

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 5/2013

Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft: Auf die Perspektive kommt es an!

Alexander Peukert

Erscheint in: Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-
Commerce Law (JIPITEC) 2013

Zusammenfassung: Seit dem Einzug der digitalen Netzwerktechnologie ist das Urheberrecht zu einem heftig umkämpften Politikum geworden. Dies gilt auch im Hinblick auf „Wissenschaft“ als urheberrechtlichen Schutzgegenstand. Ob das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft allerdings überhaupt als problematisch erscheint und welche Lösungsansätze für einen ggf. wahrgenommenen Konflikt präferiert werden, hängt maßgeblich von der Perspektive ab. Der Beitrag unterscheidet insoweit eine urheberrechtliche von einer wissenschaftstheoretisch/-soziologischen Betrachtungsweise. Es zeigt sich, dass nur Letztere geeignet ist, den gegenwärtig stattfindenden, grundlegenden Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems zu erklären und adäquate Regulierungsvorschläge zu entwickeln.

Abstract: Since the advent of digital network technologies, copyright has become a highly contentious political matter. This is also true in the area of scientific works and the scholarly communication system in general. However, whether the relationship between copyright and scholarship is considered problematic and which, if any, alternative approaches to the current system are preferred, depends upon the perspective. In that regard, the article distinguishes a copyright perspective from a perspective that takes as its starting point the philosophy and sociology of science. The article shows that only the latter, scientific perspective is capable of explaining and adequately regulating the current, fundamental change taking place in the scholarly communication system.

I. Einleitung

Seit dem Einzug der digitalen Netzwerktechnologie ist das Urheberrecht zu einem heftig umkämpften Politikum geworden. Dies gilt auch im Hinblick auf „Wissenschaft“ als urheberrechtlichen Schutzgegenstand.¹ Der Streit um das Wissenschaftsurheberrecht wird in verschiedenen Foren ausgetragen und ist inzwischen auch in der Sache weit verzweigt.

Eine Analyse dieser Auseinandersetzung ergibt, dass der Diskurs von zwei weitgehend unverbunden nebeneinander stehenden Perspektiven geprägt ist, nämlich einer urheberrechtlichen einerseits und einer wissenschaftstheoretisch/-soziologischen andererseits. Ob sich ein Sprecher die eine oder andere Betrachtungsweise zu Eigen macht, beeinflusst bereits die Haltung zur Ausgangsfrage, ob das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft überhaupt als problematisch erscheint: Die urheberrechtliche Perspektive verneint (dazu II), die wissenschaftstheoretische bejaht (dazu III). Auch die jeweiligen Alternativvorschläge zur gegenwärtigen Rechtslage stehen in einem engen Zusammenhang zum gewählten Ausgangspunkt. Der urheberrechtliche Diskurs befasst sich mit Änderungen des materiellen Urheberrechts, während der wissenschaftstheoretische außerhalb des Urheberrechts ansetzt und auf die Änderung sozialer und wissenschaftsrechtlicher Normen fokussiert (dazu IV). Wie sich zeigen wird, ist nur die letztgenannte Perspektive geeignet, den gegenwärtig stattfindenden, grundlegenden Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems zu erklären und adäquate Regulierungsvorschläge zu entwickeln.

II. Urheberrechtliche Perspektive: Die Wissenschaft im Urheberrecht

Aus der Sicht des Urheberrechts ist „Wissenschaft“ kein besonders problematisches Rechtsobjekt. Im Gegenteil: Mit gutem Grund lässt sich sagen, dass noch nie mehr qualitätsgeprüftes, strukturiertes und vernetztes Wissen so vielen Menschen an ihrem Arbeitsplatz verfügbar war wie in Zeiten digitaler

¹ Siehe z.B. Deutscher Bundestag, Sechster Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ - Bildung und Forschung, 8.1.2013, BT-Drucks. 17/12029, 39 ff.

Verlagsdatenbanken.² Just jenes Geschäftsmodell – die zugangskontrollierte Online-Datenbank – wird vom geltenden Urheberrecht durch eine Kombination aus rechtlicher und technischer Ausschließlichkeit ermöglicht und gefördert. Dem „Rechtsinhaber“ – in der Regel der Wissenschaftsverlag und nicht der originäre Urheber – wird zu diesem Zweck „in letzter Konsequenz ... die volle Herrschaft an der Information“ vermittelt,³ die als solche zu einem als handelbaren Wirtschaftsgut wird.⁴

1. Schutzgegenstand und Schutzbereich des Wissenschaftsurheberrechts

Nach traditioneller Lesart verschafft das Urheberrecht eine solche Exklusivität allerdings nicht. Wissenschaftliche Sprachwerke und Darstellungen zählen zwar gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 7 UrhG zu den geschützten Werkkategorien. Schutzfähig aber ist grundsätzlich nur die „Form“, also die konkrete, von der Gedankenführung geprägte Gestaltung der Sprache und das konkrete Ausdrucksmittel der grafischen oder plastischen Darstellung.⁵ Die wissenschaftliche Lehre, das wissenschaftliche Ergebnis, das abstrakte Darstellungskonzept, die Rohdaten – kurz: der „Inhalt“ – sind hingegen strukturell gemeinfrei.⁶

Die Unterscheidung zwischen „Form“ und „Inhalt“ ist nun freilich primär als Appell an den Rechtsanwender aufzufassen, den Schutzbereich des Urheberrechts nicht zu überdehnen. Im konkreten Fall sind die Übergänge

² Siehe *Brintzinger*, Piraterie oder Allmende der Wissenschaften?, *Leviathan* 38 (2010), 331, 336 (die Universitätsbibliothek der LMU München biete Zugang zu mehr als 50.000 Zeitschriften an; dies sei etwa das Zehnfache dessen, was die Bibliothek in Zeiten gedruckter Abonnements zur Verfügung stellen konnte); *Finch Group Report*, Accessibility, sustainability, excellence: how to expand access to research publications, 2012, <http://www.researchinfonet.org/wp-content/uploads/2012/06/Finch-Group-report-FINAL-VERSION.pdf>, 4.

³ *Hilty*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, *GRUR Int.* 2006, 179, 181; *Reichman/Okediji*, When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale, *Minnesota Law Review* 96 (2012), 1362, 1418.

⁴ Zu dieser Tendenz *Weingart*, Die Stunde der Wahrheit, 2001, 329 f.

⁵ Für Sprachwerke EuGH Rs. C-5/08, 16.07.2009, Slg. 2009, I-6569 Rn. 35 ff. – *Infopaq I*; BGH I ZR 9/95, 16.01.1997, ZUM-RD 1997, 329, 331 f. – *CB-Infobank I*; BGH I ZR 12/08, 1.12.2010, ZUM 2011, 151, 155 – *Perlentaucher*; für wissenschaftliche Darstellungen BGH I ZR 140/09, 1.6.2011, GRUR 2011, 803 Rn. 39 m.w.N. – *Lernspiele*.

⁶ BGH I ZR 106/78, 21.11.1980, GRUR 1981, 352, 353 – *Staatsexamensarbeit*; BGH I ZR 16/89, 12.7.1990, GRUR 1991, 130, 132 f. – *Themenkatalog*; BGH I ZR 140/09, 1.6.2011, GRUR 2011, 803 Rn. 49 f. – *Lernspiele*; OLG Frankfurt a. M. 11 U 66/11, 27.3.2012, ZUM 2012, 574, 577; a. A. *Rehbinder*, Urheberrecht, 16. Aufl. 2010, Rn. 58, 145; *Haberstumpf*, Das Urheberrecht – Feind des Wissenschaftlers und des wissenschaftlichen Fortschritts, ZUM 2012, 529, 536. Zur strukturellen Gemeinfreiheit *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012, 19 ff.

zwischen beiden Kategorien fließend – denn Inhalt ist ohne Form nicht zu haben. So erachtet die Rechtsprechung auch die Gliederung eines Textes⁷ sowie „konkrete eigenständige Verknüpfungen, Schlussfolgerungen und Auswertungen“ wie zum Beispiel die Erkenntnis, dass Deutschland in der Erdbebenforschung führend wurde, obwohl es nicht zu den besonders erdbebengefährdeten Gebieten gehört, als schutzfähig.⁸ Diesen „Kern rechtswissenschaftlicher Argumentationstiefe, der sich dem Laien nur schwer erschließt“,⁹ muss man aber gar nicht ausloten, um zu unserer eingangs formulierten Feststellung zu gelangen, dass das digitale Urheberrecht die volle Herrschaft über wissenschaftliche Informationen vermittelt.

Grund hierfür ist zum einen das Datenbankherstellerrecht gem. §§ 87a ff. UrhG. Demnach verfügt derjenige, der eine „wesentliche Investition“ in die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung¹⁰ von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen tätigt, für die Dauer von 15 Jahren nach der Veröffentlichung der Datenbank über das ausschließliche Recht, die Datenbank insgesamt oder einen im Hinblick auf die Gesamtinvestition quantitativ oder qualitativ¹¹ wesentlichen Teil der Datenbank zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Für diesen Rechtsschutz müssen keine wissenschaftlichen Werke gesammelt werden; vielmehr genügt jedes digitalisierte Element, insbesondere wissenschaftliche Rohdaten.¹² Zwar dürfen unwesentliche Teile einer Datenbank – etwa ein einzelner Datensatz – benutzt werden, ohne in das Recht des Datenbankherstellers einzugreifen. Zudem erklärt § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG die Vervielfältigung eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch für zulässig, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist, der wissenschaftliche Gebrauch nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt und die

⁷ BGH I ZR 157/77, 7.12.1979, GRUR 1980, 227, 231 – *Monumenta Germaniae Historica*; BGH I ZR 29/79, 27.2.1981, GRUR 1981, 520, 521 f. – *Fragensammlung*; BGH I ZR 16/89, 12.7.1990, GRUR 1991, 130, 132 f. – *Themenkatalog*.

⁸ OLG Frankfurt a.M. 11 U 66/11, 27.03.2012, ZUM 2012, 574, 579; *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 2 Rn. 64.

⁹ *Rieble*, Autorenfreiheit und Publikationszwang, in: Reuß/Rieble, Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit, 2009, 29, 44.

¹⁰ Nicht aber in die ursprüngliche Erzeugung der Daten etc., siehe EuGH Rs. C-203/02, 9.11.2004, Slg. 2004, I-10415 Rn. 28 ff. – *British Horseracing*.

¹¹ Damit ist nicht der Wert des einzelnen Datensatzes gemeint, sondern die Relevanz des entnommenen Teils im Hinblick auf die geschützten Investitionen; siehe EuGH Rs. C-203/02, 9.11.2004, Slg. 2004, I-10415 Rn. 28 ff. – *British Horseracing*.

¹² EuGH Rs. C-545/07, 5.3.2009, Slg. I-1627 Rn. 73 – *Apis/Lakorda*.

Quelle deutlich angegeben wird. Allerdings bleiben wiederholte und systematische Abrufe stets verboten, so dass das Datenbankherstellerrecht etwa einem *data mining* zu Forschungszwecken entgegensteht.¹³ Schon hiermit wird Wissenschaftsverlagen bzw. Investoren ein Rechtstitel gewährt, auf dessen Basis der Zugriff auf wissenschaftliche Information als solche (der „Inhalt“) urheberrechtsrelevant werden kann.

Diese rechtliche Exklusivität lässt sich bis zu einem Pay-per-use-Geschäftsmodell ausweiten, indem technische Zugangs- und Kopierkontrollen eingesetzt werden, deren Umgehung gem. §§ 95a ff. UrhG verboten ist und die zudem in den Endnutzer-Lizenzverträgen abgebildet werden. Auf diesem Wege kann bereits der isolierte Zugriff auf einen einzelnen Datensatz und damit die einzelne wissenschaftliche Information vom Erwerb einer entgeltlichen Lizenz abhängig gemacht werden. Wer technische Zugangsbarrieren ausschaltet, begeht eine Vertrags- sowie eine ggf. strafbare Urheberrechtsverletzung.¹⁴

In dieser „himmlischen Jukebox“¹⁵ haben die Schranken des Urheberrechts keinen Platz mehr. Denn jeder noch so geringfügige Eingriff in die technisch vermittelte Herrschaft über den Datenbankinhalt untergräbt die Wirtschaftlichkeit des Geschäftsmodells, das auf vollständiger Computerisierung der Zugriffsrechte und Zahlungspflichten beruht. Sähe sich ein Datenbankhersteller mit massenhaften Anfragen von Personen konfrontiert, die keine Lizenz erworben haben, aber unter Berufung auf § 87c Abs. 1 Nr. 2 UrhG bzw. die §§ 44a ff. UrhG dennoch Datenbankinhalte vervielfältigen wollen, würden sich schnell – so die kaum je ausgesprochene Befürchtung – prohibitive Kosten einstellen, die das Geschäftsmodell der zugangskontrollierten Online-Datenbank wirtschaftlich gefährden oder unverhältnismäßig erschweren würden.¹⁶ Deshalb wird solchen Begehren die rechtliche Grundlage entzogen. Die ohnehin eingeschränkte und praktisch irrelevante Durchsetzung von Schrankenbestimmungen gegen technische Schutzmaßnahmen gilt im Online-Bereich gem. § 95b Abs. 3 UrhG nicht.

