

Der Streit um die Regelung des Zweitveröffentlichungsrechts im Urheberrecht

oder:

Was macht Wissenschaftsfreiheit aus?

Rainer Kuhlen

Prof. emeritus im Fachbereich Informatik und Informationswissenschaft
an der Universität Konstanz

www.kuhlen.name

Attribution-ShareAlike 3.0 Unported - <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/>

Zusammenfassung: Die Auseinandersetzung um die Verankerung eines Zweitveröffentlichungsrechts im Urheberrecht wird aus den unterschiedlichen Perspektiven der beteiligten Akteure diskutiert. Komplexer wird das Problem dadurch, dass das Zweitveröffentlichungsrecht als Mittel der indirekten oder direkten Begünstigung des Open-Access-Paradigmas gesehen wird. Zwar soll das Zweitveröffentlichungsrecht in erster Linie die informationelle Selbstbestimmung der Autoren fördern. Als Zweitveröffentlichungsverpflichtung zugunsten von Open-Access-Repositories soll jedoch auch dem Interesse der Öffentlichkeit an einem freien Zugriff zu dem mit öffentlichen Mitteln erstelltem Wissen Rechnung getragen werden. Das wird zumindest in Deutschland als Eingriff in Wissenschaftsfreiheit für problematisch gehalten. Wissenschaftsfreiheit hängt jedoch nicht von einer positiven Publikationsfreiheit bei der Zweitveröffentlichung ab. Ein Zweitveröffentlichungsrecht (der Autoren und der sie tragenden Institutionen) könnte als Übergang zu einer vollständig durch das Open-Access-Paradigma bestimmten Wissenschaftskommunikation angesehen werden.

Abstract: The author's right to a secondary publication (in addition to a first publication in a commercial journal of the author's choice) is discussed from the perspective of the different actors in scientific publication markets. The challenge for a copyright regulation of this right becomes even more complex because it is seen by many as indirectly, if not directly fostering the open access paradigm. First and foremost, this right strengthens the autonomy of the authors, but it is also understood as an obligation of the authors to have their institutions make these works publicly available, at least those works which have been supported by public funding. Such an institutional mandate is believed by some, at least in Germany, to contradict the freedom of science as guaranteed in the German constitution. The article provides some arguments to the effect that the right to a secondary publication and a concomitant institutional mandate is compatible with freedom of science.

Worum geht es beim Zweitveröffentlichungsrecht?

Es klingt wie ein abstraktes und marginales Problem: Zweitveröffentlichungsrecht¹: Es ist das Recht der Autoren nach einer gewissen Frist (Embargo-Frist genannt) zur kommerziellen Erstpublikation bei einem Verlag oder sogar zeitgleich zu dieser wieder über ihr Werk verfügen zu können.

Ein solches Recht ist mit einer Frist von zwölf Monaten im Prinzip auch schon in § 38 des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) vorgesehen. Danach dürfen Autoren ihre Werke wieder selber „vervielfältigen und verbreiten“², aber nur – und das ist die entscheidende Einschränkung – „wenn nichts anderes vereinbart ist“ (§ 38, Abs. 1, Satz 2). Genau das ist aber bei den Verlagsvertragstexten meistens der Fall. Wissenschaftler, vor allem jüngere, sind kaum in der Lage, gegenüber den Verlagen ein Zweitveröffentlichungsrecht durchzusetzen. Sie wollen und müssen in renommierten Zeitschriften publizieren und können wegen der weitgehenden Monopolstruktur auf den wissenschaftlichen Publikationsmärkten nicht einfach ein anderes Journal eines anderen Verlags wählen, wenn das Ansinnen von dem zunächst vorgesehenen Verlag zurückgewiesen wird.

Das Recht aus § 38 UrhG wird durch die Vertragspraxis der Verlagswirtschaft faktisch außer Kraft gesetzt³. Es sollte leicht sein, dies zu korrigieren. Aber um dieses Recht und die damit verbundenen Interessen wird schon seit einigen Jahren weltweit gestritten. Aktuell in Deutschland, wo die Politik zum dritten Mal einen Anlauf nimmt, ein zeitgemäßes Urheberrecht zu schaffen. An diesem Problem kann exemplarisch deutlich gemacht werden, wie kompliziert es ist, eine vernünftige Balance zwischen den Interessen der Urheber, der kommerziellen Verwerter und der Nutzer von publizierten Werken zu erzielen. Für diese Interessen werden gewichtige Geschützte in Stellung gebracht.

Es geht um *Wissenschaftsfreiheit*, um den *Schutz des geistigen Eigentums*, aber auch allgemein um dessen *Sozialpflichtigkeit* (beides gefordert durch Art. 14 des Grundgesetzes) bzw. insbesondere um das *Recht der Öffentlichkeit*, zu dem mit

¹ Das Zweitveröffentlichungsrecht wird auch als „Zweitverwertungsrecht“ bezeichnet (zuweilen auch als „Zweitverwendungsrecht“). Um die in der Umgangssprache mitschwingende kommerzielle Bedeutung von „Verwertung“ zu vermeiden, spreche ich im Folgenden nur von „Zweitveröffentlichungsrecht“. Das Urheberrecht spricht „veröffentlichen“ bzw. das Veröffentlichungsrecht nur bei den Persönlichkeitsrechten direkt an (§ 12 UrhG). Mit dem Zweitveröffentlichungsrecht der Autoren sind aber durchaus auch die unter §§ 15ff UrhG angesprochenen Verwertungsrechte gemeint, wie das Vervielfältigungsrecht (§ 16), das Verbreitungsrecht (§ 17) und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a) (worunter das Recht verstanden wird, das Werk über elektronische Netzwerke öffentlich zu machen).

² Das in § 19a UrhG kodierte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung war zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Textes von § 38 UrhG noch nicht im Urheberrecht vorhanden. Dieses Recht soll natürlich ebenfalls Bestandteil des Zweitveröffentlichungsrechts, eventuell sogar nur darauf beschränkt sein. Der Gesetzgeber sollte dies klarstellen.

