

Alexander von Humboldt-Stiftung
Jean-Paul-Straße 12, 53173 Bonn

**Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina
Nationale Akademie der Wissenschaften**
Emil-Abderhalden-Straße 37, 06108 Halle/Saale

Deutsche Forschungsgemeinschaft
Kennedyallee 40, 53175 Bonn

Deutscher Akademischer Austauschdienst
Kennedyallee 50, 53175 Bonn

Fraunhofer-Gesellschaft
Hansastraße 27 C, 80686 München

Helmholtz-Gemeinschaft Deutscher Forschungszentren
Anna-Louisa-Karsch-Straße 2, 10178 Berlin

Hochschulrektorenkonferenz
Ahrstraße 39, 53175 Bonn

Leibniz-Gemeinschaft
Eduard-Pflüger-Straße 55, 53113 Bonn

Max-Planck-Gesellschaft
Hofgartenstraße 8, 80539 München

Wissenschaftsrat
Brohler Straße 11, 50968 Köln

4. April 2011

Ergänzende Hinweise zu den Desideraten der Allianz der Wissenschaftsorganisationen im Hinblick auf den Dritten Korb UrhG und Entgegnung auf die Argumentation des Börsenvereins des deut- schen Buchhandels

1. Einleitung.....	2
2. Grundproblem im UrhG für den Umgang mit digitaler wissenschaftlicher Literatur.....	2
3. Open Access	3
3.1 Allgemein.....	3
3.2 Grüner und Goldener Weg.....	4
3.3 Haltung der Allianz	5
3.4 Zweitveröffentlichungsrecht	5
3.5 Allianz und Börsenverein in der Debatte um Open Access und das Zweitveröffentlichungsrecht	6
4. Allianz und Börsenverein in der Debatte um den digitalen Kopienversand	8
5. Allianz und Börsenverein in der Debatte um die Digitalisierungsbefugnis der Bibliotheken.....	10
6. Allianz und Börsenverein in der Debatte um den Vorrang technischer Schutzmaßnahmen.....	11

1. Einleitung

Die Allianz hat Frau Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger und einem weiteren Empfängerkreis der Politik in Bund und Ländern mit Schreiben vom 9. Juli 2010 das Papier „Neuregelung des Urheberrechts: Anliegen und Desiderate für einen Dritten Korb“ (Anlage 1) übersandt. Nach Auskunft des Bundesjustizministeriums (BMJ) hat der Börsenverein des deutschen Buchhandels (BOEV) als einziger Interessenverband schriftlich auf die Stellungnahme der Allianz zum „3. Korb“ reagiert. Er hat die Allianz-Stellungnahme ausführlich kommentiert und diese kommentierte Version dem BMJ übermittelt (Anlage 2).

Vor dem Hintergrund dieser aus Sicht der Allianz fragwürdigen Kommentierung zielt der folgende Text darauf ab, noch einmal grundsätzliche Probleme der Wissenschaft mit dem bestehenden Urheberrechtsgesetz (UrhG) zu erläutern, darzustellen, warum Open Access ein zentrales Anliegen der Allianz ist und bleibt, und der Argumentation des BOEV in zentralen Punkten zu widersprechen.

Dabei wird vorerst auf eine eingehende Befassung mit § 52a UrhG und mit dem Vorschlag einer übergreifenden Wissenschaftsschranke (§ 45b) verzichtet. Die weitere Regelung und Entfristung des § 52a UrhG wird das BMJ – entsprechend der Ankündigung der Ministerin – bis zur grundsätzlichen Überprüfung am Ende des Befristungszeitraums (Dezember 2012) verschieben. Die Allianz würde es weiterhin begrüßen, wenn die Schranken für Nutzungen in Bildung und Wissenschaft zusammengefasst würden, um eine Vereinfachung des Urheberrechtsgesetzes zu erreichen.

2. Grundproblem im UrhG für den Umgang mit digitaler wissenschaftlicher Literatur

Der Zugang zu Informationen und Publikationen ist für Forschung und Lehre existenziell. Die neuen technischen Möglichkeiten des Internet eröffnen hier gewaltige Potenziale zur Verbesserung der wissenschaftlichen Arbeit. Zugleich aber gibt es auch und gerade in Gestalt des Urheberrechts eine ernste Behinderung und Bedrohung für die digitale Wissenschaft der Zukunft. Diese auf den ersten Blick irritierende Feststellung wird klar, wenn man die rechtliche Situation von publiziertem Wissen im analogen und digitalen Bereich miteinander vergleicht:

