



**Peukert, Alexander ; Sonnenberg, Marcus**

## **Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems**

2013

Persistent Identifier: urn:nbn:de:kobv:b4-opus-25160

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



# **Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems**

Expertise

vorgelegt im Rahmen der IAG „Zukunft des wissenschaftlichen Kommunikationssystems“  
der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften

von

*Alexander Peukert*<sup>\*</sup> und *Marcus Sonnenberg*<sup>\*\*</sup>

**Frankfurt am Main, 28.02.2013**

---

<sup>\*</sup> Prof. Dr. iur., Goethe-Universität Frankfurt am Main, Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“, a.peukert@jur.uni-frankfurt.de.

<sup>\*\*</sup> Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Goethe-Universität Frankfurt am Main, Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“.

# Inhalt

<b>I. Wissenschaftliche Kommunikation als Schutzgegenstand des Urheberrechts</b> .....	1
1. Werke der Wissenschaft.....	1
a) Wissenschaftliche Sprachwerke.....	1
b) Darstellungen wissenschaftlicher Art.....	2
c) Schutz wissenschaftlicher Ausgaben und nachgelassener Werke.....	3
d) Inhalt des Rechtsschutzes.....	3
e) Wissenschaftsrelevante Schranken des Rechtsschutzes.....	4
2. Computerprogramme.....	6
3. Datenbanken.....	7
a) Urheberrecht an Sammel- und Datenbankwerken.....	7
b) Sui-generis-Schutz des Datenbankherstellers.....	7
4. Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen.....	8
a) Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen bei Computerprogrammen.....	8
b) Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen bei sonstigen Werken und Datenbanken.....	9
5. Fazit.....	9
<b>II. Wissenschaftliche Werke und Datenbanken als Vertragsgegenstand</b> .....	9
1. Urhebervertragsrecht und Werke der Wissenschaft.....	10
a) Originärer Rechtsinhaber.....	10
b) Das klassische Urhebervertragsrecht und die Wissenschaftsverlage.....	11
c) Open Content-Modelle.....	12
2. Computerprogramme.....	13
3. Datenbanken.....	14
<b>III. Das geltende Wissenschaftsurheberrecht in der Kritik</b> .....	14
1. Das digitale Dilemma im Wissenschaftsbereich.....	14
2. Lösungsvorschläge.....	16
a) Änderung des materiellen Urheberrechts.....	16
b) Open Access.....	18
aa) Grundsätzliches Verhältnis zum Urheberrecht.....	18
bb) Förderung des freiwilligen Open Access durch ein Zweitverwertungsrecht.....	19
cc) Verpflichtung zu Open Access bei öffentlich finanzierten Forschungsergebnissen.....	20
(1) Anbietungspflicht zugunsten von Hochschulen.....	21
(2) Verpflichtung zu Open Access im Wissenschaftsrecht.....	21

Die folgende Expertise 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 I und II zum materiellen Wissenschaftsurheberrecht und zum Urhebervertragsrecht orientieren sich an der von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung geprägten „herrschenden Meinung“. Abschnitt III erläutert die Kritik am geltenden Wissenschaftsurheberrecht sowie derzeit diskutierte Alternativen.

## **I. 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. Dabei ist zwischen Werken der Wissenschaft, Computerprogrammen und Datenbanken zu unterscheiden.

### **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.<sup>1</sup> Erst das geltende Urheberrechtsgesetz v. 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.

#### **a) Wissenschaftliche Sprachwerke**

Zu den Werken der Wissenschaft zählen gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG zunächst wissenschaftliche Sprachwerke wie fixierte Schriftwerke und mündliche Reden.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Die Schutzfähigkeit der konkreten Darstellung findet ihre Grenze erst dort, wo sie aus wissenschaftlichen Gründen geboten oder in dem behandelten Gebiet weithin üblich ist.<sup>5</sup> Kürzeren Textteilen wie etwa einem Satz oder Halbsatz gewährt die Rechtsprechung nur gesonderten Schutz, wenn sie als solche besonders

---

<sup>1</sup> 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...“).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

aussagekräftig oder originell formuliert sind und deshalb eine schöpferische Eigenart begründen.<sup>6</sup>

Die wissenschaftliche Lehre und das wissenschaftliche Ergebnis (der „Inhalt“) hingegen sind gemeinfrei und nicht urheberrechtlich geschützt.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> Schließlich billigt die 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“.<sup>10</sup> Ein Beispiel hierfür ist die Erkenntnis einer Habilitationsschrift, dass Deutschland in der Erdbebenforschung führend wurde, obwohl es nicht zu den besonders erdbebengefährdeten Gebieten gehörte.<sup>11</sup>

#### b) 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.<sup>12</sup>

Ein typisches Beispiel für eine wissenschaftliche Darstellung ist ein Modell, das z.B. ein Eiweiß grafisch wiedergibt.<sup>13</sup> Doch ist der Kreis potentiell geschützter Darstellungen

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Ganz h.M., siehe OLG Frankfurt 11 U 66/11, 27.03.2012, ZUM 2012, 574, 577; a. A. *Rehbinder*, Urheberrecht 16. Aufl., Rn. 58, 145; *Haberstumpf*, Das Urheberrecht – Feind des Wissenschaftlers und des wissenschaftlichen Fortschritts?, ZUM 2012, 529, 536. Die wissenschaftsinternen Kommunikationsregeln aber gebieten eine solche Namensnennung.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> OLG Frankfurt 11 U 66/11, 27.03.2012, ZUM 2012, 574, 579; *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht Kommentar, 2010, § 2 UrhG Rn. 64.