³ Bis 1965 hatten Verleger nur einfache Nutzungsrechte an Zeitschriftenbeiträgen. Das wurde 1965 dahingehend korrigiert, dass Verleger/Herausgeber im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht erwerben. Die Rückgewinnungsregelung von 1965 kann daher als Kompensation für die Einschränkung der Autorenautonomie interpretiert werden. Aus heutiger Sicht ist diese jedoch unzureichend.

öffentlichen Mitteln unterstützt produziertem Wissen freien Zugang zu erhalten und natürlich um die *Funktionsfähigkeit der wissenschaftlichen Fachkommunikation* und, last not least, um den Bestand der *Geschäftsmodelle auf den kommerziellen Informationsmärkten*.

Der Stand der politischen Auseinandersetzung um das Zweitveröffentlichungsrecht

Das Zweitveröffentlichungsrecht ist deshalb erneut auf die politische Tagesordnung gekommen, weil der Bundestag bei der Verabschiedung des Zweiten Korbs der Urheberrechtsreformen im Juli 2007 auf Antrag des Ausschusses des Deutschen Bundestags für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung das Bundesjustizministerium (BMJ) aufgefordert hatte, eine „Prüfung eines Zweitverwertungsrechts für Urheber von wissenschaftlichen Beiträgen, die überwiegend im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind (§ 38 UrhG)“, vorzunehmen. Das wird nun im Rahmen der Anhörungen zum Dritten Korb verhandelt.

Ein Zweitveröffentlichungsrecht für Urheber hätte der Gesetzgeber schon im Zweiten Korb verankern können. Der Bundesrat hatte 2007 vorgeschlagen, das Gesetz unter anderem dahingehend zu ändern, dass zum einen die Frist, nach der dieses Recht dem Urheber wieder zufällt, in der Regel auf sechs Monate verkürzt wird und dass zum anderen dieses Recht nicht per Vertrag abbedungen werden kann⁴. Vor allem Letzteres hat heftigen Widerstand der Verlagswelt in Deutschland hervorgerufen. Offensichtlich hatte diese damals (und wie wir sehen werden, auch heute) kein Interesse an der Einsetzung eines verbindlichen Zweitveröffentlichungsrechts⁵.

Die damalige Bundesregierung hatte diesen Vorschlag des Bundesrats 2007 zurückgewiesen⁶ und zwar aus folgenden Gründen:

⁴ Der Vorschlag des Bundesrats zur Regelung eines Zweitverwertungsrechts in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Zweiten Korbes (BR-Drs. 257/06): „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.“

⁵ Zu unterscheiden ist das verbindliche Zweitveröffentlichungsrecht von der Praxis vieler, auch der großen Zeitschriftenverlage wie Elsevier, Wiley oder Springer, eine Selbstpublikation der Werke ihrer Autoren als Postprint zu erlauben (also die mit der in der Zeitschrift inhaltlich übereinstimmende, aber nicht verlagsformatierte Endversion des Artikels). Einige Verlage bzw. einzelne Zeitschriften (z.B. die von IEEE; vgl. <http://bit.ly/9G5xoJ>) erlauben dies sogar in der Verlagsversion. Nach der Sherpa-Romeo-Liste erlauben über 120 Verlage weltweit die Einstellung des Verlags-PDFs ohne Restriktionen und zeitgleich mit dem Erscheinen (<http://bit.ly/9P3jWp>). Stevan Harnad spricht sogar davon, dass „91% of journals have even given author self-archiving their explicit green light“ (<http://bit.ly/1xpZGX>).

Strikt gegen ein Zweitveröffentlichungsrecht (vor allem bei kurzen Embargofristen) ist auf internationaler Ebene der Verlegerverband STM (The International Association of Scientific, Technical & Medical Publishers“) in der Brussels Declaration on STM Publishing (<http://bit.ly/a0YcNn>). In Deutschland lehnt auch der Börsenverein des Deutschen Buchhandels ein im Urheberrecht verankertes Zweitveröffentlichungsrecht strikt ab.

⁶ Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (BR-Drs. 257/06 – Beschluss)

- a) Sie hatte zunächst den Vorschlag unter dem Gesichtspunkt einer Verpflichtung der Autoren, ihre Werke bei der Zweitveröffentlichung ihrer Institution anzubieten, geprüft und dagegen verfassungsrechtliche Bedenken (sprich: Verstoß gegen Wissenschaftsfreiheit) geltend gemacht.
- b) Danach wurde, eher formaljuristisch, zu bedenken gegeben, dass der Vorschlag des Bundesrats möglicherweise als neuer *Schrankenvorschlag* anzusehen sei und nicht als eine bloße Veränderung im *Urhebervertragsrecht* (wo ja § 38 angesiedelt ist). Für neue Schrankenvorschläge gibt es aber in nationalen Gesetzen wegen der nach wie vor gültigen EU-Richtlinie von 2001 keinen Spielraum. Die dort angegebene Liste der möglichen Schranken ist *abschließend* formuliert.
- c) Und zuletzt sei „zu befürchten, dass der Vorschlag gerade den deutschen Wissenschaftlern mit internationalem Renommée, die ihre Forschungsergebnisse in internationalen Zeitschriften mit hoher Reputation veröffentlichen wollen, Publikationswege verstellen könnte.“ (ebda)

2010 ist die Bundesregierung eine andere. Aber natürlich musste auch das jetzige BMJ die Forderung des damaligen Bundestags aufgreifen. Bei den Vorbereitungen zum sogenannten Dritten Korb der Urheberrechtsreform hatte das BMJ in einem Prüfkatalog auch einige Fragen zum Thema Zweitveröffentlichungsrecht gestellt. Dieser Fragenkatalog richtete sich an die verschiedenen Interessenvertreter und -verbände.

Konkret bat das BMJ in einem ersten Teil um Antworten zu den Fragen, ob die Embargo-Frist von sechs Monaten angemessen sei⁷, ob durch eine solche Regelung deutschen Wissenschaftlern Nachteile im internationalen Wettbewerb entstünden und in welchem Format des Werkes das Zweitveröffentlichungsrecht wahrgenommen werden solle (in der publizierten Verlags- oder der letzten Autorenversion).

