Werke nicht mehr exklusiv in einer zugangsbeschränkten Verlagsdatenbank vorhanden wären, sondern dass eine weitere Informationsquelle zur Verfügung stünde. Die beiden Konzeptionen unterscheiden sich allerdings hinsichtlich der Frage, ob diese weitere Quelle ein frei zugänglicher Server öffentlicher Bildungs- und Forschungseinrichtungen (Schrankenlösung) oder aber eine ebenfalls DRM-geschützte Datenbank eines oder mehrerer weiterer, kommerzieller „Informationsbroker“ (Zwangslizenzmodell) ist. Während Verfechter einer großen Wissenschaftsschranke vor allem den ungehinderten Zugang zu wissenschaftlicher Information gewährleisten wollen, sorgen sich die Vertreter eines Zwangslizenz- bzw. eines Kontrahierungszwangmodells nicht minder um die Strukturierung und Aufbereitung einer sonst überbordenden Datenflut.

Alle genannten Vorschläge stoßen allerdings auf sehr erhebliche politische und nicht zuletzt rechtliche Vorbehalte. Insbesondere argumentieren die Verlage, die Instrumente der Kritiker beeinträchtigten die „normale Verwertung“ wissenschaftlicher Schutzgegenstände in Gestalt des exklusiven Datenbankmodells. Ein solch gesetzgeberischer Eingriff in die (abgeleitete) urheberrechtliche Exklusivität in der digitalen Welt sei mit den einschlägigen völker- und europarechtlichen Vorgaben unvereinbar.⁹⁸ Diese Bedenken sind jedenfalls insofern berechtigt, als das digitale Urheberrecht gerade den Zweck hat, Urhebern und ihren Vertragspartnern volle Ausschließlichkeit bis hin zu einer Pay-per-Click-Gestaltung zu verschaffen. Vorschläge, die dieses Geschäftsmodell im Kern aushöhlen, sind deshalb mit dem geltenden internationalen und europäischen Urheberrecht in der Tat unvereinbar.⁹⁹

Hingewiesen sei schließlich auf eine strukturelle Schwäche aller am Urheberrecht ansetzenden Lösungsvorschläge: So wie das Urheberrecht selbst gelten auch Schranken, Zwangslizenzen und Kontrahierungszwänge nur auf dem Territorium

Verbreitung zu Zwecken der weiteren Veröffentlichung in anderer Weise als der Erstveröffentlichung einzuräumen“, wenn hierbei der Ort der Erstveröffentlichung deutlich angegeben wird.).

⁹⁸ Siehe Art. 9 Abs. 2 RBÜ, 13 TRIPS, 10 WCT, 16 Abs. 2 WPPT, 5 Abs. 5 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und zur Auslegung *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, 2004. A. A. aber etwa *Hansen* (Fn. 90), 384 ff.; *de la Durantaye* (Fn. 21), 204 ff.

⁹⁹ Insoweit zutreffend *Peifer* (Fn. 96), 25; zum Völkerrecht eingehend *Peukert*, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, *Hastings Communications & Entertainment Law Journal (Comm/Ent)* 28 (2005), 1–80.

desjenigen Gesetzgebers, der diese Regelungen erlassen hat.¹⁰⁰ Eine auf das Territorium Deutschlands oder auch der EU begrenzte und deshalb auch nur dort implementierbare Regelung im Interesse der digitalen Wissenschaft verfehlt aber von vornherein den inhärent globalen Charakter wissenschaftlicher Kommunikation. Namentlich die digitale Kluft zwischen Nord und Süd bliebe bestehen.¹⁰¹

3.2.2 Open Access

Diese Defizite einer genuin urheberrechtlichen Lösung sucht die Open-Access-Bewegung zu vermeiden. Sie setzt sich für einen weltweiten, technisch und rechtlich ungehinderten Zugang zu wissenschaftlichen Informationen ein, ohne dass hierfür eine Änderung des materiellen Urheberrechts erforderlich wäre.¹⁰²

