

## Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze

Gerd Hansen\*

Der Beitrag ist eine Erwiderung auf die im Rahmen des Zweiten Korbs der Urheberrechtsreform von *Pflüger/ Ertmann* in ZUM 2004, 436ff. vorgeschlagene Anbieterspflicht für Urheber an Hochschulen (§ 43 Abs. 2 UrhG de lege ferenda). Im ersten Teil werden die insbesondere im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG, bestehenden, erheblichen Bedenken gegen eine solche Anbieterspflicht geltend gemacht. Ein Seitenblick gilt dabei dem ähnlich problematischen Eingriff in die Publikationsfreiheit durch § 42 ArbNErfG und einer möglichen Konfliktentschärfung durch (Wieder-)Einführung einer patentrechtlichen Neuheitsschonfrist. Den Schwerpunkt des Aufsatzes bildet sodann der zweite Teil, in dem nach verfassungskonformen, alternativen urheberrechtlichen Regelungsansätzen für einen offeneren Zugang zu den Resultaten aus überwiegend öffentlich finanzierter Forschung und Lehre gesucht wird. Mit diesem Ziel werden verschiedene denkbare Instrumente wie eine neue Schrankenregelung (§ 52c UrhG de lege ferenda) nicht zuletzt anhand des europäischen und internationalen Urheberrechts durchgespielt. Der Aufsatz mündet in einen konkreten urhebervertragsrechtlichen Vorschlag für einen neuen § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG, welcher dem Wissenschaftler das unabdingbare Recht geben würde, seinen wissenschaftlichen (Zeitschriften-)Beitrag auch bei Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte nach Ablauf von grundsätzlich sechs Monaten seit Erstveröffentlichung z.B. auf seiner Website öffentlich zugänglich zu machen (Stichwort: „Self-Archiving“).

### 1. Einleitung

Im Zentrum der Diskussion über den „Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform stehen bislang die Privatkopie und das Pauschalvergütungssystem für privates Kopieren<sup>1</sup>. Dies ist bedauerlich, wird dadurch doch der gesetzliche Handlungsbedarf im Bereich der wissenschaftlichen Informationsversorgung in den Hintergrund gedrängt. Zu denken gibt diese Entwicklung auch deshalb, weil manche Fürsprecher der Privatkopie pauschal ein Recht auf Information beanspruchen, um digitales Kopieren zum Zwecke privaten Musikkonsums zu rechtfertigen<sup>2</sup>. Durch ein solch missbräuchliches inflationäres Einfordern eines Zugangs zu (vermeintlicher) Information wird die Debatte um die Privatkopie auf undifferenzierte Art und Weise mit der mindestens ebenso drängenden Herausforderung vermengt, optimale Rahmenbedingungen für einen offeneren Zugang zu wissenschaftlicher Information zu etablieren<sup>3</sup>.

---

\* Der Verfasser ist Doktorand und Stipendiat am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum in München.

<sup>1</sup> Vgl. nur das vom BMJ und dem Institut für Urheber- und Medienrecht am 02.11.2004 in München veranstaltete Symposium „Geistiges Eigentum im Gespräch. Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – der Referentenentwurf zum Zweiten Korb“, <http://www.urheberrecht.org/events/20041102.php3>.

<sup>2</sup> Kritisch dazu auch *Poll/ Braun*, ZUM 2004, 266, 277f., sowie *Bornkamm*, ZUM 2003, 1010, 1012.

<sup>3</sup> *Hilty* spricht in diesem Zusammenhang von einer „Besorgnis erregenden Unschärfe“ bei der Abgrenzung von der Privatkopiedebatte, vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/52841> vom 02.11.2004. S.a. Pressemitteilung des

Das Anliegen, auch im Interesse von Innovation und Fortschritt offenen Zugang zu wissenschaftlicher Information für die Allgemeinheit zu schaffen, verdient dagegen volle Aufmerksamkeit. Ausgangspunkt der hier angestellten Überlegungen soll dabei zunächst eine kritische Auseinandersetzung mit einem Vorschlag von *Pflüger* und *Ertmann*<sup>4</sup> zur Einführung einer gesetzlichen Anbietungspflicht hinsichtlich der Dienstpublikationen für Beschäftigte an Hochschulen sein. Im Anschluss soll nach möglichen Alternativen gesucht werden, wie sich verfassungskonform durch Förderung einer zeitnahen und öffentlich zugänglichen Zweitverwertung von wissenschaftlichen Publikationen über das Urheberrecht ein offenerer Zugang zu den Resultaten öffentlich finanzierter Forschung und Lehre erreichen lässt.

## 2. Bewertung des Vorschlags zur Anbietungspflicht

*Pflüger* und *Ertmann* haben mit Blick auf den Zweiten Korb einen neuen § 43 Abs. 2 UrhG ins Spiel gebracht. Danach soll der an einer Hochschule beschäftigte Urheber verpflichtet werden, ein im Rahmen seiner Lehr- und Forschungstätigkeit entstandenes Werk nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG der Hochschule zur Veröffentlichung anzubieten. Würde das Werk nicht binnen einer Frist von beispielsweise zwei Monaten von der Hochschule zur Veröffentlichung angenommen, sollen dem an einer Hochschule beschäftigten Urheber die Verwertungsrechte unbeschränkt zustehen<sup>5</sup>.

Zu diesem Vorschlag ist zunächst festzustellen, dass Initiativen, die den Zugang zu wissenschaftlicher Information befördern wollen, grundsätzlich zu begrüßen sind. Ein offenerer Zugang zu Wissen als bislang ist wünschenswert. Auch sollten die Resultate öffentlich finanzierter Forschung nach Ansicht des Verfassers stärker öffentlich zugänglich sein<sup>6</sup>. Die enorme Verteuerung wissenschaftlicher Zeitschriftenabonnements in Zeiten leerer öffentlicher Kassen (sog. „Journal Crisis“)<sup>7</sup> schließlich ist Anlass genug, sich Gedanken zu machen, welche neuen Wege beim wissenschaftlichen Publizieren – nicht gegen die Wissenschaftsverlage, sondern für die Wissenschaftler – beschritten werden können. Fraglich ist nur, ob der in Rede stehende Ansatz für diesen Zweck das geeignete Mittel ist.

### a) Verfassungsrechtliche Bedenken

Gegen den Vorschlag von *Pflüger/ Ertmann* zu § 43 Abs. 2 UrhG bestehen ganz grundsätzliche Bedenken verfassungsrechtlicher Natur. So findet die vorgeschlagene Regelung ihre Grenze in der Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 III 1 GG. Kern des Problems

---

BMJ, <http://www.kopienbrauchenoriginale.de/enid/8c.html> und *Hilty*, MMR 2004, 713, 714; *Geiger*, Droit d'auteur et droit public à l'information, 2004, Rn. 261 und 428.

<sup>4</sup> ZUM 2004, 436ff.

<sup>5</sup> *Pflüger/ Ertmann*, ZUM 2004, 436, 441.

<sup>6</sup> Vgl. *Asschenfeldt/ Honekamp*, ZRP 2004, 247; Stellungnahme des Aktionsbündnisses „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ zum RefE, S. 6, [http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/AB\\_Urheberrecht\\_BuW\\_261104.pdf](http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/AB_Urheberrecht_BuW_261104.pdf); *Hilty* hat sich in ZUM 2003, 983, 997f., irritiert gezeigt, „dass die Inhalte wissenschaftlicher Bücher zu wesentlichen Teilen von der öffentlichen Hand finanziert werden (...), die kommerzielle Vermarktung der (...) Bücher aber durch die Verlage erfolgt.“ S.a. die Website der „Alliance for Taxpayer Access“, <http://www.arl.org/ata/>.

<sup>7</sup> Vgl. zur Kostensteigerung die Statistik der „Association of Research Libraries“ (ARL), <http://www.arl.org/stats/arlstat/graphs/2002/2002t2.html>.

ist hier, dass Wissenschaftsfreiheit und Publikationsfreiheit untrennbar miteinander verbunden sind<sup>8</sup>.

*Pflüger/ Ertmann* argumentieren, Art. 5 III 1 GG sei insofern nicht tangiert, als es nicht um die Freiheit der Werkschöpfung als solcher, sondern um deren Verwertung ginge, wodurch vielmehr der Schutzbereich von Art. 14 I GG betroffen sei<sup>9</sup>. Die negative Publikationsfreiheit, also die Entscheidung über das Ob einer Publikation, sei nicht betroffen und der Anwendungsbereich von Art. 5 III 1 GG nicht eröffnet. Die positive Entscheidung des Wissenschaftlers über das Ob einer Veröffentlichung werde bei der Regelung gerade vorausgesetzt. Diese Argumentation ist nicht schlüssig und entspricht nicht dem skizzierten Regelungsvorschlag. Der vermeintliche Entscheidungsspielraum des Urhebers über das Ob der Veröffentlichung ist schlicht nicht gegeben, wenn der Urheber verpflichtet werden soll, jedes im Rahmen seiner Lehr- und Forschungstätigkeit entstandene Werk nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG der Hochschule zur Veröffentlichung anzubieten. An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn man<sup>10</sup> differenziert zwischen der Entscheidung über das Ob der Veröffentlichung und der damit nicht identischen ersten Vergabe von Nutzungsrechten. Selbst wenn man für eine juristische Sekunde einen vorgelagerten Entschluss zur Veröffentlichung konstruiert, bleibt für den Urheber kein Spielraum, weil er verpflichtet werden soll, all jene Werke zu veröffentlichen, die im Rahmen seiner Lehr- und Forschungstätigkeit entstehen. Die negative Publikationsfreiheit aus Art. 5 III 1 GG ist also durchaus betroffen. Eine verfassungskonforme Regelung ließe sich zumindest insoweit im Rahmen des bestehenden Vorschlags erreichen, als dass man die vorgeschlagene Anbieterspflicht durch eine Andienungs- bzw. Anzeigepflicht für bereits zur Veröffentlichung vorgesehene Beiträge abschwäche. Hier gilt es jedoch sich zu vergegenwärtigen, welcher immenser administrativer Aufwand auf Hochschulen und Forschungseinrichtungen zukäme, wenn jeder Wissenschaftler sämtliche zur Veröffentlichung vorgesehenen Beiträge anzeigen müsste. Es erscheint fraglich, ob eine solche zusätzliche bürokratische Belastung der Hochschulen und Forschungseinrichtungen wünschenswert ist.

Nebenbei bemerkt entstünde gesetzessystematisch bei einer Umsetzung des § 43 Abs. 2 UrhG de lege ferenda ferner ein Systembruch mit § 12 Abs. 1 UrhG, wonach der Urheber das Recht hat zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist. Es ist ihm vorbehalten, den konkreten Zeitpunkt und die konkreten Umstände der (ersten) Veröffentlichung seines Werkes festzulegen<sup>11</sup>. Diese zentrale „Grundnorm des Urheberrechtsschutzes“<sup>12</sup> müsste mit § 43 Abs. 2 UrhG de lege ferenda nicht nur gesetzestechnisch in Einklang gebracht werden. Auch dogmatisch würde hier an Grundfesten des deutschen, durch das Urheberpersönlichkeitsrecht geprägten, Urheberrechts gerüttelt<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Vgl. *Kimminich*, WissR 1985, S. 123 und 132 („Wissenschaft ohne Mitteilung nicht denkbar“); *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, S. 122; *Leuze*, GRUR 2005, 27f. m.w.N.; S.a. *Straus*, FS Schrickler, München 1995, S. 291, 305.

