

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheber- rechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 20. Februar 2013

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels ist der Spitzenverband der deutschen Buchbranche. Der Verband vertritt die Interessen von rund 5600 Verlagen und Buchhandlungen in Deutschland. Der Börsenverein bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem vom Bundesministerium der Justiz am 20. Februar 2013 vorgelegten Referentenentwurf zur Novellierung des Urheberrechtsgesetzes gehört zu werden.

1. Zur Regelung für verwaiste und vergriffene Werke

Es ist seit Jahren das gemeinsame Ziel aller wesentlichen Teile der deutschen Buchbranche – Autoren, Verlage, Bibliotheken und Verwertungsgesellschaften -, eine Lösung für die Problematik der Digitalisierung verwaister und vergriffener deutscher Bücher in Bibliotheksbeständen und deren Zugänglichmachung im Internet im Rahmen der Deutschen Digitalen Bibliothek zu finden. Die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelungen zur Lizenzierung der Digitalisierung vergriffener Bücher und sonstiger Textwerke stellen nichts weniger als den entscheidenden Durchbruch auf dem Weg zur Erreichung dieses Ziels dar. Sie werden vom Börsenverein ausdrücklich begrüßt und ihre rasche Umsetzung empfohlen.

Die Regelungen für verwaiste und vergriffene Werke sind auch gesetzgebungstechnisch weitgehend ausgereift und gelungen. Lediglich hinsichtlich folgender zwei Punkte sieht der Börsenverein noch Verbesserungsmöglichkeiten:

- Bei der Regelung für die vergriffenen Werke fehlt die – für die verwaisten Werke in § 61 b UrhG-E enthaltene – ausdrückliche Klarstellung, dass die Entscheidung des Rechteinhabers zur Wiederaufnahme der eigenen Nutzung eines Werks zum Entfallen der Berechtigung der begünstigten Einrichtung (extunc) führt, das Werk weiterhin unter der gesetzlichen Regelung für vergriffene Werke öffentlich zugänglich zu machen. Dass auch die Verfasser des Referentenentwurfs von einem Vorrang der Werknutzung durch den Urheber gegenüber der institutionellen Nutzung als vergriffenes Werk ausgehen, ergibt sich bislang nur aus dem Hinweis auf die (jederzeitige) Widerleglichkeit der Vermutung, die mit dem Eintrag in das Register vergriffener Werke einhergeht. Es wäre aber besser, dies ausdrücklich klarzustellen und zugleich festzulegen, auf welche Weise die Entscheidung des Rechteinhabers zur Wiederveröffentlichung seines Werks zu kommunizieren ist.
- Die Zahlung einer angemessenen Vergütung an eine Verwertungsgesellschaft sollte nicht nur für die Nutzung vergriffener, sondern auch für sogenannte verwaiste Werke vorgesehen werden. Die Nutzungserlöse für unbekannte Rechteinhaber können von Verwertungsgesellschaften treuhänderisch verwahrt werden, damit sie bei deren eventuellem Auftauchen ausgeschüttet werden können. Da nur etwa fünf Prozent der in Bibliotheken vorhandenen urheberrechtlich geschützten Bücher tatsächlich „verwaist“ sind, lässt sich im Buchbereich ein großer Teil der gezahlten Vergütungen werkgetreu abrechnen. Nicht

abgerufene Vergütungen sollten nach einer gewissen Verwarzzeit den Sozialfonds der Verwertungsgesellschaften zufließen. Gerade im Bereich massenhafter Digitalisierungen würde eine solche Annäherung der Behandlung verwaister und vergriffener Werke unter anderem sicherstellen, dass eine nur kursorische „sorgfältige Suche“ im Ergebnis nicht zu wirtschaftlichen Vorteilen für die nutzende Institution führen kann.