- Im analogen Bereich werden wissenschaftliche Veröffentlichungen in Form von gedruckten Büchern und Zeitschriften als Eigentum erworben. Nach deren Erwerb z.B. durch eine Universitätsbibliothek haben die Rechteinhaber, also insbesondere kommerzielle Verwerter, keinen Einfluss mehr auf deren weitere Nutzung. Auf Grundlage der als Eigentum erworbenen Werkstücke sind vor allem die wissenschaftlichen Bibliotheken in der Lage, publiziertes Wissen stets verfügbar und zugänglich zu halten.
- Die Situation bezüglich der Nutzung elektronischer Ressourcen ist eine grundlegend andere. Die Nutzung publizierter Information vollzieht sich für elektronische Werke überwiegend auf Grundlage eingeräumter Nutzungsrechte oder schuldrechtlicher Gestattungen durch die Rechteinha-

ber. Vertragliche Mindeststandards hierfür gibt es nicht. Vielmehr bestimmen Verlage als Inhaber der Verwertungsrechte in aller Regel ob, wann, zu welchem Zweck, in welcher Form und wie lange die Wissenschaft mit den von ihr selbst produzierten - und von der öffentlichen Hand finanzierten - Publikationen arbeiten darf. Wo sich im nachfrageorientierten Markt der Unterhaltungsmedien längst Modelle durchgesetzt haben, die den Nutzerbedürfnissen nach flexibler orts-, zeit- und medienunabhängiger Nutzung gerecht werden, ist dies im Bereich wissenschaftlicher Publikationen noch nicht der Fall. Auch unzureichende gesetzliche Regelungen – wie z.B. zur Bereitstellung digitaler Kopien von gedruckten Publikationen durch Bibliotheken und Archive – stellen ein Hemmnis für einen zeitgemäßen Zugang zu wissenschaftlicher Literatur in Forschung und Lehre dar.

In der Konsequenz bestimmen nicht mehr die Bibliotheken als Einrichtungen der Wissenschaft, sondern hauptsächlich die Wissenschaftsverlage über Erreichbarkeit und Nutzung der mehr und mehr in elektronischer Form rezipierten Publikationen. Denn die Kontrolle über die Inhalte durch die Verlage ist nach geltendem Urheberrecht vollständig, da es Sache des Verwerter ist, der für die konkrete Publikation ja Monopolanbieter ist, die Nutzungsmodalitäten zu bestimmen. Komplettiert wird diese umfassende Kontrolle durch § 95b Abs. 3 UrhG, der einen absoluten Vorrang technischer Schutzmaßnahmen bei Netzpublikationen für *jede* Schrankennutzung statuiert.

Das Ergebnis ist eine Situation der Unfreiheit, die einen Fremdkörper im bisherigen wissenschaftlichen Arbeitskontext darstellt. Denn die Erreichbarkeit wissenschaftlicher Publikationen wird nicht mehr in einem über viele Jahrzehnte bewährten einheitlichen Nutzungskontext zuverlässiger Informationsversorgung insbesondere durch Bibliotheken sichergestellt, sondern ist immer mehr lizenzrechtlichen Zufallskonstellationen unterworfen.

Eine Möglichkeit, dieser faktischen Unfreiheit entgegenzutreten und eine weitestmögliche Erreichbarkeit und Nutzung von Publikationen zu gewährleisten, ist Open Access.

3. Open Access

3.1 Allgemein

Open Access bezeichnet eine Publikationsstrategie, die Wissen und Information in digitaler Form für jedermann unentgeltlich und ohne technische oder rechtliche Barrieren zugänglich und nachnutzbar macht. Es zielt auf die Verbesserung des Zugangs zu den Ergebnissen öffentlich geförderter Forschung durch die frei zugängliche Online-Bereitstellung von qualitätsgesicherten wissenschaftlichen Textpublikationen und anderen digitalen Objekten wie z. B. Forschungsdaten. Open Access ermöglicht eine rasche Diskussion aktueller Forschungsergebnisse, unterstützt die Interdisziplinarität der Wissenschaft sowie die internationale Zusammenarbeit, erleichtert den Transfer der Ergebnisse in Wirtschaft und Gesellschaft und fördert die Sichtbarkeit der Forschung.

In Bezug auf Open Access existieren einige weit verbreitete Missverständnisse, die nach unserer Einschätzung von Teilen der Verlagswirtschaft auch bewusst lanciert werden. Deshalb soll hier nochmals ausdrücklich festgehalten werden, dass Open-Access-Publikationen den traditionellen Qualitätssicherungsmechanismen wie etwa dem so genannten „Peer Review“ unterliegen. Somit sind Open-Access-Publikationen keineswegs eine Art „Billigpublikation zweiter Klasse“.