3.2.2.1 Verhältnis zum Urheberrecht

Urheberrechtlicher Ansatzpunkt der OA-Bewegung ist die Erkenntnis, dass es dem individuellen Rechtsinhaber überlassen ist, ob und wie er sein Recht ausübt. Das Urheberrecht zwingt den Wissenschaftler als originären Rechtsinhaber keineswegs in eine möglichst exklusive Verwertungsform. Vielmehr kann er sich auch dafür entscheiden, das Werk vollständig oder unter bestimmten Vorbehalten zur Nutzung freizugeben. Die weitaus meisten Urheberrechtsgesetze der Welt erlauben einen endgültigen Verzicht auf die Rechte, sodass das Werk gemeinfrei wird. Selbst das insofern restriktive deutsche Urheberrecht sieht ausdrücklich vor, dass der Urheber jedermann ein einfaches, unentgeltliches Nutzungsrecht einzuräumen vermag; hinzu tritt die Gestaltungsvariante, formlos und konkludent in Nutzungshandlungen einzuwilligen. Jeweils kann sich der Urheber bestimmte Rechte vorbehalten, insbesondere im Hinblick auf unmittelbare kommerzielle Nutzungen und das Urheberpersönlichkeitsrecht.¹⁰³ Das Urheberrecht steht mithin selbst einer sofortigen, vollständigen und weltweiten Umstellung der wissenschaftlichen Kommunikation auf Open-Access-Erstveröffentlichungen nicht entgegen – wenn die betroffenen Autoren dies denn wünschen.

Nicht zuletzt kann das Urheberrecht auch dergestalt flexibel ausgeübt werden, dass einem Verlag gegebenenfalls für eine bestimmte Zeit ein ausschließliches Nut-

100 Näher *Peukert*, *Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law*, in Günther Handl, Joachim Zekoll & Peer Zumbansen (eds), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, 2012, 189–228.

101 Gerade umgekehrt *Hilty* (Fn. 96), S. 638 (Open Access nur territoriale Lösung).

102 Siehe dazu die Beiträge von *Herb* und *Ball* in diesem Band. Ferner *Deutsche UNESCO-Kommission*, *Open Access – Chancen und Herausforderungen*, 2007.

103 Oben 2.2.

zungsrecht eingeräumt wird, der Urheber sich aber vorbehält, das Werk selbst oder durch Dritte zeitgleich, zeitverzögert, in derselben oder einer abweichenden Formattierung zu nichtkommerziellen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen.¹⁰⁴ Mit anderen Worten ermöglicht das Urheberrecht auch ein Nebeneinander des Verlags- und des OA-Modells. Das Urheberrecht gewährleistet aus dieser Perspektive vor allem eine Entscheidungsbefugnis des Wissenschaftler-Urhebers für die eine und/oder eine andere Form der wissenschaftlichen Publikation.

Kommt es allerdings zu einer uneingeschränkten Einräumung exklusiver Online- und Vervielfältigungsrechte zugunsten eines Verlags, hat sich der Urheber in Ausübung seiner Privatautonomie seines Rechts begeben, für OA zu optieren. Würde das Werk dann gleichwohl und ohne Zustimmung des Verlags im Internet zugänglich gemacht, würde der Urheber zum einen den Verlagsvertrag und zum anderen das ausschließliche Nutzungsrecht des Verlages verletzen.¹⁰⁵ In dieser Konstellation begeht der Urheber selbst eine Urheberrechtsverletzung. Dieses Szenario wird als relevantes Hindernis für eine größere Verbreitung des sogenannten *grünen* OA eingeschätzt, da keineswegs alle Verlagsverträge von vornherein eine parallele OA-Publikation des Manuskripts gestatten. Viele Wissenschaftler verlieren diese Option, indem sie Verlagsverträge unbedacht unterschreiben oder die Aushandlung eines Vorbehalts zugunsten eines gegebenenfalls verzögerten OA für aussichtslos erachten bzw. diesen Aufwand scheuen.