In einem zweiten Teil wurden Stellungnahmen zu Zwangslizenzmodellen erbeten. Durch solche Modelle wird das *Zweitveröffentlichungsrecht* um die Dimension einer *Zweitveröffentlichungsverpflichtung* erweitert. Dies wird – nicht überraschend – derzeit noch kontroverser diskutiert. Nach einem Vorschlag⁸ sollen Rechteinhaber verpflichtet werden, nach einer gewissen Embargozeit (z.B. sechs Monate) jedermann ein unbeschränktes einfaches Nutzungsrecht einzuräumen, aber nur mit dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (vgl. Anm. 2) und nur für die mit öffentlichen Mitteln finanzierten Werke. Gefragt wurde ergänzend, ob dafür überhaupt eine Änderung im Urheberrecht nötig sei oder ob dies nicht über die Vergabebedingungen für Forschungsmittel geregelt werden könne.

Gefragt wurde aber auch nach einem anderen Modell⁹, nach dem „der an einer Hochschule beschäftigte Urheber verpflichtet ist, ein im Rahmen seiner Lehr- und Forschungstätigkeit

⁷ International scheint eine Embargofrist zwischen 6 und 12 Monaten konsensfähig zu sein. Aus der Open-Access-Sicht sollte allerdings „so früh wie möglich“ „zeitlich parallel zur Erstpublikation“ bedeuten. Ob es Sinn macht, mit Disziplinen-spezifischen Fristen zu experimentieren, ist auch eine noch offene Frage. Sowohl die Allianzinitiative als auch die Kulturministerkonferenz (letztere hält eine 6-Monate-Frist für angemessen) schätzen eine Differenzierung bei der Embargofrist als „praktisch nicht durchführbar“ ein.

⁸ Vgl. Gerd Hansen, GRUR Int. 2005, S. 378 ff

⁹ Vgl. Thomas Pflüger/Dietmar Ertmann, ZUM 2004, S. 436 – E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich

entstandenes Werk [...] der Hochschule (exklusiv oder nicht exklusiv) zur Veröffentlichung anzubieten. Werde das Werk nicht binnen einer bestimmten Frist von der Hochschule veröffentlicht, sollen dem Urheber die Verwertungsrechte wieder unbeschränkt zustehen.“ Das war und ist den Verfechtern eines strikten Verständnisses von Wissenschaftsfreiheit ein Dorn im Auge. International kommt ein solches „Institutional Mandate“ schon häufiger zur Anwendung.

Zweitveröffentlichungsrecht und Zweitveröffentlichungsverpflichtung im Kontext von Open Access

Das Autoren-Zweitveröffentlichungsrecht als ein im Urheberrecht zu kodifizierendes Recht ist für sich schon eine höchst umstrittene Angelegenheit. Vor allem von Seiten vieler Verlage wird zu bedenken gegeben, dass dadurch die ökonomische Verwertung der Erstpublikation und damit ihre Geschäftsgrundlage gefährdet werde. Die Debatte verschärft sich dadurch, dass viele Autoren es als eine indirekte oder direkte Verpflichtung ansehen¹⁰, ihren wiedergewonnenen Freiraum dazu zu verwenden, ihrer Institution oder einer anderen öffentlichen Einrichtung ihre Werke zu einer weiteren Publikation – in der Regel in einem Open-Access-Repository – anzubieten. Das, so das Argument, verstoße gegen ihre grundgesetzlich garantierte Wissenschaftsfreiheit

Die meisten Wissenschaftsorganisationen in Deutschland halten eine Verpflichtung zur Open-Access-Publikation ebenfalls rechtlich nicht für möglich, auch wenn die Wahlfreiheit für die Erstpublikation erhalten bleibt. Sie halten aber auch eine Zweitveröffentlichungsverpflichtung nicht für erforderlich, weil man davon ausgehen könne, dass Autoren selber die Vorteile von Open-Access-Publikationen erkennen würden, also eine Verpflichtung nicht erforderlich sei.

Ein „Institutional Mandate“ wird hingegen mit dem Argument gefordert, dass bislang die Mehrzahl der Autoren nicht die Option der Open-Access-Publikation wahrnehme, so dass der Erwartung (und dem Bedarf) der Öffentlichkeit an freier Verfügbarkeit der von ihr finanzierten Werke nicht in ausreichendem Umfang gerecht würde.

Die kontroversen Positionen im einzelnen

In Einklang mit der systematischen Zielsetzung des Urheberrechts, welches ja ein Recht der Urheber sein soll¹¹, verstärkt ein Zweitveröffentlichungsrecht zunächst einmal die Position der

¹⁰ Die Debatte um eine indirekte oder direkte Verpflichtung (requested vs required“) wurde vor allem in den USA im Zusammenhang der Publikationspolitik des NIH (National Institute of Health) geführt; vgl. <http://bit.ly/b9yhdN>; zu den internationalen Open-Access-„Request vs. Requirement“-Policies vgl. <http://bit.ly/b9yhdN>; eine Übersicht dazu in Kapitel 8.5 „Open Access im internationalen Kontext“ in Rainer Kuhlen: Erfolgreiches Scheitern - eine Götterdämmerung des Urheberrechts? Schriften zur Informationswissenschaft; Bd. 48. vwh - Verlag Werner Hülsbusch; Boizenburg 2008; zum lateinamerikanischen Markt der Debatte vgl. SCIELO <http://bit.ly/203Vvp>; vgl. auch Stevan Harnad, Referenz in Anm. 5.

¹¹ Faktisch ist es sicher so, dass durch die im Urhebervertragsrecht vorgesehene Übertragung der den Autoren explizit zustehenden Verwertungsrechte als Nutzungsrechte an die (i.d.R. kommerziellen) Verwerter das Urheberrecht zu großen Teilen auch den Interessen der Informationswirtschaft entspricht. Nicht zuletzt auf Grund des weltweiten Einflusses des angelsächsischen Copyright verwandelt sich das Urheberrecht in der Gegenwart seit den WTO/TRIPS- und WIPO-Regelungen/Verträgen zunehmend in Richtung eines Verwerter- oder Handelsrechts, auch wenn nach wie vor im EU-Bereich quasi als ideologischer Unterbau die Rechtsgarantie für die persönlichen Urheber gilt.