2. Zum Zweitveröffentlichungsrecht (§ 38 Abs. 4 UrhG-E)

So gelungen die vom Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelungen für vergriffene und verwaiste Werke sind, so verfehlt und irregeleitet wäre die Einführung eines Green Open Access-Zweitveröffentlichungsrechts (§ 38 Abs. 4 UrhG-E). Die Schaffung eines solchen Rechts

- ist nicht geeignet, das vom Referentenentwurf definierte gesetzgeberische Ziel zu erreichen (a)
- würde dazu führen, dass in Deutschland anstelle nachhaltiger Strukturen für Open Access-Publikationen, die der Wissenschaft dienen, eine kostenträchtige und ineffiziente Repositorienlandschaft entstünde (b)
- würde deutsche Verlage im Wettbewerb mit ausländischen Verlagshäusern benachteiligen (c)
- bringt die Gefahr mit sich, dass geistes- und sozialwissenschaftliche Datenbanken und Zeitschriften in deutscher Sprache allmählich verschwinden bzw. nur noch in ineffizienten staatlichen Publikationsstrukturen hervorgebracht werden können (d)
- liefe auf eine entschädigungslose Enteignung der Leistungen deutscher Verlage hinaus und begegnet auch darüber hinaus europa- und verfassungsrechtlichen Bedenken (e).

Auf die vorgeschlagene Regelung sollte deshalb ersatzlos verzichtet werden. Im Einzelnen:

(a) Zweitveröffentlichungsrecht würde Ziel verfehlen

Als Begründung für die Notwendigkeit der Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts verweist der Referentenentwurf darauf, dass „*der Markt wissenschaftlicher Publikationen ... von wenigen großen Wissenschaftsverlagen dominiert*“ werde, die für unverzichtbare Inhalte „*praktisch beliebig hohe Preise*“ verlangen könnten. Dementsprechend seien „*besonders seit Mitte der 1990er Jahre die Preise für Zeitschriften in den Bereichen Naturwissenschaft, Technik und Medizin stark angestiegen, während die Etats der Bibliotheken stagnieren oder rückläufig sind.*“ Zusammenfassend heißt es:

Die Regelung zielt allein auf die so genannte Publikationskrise ab, die sich vor allem im Bereich der wissenschaftlichen Zeitschriften manifestiert.

Der Börsenverein hat bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass es sich bei der sog. Publikationskrise wissenschaftlicher Zeitschriften in Wirklichkeit um eine Finanzierungskrise der zunehmend schlechter ausgestatteten öffentlichen wissenschaftlichen Bibliotheken in Deutschland handelt.¹ Diese wollen an den durch massive Investitionen der Wissenschaftsverlage in digitales Publizieren erreichten Produktivitätsfortschritten für Wissenschaft

¹ Vgl. pars pro toto

<http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme%20KII%2020111008.pdf>, S. 2 ff.

und Forschung teilnehmen, sich aber zugleich aus fiskalischen Motiven nicht angemessen an deren Finanzierung beteiligen.

Hinsichtlich des Zweitveröffentlichungsrechts kommt es aber gar nicht auf die Frage an, ob es eine Publikationskrise gibt und welche Ursachen diese hat. Denn jedenfalls könnte sich die Einführung eines solchen Rechts von vorneherein nicht auf die angeprangerte Preispolitik großer Wissenschaftsverlage in den Bereichen Naturwissenschaft, Technik und Medizin (STM) auswirken, da es sich bei diesen Verlagen in aller Regel um internationale Verlage handelt, für deren Verträge das deutsche Urhebervertragsrecht nicht gilt. Die Bundesregierung selbst hat noch in der vergangenen Legislaturperiode bei einer Anhörung zu § 38 UrhG darauf hingewiesen, dass eine isolierte Regelung im deutschen Urhebervertragsrecht nicht zu einer Stärkung der Stellung deutscher Urheber gegenüber ausländischen Verlagen führen kann.² Wird einem deutschen Forscher ein Verlagsvertrag vorgelegt, der nicht unter deutsches Urheberrecht fällt und ein längeres (oder unbegrenztes) exklusives Veröffentlichungsrecht des Verlags enthält, dann muss der Autor entweder (zu Lasten der weltweiten Sichtbarkeit seiner Forschungsergebnisse und seiner internationalen Reputation) auf die Veröffentlichung in der Zeitschrift oder auf die Open Access-Zweitveröffentlichung verzichten, wenn er keinen Rechtsbruch begehen will. Jedenfalls greift die geplante Änderung des § 38 UrhG-E gegenüber ausländischen Verlagen nicht durch. Die Regelung kann sich deshalb von vorneherein nicht positiv auf die behauptete Publikationskrise auswirken, sondern nur negativ auf deutsche Verlage, die sich mit ihren wissenschaftlichen Zeitschriften zu fairen und nicht überhöhten Preisen für Publikationen deutscher Wissenschaftler einsetzen (siehe unten (c)).

