

Dieser Beitrag wurde erstveröffentlicht in GRUR Int. 2006, 995

---

# Open Access in der Informationsgesellschaft

## § 38 UrhG de lege ferenda

Von Jörn Heckmann\* und Marc Philipp Weber\*\*

*Unter dem Schlagwort „Open Access“ werden unterschiedliche Bestrebungen für einen freien Zugriff auf Ergebnisse öffentlich finanzierter Forschung über das Internet zusammengefasst. Nachdem bereits mehrfach im Schrifttum über die Möglichkeiten einer Implementierung von Open Access ins deutsche Recht diskutiert wurde, hat nun der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Zweiten Korb der*

*Urheberrechtsreform einen eigenen Gesetzesvorschlag vorgelegt. Der vorliegende Beitrag stellt diesen Entwurf, der auf einer Erweiterung des bestehenden § 38 UrhG basiert, eingehend vor und unterzieht ihn einer ersten umfassenden kritischen Würdigung unter Berücksichtigung der Gegenäußerung der Bundesregierung.<sup>1</sup>*

### A. Einleitung

Durch die fortschreitende Verbreitung und allgemeine Akzeptanz neuer Informations- und Kommunikationstechnologien ist Deutschland bei seiner Entwicklung zu einer Informationsgesellschaft bereits weit fortgeschritten. Auch die Gesetzgebung hat – motiviert durch EG-rechtliche Harmonisierungsbestimmungen<sup>2</sup> – diesen Wandel zum Teil nachvollzogen und in einem ersten Anlauf die erforderlichen rechtlichen Rahmenbedingungen geschaffen, um das bis dato noch am analogen Umfeld ausgerichtete Urheberrecht an die aktuelle Entwicklung anzupassen („Erster Korb“).<sup>3</sup> Als Korrelat zu neuen, in der analogen Welt nicht denkbaren Formen der Wertschöpfung war es insbesondere erforderlich, den Schutz von Rechteinhabern und Verwertern auch im digitalen Umfeld zu gewährleisten.<sup>4</sup> Allerdings ist demgegenüber zunehmend auch eine Rückbesinnung auf den in den Anfängen des Internets mit der Vernetzung angestrebten Nutzen zu verzeichnen – die möglichst optimale Zirkulation des wissenschaftlichen Gedankenguts. Begünstigt wird diese Entwicklung insbesondere durch die sog. „Publikationskrise“. Unter diesem Schlagwort wird das Problem zusammengefasst, dass speziell seit

Mitte der 90er Jahre die Preise für Zeitschriften in den Bereichen Naturwissenschaft, Technik und Medizin stark ansteigen, während die Etats der Bibliotheken stagnieren oder rückläufig sind.<sup>5</sup> Durch den Versuch der Verlage, die Einnahmeverluste durch die Anhebung der Bezugspreise zu kompensieren, setzte sich eine unheilvolle Spirale in Bewegung mit der Folge, dass der Zugriff von Wissenschaftlern und anderen interessierten Personen auf aktuelle Forschungsinformationen immer stärker eingeschränkt wurde. Diese Situation ist Nährboden für die Open Access-Bewegung, die sich für einen unbe-

---

\* Wiss. Mitarbeiter an der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen.

\*\* Wiss. Mitarbeiter bei Prof. Dr. Gerald Spindler, Universität Göttingen. Der Beitrag gibt ausschließlich die Auffassung der Verfasser wieder.

1) Die Autoren danken Gerd Hansen (Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, München) für seine wertvollen Anregungen.

2) Richtlinie 2001/29/EG v. 22.5.2001, ABl. L 167/10.

3) BT-Drucks. 15/38, S. 14.

4) Dreier/Schulze/Dreier, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 95a Rn. 1;

Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 95a Rn. 2.

5) Bargheer/Bellem/Schmidt, in: Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006, S. 4; abrufbar unter: [http://univerlag.uni-goettingen.de/OA-Leitfaden/oaleitfaden\\_web.pdf](http://univerlag.uni-goettingen.de/OA-Leitfaden/oaleitfaden_web.pdf); Bargheer, in: Hagenhoff (Hrsg.), Internetökonomie der Medienbranche, Göttingen 2006, S. 174 ff., abrufbar unter: [http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2006/mediaconomy\\_book.pdf](http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2006/mediaconomy_book.pdf).

schränkten,<sup>[996]</sup> freien Zugang zu wissenschaftlichen Werken im Internet einsetzt.<sup>6</sup> Der mögliche Erfolg eines solchen alternativen Modells der Wissenschaftskommunikation hängt maßgeblich vom Vorhandensein ausreichender rechtlicher Rahmenbedingungen zur Absicherung des Open Access-Gedankens ab. Anlässlich des nun anstehenden zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft („Zweiter Korb“) sieht die Bundesregierung im Unterschied zum Bundesrat diesbezüglich jedoch derzeit keinen Handlungsbedarf.