Autoren selbst. Noch allgemeiner formuliert bedeutet dies eine Rückgewinnung der Autonomie der Autoren, verstanden als informationelle Selbstbestimmung über die Verwendung ihrer Werke. Eric W. Steinhauer stellt dieses in Bezug zu dem Recht der Autoren auf Sichtbarkeit ihrer publizierten Werke her: „Der Wissenschaftler sollte für den immer wichtiger werdenden Online-Bereich stets und immer die Möglichkeit haben, seine Publikationen der interessierten Öffentlichkeit zur Kenntnis zu geben“¹².

Selbstbestimmung in diesem Kontext gilt zunächst für die Erstpublikation, für die die Autoren die uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit haben, ob, wann, wie und wo sie publizieren. Diese Freiheit derzeit von Niemandem bestritten. Vor allem die DFG, die vor einem Jahr durch den Heidelberger Appell mit dem (haltlosen) Vorwurf angegriffen wurde, wissenschaftliche Autoren zur Open-Access-Publikation zwingen zu wollen¹³, hat bei verschiedenen Gelegenheiten sehr deutlich gemacht, dass es weder bei der Erstpublikation¹⁴ noch bei der Zweitpublikationen einen Zwang geben dürfe. Dies widerspräche den Grundsätzen der Wissenschaft.

Dass das Zweitveröffentlichungsrecht erforderlich ist und als Verstärkung der Autonomie der Autoren und damit auch von Wissenschaftsfreiheit anzusehen ist, darauf hat sich auch die *Allianz der Wissenschaftsorganisationen* in ihrem Katalog zur Neuregelung des Urheberrechts vom 9. Juli 2010 verständigt:

„Als zwingende Regelung im Urhebervertragsrecht sollte wissenschaftlichen Autoren nach einer angemessenen Embargofrist ein unabdingbares und formatgleiches Zweitveröffentlichungsrecht für ihre Aufsätze und unselbständig erschienenen Werke eingeräumt werden. Dieses Zweitveröffentlichungsrecht, das für den Wissenschaftler keine Pflicht bedeutet, ist notwendig, um ihn in seiner Verhandlungsposition gegenüber großen wissenschaftlichen Verlagen zu stärken. Der Wissenschaftler erhält durch das Zweitveröffentlichungsrecht die Möglichkeit, selbst über den Grad der Sichtbarkeit seiner

¹² Eric W. Steinhauer: Das Recht auf Sichtbarkeit. Überlegungen zu Open Access und Wissenschaftsfreiheit 2010, 47. Als gedrucktes Buch kann der Text online bestellt werden: http://www.mv-buchshop.de/catalog/index.php/cPath/36_159; frei herunterladbar unter: <http://deposit.fernuni-hagen.de/2752/>; auch aus dem INFODATA-eDepot der FH Potsdam.

¹³ In der Öffentlichkeit bekannt gemacht wurde der gegen Google und gegen Open Access gerichtete Heidelberger Appell durch einen Zeitungsartikel von Roland Reuß unter dem Titel „Eine heimliche technokratische Machtergreifung“ in FAZ.NET vom 13.2.2009. Eine kritische Analyse des Appells von Matthias Spielkamp erschien unter dem Titel „Open Excess: Der Heidelberger Appell“ in Perlentaucher.de (<http://bit.ly/SRMnd>).

¹⁴ Wenn auch die Erstpublikation bislang überwiegend in kommerziellen Zeitschriften erfolgt, deutet alles darauf hin, dass der Zeitschriftenmarkt in absehbarer Zeit ein Markt der Open-Access-Zeitschriften werden wird und dass der elektronische Buchmarkt in der Wissenschaft folgen wird. SpringerOpen, nachdem Springer *PubMed Central* (PMC), den größten Open-Access-Anbieter, gekauft hat, ist nur der Frontrunner. Das Open-Geschäftsmodell beruht darauf, dass irgendjemand (wissenschaftliche Gesellschaften, Forschungsinstitute, Fachverbände, private oder öffentliche Wissenschaftsförderorganisationen oder die Länder aus den öffentlichen Haushalten) den Verlagen die Vorleistung der Erstellung ihrer Informationsobjekte finanziert, nicht bloß die Kosten für einen einzelnen Artikel, sondern für die gesamte jeweilige Zeitschrift oder in Zukunft vielleicht sogar für die gesamte wissenschaftliche Verlagsproduktion.

Wenn man von etwa 1,5 Millionen Artikeln pro Jahr aus den Peer-reviewed-Zeitschriften und von Kosten für einen Artikel in Höhe von 1000 Euro ausgeht, so könnte die gesamte Jahresproduktion an hochqualitativen Artikeln für 1,5 Milliarden Euro jedermann frei zur Verfügung gestellt werden. Interessant wäre es, diesem Betrag die gegenwärtigen weltweiten Kosten der Bibliotheken für den Kauf oder die Lizenzierung der Zeitschriften gegenüberzustellen (diese Zahlen sind aber nicht verfügbar). Was wäre kostengünstiger für die Öffentlichkeit – die Finanzierung der Bibliotheken (wie derzeit) und damit indirekt der Verlage oder die direkte Subventionierung der Verlage (wie im kommerziellen Open-Modell) oder die Finanzierung der von der Wissenschaft bzw. ihren Organisationen selbst betriebenen Zeitschriften nach dem Gold-Open-Access-Paradigma?

Forschungsergebnisse zu entscheiden. Er übt dabei in besonderer Weise das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus. Durch die Embargofrist wird sichergestellt, dass Verlage wirtschaftlich arbeiten können“ (<http://bit.ly/bJJ8Qp>).