(b) Zweitveröffentlichungsrecht liefere nachhaltigen Open Access-Strukturen zuwider

Auch soweit die Regelung mit der Notwendigkeit der Verbesserung der Publikationsbedingungen für steuermittel-finanzierte Forschungsergebnisse und einer erhöhten Sichtbarkeit begründet wird, überzeugt dies nicht. Tatsächlich bedarf es für die Förderung von Open Access-Veröffentlichungen eines solchen Zweitveröffentlichungsrechts nicht. Jedem Wissenschaftler steht es bereits heute frei, seine Forschungsergebnisse Open Access zu veröffentlichen. Viele Verlage, aber auch universitätsnahe Einrichtungen bieten entsprechende Plattformen und/oder Open Access-Zeitschriften und –Datenbanken an. Damit haben die Forscher bzw. die Forschungsfördereinrichtungen auch ohne jede gesetzliche Regelung die freie Wahl zwischen einer Open Access-Veröffentlichung, bei der die Publikationskosten vom Autor getragen werden (Golden Open Access), und der Veröffentlichung in einer Zeitschrift, bei der ein Verlag Publikationsrisiko und –kosten übernimmt und dann durch die Erhebung von Abonnementsgebühren bei den Lesern/Nutzern der Zeitschrift refinanziert. Davon abgesehen ist es, anders als im Referentenentwurf behauptet, für wissenschaftliche Autoren und wissenschaftliche Förderorganisationen denkbar einfach, sich über die Website SHERPA-RoMEO (in deutscher Sprache) zeitschriften- und verlagsbezogen darüber zu informieren, ob und unter welchen Bedingungen den Autoren wissenschaftlicher Zeitschriften eine Zweitveröffentlichung ihrer Beiträge gestattet wird.³

² BT-Drucks. 16/1828, S. 47, zu Nr. 6 a.E.

³ Vgl. http://www.dini.de/service/nachrichten/nachricht/x//sherparomeo_deutsch_mit/

Der Referentenentwurf sitzt dem populären Irrtum auf, dass über die Subskription wissenschaftlicher Zeitschriften *„die mit Steuergeldern finanzierten Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung für weitere Forschungsarbeiten ein zweites Mal durch entsprechende Vergütungen für die Wissenschaftsverlage durch die öffentliche Hand bezahlt werden müssen“*.

Tatsächlich verkennt diese These die *eigentliche Leistung* wissenschaftlicher Verlage, die sich keineswegs auf den rein technischen Prozess beschränkt, der mit dem Satz und Druck bzw. der Online-Stellung publikationsreifer Manuskripte verbunden ist. Vielmehr bieten wissenschaftliche Verlage ihren Autoren und den wissenschaftlichen Fachgesellschaften, in deren Auftrag sie häufig tätig sind, durch die Organisation von Qualitätssicherungssystemen (über Redaktionen oder Peer Review-Verfahren) und die Systematisierung, die Voraussetzung für die Auffindbarkeit wissenschaftlicher Erkenntnisse ist, eine unverzichtbare Dienstleistung. Darüber hinaus sorgen sie durch die Werbung für Zeitschriften und ihre Inhalte für die Verbreitung wissenschaftlicher Erkenntnisse und tragen damit entscheidend dazu bei, dass diese in der wissenschaftlichen Gemeinschaft auch zur Kenntnis genommen werden. Wissenschaftliche Verlage sind mithin ein integraler, notwendiger Bestandteil des Wissenschaftssystems.

