

Open Access in der Wissenschaft und Marktregulierung

STEFAN J. GEIBEL

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Universität Heidelberg

Zusammenfassung

Im folgenden Beitrag wird untersucht, ob und wie sich die verschiedentlich vorgeschlagenen und zum Teil umgesetzten „Open Access“-Instrumente in der Wissenschaft in das System des deutschen Urheberrechts einpassen lassen. Die jüngeren und jüngsten Gesetzesnovellen wählen teilweise marktrechtliche Ansatzpunkte. Das Ringen um eine interessengerechte Urheberrechtsordnung führt gerade in diesem Bereich angesichts der besonderen Eigentümlichkeiten wissenschaftlicher Werke und der Bedeutung besonderer Marktintermediäre zu der Erkenntnis, dass in das Urheberrecht Elemente eines Marktregulierungsrechts eingepflanzt worden sind, dass der Gesetzgeber sich des marktrechtlichen Charakters bewusst werden und das Urheberrecht insoweit zu einem „Werkmarktrecht“ weiterentwickeln muss.

1 Einführung

„Open Access“ ist zu einem Schlagwort und einer Programmatik auch im Zusammenhang mit veröffentlichten Werken der Wissenschaft geworden. Mit diesem Begriff wird zumeist die Vorstellung verknüpft, es gehe lediglich um einen Konflikt zwischen dem Urheberrecht der wissenschaftlichen Autoren und den Verlagsinteressen einerseits und dem Interesse der Nutzer an einem freien Zugang zu den

Forschungswerken andererseits, mögen die Nutzer selbst Wissenschaftler oder ihr Interesse politischer, gesellschaftlicher oder privater Natur sein. Nähme man diese recht einseitige und zugespitzte Perspektive ein, würde allerdings aus den Augen verloren, dass es im Kern um eine Marktregulierung geht. Es haben sich Märkte nicht nur für Theorien, Erkenntnisse und Forschungsprojekte, sondern Märkte für die verschiedenen Produkte herausgebildet, in denen wissenschaftliche Theorien, Erkenntnisse und Forschungsprojekte transportiert werden und für die nicht nur im Marktsinne eine Nachfrage besteht, sondern die den wissenschaftlichen Diskurs herstellen. Die Durchsetzung eines mehr oder weniger weitgehenden freien Zugangs für wissenschaftliche Werke in Gestalt einer möglichst kostenfreien, jedem interessierten Nutzer zugänglichen digitalen Publikation derselben könnte je nach der rechtlichen Gestaltung des „Open Access“-Instruments dazu führen, dass einerseits Marktstörungen nicht hinreichend beseitigt werden oder aber andererseits den Märkten für Wissenschaftsprodukte teilweise die Grundlage entzogen wird. Ist ein „Open Access“-Instrument auf einen marktregulierenden Charakter begrenzt, erhöht dies nicht nur seine Akzeptanz unter den Marktteilnehmenden, sondern auch die Einschätzung, dass es im Einzelfall mit Art. 5 Abs. 3 GG und Art. 13 der Charta der Grundrechte der EU vereinbar ist. Vor diesem Hintergrund lohnt eine rechtliche Vergewisserung, ob und inwieweit die Schaffung eines die Märkte organisierenden Rechts für urheberrechtlich geschützte wissenschaftliche Werke der verfassungsmäßig geschützten Wissenschafts- und Forschungsfreiheit zur Geltung verhilft und den schützenswerten Interessen der öffentlichen Hand, der wissenschaftlichen Urheber, der verschiedenen Marktintermediäre wie insbesondere der Verlage und der Herausgeber sowie der Nutzer gerecht wird.

2 Urheberrecht und Marktgedanke

Ausgangspunkt ist der Befund, dass das Urheberrecht bislang einen vertragsrechtlichen Charakter trägt und von der Bipolarität zwischen Urhebern und Werknutzenden geprägt ist.¹ Es kennt zwar grundsätzlich die verschiedenen Marktintermediäre, die auf dem Weg zum Nutzer das Werk auf seine Publikationswürdigkeit überprüfen, es gegebenenfalls erst publikationsreif machen, die Formate der Publikation festlegen, das Werk in einen bestimmten Zusammenhang stellen – zum

¹ Vgl. z.B. Hilty GRUR 2009, 633.

Beispiel in eine Schriftenreihe oder eine Fachzeitschrift aufnehmen und für Rezensionen sorgen – und die Publikation selbst durchführen. Dem Urheberrecht fehlt aber insbesondere eine rechtliche Normierung der Marktintermediäre. Zunächst scheint es so, als wäre es bislang nicht in das Bewusstsein des Gesetzgebers gelangt, dass es nicht nur um einen Markt der Ideen und Forschungsergebnisse und den Schutz der Urheber geht, sondern um eine Regulierung der verschiedenen Märkte für Produkte, die wissenschaftliche Werke transportieren.

Doch hat der Marktgedanke durch mehrere legislative Entwicklungen schon teilweise Einzug in das Urheberrecht gehalten. Zwei Beispiele seien hier herausgestellt, die erst jüngst Gegenstand einer Novellierung waren. Das erste Beispiel betrifft eine verbesserte Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf eine angemessene Werkvergütung.² Dieses Ende 2016 verkündete Gesetz geht ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs ausdrücklich von einer „gestörten Vertragsparität“ aus, weil sich „Kreative ... auf Vertragsbedingungen einlassen müssen, mit denen sie alle Rechte am Werk ... gegen eine unangemessene Einmalzahlung aus der Hand geben“.³ Ihnen fehle oft eine hinreichende „Markt- und Verhandlungsmacht“, um ihren gesetzlich geregelten Anspruch auch tatsächlich durchzusetzen.⁴ Mit diesen Argumenten will der Gesetzgeber seine Neuregelung als Antwort auf eine Störung des strukturellen Marktgleichgewichts verstanden wissen. Diese gesetzgeberische Reaktion ist freilich keine spezifisch marktrechtliche, sondern beschränkt sich im Wesentlichen auf eine gesetzliche Überformung der vertraglichen Zwei-Personen-Beziehung, insbesondere auf die Einführung eines gesetzlichen Auskunfts- und Rechenschaftsanspruches in § 32d UrhG. Lediglich § 36b UrhG als Instrument zur Durchsetzung gemeinsamer Vergütungsregeln gegenüber Mitgliedern einer Vereinigung von Werknutzern enthält einen gewissen kollektiven Einschlag.

Einen kollektiven Einfluss hat der Urheberrechtsgesetzgeber auch in dem zweiten Beispiel der Verwertungsgesellschaften zugelassen, die seit dem 1.6.2016 im Verwertungsgesellschaftengesetz geregelt sind.⁵ Weil es den einzelnen Urhebern

² BGBl. 2016 Teil I Nr. 63, S. 3037; näher zu der Gesetzesgenese Obergfell/Zurth ZGE 2017, 21 (22 ff.).