Dieser Lock-in-Effekt soll durch das zwingende Zweitnutzungsrecht gem. § 38 Abs. 4 UrhG durchbrochen werden. Demnach hat der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient und die Quelle der Erstveröffentlichung angegeben wird. Zweck der Regelung ist es, mit Steuergeldern finanzierte Wissenschaftler in die Lage zu versetzen, ihre Beiträge im Wege des nachgeschalteten, grünen Open Access der Öffentlichkeit unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. In den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen nicht nur Beiträge, die in öffentlich geförderten Drittmittelprojekten oder an außeruniversitären Forschungseinrichtungen entstanden sind,

104 § 32 Abs. 3 S. 2 UrhG. Im Ergebnis behält der Urheber ein einfaches Nutzungsrecht am Werk. Damit der Vorbehalt Vertragsinhalt wird, muss der Urheber den Vorbehalt bereits bei Einreichung des Manuskripts erklären oder einen anders lautenden Verlagsvertrag durch Streichungen oder Zusätze entsprechend ändern. Die Zustimmung des Verlags zu diesen geänderten Bedingungen kann auch konkludent dadurch geschehen, dass der Verlag das Werk wie vereinbart veröffentlicht, ohne sich zum Vorbehalt nochmals zu erklären (vgl. § 151 S. 1 2. Alt. BGB).

105 Siehe *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 36), § 31 UrhG Rn. 56.

sondern der gesamte Forschungsoutput staatlicher Hochschulen.¹⁰⁶ Die Regelung hat insoweit zwingenden Charakter, als die Zweitveröffentlichungsbefugnis gegenüber dem Verlag nicht abbedungen werden kann. Und doch bleibt es ein privatautonom auszuübendes Recht des öffentlich finanzierten Wissenschaftsurhebers, der nicht verpflichtet ist, die nachgeschaltete OA-Publikation vorzunehmen. Der Grundsatz der Freiwilligkeit von Open Access wird durch das *zwingende Zweitnutzungsrecht* also nicht in Frage gestellt, sondern gegenüber verhandlungsstärkeren Verlagen gewährleistet.¹⁰⁷ Eingeschränkt wird die Verfügungsbefugnis des Urhebers, nicht hingegen der Schutzbereich des Urheberrechts. Zutreffend wird der Vorschlag deshalb als völker-, unions- und verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft.¹⁰⁸

3.2.2.2 Verpflichtung zu Open Access bei öffentlich finanzierten Forschungsergebnissen

Das zwingende Zweitnutzungsrecht bewirkt zwar, dass ausschließliche Verlagsrechte als Hindernisse für grünen OA nach bestimmten Embargofristen entfallen. Gerade in den Geisteswissenschaften herrschen aber weiterhin erhebliche Vorbehalte gegenüber Open Access, die nach den bisherigen Ausführungen nicht im Urheberrecht, sondern nur im Wissenschaftssystem selbst wurzeln können.¹⁰⁹ Selbst wenn alle öffentlich finanzierten Wissenschaftler ihre Beiträge im nachgeschalteten, grünen OA zugänglich machten, führte dies zu einem Nebeneinander von OA- und Verlagssystem. Da auch dieser Zustand als unbefriedigend empfunden wird, finden sich zunehmend Plädoyers dafür, Open Access durch zwingende Vorgaben flächendeckend als primäre Publikationsform zu etablieren. Ihre Implementierung würde dazu führen, dass neben der Herstellung und Darstellung auch die Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse in das öffentlich finanzierte Wissenschaftssystem überführt würde, während die Verlage aus der Wertschöpfungskette für wissenschaftliche Publikationen ausschieden.¹¹⁰

Auf dem Höhepunkt der Zeitschriftenpreiskrise vor mehr als zehn Jahren wurde der Vorschlag unterbreitet, § 43 UrhG dahingehend zu ändern, dass an einer Hochschule beschäftigte Urheber verpflichtet sind, ein im Rahmen ihrer Lehr- und Forschungstätigkeit entstandenes Schriftwerk der Hochschule – gegebenenfalls auch nicht exklusiv – zur Veröffentlichung anzubieten. Nur wenn das Werk nicht binnen

¹⁰⁶ Näher *Peukert*, in: *Schricker/Loewenheim*, 5. Aufl. 2016, § 38 Rn. 45 ff. m. w. N.

¹⁰⁷ *Hansen* (Fn. 90), 382.

¹⁰⁸ *Hansen* (Fn. 90), 382.

¹⁰⁹ Siehe *Taubert/Weingart*, ›Open Access‹ – Wandel des wissenschaftlichen Publikationssystems, in: *Sutter/Mehler*, *Medienwandel als Wandel von Interaktionsformen*, 2010, 159, 170 ff.