Beiträge aus wissenschaftlichen Zeitschriften verdanken ihre Veröffentlichung Investitionen privater Verlage, die **nicht** durch Steuergelder finanziert sind, sondern über Erlöse aus dem Verkauf der Zeitschrift / des Beitrags amortisiert werden müssen. Dies gilt auch dann, wenn Autoren und Reviewer einer Zeitschrift honorarfrei arbeiten. So beschäftigt der Weinheimer Verlag Wiley-VCH allein für die bedeutende chemische Fachzeitschrift „Angewandte Chemie“ eine Redaktion von 22 promovierten Chemikern und 9 Assistenzkräften, die sich um die Selektion und Veredelung der sowie die Navigation zu den eingesandten Beiträgen kümmern. Beim vorgesehenen § 38 UrhG-E sollen die Verlage für solche Leistungen, die zu einem erheblichen Teil bereits in der akzeptierten Manuskriptversion eines veröffentlichten Beitrags stecken, nicht kompensiert werden. Der Zugriff auf die Veredelungs- und Navigationsfunktion sowie auch die vom Verlag aufgebauten Marken und deren Qualitätsimage soll vielmehr entschädigungslos erfolgen. 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 Open Access) eine unfaire Konkurrenz erwachsen. Die Betreiber von Repositorien weichen nämlich einem Großteil der Kosten aus, die qualitätsvollen Open Access-Veröffentlichungen notwendiger Weise vorausgehen, indem sie entgeltlos Investitionen und Leistungen von Verlagen nutzen. Letztlich würde bei Umsetzung des Referentenentwurfs also ein Modell entstehen, dem es nicht nur selbst an Nachhaltigkeit gebricht, sondern das zugleich den zwei im Markt bestehenden bewährten Arten wissenschaftlichen Publizierens – dem althergebrachten, nutzerfinanzierten Subskriptionsmodell und dem neueren, autorenfinanzierten Open Access-Modell – die Nachhaltigkeit nimmt.

Der Aufbau und die Bewirtschaftung von Repositorien für die Zweitveröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge belastet das bestehende Publikationssystem zudem mit substantiellen Zusatzkosten. So arbeiten alleine im Bereich des STM-Publizierens weltweit 110.000 Menschen, davon 40.000 in der EU. Wenn deutsche Hochschulen und Forschungsorganisationen auch nur 10 Prozent der Beiträge aus wissenschaftlichen Zeitschriften ein zweites Mal veröffentlichen und ihre Repositorien nutzerfreundlich ausgestalten und vermarkten wollen, entstehen erhebliche Kosten – ohne dass die *first copy costs* der Zeitschriftenartikel dadurch sinken oder die Notwendigkeit der Subskriptionsfinanzierung der Erstveröffentlichung entfällt. Die große PEER-Studie der EU-Kommission, an der Hochschulen, Forschungsorganisationen, Bibliotheken und Verlage beteiligt waren, hat eindeutig gezeigt, dass

Open Access-Repositorien weder bei den Autoren auf Interesse stoßen – nur 2 Prozent der Autoren machten von dem ihnen zustehenden Zweitveröffentlichungsrecht Gebrauch – noch von Forschern aus der EU genutzt werden, weil diese in ihren Einrichtungen Zugriff auf die Originalpublikationen haben (die bei weitem meisten Zugriffe kamen aus Zweite- und Dritte-Welt-Staaten mit Myanmar an der Spitze der Zugriffsländer). Statt z.B. über eine überfällige Anpassung der Erwerbungssetats der Bibliotheken an Inflationsrate und Forschungsfördermittelzuwachs für eine ubiquitäre Versorgung deutscher Forscher mit hochwertigen Originalpublikationen zu sorgen, soll dringend benötigtes Geld für Bildung und Forschung in den Aufbau redundanter, nicht nachhaltiger Strukturen der Literaturversorgung fließen.

Im internationalen Vergleich koppelt sich Deutschland damit von den Ländern ab, die nachhaltige Open Access-Strukturen fördern, wie dies momentan z.B. im United Kingdom geschieht. Dort wird die Einräumung eines Zweitveröffentlichungsrechts dem Publizieren im Wege des Golden Open Access klar nachgeordnet. Entsprechend stellen die Förderorganisationen den wissenschaftlichen Autoren sogenannte *Article Publishing Charges* (APCs) zur Verfügung, um einen sofortigen kostenfreien online-Zugriff auf geförderte Artikel in Verlagsqualität zu ermöglichen. Stehen solche APCs von Seiten der Forschungsförderer für eine bestimmte Publikation nicht zur Verfügung, sind fächerspezifische, angemessen lange Embargofristen vorgesehen, um das Subskriptionsgeschäft der Zeitschrift – anders als beim § 38 UrhG-E - nicht zu gefährden.⁴