³ BT-Drucks. 18/8625, S. 1.

⁴ BT-Drucks. 18/8625, S. 1.

⁵ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/26/EU über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musik-

und anderen Schutzrechtsinhabern schwer fällt, wenn nicht gar unmöglich ist, ihre Rechte gegen jeden einzelnen Nutzer wahrzunehmen, führt die Wahrnehmung dieser Rechte durch Verwertungsgesellschaften die Angebotsseite mit der Nachfrageseite letztlich erst zusammen und effektiviert die Durchsetzung der Urheberrechte.

3 Die Eigentümlichkeiten wissenschaftlicher Werke und der Märkte für wissenschaftliche Werke

Der Markt für wissenschaftliche Werke zeichnet sich durch grundlegende Besonderheiten aus, die im Wesen eines wissenschaftlichen Werkes im Sinne des UrhG gründen. Über den Inhalt einer wissenschaftlichen Aussage, Lehre oder Theorie muss in ihrem Kern ein wissenschaftlicher Diskurs möglich sein, ohne dass die Urheber gegen den gesamten Diskurs oder gegen einzelne Kritik urheberrechtlich vorgehen dürften. Dieser wissenschaftliche Inhalt wird mithin als gemeinfrei einzustufen sein,⁶ jedenfalls soweit nicht das Urheberpersönlichkeitsrecht betroffen ist.⁷ Demgegenüber liegt der urheberrechtlich geschützte Charakter eines wissenschaftlichen Werkes in der Darstellung selbst, vor allem in den in- oder deduktiven Wegen zu den Erkenntnissen, in der konkreten Abfolge der Gedanken, in ihren Prämissen, Bezügen und Schlussfolgerungen, in ihrer Einordnung in Zusammenhänge, in den gewählten Beispielen und veranschaulichenden Bildern, Tabellen und Berechnungen.⁸ Der urheberrechtlich geschützte Kern eines wissen-

werken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt sowie zur Änderung des Verfahrens betreffend die Geräte- und Speichermedienvergütung (VG-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 24.5.2016, BGBl. 2016 Teil I Nr. 24, S. 1190. Artikel 1 dieses Omnibusgesetzes regelt das Gesetz über die Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften (Verwertungsgesellschaftengesetz – VGG).

⁶ Vgl. z.B. Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim/Leistner/Ohly, Urheberrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 2 Rn. 85.

⁷ Insbesondere hat jeder Urheber ein Recht auf Anerkennung seiner Urheberschaft nach §§ 13, 51 UrhG und nach § 14 UrhG ein negatorisches Recht, Entstellungen oder andere Beeinträchtigungen seines Werkes zu verbieten.

⁸ Vgl. E. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980, § 19 III 2; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim/Leistner/Ohly, Urheberrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 2 Rn. 84.

schafflichen Werkes wird metaphorisch betrachtet in seinem „Gewebe“ gesehen.⁹ Teilweise wird von einem „eigenschöpferischen Niederschlag“ der „suchenden, sichtenden und auswählenden Forschungstätigkeit“ gesprochen.¹⁰ Vom Urheberrechtsschutz umfasst wird damit nicht die entworfene Idee, sondern gerade die veröffentlichte Darstellung des wissenschaftlichen Werkes.

Diese Eigentümlichkeit des Urheberrechtsschutzes wissenschaftlicher Werke findet ihre Fortsetzung, sobald das Werk als „Rohstoff“ fertig gestellt ist und es in die Vermarktungsphase tritt.¹¹ Denn vollendet ist das wissenschaftliche Werk erst, wenn es in den wissenschaftlichen Diskurs eingeführt ist, und das geschieht ausschließlich durch die Publikation in einem Medium, das in den angesprochenen Wissenschaftskreisen wahrgenommen werden kann. Erst durch diese Werkverkörperung besteht die Möglichkeit, die Nutzung des Werkes exklusiv zu gestalten. Dem Autor eines wissenschaftlichen Werkes in der Gestalt eines „Rohstoffes“ kommt es daher weniger oder gar nicht auf die Vereinbarung einer hohen Vergütung aus der Einräumung von Nutzungsrechten an als vielmehr auf das wissenschaftliche Renommee eines Publikationsortes, auf das Gütesiegel einer Annahme zur Publikation und auf die Schnelligkeit, häufig auch auf die redaktionelle und bildhafte Qualität der Publikation selbst. Das Gewicht dieser Präferenzen kann von Autor zu Autor und je nach der Wissenschaftskultur unterschiedlich sein.

Im Allgemeinen legt der Autor eines wissenschaftlichen Werkes keinen Wert darauf, in der Phase der Entscheidung über den Publikationsort möglicherweise darauf zu bestehen, dass die Verwertung des Werkes nicht exklusiv erfolgen soll. So wird dem Verlag zumeist das ausschließliche Nutzungsrecht eingeräumt, und zwar im Hinblick auf § 31 Abs. 5 Satz 1 UrhG unter ausdrücklicher Aufzählung der Nutzungsarten. Viele Autoren gehen davon aus, dass dies den üblichen tatsächlichen Gegebenheiten entspreche (was in aller Regel auch stimmt), und sich daher keine Verhandlungen darüber führen ließen, ob der Autor sich oder seinem Dienstherrn oder Arbeitgeber zum Beispiel ein Zweitverwertungsrecht vorbehal-

⁹ So E. Ulmer, Der Urheberrechtsschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen, 1967, S. 3; ihm folgend z. B. BGH GRUR 1991, 449 (453); Reimer GRUR 1980, 572 (578).

¹⁰ BGH GRUR 1991, 523 (525).

¹¹ Von „Rohstoff“ spricht in diesem Zusammenhang auch z.B. Hilty GRUR 2009, 633 (643).

ten könnte. Der für die Publikation beauftragte Verlag wiederum hat ein legitimes Interesse an einer ausschließlichen Nutzung, weil er die Vergütung seiner Intermediärleistungen nicht von den Autoren erhält, sondern von den Nutzern. Diese Ausgangslage kann auch bei Online-Publikationen dazu führen, dass der Zugang zu dem Werk von dem verwertungsberechtigten Verlag eingeschränkt wird¹² und die Festsetzungen der Nutzerpreise für die Online-Publikation ohne die Einflüsse eines Wettbewerbs stattfinden. Derartige Schieflagen oder Störungen des Nutzermarktes entstehen, ohne dass man für sie den Urheber, die Marktintermediäre oder die Nutzer „verantwortlich“ machen könnte.