Mit dem Argument der Wissenschaftsfreiheit operiert auch der *Deutsche Hochschulverband* (DHV), der traditionell eher die Interessen der Wissenschaftler als Autoren, weniger die der Wissenschaftler als Nutzer vertritt. Er kommt zu einem ganz anderen Ergebnis: In einer Pressemitteilung vom 23. März 2010 warnt er „vor einer Relativierung des Urheberrechts“ und vor einer Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit: „Den Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern müsse es als Urhebern vorbehalten bleiben, zu bestimmen, ob, wann, wo und wie sie ihre Werke veröffentlichen“¹⁵. Er sieht in dem Einsatz der Allianzorganisationen für ein Zweitverwertungsrecht die Gefahr, dass Wissenschaftler verpflichtet würden, auf eine bestimmte Art und Weise zu publizieren. Dies sei mit der Wissenschaftsfreiheit nicht vereinbar¹⁶.

Bezeichnend für die konfliktäre Debatte um dieses Thema ist, wie die explizite Positionierung der Allianzinitiative - durch das Zweitveröffentlichungsrecht werde das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit gestärkt - ins Gegenteil verkehrt wird. Warum an dieser offensichtlichen Fehlinterpretation aus dem Umfeld des Heidelberger Appells festgehalten wird, darüber kann nur spekuliert werden¹⁷. Ist es die Sorge um die Geschäftsgrundlage mittelständischer Verlage in Deutschland, die nach wie vor für die *Buchproduktion* in den Geisteswissenschaften wichtig sind?

Exkurs: Auch Wissenschaftsfreiheit ist von positiven Gesetzen abhängig

Der Verweis auf Grundsätze der Wissenschaft und die grundgesetzlich geschützte Wissenschaftsfreiheit sollte prinzipiell nicht dogmatisch strikt und ohne weitere Begründung

¹⁵ Diese Pressemitteilung des Deutschen Hochschulverbands ist leider nicht mehr auf dem Server des DHV abrufbar; der ursprüngliche Link geht ins Leere: <http://www.hochschulverband.de/cms1/pressemitteilung+M5eacaf755f9.html>; vgl. dazu die Stellungnahme im NETETHICS-Blog vom 26. 3. 2010 unter dem Titel „Verteidigen Deutscher Hochschulverband und Börsenverein wirklich Wissenschaftsfreiheit oder geht es nur um obsoletere Privilegien?“ - <http://bit.ly/bEGuls>.

¹⁶ Dagegen z.B. Ehmann bei IUWIS.DE: <http://bit.ly/d7klvq>

¹⁷ Der Mit-Initiator des Heidelberger Appells (vgl. Anm.13), Uwe Jochum, hat sich in der FAZ vom 3.11.2010 mit der Warnung vor dem „digitalen Tod des freien Forschers“ in diese Debatte erneut eingeschaltet und dabei auch die Position der CDU-Bundestagsfraktion (s. Anm. 22) kritisiert: „Was hier pathetisch gefordert wird, schwächt in Wahrheit die Position des Autors. Denn wenn der Autor einem Verlag, der in seine Publikation investiert, kein zeitlich begrenztes ausschließliches Nutzungsrecht mehr anbieten kann, wird seine Souveränität nicht gestärkt, sondern beschnitten. Er verliert seine Vertragsfreiheit. Das Investitionsrisiko des Verlags wird zu groß und dem Autor wird nur übrig bleiben, seine unlektorierten und unbeworbenen Schriften im ach so überschaubaren Netz allein ‚sichtbar‘ zu machen.“ (<http://bit.ly/csVpry>) (dagegen Kuhlen im NETETHICS-Blog vom 5.11.2010 : <http://bit.ly/cM422i>). Olaf Gefeller, Direktor des Instituts für Medizininformatik, Biometrie und Epidemiologie an der Friedrich-Alexander-Universität (ebenfalls in der FAZ vom 1.12.2010), weist die Vorwürfe der Heidelberger gegen die Allianz zurück: „Für mich ist ein wesentliches Element der freien Wissenschaft die freie Wissenschaftskommunikation. Dazu gehört auch die Zugänglichkeit zu wissenschaftlicher Information und wissenschaftlichen Veröffentlichungen. Jede Initiative, die hier Verbesserungen im Sinne eines Abbaus von Hemmnissen des Zugangs schafft, findet daher meine Zustimmung. Ich sehe in den Vorschlägen der Allianzinitiative das aufrichtige Bemühen um Verbesserungen und vernünftige Schritte in die richtige Richtung.“

verwendet werden. Weder sind diese Grundsätze der Wissenschaft, wenn sie denn überhaupt jemals verbindlich formuliert wurden, ein Naturgesetz, noch sind die politischen Entscheidungsinstanzen von der Notwendigkeit befreit, das Ausmaß der Wissenschaftsfreiheit durch gesetzliche Regelungen festzulegen. Wissenschaftsfreiheit, wie auch allen anderen Grundrechte, kann durch positive Gesetzgebung allerdings nur eingeschränkt werden, wenn daran ein allgemeines öffentliches Interesse besteht, etwa zum Zwecke der nationalen Sicherheit, des Daten- oder des Jugendschutzes. Die Sicherstellung der Wissenschaftskommunikation und der Funktionsfähigkeit der Wissenschaftsmärkte liegt sicherlich auch im öffentlichen Interesse. Aber gewiss kann Wissenschaftsfreiheit als Grundrecht nie gänzlich in Frage gestellt werden.

Begriffe wie Grundsätze oder Wissenschaftsfreiheit sollten nicht dogmatisch defensiv (zur Abwehr von Eingriffen) verwendet werden. Vielmehr sollte überprüft werden, wie diese Grundsätze der Wissenschaft und Wissenschaftsfreiheit mit dem Interesse der Öffentlichkeit an der freien Verfügbarkeit der Werke, deren Entstehen sie entscheidend über vielfältige Maßnahmen finanziert hat, zusammengehen kann. Darauf zu setzen, dass Autoren, sobald sie das Zweitveröffentlichungsrecht zurückgewonnen hätten, in absehbarer Zeit ihre Werke den entsprechenden Open-Access-Repositories zur Verfügung stellen werden, ist eine sehr vage Hoffnung. Darauf zu warten, kann heute der Öffentlichkeit nicht mehr zugemutet werden.