<sup>9</sup> ZUM 2004, 436, 441.

<sup>10</sup> Wie z.B. *Schricker-Dietz*, UrhR Komm., 2. Aufl., München 1999 (im Folgenden: *Schricker-Bearbeiter*), § 12 Rn. 11.

<sup>11</sup> So *Schricker-Dietz*, § 12 Rn. 11. Ob sich die zu § 12 UrhG vertretene Auffassung, das Veröffentlichungsrecht sei mit der ersten Veröffentlichung des Werkes verbraucht, es sei im Hinblick auf § 6 Abs. 1 UrhG ein sog. Einmalrecht, *Wandtke-Bullinger-Bullinger*, UrhR Komm., München 2002 (im Folgenden: *Wandtke-Bullinger-Bearbeiter*), § 12 Rn. 9; *Ulmer*, FS Hubmann, Frankfurt a. M. 1985, S. 435ff., fruchtbar machen lässt für eine zeitlich verzögerte Anbieterspflicht, soll hier nicht weiter vertieft werden. Die besseren Argumente sprechen aber wohl dafür, dass das Veröffentlichungsrecht zum Schutze des Urhebers grds. fortbesteht, *Fromm-Nordemann-Hertin*, UrhR Komm., 9. Aufl., Stuttgart 1998, § 12 Rn. 10. Differenziert *Schricker-Dietz*, § 12 Rn. 7-10.

<sup>12</sup> *Schricker-Dietz*, § 12 Rn. 1.

<sup>13</sup> *Schricker-Melichar*, Vor §§ 45ff. Rn. 12 („sakrosanter“ Charakter des Erstveröffentlichungsrechts). S.a. *Schricker* in *Kraßer/ Schrickler*, Patent- und Urheberrecht an Hochschulen: die Verwertung von Erfindungen und

Art. 5 III 1 GG ist zudem dann betroffen, wenn ein Zwang zur Veröffentlichung in einem nicht wissenschaftsadäquaten Organ etabliert wird, einer Zeitschrift oder einem Repositorium also, das unter Umständen nicht wissenschaftlichen Standards und Ansprüchen genügt. *Pflüger/ Ertmann* sehen diese Gefahr und versuchen mit dem wissenschaftsadäquaten Beispiel der „Public Library of Science (PLoS)“ zu beschwichtigen<sup>14</sup>. Ob man dieses Beispiel fachübergreifend für den durchschnittlichen deutschen, teilweise erst noch zu gründenden Hochschulverlag oder für „Grasswurzel-Repositorien“ ohne Peer-Review und Qualitätssicherung verallgemeinernd heranziehen kann, um die Wissenschaftsadäquanz nachzuweisen, darf zum gegenwärtigen Zeitpunkt allerdings bezweifelt werden.

Eine Entscheidung über das Wo einer Publikation kann zudem insofern eine gravierende Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit darstellen, als dass sie das wissenschaftliche Vorankommen gerade auch von Nachwuchswissenschaftlern zu behindern vermag, die international auf eine Veröffentlichung in „High-Quality-Journals“ wie *Nature* oder *Science* angewiesen sind. Letztere können es sich bislang leisten, zumindest für einen bestimmten Zeitraum auf eine exklusive Einräumung von Nutzungsrechten zu pochen. Vor diesem Hintergrund lässt sich der Vorschlag von *Pflüger/ Ertmann* auch nicht dadurch entschärfen, dass man nur die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts verlangt, wie dies die Kultusministerkonferenz in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf für den Zweiten Korb getan hat<sup>15</sup>. Durch eine solche Beschränkung auf ein „Parallelveröffentlichungsrecht“ bliebe dem Wissenschaftler zwar scheinbar die Freiheit erhalten, zu entscheiden, wo er seinen Artikel vorrangig einreichen möchte. In der Praxis könnte er von dieser vermeintlichen Freiheit aber keinen Gebrauch machen, solange die Verlage von ihm eine exklusive Rechtseinräumung verlangen und ihm diese wegen des obligatorischen einfachen Nutzungsrechts für die Universität gerade verwehrt ist. Auch bleibt es bei dieser Vorschlagsalternative bei einer partiellen Festlegung des Veröffentlichungsortes – und mithin einer Verletzung der Wissenschaftsfreiheit –, die international zu einer Benachteiligung deutscher Wissenschaftler führen würde.

Neben der Einschränkung der Entscheidungsfreiheit über das Ob und das Wo einer Publikation lässt sich gleichermaßen das Wie problematisieren. So würde dem Urheber zudem die Freiheit genommen, sich für eine Open-Access-Publikation<sup>16</sup> seines Beitrags beispielsweise unter Verwendung einer *Creative-Commons-Lizenz*<sup>17</sup> zu entscheiden, um auf diese Weise eine maximale Distribution seiner Arbeit zu erreichen. Analog zu den Empfehlungen des *Cornish-Reports* zu einer vergleichbaren Diskussion zum Thema

---

urheberrechtlich geschützten Werken an Hochschulen wissenschaftlich Tätiger, S. 128. Vgl. auch *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, S. 123.

<sup>14</sup> ZUM 2004, 436, 441 Fn. 24.

<sup>15</sup> Vgl. S. 9f. der Stellungnahme, erhältlich unter <http://www.urheberrechtsbuendnis.de/links.html>; Diese abgeschwächte Alternative ist bei *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 441, bereits angedeutet.

<sup>16</sup> „Open Access“ wird hier im Sinne der Erklärungen von Budapest, Bethesda und Berlin verwendet. Der gemeinsame „BBB-Nenner“ ist, dass folgende Nutzungen erlaubt sind: “to copy, use, distribute, transmit and display the work publicly and to make and distribute derivative works, in any digital medium for any responsible purpose, subject to proper attribution of authorship” (zitiert aus der “Berlin Declaration”, vgl. <http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html>); näher dazu *Suber* unter: <http://www.earlham.edu/~peters/fos/newsletter/09-02-04.htm>.

<sup>17</sup> <http://www.creativecommons.org>. Dieses an der Stanford Law School entwickelte Lizenzmodell ist seit Juni 2004 auch in einer an das deutsche Recht angepassten Version verfügbar.

„Ownership of IPRs“ an der Universität Cambridge<sup>18</sup> erschiene es in jedem Fall verfassungsrechtlich angeraten, dem Urheber eine der Anbietungspflicht vorgelagerte Option zur privilegierten Open-Access-Publikation einzuräumen.

Die Frage, inwiefern sich die Eingriffe in Art. 5 III GG rechtfertigen lassen, soll hier nicht weiter vertieft werden. Es sei an dieser Stelle nur darauf hingewiesen, dass teilweise argumentiert wird, die Wissenschaftsfreiheit erfahre dadurch immanente Begrenzungen, dass sie ein sog. Funktionsgrundrecht sei<sup>19</sup>. Ähnlich der Rundfunkfreiheit sei die Wissenschaftsfreiheit ein Grundrecht, das nicht ohne weiteres mit den klassischen liberalen Freiheitsrechten vergleichbar ist. Beide erfüllten eine öffentliche Aufgabe. Der funktionsgrundrechtliche Charakter der Wissenschaftsfreiheit spiegele sich so wider in deren Einbindung in eine überindividuelle Verantwortung, ihrem staatlichen Aufgabencharakter<sup>20</sup> sowie ihrem Gemeinwohlbezug<sup>21</sup>. Man kann sich insofern auf den Standpunkt stellen, dass dies eine ausschließlich auf die Autonomie des Grundrechtsträgers abstellende Betrachtungsweise ausschließe. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich unlängst in einem *obiter dictum* zu weiteren möglichen Grenzen der Wissenschaftsfreiheit in Gestalt der Funktionsfähigkeit der Hochschulen und Pflichten aus dem Beamtenverhältnis geäußert<sup>22</sup>.

### **b) Zu enge Fokussierung auf den Hochschulbereich**

Aber auch jenseits dieser verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich Art. 5 III 1 GG erscheint bereits die erste Anknüpfung an die Beschäftigten an Hochschulen problematisch. Diese Fokussierung auf den Hochschulbereich ist zu eng. Erforderlich ist eine Bezugnahme auf den gesamten Sektor öffentlich finanzierter Lehre und Forschung, d.h. auch Forschungseinrichtungen wie beispielsweise die Max-Planck-Gesellschaft sind mit einzubeziehen. Die Ungleichbehandlung von Hochschulen und öffentlich finanzierten, außeruniversitären Forschungseinrichtungen durch den Vorschlag liefert zugleich ein Gegenargument im Hinblick auf Art. 3 GG.

### **c) Einseitiges Zulaufen auf Hochschulverlage**

Fragwürdig ist weiter, dass die vorgeschlagene gesetzliche Regelung auf ein staatliches Publikationsmodell zuläuft, bei dem insbesondere die Ausrichtung auf hochschuleigene Verlage und Repositorien Bedenken begegnet. Der vorrangige „Betriebszweck“ einer wissenschaftlichen Hochschule ist Lehre und Forschung. Die Hochschule hat also „schöpferisches“ Werkschaffen zu ermöglichen und zu fördern, nicht aber primär die Verwertung von Urheberrechten zu betreiben<sup>23</sup>.

Durch die vorgeschlagene Regelung wird aber implizit von einem flächendeckenden System von Hochschulverlagen ausgegangen, dass bislang nicht in diesem Maße existiert. Abgesehen davon, dass man die Universitäten und Forschungseinrichtungen

<sup>18</sup> Näher dazu *Leistner*, IIC 2004, 859, 866, m.w.N.

<sup>19</sup> Vgl. *Sachs-Bethge*, GG-Kommentar, 2. Aufl., München 1999 (im Folgenden: *Sachs-Bearbeiter*), Art. 5, Rn. 230f. m.w.N., der der Kategorie des Funktionsgrundrechts a.a.O. nicht unkritisch gegenübersteht (angemessene „Dosierung“).

<sup>20</sup> Vgl. § 2 Abs. 7 HRG: „Die Hochschulen fördern den Wissens- und Technologietransfer“.

<sup>21</sup> So *Sachs-Bethge*, Art. 5, Rn. 230f. m.w.N.