¹¹⁰ Zu dieser letztlich entscheidenden Frage *Brintzinger* (Fn. 85), 344; *Finch Group Report*, *Accessibility, sustainability, excellence: how to expand access to research publications*, 2012, <http://apo.org.au/sites/default/files/Finch-Group-report-FINAL-VERSION.pdf>, 11 (14.02.2016).

einer Frist von 2 Monaten von der Hochschule zur Veröffentlichung in Anspruch genommen würde, stünde dem Wissenschaftler das urheberrechtliche Verwertungsrecht wieder unbeschränkt zu.¹¹¹ Diese, dem Arbeitnehmererfindungsrecht nachgebildete Lösung¹¹² würde bewirken, dass die Entscheidung über eine OA-Publikation nicht mehr beim einzelnen Wissenschaftler, sondern beim öffentlichen Arbeitgeber bzw. Dienstherrn liegt. Die gegenwärtigen Vorbehalte gegenüber OA würden durch eine Verlagerung der Zustimmungsbefugnis auf die öffentlichen Wissenschaftsorganisationen ausgehebelt. Selbst wenn eine Hochschule nur einfache Nutzungsrechte am betreffenden Werk in Anspruch nähme, stünde ihr die Entscheidung zu, ob und wie dieses Recht ausgeübt wird. Der Wissenschaftsurheber müsste unter Berufung auf die Treuepflichten aus dem Arbeits- und Dienstverhältnis auf eine adäquate Ausübung des Nutzungsrechts drängen. Dieser Vorschlag stieß jedoch auch unter Befürwortern von Open Access auf einhellige Ablehnung.¹¹³ Allein die zweimonatige Vorbehaltsfrist im Hinblick auf die Inanspruchnahme von Nutzungsrechten dürfte einen verfassungswidrigen Eingriff in den Kern der individuellen Wissenschaftsfreiheit in Gestalt der freien Entscheidung über die Erstveröffentlichung darstellen.¹¹⁴

Ein alternatives Modell setzt denn auch nicht beim individuellen Wissenschaftler und seinem Urheberrecht an, sondern bei den institutionellen und wissenschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen des Publikationswesens.¹¹⁵ Ausgangspunkt wäre eine hochschulrechtliche Regelung, wonach Aufsätze und Monografien, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind, nach OA-Grundsätzen erstveröffentlicht werden sollen.¹¹⁶ Dieser gesetzliche Rahmen wäre in den internen Satzungen und Ordnungen der Universitäten etc. bis hinein in die Arbeits- und Projektfinanzierungsverträge im Sinne einer grundsätzlichen Verpflichtung zur OA-Erstpublikation zu präzisieren.¹¹⁷

111 Pflüger/Ertmann, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436, 441 f.

112 Siehe § 42 ArbNErfG.

113 Hansen (Fn. 90), 379 f.; Steinhauer, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, 31, dann aber erwägend a. a. O., 72.

114 Dazu BVerfG 1 BvR 174, 178, 191/71 u. a., 1.3.1978, BVerfGE 47, 327, 381 ff.; Schmidt-Assmann, Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, in: Dreier, Rechts und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit, 2005, 67, 77.

115 Dazu näher Peukert, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, in: Michael Grünberger/Stefan Leible, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten im Informationszeitalter, 2014, 145 ff.

116 Dies entspricht im Ergebnis dem sog. goldenen Weg zu OA, der die Erstveröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen in OA-Zeitschriften, aber auch von sonstigen wissenschaftlichen Schriften wie Monografien, Sammelbänden usw. in OA-Form favorisiert.

117 Tendenzen in diese Richtung finden sich insbesondere im Vereinigten Königreich in Reaktion auf den *Finch Group Report* (Fn. 109). Allerdings sind die vorgesehenen verpflichtenden OA-Prinzipien

Sanktioniert würde diese Verpflichtung in den Qualifikations-, Berufungs- und Evaluationsordnungen, die ab einem Stichtag grundsätzlich nur noch OA-erstveröffentlichte Beiträge als berücksichtigungsfähig anerkennen. Ausnahmen wären nur mit Rücksicht auf besondere wissenschaftliche Belange – etwa die Beteiligung an einem internationalen, von einem Verlag herausgegebenen Sammelband oder für ausländische Bewerber – anzuerkennen.