Auch wenn das Urheberrecht schon dem Wortsinn nach das Recht der Urheber ist, gehören doch Schrankenregelungen, die direkt auf die Interessen der Öffentlichkeit, also der Nutzer von publizierten und urheberrechtlich geschützten Werken, Rücksicht nehmen, systematisch dazu. Dies zeigt, dass Prinzipien wie Wissenschaftsfreiheit nicht absolute individuelle Rechte sind, sondern auch über das Urheberrecht (in Grenzen) eingeschränkt werden können. Diese Einschränkungen beziehen sich dabei in erster Linie auf die *Genehmigungsfreiheit* bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke, ohne die *Vergütungsverpflichtung* in Frage zu stellen.

Die Freiheit der Wissenschaft und das Interesse der Wissenschaftler sind kaum an die exklusive individuelle Verfügungsgewalt über das produzierte Wissen gebunden. Ist Freiheit der Wissenschaft nicht in erster Linie das Recht, unabhängig forschen zu dürfen und entscheiden zu dürfen, ob, wie und wann man als Wissenschaftler publizieren will? Und gehört zur Wissenschaftsfreiheit nicht auch das Recht, das publizierte Wissen umfassend nutzen zu können?

In Ergänzung zur Rückgewinnung der informationellen Autonomie der Autoren kann eine institutionelle Verpflichtung zur Open-Access-Zweitveröffentlichung dreifach begründet werden:

- a) durch das Interesse und das Recht der Wissenschaftler, die ja immer auch Nutzer sind, auf freien Zugriff zum publizierten Wissen,
- b) durch das Interesse und das Recht der Öffentlichkeit, das mit öffentlichen Mitteln geförderte Wissen frei nutzen zu können,
- c) durch das Interesse und das Recht der die jeweiligen Autoren beschäftigenden öffentlich finanzierten Einrichtungen¹⁸, die dort erstellten Werke so breit wie möglich

¹⁸ Bei privaten Einrichtungen wie Unternehmen der Wirtschaft mag das Interesse nicht unbedingt vorhanden sein, das Wissen, dessen Erstellung mit öffentlichen Mitteln unterstützt wurde, so früh wie möglich allen frei zugänglich zu

in der Fachöffentlichkeit, aber auch in der allgemeinen Öffentlichkeit bekannt zu machen.

Es macht also Sinn, das Zweitveröffentlichungsrecht in *ein persönliches* der Autoren und in ein *institutionelles* der die Autoren tragenden Organisationen aufzuteilen und eben beiden das (nicht-kommerzielle) Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zuzusprechen.

Soll das Urheberrecht die kommerzielle Grundlage der Informationswirtschaft schützen?

Dass der Börsenverein des Deutschen Buchhandels (BV), zusammen mit der Arbeitsgemeinschaft wissenschaftlicher Verleger (AwV), diese oben skizzierte Kritik des DHV gerne aufgreift, ist nur zu nachvollziehbar: „Kein Autor“, so der Verleger Vittorio Klostermann, „[...] sollte gedrängt werden, seine Werke der Öffentlichkeit kostenlos zur Verfügung zu stellen [...] Solche Forderungen untergraben die Freiheit der Autoren, ihre Werke in der bestmöglichen Form zu publizieren“¹⁹. Gemeint ist wohl eher die Bedrohung der „ökonomischen Grundlagen der Wissenschaftsverlage“. Ein Zweitveröffentlichungsrecht, so der Börsenverein, „ließe keinen Raum mehr für privatwirtschaftliche Verlage“.

Dies wird vom Börsenverein in einer ausführlichen Replik auf den Vorschlag der Allianzorganisationen weiter ausgeführt²⁰. Der Börsenverein sieht gar keinen Regelungsbedarf für die Einführung eines Zweitveröffentlichungsrecht, schon gar nicht zugunsten von Open Access, da es „jedem Wissenschaftler [...] bereits heute frei [steht], seine Forschungsergebnisse Open Access zu veröffentlichen“. Besonders bedroht sieht der Börsenverein die Geschäftsmodelle der Verlage, wenn der Forderung der Allianz entsprochen würde, das Zweitveröffentlichungsrecht im Format des Verlags wahrzunehmen:

„Damit würde aber nicht nur dem auf Finanzierung durch Zahlungen von Nutzern angelegten Subskriptionsmodell kommerzieller Verlage der Boden entzogen, sondern zugleich auch den Anbietern originärer open access-Publikationen („golden road“) eine ruinöse Konkurrenz erwachsen, die den mit open access verbundenen Veröffentlichungskosten durch Enteignung von Verlagsleistungen ausweicht. [...] In Summe würde der Vorschlag Wissenschaftsverlagen, die in die Selektion von, Navigation durch und Qualitätssicherung bei wissenschaftlichen Publikationen in elektronischer oder gedruckter Form investieren, jeden Anreiz für ihre Aktivitäten nehmen.“ (ebda)

Auf diesen sicherlich komplexen Zusammenhang der Auswirkungen eines Zweitveröffentlichungsrechts auf die Verlagswirtschaft kann hier nur knapp eingegangen werden. Es kann aber nicht die Aufgabe des Urheberrechts sein, der Verlagswirtschaft ihre bisherigen Geschäftsmodelle zu sichern – natürlich auch nicht, die kommerzielle Grundlage dieser volkswirtschaftlich zweifellos wichtigen Tätigkeit zu zerstören. Das derzeit gültige

machen. Aber wenn das Unternehmen sich für eine Erstpublikation entschieden hat, sollte auch hier nichts dagegen sprechen, dass eine Zweitveröffentlichung für jedermann frei zugänglich ist.

