

MARCUS HIRSCHFELDER

Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbieterspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen?

§§ 38 und 43 UrhG de lege ferenda im Lichte der RL 2001/29/EG

Das Internet eröffnet den Autoren wissenschaftlicher Werke neue Publikationswege. Durch Internetveröffentlichungen können wissenschaftliche Informationen zeitnah, weltweit und weitestgehend barrierefrei verbreitet werden. Die Open Access-Bewegung fordert einen möglichst freien und ungehinderten Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen, die öffentlich – d.h. mit Steuergeldern – finanziert wurden. Zur gesetzgeberischen Umsetzung dieser Forderung wurden im Zuge der Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Urheberrechts ver-

schiedene Vorschläge diskutiert. Die RL 2001/29/EG gibt jedoch den Mitgliedstaaten verbindliche Vorgaben auf, die bei der Umsetzung zu beachten sind.

Die vorliegende Untersuchung widmet sich unter Beachtung dieser europarechtlichen Vorgaben der Frage, ob die bisher erörterten Vorschläge geeignet sind, den europarechtlichen Anforderungen gerecht zu werden, bzw. wie eine rechtliche Verankerung dieses Prinzips des freien Zugangs (Open Access) umgesetzt werden könnte.

I. Einführung

Die Open Access-Bewegung fordert einen möglichst ungehinderten Zugang zu öffentlich finanzierten Forschungsergebnissen.¹ Hintergrund dieser Forderung sind bestimmte Entwicklungen des Marktes wissenschaftlicher Publikationen: Gerade im Zeitschriftenbereich sind z.T. erhebliche Preissteigerungen zu beobachten, die zu einem weiteren Rückgang von Bestellungen seitens der finanziell ohnehin nicht üppig ausgestatteten Bibliotheken führten.² Open Access-Veröffentlichungen bieten die Möglichkeit einer zeitnahen, weltweiten und unmittelbaren Publika-

tion der Ergebnisse wissenschaftlicher Arbeit. Die Entscheidung einer Veröffentlichung im Wege des Open Ac-

1) Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen, abrufbar unter: http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/Berliner_Erklärung_dt_Version_07-2006.pdf (Stand: 2.6.2009).

2) Woll, *Wissenschaftliches Publizieren im digitalen Zeitalter*, S. 14, abrufbar unter: <http://www.fbi.fh-koeln.de/institut/papers/kabi/volltexte/Band046.pdf> (Stand: 2.6.2009); über den Zeitraum von 1986–2003 sind nach einer Untersuchung der *Association of Research Libraries* Steigerungen des Durchschnittspreises einer Zeitschrift von über 200% zu verzeichnen, s.a. Bargheer, in: Hagenhoff, *Göttinger Schriften zur Internetforschung – Internetökonomie der Medienbranche*, S. 173.

cess – u.U. unter Verwendung einer Creative Commons-Lizenz³ – obliegt nach derzeit geltendem Recht dem Autor. Auf Grund vielgestaltiger Vorbehalte seitens der Autoren und bestimmter Marktgegebenheiten erfolgen wissenschaftliche Publikationen jedoch in der Regel über einen Verlag. Im Zuge der Arbeiten an einem zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft wurde daher die Forderung vertreten, eine entsprechende gesetzliche Normierung vorzunehmen. Insbesondere der *Bundesrat* setzte sich für die Schaffung eines bildungs- und wissenschaftsfreundlicheren Urheberrechts ein.⁴ Die bisher insbesondere im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum 2. Korb gemachten Umsetzungsvorschläge zur Verankerung des Open Access-Prinzips beschränkten sich auf das nationale Recht.

