

Open Access in der Informationsgesellschaft

Der „Zweite Korb“ als Lösung der Publikationskrise?

Wiss. Mit. Jörn Heckmann

**Akademie der Wissenschaften
zu Göttingen**

Was ist „Open Access“?

- Unter dem Schlagwort „Open Access“ werden unterschiedliche Bestrebungen für einen freien Zugriff auf Ergebnisse öffentlich finanzierter Forschung über das Internet zusammengefasst.
- Golden road-Strategie
- Green road-Strategie

Möglichkeit 1

- **Golden Road**
 - **Status einer originären Veröffentlichung**
 - **Keine besonderen urheberrechtlichen Probleme**

Möglichkeit 2:

- **Green Road**
 - **Veröffentlichung als Printpublikation**
 - **Gleichzeitige Veröffentlichung auf der Homepage**
 - **„das Beste aus beiden Welten“**
 - **Durch eine Open Access-Publikation werden die wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten der Publikation eingeschränkt**
 - **Insofern steht möglicherweise das Urheberrecht einer Veröffentlichung als Open Access-Publikation entgegen**
 - **Um die urheberrechtlichen Zusammenhänge darstellen zu können, bedarf es zunächst einer allgemeinen Einführung in das Urheberrecht:**

Einführung ins Urheberrecht



Verlag

Nutzungsrechte



Geld



Urheber

Einführung ins Urheberrecht II

- Das Nutzungsrecht kann wiederum für einzelne Nutzungsarten getrennt eingeräumt werden.
- Eine eigenständige Nutzungsart liegt vor, wenn es sich um eine wirtschaftlich-technisch eigenständige und abgrenzbare Art und Weise der Auswertung handelt
- Beispiele für eigenständige Nutzungsarten:
 - Taschenbuch
 - Hardcover-Ausgabe
 - Hörbuch
 - Internet

Einführung ins Urheberrecht III

Nutzungsrecht
für Internet



Internet

Nutzungsrecht
für Printpublikation



Urheber



Verlag

Einführung ins Urheberrecht IV

- **Einfaches Nutzungsrecht**

Es ist dem Urheber bei Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts auch weiterhin möglich, das Werk zusätzlich an weitere Dritte zu lizenzieren.

- **Ausschließliches Nutzungsrecht**

Ein ausschließliches Nutzungsrecht sichert dem Dritten die alleinigen Verwertungsmöglichkeiten zu.

Von dieser Möglichkeit wird regelmäßig in Verträgen zwischen Urhebern und Verlagen Gebrauch gemacht, um dem Verlag die alleinige Rechteinhaberschaft an dem Werk zu sichern

Einführung ins Urheberrecht V

Einfaches
Nutzungsrecht
für Internet



Internet



Verlag



Urheber

Ausschließliches
Nutzungsrecht
für Printpublikation



Verlag

Einführung ins Urheberrecht IV

- Das große „ABER“:
 - Aufgrund der wirtschaftlichen Marktmacht der großen Verlage sind die Urheber zumeist faktisch gezwungen, sowohl die ausschließlichen Nutzungsrechte für die Printpublikation als auch die **ausschließlichen** Nutzungsrechte für das Internet an den Verlag einzuräumen, da dieser anderenfalls eine Veröffentlichung ablehnt
 - Sofern dem Verlag jedoch die ausschließlichen Nutzungsrechte für die Nutzungsart „Internet“ eingeräumt worden sind, ist eine eigene Veröffentlichung im Internet nur noch statthaft, wenn das Urheberrecht dies trotz der Übertragung der Nutzungsrechte als Ausnahme zulässt!

Läßt das deutsche Urheberrecht „Open Access“ gegenwärtig zu?

§ 38 (Beiträge zu Sammlungen)

„Gestattet der Urheber die Aufnahme des Werkes in eine periodisch erscheinende Sammlung, so erwirbt der Verleger oder Herausgeber im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung und Verbreitung. Jedoch darf der Urheber das Werk nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen anderweit vervielfältigen und verbreiten, wenn nichts anderes vereinbart ist“

Lässt das deutsche Urheberrecht „Open Access“ gegenwärtig zu?

- **§ 52a UrhG (öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung)**

(1) Zulässig ist,

1. veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern oder

2. veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung

öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

Zwischenergebnis

**Das Urheberrechtsgesetz in seiner derzeitigen Fassung
enthält keine ausreichenden Rechtsgrundlagen oder
Anknüpfungspunkte für Open Access (green road)**

Ändert sich etwas durch den Zweiten Korb?