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

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

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

„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.<sup>14</sup> Zugleich sind die Anforderungen an eine „persönliche geistige Schöpfung“ wissenschaftlicher Darstellungen wie bei Sprachwerken gering. Ausreichend ist eine eigentümliche, sich vom alltäglichen Schaffen im betroffenen Bereich abhebende Darstellungsweise.<sup>15</sup> Schließlich gilt es wiederum den Grundsatz zu beachten, dass schutzfähig nur die konkrete „Form“, nicht hingegen das abstrakte Spiel- oder Darstellungskonzept („Inhalt“) ist.<sup>16</sup>

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,<sup>17</sup> zieht die urheberrechtliche Rechtsprechung den Begriff des wissenschaftlichen Werkes wesentlich weiter – bis hin zu üblichen, aber ökonomisch wertvollen Kreuzwort- und Silbenrätseln.<sup>18</sup>

### c) Schutz wissenschaftlicher Ausgaben und nachgelassener Werke

Hinzuweisen ist ferner auf zwei dem Urheberrecht „verwandte Schutzrechte“, die einen speziellen Bezug auf wissenschaftliche Kommunikation aufweisen, allerdings geringe praktische Bedeutung besitzen. Zum einen gewährt § 70 UrhG dem „Verfasser“ einer wissenschaftlichen Ausgabe eines urheberrechtlich nicht (mehr) geschützten Werks oder Texts ein fünfundzwanzigjähriges Recht an der Ausgabe, wenn jene das Ergebnis wissenschaftlicher sichtender Tätigkeit darstellt und sich wesentlich von den bisher bekannten Editionen des Werkes/Texts unterscheidet. Zum anderen genießt der Herausgeber, der ein nicht (mehr) urheberrechtlich geschütztes Werk erstmals erscheinen lässt, gem. § 71 UrhG ebenfalls für 25 Jahre ein ausschließliches Recht, das nachgelassene Werk (z.B. ein verloren geglaubtes wissenschaftliches Manuskript) zu verwerten.

### d) 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).<sup>19</sup> 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

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

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

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

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Diese Befugnisse stehen dem Herausgeber eines erstmals erschienenen, nachgelassenen Werks nicht zu, vgl. § 71 Abs. 1 S. 3 UrhG.

(§ 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).

#### e) Wissenschaftsrelevante Schranken des Rechtsschutzes

Das Urheberrecht unterliegt gewissen Einschränkungen („Schranken“).<sup>20</sup> Nach Maßgabe der betreffenden Vorschriften darf ein Werk ohne Zustimmung des Urhebers benutzt werden. Einige Schranken verfolgen den Zweck, wissenschaftliche Kommunikation zu erleichtern. Hierzu zählt zunächst das sog. Zitatrecht, das im Interesse des allgemeinen kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritts der Freiheit der geistigen Auseinandersetzung mit fremden Gedanken dient.<sup>21</sup> 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;<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

Während das Zitat vergütungsfrei zulässig ist, sind die weiteren wissenschaftsbezogenen Schranken des Urheberrechts an pauschale Vergütungspflichten gekoppelt, die über Verwertungsgesellschaften (insbes. die VG Wort) abgewickelt werden. Dieses Konzept gilt 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 Wiedergaben benutzt werden.<sup>24</sup> 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 nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt ist. Verboten ist ein solcher

---

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

<sup>21</sup> BGH I ZR 32/92, 30.06.1994, GRUR 1994, 800, 803 – Museumskatalog.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Siehe § 53 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 6 S. 1 UrhG und OLG Koblenz 6 U 606/83, 07.08.1986, NJW-RR 1987, 699.

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 immer wieder, zuletzt bis zum 31.12.2014 befristeten Vorschrift<sup>25</sup> 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 nicht kommerzieller 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.<sup>26</sup> Zudem hält das OLG München die Schranke nur dann für einschlägig, wenn das Werk oder der benötigte Werkteil vom jeweiligen Rechtsinhaber nicht zu angemessenen Bedingungen über das Internet angeboten wird.<sup>27</sup>

Setzt sich letztgenannte Auffassung durch, müsste konsequent auch die Zulässigkeit digitaler Kopien für eigene wissenschaftliche Zwecke unter den Vorbehalt gestellt werden, dass das individuell kopierte Werk nicht bereits von einem Verlag in elektronischer Form zu angemessenen Bedingungen über eine Online-Datenbank angeboten wird.<sup>28</sup> 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 vonstatten geht. 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 die bis zum 29.10.2014 umzusetzende EU-Richtlinie über verwaiste Werke.<sup>29</sup> Sie soll unter anderem die Einrichtung großer Online-Bibliotheken (Europeana, Deutsche Digitale Bibliothek) erleichtern und hierdurch Wissenschaftlern, die sich sonst mit traditionelleren, analogen Suchmethoden begnügen müssten, neue Erkenntnisquellen eröffnen. Zu diesem Zweck müssen die Mitgliedstaaten neue Schranken des Urheberrechts vorsehen, die es insbesondere öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen sowie Archiven gestatten, in ihren Sammlungen enthaltene verwaiste Werke wie Bücher, Fachzeitschriften, Zeitungen und Zeitschriften im Internet zugänglich zu machen, um ihren kulturellen und bildungspolitischen Zwecken nachzugehen.

---

<sup>25</sup> Vgl. § 137k UrhG.

<sup>26</sup> Siehe BT-Drucks. 15/837, S. 34.

<sup>27</sup> OLG München 6 WG 12/09, 24.03.2011, ZUM-RD 2011, 603, 614 f. (die Angemessenheit könne zu verneinen sein, wenn bei beabsichtigter Verwertung eines Zeitschriftenartikels nur ein digitales Abonnement oder wenn nur die Lizenzierung eines ganzen Lehrbuchs angeboten werde, von dem nur ein kleiner Teil verwertet werden soll).

<sup>28</sup> In diesem Sinne *Berger*, Die öffentliche Zugänglichmachung urheberrechtlicher Werke für Zwecke der akademischen Lehre - Zur Reichweite des § 52a I Nr. 1 UrhG, GRUR 2010, 1058, 1064.

<sup>29</sup> Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, ABl. Nr. L 299 v. 27.10.2012, S. 5.



Ein Werk gilt als verwaistes Werk, wenn es zwar wahrscheinlich noch urheberrechtlich geschützt ist, aber trotz sorgfältiger Suche keiner der Rechteinhaber dieses Werks ermittelt oder ausfindig gemacht werden kann. Da die Richtlinie den öffentlichen Bildungseinrichtungen eine Kommerzialisierung der verwaisten Bestände nur in sehr engen Grenzen erlaubt, erscheint fraglich, ob und wann eine umfassende digitale Erschließung verwaister Bibliotheksbestände zu erwarten ist.