## B. Keine ausreichenden Anknüpfungspunkte für Open Access de lege lata

Das Urheberrechtsgesetz in seiner derzeitigen Fassung enthält keine ausreichenden Rechtsgrundlagen oder Anknüpfungspunkte für Open Access. Zwar erlaubt § 38 Abs. 1 Satz 2 UrhG dem Autoren, Nachdrucke seines in einer periodisch erscheinenden Sammlung publizierten Beitrags nach Ablauf eines Jahres anzufertigen, allerdings kann die Anwendbarkeit dieser Norm vertraglich abbedungen werden. Es liegt auf der Hand, dass diese Möglichkeit von den meisten Verlagen genutzt wird, zumal der Autor sich diesem Begehren aufgrund der besonderen Marktmacht der Verlage kaum verweigern kann. Zudem bleibt der Rechteerhalt des Autors auf die Vervielfältigung und die körperliche Verbreitung des Werkes beschränkt – ein Recht zur öffentlichen Zugänglichkeit ergibt sich hieraus gerade nicht.<sup>7</sup> Ergänzend sei zudem darauf hingewiesen, dass § 38 Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht als negative Auslegungsregel missverstanden werden darf, dass dem Verlag im Zweifel nur das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht, nicht aber das Recht der öffentlichen Zugänglichkeit eingeräumt wird.<sup>8</sup> § 38 UrhG ist zwar im Verhältnis zur Zweckübertragungsregel nach § 31 Abs. 5 UrhG die speziellere Regel, allerdings nur soweit sein Anwendungsbereich reicht. Für das Recht der öffentlichen Zugänglichkeit bleibt es damit bei der allgemeinen Zweckübertragungsregel.<sup>9</sup>

Ebensowenig kann § 52a UrhG einen Ansatzpunkt für Open Access darstellen. Die Norm, welche durch den Ersten Korb der Urheberrechtsreform eingeführt worden ist und von der Schrankenvorgabe des Art. 5 Abs. 3 lit. a. InfoSoc-Richtlinie Gebrauch macht, wurde tatbestandlich sehr eng gefasst und beschränkt die öffentliche Zugänglichkeit zu Forschungszwecken auf einen bestimmt abgrenzbaren Kreis von Personen. Die Bestim-

mung des zulässigen Personenkreises wird restriktiv vorgenommen<sup>10</sup> und soll auf kleine Forschergruppen beschränkt bleiben.<sup>11</sup> Die öffentliche Zugänglichmachung etwa für einen ganzen Fachbereich oder gar eine gesamte Hochschule scheidet damit aus.<sup>12</sup> Eine weitere Einschränkung kann sich daraus ergeben, dass die öffentliche Zugänglichmachung zu dem jeweiligen Zweck geboten sein muss.<sup>13</sup>

Somit verbleibt dem Urheber nur dann die Möglichkeit einer Open Access-Publikation, wenn er niemandem ausschließliche Nutzungsrechte für eine öffentliche Zugänglichmachung eingeräumt hat – sei es, weil die Einräumung von Nutzungsrechten für elektronische Publikationen aufgrund des Verbots der Rechteübertragung für bislang unbekannte Nutzungsarten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht möglich gewesen ist<sup>14</sup> – sei es, weil er in der Verhandlung mit den Verwertern besonderes Geschick bewiesen hat.

## C. Open Access und der „Zweite Korb“

Die Bundesregierung hat im Zweiten Korb bislang ausdrücklich auf die Aufnahme von speziellen Regelungen zugunsten von Open Access verzichtet.<sup>15</sup> Und auch die sonstigen geplanten Neuerungen im Zweiten Korb können keine neuen Anknüpfungspunkte für Open Access darstellen:<sup>16</sup> § 52b UrhG erlaubt nur eine sehr eingeschränkte öffentliche Zugänglichmachung veröffentlich-

6) Ein noch weitergehendes als das hier zugrunde gelegte Verständnis von „Open Access“ enthält die „Berlin Declaration“, abrufbar unter: [www.mpg.de/pdf/openaccess/BerlinDeclaration\\_dt.pdf](http://www.mpg.de/pdf/openaccess/BerlinDeclaration_dt.pdf).

7) Dreier/Schulze/Dreier, § 38 Rn. 11; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grünert, § 38 Rn. 6; abw. Junker, JurPC Web-Dok. 86/1999, Abs. 8; anders wohl auch Steinhauer, Bibliotheksdienst 2006, 734, 735.

8) So aber Graf, Urheberrecht für Autoren: Eigene Arbeiten im Netz, abrufbar unter [http://www.uni-tuebingen.de/fb-neuphil/epub/graf/urheberrecht\\_autoren\\_graf.html](http://www.uni-tuebingen.de/fb-neuphil/epub/graf/urheberrecht_autoren_graf.html).

9) Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grünert, § 38 Rn. 1.

10) Schricker/Loewenheim, UrhG, 3. Aufl. 2006, § 52a Rn. 11; Dreier/Schulze/Dreier, § 52a Rn. 11.

11) BT-Drucks. 15/837, S. 34.

12) Dreier/Schulze/Dreier § 52a Rn. 8; Wandtke/Bullinger/Lüft, § 52a Rn. 9; Schricker/Loewenheim, § 52a UrhG Rn. 10.

13) Schricker/Loewenheim, § 52a Rn. 14; sehr restriktiv Wandtke/Bullinger/Lüft, § 52a Rn. 14.

14) Ausf. Übersicht der Bekanntheit einer elektronischen Verwertung bei Heckmann, in: Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006, S. 130 f. m.w.N.

15) Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (BR-Drucks. 257/06 – Beschluss), BT-Drucks. 16/1828, S. 47 f.