4 Die Ziele des „Open-Access“-Ansatzes zur Überwindung von Marktstörungen

Vor dem Hintergrund dieser Besonderheiten wissenschaftlicher Werke und der Störungen des Marktes für derartige Werke verfolgen die verschiedenartig artikulierten Forderungen nach einem „Open Access“ im wissenschaftlichen Bereich nicht weniger, aber auch nicht mehr, als diese Marktstörungen zu überwinden. Funktional soll der ungehinderte und kostenlose Online-Zugang zu wissenschaftlichen Werken eröffnet werden, um deren Einbeziehung in den wissenschaftlichen Diskurs zu sichern. Allein die öffentliche Zugänglichkeit der für den wissenschaftlichen Diskurs bislang wesentlichen Bibliotheken der Universitäten und anderen Forschungseinrichtungen genügt nicht mehr, wenn diese Bibliotheken nicht mehr alle wissenschaftlichen Werke erwerben können. Daher wird in Anlehnung an den Drei-Stufen-Test von Art. 5 Abs. 3 lit. a) der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (sog. InfoSoc-Richtlinie)¹³ eine Beschränkung des Urheberrechts zugunsten der wissenschaftlichen Forschung und Lehre („Unterrecht“) gefordert. Hierzu wurde im April 2017 ein Regierungsentwurf vorgelegt,¹⁴ der im Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Beitrags im Deutschen Bundestag bera-

¹² Die Vereinbarung einer Online-Publikation zwischen Autor und Verlag führt dann nicht zu einem „Open Access“ für die Nutzer.

¹³ ABl. EU vom 22.6.2001, L 167/16.

¹⁴ Vgl. <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/UrhwissG.html>; BT-Drucks. 18/12329 und BT-Drucks. 18/12378.

ten und mittlerweile verabschiedet worden ist und auf den noch zurückzukommen sein wird.

Ein hiervon zu unterscheidender Argumentationsansatz wird gewählt, wenn gefordert wird, dass die Werke derjenigen Forscher, die bereits mit öffentlichen Mitteln finanziert worden sind, nicht „ein zweites Mal“ von den Verlagen zu hohen Preisen gekauft werden dürften.¹⁵ So lautete auch das Hauptargument für die Einführung eines unabdingbaren Rechts zur Zweitveröffentlichung in § 38 Abs. 4 UrhG mit Wirkung zum 1. Januar 2014.¹⁶ Dieses Recht ist auf wissenschaftliche Beiträge in Zeitschriften („Sammlungen“) beschränkt, die periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinen. Es genügt, dass der betreffende Beitrag einer Forschungstätigkeit entstammt, die mindestens zu 50% mit öffentlichen Mitteln gefördert wurde. Die Zweitveröffentlichung darf nur zu nicht-kommerziellen Zwecken und erst zwölf Monate nach der Erstveröffentlichung unter Angabe der Quelle erfolgen.

Um die verschiedenen Ansatzpunkte für eine Verwirklichung der „Open Access“-Ziele und die damit zusammenhängenden rechtlichen Fragen zu identifizieren, müssen drei Phasen der Werkentstehung und -vermarktung unterschieden werden:¹⁷

In der *ersten Phase* vor dem eigentlichen Markteintritt wird das Werk als „Rohstoff“ erstellt. In dieser Phase kommt es allein auf das dienst- oder beamtenrechtliche Verhältnis des Wissenschaftlers zu seiner Forschungseinrichtung an. Hier stellt sich die Frage, ob der Wissenschaftler möglicherweise verpflichtet ist, das Werk, seinen Inhalt oder gewisse Arbeitsergebnisse der Forschungseinrichtung in der Manuskriptfassung noch vor der Veröffentlichung zur Verfügung zu stellen.

Die *zweite Phase* beschreibt den Weg vom „Rohstoff“ zur Veröffentlichung des Werkes und schließt die Auswahl des Verlages, je nach Wissenschaftskultur ein

¹⁵ Vgl. z.B. Asschenfeldt/Honekamp, ZRP 2004, 247 („öffentlich finanzierte Forschung muss öffentlich zugänglich sein“); zu einem früheren Entwurf für eine Änderung des UrhG siehe BT-Drucks. 17/5053, S. 4 („... es wird lediglich sichergestellt, dass die mit Steuergeldern ... finanzierten Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung durch die öffentliche Hand ... nicht ein zweites Mal zum finanziellen Nutzen der beteiligten Verlage gekauft werden müssen.“).

¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 17/13423, S. 14.

¹⁷ Diese Marktphasen werden von Hilty, GRUR 2009, 633 (643), auch als „Produktionsstufen“ bezeichnet; die einzelnen Prozessstufen werden näher beschrieben z.B. von Björk/Hedlund, Online Information Review, Vol. 28, 2004, 8 (11–15).

Peer-Review-Verfahren oder eine andere Art der Qualitätskontrolle, eine etwaige redaktionelle oder lektorierende Begleitung und den Abschluss des Verlagsvertrages ein. Im Allgemeinen wird das Werk erst nach Abschluss dieser zweiten Phase durch die Veröffentlichung in den wissenschaftlichen Diskurs eingeführt. Überlegungen eines sog. goldenen Weges („golden road“) gehen dahin, für wissenschaftliche Autoren „Open-Access“-Publikationsfonds zur Verfügung zu stellen, aus denen das Entgelt für die Zusatzleistungen des Verlages und anderen Marktintermediäre bestritten werden soll, und dem Verlag zur Auflage zu machen, die Publikation kostenlos allen Nutzern zugänglich zu machen.¹⁸ Wählt man den sog. grünen Weg („green road“) und knüpft eine Anbieterspflicht oder ein Zweitveröffentlichungsrecht an ein bereits publiziertes Werk an, werden nicht nur das Urheberrecht des Forschers, sondern auch die Leistungen der in dieser zweiten Phase tätigen Marktintermediäre (wie insbesondere der Verlage und Herausgeber) tangiert. Eine im Verlagsvertrag zumeist enthaltene Exklusivitätsklausel zugunsten des Verlages hat unmittelbare Auswirkungen auf die dritte Phase, in der das publizierte Werk den Interessenten angeboten und von Nutzern gegen Entgelt erworben wird.

In der *dritten Phase* wird das publizierte Werk vermarktet und zugänglich gemacht. Wenn die Verwertungsrechte dem Verlag in der zweiten Phase exklusiv eingeräumt worden sind, findet in der dritten Phase ein Wettbewerb nicht mehr statt. Ein Interessent könnte das Werk nicht von einem anderen Anbieter beziehen, der die Publikation mit anderen Zusatzleistungen versehen würde (zum Beispiel in einer unterschiedlichen Darstellung, mit Verknüpfungen zu anderen Werken oder mit einer Speicher- und Ausdruckfunktion).¹⁹ Um in dieser dritten Phase „Open Access“ zu verwirklichen, werden die eingangs zu diesem Abschnitt bereits erwähnten besonderen Privilegien zugunsten von Forschung und Lehre als Schranken der Urheberrechte sowie mögliche Zwangslizenzen vorgeschlagen.