II. Europarechtliche Vorgaben

Die RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (RL 2001/29/EG) enthält sowohl hinsichtlich der Rechte des Urhebers wie auch hinsichtlich der Schaffung möglicher Schrankenregelungen für die Mitgliedstaaten verbindliche europarechtliche Vorgaben.⁵ Der Schrankenkatalog des Art. 5 RL 2001/29/EG ist hierbei nach dem eindeutigen Wortlaut des Erwägungsgrunds (32) der RL abschließender Natur: Dort heißt es, die Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe seien in der RL erschöpfend aufgeführt. Die Schaffung neuer Schrankentatbestände, die nicht in dem Schrankenkatalog der RL enthalten sind, ist daher europarechtswidrig. Eine solche Regelung liefe dem ausdrücklichen Harmonisierungsziel der RL zuwider und würde zu einer weiteren Rechtsunsicherheit und Zersplitterung des europäischen Rechtsraums führen.

III. Bisherige Umsetzungsvorschläge im Lichte der RL 2001/29/EG

Zur Umsetzung der Forderung nach einem möglichst freien Zugang zu öffentlich finanzierten Forschungsergebnissen wurden im Zuge der Umsetzung der Richtlinienvorgaben in das deutsche Urheberrecht verschiedene Lösungsvorschläge unterbreitet. *Hansen* tritt für eine urhebervertragsrechtliche Regelung in einem neuen § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG ein.⁶ *Pflüger/Ertmann* schlagen hingegen in einem neuen § 43 Abs. 2 UrhG ein gesetzlich normiertes Zugriffsrecht zu Gunsten der Hochschulen vor.⁷

3) Vgl. die verschiedenen Lizenzmodelle von Creative Commons Deutschland, abrufbar unter: <http://de.creativecommons.org/> (Stand: 2.6.2009).

4) BR-Drs. 257/06 (B. v. 19.5.2006), S. 3, abrufbar unter: <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/1249.pdf> (Stand: 2.6.2009); so auch die Forderung des *Bundesrats* zur Aufnahme von Arbeiten an einem 3. Korb: BR-Drs. 582/07 (B. v. 21.9.2007), S. 3, abrufbar unter: <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/0582-07B.pdf> (Stand: 2.6.2009).

5) RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2001.

6) *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378 ff.

7) *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436 ff.

8) BR-Drs. 257/06, S. 6.

9) Gegenäußerung der *Bundesregierung* zur Stellungnahme des *Bundesrats*, BR-Drs. 257/06 v. 14.6.2006.

10) Vgl. insoweit Art. 7, 8 Abs. 1 TRIPS-Abkommen, das Prinzip des „fair dealing“, Sec. 29, 30 Copyright Act 1988 im Englischen Recht, sowie das „fair use“-Prinzip im US-Amerikanischen Recht, Secs. 107–118 US-Copyright Act; zur Rechtsnatur urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen auch *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815 ff.; *Reinbothe* umschreibt den Begriff des geistigen Eigentums auch als „Pakt zwischen der Gesellschaft und den Rechteinhabern“, GRUR Int. 2001, 733, 745.

1. Zweitveröffentlichungsrecht des Autors – § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG de lege ferenda

Der Vorschlag von *Hansen* sieht eine urhebervertragsrechtliche Lösung durch Einführung eines neuen § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG vor. Die Regelung sieht bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts durch den Urheber für diesen das unabdingbare Recht vor, sein Werk sechs Monate nach der Erstveröffentlichung anderweitig öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zur Verfolgung nichtkommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Der Vorschlag wurde im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum 2. Korb vom *Bundesrat* in seiner Stellungnahme v. 19.5.2006 aufgegriffen.⁸ Die *Bundesregierung* sah in ihrer Gegenäußerung v. 14.6.2006 jedoch keinen Handlungsbedarf und äußerte Bedenken sowohl in verfassungsrechtlicher als auch in europarechtlicher Hinsicht.⁹

a) Europarechtliche Bedenken – Unzulässige Schrankenregelung?

Die vorgeschlagene Regelung ist trotz ihrer Einordnung als urhebervertragsrechtliche Regelung mit den Vorgaben der RL 2001/29/EG – insbesondere dem abschließenden Schrankenkatalog des Art. 5 RL 2001/29/EG – nicht vereinbar. Der vorgeschlagene § 38 UrhG de lege ferenda ist inhaltlich als Ausnahme bzw. Beschränkung i.S.d. Art. 5 RL 2001/29/EG und somit als neue Schranke auf mitgliedstaatlicher Ebene einzuordnen, die auf Grund der abschließenden Aufzählung zugelassener Schrankentatbestände letztlich europarechtswidrig ist.