16) Siehe Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drucks. 16/1828.

ter Werke, indem die Zugänglichmachung auf die Räume öffentlicher Bibliotheken, Museen oder Archive beschränkt wird und zudem an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen erfolgen muss (sog. „on-the-Spot-Consultation“). Eine Online-Nutzung von außen ist damit von vornherein ausgeschlossen.<sup>17</sup> Ebenso unzureichend ist die vorgeschlagene Regelung zum Kopienversand auf Bestellung in § 53a UrhG. Zwar wird auch die Übermittlung in elektronischer Form gestattet, allerdings soll diese nur funktional an die Stelle der Einzelübermittlung in körperlicher Form treten, so dass die Kopie nur als grafische Datei übermittelt und gerade nicht öffentlich zugänglich gemacht bzw. in einer digitalisierten Abrufdatenbank bereitgehalten werden darf.<sup>18</sup> Im Übrigen soll eine elektronische Übermittlung bereits dann ausgeschlossen sein, wenn Verlage selbst im Internet die bestimmte Zeitschrift oder das Werk zu angemessenen Konditionen zum Abruf bereithalten.<sup>19</sup>

Auch wenn die Bundesregierung derzeit nicht von einer unmittelbaren Notwendigkeit zur legislativen Steuerung und Begünstigung von Open Access ausgeht<sup>20</sup>, wird im Schrifttum bereits seit längerem die gesetzliche Absicherung von Open Access gefordert.<sup>21</sup> Pflüger/Ertmann<sup>[997]</sup> haben hierfür die Schaffung einer zeitlich befristeten Anbietungspflicht für angestellte wissenschaftliche Autoren zugunsten der Hochschule oder Forschungseinrichtung vorgeschlagen<sup>22</sup>, die allerdings aufgrund der bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken kaum zu realisieren sein dürfte.<sup>23</sup> Demgegenüber hat Hansen in seiner ausführlichen Darstellung die Schaffung einer urhebervertragsrechtlichen Regelung favorisiert, die er in Anlehnung an § 38 Abs. 1 UrhG ausgestalten will.<sup>24</sup> Dieser Auffassung hat sich nunmehr auch der Bundesrat angeschlossen, der sich in der Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 19.5.2006 für eine entsprechende gesetzliche Verankerung des Open Access-Gedankens im Urheberrechtsgesetz stark gemacht hat.<sup>25</sup> Der Bundesrat erhofft sich dadurch einen Paradigmenwechsel im Bereich der wissenschaftlichen Veröffentlichungen an Hochschulen und Forschungseinrichtungen.

## I. Die vorgeschlagene Regelung des Bundesrates im Überblick

Der Bundesrat fordert, den § 38 Abs. 1 UrhG dergestalt zu ergänzen, dass an wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln

finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika erscheinen, dem Urheber auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts das Recht zusteht, den Inhalt längstens nach sechs Monaten seit der Erstveröffentlichung anderweitig öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Dieses Recht soll zudem nicht abdingbar sein.<sup>26</sup> Dadurch soll es einem wissenschaftlichen Autor ermöglicht werden, sein Werk nach Ablauf der Karenzzeit einem institutionellen Repository zur Verfügung zu stellen oder im Wege des Self-Archiving<sup>27</sup> der Öffentlichkeit zum Download anzubieten. Im Gegensatz zu Hansen fordert der Bundesrat allerdings bei ansonsten wörtlicher Übereinstimmung weiter, dass die öffentliche Zugänglichmachung nicht in der Formatierung der Erstveröffentlichung erfolgen dürfe.<sup>28</sup>

## II. Die Reaktion der Bundesregierung

Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates den Vorstoß des Bundesrates abgelehnt, da einerseits verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Verankerung von Open Access im Urheberrecht bestünden und andererseits nicht sicher gestellt sei, ob es sich bei der Ergänzung des § 38 UrhG

17) BT-Drucks. 16/1828, S. 26.

18) BT-Drucks. 16/1828, S. 27; Nolte, CR 2006, 254, 256.

19) BT-Drucks. 16/1828, S. 27.

20) BT-Drucks. 16/1828, S. 47 f.

21) Hansen, GRUR Int. 2005, 378, abrufbar unter: [http://www.gerd-hansen.net/Hansen\\_GRUR\\_Int\\_2005\\_378ff.pdf](http://www.gerd-hansen.net/Hansen_GRUR_Int_2005_378ff.pdf); Hilty, in: Sieber/Hoeren (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, März 2005, S. 174, 189 ff., abrufbar unter: <http://www.hrk.de/de/download/dateien/HRK-Reader%20Urheberrecht%202005.pdf>; Pflüger/Ertmann, ZUM 2004, 436, abrufbar unter: <http://www.ub.uni-konstanz.de/kops/volltexte/2004/1337/>; Steinhauer, Bibliotheksdienst 2006, 734; Hansen, in: Stempfhuber (Hrsg.), In die Zukunft publizieren. Herausforderungen an das Publizieren und die Informationsversorgung in den Wissenschaften. Tagungsband zur 11. Jahrestagung der IuK-Initiative der Wissenschaftlichen Fachgesellschaften in Deutschland, Bonn 2006, S. 9, abrufbar unter: [http://www.gerd-hansen.net/Hansen\\_UrhR\\_fuer\\_Wissenschaftler.pdf](http://www.gerd-hansen.net/Hansen_UrhR_fuer_Wissenschaftler.pdf); Dorschel, in: Hagenhoff (Hrsg.), Internetökonomie der Medienbranche, S. 235.

22) Pflüger/Ertmann, ZUM 2004, 436, 441; dies., *duz Magazin* 7/2006, 26, 27.

23) So auch Hansen, GRUR Int. 2005, 378, 379; Dorschel (o. Fn. 21), S. 235, 243; BT-Drucks. 16/1828, S. 47.

24) Hansen, GRUR Int. 2005, 378, 386 f.; ähnl. Hilty, in: Sieber/Hoeren (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, März 2005, S. 174, 192.

25) Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BR-Drucks. 257/06 (Beschluss), S. 7.

26) BR-Drucks. 257/06 (Beschluss), S. 6.

27) Zu den Begriffen s. Bargheer/Bellem/Schmidt (o. Fn. 5), S. 3, 8.