## 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 Bedeutung erlangen. Da Software einer speziellen EU-Richtlinie<sup>30</sup> unterliegt, ist ihr von anderen Werkarten abweichender Rechtsschutz gesondert darzustellen.

Wie bei jenen 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 Quellcode und Objektcode, nicht hingegen die Benutzeroberfläche, die Funktionalität eines Computerprogramms, die Programmiersprache und das Dateiformat.<sup>31</sup>

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.<sup>32</sup> Insoweit gelten also noch geringere Anforderungen als für sonstige Werkarten; allenfalls ganz banale Software mag im Einzelfall ungeschützt bleiben.<sup>33</sup> Im Ergebnis dürfte davon auszugehen sein, dass sämtliche Computerprogramme, die im wissenschaftlichen Kommunikationssystem Verwendung finden, urheberrechtlich geschützt sind.

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 Schranken des Urheberrechts und insbesondere die Schranken im Interesse der Wissenschaft, sei es die Kopie zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, den Kopienversand

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> § 69a Abs. 3 UrhG.

<sup>33</sup> *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, (siehe Fn. 10) § 69a UrhG Rn. 18 ff.

oder die Nutzung in einem kleineren Forschernetzwerk.<sup>34</sup> Nach umstrittener Auffassung soll das Zitatrecht hingegen anwendbar bleiben.<sup>35</sup>

### 3. Datenbanken

Der dritte, für die wissenschaftliche Kommunikation bedeutsame Schutzgegenstand betrifft Datenbanken. Auch jene unterliegen einer eigenständigen EU-Richtlinie, die die Schutzvoraussetzungen, den Schutzbereich und die Schranken abweichend von den sonstigen Werkkategorien regelt.<sup>36</sup> Dabei ist weiter zwischen dem Urheberrechtsschutz von *Sammel- und Datenbankwerken* einerseits und dem *Sui-generis*-Schutz sonstiger, investitionsintensiver Datenbanken zu differenzieren.

#### a) Urheberrecht an *Sammel- und Datenbankwerken*

*Sammel- und Datenbankwerke* zeichnen sich gem. § 4 UrhG dadurch aus, dass die Auswahl oder Anordnung der Werke, Daten oder anderen unabhängigen 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 nicht gewerblichen Zwecken erfolgt.<sup>37</sup>

#### b) *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 Darstellung<sup>38</sup> 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 qualitativ<sup>39</sup> wesentlichen Teil der Datenbank zu

<sup>34</sup> Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2008, § 69a UrhG Rn. 3, 33; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2009, § 69a UrhG Rn. 75; Kaboth, in: Ahlberg/Götting, Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, Stand: 15.09.2012, § 69a UrhG Rn. 17.

<sup>35</sup> Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 34), § 69a UrhG Rn. 34; Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 10), § 69a UrhG Rn. 25; Kaboth, in: Ahlberg/Götting (Fn. 34), § 69a UrhG Rn. 17; a. A. Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 34), § 69a UrhG Rn. 75 („§ 51 passt aber seinem ganzen Sinn und Zweck nach nicht für Computerprogramme.“).

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> § 53 Abs. 5 S. 2 UrhG.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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.

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.<sup>40</sup> 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, so dass etwa wissenschaftliche Analysen von Verlagsdatenbanken („data mining“) der Zustimmung des Datenbankinvestors bedürfen.<sup>41</sup>

Abgesehen von diesen urheberrechtlichen Befugnissen vermag der Datenbankhersteller jede unerlaubte Nutzung einer Datenbank zu unterbinden, indem er technische Schutzmaßnahmen (Digital Rights Management, DRM) einsetzt und diese in seinen Lizenzvertragsklauseln sanktioniert. Hierdurch kann bereits der Zugriff auf einen einzelnen Datensatz und damit die einzelne wissenschaftliche Information vom Erwerb einer Lizenz abhängig gemacht werden.

#### 4. Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen

Jenes 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 Werken und Datenbanken andererseits zu unterscheiden.

##### a) Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen bei Computerprogrammen

Soweit Computerprogramme mit DRM-Maßnahmen versehen werden, gilt allein die auf das Jahr 1991 zurückgehende Computerprogrammrichtlinie.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> EuGH Rs. C-545/07, 05.03.2009, GRUR 2009, 572, Rn. 73 – Apis/Lakorda.

<sup>41</sup> *Reichman/Okediji*, When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale, *Minnesota Law Review* 96 (2012), 1362, 1423.

<sup>42</sup> Zur Spezialität der Computerprogrammrichtlinie EuGH Rs. C-128/11, 03.07.2012, GRUR 2012, 904 – UsedSoft.

<sup>43</sup> Zu § 1 UWG a. F. BGH I ZR 220/95, 09.11.1995, GRUR 1996, 78, 78 – Umgehungsprogramm.

## b) 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,<sup>44</sup> 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 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 zu 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 können. Diese Vorschrift ist aber praktisch irrelevant geblieben. Wichtiger noch ist, dass sie kraft ausdrücklicher Regelung nicht für Online-Datenbanken gilt.<sup>45</sup> 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.

## 5. 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup>

## II. 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

---

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> § 95b Abs. 3 UrhG.

<sup>46</sup> Zur Abgrenzungsproblematik oben I. Ohnehin ist das pure wissenschaftliche Ergebnis bzw. die Theorieaussage ohne die Lektüre ihrer wissenschaftlichen Herleitung, also ohne Zugriff auf die konkrete „Form“ eines wissenschaftlichen Werks bzw. einer wissenschaftlichen Darstellung nicht sinnvoll nutzbar.

<sup>47</sup> *Hilty*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179, 181.

Wissenschaftlern, erforderlich.<sup>48</sup> Ihnen steht es frei, ob und wem sie in welchem Umfang Rechte einräumen.