3.2 Grüner und Goldener Weg

Open Access wird durch zwei komplementäre Wege umgesetzt:

- Unter dem *Goldenen Weg* des Open Access wird die qualitätsgeprüfte Erstveröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen in einem elektronischen Medium (z. B. einer Zeitschrift) verstanden, das gemäß einem Open-Access-Geschäftsmodell organisiert ist. Open-Access-Publikationen unterliegen den gleichen Maßstäben des „Peer Review“ wie traditionelle Publikationen. Die Geschäftsmodelle des Goldenen Weges verlagern die Finanzierung: Forschungsorganisationen und Forschungsförderer stellen ebenso wie Autoren aus ihren Forschungsbudgets Mittel dafür bereit, um die Produktion und Verbreitung einer Veröffentlichung mit Hilfe so genannter Publikationsgebühren zu finanzieren. Eine Vielzahl von Open-Access-Zeitschriften wird von wissenschaftlichen Gesellschaften und ähnlichen Organisationen herausgegeben und finanziert. Bei diesen Zeitschriften werden meist keine Publikationsgebühren erhoben. Februar 2011 existieren weltweit etwa 6.200 Open-Access-Zeitschriften.

Darüber hinaus betreiben viele Wissenschaftsverlage so genannte hybride Open-Access-Modelle: Bei der Publikation in einer subskriptionspflichtigen und somit nicht frei zugänglichen Zeitschrift kann ein einzelner Artikel durch Zahlung einer zusätzlichen Publikationsgebühr Open Access publiziert werden.

- Der so genannte *Grüne Weg* bezeichnet die Bereitstellung bereits erschienener Verlagspublikationen und anderer Objekte in digitalen Repositorien (frei zugängliche Online-Archive). Während institutionelle Repositorien die Publikationen einzelner Wissenschaftseinrichtungen abbilden, enthalten disziplinäre Repositorien die Veröffentlichungen einer gesamten Forschungsrichtung. Institutionelle Repositorien unterstützen die Sichtbarkeit der Forschung unter der „Marke“ einer Institution. Im Februar 2011 existieren weltweit mehr als 1.800 institutionelle Repositorien. Die überwiegende Mehrheit der Wissenschaftsverlage gestattet eine, eventuell zeitverzögerte, Publikation wenigstens der Autoren- bzw. Manuskriptversion eines Artikels in Repositorien. Diese Politik vieler Verlage findet sich jedoch regelmäßig nicht in den Bestimmungen der Autorenverträge wieder. Die Frage, ob eine konkrete Publikation nach Ablauf einer bestimmten Frist nochmals verbreitet werden kann, ist daher in jedem Einzelfall fachgerecht zu prüfen und ist, mit großem Aufwand verbunden. Kann die fachgerechte Prüfung nicht gewährleistet werden, bewegen sich wissenschaftliche Autoren bezüglich der Umsetzung des Grünen Wegs in einer rechtlich nicht abschließend geklärten Situation. Das ist unbefriedigend und behindert die Umsetzung von

Open Access in Deutschland. Zudem führt die Beschränkung der digitalen Zweitveröffentlichung in Repositorien auf eine Autoren- bzw. Manuskriptversion dazu, dass sie nicht zitierfähig, d.h. für die wissenschaftliche Nutzung nur eingeschränkt brauchbar ist.

3.3 Haltung der Allianz

Durch die Unterzeichnung der „Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“ im Jahr 2003 haben die deutschen Wissenschaftsorganisationen ihr Anliegen formuliert, die neuen Möglichkeiten der digitalen Kommunikation für die wissenschaftliche Kommunikation zu fördern und sie einer möglichst breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Serviceorientierte und nutzerfreundliche Dienste und Infrastrukturen können die Akzeptanz von Open Access verbessern. In diesem Sinne unterstützen die Partner in der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen Open Access auf vielfältige Weise. In der 2008 gestarteten Schwerpunktinitiative „Digitale Information“ der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen findet eine abgestimmte Umsetzung von Open Access statt.

3.4 Zweitveröffentlichungsrecht

Ein wichtiger Baustein zur weiteren Förderung von Open Access ist unserer Auffassung nach die Aufnahme eines vertraglich nicht abdingbaren Zweitveröffentlichungsrechts für wissenschaftliche Autoren in das Urheberrechtsgesetz. Eine solche Regelung ermöglicht die weitere Verbreitung und somit größere Sichtbarkeit von aus öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungsergebnissen, wovon Gesellschaft, Wissenschaft und Wirtschaft profitieren.