Eine ausdrückliche Definition der Begriffe der Ausnahmen und Beschränkungen ist in der RL selbst oder in den Erwägungsgründen zwar nicht enthalten. Aus der internationalen Konzeption des Urheberrechts und den diesbezüglich einschlägigen internationalen Abkommen lässt sich jedoch herleiten, dass Schrankenregelungen dem Ausgleich zwischen urheberrechtlichen Schutzinteressen und dem Interesse der Allgemeinheit an der Teilhabe an den geschützten Werken dienen und zu diesem Zweck privilegierte Ausnahmen zur erlaubnisfreien Nutzung durch die Allgemeinheit oder einen bestimmten Personenkreis vorsehen.¹⁰ Genau hierauf zielt die vorgeschlagene Regelung ihrem Sinngehalt nach jedoch ab: Dem Urheber soll bei der Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts zu Gunsten eines Verlags das unabdingbare Recht verbleiben, das Werk öffentlich zugänglich zu machen. Das Recht der anderweitigen Zweitveröffentlichung dient jedoch seiner eindeutigen Intention nach nicht den Interessen des Urhebers an der Verwertung oder dem Schutz seines Werks, sondern dem Interesse von Bildung und Wissenschaft bzw. der Allgemeinheit an einem möglichst ungehinderten Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen.

Da es an einer gesetzlichen Definition fehlt, sind zur Auslegung der Begriffe der Ausnahmen und Beschränkungen die Erwägungsgründe der RL heranzuziehen. Für ein weites Verständnis der Begriffe – und damit für eine Subsumtion auch der Umgehungstatbestände unter diesen Begriff – spricht zunächst das mit der RL angestrebte und in den Erwägungsgründen (3), (4) und (6) ausdrücklich genannte Harmonisierungsziel. In Erwägungsgrund (6) wird hierzu ausgeführt, dass eine Zersplitterung des Binnenmarkts und eine weitere rechtliche Inkohärenz vermieden werden soll. Bei einer engen Auslegung könnte der hiernach angestrebte Harmonisierungszweck nicht erreicht werden und es drohte eine weitere Zersplitterung des europäischen Rechtsraums durch Umgehungen des abschließenden Schrankenkatalogs auf nationalstaatlicher Ebene. In Erwä-

gungsgrund (32) heißt es überdies: „Die Mitgliedstaaten sollten diese Ausnahmen und Beschränkungen in kohärenter Weise anwenden; dies wird bei der zukünftigen Überprüfung der Umsetzungsvorschriften besonders berücksichtigt werden.“ Bereits hieran zeigt sich deutlich der Wille des europäischen Gesetzgebers, eine einheitliche Regelung zu schaffen.¹¹ Mitgliedstaatlichen Sonderwegen im Bereich der Schrankenregelungen wird hierdurch eine klare Absage erteilt. Hiervon scheint auch die *EU-Kommission* auszugehen, wenn sie ausführt, dass eine erschöpfende Liste den Mitgliedstaaten die Möglichkeit nimmt, Ausnahmen beizubehalten oder einzuführen, die nicht auf der Liste aufgeführt sind.¹²