Eine solche Neuausrichtung des wissenschaftlichen Kommunikationssystems ist in infrastruktureller und institutioneller Hinsicht sehr voraussetzungsreich.¹¹⁸ Zudem steht erneut die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit im Raum. Die Wissenschaftsverlage wären zwar massiv betroffen, da sie als primärer Vermittler öffentlich finanzierter Wissenschaft praktisch ausgeschaltet würden. Ein Grundrecht auf Erhalt des Kundenstamms und des Geschäftsmodells aber gibt es nicht;¹¹⁹ die Berufsausübungsfreiheit darf im Interesse überwiegender Allgemeininteressen – hier am Zugang zu öffentlich finanzierten Forschungsergebnissen – eingeschränkt werden.¹²⁰

Entscheidend wäre daher wiederum die Frage nach der Vereinbarkeit einer grundsätzlichen und einschneidend sanktionierten OA-Verpflichtung mit der Wissenschaftsfreiheit. Teilweise wird eine solche Verpflichtung als verfassungswidriger Eingriff in den Kern der individuellen Wissenschaftsfreiheit qualifiziert, die nicht nur

darauf angelegt, eine Koexistenz von OA und Verlagen zu ermöglichen, da entweder Erstveröffentlichungen in hybriden OA-Zeitschriften der Verlage finanziert werden oder Zweitveröffentlichungen nach Einhaltung von Embargofristen vorzubehalten sind; siehe Higher Education Funding Council for England, HEFCE statement on implementing open access, <http://www.hefce.ac.uk/news/newsarchive/2012/statementonimplementingopenaccess/>; RCUK announces new Open Access policy, 16.07.2012, <http://www.rcuk.ac.uk/media/news/2012news/Pages/120716.aspx> (14.02.2016). Entsprechende Vorgaben gelten auch für die Forschungsförderung durch Bundesbehörden in den USA; siehe Executive Office of the President, Office of Science and Technology Policy, Expanding Public Access to the Results of Federally Funded Research, 22.2.2013, siehe http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/ostp_public_access_memo_2013.pdf (14.02.2016).

118 Hingewiesen sei nur auf die Erfordernisse, den Journal Impact Factor durch autor- oder artikelbezogene Bewertungskriterien zu ersetzen; Zitierregeln auf OA-Publikationen umzustellen; weitere OA-Zeitschriften und fachspezifische Repositorien, etwa für die deutschsprachige Rechtswissenschaft, zu etablieren; im OA-System ausreichenden Peer Review zu gewährleisten; die wissenschaftlichen Gepflogenheiten dahingehend zu ändern, dass die öffentliche Zugänglichmachung eines Beitrags auf einem Repositorium dem endgültigen „Gut zum Druck“ entspricht; und wohl nicht zuletzt vom Gedanken Abschied zu nehmen, dass wissenschaftliche Aufsätze in einer „Zeitschrift“ – und nicht etwa in einer institutionellen Reihe einer Fakultät – publiziert werden müssen, auch dazu näher *Peukert* (Fn. 114), 163 ff.

119 BVerfG 2 BvO 1/65, 18.3.1970, BVerfGE 28, 119, 142; BVerfG 1 BvR 35/82, 31.10.1984, BVerfGE 68, 193, 222 f.; BGH MMR 2007, 704, 705 (ein Mitbewerber habe keinen Anspruch auf Erhaltung seines Kundenstamms).