28) BR-Drucks. 257/06 (Beschluss), S. 6.

nicht um eine europarechtlich unzulässige Schranke handle.<sup>29</sup> Diese Argumente vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Darüber hinaus befürchtet die Regierung eine übereilte und unausgeglichene Regelung und verweist darauf, dass die internationalen Verlage um „praktikable vertragliche Lösungen“ bemüht seien. Hierbei verwechselt sie jedoch Ursache und Wirkung – zumal erst die international aufkeimende Diskussion und die Forderung nach einer gesetzlichen Verankerung von Open Access die Verlage dazu gebracht hat, ihre Position zu überdenken.

### 1. Verfassungsrechtliche Bedenken

Der Hinweis der Bundesregierung auf verfassungsrechtliche Bedenken verwundert bereits insofern, als dass sich die genannten Probleme auf einen gänzlich anderen Lösungsvorschlag beziehen, welcher nicht Gegenstand der Empfehlung des Bundesrates gewesen ist. Vielmehr bezieht sich die Kritik der Bundesregierung auf den zuvor von Pflüger/Ertmann unterbreiteten Vorschlag, welcher eine Anbietungspflicht gegenüber der Hochschule vorsieht und gegen welchen zu Recht verfassungsrechtliche Bedenken erhoben werden.<sup>30</sup> Die vorgeschlagene Ergänzung des § 38 UrhG begegnet hingegen keinen grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken, da weder ein verfassungswidriger Eingriff in Grundrechte noch eine verfassungsrechtlich relevante Rückwirkung vorliegt:

#### a) Verletzung von Grundrechten?

Verfassungsrechtlich stellt sich zunächst die Frage, inwieweit der Verlust der Ausschließlichkeitsbefugnis des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung<sup>31</sup> einen Eingriff in das Grundrecht der Verleger in Art. 14 Abs. 1 GG darstellt. Nicht nur das Urheberrecht an sich, sondern auch die dinglichen Nutzungsrechte unterfallen dem Schutzbereich des Art. 14 GG.<sup>32</sup> Ein Eingriff scheidet jedoch daran, dass dem jeweiligen Verlag die Nutzungsrechte von Anfang an nie uneingeschränkt eingeräumt werden, sondern sich die Ausschließlichkeit vom Erwerb an auf sechs Monate beschränkt. Ebenso wenig liegt eine Verletzung des Art. 12 GG vor. Zum einen wird man wohl bereits die objektiv berufsregelnde Tendenz verneinen müssen. Soweit man aufgrund der besonderen unmittelbaren Auswirkungen der Wandlung von ausschließlichen zu einfachen Nutzungsrechten demgegenüber eine berufsregelnde Tendenz erkennt und einen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit

bejaht, wäre dieser als bloße Berufsausübungsregelung durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls jedoch als zweckmäßig zu rechtfertigen, zumal die Förderung von Open Access gerade auch der interessierten Öffentlichkeit zu Gute kommt. Diese Teilhabe der Allgemeinheit an mit öffentlichen Mitteln finanzierter Forschung lässt auch einen etwaigen Eingriff in die Grundrechte des Urhebers<sup>33</sup> durch den Verlust seiner vollumfänglichen Verfügungs- und Verwertungsbefugnis über seine Verwertungsrechte gerechtfertigt erscheinen – sofern ein solcher überhaupt die Erheblichkeitsschwelle erreicht. Insofern liegt weder ein verfassungswidriger Eingriff auf Seiten des Verlegers noch auf Seiten des Urhebers vor.

#### b) Verfassungsrechtlich relevante Rückwirkung?

Die vorgeschlagene Regelung entfaltet lediglich Wirkung für Verträge, welche nach Inkrafttreten des Änderungsgesetzes<sup>[998]</sup> geschlossen werden. Eine Rückwirkung für bereits geschlossene Verträge sieht der Vorschlag des Bundesrates hingegen gerade nicht vor, wie sich insbesondere auch aus dem Fehlen einer entsprechenden Übergangsvorschrift ergibt. Zwar ließe sich eine entsprechende Regelung gesetzessystematisch relativ leicht in § 132 UrhG integrieren, jedoch bestünden gegen eine solche Regelung verfassungsrechtliche Bedenken, welche einer näheren Untersuchung bedürften.

### 2. Europarechtliche Bedenken

Des Weiteren wird von der Bundesregierung die Frage aufgeworfen, ob es sich bei dem vom Bundesrat als urhebervertragliches Regelungsmodell bezeichneten Vorhaben nicht vielmehr um eine Schrankenregelung handele, die an den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts gemessen werden müsste.<sup>34</sup> Dabei sei die Zulässigkeit einer Schrankenregelung im Hinblick auf den Drei-Stufen-Test<sup>35</sup> bedenklich, da die vorgeschlagene Regelung das aus-

29) BT-Drucks. 16/1828, S. 47.

30) So auch Hansen, GRUR Int. 2005, 378, 379; Dorschel (o. Fn. 21), S. 235, 243; BT-Drucks. 16/1828, S. 47.

31) Zum Umfang des Rechtserwerbes siehe unten III.1.

32) BVerfG, Beschl. v. 25.10.2002 – 1 BvR 2116/01, NJW 2003, 1655, 1656.

33) In Betracht kommen vor allem Art. 14, 12, 5 III, 2 I GG; zur (teils unsicheren) Abgrenzung von Art. 12 und 14 GG siehe auch BVerfGE 17, 232, 248; 17, 306, 319; 41, 360, 377.

34) BT-Drucks. 16/1828, S. 47.