<sup>22</sup> BVerfGE vom 12.03.2004, 1 BvL 7/03, Rn. 17, zur Vereinbarkeit des § 42 ArbNErfG mit der Wissenschaftsfreiheit, [http://www.bverf.de/entscheidungen/lk20040312\\_1bvl000703.html](http://www.bverf.de/entscheidungen/lk20040312_1bvl000703.html). Zu Konsequenzen aus der Treuepflicht des Hochschullehrers in Ausnahmefällen *Straus*, FS Schrickler, München 1995, S. 291, 306. Einleuchtend aber auch *Leuze*, GRUR 2005, 27, 28, der abstellend auf den betroffenen, elementaren Wirkbereich der Wissenschaftsfreiheit davon ausgeht, dass die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) keinen Vorrang gegenüber der Wissenschaftsfreiheit genießen; i.d.S. auch *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, 6. Aufl., München 2002, Art. 5 Rn. 105a („keineswegs immer“ Vorrang).

<sup>23</sup> *Fahse*, GRUR 1996, 331, 337; *Fleuchaus/Braitmayer*, GRUR 2002, 653, 654, mit dem Verweis auf § 2 II bis IV und VII HRG.

schlechterdings nicht zwingen kann, solche Verlage oder fachlichen bzw. institutionellen Repositorien einzurichten, stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die Aufgabe des wissenschaftlichen Publizierens bei den traditionellen, kommerziellen Anbietern nicht in den professionelleren Händen liegt<sup>24</sup>. Die Tendenz zur Verstaatlichung befremdet jedenfalls, zumal andernorts „Outsourcing“ die Maxime ist. Die Vertreter der Open-Access-Bewegung an den Universitäten und Forschungseinrichtungen werden sich alsbald fragen müssen, ob sie den personellen, strukturellen und finanziellen Herausforderungen, die auf sie zukommen, gewachsen sind. Zweifel sind insoweit durchaus berechtigt. Tradition und

Reputation eines Hochschulverlages lassen sich letztlich nicht anordnen, sondern können nur wachsen.

#### **d) Publikationsverzögerung durch Zwei-Monats-Optionsfrist**

Klärungsbedürftig ist, inwieweit eine nicht ausgeübte, zweimonatige Publikationsoption seitens der Hochschule gerade in schnelllebigen Disziplinen eine gravierende Schlechterstellung deutscher Wissenschaftler darstellt. Die Argumentation von *Pflüger/ Ertmann*<sup>25</sup>, die Frist von zwei Monaten werde in keinem Fall zu einer Verzögerung der Veröffentlichung führen, da der Autor nicht gehindert sei, sein Werk gleichzeitig bei einem anderen Verlag zur Veröffentlichung einzureichen, vermag nicht zu überzeugen. Bei realitätsnaher Betrachtungsweise erscheint nämlich fraglich, welcher Wissenschaftsverlag den Publikationsprozess tatsächlich startet, solange eine mögliche Hochschulpublikation noch in der Schwebelage ist.

#### **e) Konflikt zwischen Veröffentlichung und Patentanmeldung**

Bei Veröffentlichungen im Bereich der Naturwissenschaften und Technik wird die Gefahr der Publikationsverzögerung dadurch verschärft, dass hier die Frage des Erwerbs von Patentschutz naturgemäß eine maßgebliche Rolle spielt. Der 2002 neu gestaltete § 42 Arbeitnehmererfindungsgesetz sieht daher vor, dass jede Publikation, die beispielsweise eine patentfähige Erfindung enthalten kann, dem Dienstherrn rechtzeitig, in der Regel zwei Monate vorher, anzuzeigen ist<sup>26</sup>. Dies soll der Hochschule die Möglichkeit eröffnen, vor der Veröffentlichung Rechte an den Forschungsergebnissen geltend zu machen, denn angesichts der bei uns fehlenden Neuheitsschonfrist bedeutet Veröffentlichung in der Regel Verlust solcher Rechte<sup>27</sup>. In diesen von § 42 ArbNErFG erfassten Fällen wäre es dem Urheber damit ohnehin erheblich erschwert, seine Forschungsergebnisse parallel zur Hochschule einem Verlag zur Veröffentlichung anzubieten, zumal eine Verpflichtung zur vorläufigen Geheimhaltung der i.S.d. § 3 Abs. 1 PatG bzw. § 3 Abs. 1 GebrMG neuheitsschädlichen Publikation wenig praktikabel erscheint.

Der Gesetzgeber hat den schwelenden Konflikt zwischen dem Interesse des Wissenschaftlers an einer möglichst frühzeitigen Veröffentlichung seiner Forschungsergebnisse und dem Allgemeininteresse an Innovationsverwertung

<sup>24</sup> Krit. insoweit auch *Russ*, ZRP 2004, 247; S.a. *Sprang*, ZUM 2003, 1035.

<sup>25</sup> ZUM 2004, 436, 442.

<sup>26</sup> Vgl. Novellierung des § 42 des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen vom 18.01.2002 (BGBl. I. S. 414); *Fleuchaus/ Braitmayer*, GRUR 2002, 653, 655; *Leistner*, IIC 2004, 859ff; *Leuze*, GRUR 2005, 27ff.

<sup>27</sup> Krit. zu den makroökonomisch schädlichen Auswirkungen des Fehlens einer Neuheitsschonfrist *Straus*, Grace Period and the European and International Patent Law – Analysis of Key Legal and Socio-Economic Aspects, IIC Studies Vol. 20, München 2001 (im Folgenden: *Straus*, Grace Period and the European and International Patent Law), S. 94f: „punishment which is out of proportion“.

(beispielsweise durch rechtzeitige Patentanmeldung) in § 42 Nr. 1 ArbNErfG gegenwärtig zuungunsten des Wissenschaftlers entschieden. Er muss unter Umständen sogar mehr als die grundsätzlichen zwei Monate Wartezeit bis zur Offenbarung in Kauf nehmen und kann insofern kaum noch als der Herr seiner wissenschaftlichen Forschungsergebnisse betrachtet werden<sup>28</sup>. Ob dieser Eingriff in die positive Publikationsfreiheit aus Art. 5 III GG Bestand haben wird, kann an dieser Stelle dahinstehen. Infolge des Vorlagebeschlusses des LG Braunschweigs vom 17.9.2003 wird sich das Bundesverfassungsgericht mit dieser Frage beschäftigen<sup>29</sup>.

Die bei § 42 Nr. 1 Satz 1 ArbNErfG und dem Vorschlag für einen § 43 Abs. 2 UrhG ähnlich gelagerte verfassungsrechtliche Problematik wirft jedenfalls die Frage auf, ob eine forscheraffine Publikationsmöglichkeiten einschränkende und nicht etwa eröffnende Herangehensweise zur Optimierung der Arbeitsbedingungen für deutsche Wissenschaftler beiträgt<sup>30</sup>. Dabei ist zuzugestehen, dass jenseits der hier kontextbedingt rein wissenschaftlerorientierten Sichtweise man freilich nicht vergessen darf, dass der Standort Deutschland von einer kommerziellen Verwertung der Hochschulerfindungen immens zu profitieren vermag, wenn denn das System adäquat funktioniert<sup>31</sup>.

Um sowohl dem Interesse des Wissenschaftlers an einer raschen Publikation als auch dem Allgemeininteresse an einer erwünschten Patentierung Rechnung zu tragen, erscheint es vor diesem Hintergrund angeraten, auf europäischer und internationaler Ebene die Bemühungen weiter zu intensivieren, die Interessenkollision durch eine (Wieder-)Einführung bzw. Harmonisierung der patentrechtlichen Neuheitsschonfrist zu entschärfen. Die Neuheitsschonfrist war in Deutschland 1981 abgeschafft worden<sup>32</sup>. Auf diese Weise bliebe eine Offenbarung durch den Wissenschaftler unschädlich, d.h. würde für die Neuheitsprüfung nicht zum Stand der Technik gerechnet, wenn sie zurückgeht auf eine Eigenveröffentlichung des Erfinders in einem näher zu spezifizierenden Zeitraum vor der Anmeldung<sup>33</sup>. Auch wenn infolge einer wieder eingeführten Neuheitsschonfrist kaum mit einem grundlegenden Systemwechsel im industriellen Sektor zu rechnen wäre<sup>34</sup>, so wären vor allem für den akademischen Bereich frühe Publikationen durch diese Lösung jedenfalls ohne den volkswirtschaftlich erheblichen Verlust der Patentierungsoption ermöglicht.

Die hier nur kurz angeschnittene Konfliktsituation erhellt, dass eine isolierte Betrachtungsweise von UrhG, ArbNErfG und PatG rechtspolitisch fehl am Platz wäre und dass ein gesetzgeberisches Handeln, welchen Weg es im Urheberrecht auch einschlagen mag, sei es über eine Anbieterspflicht oder über eine der nachfolgend

---

<sup>28</sup> Näher zur Publikationsverzögerung *Leuze*, GRUR 2005, 27, 32.

<sup>29</sup> LG Braunschweig, 9. Zivilkammer, Az: 9 O 1060/03; pro Verfassungswidrigkeit: *Leuze*, GRUR 2005, 27, 28; contra Verfassungswidrigkeit: *Beyerlein*, MitttdPatAnw 2004, 75f.; *Leistner*, IIC 2004, 859, 868, allerdings nur bzgl. der zweimonatigen Prüfungsfrist.

<sup>30</sup> S.a. *Leistner*, IIC 2004, 859, 862, mit dem kritischen Hinweis u.a. darauf, dass „quite contrary to the German approach, in some countries legal provisions in favour of ownership by academics are seen as better promoting research and development and technology transfer, as the example of Italy shows, which has just moved the other way round (from the university’s ownership to professors’ ownership)“.

<sup>31</sup> Zu den nicht unerheblichen Problemen bei der Bewältigung der durch § 42 ArbNErfG für die Hochschulen entstandenen Herausforderungen vgl. nur *Leuze*, GRUR 2005, 27, 33; sowie *Leistner*, IIC 2004, 859, 870f.

<sup>32</sup> Vgl. § 2 Satz 2 PatG von 1968; Eingehend zur Diskussion einer Wiedereinführung: *Straus*, Grace Period and the European and International Patent Law, S. 51ff; *Benkard-Ullmann*, PatG/ GebrMG Komm., 9. Aufl., München 1993, § 3 Rn. 1 m.w.N., Rn. 94 u. 132, u.a. hinweisend auf die dafür erforderliche Revision der PVÜ; s.a. *Joos*, IIC 1999, 607, 619.

<sup>33</sup> Zu den Pro- und Contraargumenten einer Neuheitsschonfrist u.a. auch angesichts der komplizierten Situation bei Internetpublikationen *Straus*, Grace Period and the European and International Patent Law, S. 51-96.

<sup>34</sup> Vgl. *Straus*, Grace Period and the European and International Patent Law, S. 95, der betont, dass die „grace period has always been used as a safety net only“; daher gelte: „the fear that a general grace period could mutate the first-to-file system into a first-to-publish system seems entirely unrealistic and lacks any evidence...“.

vorgestellten Alternativen, in jedem Fall begleitet sein sollte von einem Überdenken der mit der Materie untrennbar verknüpften nachbargesetzlichen Regelungen.