120 Vgl. nur etwa BVerfG 1 BvR 459 u. 477/72, 2.10.1972, BVerfGE 36, 47, 59.

das Ob und Wann, sondern auch das Wie und Wo der Publikation schütze.¹²¹ Nach anderer Auffassung steht Art. 5 Abs. 3 GG einer gegebenenfalls vom Gesetzgeber und den Wissenschaftsinstitutionen gewünschten Umstellung der Rahmenbedingungen wissenschaftlichen Kommunikation auf OA nicht prinzipiell entgegen.¹²²

Für letztgenannte Auffassung lässt sich anführen, dass die individuelle Entscheidung, wann und in welchem Medium publiziert wird, unverändert allein dem Wissenschaftler obläge. Die Einschränkung der individuellen Wahlmöglichkeiten auf OA-Medien könnte mit Rücksicht auf das Ziel der – ihrerseits durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützten – Erhaltung und Förderung der Funktionsfähigkeit der Hochschulen sowie des Schutzes anderer Grundrechtsträger, insbesondere der Studierenden, gerechtfertigt werden.¹²³ Hierzu müsste auch unter Geltung der neuen Rahmenbedingungen des Publikationswesens freie Wissenschaft weiterhin möglich sein und ungefährdet betrieben werden können;¹²⁴ verfassungswidrig wäre eine wissenschaftsrechtliche Verpflichtung auf OA hingegen, wenn dies die freie wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung strukturell gefährden würde.¹²⁵ Insoweit billigt das BVerfG dem Gesetzgeber zwar eine Einschätzungsprärogative und einen Prognosespielraum zu.¹²⁶ Bevor jedoch die angedeuteten, tiefgreifenden Änderungen der wissenschaftsinternen Kommunikationsnormen, insbesondere im Hinblick auf die Selektion zum System gehörender und lesenswerter Texte und die Verteilung von Reputation in einem OA-System nicht vollzogen sind, wäre eine Verpflichtung auf OA-Erstveröffentlichungen unter Ausschaltung der Verlage wohl als wissenschaftsinadäquat und damit verfassungswidrig zu betrachten.¹²⁷ Letztlich bestätigt dieses Modell daher nur, dass ein grundlegender Wandel des wissenschaftlichen Kommunikations-

121 Rieble, Autorenfreiheit und Publikationszwang, in: Reuß/Rieble, Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit, 2009, 29 ff.

122 Bäuerle, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft, in: Britz, Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, 1, 11 f., 14.

123 Vgl. BVerfG 1 BvR 1289/78, 7.10.1980, BVerfGE 55, 37, 68 f.; BVerfG 1 BvR 1864/94, 26.2.1997, BVerfGE 95, 193, 212; BVerfG 1 BvR 911/00 u. a., 26.10.2004, BVerfGE 111, 333, 353 f.; BVerfG 1 BvR 462/06, 28.10.2008, BVerfGE 122, 89, 114.

124 BVerfG 1 BvR 424/71, 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 116 f.; BVerfG 1 BvR 748/06, 20.7.2010, BVerfGE 127, 87, 115 f.; BVerfG 1 BvR 911/00 u. a., 26.10.2004, BVerfGE 111, 333, 355; BVerfG 2 BvL 4/10, 14.2.2012, BVerfGE 130, 263 Rn. 159 f.

125 BVerfG 1 BvR 911/00 u. a., 26.10.2004, BVerfGE 111, 333, 355; BVerfG 1 BvR 748/06, 20.7.2010, BVerfGE 127, 87, 116; BVerfG 2 BvL 4/10, 14.2.2012, BVerfGE 130, 263 Rn. 160; Schmidt-Assmann, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, FS Thieme 1993, 697, 701.

126 Vgl. BVerfG 1 BvR 424/71, 29.05.1973, BVerfGE 35, 79, 117; BVerfG 1 BvR 911/00 u. a., 26.10.2004, BVerfGE 111, 333, 356; BVerfG 1 BvR 748/06, 20.7.2010, BVerfGE 127, 87, 116; BVerfG 1 BvR 911/00 u. a., 26.10.2004, BVerfGE 111, 333, 355 f.; BVerfG 2 BvL 4/10, 14.2.2012, BVerfGE 130, 263 Rn. 160.

127 Peukert (Fn. 114), 171.

systems nach und nach¹²⁸ innerhalb der Wissenschaft selbst zu vollziehen ist, nicht aber von außen durch das Recht erzwungen werden kann.

128 Zum Zeithorizont siehe *Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, 600 (es habe jeweils etwa 200 oder mehr Jahre gedauert, bis die Gesellschaft sich auf das Alphabet bzw. den Buchdruck eingestellt habe – eine „ungeheuer“ schnelle Veränderung).