(c) Zweitveröffentlichungsrecht wäre Wettbewerbsnachteil für deutsche Wissenschaftsverlage

Die Schaffung von Repositorien für die Zweitveröffentlichung von Beiträgen zu Periodika und der damit verbundene Entzug von Mitteln für die Beschaffung originärer Verlagspublikationen gefährden gerade die deutschen Wissenschaftsverlage. Diese hätten durch die geplante Regelung nämlich einen doppelten Nachteil gegenüber ihren ausländischen Wettbewerbern. Einerseits kommt das Zweitveröffentlichungsrecht als urhebervertragsrechtliche Regelung nur ihren Autoren zu, während in Verlagsverträgen ausländischer Verlagshäuser weiterhin beliebige, für den individuellen Fall angemessene Exklusivauswertungszeiträume vereinbart werden können. Andererseits müssen die deutschen Verlage fürchten, dass Bibliotheken, deren Erwerbungssetats nicht ausreichend ausgestattet werden, gerade ihre Zeitschriften abbestellen, da (nur) für deren Repertoire substituierende Zugriffe auf die Inhalte von Repositorien vorstellbar sind. Wie eine aktuelle UK- Studie gezeigt hat, ist bei der Umstellung auf flächendeckende Green Open Access-Angebote mit erheblichen Kündigungseffekten auf Seiten wissenschaftlicher Bibliotheken zu rechnen.⁵ Wenn Deutschland als Wissenschafts- und als Wissenschaftsverlagsstandort trotz hoher Löhne und hoher Steuern attraktiv bleiben soll, darf es sich jedoch keine negative Diskriminierung inländischer Firmen leisten.

⁴ Vgl. zu den Einzelheiten die folgende Übersicht:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldsctech/122/12206.htm>

⁵ "The potential effect of making journals free after a six month embargo",

<http://www.publishingresearch.net/documents/ALPSPPApotentialresultsofsixmonthembargofv.pdf>

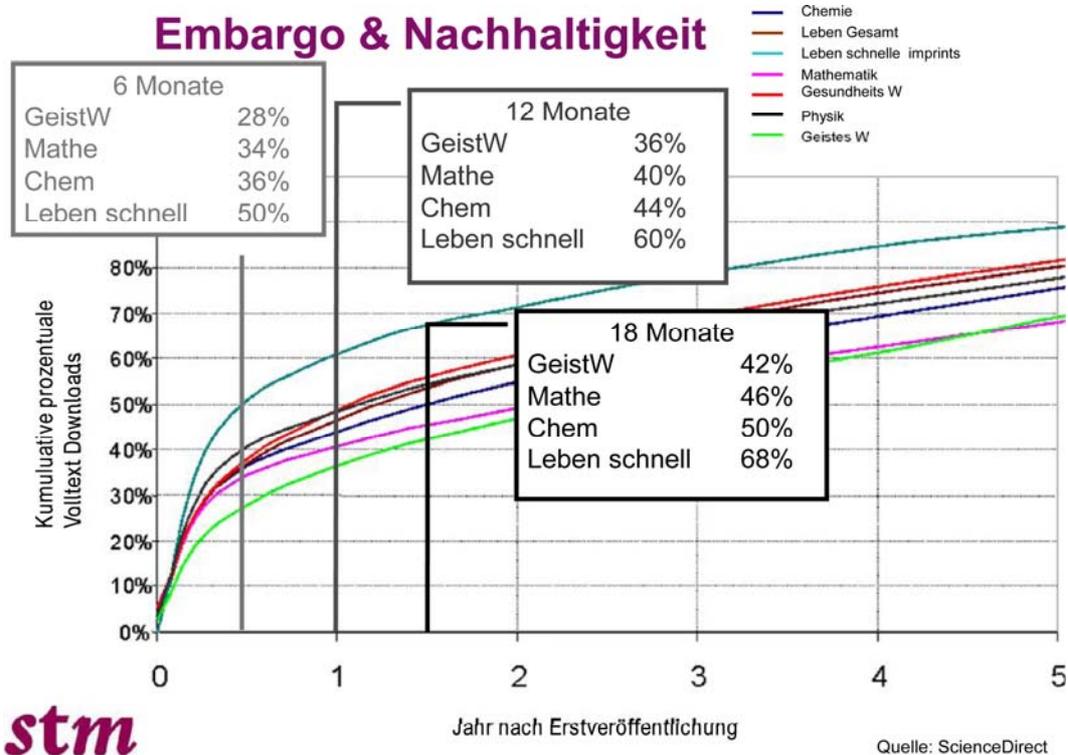
(d) Zweitveröffentlichungsrecht würde geistes- und sozialwissenschaftliche Zeitschriften gefährden