## 1. Urhebervertragsrecht und Werke der Wissenschaft

### a) Originärer Rechtsinhaber

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 i.S.d. Urheberrechts. Das Urheberrecht knüpft vielmehr allein an die konkrete Versprachlichung bzw. Darstellung dieser Informationen an.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> Doch hat die Rechtsprechung auch Ausnahmen von diesem sog. 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.<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> Schließlich stehen einer Universität Nutzungsrechte an Multiple-Choice-Klausuren zu, die von wissenschaftlichen Mitarbeitern in weisungsabhängiger Stellung entworfen wurden.<sup>54</sup> Für den klassischen, in Allein- oder Miturheberschaft verfassten Aufsatz oder die Monografie verbleibt es aber dabei, dass allein der einzelne Wissenschaftler über die urheberrechtlichen Befugnisse verfügt und frei entscheiden kann, wem Nutzungsrechte eingeräumt werden.

---

<sup>48</sup> Anders als Tonträger- oder Filmhersteller erhalten Verleger kein originäres Leistungsschutzrecht am verlegten Sprachwerk. Das verlegerische Geschäftsmodell basiert bisher auf abgeleiteten Urheberrechten und – allerdings rechtlich zweifelhaften (siehe LG München 7 O 28640/11, 24.05.2012, ZUM-RD 2012, 410) – Beteiligungen an gesetzlichen Vergütungsabgaben, etwa für Privatkopien. Das derzeit diskutierte Leistungsschutzrecht für Presseverlage (vgl. BT-Drucks. 17/11470) könnte ein Vorbote eines umfassenden Leistungsschutzrechts für Verleger sein.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Vgl. § 43 UrhG.

<sup>51</sup> Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 34), § 43 UrhG Rn. 12 m.w.N.

<sup>52</sup> BGH I ZR 244/88, 27.09.1990, NJW 1991, 1480, 1483 – Grabungsmaterialien.

<sup>53</sup> KG 5 U 2189/93, 06.09.1994, NJW-RR 1996, 1066 – Poldok.

<sup>54</sup> LG Köln 28 O 161/99, 01.09.1999, NJW-RR 2000, 1294, 1295.

## b) Das klassische Urhebervertragsrecht und die 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.<sup>55</sup>

Das Urheberrecht ist unter Lebenden nicht übertragbar (§ 29 UrhG). Und auch Nutzungsrechte räumt der Urheber nach dem sog. Zweckübertragungsgrundsatz in Zweifelsfällen nur insoweit ein, als der Vertragspartner diese Nutzungsrechte nach dem Vertragszweck benötigt.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> Für die Einräumung von Nutzungsrechten ist zwingend eine angemessene Vergütung zu bezahlen,<sup>58</sup> wenngleich 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).<sup>59</sup>

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 und verbreiten darf, wenn nichts anderes vereinbart ist.<sup>60</sup> 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. Zudem erfasst die Vorschrift ihrem Wortlaut die Online-Rechte nicht. Die Konsequenzen dieser momentanen Gesetzeslage<sup>61</sup> sind umstritten. Zum Teil wird vertreten, Wissenschaftsverlage erlangten von vornherein nur ein einfaches Nutzungsrecht. Jedenfalls wird Urhebern wissenschaftlicher Aufsätze aber in entsprechender Anwendung der Vorschrift die Befugnis zugesprochen, ihre Beiträge ein Jahr nach Erscheinen als Post-print öffentlich zugänglich zu machen.<sup>62</sup> All diese Fragen stellen sich wohlgerne aber nur, wenn der Verlagsvertrag keine ausdrücklichen Regelungen zur Online-Nutzung vorsieht – was in der Regel der Fall ist.

Zwischen 1966 und 2008 galt, dass Nutzungsrechte für beim Vertragsabschluss noch unbekanntes 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.<sup>63</sup> Da sich der vorgesehene

<sup>55</sup> Grützmaier, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 34), § 69c UrhG Rn. 68 ff.

<sup>56</sup> Vgl. § 31 Abs. 5 UrhG; Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 34), § 31 UrhG Rn. 110.

<sup>57</sup> Vgl. §§ 41, 42 UrhG. Siehe ferner die Regelungen des Verlagsgesetzes, das jedoch nur den klassischen Printverlag, nicht die Online-Rechte betrifft.

<sup>58</sup> §§ 32, 32a, 32b, 36, 36a UrhG.

<sup>59</sup> Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 34), § 32 UrhG Rn. 61.

<sup>60</sup> § 38 Abs. 1 und 2 UrhG.

<sup>61</sup> Für eine Ergänzung von § 38 Abs. 1 und 2 UrhG um das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nunmehr Referentenentwurf des BMJ für ein Gesetz zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 20.02.2013, S. 4.

<sup>62</sup> Vgl. Heckmann/Weber, Open Access in der Informationsgesellschaft - 38 UrhG de lege ferenda, GRUR Int. 2006, 995, 996; Ehmann/Fischer, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, GRUR Int. 2008, 284, 288 f. m. w. N.; Czernik, § 137 I UrhG – Eine ungewöhnliche Übergangsregelung, GRUR 2009, 913, 914 f.; Krujatz, Open Access, 2012, 143 ff.

<sup>63</sup> Ehmann/Fischer (Fn. 62), S. 286.

Nacherwerb in der Praxis aber als unrealistisch (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.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup> 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 mit (Print-)Verlagen 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.

### c) Open Content-Modelle

Alternative, auf Offenheit und Zugang angelegte Verwertungsformen wie Open Source und Creative Commons haben im geltenden Urhebervertragsrecht hingegen nur in sog. Linux-Klauseln Niederschlag gefunden. Demnach vermag der Urheber unentgeltlich und ohne Beachtung der Schriftform jedermann ein einfaches Nutzungsrecht selbst für unbekannte Nutzungsarten einzuräumen.<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup>

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 – ggf. unter bestimmten Bedingungen wie dem Verbot kommerzieller Nutzungen und der Nennung des Namens des Autors – vergütungsfrei nutzen können soll.<sup>69</sup> Das Urheberrecht wird von einem Instrument zur Beschränkung des Zugangs kraft privatautonomer Entscheidung umgewidmet in ein Instrument zur Ermöglichung bzw.