### 3. Mögliche Alternativen

Trotz der oben geübten Kritik an dem Vorschlag für eine Anbietungspflicht, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass dieser Vorstoß zugunsten eines offeneren Zugangs zu wissenschaftlicher Information grundsätzlich überaus begrüßenswert ist. Der gewählte Weg ist nur möglicherweise ein falscher.

#### a) Blick ins Ausland

International schließt Deutschland mit dieser Initiative endlich mit den Entwicklungen in den USA oder Großbritannien auf<sup>35</sup>. In Großbritannien gab es eine viel beachtete parlamentarische Untersuchungskommission zu den Missständen im wissenschaftlichen Publikationswesen, die mit Empfehlungen zugunsten von Open Access endete<sup>36</sup>. In den USA sorgt unterdessen seit September 2004 der aufgrund von Empfehlungen des Haushaltsausschusses des US-Repräsentantenhauses entworfene sog. „NIH-Plan“ für Wirbel<sup>37</sup>. Dieser sieht kurz gesagt vor, dass von NIH-Geldern finanzierte Forschung öffentlich zugänglich gemacht werden muss<sup>38</sup>. Als unmittelbares Vorbild taugt der NIH-Plan leider nur bedingt, da er nicht urheberrechtlich ansetzt, sondern mit der Anknüpfung an die Mittelvergabe ein haushaltsrechtliches Regelungsinstrument bedient. Indem er die Lösung möglicher Copyright-Konfliktfälle mit den Verlagen den einzelnen Wissenschaftlern überantwortet, lässt er sie zudem gleichsam im Regen stehen.

Ein urheberrechtlicher Ansatz war 2003 die sog. „Sabo-Bill“, wonach erwogen worden war, an den Ergebnissen öffentlich finanzierter Forschung erst gar kein Urheberrecht entstehen zu lassen<sup>39</sup>. Diese Herangehensweise, die auch in Zusammenhang zu sehen ist mit Überlegungen, den Schutzzumfang des Urheberrechts durch eine positive Definition der „Public Domain“ zu beschränken, ist mit der RBÜ<sup>40</sup> und dem Schöpferprinzip<sup>41</sup> aber ohnehin nicht vereinbar. Gemäß Art. 2 Abs. 1 der RBÜ erstreckt sich ihr Schutz auf alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, *Wissenschaft* und Kunst. Auch in den USA scheint die Sabo-Bill nicht mehr auf der politischen Agenda.

<sup>35</sup> Vgl. zu den bisherigen wenigen deutschen Aktivitäten Hansen, „Grenzenlos kreativ“ im Tagesspiegel vom 06.08.2004, <http://archiv.tagesspiegel.de/archiv/06.08.2004/1285133.asp>.

<sup>36</sup> Vgl. Report des *Science and Technology Committee* „Scientific Publications: Free for all?“ unter: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200304/cmselect/cmsctech/399/399.pdf>. Zum Rückschlag der brit. Open-Access-Bewegung durch die ablehnende Haltung der britischen Regierung zum Publikationsgebührenmodell: Pickering, *Information World Review* vom 12.11.2004, <http://www.iwr.co.uk/IWR/1159363>; zur akt. Entwicklung s.a. Subers „Open Access News“, [http://www.earlham.edu/~peters/fos/2004\\_11\\_07\\_fosblogarchive.html](http://www.earlham.edu/~peters/fos/2004_11_07_fosblogarchive.html).

<sup>37</sup> NIH steht für „National Institutes of Health“.

<sup>38</sup> Vgl. FAQs zum NIH-Plan von Suber unter <http://www.earlham.edu/~peters/fos/nihfaq.htm>; s.a.: <http://www.upi.com/view.cfm?StoryID=20040804-112352-5352r>.

<sup>39</sup> Mehr Informationen zur sog. Sabo-Bill, offizieller Titel: „Public Access to Science Act“, (H.R. 2613), unter <http://www.biomedcentral.com/openaccess/archive/?page=features&issue=3>. Urheberrechtsschutz sollte danach ausgeschlossen werden “for any work produced pursuant to scientific research substantially funded by the Federal Government”.

<sup>40</sup> Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst in der Fassung vom 24.07.1971.

<sup>41</sup> Schricker-Loewenheim, § 7 Rn. 1ff. S. aber auch § 3 LUG, wonach früher, also vor 1965, beispielsweise auch Universitäten, die als Herausgeber ein Werk veröffentlichten, mangels anderslautender Vereinbarung als Urheber des Werkes anzusehen waren, Straus, FS Schricker, München 1995, S. 291, 304.



## b) Sechsmontatige Karenzzeit als Vorbild

Eine an die Empfehlungen des Haushaltsausschusses des US-Repräsentantenhauses angelehnte Karenzzeit oder besser Freigabefrist kann aber gleichwohl Ausgangspunkt der Überlegungen für einen alternativen deutschen Regelungsvorschlag sein. So sieht der Entwurf des NIH-Plans vor, dass eine obligatorische Open-Access-Publikation für vom NIH finanzierte Forschungsergebnisse in Form von „peer-reviewed“ Beiträgen mit einer sechsmontatigen Karenzzeit nach der Erstveröffentlichung auf „PubMed Central“<sup>42</sup> stattfinden soll<sup>43</sup>. Überträgt man diesen Ansatz mit dem Tenor „Öffentlich finanzierte Forschung muss öffentlich zugänglich sein“ nach Deutschland<sup>44</sup>, stellt sich natürlich die Frage, wo solche Post-Print-Publikationen erfolgen sollten. Denkbar sind hier neben innovativen Open-Access-Business-Modellen traditioneller Wissenschaftsverlage Self-Archiving, fachbereichsspezifische Repositorien jeweiliger Kompetenzzentren oder staatliche Open-Access-Angebote.

Auf die Probleme einer „Verstaatlichung“ der Publikation wissenschaftlicher Forschungsergebnisse wurde oben bereits hingewiesen. Wer die Publikationsaufgabe übernehmen sollte, kann und soll hier nicht abschließend geklärt werden. Sie per Zwang bzw. einseitig zuzuweisen, begegnet jedenfalls erheblichen Bedenken. „Open Access“ vertraut auf Eigeninitiative und ist Ausdruck individueller Freiheit<sup>45</sup>. Letztlich wird man die Bereitstellung von Open-Access-Beiträgen daher dem freien Spiel der (Markt-)Kräfte und dem Engagement einzelner Wissenschaftler, Fachbereiche und Institutionen überlassen müssen. Einem Hilfsmittel wie „Google Scholar“, einem neuen, kostenfreien Suchdienst für wissenschaftliche Inhalte, bei dem eine Gewichtung der Suchergebnisse nach Quantität und Qualität von wissenschaftlichen Querverweisen auf den jeweiligen Beitrag erfolgt und der auch von den Wissenschaftlern selbst archivierte Beiträge auf ihren privaten Websites einbezieht, könnte dabei in Zukunft eine wegweisende Rolle zukommen<sup>46</sup>.

## c) Verankerung im Urheber- oder im öffentlichen Dienstrecht?

Befürwortet man die rechtspolitische Forderung, dass die Ergebnisse öffentlich finanzierter Forschung – ggf. auch erst nach einer (z.B. sechs- bis ausnahmsweise zwölfmonatigen) Phase exklusiver Verwertung – öffentlich zugänglich sein sollten, dann stellt sich die spannende Frage, wie sich dieses Ziel rechtlich umsetzen lässt. Mehrere Herangehensweisen kommen in Betracht. So bietet zum Beispiel die öffentlich-rechtliche Klaviatur grundsätzlich zahlreiche Möglichkeiten. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist nur zu konstatieren, dass das öffentliche Dienstrecht keine Normen zur Verfügung stellt, kraft derer sich ein Dienstherr Nutzungsrechte an urheberrechtlich geschütz-

---

<sup>42</sup> *PubMed Central (PMC)* ist nach eigener Definition „the US National Library of Medicine's free digital archive of biomedical and life sciences journal literature“, <http://www.pubmedcentral.nih.gov>.

<sup>43</sup> Vgl. zur Sechsmontatsfrist auch *Lindinger*, „Freies Wissen für jedermann“ in der Frankfurter Allgemeinen vom 27.10.2004, wonach viele vor allem amerikanische Verleger ihre Zeitschriften mittlerweile sechs Monate nach dem Erscheinen kostenfrei im Internet anbieten. Die *Nature Publishing Group* ermunterte ihre Autoren am 10.01.2005 sogar zum sog. Self-Archiving sechs Monate nach Erstveröffentlichung, <http://npg.nature.com/pdf/archiving.doc>. Ob es beim NIH-Plan in der endgültigen Fassung bei der Sechsmontatsfrist bleibt, ist zum Zeitpunkt der letzten Bearbeitung (16.01.2005) offen, letztlich aber auch nicht maßgeblich, da der Entwurf für den NIH-Plan hier nur als Inspirationsquelle dient und im Weiteren eine bereichsspezifische Flexibilisierung der Frist angestrebt wird.

<sup>44</sup> Vgl. *Asschenfeldt/Honekamp*, ZRP 2004, 247.

<sup>45</sup> Vgl. oben Fn. 16.

<sup>46</sup> Vgl. <http://scholar.google.com/scholar/about.html>; dazu auch *Markoff*, The New York Times, vom 18.11.2004, <http://www.nytimes.com/2004/11/18/technology/18google.html>; *Becker*, SPIEGEL ONLINE, vom 19.11.2004, <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/0,1518,328653,00.html>; Pressemitteilung von *BioMed Central* vom 19.11.2004 unter <http://www.biomedcentral.com/info/about/pr-releases?pr=20041119>.

ten Werken seiner Beamten im Wege hoheitlichen Handelns verschaffen könnte<sup>47</sup>. Naheliegender wäre auf den ersten Blick eine Verortung im HRG<sup>48</sup> oder im BRRG. Auch der Weg über eine vertragliche Verknüpfung der Fördermittelvergabe mit einer obligatorischen Open-Access-Publikation<sup>49</sup> wäre neben einer arbeitsvertragsrechtlichen Lösung gangbar. Angesichts der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur sog. „Juniorprofessur“ und jüngst zum „Studiengebührenverbot“<sup>50</sup>, wonach die jeweiligen Änderungen des Hochschulrahmengesetzes wegen Überschreitung der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes unvereinbar mit Artikel 75 in Verbindung mit Artikel 72 Abs. 2 des Grundgesetzes und damit nichtig sind, darf in diesem Zusammenhang jedoch nicht vergessen werden, dass sich für den Bund aufgrund seiner stark begrenzten Rahmengesetzgebungskompetenz das HRG im vorliegenden Regelungszusammenhang nur bedingt als einsatzfähiges Instrument erweist. Und auch hinsichtlich einer beamtenrechtlichen Regelung gilt es zu berücksichtigen, dass es empirisch an Universitäten und außeruniversitären Forschungseinrichtungen zunehmend weniger Verbeamtungen gibt und das Beamtenrecht insofern eine nur begrenzte Steuerungsfunktion haben kann.