35) Hierzu s. Senftleben, Copyright, limitations and the three-step test, Den Haag 2004; ders., in: Hilty/Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 159, 173 ff.; Bornkamm, in: FS Erdmann, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, S. 29.

schließliche Verwertungsrecht der Verlage substantiell beeinträchtigt. Dieser Einwand kann jedoch nicht überzeugen. Bei dogmatischer Betrachtung handelt es sich bei dem vorgeschlagenen § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG-E eindeutig um eine urhebervertragsrechtliche Regelung. Im Unterschied zu einer Schranken-Lösung soll eine Open Access-Veröffentlichung vorliegend nicht durch einen Eingriff in bestehende Rechtspositionen zugunsten der Allgemeinheit ermöglicht werden. Das vorgeschlagene Modell beruht auf dem Gedanken, dem Urheber die Entscheidungsbefugnis über eine spätere Open Access-Veröffentlichung dadurch zu sichern, dass dem Verlag von Anfang an kein zeitlich unbeschränktes Recht der öffentlichen Zugänglichmachung eingeräumt werden kann, sondern dass die Exklusivität des Nutzungsrechts auf sechs Monate beschränkt bleibt. Nach Ablauf der Karenzzeit wird das eingeräumte ausschließliche zu einem einfachen Nutzungsrecht.<sup>36</sup>

Allerdings könnte man den Ansatz der Bundesregierung dahingehend begreifen, dass der vorgeschlagene § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG-E zwar in das Gewand einer urhebervertragsrechtlichen Regelung gekleidet ist, dass es sich aber de facto um eine Beschränkung des Urheberrechts handelt, die einer Schrankenregelung gleichkommt. Demgemäß könnte man den rechtstechnischen Weg über das Urhebervertragsrecht als Umgehung des gemeinschaftsrechtlichen Schrankenatalogs der InfoSoc-Richtlinie<sup>37</sup> und des Drei-Stufen-Tests ansehen. Gestützt wird dieser Gedanke durch die Überlegung, dass eine dem § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG-E entsprechende Regelung tatsächlich weitestgehend wortgleich ohne weiteres auch als urheberrechtliche Schranke gefasst werden könnte, indem die öffentliche Zugänglichmachung von Werken im Sinne des Urheberrechtsgesetzes, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika erscheinen, sechs Monate nach ihrer Erstveröffentlichung für zulässig erklärt wird, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.<sup>38</sup> Eine solche Regelung müsste zweifelsohne einer der in der InfoSoc abschließend normierten Schranken<sup>39</sup> zuordenbar sein und einer Überprüfung nach dem Drei-Stufen-Test standhalten. Demzufolge ist zu klären, ob die von Art. 5 InfoSoc vorgegebenen „Ausnahmen und Beschränkungen“ ausschließlich auf Schranken im klassischen Sinne bezogen sind oder ob auch sonstige Möglichkeiten zur Einschränkung von Ausschließlichkeitsbefugnissen unabhängig von deren Form erfasst werden

sollen, um eine Umgehung auszuschließen („effet utile“). Auf eine gemeinschaftsrechtliche Definition, was unter „Ausnahmen und Beschränkungen“ oder einer Schranke zu verstehen ist, kann zwar nicht zurückgegriffen werden, allerdings zeigen sowohl die Erwägungsgründe der InfoSoc-Richtlinie als auch eine rechtsvergleichende Betrachtung, dass jedenfalls das Grundverständnis einer Schranke in den europäischen Rechtsordnungen übereinstimmt: Danach handelt es sich um Ausgleichsregelungen zwischen den Interessen von Urhebern bzw. Rechteinhabern und der werknutzenden Allgemeinheit, indem bestimmte Tatbestände vorgesehen werden, die die Werknutzung für privilegierte Zwecke erlaubnisfrei ermöglichen.<sup>40</sup> Die Verwendung des Begriffspaares „Ausnahmen und Beschränkungen“<sup>41</sup> weist zwar auf gewisse dogmatische Unterschiede im Schrankenverständnis der einzelnen Rechtsordnungen hin<sup>42</sup>, führt aber nicht zu einem über den gemeinsamen Begriffsnenner hinausgehenden Bedeutungsgehalt. Damit können gesetzliche Bestimmungen über Urheberverträge, die einen gänzlich anderen Ansatz als urheberrechtliche Schranken aufweisen, nicht mehr erfasst werden. Dementsprechend sind urhebervertragsrechtliche Regelungen auch eindeutig einer Überprüfung an Hand des – auch als Schranken-Schranke bezeichneten<sup>43</sup> – Drei-Stufen-Tests entzogen.

### III. Eine Betrachtung der einzelnen Vorgaben

#### 1. Umfang des Rechtserwerbs

Nach dem derzeitigen § 38 Abs. 1 UrhG wird das ausschließliche Nutzungsrecht des Verlags oder Herausgebers nach Ablauf der Sechs-Monatsfrist zu einem einfachen Nutzungsrecht.<sup>44</sup> Damit lebt das unbeschränkte Verwertungsrecht des Urhebers wieder auf, gemindert um das dingliche, dem Verlag oder Herausgeber zustehende einfache Nutzungsrecht. Es steht damit dem Urhe-

36) Siehe unten III.1.

37) Siehe oben Fn. 2.

38) Siehe den von Hansen erwogenen, letztlich aber verworfenen § 52c, GRUR Int. 2005, 378, 384.

39) InfoSoc Erw.-Gr. 32.

40) Siehe etwa in Großbritannien Sections 29, 30 CDPA 1988 („fair dealing“) oder Frankreich Art. L 122-5 CPI; vgl. hiermit §§ 44a ff. UrhG; siehe auch InfoSoc Erw.-Gr. 31.

41) So etwa auch in Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 WPPT.

42) Geiger, GRUR Int. 2004, 815, 818.

43) Senftleben, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 159, 172.

44) Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 38 UrhG Rn. 8; Dreier/Schulze/Schulze, § 38 Rn. 16; Schricker/Schricker, § 38 Rn. 18.

ber wieder frei, weitere Nutzungsrechte einzuräumen.<sup>45</sup> Unklar ist jedoch, ob diese Regelung auch in Bezug auf § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG-E und die öffentliche Zugänglichmachung erforderlich und angemessen ist. Bedenken bestehen zum einen in der erschwerten Durchsetzbarkeit bei Rechtsverletzungen, schließlich würde dem Verleger oder Herausgeber die Aktivlegitimation hinsichtlich möglicher Abwehransprüche genommen werden.<sup>46</sup> Zweitens könnte<sup>1999</sup> das einfache Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung ein Hindernis im Rechtsverkehr darstellen. Denkbar wäre etwa der Fall, dass ein Verlag die Beiträge seiner Zeitschrift nicht nur in seiner eigenen Datenbank bereitstellen möchte, sondern auch eine Kooperation mit einem anderen Verlag treffen möchte, um die Zeitschrift auch in ein zweites Datenbanksystem einzuspeisen. Dies wäre jedoch mangels Befugnis zur Einräumung weiterer Nutzungsrechte ausgeschlossen, so dass erneut die Zustimmung des Urhebers eingeholt werden müsste. Demgegenüber hätte Letzterer ausschließliche Verwertungsmöglichkeiten, die er aufgrund der Einschränkung zur nicht-kommerziellen Nutzung und dem bestehenden Nutzungsrecht des Verlages nicht mehr umfassend nutzen könnte. Die Ausschließlichkeitsbefugnisse wären wirtschaftlich entwertet, da sie dem Grundgedanken des Open Access entsprechend nicht dem Urheber zugute kommen sollen, allerdings auch der Verwertbarkeit durch den Verleger entzogen wären.

Die genannten Probleme führen schließlich zu der Frage, ob der Urheber tatsächlich auf den Verbleib ausschließlicher Rechte angewiesen ist oder ob diese nicht besser als verkehrsfähiges Gut dem Wirtschaftsverkehr erhalten bleiben sollten. Dadurch würde zwar die Rechtsposition des wissenschaftlichen Autors im Sinne des Open Access-Gedankens schwächer ausgestaltet, allerdings würde auf diese Weise berechtigten Bedenken von Verlagsseite Rechnung getragen. Verbliebe dem Urheber bloß ein einfaches Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung<sup>47</sup>, wäre auch die Überlassung des Werkes an ein Hochschulrepositorium nicht ausgeschlossen, da der Urheber das verbliebene Recht frei übertragen könnte. Zwar könnte die Publikation nur entweder im Wege des Self-Archiving oder durch ein Repositorium angeboten werden, jedoch wird dadurch der freie Zugang zum wissenschaftlichen Werk nicht verkürzt, da der Urheber sein Werk durch einen einfachen Hyperlink auf den Speicherort beim Repositorium in seine eigene Website integrieren kann. Ein derart ausgestalteter Rechteerhalt könnte durch die

gesetzliche Klarstellung erfolgen, dass die ausschließlichen Nutzungsrechte des Verlegers im Übrigen unberührt bleiben. Letztlich bleibt indes fraglich, ob und inwieweit § 38 UrhG systematisch noch der richtige Lösungsansatz für eine entsprechende Regelung wäre. Zugleich wäre auch zu berücksichtigen, dass dem Urheber nach diesem Ansatz die Möglichkeit genommen würde, eine Open Content-Lizenz zu verwenden.

## 2. Formatierungserfordernis

Das Verbot der Formatierung entsprechend der Erstveröffentlichung kann nicht überzeugen<sup>48</sup>, zumal der Begriff der Originalformatierung nach Auffassung des Bundesrates auch die Paginierung<sup>49</sup> erfassen soll.<sup>50</sup> Diese Einschränkung wird damit begründet, dass dadurch dem Schutz der Erstverwertungsrechte des Verlegers Rechnung getragen werde.<sup>51</sup> Allerdings wird der Open Access-Gedanke durch eine solche Beschränkung ad absurdum geführt. Steinhauer kritisiert zu Recht, dass eine solche Regelung „bibliografischer Unsinn“<sup>52</sup> sei, da der interessierte Leser – nachdem er eine Open Access-Publikation bezogen habe – das Original in der Bibliothek einsehen bzw. per Fernleihe bestellen müsse, um dieses seitengenau zitieren zu können. Zudem muss diese Beschränkung nicht zwingend sein, da der Wortlaut<sup>53</sup> der geplanten Regelung auch eine andere Interpretation zulassen würde: Sinn und Zweck eines Verbots der Veröffentlichung in der Erstformatierung kann letztlich nur der Schutz der wirtschaftlichen Investition des Verlages in das Layout sein. Allerdings wird ein Verlag mangels ausreichender Schöpfungshöhe nur in den allerseltensten Fällen Schutz nach dem UrhG für ein Layout beanspruchen können<sup>54</sup>, ebenso werden wettbewerbsrechtliche Ansprüche eines Verlages wegen Über-

45) Schrickler/Schrickler, UrhG, § 38 Rn. 18.

46) Auch etwaige Rechte an einer Datenbank helfen nicht immer weiter, sofern nicht ein nach Art oder Umfang wesentlicher Teil der Datenbank vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich zugänglich gemacht wird oder ein Datenbankwerk betroffen ist.

47) Davon geht auch aus Dorschel (o. Fn. 21), S. 235, 242.

48) So auch Steinhauer, Bibliotheksdienst 2006, 734, 738 f.

49) Die Paginierung bezeichnet im Buchdruckwesen das Versehen der Seiten eines mehrseitigen Schriftstückes mit Seitenzahlen.

50) BR-Drucks. 257/06 (Beschluss), S. 7.

51) BR-Drucks. 257/06 (Beschluss), S. 6.