<sup>64</sup> §§ 31a, 32c UrhG.

<sup>65</sup> § 137l UrhG.

<sup>66</sup> Das Argument hierfür beruht auf § 38 UrhG (dazu oben), wonach der Urheber seinen Zeitschriften- oder Sammlungsbeitrag ein Jahr nach dem Erscheinen anderweit vervielfältigen und verbreiten darf, so dass 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. 62), S. 289.

<sup>67</sup> §§ 31a Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 3 S. 3, 32a Abs. 3 S. 3, 32c Abs. 3 S. 2 UrhG.

<sup>68</sup> Siehe BT-Drucks. 14/6433, 15; BT-Drucks. 14/8058, 19; BT-Drucks. 16/1828, 37; BT-Drucks. 16/5939, 44.

<sup>69</sup> Vgl. *Grützmaker*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 34), § 69c UrhG Rn. 68 ff.

bei Open Source-Lizenzen sogar zur Erzwingung von Offenheit.<sup>70</sup> Im wissenschaftlichen Kommunikationssystem erlangen diese Vertragsmodelle zunehmende Bedeutung zur Etablierung von Open Access.<sup>71</sup>

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 Dritter,<sup>72</sup> 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 nicht kommerzielle Vervielfältigungen durch private Internetnutzer (Download, Ausdruck)<sup>73</sup> und die Bildersuche mit sog. Thumbnails.<sup>74</sup> Die Rechtsfigur der schlichten Einwilligung besitzt das Potential, soziale (einschließlich wissenschaftliche) und urheberrechtliche Normen ohne komplizierte Lizenzkonstruktionen einander anzunähern.<sup>75</sup>

## 2. 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.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup>

<sup>70</sup> 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*, (Fn. 62), 110 ff.

<sup>71</sup> Siehe unten 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.

<sup>72</sup> Hierzu BGH I ZR 140/10, 19.10.2011, NJW 2012, 1886, Rn. 16 ff. – Vorschaubilder II

<sup>73</sup> BGH I ZR 94/05, 6.12.2007, NJW 2008, 751, Rn. 27 – Drucker und Plotter I.

<sup>74</sup> BGH I ZR 69/08, 29.4.2010, NJW 2010, 2731, Rn. 28 ff., 33 ff. – Vorschaubilder I.

<sup>75</sup> Zustimmend *Peukert*, in: FS Wandtke, im Erscheinen, m. w. N. zur überwiegend ablehnenden Literatur.

<sup>76</sup> § 69b UrhG.

<sup>77</sup> Vgl. oben II 1 a) und *Dreier*, in: Dreier/Schulze (Fn. 34), § 69b UrhG Rn. 7.



### 3. 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.<sup>78</sup> 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. Konsequentermaßen 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 Verbraucherschutz- 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.<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup>

## III. Das geltende Wissenschaftsurheberrecht in der Kritik

### 1. Das digitale Dilemma im Wissenschaftsbereich

„Das Urheberrecht verfehlt seine Funktion mit Bezug auf das wissenschaftliche Werkschaffen in wachsendem Maße.“<sup>81</sup> Diese Aussage steht exemplarisch für eine weit verbreitete Kritik am geltenden Wissenschaftsurheberrecht.

Diese Kritik macht zunächst geltend, die Logik des Urheberrechts weiche grundlegend von den wissenschaftsinternen Kommunikationsbedingungen und -normen ab.<sup>82</sup> Wissenschaftler publizierten nicht aufgrund der Aussicht auf Verlagstantiemen, sondern aus intrinsischen

<sup>78</sup> Vgl. *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, (siehe Fn. 10) § 4 UrhG Rn. 45 f.; zum Erwerb von Nutzungsrechten an wissenschaftlichen Sammelwerken durch die arbeitgebende Universität oben II 1 a).

<sup>79</sup> §§ 305, 307 BGB.

<sup>80</sup> Entsprechend für Weitergabeverbote in AGB von Musikdownloadplattformen und Hörbuchanbietern LG Berlin 16 O 67/08, 14.07.2009, GRUR-RR 2009, 329; OLG Stuttgart 2 U 49/11, 03.11.2011, GRUR-RR 2012, 243 bzgl. Hörbuch-AGB. 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).

<sup>81</sup> *Hilty* (Fn. 47), S. 179.

<sup>82</sup> Siehe *Weingart*, *Die Stunde der Wahrheit*, 2001, 330; *Reichman/Okediji* (Fn. 41), S. 1425.

Motiven sowie zum Erwerb von Reputation, die mittelbar versilbert werde. Ferner mache das Urheberrecht wissenschaftliche Kommunikation in weitem Umfang zu einem exklusiven, handelbaren Wirtschaftsgut, das als einzelnes, isoliertes Element („Werk“) einer bestimmten Person („Urheber“) individuell zugeordnet werde und nur nach Maßgabe der Zahlungsfähigkeit der Interessenten verfügbar sei. Wissenschaftliche Kommunikation hingegen verlaufe in einem prinzipiell un abgeschlossenen Kommunikationszusammenhang, der sich durch möglichst vollständige Verweise auf den Stand der Forschung (Zitate), Offenheit, Universalität, Globalität und Kollaboration auszeichne. Die jeweiligen Ergebnisse, zumindest in Gestalt von Rohdaten, Erkenntnissen und Theorien, würden von der wissenschaftlichen Gemeinschaft als öffentliches Gut betrachtet, das allen bzw. niemandem gehöre.

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 1709 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 und konnte von jedermann frei verwendet werden.

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 Ergebnisse 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.<sup>83</sup>

Dieser generelle Konflikt äußerte sich um die Jahrtausendwende in der sog. Zeitschriften(preis)krise.<sup>84</sup> 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

---

<sup>83</sup> Dazu *National Research Council*, *The Digital Dilemma, Intellectual Property in the Information Age*, 2000.