¹⁹ Beleg in NETETHICS-Blog vgl. Anm. 17

²⁰ Vgl. Kommentar zur Stellungnahme der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen „Neuregelung des Urheberrechts: Anliegen und Desiderate für einen Dritten Korb“ - <http://bit.ly/b5EQQ3>

Urheberrecht hat über vielfältige Einschränkungen durch die Schrankenregelungen (so z.B. in den §§ 52a und b, 53 und 53a UrhG), die die Nutzung an sich begünstigen, dafür gesorgt, dass die Informationswirtschaft nicht vorschnell, unbillig oder sogar ruinös durch die in elektronischen Umgebungen möglichen Nutzungsformen beeinträchtigt wird.

Der Informationswirtschaft wurde ein langer Zeitraum zugestanden, sich um neue, elektronischen Umgebungen angemessene Geschäfts- und Organisationsmodelle für das Publizieren zu kümmern.

Diese Schonzeit – ob nun von der Politik bewusst zugestanden oder nur faktisch gegeben, sei dahingestellt – sollte vorbei sein. Es ist an der Zeit, die im Urheberrecht erforderliche Balance wieder stärker auf die Autoren und die Nutzer zu richten. Zu starker Schutz der kommerziellen Interessen der Verlagswirtschaft ist nicht nur für die Ziele des Urheberrechts, sondern auch für die allgemeine produzierende Wirtschaft kontraproduktiv. Wenn es nicht gelingt, profitable Modelle z.B. im Rahmen von Freeconomics zu entwickeln, also einer Wirtschaftsform, bei der die eigentliche Information gebührenfrei nutzbar ist, aber mit anderen Mehrwertleistungen, verdient wird, dann mag die Zeit der kommerziellen Publikationswirtschaft im bisherigen Stil abgelaufen sein. Bildung und Wissenschaft, gleichermaßen Autoren und Nutzer, können nicht länger unbillige Einschränkungen ihrer Rechte an ihren Werken und deren Nutzung hinnehmen. Wissenschaftliches Publizieren sollte auch von der kommerziellen Informationswirtschaft vollständig nach dem Open-Access-Paradigma organisiert sein.

Diversifizierung des Zweitveröffentlichungsrechts - Zwangslizenzen

Was folgt aus alledem? Um aus dem Dilemma „Recht oder Verpflichtung“ herauszukommen, empfiehlt sich, wie oben angedeutet, eine Diversifizierung des Zweitveröffentlichungsrechts. Der Autor bekommt dieses Recht als einfaches Verwertungsrecht zugesprochen. Aber auch die Institution des Autors, die die Arbeit finanziert hat, erhält ein einfaches Zweitpublikationsrecht.

Systematisch könnte das im Urheberrecht entweder über die Nutzungsrechte im Urhebervertragsrecht oder durch eine neue Schranke geregelt werden. Da auf Grund der Vorgaben der EU-Richtlinie von 2001, in der eine abschließende Liste von möglichen Schrankenregelungen vorgegeben ist, die Einführung einer neuen Schranke für den deutschen Gesetzgeber derzeit nicht möglich ist, kommt wohl nur das Urhebervertragsrecht in Frage. Eine entsprechende Änderung von § 38 UrhG, der in der Diskussion bevorzugt wird, ist mit Blick auf ein institutionelles Zweitveröffentlichungsrecht jedoch schwierig, da bislang dieser Paragraph das Recht des individuellen Autors regelt. Aber es sollte überprüft werden, ob eine Änderung möglich ist.

Eine andere Möglichkeit wäre die Einführung einer neuen Zwangslizenz, wie sie im Urheberrecht in § 42a als Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern vorgesehen ist²¹. Eine

²¹ Gerd Hansen hatte alternativ zu einer Änderung von § 38 UrhG zu erwägen gegeben, ob nicht Rechteinhaber verpflichtet werden sollten, nach einer Embargofrist jedermann ein unbeschränktes, einfaches Nutzungsrecht zu gewähren, allerdings nur für Werke, die im Rahmen einer öffentlichen Förderung entstanden sind (in GRUR Int. 2005, S. 378 ff.). Jüngst hat auch Reto Hilty das Mittel der Zwangslizenz wieder ins Spiel gebracht, um

Zwangslizenz, die sich direkt auf das zurückgewonnene Zweitpublikationsrecht der Autoren bezieht, nach der die Autoren im Sinne eines „Institutional Mandate“ veranlasst würden, ihre Werke ihrer Institution zur Aufnahme in ein Open-Access-Repository zu überlassen, wäre eine mögliche und international eher unproblematische Lösung, die allerdings, wie ausgeführt, in Deutschland auf absehbare Zeit auf heftigen Widerstand von vielen Seiten stößt (besonders gewichtig von Seiten der Deutschen Forschungsgemeinschaft). Alternativ könnte eine Zwangslizenz gegenüber den kommerziellen Rechteinhabern eingeführt werden. Dieser Vorschlag, im Urheberrecht intensiver von Zwangslizenzen Gebrauch zu machen, wenn durch Marktversagen das öffentliche Interesse an einer unproblematischen Nutzung publizierter Werke eingeschränkt ist, ist nicht zuletzt im Münchener Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht entwickelt worden (vgl. Anm. 21).

Das Bundesjustizministerium hatte in seinem Fragekatalog zur Vorbereitung des Dritten Korbs gefragt, ob eine solche Regelung Zwangslizenz sinnvoll sei. In der Antwort der Kulturministerkonferenz wurde eine Zwangslizenz als Einschränkung der Rechte des Autors für problematisch gehalten. Hingegen wäre eine Zwangslizenz gegenüber den Verlagen, die ja durch die Erstpublikation Rechteinhaber sind, möglicherweise ein geeignetes Mittel, um „dem monopolisierten Verhalten einiger international agierender Wissenschaftsverlage wirkungsvoll im Sinne der Freiheit von Wissenschaft und Forschung“ entgegen zu wirken. Leider gab es bei der Anhörung des BMJ zum Zweitveröffentlichungsrecht keinen Kommentar zur Frage nach der Möglichkeit einer Zwangslizenz. Die Brisanz dieses Mittels wurde offenbar nicht gesehen.