¹³ *Reichman/Okediji* (Fn. 3), *Minnesota Law Review* 96 (2012), 1362, 1423.

¹⁴ Dazu *Peukert*, *Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut*, in: *Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, 11, 24 ff. m.w.N.

¹⁵ *Goldstein*, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, 2003.

¹⁶ In diesem Sinne die Rechtsprechung zur Begrenzung der Störerhaftung der Anbieter legaler Internetdienste; vgl. zuletzt BGH I ZR 18/11, 12.7.2012, Rn. 28 m.w.N. - *Alone in the Dark*.

Und selbst wenn gesetzlich zulässige, digitale Nutzungen von Werken zu wissenschaftlichen Zwecken vorgenommen werden können, ohne dass hierfür Digital Rights Management (DRM)-Systeme ausgeschaltet werden müssen, räumt das geltende Urheberrecht dem zugangskontrollierten Datenbankmodell systematisch Vorrang ein. Der zustimmungsfreie elektronische Kopienversand durch Bibliotheken steht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass der Online-Zugang zu den betreffenden Werk(teil)en nicht offensichtlich zu angemessenen Bedingungen vom Rechtsinhaber ermöglicht (*angeboten*) wird.¹⁷ Die Schranke für elektronische Leseplätze kann von den Rechtsinhabern jedenfalls im Rahmen von Lizenzverträgen mit den privilegierten Bibliotheken abbedungen werden; der Bundesgerichtshof tendiert dazu, die Regelung bereits dann für nicht einschlägig zu erachten, wenn der Verlag das betreffende Werk als E-Book *anbietet*.¹⁸ Die zulässige öffentliche Zugänglichmachung für Forschungszwecke gem. § 52a UrhG ist nicht nur eine prekäre, weil lediglich befristete Nutzungsfreiheit innerhalb kleinerer Forschungsteams;¹⁹ sie steht zudem wiederum unter dem Vorbehalt, dass das betreffende Werk oder der benötigte Werkteil vom jeweiligen Rechtsinhaber nicht zu angemessenen Bedingungen über das Internet *angeboten* wird. Eine gleichwohl stattfindende Nutzung sei mit Rücksicht auf die Vorgaben des Dreistufentests nicht geboten.²⁰ Selbiges müsste nach dem „Grundsatz des Vorrangs vertraglicher Beziehungen“²¹ schließlich für die Zulässigkeit digitaler Kopien für eigene wissenschaftliche Zwecke (§ 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG) gelten. Diese Nutzungsfreiheit stünde somit ebenfalls unter dem Vorbehalt, dass das individuell kopierte Werk nicht offensichtlich von einem Verlag in elektronischer

¹⁷ § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG und obiter LG Frankfurt a.M. 2-06 O 378/10, 16.3.2011, ZUM 2011, 582, 584 f.

¹⁸ So in der Tendenz der Vorlagebeschluss BGH I ZR 69/11, 20.9.2012, BeckRS 2012, 04411 Rn. 18 – *Elektronische Leseplätze*.

¹⁹ Vgl. § 137k UrhG und kritisch hierzu Bundesrat, 5.12.2012, BR-Drucks. 737/1/12, 2; zum Anwendungsbereich von § 52 Abs. 1 Nr. 2 UrhG Bundestag, 9.4.2012, BT-Drucks. 15/837, 34.

²⁰ BGH I ZR 84/11, 20.3.2013 - *Gesamtvertrag Hochschul-Intranet*; Vorinstanz OLG München 6 WG 12/09, 24.3.2011, ZUM-RD 2011, 603, 614 f. (die Angemessenheit könne zu verneinen sein, wenn bei beabsichtigter Verwertung eines Zeitschriftenartikels nur ein digitales Abonnement oder wenn nur die Lizenzierung eines ganzen Lehrbuchs angeboten werde, von dem nur ein kleiner Teil verwertet werden soll).

²¹ BGH I ZR 69/11, 20.9.2012, Rn. 18 - *Elektronische Leseplätze* unter Hinweis auf ErwGrd. 45 UrhRL 2001/29.

Form zu angemessenen Bedingungen über eine Online-Datenbank *angeboten* wird.²²

Nach dieser Lesart bliebe aus dem Kreis der wissenschaftsrelevanten Schranken im digitalen Zeitalter nur noch das Zitatright vorbehaltlos und vergütungsfrei gewährleistet. Im Übrigen geht das EU-Urheberrecht ersichtlich davon aus, dass sich wissenschaftliche Kommunikation primär mithilfe digitaler, zugangskontrollierter Verlagsdatenbanken vollzieht. An die Stelle gesetzlicher Nutzungsbefugnisse sind vertragliche Lizenzen getreten. Jene legen abschließend fest, was der interessierte und zahlungsfähige Nutzer mit den Inhalten wissenschaftlicher Verlagsdatenbanken tun darf.

Insgesamt zeigt sich, dass die Schranken des Wissenschaftsurheberrechts im digitalen Zeitalter auch ohne Rücksicht auf den Vorrang von DRM-Systemen eher symbolischen Charakter haben.²³ Zur effizienten Digitalisierung der wissenschaftlichen Kommunikation tragen sie nicht in relevanter Weise bei. Vielmehr flankieren selbst die Schranken des Urheberrechts das zugangskontrollierte Datenbankmodell der Wissenschaftsverlage.²⁴

2. Kompatibilität mit dem Zweck des Urheberrechts

Doch entspricht all dies nur der inneren Logik und der primären, historisch gewachsenen Zwecksetzung des Urheberrechts. Es stellt in Gestalt der kommerziellen Verwertungsrechte²⁵ Instrumente bereit, um die dezentral-marktmäßige Produktion und Verbreitung von Werken und anderen immateriellen Schutzgegenständen zu ermöglichen. Jene Rechtsobjekte werden durch die ausschließlichen, fungiblen Rechte zu handelbaren Wirtschaftsgütern. Der ganze Sinn und Zweck des Urheberrechts besteht mit anderen Worten darin, für die Bereiche der Literatur, der Wissenschaft und der

²² In diesem Sinne *Berger*, Die öffentliche Zugänglichmachung urheberrechtlicher Werke für Zwecke der akademischen Lehre - Zur Reichweite des § 52a I Nr. 1 UrhG, GRUR 2010, 1058, 1064.

²³ *Hilty* (Fn. 3), GRUR Int. 2006, 179; *Sandberger*, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUM 2006, 818, 828; *Pflüger*, Positionen der Kultusministerkonferenz zum Dritten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – „Dritter Korb“, ZUM 2010, 938, 940 („grenzwertig marginal“).

²⁴ *Peifer*, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22, 25.

²⁵ *Peifer* (Fn. 24), GRUR 2009, 22 ff. („Eigentumsfunktion“ im Gegensatz zur urheberpersönlichkeitsrechtlichen „Authentizitätsfunktion“).

Kunst private, eigentumsbasierte Geschäftsmodelle zu institutionalisieren und damit diese gesellschaftlichen Sphären der marktmäßigen Organisation zu erschließen.²⁶

Hingegen ist es nicht Zweck des Urheberrechts, die Kommunikationsbedingungen und -normen zu stabilisieren, die außerhalb dieser Geschäftsmodelle im Literatur-, Wissenschafts- und Kunstbetrieb sonst noch vorkommen mögen. Das lässt sich gerade am Beispiel des Wissenschaftsurheberrechts nachweisen. Jenes macht sich von der Wissenschaft nämlich einen eigenständigen Begriff, der von den Selbstbeschreibungen der Wissenschaft und dem verfassungsrechtlichen Begriff der Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG grundlegend abweicht.

Dort wird Wissenschaft verstanden als der nach Inhalt und Form ernsthafte und planmäßige Versuch zur Ermittlung der Wahrheit, als „die geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“.²⁷ Nicht zur Wissenschaft in diesem Sinne zählt, was den Anspruch von Wissenschaftlichkeit systematisch verfehlt, weil die Äußerung nicht auf Wahrheitserkenntnis gerichtet ist, sondern vorgefassten Meinungen oder Ergebnissen lediglich der Anschein wissenschaftlicher Gewinnung oder Nachweisbarkeit verliehen wird.²⁸ Ferner umfasst die Wissenschaftsfreiheit „nicht den Schutz eines Erwerbs- oder Gewinnstrebens“.²⁹

Der urheberrechtliche Begriff der Wissenschaft hat mit methodengerechter Wahrheitssuche und intrinsischer Wahrheitsliebe nichts zu tun. Lehrpläne werden als wissenschaftliches Sprachwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG eingeordnet, weil sich „der [urheberrechtliche, A.P.] Bereich der Wissenschaft ... nicht nur auf Forschung und Lehre im engeren verfassungsrechtlichen Sinne [beschränkt]“.³⁰ Eine wissenschaftliche Darstellung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG

²⁶ Eigentum verkoppelt das Rechtssystem strukturell mit dem Wirtschaftssystem; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 446.

²⁷ BVerfG 1 BvR 424/71 u. 1 BvR 325/72, 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 112 ff. – *Hochschulurteil*; BVerfG 1 BvR 333/75 u.a., 1.3.1978, BVerfGE 47, 327, 367 – *Hessisches Universitätsgesetz*.

²⁸ BVerfG 1 BvR 434/87, 11.1.1994, NJW 1994, 1781, 1782.

²⁹ BVerfG 2 BvR 1121/06 u.a., 28.9.2007, juris Rn. 26 m.w.N.; *Bäuerle*, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft, in: *Britz*, Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, 1, 10.

³⁰ BGH I ZR 16/89, 12.7.1990, GRUR 1991, 130, 132 f. – *Themenkatalog*.

zeichnet sich dadurch aus, dass sie der Vermittlung von belehrenden oder unterrichtenden Informationen über den dargestellten Gegenstand dient. Dabei lässt die Rechtsprechung die Vermittlung „einfachster wissenschaftlicher Erkenntnisse“ genügen und subsumiert Kreuzwort- und Silbenrätsel sowie Lernspiele für Kleinkinder.³¹ Solche Produkte haben zweifellos einen ökonomischen Wert, um dessen Zuordnung gestritten wird. Auch mögen sie Gegenstand der Forschung sein. Lehrpläne, Kreuzworträtsel und Lernspiele dürften indes noch nie als wissenschaftliche Beiträge Eingang in eine Fachzeitschrift gefunden haben.³²

III. Wissenschaftstheoretische Perspektive: Das Urheberrecht in der Wissenschaft

Die erste, nämlich die urheberrechtliche Perspektive auf das Verhältnis von Urheberrecht und Wissenschaft hat kein besonderes Problem ergeben. Das Urheberrecht macht wissenschaftlichen Output ebenso zum handelbaren Wirtschaftsgut wie Romane, Happenings und Pornographie. Wenn Wissenschaftsverlage zugangskontrollierte Datenbanken zu hohen Preisen offerieren, tun sie nichts anderes, als ein gesetzgeberisches Angebot in die praktische Tat umzusetzen.

Erst aus umgekehrter Perspektive wird das Wissenschaftsurheberrecht zum Problem. Betrachtet man nämlich das Urheberrecht *aus der Warte der Wissenschaft*, meinen jedenfalls manche Beobachter, dass „das Urheberrecht ... seine Funktion mit Bezug auf das wissenschaftliche Werkschaffen in wachsendem Maße [verfehlt].“³³ Mehr noch: „Nimmt man diesen Blickwinkel ein, ist der Weg zu der Erkenntnis, dass – jedenfalls im Bereich der Forschung – die ‚guten Gründe‘ für ein proprietäres Urheberrechtssystem eigentlich fehlen, nicht mehr weit.“³⁴

³¹ BGH I ZR 140/09, 1.6.2011, GRUR 2011, 803 Rn. 43 m.w.N. – *Lernspiele*; OLG München 6 U 2093/88, 19.9.1991, GRUR 1992, 510, 510 ff. – *Rätsel*.

