

Sebastian Krujatz

# Open Access

Der offene Zugang zu wissenschaftlichen  
Informationen und die ökonomische Bedeutung  
urheberrechtlicher Ausschussmacht für die  
wissenschaftliche Informationsversorgung

Mohr Siebeck

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Abkürzungen .....	XIX
Einleitung.....	1
<i>A. Erkenntnisinteresse der Arbeit</i> .....	4
<i>B. Beschränkung der Untersuchung</i> .....	5
<i>C. Gang der Untersuchung</i> .....	6
<i>D. Stand der rechtswissenschaftlichen Forschung</i> .....	7

## Teil 1: Illustration

Kapitel 1: Wissenschaftliches Publizieren in Fachzeitschriften .....	9
<i>A. Die Untersuchungsgegenstände: Wissenschaftskommunikation und wissenschaftlicher Beitrag</i> .....	9
I. Zum Begriff der Wissenschaftskommunikation.....	9
II. Zum Begriff des wissenschaftlichen Beitrags .....	11
1. Kommunikationsinhalt: Erkenntnis und Wissen.....	12
2. Kommunikationszweck: Wissenserweiterung und Belehrung.....	13
3. Definition.....	15
<i>B. Anforderungen an Fachzeitschriften</i> .....	15
I. Sicht der Wissenschaftsgemeinde .....	15
II. Sicht des Wissenschaftlers als Rezipient.....	16
III. Sicht des Wissenschaftlers als Autor.....	17

IV. Sicht der breiteren Öffentlichkeit.....	19
<i>C. Der konventionelle Publikationsprozess.....</i>	<i>20</i>
I. Erste Station: Der wissenschaftliche Autor.....	20
II. Zweite Station: Der Fachverlag.....	21
III. Dritte Station: Distributoren, Aggregatoren und Rezipienten.....	23
<i>D. Interessenlage in Bezug auf den einzelnen wissenschaftlichen Beitrag.....</i>	<i>24</i>
I. Interessen des Wissenschaftlers.....	24
1. Ausgangsbedingungen.....	24
2. Materielle Interessen.....	25
3. Ideelle Interessen.....	26
4. Interessen als Rezipient.....	27
II. Interessen des Verlegers.....	28
III. Interessen anderer Intermediäre.....	29
IV. Interessen der Allgemeinheit.....	30
<b>Kapitel 2: Die Idee des offenen Zugangs.....</b>	<b>33</b>
<i>A. Ein Vergleich der Initiativen.....</i>	<i>33</i>
I. Zugangsobjekt.....	34
II. Grad der Zugänglichkeit.....	36
1. Unwiderrufliches, fortwährendes Rezeptionsrecht.....	37
2. Nicht zweckgebundenes Nutzungsrecht.....	37
3. Adressatenkreis.....	38
4. Einzige Einschränkung: Anerkennung der Urheberschaft.....	39
III. Synthese aus den verschiedenen Ansätzen – eine Arbeitsdefinition aus urheberrechtlicher Perspektive.....	39
<i>B. Die Entwicklung der Idee des offenen Zugangs.....</i>	<i>40</i>
I. Die »Zeitschriftenkrise« als Ausgangspunkt.....	40
1. Engpässe in der wissenschaftlichen Informationsversorgung?.....	40
2. Gründe: Stand der Diskussion.....	42
II. Die Initiativen.....	44
III. Veröffentlichungsrichtlinien von Forschungsförderern und Universitäten.....	45

IV. Verankerung in nationalen Forschungspolitiken.....	47
1. Vereinigtes Königreich.....	47
2. Vereinigte Staaten von Amerika .....	47
3. Deutschland.....	51
V. Internationale Bestrebungen.....	52
VI. Reaktionen seitens der Verlagswirtschaft .....	55
 C. Wege zum offenen Zugang.....	 57
I. »Golden road« zum offenen Zugang.....	57
II. »Green road« zum offenen Zugang.....	58
 D. Alternative Publikationsmodelle.....	 60
 E. Zusammenfassung.....	 61
 Kapitel 3: Open Access und Urheberrecht.....	 65
 A. Wissenschaftliche Beiträge als Gegenstand des Urheberrechtsschutzes.....	 66
I. Zur Schutzfähigkeit wissenschaftlicher Sprachwerke.....	67
1. Persönliche Schöpfung, Formgebung und sinnliche Wahrnehmbarkeit.....	67
2. Geistiger Inhalt und Individualität .....	68
3. Reichweite des Schutzes .....	73
II. Vom Open-Access-Prinzip erfasste urheberrechtliche Schutzgegenstände .....	77
 B. Open Access, urheberrechtliche Verbotsrechte und deren Beschränkungen – eine funktionelle und konzeptionelle Gegenüberstellung.....	 79
I. Berührte Verwertungsrechte.....	80
1. Stufe 1: Zugänglichmachung.....	80
2. Stufe 2: Rezeptiver Zugang.....	82
3. Stufe 3: Weitere Nutzungsformen.....	83
II. Einschlägige Schrankenregelungen.....	85
1. Stufe 1: Zugänglichmachung.....	85
2. Stufe 2: Rezeptiver Zugang.....	87