52) Steinhauer, Bibliotheksdienst 2006, 734, 739.

53) Der Entwurf spricht lediglich von „Formatierung der Erstveröffentlichung“, ohne diese weiter auszuführen.

54) KG, Urt. v. 29.11.1996 – 5 U 317/96, AfP 1997, 924; vgl. auch OHG, Urt. 15.5.1979 - 4 Ob 344/79, ÖBL 1980, 51 f.

nahme eines Layouts zumeist ausgeschlossen sein.<sup>55</sup> Durch den Schutz der Erstformatierung würde dem Verleger daher mittelbar ein quasi-leistungsrechtlicher Schutz an seinem Layout eingeräumt werden, der bislang nicht existent ist.<sup>56</sup> Demgegenüber kann aber eine einfache Nummerierung von vornherein nicht schützenswert sein, zumal hierbei dem Setzer kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt – die endgültige Seitenzahl ergibt sich vielmehr zwingend aus dem Ergebnis aller vorherigen Satzarbeiten.

Aber auch die Interessen der Verlage werden durch die vorgeschlagene Regelung nur sehr unzureichend berücksichtigt – haben doch die Verlage ein elementares Interesse daran, dass ihre Publikationen möglichst oft zitiert werden. Bei einer unveränderten Umsetzung des Vorschlags würde aber zwangsläufig ein Teil der Wissenschaftler – sei es aus Bequemlichkeit, sei es, weil die Fachzeitschrift nur mit Aufwand zu beschaffen wäre – auf eine Zitierung der Erstveröffentlichung verzichten und sich mit einem Zitat auf die Online-Version begnügen. Dadurch könnte auf lange Sicht der „impact factor“ der Zeitschrift sinken, welcher sich als Maß für die Zitierhäufigkeit und damit als Gütesiegel für wissenschaftliche Publikationen etabliert hat.<sup>57</sup> Folge wäre wiederum eine sinkende Bereitschaft zur Veröffentlichung in den Fachzeitschriften. Damit entpuppt sich diese auf den ersten Blick sehr verlegerfreundliche Beschränkung bei genauerer Betrachtung als trojanisches Pferd. Abgemildert würde dieses Ergebnis nur durch die in § 38 Abs. 1 S. 3 UrhG-E enthaltene zeitliche Enthaltungsfrist, welche zumindest eine Zitierung der Erstveröffentlichung innerhalb des ersten halben Jahres sicherstellen würde.

### 3. Berechtigter Verwerterkreis

Weiter sieht die Regelung des § 38 Abs. 1 UrhG-E vor, dass lediglich der Urheber eines Werkes, welches im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden ist, zu einer Open Access-Publikation berechtigt sein soll. Ausgeschlossen sind insofern von der vorgeschlagenen Neuregelung nebenberufliche Wissenschaftler und Privatgelehrte sowie an privat finanzierten Instituten tätige Wissenschaftler.<sup>58</sup> Die hiergegen vorgebrachte Kritik, dass die Anknüpfung an die öffentliche Finanzierung nicht sachgerecht sei und vielmehr die durch die Wissenschaftsfreiheit grundrechtlich geschützte Publikationsfreiheit<sup>[1000]</sup> zum Anknüpfungspunkt zu nehmen sei<sup>59</sup>, ist

nicht berechtigt: Die Ergänzung des § 38 UrhG soll in erster Linie verhindern, dass die aus Steuergeldern finanzierten Forschungsergebnisse von der öffentlichen Hand über den Umweg einer teureren Verlagspublikation zurückgekauft werden müssen.<sup>60</sup> Jedenfalls im Bereich der mit öffentlichen Mitteln finanzierten Forschung muss das uneingeschränkte Amortisationsinteresse des Verlegers hinter dem übergeordneten öffentlichen Interesse am freien Zugang zu Wissenschaftsresultaten zurücktreten.<sup>61</sup> Einer Ausdehnung des berechtigten Verwerterkreises auf alle Wissenschaftler bedarf es zur Erreichung dieses Ziels jedoch nicht.

### 4. Umfasste Publikationsformen

Die Ergänzung von § 38 UrhG sieht vor, dass dem Urheber lediglich bei Veröffentlichungen in Periodika eine Open Access-Publikation erleichtert werden soll. Diese Beschränkung der Begünstigung erstaunt auf den ersten Blick, da der bisherige § 38 UrhG im zweiten Absatz Beiträge in Sammelwerken denen in Periodika gleichstellt, sofern für diese keine Vergütung erlangt wird. Erklären lässt sich diese Beschränkung mit der Publikationskrise, welche insbesondere den Zeitschriftensektor betrifft<sup>62</sup>, nicht jedoch auch Veröffentlichungen in Sammelbänden. Steinhauer wendet hiergegen ein, dass aus Sicht eines publizierenden Wissenschaftlers diese Unterscheidung gleichgültig sei und fordert eine Ausdehnung der Begünstigung auch auf Beiträge, welche in Sammelbänden erschienen sind. Aufgrund der bei Buchproduktionen anderen Absatzkalkulation müsse jedoch die Verlängerung der Enthaltungsfrist auf ein Jahr in Erwägung gezogen werden, da den Interessen der Verleger an einer wirtschaftlichen Verwertung nur so hinreichend Rechnung getragen werden könne.<sup>63</sup> Dem ist zuzustimmen: Durch die einjährige Enthaltungsfrist

55) OLG Hamm, Urt. v. 6.10.1987 – 4 U 189/87, AfP 1988, 66; vgl. auch BGH, Urt. v. 17.9.1971 - I ZR 142/69, GRUR 1972, 127.

56) Zur möglichen Einführung eines Leistungsschutzrechts für Verleger siehe Hilty, GRUR Int. 2006, 179, 190.