<sup>84</sup> Siehe m. w. N. etwa *Hilty* (Fn. 47), S. 183 f.; *Brintzinger*, *Piraterie oder Allmende der Wissenschaften?*, *Leviathan* (2010) 38, 331, 332 ff.

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.

## 2. Lösungsvorschläge

Als Reaktion auf diesen, gerade auch unter Wissenschaftlern zunehmend als unhaltbar empfundenen Zustand, werden im Wesentlichen zwei Lösungswege diskutiert. Diese gehen entweder dahin, das materielle Wissenschaftsurheberrecht zu ändern, oder sie plädieren in unterschiedlichen Spielarten dafür, öffentlich finanzierte Forschungsergebnisse nach Open Access (OA)-Prinzipien zugänglich zu machen.

### a) 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 ....“<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup>

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.<sup>87</sup>

Auf nationaler Ebene haben verschiedene Gremien des Bundestages und zuletzt der Bundesrat ebenfalls die Einführung einer „breiter und allgemeiner gefasste[n] Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ gefordert.<sup>88</sup> Konkret 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 Informationsteilnahme der Allgemeinheit öffentlich zugänglich“ gemacht werden dürfen, „soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.“<sup>89</sup> 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 Rahmen ihrer Aufgabenstellung gerechtfertigt und zur Verfolgung nichtkommerzieller Zwecke ... im Rahmen von 1.

---

<sup>85</sup> H.R.2613 -- Public Access to Science Act, 108th Congress (2003-2004), <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:H.R.2613>.

<sup>86</sup> Siehe Fn. 1.

<sup>87</sup> Siehe <http://www.wipo.int/copyright/en/limitations/index.html>.

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> Hansen, Zugang zu wissenschaftlicher Information - alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378, 383 f.

Unterricht und Forschung, 2. Fort- und Weiterbildung, 3. Dokumentation, Bestandssicherung und Bestandserhaltung“ geboten ist.<sup>90</sup> Die zulässigen Nutzungen sollen jeweils einen Vergütungsanspruch auslösen, der von Verwertungsgesellschaften geltend zu machen sei.

Der in allen Vorschlägen enthaltene Vorbehalt zugunsten nicht kommerzieller, wissenschaftlicher Nutzungszwecke nimmt auf die Vorgaben der EU-Urheberrechtsrichtlinie Rücksicht.<sup>91</sup> Diese Restriktion wird 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.<sup>92</sup> Noch weiter geht ein Entwurf, wonach in die Urheberrechtsrichtlinie eine Regelung aufzunehmen sei, wonach der Urheber eines Werks verpflichtet wird, ein elektronisches Pflichtexemplar an die jeweilige Nationalbibliothek abzuliefern, die es anschließend in dieser Form öffentlich zugänglich macht.<sup>93</sup>

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 nicht kommerziell agierende, öffentliche Forschungs- und Bildungseinrichtungen. Deren Angebot träte gleichwohl praktisch in Konkurrenz zu den zugangskontrollierten Datenbanken der Verlage.

Einen anderen Ansatz verfolgen Modelle zu Zwangslizenzen<sup>94</sup> bzw. einem Kontrahierungszwang.<sup>95</sup> Mit diesen Instrumenten sollen die Verlage verpflichtet werden, den Inhalt ihrer Datenbanken für Konkurrenten zu öffnen, die diese wissenschaftlichen Informationen sodann in anders aufbereiteter Form anbieten könnten, so dass 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

<sup>90</sup> Pflüger, Positionen der Kultusministerkonferenz zum Dritten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – »Dritter Korb«, ZUM 2010, 938, 944.

<sup>91</sup> Siehe Art. 5 Abs. 3 lit. a Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 (Fn. 44).

<sup>92</sup> Reichman/Okediji (Fn. 41), S. 1432 ff. und 1440 ff. (auch für wissenschaftliche Nutzungen zu kommerziellem Folgegebrauch).

<sup>93</sup> Hirschfelder, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, 2008, 154 f.

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> Krutzat (Fn. 62), S. 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 Verbreitung zu Zwecken der weiteren Veröffentlichung in anderer Weise als der Erstveröffentlichung einzuräumen“, wenn hierbei der Ort der Erstveröffentlichung deutlich angegeben wird.).

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.<sup>96</sup> 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-klick-Gestaltung zu verschaffen. Vorschläge, die dieses Geschäftsmodell im Kern aushöhlen, sind deshalb mit dem geltenden internationalen und europäischen Urheberrecht in der Tat unvereinbar.<sup>97</sup>

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 desjenigen Gesetzgebers, der diese Regelungen erlassen hat.<sup>98</sup> 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.<sup>99</sup>

## b) Open Access

Diese Defizite einer genuin urheberrechtlichen Lösung sucht die Open Access (OA)-Bewegung zu vermeiden. Sie setzt sich für einen weltweiten, technisch und rechtlich ungehinderten Zugang zu wissenschaftlichen Informationen ein, ohne dass hierfür eine Änderung des Urheberrechts erforderlich wäre.<sup>100</sup>

### aa) Grundsätzliches 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, so dass das Werk gemeinfrei wird. Und selbst das insofern restriktive deutsche Urheberrecht sieht

---

<sup>96</sup> Siehe Art. 9 Abs. 2 RBÜ, 13 TRIPS, 10 WCT, 16 Abs. 2 WPPT, 5 Abs. 5 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und zur Auslegung *Senfileben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, 2004. A.A. aber etwa *Hansen* (Fn. 89), S. 384 ff.

<sup>97</sup> Insoweit zutreffend *Peifer* (Fn. 94), S. 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.

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> Gerade umgekehrt *Hilty* (Fn. 94), S. 638 (Open Access nur territoriale Lösung).

<sup>100</sup> Siehe dazu Expertise *Herb*. Übersicht etwa bei *Bailey*, Open Access Bibliography, 2005, 20 ff.; ferner *Deutsche UNESCO-Kommission*, Open Access - Chancen und Herausforderungen, 2007.