Die sich stellenden rechtlichen Probleme der vorgestellten Ansatzpunkte für „Open Access“ in der Wissenschaft und deren mögliche Lösungen werden im Folgenden nach den einzelnen Phasen gesondert erörtert.

¹⁸ Vgl. zu den Modellen des „Gold Open Access“ und des „Green Open Access“ z.B. Strohschneider, *Forschung & Lehre* 2015, 92 (93 f.); Bernius/Dugall/König, *Forschung & Lehre* 2015, 100 ff..

¹⁹ Hilty, *GRUR* 2009, 633 (643) spricht insoweit treffend davon, der Nutzer könne sich nicht mehr aussuchen, „mit welcher Veredelung er [das Werk] zu welchen Bedingungen beziehen möchte“.

5 Anbietungspflicht in der ersten Phase nach Erstellung des Werkes als „Rohstoff“?

Ein erstes Instrument für „Open Access“ könnte darin liegen, den bei einer Forschungseinrichtung angestellten oder verbeamteten Wissenschaftler zu verpflichten, sein Werk dieser Forschungseinrichtung zur Verfügung zu stellen, so dass diese selbst für eine Publikation sorgen und für jeden oder für einen möglichst weit gezogenen Kreis von anderen Wissenschaftlern oder wissenschaftlich Interessierten nutzbar machen könnte. Dies entspräche dem Bestreben, gerade die Werke öffentlich finanzierter Wissenschaftler allgemein zugänglich zu machen, um sie nicht „ein zweites Mal“ finanzieren zu müssen.²⁰ Die Regelungen des § 42 ArbErfG und des § 69b UrhG, die für Erfindungen und Computerprogramme dem Arbeitgeber ein Ausübungsrecht zuweisen,²¹ dürfen auf urheberrechtlich geschützte Werke nicht ausgedehnt werden, weil Urheber stets der unmittelbar schöpferisch tätige Arbeitnehmer oder Beamte ist (sog. Schöpferprinzip).²² Gemäß § 43 UrhG bliebe nur die Möglichkeit, dass dem Arbeitgeber oder Dienstherrn in dem jeweiligen Arbeitsvertrag oder Dienstverhältnis Nutzungsrechte eingeräumt werden. Geschieht dies nicht ausdrücklich, müsste nach § 31 Abs. 5 Satz 2 UrhG der Vertragszweck eine Einräumung erfordern (sog. Übertragungszweckgedanke).²³ Die Einräumung von Nutzungsrechten beanspruchen kann der Arbeitgeber oder Dienstherr nur dann, wenn das Werk ein Arbeits- oder Dienstergebnis darstellt.

Diese Regeln werden jedoch durchbrochen, wenn es sich um wissenschaftliche Werke des angestellten oder verbeamteten Wissenschaftlers handelt. Insbesondere den Hochschulprofessoren seien Forschungsaufgaben zugewiesen, die sie frei auszuwählen berechtigt sein müssen und nur in der Weise ausüben können, dass sie von Weisungen des Hochschulträgers unabhängig sind.²⁴ Diese Autonomie

²⁰ Siehe oben bei Fußnote 15.

²¹ Insoweit ist das Hochschullehrerprivileg abgeschafft worden, vgl. zu Fragen der Verfassungsmäßigkeit BVerfG NVwZ 2004, 974; OLG Braunschweig GRUR-RR 2006, 178.

²² Vgl. z.B. RGZ 108, 44 (45); BGHZ 15, 338 (346); BGHZ 19, 382 (384); BGH GRUR 2011, 59 (60).

²³ Vgl. z.B. BGH GRUR 2004, 938; BGH GRUR 2011, 59 (60); OLG Jena GRUR-RR 2002, 379 (380).

²⁴ Vgl. z.B. BGH GRUR 1991, 523 (525); Rehbinder, Festschrift Hubmann, 1985, 359 (365); Hansen GRUR Int. 2005, 378 (379 f.); Berger ZGE 2010, 398 (408 f.); Dreier, in: Dreier/Schulze,

gehört zum Kernbereich der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit. Das in § 12 Abs. 1 UrhG allen Urhebern verbürgte Recht zu bestimmen, ob und wie ein Werk zu veröffentlichen ist, wird man im Bereich wissenschaftlicher Werke als vom Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG erfasst ansehen müssen. Wenn das wissenschaftliche Werk erst mit der Publikation in den wissenschaftlichen Diskurs eingeführt und dadurch vollendet wird, muss dem Urheber selbst die Wahl von Publikationsart und -ort überlassen bleiben. Mit der Weisungs- und Zweckfreiheit des Wissenschaftlers in Auswahl, inhaltlicher Ausgestaltung und Veröffentlichung korreliert notwendig das Fehlen jeder Pflicht, Forschungsergebnisse zum Zweck der Nutzung an den Hochschulträger übertragen zu müssen.²⁵ Eine Ausnahme kann im Einzelfall für Auftragsforschungsarbeiten gemacht werden. Den Kreis der insoweit geschützten angestellten oder verbeamteten Wissenschaftler wird man über die Hochschulprofessoren hinaus auf ausschließlich wissenschaftlich tätiges Personal erweitern können.²⁶ Auf der ersten Stufe der Werkentstehung wird nach alledem ein Instrument für „Open Access“ nicht ansetzen können.

6 Durchbrechung der Exklusivität in der zweiten Phase bis zur Veröffentlichung?

In der zweiten Phase auf dem Weg vom Werk als „Rohstoff“ bis zu seiner ersten Veröffentlichung treten die Leistungen der Marktintermediäre, insbesondere der Verlage, in den Vordergrund. Dass die wissenschaftlichen Urheber kaum auf eine hohe Vergütung für die Einräumung von Nutzungsrechten an ihren Werken Wert legen und die Ausschließlichkeit der Rechteinräumung an den Verlag hinnehmen, ohne sich der möglichen Verhandlungssituation bewusst zu sein, ist bereits als eine gewisse Marktstörung identifiziert worden. Doch inwieweit rechtfertigen diese Marktstörungen einen „Open Access“ oder sogar spezifische Instrumente eines „Open Access“ wie das Zweitverwertungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG?

UrhG, 5. Aufl. 2015, § 43 Rn. 12; Rojahn, in: Schricker/Loewenheim/Leistner/Ohly, Urheberrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 43 Rn. 131; a.A. Pflüger/Ertmann ZUM 2004, 436 (441 f.).

²⁵ Besonders ausdrücklich BGH GRUR 1991, 523 (525).

²⁶ So für wissenschaftliche Assistenten etwa LG Köln ZUM 2000, 579; vgl. näher Rojahn, in: Schricker/Loewenheim/Leistner/Ohly, Urheberrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 43 Rn. 132 ff..