Wie wird, wie sollte die Politik entscheiden?

Man darf gespannt sein, zu welchem Vorschlag das BMJ bei dem für 2011 zu erwartenden Referentenentwurf für den Dritten Korb in dieser Sache kommt und wie der Bundestag, zunächst über den Rechtsausschuss, und der Bundesrat darauf reagieren werden.

Leider bedeutet es nicht viel, dass bei der Anhörung des BMJ vom 13. Juli 2010 sowohl in der Fachöffentlichkeit als auch quer durch die politischen Parteien²² eine breite Mehrheit darüber

Entwicklungen im internationalen Publikationsgeschehen entgegenzusteuern, bei denen „Mechanismen des Wettbewerbes letzten Endes zum Erliegen kommen“ (vgl. Reto M. Hilty: Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2009, 633-644).

²² Z.B. von der *CDU-Bundestagsfraktion*, Michael Kretschmer und Tankred Schipanski, am 13.7.2010: „Es besteht Gesetzgebungsbedarf, um einerseits Open Access zu fördern und andererseits die Stellung der wissenschaftlichen Urheber rechtlich stärker abzusichern. Ein verbindliches Zweitveröffentlichungsrecht wäre der geeignete Weg, um Open Access zielführend und wissenschaftsfreundlich auszubauen.“ (<http://bit.ly/aSF4Md>)

Konstantin von Notz und Kai Gehring von der *Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen* am 13.7.2010: „Die heutige Anhörung [des BMJ - RK] hat deutlich gemacht, wie dringend wir eine Reform der Urheberrechtsregelungen zur erleichterten Nutzbarmachung von öffentlich finanzierter Forschung für die Allgemeinheit brauchen. Nur so sind wir in der Lage, künftig dem berechtigten Interesse der Öffentlichkeit nach Nutzung der durch sie finanzierten Forschung entgegen zu kommen und die enormen Chancen, die Open Access unserer Gesellschaft für die Vermehrung von Wissen bietet, besser zu nutzen.“ (<http://bit.ly/9ydOzm>)

René Röspel von der *SPD-Bundestagsfraktion*: „Wir brauchen neue rechtliche Rahmenbedingungen für das wissenschaftliche Publizieren und wir brauchen ein bildungs-, wissenschafts- und forschungsfreundliches Urheberrecht für die Informations- und Wissensgesellschaft. Überaus deutlich wurde der dringende gesetzgeberische

zustande kam (entgegen dem skizzierten heftigen Widerstand der Publikationswirtschaft), dass ein Zweitveröffentlichungsrecht im Gesetz verankert werden soll. In welcher Form und zu welchem Ende, darüber wird allerdings weiter gestritten, vor allem ob dadurch ein Schritt in Richtung einer umfassenden Open-Access-Verfügbarkeit bereits publizierter Werke gemacht werden kann.

Das Zweitveröffentlichungsrecht ist ein wichtiger Schritt in Richtung mehr Autorenautonomie und die allgemein freie Verfügbarkeit der mit öffentlichen Mitteln produzierten Werke. Man braucht nicht mehr darüber zu diskutieren, dass Open Access – nicht nur in der Wissenschaft – nicht aufzuhalten ist. Das wissen auch die Verlage, auch wenn sie versuchen so lange wie möglich mit ihren alten Modellen – der Verknappung des Zugriffs und der Nutzung – Geld zu verdienen. Weltweit gibt es eine ständig wachsende Allianz, die es nicht länger akzeptieren will, dass das mit öffentlichen (Steuer-)Mitteln finanzierte Wissen den kommerziellen Verwertungsumweg mit all den in der Warenwirtschaft nötigen Verknappungsformen (über Gebühren, technische und rechtliche Einschränkungen) nehmen soll.

Mit dem Zweitveröffentlichungsrecht und der Erweiterung durch ein „Institutional Mandate“ sind sicher nicht alle Probleme für den Umgang mit Wissen und Information in Bildung und Wissenschaft gelöst. Vor allem besteht dringender Bedarf, die zurzeit kaum noch nachvollziehbaren Ausnahmebestimmungen (Schranken) des Urheberrechts in Bezug auf Bildung und Wissenschaft, die zunehmend die Anwaltskanzleien und die Gerichte beschäftigen, durch eine allgemeine umfassende Wissenschaftsklausel zu ersetzen²³. Eine solche Klausel sollte die Nutzung publizierter Werke, für welchen wissenschaftlichen und bildungsbezogenen Zweck auch immer, genehmigungsfrei ermöglichen²⁴.

Ein solchermaßen wissenschaftsfreundliches Urheberrecht harmoniert mit den Zielen von Open Access. Die politische Behandlung des Zweitveröffentlichungsrechts (als eines der Autoren und ihrer Institutionen) wird zeigen, wie nah oder wie weit entfernt Deutschland davon ist.

Handlungsbedarf, um Open Access im Bereich von Wissenschaft, Forschung und Bildung zu ermöglichen und um die Stellung der wissenschaftlichen Urheber zu stärken. Ein wichtiger erster Schritt wäre die Ermöglichung eines verbindlichen Zweitveröffentlichungsrechts nach einer kurzen "Embargofrist", um Open Access als ergänzendes Publikationsmodell zu ermöglichen und zu fördern.“ (<http://bit.ly/8X3oot>)

Für die Bundestagsfraktionen der FDP und Die Linke gibt es bislang keine verbindlichen Stellungnahmen bezüglich des Zweitveröffentlichungsrechts. Bei der FDP ist Skepsis, bei Die Linke eher Zustimmung zu erwarten, auch bezüglich eines institutionellen Zweitveröffentlichungsrechts.

²³ Vgl. Rainer Kuhlen: In Richtung einer allgemeinen Wissenschaftsklausel. In: Information - Wissenschaft und Praxis (IWP) 2010, 461-467; Preprint: <http://bit.ly/cZyGNW>.

²⁴ Vgl. dazu den entsprechenden Vorschlag für einen „European copyright code“, vorgelegt vom Wittem Project, April 2010 - www.copyrightcode.eu