57) Zur Berechnung des impact factors siehe auch Dong/Loh/Mondry, Biomedical Digital Libraries 2005, 2:7, S. 2, abrufbar unter: <http://www.bio-diglib.com/content/pdf/1742-5581-2-7.pdf>.

58) Steinhauer, Bibliotheksdienst 2006, 734, 737.

59) Steinhauer, Bibliotheksdienst 2006, 734, 737.

60) Hilty, GRUR Int. 2006, 182; Steinhauer, Bibliotheksdienst 2006, 734; 736.

61) Hilty, in: Sieber/Hoeren (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 174, 191.

62) BR-Drucks. 257/06 (Beschluss), S. 6.

63) Steinhauer, Bibliotheksdienst 2006, 734, 738.

wäre die wirtschaftliche Investition des Verlegers hinreichend geschützt. Zudem wäre es ihm unbenommen, durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung<sup>64</sup> die Anwendbarkeit von § 38 Abs. 2 UrhG auf die Sammlung auszuschließen und dadurch den Zeitraum der wirtschaftlichen Verwertung zu verlängern. Eine darüber hinausgehende Erfassung von Monographien und sonstigen Buchveröffentlichungen ist dagegen zu Recht abzulehnen, zumal bei diesen Publikationsformen der kommerzielle Verwertungszeitraum auf Dauer angelegt ist.<sup>65</sup>

### 5. Eine variable Enthaltungsfrist – ein Beitrag zu einem gerechten Interessenausgleich

Nicht unerwähnt bleiben darf, dass eine Umsetzung der vorgeschlagenen Regelung in Einzelfällen eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der verlegerischen Interessen nach sich ziehen würde. Um den geforderten gerechten Interessenausgleich zwischen den Urhebern und den Verwertern sicherstellen zu können, bietet sich daher die Einführung einer variablen Enthaltungsfrist an. Hierzu werden im Schrifttum mehrere Umsetzungsmöglichkeiten diskutiert<sup>66</sup> und eine Enthaltungsfrist auf dem Verordnungswege teilweise als vorzugswürdig angesehen, zumal alternative Regelungen keine hinreichende Rechtssicherheit gewähren würden.<sup>67</sup> Da aber eine Verordnung nicht den individuellen Besonderheiten einer Publikation Rechnung tragen kann, sondern vielmehr eine Vielzahl unterschiedlich gelagerter Fälle gleichsetzt, sollte diese Frage der Rechtsprechung überlassen bleiben und die Schaffung einer gesetzlichen Ausnahme vorgesehen werden, wonach die Sechsmonatsfrist nicht gelten soll, wenn eine angemessene Auswertung innerhalb dieser Frist nicht möglich ist. Für das Vorliegen dieser Voraussetzung hätte der Verleger die Beweislast zu tragen. Die befürchtete einseitige Benachteiligung der Urheber ließe sich durch die volle gerichtliche Überprüfbarkeit ausgleichen und würde den individuellen Unterschieden bei den Publikationen sehr viel besser gerecht werden.

### D. Fazit

Auch wenn die vorgeschlagene Regelung im Detail einiger Verbesserungen bedarf, ist der Bundesrat mit

seiner Forderung einer gesetzlichen Verankerung von Open Access im Urheberrecht einen mutigen Schritt in die richtige Richtung gegangen, welchem weder europarechtliche noch verfassungsrechtliche Hürden im Weg stehen. Bereits aus diesem Grunde sollte die Bundesregierung ihre ablehnende Haltung gegenüber dem Bundesratsvorschlag noch einmal überdenken. Sofern Sie allerdings weiterhin als Gegenargument anführt, nicht voreilig „Fakten“ schaffen zu wollen, da die Gestaltung von Zugriffsmöglichkeiten auf wissenschaftliche Publikationen derzeit „stark im Fluss“ sei<sup>68</sup>, könnte auch eine zeitliche Befristung der Regelung ins Auge gefasst werden: Eine solche ermöglicht eine Evaluation der wirtschaftlichen Auswirkungen auf Verlegerseite und könnte ähnlich der bereits existierenden Regelung der §§ 52a, 137k UrhG ausgestaltet werden.

Ob eine Verankerung von Open Access im Urheberrecht jedoch die Publikationskrise kurzfristig lösen kann, mag zu Recht bezweifelt werden: Solange die institutionellen Repositorien noch nicht flächendeckend vorhanden und zudem als verlagsgleiches Äquivalent anerkannt sind, werden viele Urheber weiterhin die traditionellen Publikationswege beschreiten wollen und die Möglichkeit einer Parallelveröffentlichung aus Bequemlichkeit nicht wahrnehmen. Den Verlagen droht insofern durch die vorgeschlagene Lösung in der unmittelbaren Zukunft kaum Gefahr.

Ob die Bundesregierung jedoch diese Erwägungen nach Ihrer ablehnenden Stellungnahme noch einmal zum Gegenstand der parlamentarischen Beratungen machen wird, bleibt mit Spannung abzuwarten.

64) Eine lediglich symbolische Vergütung reicht hingegen nicht aus, vgl. Schrickler/Schrickler, UrhG, § 38 Rn. 19; Möhring/Nicolini/Spautz, UrhG, 2. Aufl. 2000, § 38 Rn. 7.

65) Hilty, in: Sieber/Hoeren (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 174, 191.

66) Hilty, in: Sieber/Hoeren (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, März 2005, S. 174, 192; Hansen, GRUR Int. 2005, 378, 387.

67) Hansen, GRUR Int. 2005, 378, 387; später ausdrücklich offengelassen Hansen (o. Fn. 21), S. 7.

68) BT-Drucks. 16/1828, S. 47.