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.<sup>101</sup> 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 ggf. für eine bestimmte Zeit ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wird, der Urheber sich aber vorbehält, das Werk selbst oder durch Dritte zeitgleich, zeitverzögert, in derselben oder einer abweichenden Formatierung zu nicht kommerziellen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen.<sup>102</sup> Mit anderen Worten ermöglicht das Urheberrecht auch ein Nebeneinander des Verlags- und des OA-Modells.<sup>103</sup> Das Urheberrecht gewährleistet aus dieser Perspektive vor allem eine Entscheidungsbefugnis des Wissenschaftler-Urhebers für die eine und/oder eine andere Form der wissenschaftlichen Publikation.

Die urheberrechtlichen Möglichkeiten zur Implementierung von OA werden aber weiterhin nur teilweise wahrgenommen. Zwar dokumentieren Umfragen stabil hohe, in der Regel mehr als 80-prozentige Zustimmungsraten zu Open Access unter Wissenschaftlern.<sup>104</sup> Auch die infrastrukturellen Voraussetzungen in Gestalt fachlicher und institutioneller Repositorien sowie OA-Journals wurden in den letzten Jahren verbessert.<sup>105</sup> Trotzdem herrschen gerade in den Geisteswissenschaften weiterhin erhebliche Vorbehalte gegenüber Open Access, die nach den bisherigen Ausführungen nicht im Urheberrecht, sondern nur im Wissenschaftssystem selbst wurzeln können.<sup>106</sup> Um diese Beharrungseffekte aufzulösen, werden mehrere, zum Teil urheberrechtliche Maßnahmen diskutiert, wobei zwischen Instrumenten zur Förderung von freiwilligem OA und einer Verpflichtung zu OA unterschieden werden kann.

#### bb) Förderung des freiwilligen Open Access durch ein Zweitverwertungsrecht

Wie erläutert, obliegt es der rechtlich ungebundenen Entscheidung des einzelnen Wissenschafts-Urhebers, ob er ein wissenschaftliches Werk etc. frei zugänglich macht und/oder einem Verlag ausschließliche Nutzungsrechte einräumt. Kommt es zu einer uneingeschränkten Einräumung exklusiver Online- und Vervielfältigungsrechte zugunsten eines Verlags, hat sich der Urheber allerdings in Ausübung seiner Privatautonomie seines Rechts begeben, für OA zu optieren. Würde das Werk dann gleichwohl und ohne Zustimmung des Verlags zugänglich gemacht, würde der Urheber zum einen den

<sup>101</sup> Oben II 1.

<sup>102</sup> § 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).

<sup>103</sup> Sog. grüner OA. Dazu noch unten III 2 b) bb).

<sup>104</sup> *Dallmeier-Tiessen u.a.*, Highlights from the SOAP project survey. What Scientists Think about Open Access Publishing, 2011, arXiv:1101.5260 (knapp 18.000 Befragte).

<sup>105</sup> *Dallmeier-Tiessen u.a.*, Open Access Publishing-Models and Attributes, 2010, [http://www.iuwis.de/sites/default/files/SOAP\\_OAP\\_models\\_attr\\_long.pdf](http://www.iuwis.de/sites/default/files/SOAP_OAP_models_attr_long.pdf) (jährlich 200-300 neue OA-Journals).

<sup>106</sup> Siehe *Taubert/Weingart*, ›Open Access‹ - Wandel des wissenschaftlichen Publikationssystems, in: Sutter/Mehler, Medienwandel als Wandel von Interaktionsformen, 2010, 159, 170 ff.

Verlagsvertrag und zum anderen das ausschließliche Nutzungsrecht des Verlages verletzen.<sup>107</sup> In dieser Konstellation begeht der Urheber selbst eine Urheberrechtsverletzung.

Dieses Szenario wird als relevantes Hindernis für eine größere Verbreitung des sog. *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 ggf. verzögerten OA für aussichtslos erachten bzw. diesen Aufwand scheuen. Dieser Log-in-Effekt soll durch ein zwingendes Zweitverwertungsrecht des Urhebers durchbrochen werden. Demnach hätte der Urheber „eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und 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.<sup>108</sup> Diese Regelung hat insoweit zwingenden Charakter, als die Zweitveröffentlichungsbefugnis gegenüber dem Verlag nicht abbedungen werden kann. Und doch bleibt es ein privatautonom auszuübendes Recht des Urhebers, der nicht verpflichtet ist, die nachgeschaltete OA-Publikation vorzunehmen.

Der Grundsatz der Freiwilligkeit von Open Access wird durch das *zwingende* Zweitverwertungsrecht also nicht in Frage gestellt, sondern gegenüber verhandlungsstärkeren Verlagen gewährleistet.<sup>109</sup> Eingeschränkt wird die Verfügungsbefugnis des Urhebers, nicht hingegen der Schutzbereich des Urheberrechts. Zutreffend wird der Vorschlag deshalb als völker-, unions- und verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft. Das Risiko, dass ausländische Verlage aufgrund der nicht abdingbaren OA-Option keine Verlagsverträge mehr mit in Deutschland ansässigen Wissenschaftlern<sup>110</sup> abschließen, erscheint relativ gering und in Anbetracht des gestärkten Wahlrechts der inländischen Urheber hinnehmbar.<sup>111</sup>

### cc) Verpflichtung zu Open Access bei öffentlich finanzierten Forschungsergebnissen

Zwar würde ein zwingendes Zweitverwertungsrecht bewirken, dass ausschließliche Verlagsrechte als Hindernisse für grünen OA nach bestimmten Embargofristen entfallen. Die

<sup>107</sup> Siehe *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 34), § 31 UrhG Rn. 56.

<sup>108</sup> So die Fassung des Zweitverwertungsrechts in § 38 Abs. 4 des Referentenentwurfs des BMJ für ein Gesetz zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes v. 20.2.2013. Ähnliche Vorschläge sehen eine Frist von sechs Monaten bei Periodika und von zwölf Monaten bei Sammelwerken und zusätzlich die (Zweit-)Veröffentlichung in der Formatierung der Erstpublikation vor; siehe Gesetzentwurf der Fraktion der SPD, Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes v. 16.3.2011, BT-Drucks. 17/5053; zuerst in diesem Sinne *Hansen* (Fn. 89), S. 382; ferner *Pflüger* (Fn. 90), S. 941.