Bei der vorgeschlagenen Embargofrist von 12 Monaten zwischen dem Erscheinen eines Artikels in einer Fachzeitschrift und dem Entstehen des Zweitveröffentlichungsrechts handelt es sich um eine pauschalierende Lösung, die der Komplexität wissenschaftlichen Publizierens und fachspezifischen Besonderheiten nicht gerecht wird. Jeder Wissenschaftsverlag ist bei traditioneller Publikationsform darauf angewiesen, seine Investitionen durch Abonnements- und/oder Online-Lizenzgebühren zurückzuerwerben. Zu diesem Zweck muss er einen ausreichend langen exklusiven Verwertungszeitraum haben. Die vorgeschlagene Embargofrist von nur 12 Monaten liegt in vielen der „langsamen“ geistes- und sozialwissenschaftlichen Fächern, deren Pflege in den Händen deutscher Wissenschaftsverlage liegt, nur wenig über dem durchschnittlichen Zeitraum, in dem ein Nutzer ein neues Heft einer von ihm abonnierten Fachzeitschrift erstmals eingehender studiert.

Die Leistungen vieler Verlage - Qualitätssicherung, Aufbereitung des Inhalts für die Veröffentlichung, Anreicherung mit Metadaten, Links und Querverweisen, Vorhalten einer permanenten Infrastruktur zu seiner Veröffentlichung, Übernahme des Unternehmerrisikos bei der Etablierung neuer Zeitschriften, Markenbildung, Sicherstellung der Lieferbarkeit des Programms, dauerhafte Auffindbarkeit, Werbung und vieles mehr - könnten bei einem solch kurzen Embargozeitraum nicht länger uneingeschränkt erbracht werden, weil sie sich nicht mehr finanzieren ließen. Eine Zeitspanne von nur 12 Monaten würde potentielle Käufer von wissenschaftlichen Zeitschriften nämlich unter dem Diktat knapper Kassen in vielen von öffentlich finanzierter Forschung geprägten Wissenschaftsgebieten veranlassen, kein Geld für Verlagsangebote auszugeben, sondern auf kostenlose online-Zweitpublikationen der von den Verlagen erschlossenen Beiträge zu warten. Am stärksten würde eine solche Regelung dabei die mittelständischen deutschen Verlage treffen, die zu ohnehin relativ niedrigen Preisen geistes- und sozialwissenschaftliche Zeitschriften veröffentlichen. Geisteswissenschaftliche Zeitschriften behalten ihre Aktualität weitaus länger als zwölf Monate, und auch die sich über einen langfristigen Zeitraum ergebenden Einnahmen tragen wesentlich zur Stabilität solcher Verlagsobjekte bei. Besonders zu berücksichtigen ist zudem, dass zu den Autoren solcher Zeitschriften zu einem sehr hohen Prozentsatz deutsche Hochschullehrer zählen. Da der § 38 IV UrhG-E unverständlich Weise nicht, wie die in anderen EU-Staaten diskutierten Green Open Access-Modelle, auf Veröffentlichungen beschränkt werden soll, die aus steuergeldgeförderten Forschungsprojekten hervorgehen, wird für derartige Zeitschriften eine fallspezifisch sinnvolle Definition eines Embargozeitraums von vorneherein unmöglich gemacht.