³² Zum wissenschaftlichen Aufsatz als wissenschaftliche Kommunikation kennzeichnendes Format siehe *Stichweh*, Einheit und Differenz im Wissenschaftssystem der Moderne, in: Halfmann/Rohbeck, Zwei Kulturen der Wissenschaft – revisited, 2007, 213, 218.

³³ *Hilty* (Fn. 3), GRUR Int. 2006, 179.

³⁴ *Hilty* (Fn. 3), GRUR Int. 2006, 179, 185.

1. Divergente Kommunikationsbedingungen und Grundannahmen

Dass selbst Urheberrechtler zu einer solch irritierenden Schlussfolgerung gelangen können, beruht im Kern darauf, dass das Urheberrecht als Instrument zur Kommodifizierung von Wissenschaft (ergo sein kommerzieller Zweig) auf Annahmen basiert, die dem Selbstverständnis der Wissenschaft geradezu diametral entgegengesetzt sind:³⁵

Spezifisch wissenschaftliche Kommunikation orientiert sich an der Leitdifferenz zwischen wahren und unwahren Aussagen.³⁶ Ob ein Beitrag oder ein Kommunikationsteilnehmer dem Wissenschaftssystem zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob die Äußerung auf Wahrheitserkenntnis gerichtet ist bzw. ob der Sprecher über die erforderliche Sachkompetenz verfügt.³⁷ Ziel des wissenschaftlichen Gesamtunternehmens ist die Ausweitung des gesicherten Wissens.³⁸ Das Urheberrecht hingegen operiert mit der Leitdifferenz Recht/Unrecht und exkludiert im Hinblick auf die Frage, wer über eine ausreichende Nutzungsbefugnis verfügt, was wiederum primär von der individuellen Zahlungsbereitschaft und -fähigkeit abhängt.³⁹ Freilich verweist diese Gegenüberstellung zunächst nur auf das generelle Problem, dass im Rechtssystem nach rechtlichen Gesichtspunkten über nicht rechtliche Kommunikation kommuniziert wird, was zwangsläufig Engführungen und Verzerrungen mit sich bringt. Wichtiger noch ist, dass die spezifischen Grundannahmen der urheberrechtlichen und der wissenschaftlichen Kommunikation divergieren:

Dies betrifft zunächst die Frage nach den Anreizen, wissenschaftlich tätig zu sein. Die urheberrechtlichen Verwertungsrechte werden zum Teil damit gerechtfertigt, dass die Aussicht auf Tantiemen/Lizenzeinnahmen dazu anspornen, Werke zu schaffen. Im überwiegend staatlich grundfinanzierten

³⁵ Weingart (Fn. 4), 330; Peifer (Fn. 24), GRUR 2009, 22 („Urheberrecht und Wissenschaftsfreiheit befinden sich miteinander in einem tiefen Konflikt.“); Reichman/Okediji (Fn. 3), *Minnesota Law Review* 96 (2012), 1362, 1425.

³⁶ Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, 9.

³⁷ Merton, *Wissenschaft und demokratische Sozialstruktur*, in: Weingart, *Wissenschaftssoziologie I, Wissenschaftliche Entwicklung als sozialer Prozess*, 1973, 45, 49; Taubert/Weingart, *„Open Access“ - Wandel des wissenschaftlichen Publikationssystems*, in: Sutter/Mehler, *Medienwandel als Wandel von Interaktionsformen*, 2010, 159, 164.

³⁸ Merton, in: Weingart (Fn. 37), 45, 47.

³⁹ Vgl. Luhmann (Fn. 36), 446.

Wissenschaftssystem kommt diesen Umsätzen aber eine zu vernachlässigende Bedeutung zu. Der angestellte oder verbeamtete Wissenschaftler bestreitet seinen Lebensunterhalt aus dem dauerhaften Arbeitseinkommen. In den meisten Fällen erhalten die Wissenschaftsurheber für ihre Aufsätze und Bücher keine Vergütung – man denke nur an Sammelbandbeiträge. Und selbst wenn Autorenhonorare gezahlt werden, stellen sie – abgesehen von ganz besonderen Ausnahmefällen wie etwa der ständigen Mitarbeit an einem juristischen Standardkommentar wie dem *Palandt*TM – nicht mehr als ein gelegentliches Zubrot dar, das der Einzelne gern verbucht, das aber nicht ausreichen würde, um dauerhaft wissenschaftlich – und das heißt prinzipiell nicht kommerziell – tätig sein zu können.⁴⁰ Vorrangige Bedeutung besitzen vielmehr intrinsische Motivationsquellen wie insbesondere die Freude an einsamer und freier Wahrheitssuche⁴¹ sowie das extrinsische Motiv, wissenschaftliche Reputation zu erlangen, die sich später ggf. versilbern lässt.⁴² Der Reputationserwerb setzt lediglich voraus, dass Wissenschaftler geltend machen können, Autor bestimmter Äußerungen zu sein. Dieses ideelle Interesse gewährleistet das Urheberpersönlichkeitsrecht in Gestalt des Integritätsschutzes und des Namensnennungsrechts. Im Gegensatz zu den Verwertungsrechten verhält sich das Urheberpersönlichkeitsrecht folglich komplementär zu den Anforderungen des wissenschaftlichen Kommunikationssystems, in dem die Selektion lesenswerter Texte häufig anhand des Namens und der hiermit verknüpften Reputation einzelner Wissenschaftler erfolgt.⁴³ Eine kritische Analyse des Wissenschaftsurheberrechts hat daher stets sorgfältig zwischen den Verwertungs- und den Urheberpersönlichkeitsrechten zu unterscheiden. Auch im Hinblick auf die je eigenen Kommunikationsstrukturen, -bedingungen und -normen weichen das kommerzielle Urheberrecht und die Wissenschaft durchweg voneinander ab. Wissenschaft wird als prinzipiell

⁴⁰ *Suber*, Open Access, 2012, 5 ff.; *Brintzinger* (Fn. 2), *Leviathan* 38 (2010), 331, 344 f. m.w.N.

⁴¹ *W. v. Humboldt*, Ueber die innere und äussere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin, in: Flitner/Giel, *Wilhelm von Humboldt, Werke*, Band IV, 1960, 255, 256; *Merton*, in: Weingart (Fn. 37), 45, 53 ff.

⁴² Dazu etwa *Taubert/Weingart*, in: Sutter/Mehler (Fn. 37), 159, 169.

⁴³ *Peifer* (Fn. 24), *GRUR* 2009, 22, 23; siehe ferner unten IV.

unabgeschlossener⁴⁴ Zusammenhang, als prozesshaftes Netzwerk individueller Versuche zur Ermittlung von Wahrheit beschrieben.⁴⁵ Die einzelnen Anläufe müssen publiziert werden und zugänglich bleiben, damit über Zitate Verknüpfungen hergestellt, Aussagen kritisch überprüft und ggf. falsifiziert werden können.⁴⁶ Als wissenschaftlich relevant und originell gilt die Leistung, neue Wahrheiten auszusprechen, also etwas zu entdecken oder zu erfinden;⁴⁷ in den Geisteswissenschaften findet auch die Art und Weise (die „Form“), wie Wahrheit erklärt und vermittelt wird, Anerkennung.⁴⁸ Unveröffentlichte Manuskripte entziehen sich diesem Wettbewerb der Ideen von vornherein und zählen daher schon gar nicht zum wissenschaftlichen Diskurs.⁴⁹ Ferner zeichnet sich wissenschaftliche Kommunikation dadurch aus, dass sie universell, also unabhängig von personalen oder sozialen Eigenschaften des Sprechers sowie unabhängig vom Ort und der Zeit ihrer Äußerung entweder wahr oder aber unwahr ist,⁵⁰ dass der Kommunikationszusammenhang deshalb eine globale Einheit darstellt,⁵¹ und dass zunehmend kollaborativ geforscht wird.⁵² Je näher die praktischen Kommunikationsbedingungen diesen Beschreibungen kommen, und das heißt, je offener und vollständiger wissenschaftliche Ergebnisse verfügbar sind, desto intensiver und schneller kann die weitere Erzeugung vorläufig akzeptierten Wissens ablaufen.⁵³

⁴⁴ *W. v. Humboldt* in: Flitner/Giel (Fn. 41), 255, 256 (Wissenschaft als ein „immer ... noch nicht ganz aufgelöstes Problem“); BVerfG 1 BvR 424/71 u. 1 BvR 325/72, 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 112 ff. - *Hochschulurteil*; BVerfG 1 BvR 434/87, 11.1.1994, NJW 1994, 1781 f.

⁴⁵ *M. Polanyi*, *The Republic of Science: Its Political and Economic Theory*, *Minerva* 38 (2000), 1, 7 („The network is the seat of scientific opinion.“); *Popper*, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Band II, 2003, 254; *Schmidt-Assmann*, *Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht*, FS Thieme 1993, 697, 698; *Stichweh*, in: Halfmann/Rohbeck (Fn. 32), 213, 219; *Fitzpatrick*, *Planned Obsolescence*, 2011, 66 ff. (prozesshafter Vorgang).

⁴⁶ *Popper* (Fn. 45), 254 (öffentlicher Charakter der wissenschaftlichen Methode).

⁴⁷ *M. Polanyi* (Fn. 45), *Minerva* 38 (2000), 1, 6.

⁴⁸ Zu diesem Unterschied *Theisohn*, *Literarisches Eigentum*, 2012, 98, 116.

⁴⁹ Aus soziologischer Sicht *Brintzinger* (Fn. 2), *Leviathan* 38 (2010), 331, 343; *Weingart* (Fn. 4), 100; aus juristischer Sicht *Rehbinder*, *Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen*, FS Hubmann, 1985, 359, 365; *Schmidt-Assmann*, *Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht*, in: Dreier, *Rechts und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit*, 2005, 67, 71; *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 29), 1, 11 m.w.N. Ausnahme ist die unveröffentlichte Habilitationsschrift, die aber von der habilitierenden Fakultät als ausreichender wissenschaftlicher Ausweis geprüft und insoweit der Fachöffentlichkeit zur Kenntnis gebracht wurde.

⁵⁰ *Merton*, in: *Weingart* (Fn. 37), 45, 48 ff.; *Stichweh*, *Genese des globalen Wissenschaftssystems*, *Soziale Systeme* 9 (2003), 3, 4 f.

⁵¹ *Merton*, in: *Weingart* (Fn. 37), 45, 49; *Stichweh* (Fn. 50), *Soziale Systeme* 9 (2003), 3 ff., 11 ff.

⁵² *Stichweh*, in: Halfmann/Rohbeck (Fn. 32), 213, 220 m.w.N.

⁵³ Siehe mit Blick auf den Buchdruck *Luhmann* (Fn. 36), 603; zur Frage, ob die Computerisierung hier einen „entscheidenden Wandel“ auslöse offen a.a.O., 607.

Die Strukturmerkmale des Urheberrechts besagen in all diesen Hinsichten etwas Anderes und zum Teil das glatte Gegenteil: Rechtsobjekt des Urheberrechts ist nicht ein dynamischer Prozess, sondern eine genau zu identifizierende, für immer feststehende Einzelheit: das Werk.⁵⁴ Jenes wird auch und sogar besonders intensiv geschützt, solange es unveröffentlicht ist. Schutzfähig ist nicht die neue Entdeckung oder Theorie als solche („Inhalt“), sondern die konkrete „Form“ der Versprachlichung oder der grafischen/plastischen Darstellung. Demzufolge ist begünstigter Urheber nicht zwangsläufig der wissenschaftliche Pionier, der mit einer Entdeckung oder Theorie wissenschaftliche Reputation gewinnt, sondern derjenige, der die neue Information in eine konkrete Sprach- oder sonstige Darstellungsform bringt.⁵⁵ Hierbei ist stets eine individuelle Zuordnung der geistigen Leistung zu einem bestimmten Autor vorzunehmen; Kollektive können nicht „Schöpfer“ sein. Schließlich existiert kein Welturheberrecht. Der globalen Kommunikation unterliegt ein Flickenteppich von mehr als 180 nationalen Urheberrechten, die einer Fragmentierung des Internets entlang längst überwunden geglaubter Staatsgrenzen Vorschub leisten.⁵⁶

All diese Unterschiede kulminieren in grundlegend abweichenden Charakterisierungen wissenschaftlichen Outputs durch die globale Gelehrtenrepublik einerseits und das Urheberrecht andererseits. Die Wissenschaft betrachtet ihre Ergebnisse, zumindest die Rohdaten, Theorien, Entdeckungen und Erfindungen, als öffentliches Gut,⁵⁷ das allen⁵⁸ oder niemandem⁵⁹ gehört. Das digitale Urheberrecht hingegen macht wie erläutert selbst diese „Inhalte“ zu privat-exklusiven, handelbaren Wirtschaftsgütern.