*Pflüger/ Ertmann* weisen zudem zutreffend darauf hin<sup>51</sup>, dass in der jüngeren Vergangenheit bei der Neuregelung der Verwertung von Arbeitnehmererfindungen durch den Dienstherrn eine spezialgesetzliche Herangehensweise bemüht wurde<sup>52</sup>. Und auch wenn man den viel beschworenen Wandel des Urheberrechts hin zum Informationsrecht ernst nimmt<sup>53</sup>, also wie der Verfasser eine stärkere utilitaristische neben der traditionellen individualistischen Schutzzweckbegründung befürwortet, mit anderen Worten also nach den Konsequenzen aus dem dreifachen Schutzzweck des Urheberrechts sucht<sup>54</sup>, spricht dies für eine zumindest flankierende Verortung im Urheberrecht.

Sinnvoll erscheint es somit, von öffentlich-rechtlichen Regelungsoptionen Gebrauch zu machen, soweit dies kompetenztechnisch möglich ist und die breite Masse der mit öffentlichen Mitteln Forschenden und Lehrenden erfasst wird. Zu untersuchen, wie solche öffentlich-rechtlichen Regelungsoptionen konkret aussehen könnten, würde freilich den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Sie sollen hier daher nicht weiter verfolgt werden.

Interessanter ist vielmehr, welche flankierenden, rechtlichen Konstruktionen im Urheberrecht generell denkbar sind, um einen freieren Zugang zu wissenschaftlicher Information zu unterstützen. Der Anspruch dieses Beitrags soll letztlich sein, de lege ferenda alternative Wege für einen offeneren Zugang zu wissenschaftlicher Information zu eruieren.

<sup>47</sup> Schrickler-Rojahn, § 43 Rn. 39.

<sup>48</sup> In § 24 HRG oder in Kapitel 3, 2. Abschnitt des HRG.

<sup>49</sup> Entsprechende Diskussionen laufen z.B. im Rahmen der DFG. Vgl. NIH-Plan in den USA (s.o.) oder die Aktivitäten des britischen *Wellcome Trust*, *Nature* 2004, 432, 134, vom 11.11.2004.

<sup>50</sup> BVerfG, 2 BvF 2/02 vom 27.7.2004, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20040727\\_2bvf000202.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20040727_2bvf000202.html). BVerfG zum „Studiengebührenverbot“, 2 BvF 1/03 vom 26.1.2005, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20050126\\_2bvf000103](http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20050126_2bvf000103).

<sup>51</sup> Vgl. ZUM 2004, 436, 441, Fn. 25.

<sup>52</sup> Dazu *Fleuchaus/ Braitmayer*, GRUR 2002, 653ff; *Leistner*, IIC 2004, 859, 862. Zur Kritik an § 42 ArbNErfG siehe oben 2. e).

<sup>53</sup> *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 249ff.; *Peukert*, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/ Peukert*, Baden-Baden 2004, S. 11, 46: „Urheberschutz als Nutzerschutz“.

<sup>54</sup> Die wesentlichen drei im Urheberrecht zu berücksichtigenden Interessen sind die der Urheber, der Nutzer und der Verwerter, wobei den Urheberinteressen im Sinne eines als Kreativenschutz verstandenen Urheberrechts freilich die höchste Wertigkeit zukommt.

## 4) Urheberrechtliches „Brainstorming“

### a) Zwangslizenzmodell

Bei unbefangener Betrachtungsweise und jenseits gegebener europarechtlicher Einschränkungen könnte man so beispielsweise über einen gesetzlichen Kontrahierungszwang zu Lasten der Verwerter nachdenken. In diesem Fall einer gesetzlichen Zwangslizenz<sup>55</sup> würde der Rechteinhaber, der ausschließliche Nutzungsrechte an einem gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG geschützten wissenschaftlichen Beitrag innehat, verpflichtet, nach einem näher festzulegenden Zeitraum - sechs Monate nach Erscheinen beispielsweise<sup>56</sup> - jedermann auf vorherige Anfrage an dem Beitrag zu angemessenen Bedingungen ein unbeschränktes, einfaches Nutzungsrecht einzuräumen. Die „Freigabeverpflichtung“ wäre zu beschränken auf solche Werke oder auch nur wissenschaftlichen Beiträge in Periodika, die im Rahmen einer (überwiegend) mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind. Ferner wäre die Reichweite der Rechtseinräumung näher zu spezifizieren. So könnte man sich fragen, ob sich eine solche gesetzlich erzwungene Nutzungsrechtseinräumung z.B. nur auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.v. § 19a UrhG erstrecken, oder auch das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht, §§ 16, 17 UrhG, und weitere Rechte umfassen sollte. Open Access wäre per definitionem nur letzteres<sup>57</sup>. Bei realitätsnaher Betrachtung erscheint eine Beschränkung auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ausreichend.

Inwieweit der erhoffte Effekt der Kostendämpfung bei einer solchen Zwangslizenzierung eintreten würde, ist fraglich. So ist eine Schwäche dieses Modells klar darin zu erkennen, dass die Frage der Reichweite der angestrebten Kostenreduzierung für die Zwangslizenznehmer letztlich den Gerichten überantwortet würde. Auf jeden Fall würde durch ein solches Instrument aber der Tatsache Rechnung getragen, dass sich in der Praxis nicht wie nach traditionellen Urheberrechtsvorstellungen Urheber und Nutzer unmittelbar gegenüberstehen, sondern vielmehr Verwerter und Nutzer die maßgeblichen Parteien bilden<sup>58</sup>.

### b) § 52c UrhG als neue Schrankenregelung

aa) Gesetzessystematisch konventioneller und im Ansatz wegen der Zustimmungsfreiheit klar vorzugswürdig wäre freilich eine entsprechende Schranke im 6. Abschnitt des UrhG. Eine solche ließe sich – in der Theorie – unproblematisch im Umfeld des § 52a UrhG durch einen neuen § 52c UrhG einfügen<sup>59</sup>. § 52a Abs. 1 UrhG sieht verkürzt gesagt vor, dass die öffentliche Zugänglichmachung von veröffentlichten Teilen eines Werkes zustimmungsfrei zulässig ist, soweit dies zu dem jeweiligen Unterrichts- oder Forschungszweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Um die Interessen der Allgemeinheit zu stärken, könnte hier die enge Zweckkoppelung nach Ablauf von sechs Monaten seit der Erstveröffentlichung gelockert und die öffentliche finanzierte Lehr- und Forschungstätigkeit als neue

Anknüpfung implementiert werden. Konkret könnte ein neuer § 52c UrhG dann lauten:

<sup>55</sup> Näher zur Zwangslizenz in Abgrenzung zur gesetzlichen Lizenz, Schrickler-Melichar, Vor. §§ 45ff. Rn. 6 und 29. S.a. § 5 Abs. 3 und § 42a Abs. 1 UrhG.

<sup>56</sup> Näher zu einer bereichsspezifischen Differenzierung unten 4. b) dd) (2) und 4. c).

<sup>57</sup> Vgl. oben Fn. 17.

<sup>58</sup> Vgl. Hilty, ZUM 2003, 983, 994.

<sup>59</sup> Eine gesetzestechnische Alternative wäre ein neuer Absatz V in § 52a UrhG.

## § 52c UrhG Öffentliche Zugänglichmachung öffentlich finanzierter Lehre und Forschung

(1) Zulässig ist es, Werke i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika erscheinen, sechs Monate nach ihrer Erstveröffentlichung zur Informationsteilhabe der Allgemeinheit öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist<sup>60</sup>. Für die Zugänglichmachung ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

(2) Der Urheber kann die öffentliche Zugänglichmachung verbieten, wenn das Werk seiner Überzeugung nicht mehr entspricht, ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann und er ein etwa bestehendes Nutzungsrecht aus diesem Grunde zurückgerufen hat (§ 42)<sup>61</sup>.

Eine solche Schranke auch auf Monographien und Kommentare zu erstrecken, wäre zu weit. Daher erscheint es angeraten, dass man die Schrankenregelung im Hinblick auf die „Journal Crisis“ auf Beiträge in periodisch erscheinenden Sammlungen beschränkt und auf diese Weise einen gezielten Steuerungseffekt bezüglich wissenschaftlicher Zeitschriftenbeiträge anstrebt. Unter einer periodischen Sammlung i.S.d. § 38 UrhG versteht man Sammlungen, die darauf angelegt sind, in ständiger und unbegrenzter (regelmäßiger oder unregelmäßiger) Folge zu erscheinen<sup>62</sup>. Mit dieser Terminologie sollen bewusst nicht nur analoge Zeitschriften, sondern auch digitale Publikationsformen erfasst werden. Vom Begriff der periodisch erscheinenden Sammlung i.S.d. § 38 Abs. 1 UrhG werden gemäß *Schricker* Reihen-, Lieferungs- und Fortsetzungswerke insbesondere in Form von Subskriptionswerken nicht erfasst, d.h. wissenschaftliche Schriftenreihen und Gesetzeskommentare fallen heraus<sup>63</sup>. Gleiches gilt für nichtperiodische Sammlungen wie Festschriften, Enzyklopädien und Handbücher. Umfasst sein sollen stets solche Beiträge, die eigens zur Aufnahme in die periodische Sammlung verfasst oder eigens für diese dem Verleger überlassen worden sind<sup>64</sup>. Weitere Probleme werfen Mischfinanzierungen aus öffentlichen und privaten Mitteln auf. Nur auf ausschließlich öffentlich finanzierte Forschungsergebnisse abzustellen, wäre aber inkonsistent, weil dann ein Großteil überwiegend öffentlich finanzierter wissenschaftlicher Information heraus fiele.

Das faktische Leerlaufen des Rückrufsrechts wegen gewandelter Überzeugung (§ 42 UrhG)<sup>65</sup> schließlich wird durch das Verbotsrecht des § 52c Abs. 2 UrhG-nF aufgefangen. Angesichts der digitalen Vervielfältigungsmöglichkeiten ist allerdings zuzugestehen, dass dieses Verbotsrecht hinsichtlich der Durchsetzung bildlich gesprochen weniger einem Zurückrufen denn einem geflüsterten Abrücken gliche. Man muss sich aber vergegenwärtigen, dass auch § 42 Abs. 1 1 UrhG nur eine ex-nunc Wirkung zeitigt, dass der Urheber also schon verbreitete Exemplare seines Werkes in der von ihm jetzt abgelehnten Fassung nicht mehr aus dem Verkehr zurückziehen und dadurch „ungeschehen“ machen kann<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> Zu den sich aus dem Europarecht ergebenden Problemen s.u. 4) b) cc).

<sup>61</sup> Vgl. § 46 Abs. 5 Satz 1 UrhG, dem die Regelung hier nachgebildet ist.

<sup>62</sup> *Schricker-Schricker*, § 38 Rn. 7ff.

<sup>63</sup> *Schricker-Schricker*, § 38 Rn. 9. *Wandtke-Bullinger-Wandtke/Grunert*, § 38 Rn. 7, sieht Jahresbände erfasst.