Gleiches gilt für Erwägungsgrund (44), der die Berücksichtigung der gesteigerten wirtschaftlichen Bedeutung im elektronischen Umfeld und der berechtigten Interessen der Autoren voraussetzt. Ausnahmen oder Beschränkungen bei bestimmten neuen Formen der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände sollen hiernach möglicherweise noch enger zu begrenzen sein. Neben dem zunächst enthaltenen Hinweis auf die Geltung und Anwendung des Drei-Stufen-Tests wird insbesondere auf neue Nutzungsformen im digitalen Umfeld Bezug genommen und diesbezüglich eine enge Begrenzung vorausgesetzt. Auch hierin zeigt sich deutlich der Wille des europäischen Gesetzgebers, eine Umgehung der abschließend aufgeführten Schrankentatbestände gerade im elektronischen Umfeld zu verhindern. Überdies wäre in der vorgeschlagenen Regelung eine Umgehung des in Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG vorgesehenen und in Erwägungsgrund (44) angesprochenen Drei-Stufen-Tests zu sehen, den die *EU-Kommission* als Teil der internationalen Rahmenvorschriften zum Urheberrecht sowie als Maßstab für alle Beschränkungen in diesem Bereich versteht.¹³

Heckmann/Weber haben sich in einem Beitrag ausführlich mit dem Vorschlag eines Zweitveröffentlichungsrechts befasst und richtigerweise ausgeführt, dass eine entsprechende Regelung weitestgehend wortgleich auch als urheberrechtliche Schrankenregelung gefasst werden könnte, die dann an den Vorgaben der RL bzw. dem Drei-Stufen-Test zu messen sei, und insofern festgestellt, dass der Verdacht einer Umgehung der Richtlinienvorgaben zumindest nahe liege.¹⁴ In der Folge gelangen die *Autoren* dann zu dem Ergebnis, dass die vorgeschlagene urhebervertragsrechtliche Regelung nicht von dem Begriff der Ausnahmen und Beschränkungen i.S.d. RL 2001/29/EG erfasst sei. Dem kann indes aus o.g. Gründen – insbesondere unter Berücksichtigung der ausweislich der Erwägungsgründe vorzunehmenden weiten Auslegung des Begriffs der Ausnahmen und Beschränkungen – nicht gefolgt werden. Überdies ist der bei Anwendung und Auslegung des europäischen Rechts zu beachtende Auslegungsgrundsatz des „*effet utile*“ zu berücksichtigen, sodass notwendigerweise auch solche Regelungen erfasst sein müssen, die inhaltlich einer Schrankenregelung gleichkommen und damit zu einer Umgehung des abschließenden Schrankenkatalogs und des in Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG vorgesehenen Drei-Stufen-Tests führen.

Die *Bundesregierung* äußerte in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des *Bundesrats* ebenfalls europarechtliche Bedenken und führte aus, der Regelungsansatz sei mit Blick auf die Vereinbarkeit mit den Vorgaben der RL zu prüfen. Insbesondere sei fraglich, ob die Regelung lediglich als eine urhebervertragsrechtliche Regelung zu qualifizieren sei oder ob es sich nicht vielmehr um eine europä-

rechtlich unzulässige Schrankenregelung handele. Für die Annahme einer Schrankenregelung spricht auch, dass *Hansen* selbst die vorgeschlagene Regelung als Vorschrift zum „Schutze des Urhebers vor dem Verwerter und zum Wohle der Allgemeinheit“ bezeichnet.¹⁵ Zudem entwickelt *Hansen* seinen Vorschlag selbst unter Erörterung eines § 52c UrhG als neue Schranke, die er als gesetzessystematisch konventioneller und im Ansatz wegen der Zustimmungsfreiheit als klar vorzugswürdig bezeichnet, jedoch im Ergebnis auf Grund des abschließenden Schrankenkatalogs der RL scheitern lässt.¹⁶ Auch hieran zeigt sich deutlich die eigentliche Zweckbestimmung des vorgeschlagenen Zweitveröffentlichungsrechts, die letztlich inhaltlich zur Einordnung als Umgehungstatbestand und unzulässige Schrankenregelung führen muss. Konsequenter und letztlich gesetzessystematisch richtig erscheint es hier, den Gedanken einer neuen Schranke auf europäischer Ebene fortzuführen und einen entsprechenden Schrankentatbestand unter Änderung der bestehenden Vorgaben in die RL aufzunehmen. Den seitens der *Bundesregierung* geäußerten Bedenken ist daher im Ergebnis zuzustimmen, da die Regelung ihrem Inhalt nach nur als derzeit europarechtlich unzulässige Schrankenregelung – mithin als Umgehung des abschließenden Schrankenkatalogs und des Drei-Stufen-Tests – aufgefasst werden kann.