⁵⁴ *Reichman/Okediji* (Fn. 3), *Minnesota Law Review* 96 (2012), 1362, 1473.

⁵⁵ Hier können sich ernsthafte Friktionen zwischen dem urheberrechtlichen Namensnennungsrecht, das nur demjenigen zusteht, der einen Beitrag formuliert bzw. die Darstellungen erzeugt hat, und der wissenschaftlichen Namensnennungspraxis ergeben, wonach auch diejenigen als „Autoren“ genannt werden, die „nur“ Rohdaten oder Wissen beigesteuert haben.

⁵⁶ Dazu *Trimble*, *The Future of Cybertravel: Legal Implication of the Evasion of Geolocation*, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 22 (2012), 567 ff.

⁵⁷ *Schmidt-Assmann*, in: *Dreier* (Fn. 49), 67, 90; *Krujatz*, *Open Access*, 2012, 27.

⁵⁸ *Merton*, in: *Weingart* (Fn. 37), 45, 51 („Die materiellen Ergebnisse der Wissenschaft sind ein Produkt sozialer Zusammenarbeit und werden der Gemeinschaft zugeschrieben.“); dazu auch *Stichweh*, in: *Halfmann/Rohbeck* (Fn. 32), 213, 216 ff.

⁵⁹ So für gemeinfreie Wissensgüter *Peukert* (Fn. 6), 42.

	<u>Wissenschaft</u>	<u>Urheberrecht</u>
Leitdifferenz	wahr/unwahr	Recht/Unrecht zahlen/nicht zahlen
Inklusion/Exklusion	Sachkompetenz	Berechtigung und Zahlung
Anreizmechanismen	intrinsisch, Reputation	extrinsisch: Vergütung
Strukturmerkmale	Prozess, Netzwerk Offenheit Vollständigkeit Kollaboration Universalität/Globalität	Objekt Exklusivität Einzelheit individuelle Autorschaft Territorialität (national)
Relevanzkriterien	Veröffentlichung neues Wissen (Information)	Schöpfung, auch unveröffentlicht Kreativität („Form“)
Relevantes Ergebnis	primär Information („Inhalt“)	„Form“, aber mittelbar auch Information (DRM)
Zuordnung des Ergebnisses	nein: öffentliches Gut	ja: Privateigentum

2. Auswirkungen der Unterschiede im digitalen Zeitalter

Im analogen Zeitalter mussten die dargestellten, strukturellen Unterschiede zwischen Wissenschaft und Urheberrecht hingenommen werden, da die technisch-organisatorisch anspruchsvolle Aufgabe der Wissensvermittlung nur mithilfe von Verlagen bewältigt werden konnte. Hinzu traten praktisch bedeutsame Freiheiten zur Nutzung des wissenschaftlichen „Inhalts“, zur Herstellung von Kopien für den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch sowie flankierend zum Kopienversand durch Bibliotheken.⁶⁰

Die Digitalisierung und das Internet haben diese Ausgangsbedingungen des klassischen wissenschaftlichen Publikationssystems grundlegend verändert.

⁶⁰ Vgl. Katzenberger, Zugang zu wissenschaftlichem Schrifttum für Forschungszwecke, GRUR Int. 1984, 391, 395; Krujatz (Fn. 57), 61 („Institutionalisierung wissenschaftlicher Kommunikation“).

Nunmehr sind die Wissenschaftler in der Lage, die Darstellung und die globale Verbreitung ihrer Ergebnisse ohne Weiteres selbst zu übernehmen; eines klassischen Wissensvermittlers bedürfen sie hierfür im Prinzip nicht mehr.⁶¹

Gleichwohl wurde das Urheberrecht und mit ihm das exklusive Vermarktungsmodell in den 1990er Jahren auf digitale Netzwerke erstreckt. Hier besteht das vom Urheberrecht ermöglichte Geschäftsmodell in der zugangskontrollierten Online-Datenbank, die wie erläutert die volle Herrschaft über die wissenschaftliche Information vermittelt. Damit realisiert sich auch im Wissenschaftsurheberrecht das digitale Dilemma: Die Digitalisierung erlaubt maximalen Zugang und zugleich maximale Kontrolle.⁶²

Dieser fundamentale Konflikt äußerte sich um die Jahrtausendwende in der sog. Zeitschriften(preis)krise.⁶³ Eine immer kleiner werdende Zahl namentlich in den Natur- und Lebenswissenschaften tätiger Wissenschaftsverlage verlangte für immer umfangreicher werdende Datenbankpakete immer höhere Preise, deren Steigerungsraten systematisch über dem allgemeinen Preisindex lagen. Die betreffenden Entgelte und Gewinne können realisiert werden, weil die in den Datenbanken verfügbaren wissenschaftlichen Informationen praktisch nicht substituierbar sind, so dass sich die Nachfrage der Wissenschaftler und der für sie verhandelnden Bibliotheken ausgesprochen unelastisch verhält.⁶⁴

Als aber die Bibliotheksetats mit dieser Entwicklung nicht mehr Schritt halten konnten und Zeitschriften, Bücher und Datenbanken abbestellt werden mussten, wurde offenbar, dass sich das Versprechen des Netzes, allumfassenden, globalen Zugang zu gewähren, in sein Gegenteil zu verkehren

⁶¹ Hilty (Fn. 3), GRUR Int. 2006, 179, 182 f.

⁶² Dazu *National Research Council*, *The Digital Dilemma, Intellectual Property in the Information Age*, 2000.

⁶³ Siehe m.w.N. etwa Hilty (Fn. 3), GRUR Int. 2006, 179, 183 f.; Woll, *Bibliotheken als Dienstleister im Publikationsprozess*, 2006, 13 ff.; Brintzinger (Fn. 2), *Leviathan* 38 (2010), 331, 332 ff. m.w.N.; EU-Kommission, *Verbesserung des Zugangs zu wissenschaftlichen Informationen: Steigerung der Wirkung öffentlicher Investitionen in die Forschung*, 17.7.2012, KOM(2012) 401 endg., 4; Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes*, 5.4.2013, 13 ff. Zu Konzentrationsprozessen in der Verlagsbranche etwa *Dallmeier-Tiessen u.a.*, *Open Access Publishing – Models and Attributes*, 2010, http://www.iuwis.de/sites/default/files/SOAP_OAP_models_attr_long.pdf (10 % der Verlage veröffentlichen 2/3 der publizierten Beiträge und 14 Großverlage veröffentlichen 30 % der publizierten Beiträge).

⁶⁴ Hilty, *Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? – Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette*, GRUR 2009, 633, 635. Zur institutionellen Dimension des Umstands, dass Literaturbeschaffer (Bibliotheken) und Leser (Wissenschaftler) auseinanderfallen, siehe Brintzinger (Fn. 2), *Leviathan* 38 (2010), 331, 334.

drohte. Es zeichnete sich eine wachsende digitale Kluft zwischen denjenigen ab, die von einer (schrumpfenden) Campus- oder Nationallizenz profitieren können, und denjenigen, die außerhalb der Wissenschaftsorganisationen⁶⁵ und generell im globalen Süden ohne Zugang auskommen müssen. Zwar vollzogen die Verlage nur die innere Logik des vom Urheberrecht ermöglichten Datenbankmodells, wonach gilt, dass mehr Inhalt größere Nachfrage erzeugt, die zu höheren Preisen befriedigt werden kann, was zu weiteren Investitionen in größere und bessere Datenbanken Anlass gibt, wodurch wiederum mehr Inhalte verfügbar werden usw.

Je mehr aber an dieser Exklusivitäts- und Preisschraube gedreht wurde, desto schärfer trat die auch aus urheberrechtlicher Sicht atypische Wertschöpfungskette im Wissenschaftsbereich hervor: Die Herstellung, die Darstellung und die Qualitätskontrolle (peer review) wissenschaftlicher Ergebnisse werden ganz überwiegend aus Steuermitteln finanziert. Zugeordnet aber werden diese Ergebnisse dem einzelnen Wissenschaftler, der seine Urheberrechte in der Regel unentgeltlich einem Verlag einräumt, welcher schließlich den Output des steuerfinanzierten Systems als privates Wirtschaftsgut an die öffentliche Hand gegen Entgelt rücklizenziert.⁶⁶

Jetzt erst erschien das Urheberrecht den öffentlichen Forschungsfinanziers und vielen Wissenschaftlern nicht mehr als der wissenschaftlichen Kommunikation förderlich oder zumindest als notwendiges Übel, sondern als geradezu überflüssiges Hindernis.⁶⁷ Allein mit dem Hinweis darauf, dass das urheberrechtlich ermöglichte Datenbankmodell doch funktioniere, können sich die Rechtsinhaber nicht mehr aus der Affäre ziehen, da dieses Geschäftsmodell als solches zur Disposition steht.

Und in der Tat genügt eine selbstreferentielle Eigentumslogik nicht, um das Urheberrecht zu legitimieren. Vielmehr muss sich das Eigentum immer wieder die Frage gefallen lassen, inwieweit es seine akzessorischen Zwecke erfüllt.⁶⁸ Aus verfassungsrechtlicher Sicht gewährleistet das Eigentum ein

⁶⁵ Dazu *Finch Group Report* (Fn. 2), 5 f.

⁶⁶ *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436, 440; EU-Kommission (Fn. 63), KOM(2012) 401 endg., 4.

⁶⁷ *Hilty* (Fn. 64), GRUR 2009, 633, 635.

⁶⁸ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, 46; allgemein *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 660 ff.

eigenverantwortliches Leben im vermögensrechtlichen Bereich.⁶⁹ Diese Rechtfertigung läuft für das Urheberrecht im öffentlich geförderten Wissenschaftsbereich wie erläutert allerdings weithin leer.

Die Verfechter des Status quo argumentieren denn auch anders, nämlich im Hinblick auf die Kommunikationsbedingungen der Wissenschaft. Demnach stelle nur das urheberrechtsbasierte Verlagssystem wissenschaftsadäquate Kommunikationsstrukturen bereit. Allein das qualitätsgeprüfte, lektorierte und gedruckte Werk erlaube ein vertieft-entschleunigtes,⁷⁰ sorgfältiges und kreatives Lesen und Schreiben, während die Open-Access-Ideologie zu einer Verflachung, ja zu einer Zerstörung des wissenschaftlichen Diskurses führe.⁷¹

So berechtigt diese kulturpessimistischen Bedenken im Hinblick auf die Folgen der Digitalisierung zum Teil sein mögen⁷² – das gegenwärtige Verlagsgebaren vermögen sie nicht zu legitimieren. Nicht nur, dass Klagen über zu viele, kaum wahrgenommene und qualitativ schlechte wissenschaftliche Veröffentlichungen schon zu Zeiten des Buchdrucks weit verbreitet waren.⁷³ Entscheidend ist, dass das geltende Urheberrecht die Digitalisierung des Wissens fördern soll, wenngleich in einer bestimmten, nämlich zugangskontrollierten Weise. Dementsprechend gehen viele Verlage auf der Basis ihrer digitalen Ausschließlichkeitsrechte dazu über, Zeitschriften und andere Inhalte auch oder sogar nur noch elektronisch anzubieten und ihre Produkte auch sonst auf die Bedürfnisse des digitalen Lesers zuzuschneiden. Das Urheberrechts- und Verlagssystem sind der „Digitalisierungsideologie“ mit all ihren durchaus problematischen Effekten im Hinblick auf permanente Aktualisierung und

⁶⁹ BVerfG 1 BvL 77/78, 15.7.1981, BVerfGE 58, 300, 349 f. - *Nassauskiesung*; BVerfG 1 BvR 868/90, 29.7.1991, NJW 1992, 36 f. m.w.N.

⁷⁰ Zum Umstand, dass wissenschaftliche Kommunikation viel Zeit braucht, siehe *Luhmann* (Fn. 36), 365.

⁷¹ *Lanier*, You are not a gadget, 2011; *Rieble* in: *Reuß/Rieble* (Fn. 9), 29, 32; *Theisohn* (Fn. 48), 115 ff.

⁷² Zu institutionellen Voraussetzungen einer wissenschaftsadäquaten Umstellung der wissenschaftlichen Kommunikation auf Open Access näher *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Arbeitspapier Nr. 6/2013 des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe Universität Frankfurt/M.