<sup>64</sup> *Schricker-Schricker*, § 38 Rn. 9.

<sup>65</sup> Dieses aus dem Persönlichkeitsrecht abgeleitete Rückrufsrecht berechtigt den Urheber, trotz Einräumung eines Nutzungsrechts eine weitere Verwertung seines Werkes zu unterbinden, falls das Werk seiner Überzeugung nicht mehr entspricht und ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann.

<sup>66</sup> *Möhring-Nicolini-Spautz*, UrhG Kommentar, 2. Aufl., München 2000 (im Folgenden: *Möhring-Nicolini-Bearbeiter*), § 42 Rn. 5.

bb) Die Einfügung eines neuen § 52c UrhG wäre ein weitgehender Schritt, der in gleichem Maße wie eine Zwangslizenz verfassungsrechtlich im Hinblick auf Art. 14 I GG nicht unproblematisch ist. Der durch das Europarecht begrenzte Spielraum bei der nationalen Ausgestaltung der UrhG-Schranken (cc)) und der Dreistufentest (dd)) stellen zudem kritische Hindernisse dar.

So gebietet Art. 14 I 1 GG laut Bundesverfassungsgericht die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber<sup>67</sup>. Gleichwohl ist es Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (Art. 14 I 2 GG)<sup>68</sup>. Das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu Kulturgütern, die Optimierung geistig-schöpferischer Schaffensprozesse auch im Dienste von Innovation und Forschung und private Interessen der Verbraucher können insofern wie hier eine Schrankenregelung rechtfertigen, soweit der Urheber sein Werk dafür nicht vergütungsfrei zur Verfügung stellen muss.

Verfassungsrechtlich bedarf es damit grundsätzlich einer angemessenen Vergütung des Urhebers, soweit nicht Gründen des gemeinen Wohls der Vorrang vor den Belangen des Urhebers zukommt<sup>69</sup>. Zur Rechtfertigung einer Einschränkung oder sogar Aufhebung des Vergütungsanspruchs verlangt das Bundesverfassungsgericht ein gesteigertes öffentliches Interesse<sup>70</sup>. Reine Fiskalinteressen und das Interesse der Allgemeinheit an einem ungehinderten Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken allein sollen dafür nicht ausreichen<sup>71</sup>. Ob sich ein gesteigertes öffentliches Interesse vorliegend tragfähig begründen lässt, muss bezweifelt werden; es bedarf mithin einer Vergütungsregelung (siehe oben § 52c Abs. 1 Sätze 2 und 3).

Wie sich eine angemessene Vergütung für den Bereich der erlaubnisfrei zulässigen öffentlichen Zugänglichmachung – also im Online-Bereich – sicherstellen lässt, gestaltet sich schwierig. Die Defizite des letztlich zu groben pauschalen Vergütungssystems über Abgaben auf Geräte und Speichermedien erscheinen aber zumindest dadurch erträglicher, dass die Vergütungshöhe wie hier für den Zeitraum nach der sechsmonatigen Exklusivverwertung ohnehin niedrig anzusetzen ist<sup>72</sup>. In letzter Konsequenz befriedigend ist die Lösung mittels des pauschalen Vergütungssystems nicht, so dass sich unter diesem Gesichtspunkt möglicherweise andere Ansätze beispielsweise über das Urhebervertragsrecht als vorzugswürdig erweisen (siehe dazu unten 4. c)).

cc) Europarechtlich wäre – zumindest de lege lata - eine Koppelung der Privilegierung an wissenschaftliche For-

<sup>67</sup> BVerfGE 31, 229, 240f; Schricker-Melichar, Vor §§ 45ff. Rn. 8.

<sup>68</sup> BVerfGE, 31, 229, 241.

<sup>69</sup> BVerfGE, 31, 229ff.

<sup>70</sup> Schricker-Melichar, Vor §§ 45ff. Rn. 11.

<sup>71</sup> BVerfGE, 31, 229ff.

<sup>72</sup> *Senfleben*, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/ Peukert, S. 159, 184f., plädiert für eine moderate Vergütungssumme insbesondere bei Beschränkungen im Bereich des Unterrichts-, Bibliotheks- und produktiven Privatgebrauchs.

schungszwecke unvermeidlich<sup>73</sup>. Gemäß Erwägungsgrund 32 der Informationsgesellschafts-Richtlinie sind die Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Richtlinie erschöpfend aufgeführt. Art. 5 Abs. 3 a) der Informationsgesellschafts-RL sieht insoweit vor, dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf die öffentliche Zugänglichmachung Ausnahmen oder Beschränkungen vorsehen können „für die Nutzung ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung“, sofern die Quelle und der Name des Urhebers angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist<sup>74</sup>. Die europarechtlichen Hindernisse müssen aber nicht notwendig unüberwindbar sein, schließlich lässt sich auch eine Richtlinie wie die zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft einer Revision unterziehen, wenn dies wissenschafts- und gesellschaftspolitisch angezeigt ist<sup>75</sup>.

dd) Hinsichtlich des Dreistufentests, der bei jeder Beschränkung von Urheberrechten als Schrankenschranke zu berücksichtigen ist<sup>76</sup>, ist zu prüfen, ob (1.) ein bestimmter Sonderfall vorliegt, (2.) die normale Auswertung nicht beeinträchtigt wird und (3.) berechnigte Interessen des Urhebers nicht ungebührlich verletzt werden.

(1) Für das Vorliegen eines bestimmten Sonderfalls gilt es auf der ersten Stufe festzustellen, welchen Interessen durch die in Rede stehende Schrankenregelung Rechnung getragen werden soll<sup>77</sup>. Dies ist hier die Informationsteilhabe der Allgemeinheit an wissenschaftlichen Beiträgen (in periodisch erscheinenden Sammlungen), die im Rahmen einer (quasi „von ihr“) mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind. Durch diese Zweckkoppelung, die die rechtspolitische Forderung, öffentlich finanzierte Forschung solle (stärker) öffentlich zugänglich sein, umsetzt, ist die Regelung in § 52c Abs. 1 UrhG von anderen Beschränkungen hinreichend klar unterscheidbar und insofern ausreichend bestimmt im Sinne des Dreistufentests<sup>78</sup>. Folgt man ferner beim Erfordernis eines Sonderfalls einem qualitativen Prüfungsmaßstab, sind auf dieser Prüfungsebene nur solche Schranken zu verwerfen, für die keine plausible Begründung ins Feld geführt werden kann<sup>79</sup>. Vorliegend findet die Einführung der Schranke ihre Begründung u.a. in der Optimierung der Rahmenbedingungen für Lehre und Forschung, im Gemeinwohlbezug der Wissenschaftsfreiheit und im gesteigerten Interesse an Informationsteilhabe der Allgemeinheit<sup>80</sup>. Eine zusätzliche quantitative Eingrenzung ist durch den im Rahmen

<sup>73</sup> Vgl. Wortlaut des Art. 5 III a) RL 2001/29/EG vom 22.05.2001, ABl. L 167 vom 22.06.2001. Weitere Zwecke wie Unterricht, Gesundheit, private Studien bzw. allgemeine Informationsteilhabe seitens der Öffentlichkeit wären de lege ferenda ergänzend zu erwägen.

<sup>74</sup> Dem Erfordernis der Quellen- und Namensangabe wird bislang durch § 63 Abs. 2 UrhG Genüge getan. § 63 Abs. 2 S. 2 UrhG nimmt Bezug auf § 52a, so dass insoweit gesetzestechnisch nur minimaler Änderungsbedarf durch Hinzufügung des § 52c UrhG-nF bestünde.

<sup>75</sup> So forderte auch *Hilty* im Rahmen des Symposiums zum Zweiten Korb am 02.11.2004 in München (vgl. Fn. 2) eine Nachbesserung der Richtlinie; s.a. *Hilty*, MMR 2004, 713, 714.

<sup>76</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 5 der RL 2001/29/EG, Art. 9 II RBÜ, Art. 13 TRIPs oder Art. 10 WCT und Art. 16 II WPPT. S.a. *Bornkamm*, FS Erdmann, Köln 2002, S. 29, 44; *Senfleben*, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 171.

<sup>77</sup> *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *Restriktiver Poll/ Braun*, ZUM 2004, 266, 272; *Bornkamm*, FS Erdmann, Köln 2002, S. 29, 45, verlangt einen „spezifischen Nutzungszweck“; s.a. *Geiger*, Droit d'auteur et droit public à l'information, 2004, Rn. 293 u. 419.

<sup>78</sup> Vgl. *Senfleben*, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 177. *Poll/ Braun*, ZUM 2004, 266, 272, verlangen eine „abgrenzbare Ausnahme von der Regel“.

<sup>79</sup> Vertieft dazu *Senfleben* in, Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, The Hague/London/New York 2004 (im Folgenden: *Senfleben*, Three-Step Test), S. 144-152.

<sup>80</sup> Zu weiteren hochschul- und finanzpolitischen Argumenten *Pflüger/ Ertmann*, ZUM 2004, 436ff.

eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens zwischen der EG-Kommission und den USA erstatteten Panel Report bemüht worden<sup>81</sup>. Eine Ausnahme vom Exklusivrecht, so das WTO-Panel, "must be limited in its field of application or exceptional in its scope. In other words, an exception or limitation should be narrow in quantitative as well as a qualitative sense. This suggests a narrow scope as well as an exceptional or distinctive objective"<sup>82</sup>. Das zusätzliche quantitative Kriterium ist als zu starr abzulehnen<sup>83</sup>. Die Größe des durch die Schranke privilegierten Nutzerkreises kann nicht maßgeblich sein, weil dadurch dann auch solche Schranken dem Dreistufentest zum Opfer fielen, die gerade aufgrund der Häufigkeit der Inanspruchnahme einen wichtigen Beitrag zur Herstellung optimaler Rahmenbedingungen für geistig-schöpferische Prozesse leisten<sup>84</sup>. Die maximale Distribution von wissenschaftlichen Beiträgen (v.a. über das Internet) sowie die damit einhergehende häufigere Zitierung und steigende Reputation sind im ureigenen Interesse des wissenschaftlichen Urhebers<sup>85</sup>. Das restriktive quantitative Kriterium des WTO-Panels ist daher nicht nur abzulehnen. Es lässt sich in diesem speziellen Fall sogar für eine extensive Auslegung des Dreistufentests ins Gegenteil verkehren. Abstellend auf einen qualitativen Maßstab liegt mit der speziellen Schranke für die Resultate überwiegend öffentlich finanzierter Lehre und Forschung mithin ein bestimmter Sonderfall vor.