a) Vorausgehendes browsing .....	87
b) Zugang durch download .....	89
3. Stufe 3: Weitere Nutzungsformen .....	93
a) Verweise und Zitate .....	93
b) Weitere Vervielfältigungshandlungen .....	94
c) Erneutes Einstellen in das Internet.....	96
4. Die Werknutzung flankierende Schrankenbestimmungen .....	99
a) Kopienversand auf Bestellung .....	99
b) Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen .....	101
III. Konzeptionelle Unterschiede .....	102
1. Zugangsobjekt .....	103
2. Zugangsmittel.....	103
3. Zugangsbedingungen .....	104
IV. Anknüpfungspunkte in der Richtlinie 2001/29/EG (Informationsrichtlinie) .....	105
1. Überblick.....	106
2. Berührte Ausschließlichkeitsrechte .....	106
3. Korrespondierende Beschränkungsmöglichkeiten .....	107
a) Art. 5 Abs. 2 lit. c) Informationsrichtlinie .....	107
b) Art. 5 Abs. 3 lit. a) Informationsrichtlinie .....	108
C. <i>Open Access und Vertragsrecht</i> .....	110
I. Freie Lizenzen .....	110
1. Einseitiger Verzicht oder zweiseitiger Vertrag .....	110
a) Wirksamkeit eines einseitigen Verzichts .....	111
b) Interessengerechtigkeit eines einseitigen Verzichts .....	112
2. Urhebervertragsrechtliche Grundlagen .....	115
3. Einordnung der Lizenzmuster in das Prinzip des offenen Zugangs.....	116
4. Vergütungsfreiheit.....	118
5. Vertragsschluss.....	119
a) Einbeziehung als Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	119
b) Fremdsprachiger Vertragstext als Einbeziehungs- hindernis.....	123
c) Zwischenergebnis .....	124
6. Creative-Commons-Lizenzmuster.....	125

a) Ziel der Vertragsmuster .....	125
b) Vertragsinhalt.....	126
7. Digital Peer Publishing License (DPPL).....	133
8. Zwischenergebnis: Freie Lizenzen und Open Access .....	135
II. Primärveröffentlichung: »golden road to open access« .....	136
III. Parallelveröffentlichung: »green road to open access«.....	139
1. Einführung.....	140
2. Dispositives Urhebervertrags- und Verlagsrecht .....	143
3. Vertragsnormen .....	145
a) Erfasste Nutzungsrechte und Nutzungsarten .....	145
b) Umfang der Rechteeinräumung .....	146
4. Verhältnis von Verlagsverträgen und Zweitverwertungsstrategien.....	148
5. Zurückbehaltung eines Zweitverwertungsrechts.....	149

## Teil 2: Konzeption

Kapitel 4: Zur ökonomischen Bedeutung urheberrechtlicher Ausschlussmacht.....	152
--	-----

<i>A. Ausgangspunkt: Open Access und die Legitimation urheberrechtlicher Verwertungsrechte.....</i>	152
---	-----

I. Abkehr von der Leitvorstellung starker urheberrechtlicher Verwertungsrechte?.....	153
II. Abwarten der Politik .....	154
III. Erkenntnisinteresse der nachfolgenden ökonomischen Untersuchung.....	155

<i>B. Zur Adäquanz rechtsökonomischer Erwägungen .....</i>	155
--	-----

I. Die ökonomische Analyse des Rechts.....	155
II. Die Suche nach dem Interessenausgleich.....	157
III. Vorzüge des Effizienzkriteriums gegenüber dem Interessenausgleich.....	160
IV. Nebeneinander von Begründungsmodellen.....	161

<i>C. Zur ökonomischen Rechtfertigung urheberrechtsbezogener Ausschlussmacht .....</i>	162
--	-----