⁷³ *M. Polanyi* (Fn. 45), *Minerva* 38 (2000), 1, 9 (Nachdruck eines Beitrags von 1962: „Journals are made unreadable by including much trash.“); *Taubert/Weingart* in: *Sutter/Mehler* (Fn. 37), 159, 166 (für einen Großteil der Peer-review-Publikationen gelte, „dass die Zahl der zitierenden Leser die Zahl der Gutachter häufig erst nach Jahren überschreitet“), 167 f. m.w.N. (peer review „kein besonders wirkungsvolles Instrument für die Selektion von Neuigkeit“); ferner *Fröhlich*, Die Wissenschaftstheorie fordert Open Access, *Information Wissenschaft & Praxis* 2009, 253, 255 m.w.N.

möglichst schnelle Verfügbarkeit⁷⁴ nicht minder anheimgefallen als die Open-Access-Bewegung und ihre Nutznießer – zu denen im Übrigen auch ihre Kritiker zählen.⁷⁵ Es ist daher verfehlt, das digitale Urheberrecht unter Hinweis auf die Vorzüge der klassischen Buchkultur zu verteidigen.

IV. Urheberrechtliche und wissenschaftstheoretische Alternativen zum Status quo

Das digitale Dilemma im wissenschaftlichen Kommunikationssystem hat eine Vielzahl alternativer Regulierungsvorschläge hervorgerufen. Auch insoweit kann die Unterscheidung zwischen einer urheberrechtlichen und einer wissenschaftstheoretischen/-soziologischen Perspektive fruchtbar gemacht werden.

1. Urheberrechtsperspektive: Reform des materiellen Urheberrechts

In der urheberrechtlichen Diskussion steht naturgemäß der Änderungsbedarf des materiellen Wissenschaftsurheberrechts im Vordergrund. Der radikalste Ansatz in dieser Richtung findet sich in einem US-amerikanischen Gesetzentwurf aus dem Jahr 2003, wonach der US Copyright Act dahingehend geändert werden sollte, dass „copyright protection ... is not available for any work produced pursuant to scientific research substantially funded by the Federal Government ...“.⁷⁶ Freilich ist dieser „Public Access to Science Act“ bereits an den ersten Hürden des US-amerikanischen Gesetzgebungsverfahrens gescheitert und seitdem nicht wieder aufgegriffen

⁷⁴ Verwiesen sei etwa auf die immer kürzer werdenden Aktualisierungstakte bei juristischen Online-Kommentaren. Die Logik des Mediums läuft auf tägliche (stündliche?, automatisierte?) Aktualisierungen hinaus. Zur Notwendigkeit, wissenschaftliche Projekte endgültig abschließen zu können, siehe demgegenüber *Luhmann* (Fn. 36), 604.

⁷⁵ Zu dieser Inkonsequenz offen *Theisohn* (Fn. 48), 118 f.; siehe auch *Rieble* in: Reuß/Rieble (Fn. 9), 29, 30 (die Absenkung der Zugangsschwellen zur wissenschaftlichen Veröffentlichung und zu veröffentlichten Texten sei „rundweg zu begrüßen“).

⁷⁶ Public Access to Science Act, 108th Congress (2003-2004), <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:H.R.2613>; hierfür aus ökonomischer Sicht *Shavell*, Should Copyright of Academic Works Be Abolished?, Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 10-10, <http://ssrn.com/abstract=1459028>; zur anschließenden Diskussion siehe *Müller-Langer/Scheufen*, Academic Publishing and Open Access, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 13-03, <http://ssrn.com/abstract=2198400>, 6 ff. m.w.N.

worden. Ein Grund hierfür ist rechtlicher Natur. Die Aufhebung des Urheberrechts für wissenschaftliche Werke ist mit den völkerrechtlichen Konventionen zum Urheberrecht unvereinbar.⁷⁷

Die Diskussion um das Wissenschaftsurheberrecht konzentriert sich daher auf eine Erweiterung der wissenschaftsrelevanten Schranken. So diskutiert man bei der WIPO über ein völkerrechtliches Abkommen im Interesse von Bildung und Wissenschaft, ohne bisher auch nur in die Nähe eines internationalen Konsenses gekommen zu sein.⁷⁸ Auf nationaler Ebene haben verschiedene Gremien des Bundestages und zuletzt der Bundesrat die Einführung einer „breiter und allgemeiner gefasste[n] Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ gefordert.⁷⁹ Ein konkreter Formulierungsvorschlag geht dahin, dass Schriftwerke, „die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika erscheinen, sechs Monate nach ihrer Erstveröffentlichung zur Informationsteilhabe der Allgemeinheit öffentlich zugänglich“ gemacht werden dürfen, „soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist“.⁸⁰ Der Vorbehalt zugunsten nicht kommerzieller, wissenschaftlicher Nutzungszwecke nimmt auf Art. 5 Abs. 3 lit. a UrhRL 2001/29 Rücksicht. Auch diese Restriktion wird als problematisch empfunden, weil kommerzielle Forschung in Unternehmen ebenfalls auf umfassenden Zugang angewiesen sei.⁸¹ Gefordert wird daher eine entsprechende Änderung des europäischen Urheberrechts, und zwar auch im Hinblick auf eine Neuregelung des Rechtsschutzes technischer Schutzmaßnahmen, die keinen Vorrang mehr vor

⁷⁷ Hansen, Zugang zu wissenschaftlicher Information - alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378, 382; irritierend ignorant im Verhältnis zu dieser Umwelt seines ökonomischen Modells Shavell (Fn. 76), 53 mit Fn. 88 a.E. („However, Paul Goldstein has suggested to me that elimination of copyright for academic works could lead to conflict with the obligations of the United States under the TRIPS Agreement.“).

⁷⁸ Siehe <http://www.wipo.int/copyright/en/limitations/index.html>.

⁷⁹ Siehe Bundesrat, 5.12.2012, BR-Drucks. 737/1/12, 2; ferner Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, 4.7.2007, BT-Drucks. 16/5939, 26 f.; Deutscher Bundestag, Dritter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Urheberrecht, 23.11.2011, BT-Drucks. 17/7899, 21.

⁸⁰ Hansen (Fn. 77), GRUR Int. 2005, 378, 383 f. Siehe ferner Pflüger (Fn. 23), ZUM 2010, 938, 944 (zulässig sei die Nutzung eines „veröffentlichten Werkes durch öffentliche Einrichtungen, denen Aufgaben in Bildung, Wissenschaft und Kultur übertragen sind, ... soweit dies im Rahmen ihrer Aufgabenstellung gerechtfertigt und zur Verfolgung nichtkommerzieller Zwecke ... im Rahmen von 1. Unterricht und Forschung, 2. Fort- und Weiterbildung, 3. Dokumentation, Bestandssicherung und Bestandserhaltung“ geboten sei).

⁸¹ Hilty (Fn. 3), GRUR Int. 2006, 179, 187 ff.; Pflüger (Fn. 23), ZUM 2010, 938, 940.

den Schranken des Urheberrechts genießen sollen.⁸² Noch weiter geht die Anregung, in die UrhRL 2001/29 eine Regelung aufzunehmen, wonach der Urheber eines Werks verpflichtet wäre, ein elektronisches Pflichtexemplar an die jeweilige Nationalbibliothek abzuliefern, die es anschließend in dieser Form öffentlich zugänglich machen darf.⁸³

Den Vorschlägen zur Erweiterung der urheberrechtlichen Schranken ist gemeinsam, dass das ausschließliche Recht an wissenschaftlichen Werken im Hinblick auf bestimmte Nutzungen auf einen Vergütungsanspruch des Urhebers reduziert wird. Nutzungsberechtigt und zugleich zahlungsverpflichtet wären öffentliche Forschungs- und Bildungseinrichtungen. Obwohl sie zu nicht kommerziellen Zwecken agieren, träte ihr Informationsangebot praktisch doch in Konkurrenz zu den zugangskontrollierten Datenbanken der Verlage.

Einen anderen Ansatz verfolgen Modelle zu Zwangslizenzen⁸⁴ bzw. zu einem Kontrahierungszwang.⁸⁵ Mit diesen Instrumenten sollen die Verlage verpflichtet werden, den Inhalt ihrer Datenbanken für Mitbewerber zu öffnen, die diese wissenschaftlichen Informationen sodann in anders aufbereiteter Form anbieten dürften, so dass sich ein Preiswettbewerb zwischen mehreren kommerziellen Datenbank Anbietern einstellen würde, die im Prinzip substituierbare Produkte offerieren. Der erwünschte Effekt bestünde zum einen in fallenden Preisen für wissenschaftliche Datenbanken, zum anderen in einem verstärkten Ansporn für die Verlage, die wissenschaftlichen Inhalte optimal aufzubereiten und zu vernetzen.

Sowohl die Vorschläge für eine große Wissenschaftsschranke als auch die zuletzt genannten Ansätze laufen darauf hinaus, dass wissenschaftliche Werke nicht mehr exklusiv in einer zugangsbeschränkten Verlagsdatenbank vorhanden wären, sondern dass eine weitere Informationsquelle zur Verfügung

⁸² *Reichman/Okediji* (Fn. 3), 1432 ff., 1440 ff. (auch für wissenschaftliche Nutzungen zu kommerziellem Folgegebrauch).

⁸³ *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, 2008, 154 f.

⁸⁴ *Hilty* (Fn. 64), GRUR 2009, 633, 641 ff. Mit Hinweis auf medienrechtliche Zugangsrechte auch *Peifer* (Fn. 24), GRUR 2009, 22, 28.

⁸⁵ *Krujatz* (Fn. 57), 279 ff., 280 (Urheber bzw. Verleger als Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts an einem wissenschaftlichen Sprachwerk seien zu verpflichten, „jedem anderen Intermediär zu angemessenen Bedingungen ein Recht der Vervielfältigung, öffentlichen Zugänglichmachung und Verbreitung zu Zwecken der weiteren Veröffentlichung in anderer Weise als der Erstveröffentlichung einzuräumen“, wenn hierbei der Ort der Erstveröffentlichung deutlich angegeben werde).

stünde. Die Konzepte unterscheiden sich allerdings hinsichtlich der Frage, ob diese weitere Quelle ein frei zugänglicher Server öffentlicher Bildungs- und Forschungseinrichtungen (Schrankenlösung) oder aber eine ebenfalls DRM-geschützte Datenbank eines oder mehrerer weiterer, kommerzieller „Informationsbroker“ (Zwangslizenzmodell) sein soll. Während die Verfechter einer großen Wissenschaftsschranke vor allem den ungehinderten Zugang zu wissenschaftlicher Information gewährleisten wollen, sorgen sich die Vertreter eines Zwangslizenz- bzw. eines Kontrahierungszwangmodells vorrangig um die Strukturierung und Aufbereitung einer sonst überbordenden Datenflut.

Freilich sehen sich insbesondere Vorschläge zugunsten einer weiten Wissenschaftsschranke dem Einwand ausgesetzt, sie seien mit dem internationalen und europäischen Urheberrecht unvereinbar, weil ein solch gesetzgeberischer Eingriff die „normale Verwertung“ wissenschaftlicher Schutzgegenstände in Gestalt des exklusiven Datenbankmodells beeinträchtigt. Derartige Bedenken sind jedenfalls insofern berechtigt, als das digitale Urheberrecht gerade den Zweck hat, Urhebern und ihren Vertragspartnern volle Ausschließlichkeit bis hin zu einer Pay-per-use-Gestaltung zu verschaffen. Vorschläge, die dieses Geschäftsmodell im Kern aushöhlen, sind deshalb mit dem geltenden internationalen und europäischen Urheberrecht in der Tat unvereinbar.⁸⁶ Hieraus folgt: „Für die Wissensorganisation scheidet ... eine Option aus: die völlige Neugestaltung eines allein an der digitalen Wirklichkeit ausgerichteten Urheberrechtssystems.“⁸⁷

Hingewiesen sei schließlich auf eine strukturelle Schwäche aller am Urheberrecht ansetzenden Lösungsvorschläge. So wie das Urheberrecht selbst, gelten auch Schranken, Zwangslizenzen und Kontrahierungszwänge nur auf dem Territorium desjenigen Gesetzgebers, der diese Regelungen erlassen hat.⁸⁸ Eine auf Deutschland oder die EU begrenzte und deshalb auch nur hier implementierbare Regelung im Interesse der digitalen Wissenschaft verfehlt

⁸⁶ Siehe Art. 9 Abs. 2 RBÜ, 13 TRIPS, 10 WCT, 16 Abs. 2 WPPT, 5 Abs. 5 UrhRL 2001/29; insoweit zutreffend *Peifer* (Fn. 24), GRUR 2009, 22, 25; eingehend *Peukert*, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, *Hastings Communications & Entertainment Law Journal* (Comm/Ent) 28 (2005), 1-80; a.A. etwa *Hansen* (Fn. 77), GRUR Int. 2005, 378, 384 ff.