(2) Weiter erscheint fraglich, inwiefern durch die angedachte Regelung des § 52c UrhG die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt würde. *Senfleben* zufolge sollen mit dieser zweiten Teststufe, die Gegenstand einer hier nicht weiter vertieften Auslegungskontroverse ist<sup>86</sup>, nur solche aktuellen oder potentiellen Märkte geschützt werden, die für die Gesamtverwertung betroffener Werke typischerweise von ganz erheblicher Bedeutung sind<sup>87</sup>. Der ökonomische Kern des Urheberrechts muss also betroffen sein<sup>88</sup>. Mithin ist im Rahmen einer Marktanalyse festzustellen, ob die kommerzielle Auswertung wissenschaftlicher Beiträge sechs Monate nach ihrer Erstver-

öffentlichung den Löwenanteil der Einkünfte aus der Werkverwertung erbringt<sup>89</sup>. Dies mag von Bereich zu Bereich unterschiedlich zu beantworten sein. Im schnelllebigen „Science-Technology-Medicine (STM)“-Bereich verliert die Werkverwertung unter Umständen schon nach drei Monaten rapide an kommerzieller Bedeutung, während für

<sup>81</sup> S. WTO-Dokument WT/DS160/R vom 15.06.2000, §§ 6.105-6.112, erhältlich unter <http://www.wto.org>. Dazu *Bornkamm*, FS Erdmann, Köln 2002, S. 29, 39f. m.w.N.

<sup>82</sup> WTO-Dokument WT/DS160/R vom 15.06.2000, § 6.109, <http://www.wto.org>.

<sup>83</sup> *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 207.

<sup>84</sup> *Senfleben*, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 178.

<sup>85</sup> *Lawrence*, *Online or Invisible?*, *Nature*, Vol. 411, No. 6837, S. 521, 2001: "Articles freely available online are more highly cited. For greater impact and faster scientific progress, authors and publishers should aim to make research easy to access."

<sup>86</sup> Instruktiv *Senfleben*, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 179ff. M.w.N. auch die restriktiveren *Poll/Braun*, ZUM 2004, 266, 279, und *Bornkamm*, FS Erdmann, Köln 2002, S. 29, 46f. S.a. WTO-Panel, (Fn. 77), § 6.183, wonach der Entzug signifikanter, greifbarer wirtschaftlicher Vorteile unzulässig sein soll.

<sup>87</sup> *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200, 211, vertritt die Auffassung, der zweite Prüfungsschritt habe lediglich die Funktion Fälle evidenter Unverhältnismäßigkeit bereits im Vorfeld der eigentlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung auszusondern.

<sup>88</sup> Im Erg. letztlich auch *Poll/Braun*, ZUM 2004, 266, 276 sowie *Bornkamm*, FS Erdmann, Köln 2002, 29, 46f., der zwar auf dieser Prüfungsebene grundsätzlich auch solche Fälle ausscheiden möchte, in denen die privilegierte Nutzung zu einer herkömmlichen Werknutzung in unmittelbare Konkurrenz tritt, dabei aber einräumt, dass die „Stufe 2 bei einer solchen Betrachtung keine eigenständige Bedeutung gegenüber der Stufe 3“ hätte.

<sup>89</sup> Vgl. *Senfleben*, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 182. Ausf. zu diesem Ansatz *Senfleben*, *Three-Step Test*, S. 184-194.

den geisteswissenschaftlichen Bereich ein wesentlich längerer Zeitraum relevant sein mag (evtl. sogar ein oder zwei Jahre).

Um den Anforderungen des Dreistufentests zu genügen, sollte diese bereichsspezifische Differenzierung bei der Ausgestaltung der Schranke aufgegriffen werden. Eine mögliche Beeinträchtigung der normalen Verwertung des Werkes ließe sich rechtstechnisch so vermeiden, indem man im Gesetz eine grundsätzliche Karenzzeit von sechs Monaten vorsieht, die konkrete Ausgestaltung des Zeitraums dann in Form einer Verordnung vornimmt, die den Bereichsspezifika Rechnung trägt. Alternativ kann man auch über eine kollektivvertragliche Regelung nachdenken. Eine solche Lösung hätte zwar den Vorzug der größeren Flexibilität, man muss sich aber fragen, wer neben dem Hochschulverband die Gesamtheit der Wissenschaftler (auch jenseits der Hochschulen) in solchen Verhandlungen vertreten sollte. Der Verordnungsweg erscheint insbesondere dann vorzugswürdig, wenn man die Schwierigkeiten der Aushandlung gemeinsamer Vergütungsregeln i.S.v. § 36 UrhG<sup>90</sup> sowie die Kritik bedenkt, die der Vorschlag im Referentenentwurf für den 2. Korb ausgelöst hat<sup>91</sup>, auch beim pauschalen Vergütungssystem der §§ 54ff. UrhG auf das freie Spiel der Kräfte zu setzen. Durch eine bereichsspezifische Lösung ließe sich in jedem Fall eine flexible Optimierung der Rahmenbedingungen für geistig-schöpferische Prozesse im Allgemeinen und wissenschaftliches Arbeiten im Besonderen erreichen.

(3) Eine ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen des Urhebers bzw. Rechtsinhabers<sup>92</sup> – der dritte Prüfungsschritt des Dreistufentests – ließe sich durch Zuhilfenahme des Instruments angemessener Vergütungszahlungen abfedern (s.o.)<sup>93</sup>. Dies wäre aber nur dann erforderlich, wenn die abschließende Abwägung ergibt, dass die Verletzung berechtigter Interessen ein ungebührliches Maß erreicht. Bei dieser Abwägung gilt es insbesondere zu berücksichtigen, dass die Interessen des originär und derivativ Berechtigten nicht deckungsgleich sind. So liegt – wie oben ausgeführt – die maximale Distribution und Nutzung wissenschaftlicher Beiträge im Interesse des Urhebers, während der Verwerter als Nutzungsrechtsinhaber naturgemäß primär kommerzielle Interessen im Blick hat. Ein undifferenziertes, einseitiges Abstellen auf die Verwerterinteressen wäre letztlich mit dem Schutzgedanken des monistisch fundierten deutschen Urheberrechts mit seinem ausgeprägten urheberpersönlichkeitsrechtlichen Einschlag nicht vereinbar, zumal wenn wie hier für den Urheber eine angemessene Vergütung für die Zweitverwertung vorgesehen ist.

(4) Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass sich die Hürde des Dreistufentests mit einem gewissen Argumentationsaufwand nehmen lässt. Theoretisch könnte man zwar auch erwägen, den Dreistufentest von vornherein dadurch zu umgehen, dass man für die in Rede stehenden öffentlich finanzierten wissenschaftlichen Werke schlicht die Schutzdauer verkürzt. So ließe sich dogmatisch argumentieren, der Dreistufentest bezöge sich nur auf Schranken, also auf als solche nicht legaldefinierte Regelungen, die den Urheber an der Ausübung der ihm weiter zustehenden Rechte hindern, nicht aber auf die ersatzlose Aufhebung des Ausschließlichkeitsrechts. Freilich sind insoweit durch das internationale Urheberrecht markante Grenzen gezogen<sup>94</sup>; eine solche Umgehung

---

<sup>90</sup> Krit. dazu *Schricker*, IIC 2004, 850, 856.

<sup>91</sup> Vgl. die Kritik i.R.d. des Symposiums am 02.11.2004 in München (s. Fn. 2).

<sup>92</sup> Vgl. Art. 10 WCT. Demgegenüber knüpfen Art. 13 TRIPs sowie Art. 5 Abs. 5 der Informationsgesellschafts-RL an die Interessen des Rechtsinhabers an. Der Oberbegriff des „Rechtsinhabers“ dürfte dabei den Copyright-Ländern geschuldet sein. Zur Notwendigkeit einer teleologisch bedingten Differenzierung des Terminus des Rechtsinhabers (Urheber und Verwerter) zumindest bei der Anwendung des Dreistufentests im deutschen Recht siehe unten.

<sup>93</sup> Vgl. *Senfileben*, GRUR Int. 2004, 200, 211; *Bornkamm*, FS Erdmann, Köln 2002, S. 29, 47f., weist darauf hin, dass nicht jede Herabstufung des Ausschließlichkeitsrechts auf einen Vergütungsanspruch zulässig sein muss.

<sup>94</sup> Vgl. Art. 1 I der Schutzdauer-RL und Art. 7 I der Revidierten Berner Übereinkunft.



des Dreistufentests über eine – grundsätzlich wünschenswerte – Schutzdauerverkürzung ist mithin de lege lata keine gangbare Alternative zur oben bemühten Argumentationslinie.

ee) Als Zwischenergebnis zum Schrankenvorschlag § 52c UrhG lässt sich daher festhalten, dass vorliegend nicht der Dreistufentest, sondern vielmehr die sogenannte Informationsgesellschafts-Richtlinie das maßgebliche Hindernis darstellt. Dieses Resultat unterstreicht, wie sehr der abschließende, kasuistische Schranken-katalog der Richtlinie die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung sinnvoller Schrankenregelungen für die Wissensgesellschaft behindert<sup>95</sup>. Vor diesem Hintergrund ist zu überdenken, ob man den Schranken-katalog nicht doch mit dem Dreistufentest als flexiblen Korrektivinstrument öffnen sollte<sup>96</sup>.

### c) Urhebervertragsrechtliches Lösungsmodell

Schließlich bietet sich de lege ferenda eine Regelung im Urhebervertragsrecht als urheberrechtliches Instrument an, um öffentlich-rechtliche Regelungen zugunsten eines offeneren Zugangs zu Wissen zu flankieren. Die Idee wäre hier, dass dem Urheber an einem Werk, das im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden ist, auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts an den Verwerter das Recht unbenommen ist, den Beitrag nach grundsätzlich sechs Monaten selber oder durch Dritte öffentlich zugänglich zu machen. Eine entsprechende gesetzliche Modifizierung des ausschließlichen Nutzungsrechts in Form einer zeitlichen Befristung des Ausschließlichkeitscharakters<sup>97</sup> könnte an die Stelle des § 31 Abs. 4 UrhG treten, der bekanntlich im Rahmen des Zweiten Korbs aufgehoben werden soll<sup>98</sup>.

Gesetzessystematisch nahe liegender ist es für den in Rede stehenden Regelungszusammenhang aber, die abdingbare gesetzliche Auslegungsregel des § 38 Abs. 1 UrhG zum verschärften gesetzlichen Regelfall aufzuwerten. Bislang hat gemäß § 38 Abs. 1 UrhG das Nutzungsrecht des Verlegers bzw. Herausgebers für den Fall, dass vertraglich nichts anderes vereinbart ist, kraft Gesetzes nur bis zum Ablauf eines Jahres seit Erscheinen in einer Sammlung Ausschließlichkeitscharakter. Anschließend

Hansen: Zugang zu wissenschaftlicher Information –  
alternative urheberrechtliche Ansätze

GRUR Int. 2005, 378, 387

wird das ausschließliche zu einem einfachen Nutzungsrecht<sup>99</sup>. Ein neu einzufügender, zwingender Satz 3 in § 38 Abs. 1 UrhG könnte zum Schutze des Urhebers vor dem Verwerter<sup>100</sup> (bzw. vor sich selber) und zum Wohle der Allgemeinheit lauten:

*An wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika*

<sup>95</sup> Vgl. Hilty, MMR 2004, 713, 714.