I.	Wissenschaftliche Geisteserzeugnisse als öffentliches Gut .....	163
1.	Nichtrivalität und Nichtausschließbarkeit .....	163
2.	Wohlfahrtsverluste durch positive Externalitäten .....	164
a)	Fehlende Aneignungsmöglichkeiten .....	165
b)	Fachverlage und Kopisten .....	166
II.	Urheberrechtsbezogene Ausschlussmacht zwischen Anreiz und Zugang .....	167
1.	Theoretisches Grundmodell .....	168
a)	Kosten-Nutzen-Betrachtung .....	169
b)	Preistheoretische Betrachtung .....	170
2.	Mögliche Einschränkungen des Anreizgedankens im Wissenschaftsbereich .....	171
a)	Mittelbare Rückflüsse vom wissenschaftlichen Publizieren .....	171
b)	Möglichkeit der indirekten Aneignung von Nutzungsvorteilen durch Kopieren .....	173
3.	Mögliche Betonung des Zugangs- und Nutzungsgedankens im Wissenschaftsbereich .....	178
a)	Tragödie der Anti-Allmende .....	178
b)	Die umgekehrte Tragödie der schöpferischen Allmende .....	183
c)	Moderne Wissenschaftsökonomie, kumulative Wissensentstehung und die Bedeutung produktiver Nutzung im Wissenschaftssektor .....	186
III.	Urheberrechtsbezogene Ausschlussmacht und Ressourcenallokation .....	189
1.	Theoretisches Grundmodell: Der Property Rights-Ansatz .....	190
a)	Herkunft und Grundfunktionen .....	190
b)	Coase-Theorem .....	192
c)	Theorie der Verfügungsrechte und Urheberrecht .....	193
d)	Effiziente Ausgestaltung und Zuordnung von Verfügungsrechten .....	193
2.	Einschränkungen nach der »Neuen Institutionenökonomik« .....	195
a)	Beschränkte Rationalität und beschränkte Willensstärke .....	195
b)	Unvollständige Internalisierung externer Effekte .....	197
c)	Unvollständige Markttransparenz .....	199
d)	Die Abwesenheit von Transaktionskosten .....	200
IV.	Zwischenergebnis .....	201

1. Vorzeichenwechsel.....	201
2. Grundsätzliches Festhalten an der Ausschlussmacht .....	202
3. Begründungsdefizite.....	203
<i>D. Lösungsansatz: Ein wettbewerbsorientierter Zugang zur Kommunikationsfunktion des Urheberrechts.....</i>	<i>204</i>
I. Zur Notwendigkeit eines Perspektivenwechsels .....	204
1. Sichtbarkeit und kommunikatives Anliegen .....	205
2. Kommunikatives Anliegen und Zugangsanliegen .....	205
3. Kommunikatives Anliegen, Intermediäre und die Kommunikationspolitik des Urheberrechts .....	207
a) Unterschiedlicher Bedarf an derivativer Ausschlussmacht .....	207
b) Verwendung der Ausschlussmacht durch den Urheber .....	207
c) Verhältnis von Kommunikationsanliegen des Urhebers und Verwertungsanliegen des Verlegers .....	209
4. Wettbewerbsorientierte Kommunikationspolitik des Urheberrechts.....	210
a) Urheberrecht als Ordnungsrecht auf Intermediärebene.....	211
b) Eigentums- versus Wettbewerbslogik.....	212
II. Urheberrechtsbezogene Ausschlussmacht und Wettbewerb .....	213
1. Urheberrechtsschutz und Innovationswettbewerb.....	213
a) Der Mehrebenenansatz als Ausgangspunkt .....	214
b) Innovation im wissenschaftlichen Publikationswesen.....	217
c) Am Beispiel: Das Pressespiegelprivileg .....	224
2. Urheberrechtsschutz und Preis- und Konditionenwettbewerb .....	226
a) Effiziente Ressourcenallokation und die sozialen Kosten eines Monopols .....	226
b) Zur Substituierbarkeit wissenschaftlicher Publikationserzeugnisse.....	229
3. Zwischenergebnis .....	233
III. Konzeption eines Wissenschaftsurheberrechts .....	234
1. Gesetzgebungsziel: Optimale Informationsversorgung .....	234
2. Grundprinzip: Mehrfache Werkvermittlung .....	236
3. Gesetzgebungsprämissen.....	237
a) Schaffung von Freiräumen für alternative Intermediäre.....	237
b) Neutralität gegenüber Technologien und Geschäftsmodellen.....	239