b) Rechtspolitische Bedenken – Nachteilige Auswirkungen

Gegen einen neuen § 38 Abs. 1 Satz 3 UrhG in der vorgeschlagenen Form bestehen zudem weitere Bedenken hinsichtlich möglicher und unerwünschter nachteiliger Auswirkungen. *Hansen* selbst befürchtet eine internationale Benachteiligung deutscher Wissenschaftler durch ein Verstellen von Publikationswegen.¹⁷ International üblich ist meist die Einräumung exklusiver Nutzungsrechte zu Gunsten eines Verlags, die deutschen Wissenschaftlern in der Form dann nicht mehr möglich wäre. Diese Bedenken sind zumindest dann nicht von der Hand zu weisen, wenn man von einem „deutschen Sonderweg“ zur Lösung der Zugangsfrage ausginge. Auch hierin zeigt sich indes die Notwendigkeit, eine einheitliche europäische Regelung zu schaffen: Nur durch einheitliche Bedingungen für wissenschaftliche Publikationen in ganz Europa kann eine Benachteiligung oder Übervorteilung in einzelnen Mitgliedstaaten vermieden werden.

2. Zugriffsrecht zu Gunsten der Hochschulen – § 43 Abs. 2 UrhG de lege ferenda

Ein ebenfalls i.R.d. 2. Korbs der Urheberrechtsreform von *Pflüger/Ertmann* unterbreiteter Vorschlag sieht in Anlehnung an die Entscheidung des *BGH* v. 27.9.1990,¹⁸ in der das *Gericht* eine Anbieterspflicht aus der Treuepflicht des Beamten ableitete, die gesetzliche Normierung eines Zugriffsrechts zu Gunsten der Hochschulen vor.¹⁹ Vorgeschlagen wird die Einführung eines neuen § 43 Abs. 2 UrhG: Der an einer Hochschule beschäftigte Autor soll hiernach verpflichtet werden, die im Rahmen seiner For-

11) So auch *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 737.

12) *EU-Kommission*, Grünbuch Urheberrecht in der wissenschaftlichen Wirt-schaft, KOM 2008/466, S. 5, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0466:FIN:DE:PDF> (Stand: 2.6.2009).

13) *EU-Kommission* (o. Fußn. 12), S. 5 f.

14) *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995, 998.

15) *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 387.

16) *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 383 f.

17) *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 387.

18) *BGH* ZUM 1991, 580 ff. – Grabungsmaterialien.

19) *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 440.

schungstätigkeit entstandenen Werke der Hochschule zur Veröffentlichung anzubieten.²⁰ Die Hochschule soll innerhalb einer Frist von 2 Monaten ihre Zugriffsrechte geltend machen können. Nach Ablauf der 2-Monats-Frist sollen die Verwertungsrechte wieder uneingeschränkt dem Urheber zustehen.

a) Europarechtliche Bedenken

Gegen die vorgeschlagene Regelung eines neuen § 43 Abs. 2 UrhG bestehen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit derzeit geltendem europäischem Recht ebenfalls die oben dargelegten Bedenken. Inhaltlich handelt es sich um einen Eingriff in die Urheberrechte des Autors im Wege einer Schrankenregelung zu Gunsten von Wissenschaft und Allgemeinheit auf nationaler Ebene, die auf Grund des abschließenden Charakters des Schranken catalogs europarechtswidrig ist. Auch die vorgeschlagene gesetzliche Regelung einer Anbieterspflicht gegenüber der Hochschule läuft letztlich auf eine Beschränkung der Verwertungsrechte des Urhebers zu Gunsten von Bildung, Wissenschaft und Allgemeinheit hinaus und ist damit unabhängig von ihrem gesetzessystematischen Standort als Schrankenregelung einzuordnen. Dem Urheber oder Autor wird im Falle der Ausübung des Optionsrechts durch die Hochschule die Möglichkeit genommen, über das Publikationsorgan frei zu entscheiden. Da es sich hierbei um einen einschneidenden Eingriff in Urheberpersönlichkeitsrechte und auch in finanzielle Verwerterinteressen handelt, ist die Regelung am Drei-Stufen-Test zu messen. In der vorgeschlagenen Umsetzung ist mitunter gleichsam eine Umgehung des Drei-Stufen-Tests in Form einer unzulässigen Schranke zu sehen.