- **§ 52b UrhG (Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven)**

Zulässig ist, veröffentlichte Werke ausschließlich in den Räumen öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen Erwerbszweck verfolgen, an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen. [...]

Ändert sich etwas durch den Zweiten Korb?

- „§ 53a (Kopienversand auf Bestellung)

(1) Zulässig ist auf Einzelbestellung die Vervielfältigung und Übermittlung einzelner in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge sowie kleiner Teile eines erschienenen Werkes im Weg des Post- oder Faxversands durch öffentliche Bibliotheken, sofern die Nutzung durch den Besteller nach § 53 zulässig ist. Die Vervielfältigung und Übermittlung in sonstiger elektronischer Form ist ausschließlich als grafische Datei und nur dann zulässig, wenn der Zugang zu den Beiträgen oder kleinen Teilen eines Werkes den Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung ermöglicht wird.

„Open Access“ de lege ferenda

- ***Pflüger/Ertmann* [ZUM 2004, 436, 441; *dies.*, duz Magazin 7/2006, 26, 27] haben hierfür die Schaffung einer zeitlich befristeten Anbietungspflicht für angestellte wissenschaftliche Autoren zugunsten der Hochschule oder Forschungseinrichtung vorgeschlagen.**
- **Öffentlich-rechtliche Ausgestaltung (HRG/BRRG)**
- **Neue Schrankenregelung (§ 52c UrhG-E)**
- **Zwangslizenz**
- ***Hansen* [GRUR Int. 2005, 378] hat in seiner ausführlichen Darstellung die Schaffung einer urhebervertragsrechtlichen Regelung favorisiert, die er in Anlehnung an § 38 Abs. 1 UrhG ausgestalten will**

Stellungnahme des Bundesrates

Vorschlag: Ergänzung von § 38 Abs. 1:

"An wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika erscheinen, hat der Urheber auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts das Recht, den Inhalt längstens nach Ablauf von sechs Monaten seit Erstveröffentlichung anderweitig öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies

- zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist***
- und nicht in der Formatierung der Erstveröffentlichung erfolgt.***

Dieses Recht kann nicht abbedungen werden."

Reaktion der Bundesregierung

- **Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates den Vorstoß des Bundesrates abgelehnt**
- **Begründung:**
 - **verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Verankerung von Open Access im Urheberrecht**
 - **europarechtlich unzulässige Schranke**

Ist die Kritik der Bundesregierung berechtigt?

Verfassungsrechtliche Bedenken:

- **Der Hinweis der Bundesregierung auf verfassungsrechtliche Bedenken verwundert bereits insofern, als dass sich die genannten Probleme auf einen gänzlich anderen Lösungsvorschlag beziehen, welcher nicht Gegenstand der Empfehlung des Bundesrates gewesen ist.**
- **Die vorgeschlagene Ergänzung des § 38 UrhG begegnet hingegen keinen grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken, da weder ein verfassungswidriger Eingriff in Grundrechte noch eine verfassungsrechtlich relevante Rückwirkung vorliegt.**

Ist die Kritik der Bundesregierung berechtigt?

Europarechtliche Bedenken

- **Bei dogmatischer Betrachtung handelt es sich bei dem vorgeschlagenen § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG-E eindeutig um eine urhebervertragsrechtliche Regelung.**
- **Im Unterschied zu einer Schranken-Lösung soll eine Open Access-Veröffentlichung vorliegend nicht durch einen Eingriff in bestehende Rechtspositionen zugunsten der Allgemeinheit ermöglicht werden.**
- **Auch keine Umgehung der europarechtlichen Vorgaben durch Ausgestaltung als urhebervertragsrechtliche Lösung**

Ist die Kritik der Bundesregierung berechtigt?

Ergebnis

Die Kritik der Bundesregierung an der vom Bundesrat vorgeschlagenen Ergänzung des § 38 UrhG ist nicht berechtigt. Weder das deutsche Verfassungsrecht, noch die europäischen Gemeinschaftsrechtsvorgaben stehen der vorgeschlagenen urhebervertragsrechtlichen Lösung im Wege

Die Regelung des § 38 UrhG-E (BRat) im Einzelnen

Umfang des Rechtserwerbs

- **Nach dem derzeitigen § 38 Abs. 1 UrhG wird das ausschließliche Nutzungsrecht des Verlags oder Herausgebers nach Ablauf der Sechsmonatsfrist zu einem einfachen Nutzungsrecht.**
- **Ist diese Regelung auch in Bezug auf § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG-E und die öffentliche Zugänglichmachung erforderlich und angemessen?**
- **Die genannten Probleme führen zu der Frage, ob der Urheber tatsächlich auf den Verbleib ausschließlicher Rechte angewiesen ist oder ob diese nicht besser als verkehrsfähiges Gut dem Wirtschaftsverkehr erhalten bleiben sollten**