Dies scheint nach dem bisherigen Verständnis der Leistungsbeziehungen nicht auf der Hand zu liegen, weil die Verlage ein legitimes Interesse an einer Vergütung ihrer Publikations- und Intermediärleistungen durch den Nutzer haben und hierfür die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts die wirtschaftliche Grundlage bietet. Deutlicher wird der Bedarf nach einer Marktstörungsbehebung, wenn man den Geschäftsbesorgungscharakter des Vertrages zwischen Urheber und Verlag erkennt: Der Verlag muss nicht nur für die Publikation sorgen, sondern für die hinreichende Verbreitung des wissenschaftlichen Werkes und für die Möglichkeit seiner Rezeption im wissenschaftlichen Diskurs. Damit leistet der Verlag nicht lediglich *an* den Urheber, sondern erbringt eine Leistung *für* ihn und sein Werk.²⁷ Würde der Verlag das Produkt, in dem das Werk verkörpert wird, nicht hinreichend unter den Wissenschaftlern des betreffenden Fachs verbreiten, könnte das Werk nicht am wissenschaftlichen Diskurs partizipieren und wäre nicht vollendet. Das dem Urheber zwingend eingeräumte Zweitverwertungsrecht nach § 38 Abs. 4 UrhG ist das geeignete und erforderliche Mittel, um dem Werk noch im Nachhinein die notwendige Rezeption zu sichern, falls der Urheber auch nur den Eindruck hätte, der bisher erreichte Verbreitungsgrad wäre nicht hinreichend groß gewesen.²⁸ Der Anreiz für die Ausübung des Zweitverwertungsrechts kann höher sein, wenn Datenbanken oder Repositorien aufgebaut sind, die eine hohe Qualität aufweisen und den Bedürfnissen der jeweiligen Fachkulturen gerecht werden. Ein Fremdkörper in § 38 Abs. 4 UrhG bleibt freilich das Erfordernis, dass der wissenschaftliche Beitrag „im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln“ finanzierten Tätigkeit entstanden sein müsse. Darum, die öffentliche Hand davor zu bewahren, ein „zweites Mal“ für Dienst- oder Arbeitsergebnisse zahlen zu müssen, geht es bei dem Zweitverwertungsrecht höchstens reflexartig. Das gesetzlich zwingende Zweitverwertungsrecht bleibt ein (zusätzliches) Recht des Urhebers und wird nicht etwa zur Schranke des Urheberrechts.²⁹

²⁷ Vgl. zu dieser sog. Geschäftsbesorgungsformel z.B. BGH Der Betrieb 1959, 168; keine nennenswerte Rolle dürften hier die Kritikpunkte gegen diese Formel spielen, vgl. zu diesen Kritikpunkten z.B. Martinek/Omlor, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 675 Rn. A 21; Geibel, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, 2008, 94 ff..

²⁸ Vgl. ausführlich Hansen GRUR Int. 2005, 378 (382 ff.).

²⁹ So auch z.B. Heckmann/Weber GRUR Int. 2006, 995 (998) (“urhebervertragsrechtliche Regelung” versus “Schranken-Lösung”); anders offenbar Hirschfelder MMR 2009, 444 (445 ff.).

Hingegen verließ man den Bereich der Marktregulierung, wenn man die Ausübung des Zweitverwertungsrechts zur Pflicht machen würde. Dann läge eine Urheberrechtsschranke vor, die sich an Art. 5 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2001/29/EG messen lassen müsste. § 44 Abs. 6 des Landeshochschulgesetzes Baden-Württemberg sieht vor, dass Hochschulen die Angehörigen ihres wissenschaftlichen Personals zur Ausübung des Zweitverwertungsrechts durch Satzung verpflichten „sollen“. Weil diese Regelung auch dann Geltung beansprucht, wenn der Markt „funktioniert“ und eine hinreichende Verbreitung erfolgt, sind erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Zwecks dieser Regelung angebracht.³⁰ Ob der Verbreitungsgrad hinreichend gewahrt ist, kann schwerlich pauschal ohne Blick auf den Einzelfall und ohne Einbindung des betroffenen Wissenschaftlers bewertet werden. Der abstrakt-generelle Charakter der Regelung übt zudem Druck auf die Märkte für die jeweilige Erstveröffentlichung aus: Für kleinere wissenschaftliche Beiträge in periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlungen und Zeitschriften, deren Neuheitscharakter nach zwölf Monaten deutlich abgenommen hat, mag der Druck noch erträglich sein. Doch für qualitativ hochwertige, monographisch angelegte Beiträge mit einem dauerhaften, von der Tagesaktualität unabhängigen Geltungsanspruch dürften die Schwierigkeiten zunehmen, einen Verlag für die Erstveröffentlichung zu finden, sofern von vornherein feststünde, dass eine Zweitveröffentlichung erfolgt.

7 Umwälzungen in der zweiten Phase durch das „Golden-road“-Modell?

Die unter 4. erwähnten Überlegungen eines sog. „golden road“-Modells würden die zweite Phase der Werkentstehung und -vermarktung vollständig umwälzen. Statt um Märkte für die Einräumung von Nutzungsrechten an Werken der Wissenschaft ginge es dann nur noch um Märkte für die verschiedenen Leistungen der Marktintermediäre. Diese Leistungen würden von den Urhebern zu vergüten

³⁰ Zu den weiteren verfassungsrechtlichen Zweifeln an dieser Regelung siehe ausführlich und überzeugend Sandberger, Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2015, § 44 Rn. 7, ferner den Brief des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Konstanz, veröffentlicht in: Löwisch, Ordnung der Wissenschaft 2016, 135 f.; vgl. auch Laule, in: Beck'scher Online-Kommentar Hochschulrecht Baden-Württemberg, 3. Edition 1.2.2017, § 44 LHG Rn. 20–22.

sein, die ihrerseits auf eine Vorfinanzierung durch Publikationsfonds angewiesen wären. Die Probleme dieses Modells liegen offen zutage: Für die öffentliche Hand fiel zwar eine Finanzierung der veröffentlichten Werke weg, wenn die Verlage verpflichtet wären, einen freien Zugang zu den Werken für jeden Nutzer zu gewährleisten. Doch käme die Pflicht zur Befüllung der Publikationsfonds hinzu, so dass die öffentliche Hand auch nach diesem Modell „ein zweites Mal“ zahlen müsste. Zudem dürften die Preise für die Marktintermediärleistungen kaum geringer ausfallen, nur weil der Schuldner ein anderer wäre. Für die Urheber wissenschaftlicher Werke träte vor die eigentliche Vermarktungsphase eine Vorphase, in welcher sie die Finanzierung der Veröffentlichung ihres Werks als „Rohstoff“ beantragen und die Entscheidung des Publikationsfonds abwarten müssten. Wenn der Publikationsfonds aus Kostengründen nicht sämtliche eingehenden Anträge positiv bescheiden wollte, müsste er vorab ein Kontrollverfahren durchführen, in dem über die „Publikationswürdigkeit“ entschieden werden müsste. Abgesehen davon, dass über eine „Publikationswürdigkeit“ nur schwer gerichts feste Entscheidungen herbeizuführen sind, müsste der Publikationsfonds zusätzliche Mittel einsetzen, um entweder selbst oder durch Dritte die entsprechenden, an die Anforderungen jedes Fachgebiets angepassten Vorauswahlverfahren durchzuführen. Bestehende Peer-Review-Verfahren würden möglicherweise verdrängt.