b) Verfassungsrechtliche Bedenken

Gegen die vorgeschlagene Regelung bestehen zudem erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, insbesondere mit Blick auf die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. *Pflüger/Ertmann* vertreten im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG die Auffassung, die vorgeschlagene Regelung berühre den Schutzbereich des Grundrechts nicht, da es nicht um das „Ob“ der Veröffentlichung – die verfassungsrechtlich geschützte negative Publikationsfreiheit –, sondern um das „Wo“ bzw. „Wie“ der Veröffentlichung gehe.²¹ *Hansen* kritisiert in diesem Zusammenhang, der Vorschlag sähe gerade eine Anbieterspflicht für jedes i.R.d. Forschungstätigkeit entstandene Werk vor. Hierin sei eine Verletzung der negativen Publikationsfreiheit zu sehen.²² Eine ausdrückliche Abgrenzung von „Ob“ und „Wo“ der Veröffentlichung ist in dem vorgeschlagenen § 43 Abs. 2 UrhG in der Tat nicht enthalten. Die Anbieterspflicht könnte jedoch auch dahingehend zu verstehen sein, dass sie nur für solche Werke Geltung beansprucht, die der Urheber be-

reits zur Veröffentlichung freigegeben hat. Dem Urheber verbliebe somit die Entscheidung über das „Ob“ der Veröffentlichung. Dies scheinen *Pflüger/Ertmann* auch anzunehmen, wenn sie ausführen, die positive Entscheidung des Wissenschaftlers über das „Ob“ der Veröffentlichung werde vorausgesetzt und sei daher nicht Gegenstand der Regelung.²³ Zum Teil wird eine Anbieterspflicht auch generell abgelehnt und vertreten, die Wissenschaftsfreiheitsgebiete dem Urheber auch die Entscheidung über das seines Erachtens bestgeeignete Publikationsorgan zu überlassen.²⁴ Auch die *Bundesregierung* sah im Gesetzgebungsverfahren zum 2. Korb jedenfalls erheblichen Aufklärungsbedarf hinsichtlich der genannten verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken, woran letztlich auch eine Umsetzung scheiterte.²⁵

c) Rechtspolitische Bedenken

Die häufige Ausübung des Zugriffsrechts durch die Hochschulen könnte zu der rechtspolitisch unerwünschten Folge führen, dass Zeitschriftenverlage das Interesse an der Verwertung der Print-Veröffentlichungen verlieren. Hier bestehen ähnliche Bedenken wie gegen den Vorschlag eines unabdingbaren Zweitveröffentlichungsrechts, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Benachteiligung des Wissenschaftsstandorts Deutschland. Auch bei einem Zugriffsrecht zu Gunsten der Hochschulen – zumindest bei einer Normierung ausschließlich im deutschen Urheberrecht – besteht die Gefahr, dass internationale Verlage nach dem Zugriff der Hochschule an einer dann lediglich noch teilexklusiven Rechteinräumung kein Interesse mehr haben könnten.²⁶

IV. Fazit

Beide Vorschläge sind als derzeit europarechtlich unzulässige Umgehung des abschließenden Schranken catalogs der RL 2001/29/EG zu qualifizieren.