Es ist vielfach bibliometrisch erfasst worden, wie unterschiedlich die Rezeptionsgeschwindigkeiten in den verschiedenen Wissenschaftsbereichen sind. Schon die vom Dokumentlieferdienst der deutschen Bibliotheken, Subito, geführten Statistiken legen nahe, dass viele Zeitschriftenbeiträge erst Jahre nach ihrem Erscheinen gelesen und genutzt werden. Eine zwölfmonatige Embargofrist würde demnach einen erheblichen, je nach Gebiet sogar den überwiegenden Teil des bisherigen Nutzungszeitraums wissenschaftlicher Zeitschriften abschneiden. Dass dies ohne Folgen für die wirtschaftlichen Grundlagen dieser Zeitschriften bliebe, erscheint nicht plausibel, zumal viele von Bibliotheken und Verlage vereinbarte online-Nutzungsmodelle neben dem Zugriff auf die aktuellsten Veröffentlichungen zugleich die Nutzung älterer Veröffentlichungen einschließen. Aus der folgenden Übersicht über den Zeitpunkt von online-Zugriffen auf Artikel aus der Datenbank Science Direct wird deutlich, dass z.B.

geisteswissenschaftliche Artikel 12 Monate nach Erscheinen erst etwa ein Drittel ihres Nutzungspotentials verzeichnen können:



stm

Schon aufgrund des überdehnten Anwendungsbereichs des § 38 IV UrhG-E und der Wahl eines für Zeitschriften aus den Geistes- und Sozialwissenschaften ungeeigneten Embargozeitraums hat die geplante Regelung ein erhebliches Gefährdungspotential. Dies wird dadurch erhöht, dass in etlichen Disziplinen – wie z.B. in der Rechtswissenschaft - die Grenzen zwischen Wissenschaft und Praxis fließend sind. So werden zahlreiche juristische Zeitschriften maßgeblich von Aufsätzen geprägt, die von Hochschullehrern verfasst werden, obwohl die Mehrheit der Leser in der Praxis tätig ist.⁶ Die Zweitveröffentlichung dieser Texte nach einer kurzen Embargofrist würde auf eine sachlich nicht zu rechtfertigende Subventionierung von Rechtsanwälten oder Steuerberatern auf Kosten der Verlage hinauslaufen.

⁶ Exemplarisch sind etwa die Neue Juristische Wochenschrift (NJW) oder das Deutsche Verwaltungsblatt zu nennen. Derselbe Effekt würde aber auch bei vielen deutschsprachigen Zeitschriften anderer Gebiete, wie etwa Chemie oder Medizin, auftreten. Aus Sicht der begünstigten kommerziellen Nutzer spielt es nämlich keine Rolle, dass das Repositorium, das für sie den Erwerb einer Zeitschrift ggf. entbehrlich macht, nicht gewerblich handelt.

(e) Zweitveröffentlichungsrecht wäre europarechts- und verfassungswidrig

Schließlich begegnet der § 38 UrhG-E in dreierlei Hinsicht durchgreifenden europa- und verfassungsrechtlichen Bedenken. Es handelt sich um eine europarechtlich unzulässige Schrankenregelung (aa), die das Gleichheitsgebot des Art. 3 GG missachtet (bb) und die Wissenschaftsverlage unter Verstoß gegen Art. 12, 14 GG in unzulässiger Weise in ihrer Berufsausübung beschränkt bzw. enteignet (cc).

aa) Europarechtlich unzulässige Schrankenregelung

Noch in der letzten Legislaturperiode hat die Bundesregierung einen Vorstoß des Bundesrats zur Verankerung eines Green Open Access-Zweitveröffentlichungsrechts in § 38 UrhG zutreffender Weise wie folgt zurückgewiesen:

Es erscheint fraglich, ob diese Regelung – wie vom Bundesrat in der Begründung des Antrags ausgeführt – lediglich als eine urhebervertragsrechtliche Regelung zu qualifizieren ist oder ob es sich hierbei nicht vielmehr um eine europarechtlich unzulässige Schrankenregelung handelt. Dann bestünden gegen diese Regelung Bedenken im Hinblick auf den Dreistufentest (...), weil dadurch das ausschließliche Verwertungsrecht der Verlage substantiell beeinträchtigt würde. Betroffen wäre nämlich gerade die unmittelbare Zeit nach der Erstveröffentlichung, in der die wissenschaftliche Nachfrage nach der Publikation am höchsten ist. Im Übrigen erscheint zweifelhaft, ob diese Regelung überhaupt zu dem gewünschten Ergebnis führt.⁷