Von dem Nebeneinander des „Golden-road“-Modells und des alten Modells gingen weitere Gefahren aus. Den Urhebern, deren Anträge von einem Publikationsfonds abgelehnt würden, könnte nicht verboten werden, dass sie die Nutzungsrechte einem Verlag einräumen und dieser von den Nutzern Vergütung ihrer Leistungen verlangt. In manchen Fachkulturen werden zudem freie Autoren auf den alten Publikationsweg angewiesen sein, weil sie nicht an einer Forschungseinrichtung angebunden sind und ihnen der Weg über einen Publikationsfonds versperrt wäre. Auch den Verlagen kann außerhalb des „Golden-road“-Modells nicht verboten werden, die ihnen von einem Autor angetragene Einräumung von Nutzungsrechten an einem Werk im Einzelfall anzunehmen und für dieses Werk von Nutzern Entgelte zu verlangen. Folgerichtig käme es zu einem Wettbewerb zwischen dem neuen und dem alten Modell. Da der vorgebliche Profiteur des „Golden-road“-Modells, die öffentliche Hand, selbst nicht Marktteilnehmer ist, könnte es zu nicht geplanten und nicht kontrollierbaren Ausweichbewegungen kommen. Wenn sich bei der Umsetzung des „Golden-road“-Modells Störungen zeigen, etwa bei der Vergütungshöhe oder bei der Schnelligkeit des Verfahrens,

wäre den Marktteilnehmern unbenommen und nicht zu nehmen, den alten Weg einzuschlagen. Die Folge wäre eine Art „Flickenteppich“ aus Werken, die nach dem „Golden-road“-Modell frei zugänglich sind, und aus Werken, für deren Zugang ein Entgelt gezahlt werden müsste. Nicht ausgeschlossen wäre, dass sich innerhalb von Gesamt- oder Sammelwerken Einzelwerke sowohl der ersten als auch der zweiten Kategorie befänden.

Um einen Wettbewerb des „Golden-road“-Modells und des bisherigen Marktmodells zu vermeiden und um den Marktteilnehmern das erste Modell schmackhaft zu machen, müssten die Publikationsfonds sehr erhebliche Finanzmittel einsetzen, welche die bisherigen Kosten nach dem bisherigen Marktmodell bei weitem übersteigen dürften.

8 Die Einführung von Schranken des Urheberrechts und ihre markt-mäßigen Auswirkungen in der dritten Phase?

Das Urheberrecht der wissenschaftlichen Autoren trägt seine Schranken insoweit bereits in sich, als sie zur Vollendung ihrer wissenschaftlichen Werke auf die Rezeption und den wissenschaftlichen Diskurs angewiesen sind. Besonders augenscheinlich wird dies beim Zitatrecht nach § 51 UrhG.³¹ Andere Schranken des Urheberrechts können durch die Rechte anderer, insbesondere durch die Wissenschaftsfreiheit bestimmter Nutzer begründet sein. Diese Schranken wirken naturgemäß auch in der dritten Phase der Vermarktung und Zugänglichmachung wissenschaftlicher Werke. Es nimmt nicht wunder, dass die Regelungstechnik der Urheberrechtsschranken fruchtbar gemacht wird, um bestimmte Ziele von „Open Access“ zu verwirklichen. Dies soll insbesondere durch die Einführung einer sog. „Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ im Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG) geschehen.³² Schranken müssen den Anforderungen des sog. Drei-Stufen-Tests des Art. 5 Abs. 3 lit. a, Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (sog. InfoSoc-

³¹ Vgl. auch das Wiedergaberecht „zum Zwecke der Zitierung oder der Lehre“ in § 40 Nr. 3 DesignG.

³² BT-Drucks. 18/12329.

Richtlinie) gerecht werden. Hier kann nur auf ausgewählte einzelne Aspekte eingegangen werden.

Die Frage nach den Schranken des Urheberrechts rührt an der Grundfrage, inwieweit das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers gerechtfertigt werden kann. Zunächst sind die Besonderheiten wissenschaftlicher Werke³³ in Erinnerung zu rufen und in Beziehung zu der dritten Marktphase zu setzen. Während der gemeinfreie wissenschaftliche Inhalt des Werks allein keine „Rivalität“ unter den Nutzern hervorruft, mithin die Nutzung durch den einen nicht die Nutzung durch einen anderen beeinträchtigt, und ab dem Zeitpunkt der Werkveröffentlichung jeder die Möglichkeit der Nutzung hat, ohne an der Nutzung gehindert werden zu können,³⁴ führt erst die Verkörperung des wissenschaftlichen Werks in einem „Gewebe“ zu der Möglichkeit, die Nutzung dieser Verkörperung exklusiv zu gestalten. Dem Urheber eines wissenschaftlichen Werkes ein Ausschließlichkeitsrecht einzuräumen, geschieht deshalb, um überhaupt einen Markt herzustellen und aus möglichen Absatzmöglichkeiten den Anreiz für die Werkerstellung zu geben.³⁵ Dem kann nicht entgegnet werden, einem Wissenschaftler komme es häufig nicht auf eine Vergütung in Geld an. Erstens kann dies nur die individuelle Entscheidung des Wissenschaftlers sein und zweitens sind einige Wissenschaftler auf gewisse Vergütungen angewiesen, und sei es nur, um in die Anschaffung der Werke anderer Wissenschaftler investieren zu können, die für ihre eigene Werkerstellung notwendig sind. Diese Dispositionsmöglichkeiten sind angesichts der verfassungsrechtlichen Verankerung des Urheberrechts in Art. 14 GG geschützt. Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG setzt voraus, dass Urheberrechtsschranken nicht „die normale Verwertung des Werks“ tangieren und „die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden“.³⁶ Weitere gewichtige Gründe sprechen dafür, die Existenzberechtigung der Märkte für wissenschaftliche Werke und damit die Ausschließlichkeitsrechte der wissenschaftlichen Autoren zu rechtfertigen. Insbesondere schaffen erst diese Märkte die für die wissenschaftliche

³³ Siehe oben 3.

³⁴ Zur „Nichtrivalität“ im Ver- oder Gebrauch und zur „Nichtexklusivität“ als Kennzeichen immaterieller Güter siehe z.B. Rehbinder/Peukert, Urheberrecht, 17. Aufl. 2015, Rn. 5; Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 75 ff.