c) Sicherung gemeinfreier Rezeption.....	242
d) Berücksichtigung disziplinspezifischer Unterschiede .....	244
4. Gesetzgeberische Umsetzungstechnik .....	245
a) Verbotsrecht versus Vergütungsanspruch .....	245
b) Konsens und Anwendung auf das Urheberrecht.....	251
c) Urhebervertragsrechtliche Beschränkungen .....	253
5. Synthese: Gesetzlicher Kontrahierungszwang zu aushandelbaren Bedingungen .....	261
a) Ökonomische Erwägungen .....	261
b) Systematische Erwägungen .....	262
Kapitel 5: Rechtspolitische Überlegungen.....	265
A. Bisherige Reformansätze auf dem Gebiet des Urheberrechts .....	265
I. Ansätze auf Ebene der Schutzfähigkeit.....	265
1. Der »Public Access to Science Act« (2003) .....	265
2. Kritische Würdigung .....	267
II. Anbietungspflicht .....	270
1. Der Vorschlag von Pflüger und Ertmann .....	270
2. Kritische Würdigung .....	271
a) Substituierung der Verlegerversion .....	272
b) Zweifelhafte Wettbewerbsstimulierung.....	273
c) Hochschule als Adressat der Anbietungspflicht .....	273
III. Zweitverwertungsrecht.....	274
1. Schrankenlösung .....	274
2. Urhebervertragsrechtliche Lösung .....	275
3. Kritische Würdigung .....	276
a) Sektoraler Regelungsansatz .....	276
b) Neutralität gegenüber Technologien und Geschäftsmodellen.....	276
c) Fehlende Differenzierungsmöglichkeiten .....	277
d) Zusätzliche Einschränkung durch den Bundesrat: Fehlende Zitierfähigkeit.....	277
e) Unzureichende Beschränkung der Preissetzungsfreiheit .....	278
IV. Ablieferungspflicht.....	278

<i>B. Eigener Ansatz</i> .....	279
I. Im Wortlaut: § 38a UrhG de lege ferenda .....	280
II. Erwägungen zu »angemessenen Bedingungen« .....	280
1. Angemessene Gegenleistung .....	281
a) Höhe und Gestaltung der Vergütung .....	281
b) Mögliche Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen alternativen Intermediären: Einsatz von Ramsey-Boiteux-Preisen .....	283
2. Weitere Bedingungen .....	284
a) Karenzzeiten und Formatierung .....	285
b) Gewährleistung indirekter Aneignungsmöglichkeiten .....	285
3. Zusammenfassung: Leitlinien für die Interpretation »angemessener Bedingungen« .....	286
III. Kritische Punkte des Regelungsvorschlags .....	286
1. »Entmachtung« des Urhebers? .....	286
2. Gefährdung der Integrität des Beitrags? .....	288
3. Schlechterstellung deutscher Autoren? .....	290
4. Vorwegnahme kartellrechtlicher Missbrauchskontrolle? .....	290
5. Bedeutungslosigkeit bestehender Zwangslizenzen? .....	293
 Kapitel 6: Übergeordnetes Recht .....	 295
<i>A. Vereinbarkeit mit internationalem Urheberrecht</i> .....	295
I. Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ) .....	295
1. Wissenschaftliche Artikel als Schutzgegenstand .....	296
2. Relevante Ausschließlichkeitsrechte .....	297
3. Beschränkungsmöglichkeiten .....	298
II. Welturheberrechtsabkommen, TRIPs-Agreement, WIPO-Urheberrechtsvertrag .....	299
 <i>B. Vereinbarkeit mit europäischem Recht</i> .....	 301
<i>C. Drei-Stufen-Test</i> .....	304
I. Zur Anwendbarkeit .....	305
II. Teststufe 1: Bestimmter Sonderfall .....	306
III. Teststufe 2: Keine Beeinträchtigung der normalen Werkverwertung .....	308

IV. Teststufe 3: Ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen .....	310
<i>D. Zusammenfassung: Die europa- und konventionenrechtlichen Determinanten .....</i>	<i>313</i>
<i>E. Verfassungsrechtliche Vorgaben .....</i>	<i>314</i>
I. Eigentumsgarantie .....	314
II. Wissenschaftsfreiheit .....	322
III. Sonstige Grundrechtspositionen .....	325
 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen .....	 327
 Literaturverzeichnis .....	 333
Register .....	355