Die Regelung des § 38 UrhG-E (BRat) im Einzelnen

Formatierungserfordernis

- **Es soll dem Schutz der Erstverwertungsrechte des Verlegers Rechnung getragen werde**
 - Verlag mangels ausreichender Schöpfungshöhe nur in den allerseltensten Fällen Schutz nach dem UrhG für ein Layout beanspruchen können
 - Durch den Schutz der Erstformatierung würde dem Verleger mittelbar ein quasi-leistungsrechtlicher Schutz an seinem Layout eingeräumt werden, der bislang nicht existent ist
- **Wortlaut der geplanten Regelung würde auch eine andere Interpretation zulassen**
- **Verlage haben ein elementares Interesse daran, dass ihre Publikationen möglichst oft zitiert werden**

Die Regelung des § 38 UrhG-E (BRat) im Einzelnen

Berechtigter Verwerterkreis

- **lediglich der Urheber eines Werkes, welches im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden ist**

Umfasste Publikationsformen

- **lediglich Veröffentlichungen in Periodika**
- **Beiträge in Sammelwerken?**
- **Beiträge in Monografien?**

Die Regelung des § 38 UrhG-E (BRat) im Einzelnen

Eine variable Enthaltungsfrist – ein Beitrag zu einem gerechten Interessenausgleich ?

- **Umsetzung der vorgeschlagenen Regelung würde in Einzelfällen eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der verlegerischen Interessen nach sich ziehen**
- **Einführung einer variablen Enthaltungsfrist ?**
 - **Durch Verordnung**
 - **Schaffung einer gesetzlichen Ausnahme**

Zwischenergebnis

- **Gesetzlicher Verankerung von Open Access im Urhebervertragsrecht steht weder das Verfassungsrecht noch das Europarecht entgegen**
- **Es besteht im Detail Verbesserungsbedarf bei der vorgeschlagenen Regelung**
- **Solange die institutionellen Repositorien noch nicht flächendeckend vorhanden und zudem als verlagsgleiches Äquivalent anerkannt sind, werden viele Urheber weiterhin die traditionellen Publikationswege beschreiten wollen und die Möglichkeit einer Parallelveröffentlichung nicht wahrnehmen.**
- **Den Verlagen droht insofern durch die vorgeschlagene Lösung in der unmittelbaren Zukunft kaum Gefahr**

Zurück! Vorwärts!

- **Empfehlung an das Plenum des Bundesrates durch den Bundesrats-Ausschuss für Fragen der Europäischen Union, den Rechtsausschuss und den Wirtschaftsausschuss:**
 - **Open-Access vermeide die Kosten der Wissensaufbereitung und –vermittlung nicht, sondern verlagere sie lediglich von den Nutzern auf die Autoren**
 - **angesichts des „derzeit überwiegend funktionierenden Wettbewerbs im Markt für wissenschaftliche Informationen“ solle nur geringstmöglich in den Markt interveniert werden**
 - **"In diesem Zusammenhang begrüßt der Bundesrat insbesondere die Aussage [...], dass Ziel nicht die Einführung von Gemeinschaftsregeln zum Urhebervertragsrecht sei"**
- **Annahme der Empfehlung durch den Bundesrat in seiner 833. Sitzung am 11.5.2007**

Es geht auch anders!

IN ÖSTERREICH:

Beiträge zu Sammlungen.

§ 36

(1) [...]

(2) Ein solches ausschließliches Recht erlischt bei Beiträgen zu einer Zeitung sogleich nach dem Erscheinen des Beitrages in der Zeitung. Bei Beiträgen zu anderen periodisch erscheinenden Sammlungen sowie bei Beiträgen, die zu einer nicht periodisch erscheinenden Sammlung angenommen werden und für deren Überlassung dem Urheber kein Anspruch auf ein Entgelt zusteht, erlischt ein solches ausschließliches Recht, wenn seit dem Ablauf des Kalenderjahrs, in dem der Beitrag in der Sammlung erschienen ist, ein Jahr verstrichen ist.

Wiss. Mit. Jörn Heckmann

Akademie der Wissenschaften zu Göttingen

Theaterstraße 7

37073 Göttingen

E-Mail: joern.heckmann@goettingerakademie.de