⁸⁷ *Peifer* (Fn. 24), GRUR 2009, 22, 23.

⁸⁸ Näher *Peukert*, Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law, in: Handl/Zekoll/Zumbansen, *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, 2012, 189-228.

aber von vornherein den inhärent globalen Charakter wissenschaftlicher Kommunikation. Namentlich die digitale Kluft zwischen Nord und Süd bliebe bestehen.⁸⁹

Diese Defizite genuin urheberrechtlicher Reformvorschläge sind unvermeidlich, da sie in der Logik des Urheberrechts und seinen international festgeschriebenen Grundsätzen gefangen sind. Die ökonomischen Argumente („Marktversagen“) der Kritiker reflektieren zwar zutreffend den Charakter des Urheberrechts als Instrument zur Ermöglichung bestimmter Geschäftsmodelle.⁹⁰ Die Bedingungen spezifisch wissenschaftlicher Kommunikation aber lassen sich mit diesen juristisch-wirtschaftlichen Erwägungen gerade nicht adressieren.⁹¹ Wenn sich die Kommunikationslogiken des Urheberrechts und der Wissenschaft so fundamental unterscheiden wie oben dargestellt, dann kann eine Angleichung beider Sphären nicht über eine Reform des Urheberrechts erreicht werden, das seinen Namen noch verdient.

2. Wissenschaftsperspektive: Open Access

Solche inhärenten Limitierungen vermeidet eine wissenschaftstheoretische-/soziologische Perspektive, die wissenschaftsadäquate, digitale Kommunikationsstrukturen ohne Änderung des Urheberrechts zu etablieren sucht. Genau dies nimmt die Open-Access (OA)-Bewegung für sich in Anspruch. Sie propagiert die freie Zugänglichkeit wissenschaftlicher Ergebnisse im Internet, die von allen interessierten Nutzern weltweit zu jedem legalen Zweck verwendbar sein sollen.⁹²

⁸⁹ Gerade umgekehrt *Hilty* (Fn. 64), GRUR 2009, 633, 638 (Open Access nur territoriale Lösung).

⁹⁰ Insbesondere *Hilty* (Fn. 64), GRUR 2009, 633, 635, 636 ff. („Markt wissenschaftlicher Informationsversorgung“); *Peifer* (Fn. 24), GRUR 2009, 22 ff.; *Spindler*, Urheberrecht in der Wissensgesellschaft – Überlegungen zum Grünbuch der EU-Kommission, FS Loewenheim, 2009, 287, 299 (sorgfältige Analyse des Marktes); *Krujatz* (Fn. 57), 5 (ökonomische Ziele), 152 ff.

⁹¹ Zum Unterschied zwischen Wirtschaft und Wissenschaft etwa *M. Polanyi* (Fn. 45), *Minerva* 38 (2000), 1, 19; *Weingart* (Fn. 4), 330.

⁹² Siehe dazu, mit Unterschieden im Detail, Budapest Open Access Initiative, 17.1.2002, <http://www.opensocietyfoundations.org/openaccess/translations/german-translation>; Bethesda Statement on Open Access Publishing, 20.6.2003, <http://www.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm>; Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen, 22.10.2003, [http://oa.mpg.de/files/2010/04/Berliner Erklarung dt Version 07-2006.pdf](http://oa.mpg.de/files/2010/04/Berliner_Erklaerung_dt_Version_07-2006.pdf). Weitere

a) Open Access und Urheberrecht

Dieses Ideal lässt sich in der Tat ohne Änderung des Urheberrechts erreichen. Originäre Inhaber des Urheberrechts an wissenschaftlichen Werken sind in aller Regel die Wissenschaftler.⁹³ Halten sie einen Text etc. für publikationsreif – eine sehr sensible Entscheidung, die in allen OA-Modellen unberührt bleibt⁹⁴ –, obliegt es ihnen, ob sie Verlagen ausschließliche Nutzungsrechte einräumen und damit das zugangskontrollierte Datenbankmodell bestücken oder ob sie ihre Ergebnisse ohne rechtliche und technische Barrieren im Internet verfügbar machen.⁹⁵ Das Urheberrecht zwingt die Wissenschaftler also keineswegs in eine möglichst exklusive Verwertungsform. Vielmehr können sie sich auch dazu entscheiden, das Werk vollständig oder unter bestimmten Bedingungen zur Nutzung freizugeben. Die meisten Urheberrechtsgesetze der Welt erlauben einen endgültigen Verzicht auf die Verwertungsrechte, mit der Folge, dass das Werk gemeinfrei wird.⁹⁶ Und selbst das insofern restriktive deutsche Urheberrecht sieht ausdrücklich vor, dass der Urheber jedermann ein einfaches, unentgeltliches Nutzungsrecht einzuräumen vermag;⁹⁷ hinzu tritt die Gestaltungsvariante, formlos und konkludent in übliche Nutzungshandlungen einzuwilligen.⁹⁸ Jeweils kann sich der Urheber bestimmte Rechte vorbehalten, insbesondere im Hinblick auf unmittelbare kommerzielle Nutzungen und das Urheberpersönlichkeitsrecht.⁹⁹ Das Urheberrecht steht somit selbst einer sofortigen, vollständigen und weltweiten Umstellung der wissenschaftlichen

Erklärungen bei *Bailey*, *Open Access Bibliography*, 2005, 20 ff.; ferner *Deutsche UNESCO-Kommission*, *Open Access – Chancen und Herausforderungen*, 2007; *Krujatz* (Fn. 57), 33 ff.

⁹³ Zu Ausnahmen nach deutschem Urhebervertrags- und Arbeitsrecht siehe BGH I ZR 244/88, 27.9.1990, NJW 1991, 1480, 1483 – *Grabungsmaterialien*; KG 5 U 2189/93, 6.9.1994, NJW-RR 1996, 1066 – *Poldok*; LG Köln 28 O 161/99, 1.9.1999, NJW-RR 2000, 1294, 1295; zu Computerprogrammen *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, *Urheberrechtsgesetz*, Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 69b Rn. 7.

⁹⁴ *Herb*, *Open Access - Ein Wundermittel?*, in: *Lison*, *Information und Ethik*, 2007, 78 ff.

⁹⁵ *Suber* (Fn. 40), 125 ff.; *Budapest Open Access Initiative 2002* (Fn. 92).

⁹⁶ Dazu *Peukert* (Fn. 6), 205 ff.

⁹⁷ Siehe §§ 31a Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 3 S. 3, 32a Abs. 3 S. 3, 32c Abs. 3 S. 2 UrhG sowie BT-Drucks. 14/6433, 15; BT-Drucks. 14/8058, 19; BT-Drucks. 16/1828, 37; BT-Drucks. 16/5939, 44.

⁹⁸ BGH I ZR 94/05, 6.12.2007, NJW 2008, 751 Rn. 27 – *Drucker und Plotter I*; BGH I ZR 69/08, 29.4.2010, NJW 2010, 2731 Rn. 28 ff., 33 ff. – *Vorschaubilder I*; BGH I ZR 140/10, 19.10.2011, NJW 2012, 1886 Rn. 16 ff. – *Vorschaubilder II*; *Peukert*, *Der digitale Urheber*, in: *Bullinger u.a.*, *FS Wandtke*, 2013, 455 ff. m.w.N. zur überwiegend ablehnenden Literatur.

⁹⁹ Zur Reichweite der legalisierten Nutzungen siehe *Peukert* (Fn. 72).

Kommunikation auf Open-Access-Erstveröffentlichungen nicht entgegen – wenn die entscheidungsbefugten Wissenschaftler dies denn wünschen.

Zudem kann das Urheberrecht auch dergestalt flexibel ausgeübt werden, dass einem Verlag ggf. für eine bestimmte Zeit ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wird, der Urheber sich aber vorbehält, das Werk selbst oder durch Dritte zeitgleich, zeitverzögert, in derselben oder einer abweichenden Formatierung zu nicht kommerziellen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen.¹⁰⁰ Mit anderen Worten ermöglicht das Urheberrecht auch ein Nebeneinander des Verlags- und des OA-Modells.¹⁰¹ Das Urheberrecht gewährleistet aus dieser Perspektive vor allem eine Entscheidungsbefugnis des Wissenschaftler-Urhebers für die eine und/oder eine andere Form der wissenschaftlichen Publikation.

Mit dem Fokus auf diese Weichenstellung verlagert sich das Interesse weg vom stets vorausgesetzten Urheberrecht hin zu den wissenschaftsinternen Publikationsnormen, die für die Entscheidung für das eine oder das andere System maßgeblich sind. Dementsprechend setzen regulatorische Maßnahmen zur Förderung von Open Access nicht im Urheberrecht, sondern im Wissenschaftsrecht an.¹⁰² Freilich ergeben sich auch dann Wechselwirkungen. Würde Open Access auf wissenschaftsrechtlicher Grundlage gefördert oder gar flächendeckend eingeführt, schwächte sich der urheberrechtliche Standard des wissenschaftlichen Publikationswesens von „alle Rechte vorbehalten“ auf „einige Rechte vorbehalten“ ab.

b) Vorzüge von Open Access

Ein solcher Paradigmenwechsel wird in der Wissenschaftstheorie, der Ökonomik und der Wissenschaftspolitik mit Blick auf die oben geschilderten, wissenschaftsinternen Kommunikationsbedingungen ganz überwiegend als

¹⁰⁰ Vgl. § 32 Abs. 3 S. 2 UrhG.

¹⁰¹ Sog. grüner OA.

¹⁰² Bethesda Statement on Open Access Publishing (Fn. 92) („Community standards, rather than copyright law, will continue to provide the mechanism for enforcement of proper attribution and responsible use of the published work, as they do now.“). Zum urheberrechtlichen Zweitverwertungsrecht sogleich bei Fn. 118.

wünschenswert erachtet.¹⁰³ Erstens verbessert Open Access die Voraussetzungen, damit die Wissenschaft ihre Funktion, neues gesichertes Wissen zu generieren, erfüllen kann:

- Da das vorhandene Wissen umfassender verfügbar und über interaktive Elemente intensiver vernetzt ist,¹⁰⁴ lassen sich doppelte, ggf. bereits falsifizierte Anstrengungen vermeiden;
- wissenschaftliche Ergebnisse können schneller veröffentlicht werden;¹⁰⁵
- die Kommunikation verläuft global und nicht mehr entlang von Campus- oder systemfremden Staatsgrenzen;¹⁰⁶
- Erkenntnisse anderer Disziplinen können leichter gefunden und rezipiert werden;
- die Zugangshürden für noch nicht etablierte Wissenschaftler werden gesenkt, so dass zugleich eine leistungsgerechtere Verteilung von Reputationsgewinnen möglich erscheint.¹⁰⁷

Zweitens verspricht Open Access eine verbesserte Kommunikation über die Grenzen des engeren, öffentlich finanzierten Wissenschaftsbetriebs hinaus. Die freie Verfügbarkeit wissenschaftlicher Ergebnisse versetzt die Politik und die Gesellschaft (die Medien) in die Lage, die Entwicklung der Wissenschaft nachzuverfolgen und die Verwendung von Steuergeldern zu prüfen.¹⁰⁸ Außerdem erleichtert und intensiviert Open Access die Vermittlung von Forschungsergebnissen an die übrige Wissensgesellschaft, namentlich an die

¹⁰³ Vgl. für Deutschland RegE verwaiste Werke (Fn. 63), 14; für das vereinigte Königreich *Finch Group Report* (Fn. 2), 2012, 5 f.; für die USA Executive Office of the President, Office of Science and Technology Policy, *Expanding Public Access to the Results of Federally Funded Research*, 22.2.2013, <http://www.whitehouse.gov/blog/2013/02/22/expanding-public-access-results-federally-funded-research>; zu Effizienzgesichtspunkten EU-Kommission (Fn. 63), KOM(2012) 401 endg., 3; *Suber* (Fn. 40), 29 ff., 43 ff., 133 ff.; *Fröhlich* (Fn. 73), *Information Wissenschaft & Praxis* 2009, 253-258; kritisch *Theisohn* (Fn. 48), 115 ff. („gescannte Ideologie“).

¹⁰⁴ *Fröhlich* (Fn. 73), *Information Wissenschaft & Praxis* 2009, 253, 255. Zur höheren Zitierate von OA-Publikationen im Vergleich zu Verlagspublikationen siehe m.w.N. *Mueller-Langer/Scheufen* (Fn. 76), 9 f.