³⁵ Vgl. z.B. Peukert, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, 11 (16).

³⁶ Zur Frage der Vereinbarkeit einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke mit dem Drei-Stufen-Test vgl. Wandtke GRUR 2015, 221 (223 f.).

Rezeption notwendige Verbreitung, Übersichtlichkeit und Verlässlichkeit für jede einzelne Wissenschaftsdisziplin. Die Funktionsfähigkeit der Märkte für wissenschaftliche Werke garantiert zudem institutionell die Entstehungsvoraussetzungen für neue Werke. Von den Märkten gehen steuernde Wirkungen auf die wissenschaftliche Redlichkeit und auf den Umgang mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht aus. Auf den Märkten für wissenschaftliche Werke kommt es ferner nicht nur auf das Urheberrecht an, sondern es werden zahlreiche weitere, für den wissenschaftlichen Diskurs notwendige Intermediärleistungen erbracht. Im Übrigen würden in einem Datenbanken- oder Repositoriensystem ebenfalls Märkte für gewisse Leistungen entstehen.

Dient das Ausschließlichkeitsrecht hauptsächlich dazu, einen Markt erst zu ermöglichen, wohnt seiner Gewährung die Gefahr inne, im Einzelfall „überschießende“ Wirkungen zu entfalten. Solche Wirkungen zu verhindern, ist Zweck und innere Rechtfertigung der Schranken des Urheberrechts.³⁷ Typische Einzelfälle kann der Gesetzgeber einer abstrakt-generellen Regelung zuführen. Wissenschaftliche Urheber sind etwa typischerweise auf die Nutzung bereits veröffentlichter Werke angewiesen, um ihr eigenes Werk zu schaffen. Diesem legitimen und den Markt erst ermöglichenden Bedürfnis entsprechen beispielsweise die Schranken in § 60c Abs. 1, 2 UrhG, wonach für nichtkommerzielle Forschung für andere Vervielfältigungen von 15% eines Werkes und für eigene Forschung Vervielfältigungen von 75% erlaubt sind. Die Schranken können grundsätzlich nicht eine hundertprozentige Nutzung erlauben, da sonst das Urheberrecht nicht exklusiv wäre und damit die Grundvoraussetzung für einen Markt fehlen würde. Dieses Argument tritt allerdings in den Hintergrund, wenn für bestimmte Werke ein Markt nicht oder nicht mehr existiert, wie für vergriffene Werke, für die nach § 60c Abs. 3 UrhG-E eine vollständige Vervielfältigung erlaubt werden soll. In diesen Fällen gewinnt gegenüber dem nur theoretischen Interesse an einer Wiederbelebung des Marktes (durch Neuabdruck) der Rechtfertigungsgrund die Oberhand, dass ein wissenschaftlicher Diskurs über das vergriffene Werk möglich bleiben muss. Zugleich wird mit jenen Schranken ein Marktversagen in der dritten Phase behoben, wenn man davon ausgeht, dass einzelne Wissenschaftler nicht die ent-

³⁷ Siehe ausführlich z.B. Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 82 ff..

sprechende Marktmacht hätten, um die für ihre Werkerstellung notwendigen, mit dem besonderen Nutzungszweck begründeten Preisreduktionen auszuhandeln.

Nicht unzweifelhaft sind die weiteren Urheberrechtsschranken im UrhWissG, die nicht explizit auf eine Nutzung zum Zweck der Forschung abstellen. So können wissenschaftliche Werke insbesondere der Schranke für Unterricht und Lehre nach § 60a UrhG unterfallen. Das trifft nicht nur, aber vor allem Lehrbücher, die in bestimmten Wissenschaftsdisziplinen den Charakter einer wissenschaftlichen Monographie tragen können. Die geplante gesetzliche Erlaubnis für Nutzungen auch wissenschaftlicher Werke in Unterricht und Lehre, insbesondere für die Vervielfältigung von 15% eines Werkes nach § 60a Abs. 1 UrhG, beschwört die Gefahr herauf, dass künftig die Preise für solche Werkprodukte erheblich steigen oder aber diese Werke gar nicht erst veröffentlicht werden, weil sich die Veröffentlichung wirtschaftlich nicht lohnt. Die Rezeption wissenschaftlicher Werke in Unterricht und Lehre wäre dann gefährdet. In § 60h Abs. 1, 4 UrhG in Verbindung mit §§ 54-54c UrhG wird zwar ein Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung vorgesehen, den eine Verwertungsgesellschaft geltend zu machen hat. Damit würde allerdings die dritte Phase der Vermarktung der ein wissenschaftliches Werk transportierenden Produkte vernachlässigt und übersprungen. Es wäre vorzugswürdig gewesen, gewissen näher eingegrenzten Bildungseinrichtungen eine Art Zwangslizenzrecht zuzubilligen, damit Verlage ihnen ein Nutzungsrecht zu angemessenen Bedingungen einräumen müssen.³⁸ Die wissenschaftlichen Urheber haben aus dem Geschäftsbesorgungscharakter ihres Vertrages mit dem Verlag einen Anspruch gegen den letzteren, dass ihr Werk um der hinreichend breiten wissenschaftlichen Rezeption willen nicht zu unangemessen hohen Preisen angeboten wird.³⁹ Jedenfalls im Hochschulbereich liegt der Gedanke nahe, dass wissenschaftliche Autoren diesen Anspruch an den Träger ihrer Forschungseinrichtung abtreten. Dieser Gedanke könnte Grundlage für nicht notwendig vom Gesetzgeber verordnete Paketlösungen sein, insbesondere durch den Abschluss von Rahmenverträgen. Dies böte eine Möglichkeit, für angemessene Preise im Markt für wissenschaftliche Werkprodukte zu sorgen.

³⁸ Für ein Zwangslizenzmodell vgl. z.B. ausführlich Hilty GRUR 2009, 633 (643 ff.); ferner auch Wandtke GRUR 2015, 221 (224 ff.); kritisch z.B. Hansen GRUR Int. 2005, 378 (383). Ein gesetzliches Beispiel kennt z.B. § 42a UrhG.

³⁹ Siehe oben unter 6.