Gegen die vorgeschlagene Regelung eines Zugriffsrechts zu Gunsten der Hochschulen bestehen zudem erhebliche verfassungsrechtliche Vorbehalte. Insbesondere im Hinblick auf die in Art. 5 Abs. 3 GG geregelte Wissenschaftsfreiheit begegnet der Vorschlag den oben erläuterten Bedenken. Auf Grund der genannten rechtspolitischen Problemkreise erscheinen beide Vorschläge ohnehin wenig geeignet, dem Interesse der Wissenschaft und Allgemeinheit an einem möglichst umfassenden und freien Zugang zu Information gerecht zu werden, und könnten sogar nachteilige Entwicklungen nach sich ziehen.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die bisher vorgeschlagenen Umsetzungsversuche zur Implementierung des Open Access-Prinzips ins deutsche Recht erheblichen, insbesondere europarechtlichen Bedenken begegnen. Der abschließende Schranken catalog der RL 2001/29/EG verhindert hierbei als limitierender Faktor weitestgehend gesetzgeberische Aktivitäten der Mitgliedstaaten im Bereich der Schranken oder schrankenähnlicher Regelungen. Verschiedene Studien der EU bestätigen hierbei die angesprochenen Problemkreise.²⁷ Insbesondere die Studie zu Umsetzung und Auswirkungen der RL 2001/29/EG gelangt diesbezüglich zu dem Ergebnis, dass das angestrebte Harmonisierungsziel der RL derzeit nur z.T. erreicht werde und auf Grund des den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung eingeräumten Ermessensspielraums eine weitere Zersplitterung des europäischen Rechtsraums zu befürchten sei. Insbesondere sei auf Grund des abschließenden Charakters der Schrankentatbestände den Mit-

20) *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 441.

21) *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 440 f.

22) *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 379.

23) *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 440 f.

24) *Schricker/Rojahn*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 43 Rdnr. 131.

25) BT-Drs. 16/1828, S. 47, abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/018/1601828.pdf> (Stand: 2.6.2009).

26) *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 380.

27) Studie über die ökonomische und technische Entwicklung des Marktes wissenschaftlicher Publikationen, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/scientific-publication-study_en.pdf (Stand: 2.6.2009); Study on the implementation and effect in member states' laws of directive 2001/29/EG on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, abrufbar unter: http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf (Stand: 2.6.2009).

gliedstaaten eine flexible Reaktion auf neuartige Entwicklungen im technologischen Bereich nicht möglich.

Konsequenz dieser Erkenntnis kann daher nur sein, entsprechende Änderungsentwürfe auf europäischer Ebene anzusiedeln, so wie es die *EU-Kommission* in ihrem jüngst veröffentlichten Grünbuch „Urheberrecht in der wissensbestimmten Wirtschaft“ zu beabsichtigen scheint.²⁸ Über den in Art. 12 Abs. 3 RL 2001/29/EG vorgesehenen Kontaktausschuss, der sich aus Vertretern der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten zusammensetzt, können diese auf den Prozess der Konsolidierung Einfluss nehmen. Dem Kontaktausschuss obliegt hierbei gem. Art. 12 Abs. 4 lit. a) und b) RL 2001/29/EG die Überprüfung der Auswirkungen der RL auf den Binnenmarkt und die Benennung etwaiger Schwierigkeiten sowie die Durchführung von Konsultationen zu allen mit der Anwendung der RL in Zusammenhang stehenden Fragen. Wünschenswert wäre demnach

ein einheitliches Vorgehen der Mitgliedstaaten zur Schaffung einer europarechtlichen Schranke zu Gunsten von Wissenschaft, Forschung und der Allgemeinheit im Wege einer einheitlichen Regelung der Zugangsfrage, auch i.S.e. einheitlichen europäischen Wissenschaftsraums. Dem nationalen Gesetzgeber jedenfalls sind auf Grund der derzeit geltenden europarechtlichen Lage weitestgehend die Hände gebunden.

Marcus Hirschfelder

Dr. Marcus Hirschfelder ist Rechtsanwalt in Saarbrücken und Autor einer Dissertationsschrift mit dem Titel „Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips“, 2008.



²⁸⁾ *EU-Kommission* (o. Fußn. 12).