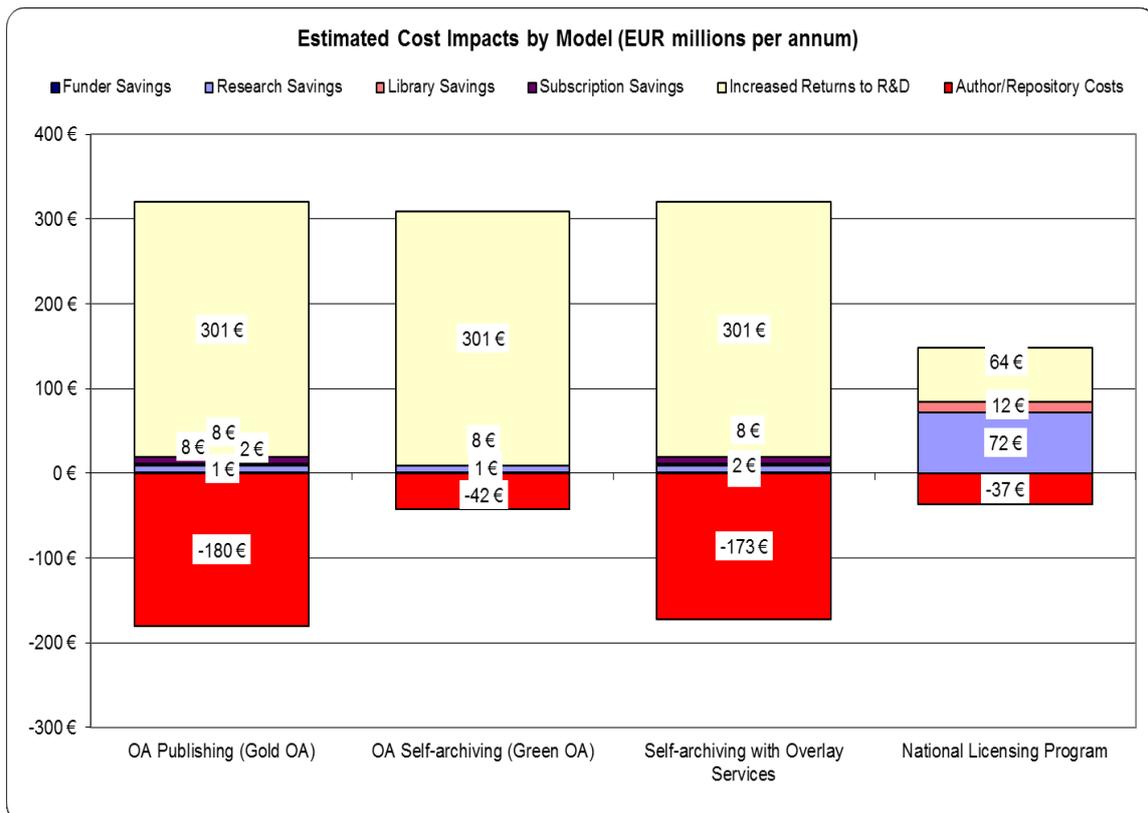
¹⁰⁵ *Fröhlich* (Fn. 73), *Information Wissenschaft & Praxis* 2009, 253, 256; kritisch *Theisohn* (Fn. 48), 119 (Entschleunigungsbedürfnis der Wissenschaft).

¹⁰⁶ Budapest Open Access Initiative 2002 (Fn. 92); skeptisch *Herb*, in: Lison (Fn. 94), 78; zynische Ressentiments bei *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn. 9), 29, 51 („Ob in *Ouagadougou* oder anderswo deutsche Netzveröffentlichungen zur Soteriologie“ verstanden werden, bleibt fraglich.“; Hervorh. im Original). Zur Überwindung von Sprachgrenzen durch Open Access siehe *Fröhlich* (Fn. 73), *Information Wissenschaft & Praxis* 2009, 253, 257 f.

¹⁰⁷ *Taubert/Weingart*, in: Sutter/Mehler (Fn. 37), 159, 166.

¹⁰⁸ *Schmidt-Assmann*, in: Dreier (Fn. 49), 67, 86; *Royal Society*, *Science as an open enterprise*, 2012, http://royalsociety.org/uploadedFiles/Royal_Society_Content/policy/projects/sape/2012-06-20-SAOE.pdf, 7 f.

ihrerseits forschende Wirtschaft, die bisher nicht von Nationallizenzen profitiert, sondern häufig gezwungen ist, im inhärent limitierten Pay-per-use-Modus zu operieren.¹⁰⁹ Die positiven Externalitäten dieses Transfers werden im ökonomischen Modell für so erheblich erachtet, dass sie die Nettomehrkosten einer Umstellung auf Open Access selbst dann übersteigen sollen, wenn Deutschland sich in einem nationalen Alleingang für einen solchen Systemwechsel entscheidet.¹¹⁰



Die genannten Vorzüge schlagen sich in Umfrageergebnissen nieder, wonach 80 bis 90 % der Wissenschaftler über Disziplin- und Ländergrenzen hinweg Open Access für einen positiven und förderungswürdigen Ansatz halten.¹¹¹ Die Zahl der frei verfügbaren Beiträge, der institutionellen und fachlichen

¹⁰⁹ Weingart (Fn. 4), 333 m.w.N.

¹¹⁰ Siehe Houghton u.a., General Cost Analysis for Scholarly Communication in Germany, 2012, urn:nbn:de:hebis:30:3-275309; auf der Basis dieser Annahme auch EU-Kommission (Fn. 63), KOM(2012) 401 endg., 2; RegE verwaiste Werke (Fn. 63), 14. Zu den Nettokosten eines OA-Modells siehe auch Finch Group Report (Fn. 2), 6; Brintzinger (Fn. 2), Leviathan 38 (2010), 331, 338 f. m.w.N.

¹¹¹ Weishaupt, Der freie Zugang zum Wissen: auf dem Weg, aber noch nicht am Ziel! Erste Ergebnisse einer Studie zur Akzeptanz von Open-Access-Zeitschriften, Forschung Aktuell Nr. 08/2008, urn:nbn:de:0176-200808014 m.w.N.; Dallmeier-Tiessen u.a., Highlights from the SOAP project survey. What Scientists Think about Open Access Publishing, 2011, arXiv:1101.5260 (knapp 18.000 Befragte).

Repositorien sowie der OA-Zeitschriften steigt seit Jahren kontinuierlich und überproportional zur Steigerung des gesamten Veröffentlichungsaufkommens an.¹¹² In manchen Disziplinen wie etwa bestimmten Bereichen der Physik, aber auch der englischsprachigen Rechtswissenschaft wird es bereits schwierig, Reputation aufzubauen, ohne in den zentralen OA-Fachrepositorien wie ArXiv bzw. dem Social Science Research Network (SSRN) vertreten zu sein. Zugleich jedoch stellt auch mehr als 20 Jahre nach der Entstehung der ersten OA-Repositorien und -Zeitschriften das verlagsseitig produzierte *peer reviewed journal* den Goldstandard der wissenschaftlichen Publikation dar. In Umfragen bekunden 80 % der Wissenschaftler, dieses Medium sei das erste ihrer Wahl.¹¹³ Dem entspricht der Befund, dass der Anteil der OA-Publikationen am Gesamtumfang wissenschaftlicher Veröffentlichungen bei erheblichen Unterschieden zwischen den Disziplinen auf lediglich 5 bis 30 % geschätzt wird.¹¹⁴ Ohne Verlage, so scheint es, kommt die Wissenschaft auch im 21. Jahrhundert nicht aus.¹¹⁵ Selbst die eigenen Grundbegriffe der OA-Bewegung, nämlich der „goldene“ bzw. „grüne“ OA, werden noch häufig unter Referenz auf den Normalfall der ggf. vorgeschalteten Veröffentlichung in einer Verlagszeitschrift definiert.¹¹⁶

¹¹² Siehe *Fry u.a.*, Peer Behavioural Research: Authors and Users vis-à-vis Journals and Repositories, Final Report, August 2011, http://hal.inria.fr/docs/00/73/61/68/PDF/PEER_D4_final_report_29SEPT11.pdf, 9, 43; *Dallmeier-Tiessen u.a.* (Fn. 63) (jährlich 200-300 neue OA-Journals); *Laakso u.a.*, The Development of Open Access Journal Publishing from 1993 to 2009, PLoS ONE 6(6) (2011), doi:10.1371/journal.pone.0020961, 7 (auch relatives Größenwachstum von OA im Verhältnis zum gesamten Publikationsaufkommen).

¹¹³ *Fry u.a.* (Fn. 112), 30.

¹¹⁴ EU-Kommission (Fn. 63), KOM(2012) 401 endg., 5 (20 %); Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Bildung und Forschung (Fn. 1), BT-Drucks. 17/12029, 39 (5-30 %); *Fry u.a.* (Fn. 112), 74 (geringe Steigerungsraten); anders *Laakso u.a.* (Fn. 112), PLoS ONE 6(6) (2011), doi:10.1371/journal.pone.0020961, 7 (relatives Größenwachstum von OA im Verhältnis zum gesamten Publikationsaufkommen).

¹¹⁵ Siehe *Weishaupt* (Fn. 111); skeptisch insbesondere *Hilty* (Fn. 64), GRUR 2009, 633, 638; *Krujatz* (Fn. 57), 62.

¹¹⁶ Zum grünen OA als „self-archiving“ von Zeitschriftenbeiträgen Budapest Open Access Initiative 2002 (Fn. 92). Offener die Definition von grünem OA in: Zehn Jahre nach der Open-Access-Initiative von Budapest: Den Standard auf „Offen“ setzen, 12.9.2012, <http://www.opensocietyfoundations.org/openaccess/boai-10-translations/german-translation> (OA über Repositorien). Zum goldenen OA in hybriden Verlagszeitschriften siehe EU-Kommission (Fn. 63), KOM(2012) 401 endg., 5; *Dallmeier-Tiessen u.a.* (Fn. 63). Zu den Autorengebühren solcher Verlagsangebote siehe *Brintzinger* (Fn. 2), *Leviathan* 38 (2010), 331, 338; *Dallmeier-Tiessen u.a.* (Fn. 111), 9. Offene Definition des goldenen OA in: Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Bildung und Forschung (Fn. 1), BT-Drucks. 17/12029, 40.

Eine Ursache für die vordergründig langsame Etablierung dieses alternativen Modells ist tatsächlich urheberrechtlicher Natur. Hat nämlich ein Wissenschaftler einem Verlag uneingeschränkte ausschließliche Rechte an seinem Werk eingeräumt, hat er sich in Ausübung seiner Privatautonomie seines Rechts begeben, für offenen Zugang zu optieren. Dieses Szenario wird als relevantes Hindernis für eine größere Verbreitung des grünen OA eingeschätzt, da keineswegs alle Verlagsverträge von vornherein eine parallele OA-Publikation des Manuskripts gestatten.¹¹⁷

Der sich ergebende Lock-in-Effekt soll durch ein zwingendes Zweitverwertungsrecht des Urhebers durchbrochen werden. Nach einem Regierungsentwurf für einen neuen § 38 Abs. 4 UrhG hat der Urheber „eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, ... auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“¹¹⁸ Das *zwingende Zweitverwertungsrecht* stellt den Grundsatz der Freiwilligkeit von Open Access nicht in Frage.¹¹⁹ Eingeschränkt wird die Verfügungsbefugnis des Urhebers im Verhältnis zu verhandlungsstärker eingeschätzten Verlagen, nicht hingegen der Schutzbereich des Urheberrechts. Zutreffend wird der Vorschlag deshalb als völker-, unions- und verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft. Das Risiko, dass ausländische Verlage aufgrund der nicht abdingbaren OA-Option keine Verlagsverträge mehr mit in Deutschland

¹¹⁷ Zur diesbezüglichen Vertragspraxis siehe <http://www.sherpa.ac.uk/romeo/index.php?la=en&flDnum=|&mode=simple>.

¹¹⁸ RegE verwaiste Werke (Fn. 63), 5 f. Ähnliche Vorschläge sehen eine Frist von sechs Monaten bei Periodika und von zwölf Monaten bei Sammelwerken und zusätzlich die (Zweit-)Veröffentlichung in der Formatierung der Erstpublikation vor; siehe Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD, Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, 16.3.2011, BT-Drucks. 17/5053; zuerst in diesem Sinne Hansen (Fn. 77), GRUR Int. 2005, 378, 382; ferner Pflüger (Fn. 23), ZUM 2010, 938, 941.