9 Fazit

„Open Access“ setzt funktionierende Märkte für wissenschaftliche Werkverkörperungen voraus. Die rechtlichen Instrumente, die „Open Access“ etablieren sollen, sind auf einen marktregulierenden Charakter zu begrenzen, um sowohl ihre Akzeptanz in den Märkten für wissenschaftliche Werke als auch ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu gewährleisten. Hierbei ist nach den einzelnen Marktphasen der Werkentstehung und Werkvermarktung zu unterscheiden und den Eigentümlichkeiten wissenschaftlicher Werke Rechnung zu tragen. In der Phase bis zur Entstehung des wissenschaftlichen Werks als „Rohstoff“ ist für „Open Access“-Instrumente insoweit kein Raum, als wissenschaftlichen Urhebern nicht eine Anbietetung oder Ablieferung ihrer Werke an ihre jeweilige Forschungseinrichtung zur Pflicht gemacht werden darf. Hinsichtlich der zweiten Phase vom „Werkrohstoff“ bis zu seiner Veröffentlichung erweist sich das gesetzlich zwingend ausgestaltete Zweitverwertungsrecht der wissenschaftlichen Urheber als ein Instrument, das in der Hand der Urheber für die Ziele eines „Open Access“ eingesetzt werden kann. Wenn dieses Zweitverwertungsrecht zur Pflicht gemacht wird, ist der Bereich der Marktregulierung verlassen. Ob in diesem Fall die dann eingreifenden verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken ausgeräumt werden können, ist zumindest zweifelhaft. Die Einführung eines „Golden-road“-Modells würde mit dem alten Marktmodell konkurrieren müssen. Die Vorfinanzierung der Publikationen durch Fonds würde sehr erhebliche Mittel erfordern und im Vergleich mit dem alten Marktmodell wahrscheinlich teurer. In der letzten Phase der Werkvermarktung können Urheberrechtsschranken zugunsten der Wissenschaft im Grundsatz die Ziele von „Open Access“ verwirklichen helfen, sofern sie lediglich die dem Exklusivitätsrecht inhärenten überschießenden Wirkungen nehmen. Die Existenzberechtigung der Märkte für wissenschaftliche Werkprodukte kann rechtlich untermauert werden; ihnen darf durch „Open Access“ nicht etwa der Boden entzogen werden. Diese Gefahr droht für bestimmte lehrnahe wissenschaftliche Werke durch die gesetzliche Ausgestaltung etwa der Urheberrechtsschranken zugunsten von Unterricht und Lehre im UrhWissG. Lizenzlösungen und eine gesetzlich konkretisierte Grundlage für Rahmenvereinbarungen wären mögliche Alternativen, um ein Schrankensystem in die marktrechtlichen Besonderheiten einzubetten. Bislang ist der Gesetzgeber auf dem Weg zu einem „Werkmarktrecht“ auf halber Strecke stehen geblieben.

Literatur

- Asschenfeldt, C./Honekamp R. (2004): Freier Zugriff auf wissenschaftliche Beiträge? Pro. In: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), 2004: 247
- Berger, C. (2010): Urheberrechtliche Nutzungsrechte der Universität an Werken der bei ihr beschäftigten Wissenschaftler. In: Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE), 2010: 398–412
- Bernius, S./Dugall, B./König, W. (2015): Gold oder grün – Zur Ökonomie unterschiedlicher Publikationsmodelle. In: Forschung & Lehre, 2015: 100–101
- Björk, B.-C./Hedlund, T. (2004): A formalised model of the scientific publication process. In: Online Information Review, Vol. 28, 2004: 8–21
- von Coelln, C./Haug, V. M. (2017): Beck'scher Onlinekommentar Hochschulrecht Baden-Württemberg. 4. Edition. C. H. Beck, München
- Dreier, T./Schulze, G. (2015): Urhebergesetz; Kommentar. 5. Aufl. C. H. Beck, München
- Geibel, S. J. (2008): Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht. Mohr Siebeck, Tübingen
- Hansen, G. (2005): Zugang zu wissenschaftlicher Information - alternative urheberrechtliche Ansätze. In: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.), 2005: 378–388
- Heckmann, J./Weber, M. P. (2006): Open Access in der Informationsgesellschaft - § 38 UrhG de lege ferenda. In: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.), 2006: 995–1000
- Hilty, R. M. (2009): Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette. In: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), 2009: 633–644
- Hirschfelder, M. (2009): Open Access - Zweitveröffentlichungsrecht und Anbieterspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelung? §§ 38 und 43 UrhG de lege ferenda im Lichte der RL 2001/29/EG. In: Multimedia und Recht (MMR), 2009: 444–448
- Loewenheim, U./Leistner, M./Ohly, A. (2017): Urheberrecht; Kommentar (bis zur 3. Aufl. herausgegeben von Schricker, G.). 5. Aufl. C. H. Beck, München
- Löwisch, M. (2016): Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung. In: Ordnung der Wissenschaft (OdW), 2016: 135–136
- Obergfell, E. I./Zurth, P. (2017): Nach der Reform der Reform: Das neue Urhebervertragsrecht. In: Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE), 2017: 21–46
- Peukert, A. (2004): Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut – insbesondere: die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses. In:

- Hilty, R. M./Peukert, A. (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004: 11–46
- Pflüger, T./Ertmann, D. (2004): E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich. In: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)*, 2004: 436–443
- Rehbinder, M./Peukert, A. (2015): *Urheberrecht*. 17. Aufl. C.H. Beck, München
- Rehbinder, M. (1985): Zu den Nutzungsrechten an den Werken von Hochschulangehörigen. In:
- Forkel, H. (Hrsg.), *Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag*, 1985: 359–372
- Sandberger, G. (2015): *Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg*. 2. Aufl. C. F. Müller, Heidelberg
- Staudinger, J. (2017): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Sellier/de Gruyter, Berlin
- Stieper, M. (2009): *Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts*. Mohr Siebeck, Tübingen
- Strohschneider, P. (2015): Kein „entweder – oder“: Positionen der Deutschen Forschungsgemeinschaft zu Open Access. In: *Forschung & Lehre*, 2015: 92–94
- Ulmer, E. (1980): *Urheber- und Verlagsrecht*. 3. Aufl. Springer, Berlin
- Ulmer, E. (1967): *Der Urheberrechtsschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen*. Bayerische Akademie der Wissenschaften, München
- Wandtke, A-A. (2015): Schrankenlose Bildung und Wissenschaft im Lichte des Urheberrechts. In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, 2015: 221–227

Über den Autor

Prof. Dr. iur. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Université Aix-Marseille III) studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen und Aix-en-Provence. Nach anwaltlichen Tätigkeiten in Berlin und Frankfurt am Main, Promotion und Habilitation an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen sowie Stationen an der LMU München, der JGU Mainz, der Universität Konstanz und der TU Dresden ist er seit 2010 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (IGW). Seine Forschungsinteressen erstrecken sich unter anderem auf das Bürgerliche Recht, das Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht sowie das Steuerrecht.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Univ. Aix-Marseille III)
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
Geschäftsführender Direktor des Instituts für deutsches und europäisches
Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (IGW)
Friedrich-Ebert-Platz 2
69117 Heidelberg
E-Mail: stefan.geibel@igw.uni-heidelberg.de
Homepage: http://www.igw.uni-heidelberg.de/lehrstuehle/prof_ge/