<sup>109</sup> Referentenentwurf des BMJ für ein Gesetz zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes v. 20.2.2013, S. 14 f.; vgl. *Hansen* (Fn. 89), S. 382.

<sup>110</sup> Die von jenen abgeschlossenen Verlagsverträge unterliegen gem. Art. 4 Abs. 2, 19 Abs. 1 der Verordnung Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), Abl. Nr. L 177 v. 4.7.2008, S. 6, deutschem (Urheber-)Vertragsrecht als dem Recht des Ortes ihres gewöhnlichen Aufenthalts und damit auch dem künftigen Zweitverwertungsrecht.

<sup>111</sup> Referentenentwurf des BMJ für ein Gesetz zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes v. 20.2.2013, S. 14 f.; *Heckmann/Weber* (Fn. 62), S. 997 ff.; *Peifer* (Fn. 94), S. 27; a.A. noch Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1828, S. 47; *Hirschfelder*, Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbietungspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen?, MMR 2009, 444, 447 (Umgehung der Richtlinie).

wissenschaftsinternen Beharrungseffekte zugunsten des gegenwärtigen Verlagssystems aber blieben von dieser urheberrechtlichen Regelung unberührt. Konsequenz wäre ein unverändertes 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 würden 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.<sup>112</sup>

### (1) Anbietungspflicht zugunsten von Hochschulen

Auf dem Höhepunkt der Zeitschriftenpreiskrise vor nahezu 10 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 – ggf. auch nicht exklusiv – zur Veröffentlichung anzubieten. Nur wenn das Werk nicht binnen einer Frist von 2 Monaten von der Hochschule zur Veröffentlichung in Anspruch genommen würde, stünde dem Wissenschaftler das urheberrechtliche Verwertungsrecht wieder unbeschränkt zu.<sup>113</sup>

Diese, dem Arbeitnehmererfindungsrecht nachgebildete Lösung<sup>114</sup> 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 auch unter Befürwortern von Open Access auf einhellige Ablehnung.<sup>115</sup> 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.<sup>116</sup>

### (2) Verpflichtung zu Open Access im Wissenschaftsrecht

Ein alternatives Modell setzt denn auch nicht beim individuellen Wissenschaftler und seinem Urheberrecht an, sondern bei den institutionellen und wissenschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen des Publikationswesens.<sup>117</sup> Ausgangspunkt wäre eine hochschulrechtliche Regelung, wonach Aufsätze und Monografien, die im Rahmen einer

---

<sup>112</sup> Zu dieser letztlich entscheidenden Frage *Brintzinger* (Fn. 84), S. 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.

<sup>113</sup> *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436, 441 f.

<sup>114</sup> Siehe § 42 ArbNErfG.

<sup>115</sup> *Hansen* (Fn. 89), S. 379 f.; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, 31, dann aber erwägend a.a.O., 72.

<sup>116</sup> 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.

<sup>117</sup> Dazu in Vorbereitung *Peukert*, in *Grüneberg/Leible*, Kommunikationsverhalten und Urheberrecht.



mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind, nach OA-Grundsätzen erstveröffentlicht werden sollen.<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup> 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.<sup>120</sup> 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;<sup>121</sup> die Berufsausübungsfreiheit darf im Interesse überwiegender Allgemeininteressen – hier am Zugang zu öffentlich finanzierten Forschungsergebnissen – eingeschränkt werden.<sup>122</sup>

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 das Ob und Wann, sondern auch das Wie und Wo der Publikation schützt.<sup>123</sup> Nach anderer Auffassung steht Art. 5 Abs. 3 GG einer ggf. vom Gesetzgeber und den Wissenschaftsinstitutionen gewünschten Umstellung der

---

<sup>118</sup> 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.

<sup>119</sup> Tendenzen in diese Richtung finden sich insbesondere im Vereinigten Königreich in Reaktion auf den *Finch Group Report* (Fn. 112). Allerdings sind die vorgesehenen, verpflichtenden OA-Prinzipien 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>. 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](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/ostp_public_access_memo_2013.pdf).

<sup>120</sup> 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 Repository 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. 117).

<sup>121</sup> 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).

<sup>122</sup> Vgl. nur etwa BVerfG 1 BvR 459 u. 477/72, 2.10.1972, BVerfGE 36, 47, 59.

<sup>123</sup> *Rieble*, Autorenfreiheit und Publikationszwang, in: Reuß/Rieble, Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit, 2009, 29 ff.; *Rojahn*, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 10), § 43 UrhG Rn. 131.

Rahmenbedingungen wissenschaftlichen Kommunikation auf OA nicht prinzipiell entgegen.<sup>124</sup>

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 Studierenden, gerechtfertigt werden.<sup>125</sup> Hierzu müsste auch unter Geltung der neuen Rahmenbedingungen des Publikationswesens freie Wissenschaft weiterhin möglich sein und ungefährdet betrieben werden können;<sup>126</sup> verfassungswidrig wäre eine wissenschaftsrechtliche Verpflichtung auf OA hingegen, wenn dies die freie wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung strukturell gefährden würde.<sup>127</sup>

Insoweit billigt das BVerfG dem Gesetzgeber zwar eine Einschätzungsprärogative und einen Prognosepielraum zu.<sup>128</sup> 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. Letztlich bestätigt dieses Modell daher nur, dass ein grundlegender Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems nach und nach<sup>129</sup> innerhalb der Wissenschaft selbst zu vollziehen ist, nicht aber von außen durch das Recht erzwungen werden kann.

---

<sup>124</sup> *Bäuerle*, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft, in: Britz, *Forschung in Freiheit und Risiko*, 2012, 1, 11 f., 14.

<sup>125</sup> 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.

<sup>126</sup> 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.

<sup>127</sup> 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.

<sup>128</sup> 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.

<sup>129</sup> 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).