¹¹⁹ RegE verwaiste Werke (Fn. 63), 14 f.; vgl. Hansen (Fn. 77), GRUR Int. 2005, 378, 382.

ansässigen Wissenschaftlern¹²⁰ abschließen, erscheint relativ gering und in Anbetracht des gestärkten Wahlrechts der inländischen Urheber hinnehmbar.¹²¹ Doch selbst wenn ein solches Zweitverwertungsrecht Eingang in das Urheberrecht fände, würde dies an den vielfältigen wissenschaftsinternen Vorbehalten und Hemmnissen im Hinblick auf Open Access nichts ändern. Die Wissenschaftler verfolgen insoweit durchaus andere Interessen als die öffentlichen Wissenschaftsfinanziers und die Bibliotheken.¹²² Während offener Zugang in der Recherche- und Herstellungsphase hoch geschätzt wird, sieht man sein fertiges Produkt unverändert am liebsten in der Verlagsdatenbank, die weiterhin die reputationsförderlichste Sichtbarkeit garantiert.¹²³

Diese Beharrungseffekte beruhen auf einer konservativen Grundhaltung der wissenschaftlichen Community im Hinblick auf ein funktionierendes, auch Elite signalisierendes Publikationswesen¹²⁴ sowie auf Pfad- bzw. Strukturabhängigkeiten, die sich maßgeblich an der Frage orientieren, wie wissenschaftliche Macht erworben und erhalten wird.¹²⁵ So fungieren Herausgeberschaften als Reputationssignale, die ihr Träger unter Einbindung abhängiger Nachwuchswissenschaftler pflegt und nicht gern aufgibt.¹²⁶ Generell lässt sich die These aufstellen, dass es um so schwieriger ist, Open Access über neue Publikationsmedien zu etablieren, je stärker Reputation in einem Fach konzentriert ist.¹²⁷

¹²⁰ Die von jenen abgeschlossenen Verlagsverträge unterliegen gem. Art. 4 Abs. 2, 19 Abs. 1 der Verordnung Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), Abl. Nr. L 177 04.07.2008, 6, deutschem (Urheber-)Vertragsrecht als dem Recht des Ortes ihres gewöhnlichen Aufenthalts und damit auch dem künftigen Zweitverwertungsrecht.

¹²¹ RegE verwaiste Werke (Fn. 63), 14 f.; *Heckmann/Weber*, Open Access in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2006, 995, 997 ff.; *Peifer* (Fn. 24), GRUR 2009, 22, 27; a.A. noch Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1828, 47; *Hirschfelder*, Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbietungspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen?, MMR 2009, 444, 447 (Umgehung der Richtlinie).

¹²² *Finch Group Report* (Fn. 2), 6.

¹²³ Zu diesem Netzwerkeffekt *Spindler*, FS Loewenheim (Fn. 90), 287, 300; *Shavell* (Fn. 76), 48; *Mueller-Langer/Scheufen* (Fn. 76), 11 m.w.N.

¹²⁴ *Fry u.a.* (Fn. 112), iv („Academic researchers have a conservative set of attitudes, perceptions and behaviours towards the scholarly communication system and do not desire fundamental changes in the way research is currently disseminated and published.“).

¹²⁵ *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 29), 1, 7; oder in den Worten von *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn. 9), 29, 41: „Das hat ästhetische Gründe, wurzelt auch in der Eitelkeit und dient der Karriere.“.

¹²⁶ *Herb*, in: Lison (Fn. 94), 78.

¹²⁷ *Taubert/Weingart*, in: Sutter/Mehler (Fn. 37), 159, 177; *Spindler*, FS Loewenheim (Fn. 90), 287, 301 f.; *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 29), 1, 7.

c) Open Access als neuer Standard wissenschaftlicher Kommunikation

Bisher hat man sich namentlich in Deutschland darauf beschränkt, an die Wissenschaftler zu appellieren, diese Vorbehalte aufzugeben und ihre Ergebnisse frei verfügbar zu machen.¹²⁸ Wo sich – wie etwa im Forschungsförderungsrecht der Schweiz und der EU – bereits grundsätzliche Verpflichtungen zu OA-Publikationen finden, stehen diese stets unter dem Vorbehalt, dass der Autor keinem Verlag ausschließliche Rechte eingeräumt hat, so dass Open Access letztlich auch hier eine freiwillige Veranstaltung bleibt.¹²⁹

Einen erheblichen Schritt weiter gehen jüngste Bestrebungen im Wissenschaftsrecht des Vereinigten Königreichs und der USA, die sich die EU offenbar zum Vorbild nehmen möchte. Sie beruhen auf dem Gedanken, dass sich das wissenschaftliche Publikationswesen derzeit im Übergang vom Verlags- zum OA-System befindet und dass dieser Wandel intelligent zu gestalten und zu fördern ist.¹³⁰ Zu diesem Zweck werden die öffentlich finanzierten Wissenschaftler einerseits auf OA-Publikationen verpflichtet. Andererseits ist diese Pflicht so ausgestaltet, dass es zu einer Koexistenz von Open Access und Verlagsangeboten kommt, deren Geschäftsmodell nicht in Frage gestellt wird, da sie (gegenwärtig noch) einen wichtigen Beitrag für das Funktionieren der wissenschaftlichen Kommunikation leisteten. Insbesondere werden Mittel für Autorengebühren bereitgestellt, mit denen sich die Wissenschaftler die freie Zugänglichkeit ihrer Beiträge erkaufen können (goldener OA). Die Erstveröffentlichung in proprietären Formaten bleibt

¹²⁸ Siehe Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen (Fn. 92); Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Urheberrecht (Fn. 79), BT-Drucks. 17/7899, 81; für eine empirische Bestätigung siehe *Weishaupt* (Fn. 111). Weitergehend aber Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Bildung und Forschung (Fn. 1), BT-Drucks. 17/12029, 95 (Verpflichtung auf nachgeschalteten, grünen OA).

¹²⁹ Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung, Nationaler Forschungsrat, Weisung betreffend Open Access zu Forschungspublikationen aus vom SNF geförderten Forschungsprojekten, 04.07.2007, http://www.unibas.ch/doc/doc_download.cfm?uuid=2EF93B5E3005C8DEA3D13694B33B10AD&&IRACER_AUTOLINK&& (OA-Befugnisse „soweit möglich“ vorbehalten); EU-Kommission (Fn. 63), KOM(2012) 401 endg., 8.

¹³⁰ *Royal Society* (Fn. 108), 7; tendenziell auch EU-Kommission (Fn. 63), KOM(2012) 401 endg., 6 f. (Hindernisse für einen raschen Wandel).

ebenfalls erlaubt, soweit der Aufsatz nach einem maximalen Embargo von bis zu 12 Monaten frei zugänglich gemacht wird (grüner OA).¹³¹

Eine Umsetzung dieser Vorgaben würde bewirken, dass zumindest nach einer gewissen Zeit sämtliche von den Regularien erfassten Beiträge/Ergebnisse ohne rechtliche oder technische Hürden im Internet verfügbar wären. Zugleich würden sich diese Inhalte z.T. auch noch in zugangskontrollierten Verlagsdatenbanken finden. Freilich ist zu erwarten und wohl auch erwünscht, dass das OA-System zunehmend von seiner Vollständigkeit profitiert, so dass sich Netzwerkeffekte einstellen, die an einem bestimmten *tipping point* dazu führen, dass von vornherein in diesem Modus erstveröffentlicht wird. Verlagsdatenbanken würden graduell und ab dem Umkipppunkt rasant an Bedeutung verlieren und könnten schließlich als Archivbestände von den öffentlichen Bibliotheken übernommen werden.

Spätestens dann stünde die Frage im Raum, ob und wie das in verschiedener Hinsicht kostenträchtige Nebeneinander von OA- und Verlagspublikationen beendet, wie mit anderen Worten der Übergang vom Verlags- auf das OA-System regulativ vollzogen werden kann. Hierzu müsste sichergestellt werden, dass jedenfalls die überwiegend öffentlich finanzierten Forschungsergebnisse *nach OA-Prinzipien erstveröffentlicht* werden und diese Fassung in der Folge zu zitieren ist.¹³² Das Geschäftsmodell zugangskontrollierter Verlagsdatenbanken würde hiermit zumindest für die fernere Zukunft obsolet.¹³³ Die Kosten des OA-Systems müssten von den öffentlichen Forschungsförderern finanziert werden,

¹³¹ Siehe für das Vereinigte Königreich *Finch Group Report* (Fn. 2). Reaktion der Regierung: Letter to Dame Janet Finch on the Government Response to the Finch Group Report, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32493/12-975-letter-government-response-to-finch-report-research-publications.pdf. Reaktion der öffentlichen Forschungsförderer: Higher Education Funding Council for England, HEFCE statement on implementing open access, 16.7.2012, <http://www.hefce.ac.uk/news/newsarchive/2012/statementonimplementingopenaccess/>; Research Councils UK Policy on Access to Research Outputs, 17.7.2012, [http://roarmap.eprints.org/671/1/RCUK%20 Policy on Access to Research Outputs.pdf](http://roarmap.eprints.org/671/1/RCUK%20Policy%20on%20Access%20to%20Research%20Outputs.pdf). Für die USA Executive Office of the President (Fn. 103). Ferner EU-Kommission (Fn. 63), KOM(2012) 401 endg., 9.

¹³² Siehe mit Vorbehalten 10 Jahre BOAI, (Fn. 116); deutlicher *Kuhlen*, Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, 2008, 551; wohl auch *Reichman/Okediji* (Fn. 3), *Minnesota Law Review* 96 (2012), 1362, 1467; *Steinhauer* (Fn. 68), 44; Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Urheberrecht (Fn. 79), BT-Drucks. 17/7899, 37; *Bäuerle*, in: *Britz* (Fn. 29), 1, 9.

¹³³ Siehe *Peifer* (Fn. 24), GRUR 2009, 22, 23 („Die entscheidende Frage, vor der man in der Onlinewelt steht, ist die, ob der klassische Verleger als Informationsbroker noch gebraucht wird.“).

so dass die wissenschaftliche Wertschöpfungskette ohne Umweg über die Verlage aus Steuergeldern gespeist würde.¹³⁴

Ob der Zeitpunkt zur rechtlichen Umstellung des wissenschaftlichen Publikationswesens auf Open Access als primären Standard allerdings bereits in zehn Jahren¹³⁵ oder wie bei früheren medialen Revolutionen erst nach 200 Jahren¹³⁶ gekommen sein wird, ist ungewiss. Abgesehen von politischen Widerständen bedarf es noch erheblicher infrastruktureller und wissenschaftsinstitutioneller Vorleistungen, um einen solchen Paradigmenwechsel überhaupt als wissenschaftsadäquat und damit verfassungsrechtlich zulässig erscheinen zu lassen.¹³⁷ Auch insoweit richtet sich das Augenmerk auf die Wissenschaft, deren Perspektive sich im Verhältnis zum Urheberrecht als die allein weiterführende erwiesen hat.

¹³⁴ Bethesda Statement on Open Access Publishing (Fn. 92); Research Councils UK (Fn. 131).

¹³⁵ So 10 Jahre BOAI 2012 (Fn. 116).

¹³⁶ Vgl. *Luhmann* (Fn. 36), 600 (es habe jeweils etwa 200 oder mehr Jahre gedauert, bis die Gesellschaft sich auf das Alphabet bzw. den Buchdruck eingestellt habe – eine „ungeheuer“ schnelle Veränderung); *Finch Group Report* (Fn. 2), 10 („likely to be a lengthy transition“); *Suber* (Fn. 40), 167.

¹³⁷ Hingewiesen sei nur auf die Erfordernisse, den Journal Impact Factor durch autor- oder artikelbezogene Bewertungskriterien zu ersetzen; Zitierregeln auf OA-Publikationen umzustellen; weitere OA-Zeitschriften und fachspezifische Repositorien, etwa für die deutschsprachige Rechtswissenschaft, zu etablieren; im OA-System ausreichenden Peer Review zu gewährleisten; die wissenschaftlichen Gepflogenheiten dahingehend zu ändern, dass die öffentliche Zugänglichmachung eines Beitrags auf einem Repository dem endgültigen „Gut zum Druck“ entspricht; und wohl nicht zuletzt vom Gedanken Abschied zu nehmen, dass wissenschaftliche Aufsätze in einer „Zeitschrift“ – und nicht etwa in einer institutionellen Reihe einer Fakultät – publiziert werden müssen. Zu alledem näher *Peukert* (Fn. 72).