<sup>96</sup> So auch Senfleben, Three-Step Test, S. 310. S.a. Geiger, Droit d'auteur et droit public à l'information, 2004, Rn. 420.

<sup>97</sup> Hilty, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, S. 237, spricht in diesem Zusammenhang von einer „qualifizierten Lizenz“.

<sup>98</sup> Zum Wegfall der Unwirksamkeit der Nutzungsrechtseinräumung für unbekanntete Nutzungsarten vgl. Referentenentwurf für ein zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, <http://www.bmj.bund.de>.

<sup>99</sup> Möhring-Nicolini-Spautz, § 38 Rn. 6; Straus, FS Schrickler, München 1995, S. 291, 319; Wandtke-Bullinger-Wandtke/Grunert, § 38 Rn. 8.

<sup>100</sup> Dazu Hilty, ZUM 2003, 983, 994.

erscheinen, hat der Urheber auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts das Recht, den Beitrag nach Ablauf von sechs Monaten seit Erstveröffentlichung anderweitig öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

Durch eine solche zeitliche Befristung des Ausschließlichkeitscharakters ließen sich im Zusammenspiel mit öffentlich-rechtlichen Regelungen (siehe oben 3. c)) die Auswirkungen der mitunter mehrjährigen und nahezu umfassenden Einräumung der relevanten Nutzungsrechte an die Wissenschaftsverlage dämpfen, die Zahl von Post-Prints und damit die Zugänglichkeit zu wissenschaftlicher Information erhöhen.

Zur Bestimmung des bereichsspezifisch angemessenen Zeitraums für die exklusive Auswertung sind – wie oben im Rahmen der Schrankenregelung bereits angeschnitten – kollektivvertragliche Rahmenvereinbarungen oder die Bestimmung mittels Verordnung denkbar. Bei ersteren wäre in diesem Zusammenhang auch an eine erneute Revision der zwischen Hochschulverband und Börsenverein des Deutschen Buchhandels vereinbarten Vertragsnormen (bzw. mittlerweile Vertragsmuster) für wissenschaftliche Verlagswerke zu denken<sup>101</sup>. Dabei darf man aber ungeachtet der unbestrittenen Bedeutung dieser Vereinbarungen für die Vertragsauslegung und der potentiellen Prägekraft für die Usancen im Verlagswesen nicht den unverbindlichen Charakter dieser Vertragsmuster und deren damit einhergehende tendenzielle Nichtanwendung unberücksichtigt lassen<sup>102</sup>. Solchen – im Übrigen auch kartellrechtlich nicht unproblematischen<sup>103</sup> – kollektivvertraglichen Regelungen kann nur so lange der Vorzug gegeben werden, wie sie in der Praxis grundsätzlich auch eingehalten werden.

Erwägen könnte man auch eine gesetzliche Ausnahme, wonach die grundsätzliche Sechsmonatsfrist dann nicht gelten soll, wenn eine angemessene Auswertung innerhalb dieser Frist nicht möglich ist. Für diese Fälle, für deren Vorliegen die Verleger die Beweislast zu tragen hätten, könnte man die Frist dann auf maximal ein oder zwei Jahre verlängern. Es bedarf allerdings nicht viel Phantasie, um sich auszumalen, welches Schicksal eine dergestalt geöffnete Regelung in der Praxis ereilen würde. Die Verwerterseite würde gegenüber Wissenschaftlern, die bislang in ihrer großen Mehrheit auf erschreckende Weise gleichgültig hinsichtlich ihrer Urheberrechte und den damit verbundenen Problemen des für sie existenziellen wissenschaftlichen Publikationswesens scheinen, regelmäßig einen längeren exklusiven Auswertungszeitraum durchsetzen können. Hoffnung böte hier einzig die Rechtsprechung<sup>104</sup>. Um die gleichermaßen berechtigten Interessen von Urhebern, Nutzern und Verwertern zu einem gerechten Ausgleich zu bringen, erscheint mithin der Verordnungsweg vorzugswürdig.

Das auf der Hand liegende Gegenargument ist neben den oben hinsichtlich Art. 5 III, 14 I GG und Europarecht vorgebrachten Einwänden freilich, dass deutsche Wissenschaftler

---

<sup>101</sup> Diese 1951 und 1980 revidierten Vereinbarungen wurden zuletzt 1998/2000 aktualisiert. Zur Entwicklung und Bedeutung dieses Normenwerks vgl. *Straus*, FS Schrickler, München 1995, S. 291ff.; *Schricker*, Verlagsrecht, 3. Aufl., München 2001 (im Folgenden: *Schricker*, VerlagsR), Einl. Rn. 10f.

<sup>102</sup> Die Vereinbarung über Vertragsnormen für wissenschaftliche Verlagswerke in der Fassung von 2000, abgedruckt als Anhang 2 bei *Schricker*, VerlagsR, S. 776ff., enthält gemäß der §§ 1 und 5 nur eine unverbindliche Empfehlung der vertragsschließenden Verbände an ihre Mitglieder, sich an die Musterverträge beim Abschluss von Verträgen über wissenschaftliche Verlagswerke zu halten. S.a. *Straus*, FS Schrickler, München 1995, S. 291, 310; *Schricker*, VerlagsR, Einl. Rn. 11: „Die geltenden Normverträge oder einzelne ihrer Regelungen schlagen sich nur zT im Text der heute gebräuchlichen Verlagsverträge nieder.“; soweit im Bereich der Zeitschriften überhaupt zur Schriftform gegriffen wird.

<sup>103</sup> Näher *Schricker*, VerlagsR, Einl. Rn. 12 m.w.N.

<sup>104</sup> Auch eine staatlich kontrollierte Fristverlängerung – bei Nachweis eines überwiegenden Interesses seitens der Verleger oder Herausgeber – z.B. durch das Deutsche Patent- und Markenamt als Aufsichtsbehörde, vgl. § 18 WahrnG, ist wegen des bürokratischen Aufwands keine taugliche Lösung.

bei einer solchen urhebervertragsrechtlichen Regelung Gefahr laufen, international benachteiligt zu werden. In vielen Disziplinen ist schließlich die Publikation auf dem internationalen Markt maßgeblich und dort die mehrjährige exklusive Nutzungsrechtseinräumung zumindest bislang üblich. Andererseits lässt sich argumentieren, dass die Verlagsgruppe *Elsevier* zuletzt bereits ihre Post-Print-Policy geändert hat. Danach soll es nun zulässig sein, die eigene Endversion des jeweiligen Beitrags auf die persönliche Homepage oder die der Institution zu stellen, soweit die korrekte Zitierung angegeben wird und der Beitrag verlinkt ist zur Website der Zeitschrift, in der der Beitrag erschienen ist<sup>105</sup>. *Nature* ermunterte seine Autoren unterdessen jüngst sogar zum sog. „Self-Archiving“ *sechs Monate* nach der Erstveröffentlichung<sup>106</sup>. Diese begrüßenswerten Schritte von *Elsevier* und der zu *Macmillan* gehörenden *Nature Publishing Group* sind aber nicht die Regel<sup>107</sup>, und viele Wissenschaftler schrecken nur aufgrund der für sie unklaren bzw. mühsam im Einzelfall zu klärenden Rechtslage vor dem Self-Archiving zurück.

Eine Lockerung der Post-Print-Policy sollte deshalb soweit wirtschaftlich ratsam und rechtlich möglich gesetzlich unterstützt werden. Eine zeitliche Befristung des Ausschließlichkeitscharakters für das dem Verleger eingeräumte Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung von Werken, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind, wäre hier ein grundsätzlich denkbarer Mosaikstein.

## 5. Zusammenfassung

Die von *Pflüger/ Ertmann* vorgeschlagene Regelung zur Anbietungspflicht in § 43 Abs. 2 UrhG begegnet in der vorliegenden Form erheblichen Bedenken. Der Vorschlag ist zu einseitig auf Hochschulverlage ausgerichtet und verfassungsrechtlich im Hinblick auf Art. 5 III GG problematisch, indem durch ihn die Publikationsfreiheit des Wissenschaftlers massiv eingeschränkt wird.

Um das Ziel eines offenen Zugangs zu wissenschaftlicher Information gleichwohl zu erreichen, erscheint es zunächst angeraten, öffentlich-rechtliche, d.h. in erster Linie dienstrechtliche Regelungen zu bemühen. Flankie-

rende, alternative Lösungswege über das Urheberrecht bedürfen unterdessen einer weiteren Analyse. Der Vorschlag einer Schrankenlösung wie § 52c UrhG stößt dabei – wie gesehen – schnell an die (zu) engen Grenzen des europäischen Rechts. Und auch wenn man die heftige Auseinandersetzung bedenkt, die § 52a UrhG bei der letzten Urheberrechtsnovelle ausgelöst hat<sup>108</sup>, erscheint der wie oben angeregte Ausbau einer verwandten Schranke rechtspolitisch schwierig<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Vgl. die „Copyright Information“ unter „Author Gateway“, <http://www.elsevier.com>.

<sup>106</sup> Vgl. Presseerklärung der *Nature Publishing Group* vom 10.01.2005, <http://npg.nature.com/pdf/archiving.doc> (s.a. Fn. 41).

<sup>107</sup> Zur empirischen Haltung der Verlage gegenüber Pre- und Postprints vgl. die Studie von „eprints.org“ unter <http://romeo.eprints.org/stats.php>. S.a. die *Sherpa*-Übersicht zu „Publishers copyright policies & self-archiving“, <http://www.sherpa.ac.uk/romeo.php?all=yes>.

<sup>108</sup> Krit. zum Regelungsgehalt des § 52a UrhG *Bernuth*, ZUM 2003, 438ff; *Russ*, ZRP 2004, 247 („Sündenfall“); *Sprang*, ZUM 2003, 1035, 1036 („Erbsünde“).

<sup>109</sup> Dies gilt umso mehr, als dass die „Verfallsregelung“ des § 137k UrhG im Referentenentwurf für den „2. Korb“ bedauerlicherweise bislang unverändert beibehalten wurde (Stand: 16.01.2005). Gemäß § 137k UrhG läuft die Unterricht und Forschung privilegierende Schranke des § 52a UrhG Ende 2006 aus. § 137k UrhG sollte ersatzlos gestrichen oder zumindest die Evaluierungsfrist verlängert werden. Ausf. zu dieser Problematik *Metzger* und *Kreutzer* in der ifrOSS-Stellungnahme zum 2. Korb, vgl. [http://www.ifross.de/ifross\\_html/art44.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art44.pdf).

Erfolgsversprechender ist somit eine Herangehensweise über das Urhebervertragsrecht. Insbesondere die Umgestaltung der Auslegungsregel des § 38 Abs. 1 UrhG zu einer zeitlich verschärften, zwingenden Vorschrift würde in der oben vorgeschlagenen Form über eine Zunahme von zeitlich verzögerten Zweitveröffentlichungen im Internet eine stärkere Teilhabe der Öffentlichkeit an den Forschungsergebnissen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind, fördern.