Würde es bei dem vorgeschlagenen Zweitveröffentlichungsrecht darum gehen, den Urhebern überwiegend steuerfinanzierter, wissenschaftlicher Beiträge ein neues, für diese wertvolles Recht zu geben, so wäre nicht einzusehen, warum dieses Recht nicht allen wissenschaftlichen Autoren gewährt werden sollte. Tatsächlich geht es bei dem Vorschlag aber um das genaue Gegenteil eines Rechts, nämlich um die Beschränkung der Möglichkeit wissenschaftlicher Autoren, ihren Verwertungspartnern zeitlich unbeschränkte online-Nutzungsrechte zu übertragen. Wegen der im Gegensatz zur bestehenden Regelung im § 38 UrhG fehlenden Abdingbarkeit dieses Zweitverwertungsrechts für online-Nutzungen handelt es sich dogmatisch gesehen um eine echte Urheberrechtsschranke. Da der Katalog der Urheberrechtsschranken in der EU-Richtlinie 2001/29/EG zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft abschließend ist und eine derartige Beschränkung des online-Nutzungsrechts nicht vorsieht, ist der § 38 Abs. 4 UrhG-E schon nicht mit Europarecht vereinbar.

bb) Verstoß gegen Art. 3 GG

Indem der § 38 Abs. 4 UrhG-E im Referentenentwurf als urhebervertragsrechtliche Regelung eingestuft wird und das Zweitveröffentlichungsrecht gleichwohl – anders als das Recht aus § 38 Abs. 1 UrhG – nicht allen Urhebern, sondern nur Autoren in überwiegend steuerfinanzierten Zusammenhängen zugesprochen wird, verstößt die Norm nach der eigenen Logik des Referentenentwurfs gegen das aus Art. 3 GG folgende Gleichbehandlungsgebot. Es ist nämlich kein sachlicher Grund erkennbar, dieses (vorgeliebte) Recht Privatgelehrten oder Forschern aus der Industrie, die in Periodika veröffentlichen, vorzuenthalten.

⁷ BT-Drucks. 16/1828, S. 47, zu Nr. 6

cc) Verstoß gegen Grundrechte der Verlage aus Art. 12, 14 GG

Nach dem oben Gesagten basiert die akzeptierte Autorenversion eines Beitrags zu einem Periodikum regelmäßig bereits auf erheblichen Investitionen des Verlags. Ihre entschädigungslose Nutzung – indem § 38 Abs. 4 UrhG-E als urhebervertragsrechtliche Normierung statt als Urheberrechtsschranke eingeordnet wird, steht den Rechteinhabern keine angemessene Vergütung für die Zweitveröffentlichung zu – stellt einen Eingriff in das Grundrecht der Verleger aus Art. 14 Abs. 1 GG dar. Dem Schutzbereich des Art. 14 GG unterfällt nämlich nicht nur das Urheberrecht an sich, sondern auch die dinglichen Nutzungsrechte.⁸

Ebenso liegt eine Verletzung des Grundrechts des Verlags aus Art. 12 GG vor. Aufgrund der besonderen unmittelbaren Auswirkungen der Wandlung von ausschließlichen zu einfachen Nutzungsrechten hat der § 38 Abs. 4 UrhG-E eine berufsregelnde Tendenz und greift in den Schutzbereich der Berufsfreiheit ein.

Die dargelegten Eingriffe in die Grundrechte der Verlage aus Art. 12, 14 GG sind auch nicht durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls als zweckmäßig gerechtfertigt. Insbesondere führt die Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts nach dem oben Gesagten **nicht** zur Förderung nachhaltiger Publikationsstrukturen, von denen die interessierte Öffentlichkeit profitieren könnte.

3. Zu den sonstigen Regelungspunkten des Referentenentwurfs

Die Erstreckung der Regelung des § 38 Abs.1 und 2 UrhG auf die öffentliche Zugänglichmachung von Beiträgen zu Sammlungen erscheint sinnvoll und zeitgemäß. Sie wird vom Börsenverein begrüßt.

Die Neuregelung des Kabelweiterleitungsrechts (§ 20 b UrhG-E) kann hier unkommentiert bleiben, weil sie die Interessen der Mitglieder des Börsenvereins allenfalls am Rande berührt.

Frankfurt am Main, 4. März 2013

Dr. Christian Sprang
Justiziar

⁸ BVerfG, Beschl. v. 25.10.2002 – 1 BvR 2116/01, NJW 2003, 1655, 1656.