Aus der Perspektive der meisten wissenschaftlichen Autoren besteht im Rahmen der Veröffentlichung ihrer wissenschaftlichen Werke – insbesondere ihrer Zeitschriftenartikel – die Vertragsfreiheit nur auf dem Papier. Der Druck, in bestimmten Organen zu publizieren, ist so hoch, dass die Angst vor einer möglichen Ablehnung des eingereichten Manuskripts zum Verzicht auf Vertragsverhandlungen und insbesondere zum Verzicht auf Verhandlungen über sekundäre Nutzungsrechte führt. Diese Situation wird durch die Verbreitung der elektronischen Einreichung der Manuskripte noch verschärft. Hier werden die Verträge durch „Mausklicks“ geschlossen. Änderungsmöglichkeiten sind nicht vorgesehen. Nur die gesetzliche Verankerung eines unabdingbaren Zweitveröffentlichungsrechts standardisiert und erleichtert die Durchsetzung des Anspruchs der Autoren, ihr Recht gegenüber – in aller Regel wirtschaftlich stärkeren – Partnern der Erstveröffentlichung durchzusetzen.

3.5 Allianz und Börsenverein in der Debatte um Open Access und das Zweitveröffentlichungsrecht

Der Börsenverein des deutschen Buchhandels (BOEV) setzt dem Vorschlag der Allianz, im novellierten Urheberrecht in § 38 UrhG ein unabdingbares Zweitveröffentlichungsrecht zu verankern, Widerstand entgegen. In Bezug auf Open Access argumentiert der BOEV im Wesentlichen damit, dass die von der Allianz vorgeschlagene gesetzliche Regelung nicht nötig sei, weil Autoren sich bereits heute für eine Veröffentlichung im Open Access entscheiden könnten **(a)**. Des Weiteren befürchtet der BOEV wirtschaftliche Verluste für seine Mitglieder **(b)**. Schließlich führt der BOEV rechtssystematische Gründe ins Feld, die den Vorschlag der Allianz als nicht praktikabel erscheinen lassen sollen **(c)**. Die im Einzelnen vorgetragenen Argumente des BOEV sind insgesamt nicht stichhaltig.

Zu (a) Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung:

- Die Behauptung des BOEV, dass Autoren schon heute die Möglichkeit hätten, sich frei für eine Open-Access-Publikation zu entscheiden (Anlage 2, S. 7), ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Obwohl eine immer größere Zahl von Verlagen Open-Access-Optionen anbietet, sind solche Optionen gerade bei klein- und mittelständischen deutschen Verlagen bislang nicht weit verbreitet. Eine Recherche auf den Internet-Seiten deutscher Verlage belegt dies. Wissenschaftler wählen ihre Publikationsorgane nach Renommee und Reputation aus. Gibt es keine im Fach vergleichbar angesehenen Zeitschriften mit Open-Access-Option, müssen Wissenschaftler somit in vorhandenen Subskriptionszeitschriften publizieren, die teilweise aufgrund ihres langjährigen Bestehens einen Ansehensvorsprung genießen. In diesem Fall ist die nachträgliche Bereitstellung von so erscheinenden Aufsätzen über Repositorien also die einzige Möglichkeit für die Autoren, in digitalen Arbeitsumgebungen umfassend sichtbar zu sein.
- Die große Mehrzahl der etablierten wissenschaftlichen Fachzeitschriften finanziert sich durch Subskriptionsgebühren. Ein nicht unerheblicher Anteil dieser Zeitschriften ermöglicht nach dem Modell des „hybriden Open Access“ für einzelne Artikel den Open- Access-Status zu erwerben. Diese Option wird bislang kaum genutzt, da die Zeitschrift aufgrund der Tatsache, dass nicht alle Artikel Open Access angeboten werden, weiterhin abonniert werden muss. Daraus ergibt sich aus Sicht der Wissenschaftsorganisationen eine doppelte Vergütung für den Artikel.
- Die unbestrittene Bedeutung hoch reputierter Zeitschriften und ihrer qualitätssichernden Verfahren für wissenschaftliche Autoren lässt auch die weitere Argumentation des BOEV ins Leere laufen, wenn er sagt, dass die Autoren ihre Beiträge ja verlagsunabhängig unmittelbar über Hochschulserver/Repositorien verbreiten könnten, wenn sie im Open Access publizieren wollten (Anlage 2, S. 7). Wissenschaftliche Publikationen müssen notwendig eine Qualitätsprüfung durchlaufen, um in der Scientific Community anerkannt zu werden. Zwar kann man diesen Prozess grundsätzlich auch ohne Verlage organisieren, wie es zum Beispiel reine Open-Access-Zeitschriften ohne Verlagsanbindung tun. Bei Repositorien ist ein solcher Prozess jedoch nicht implementiert. Die Allianz der Wissenschaftsorganisationen empfiehlt diesen alternativ aufge-

zeigten Weg einer ausschließlichen Publikation in Repositorien ohne Qualitätssicherung daher bewusst nicht.

Zu (b) Furcht vor wirtschaftlichen Verlusten der Verlage

- Der BOEV behauptet, die Amortisation wissenschaftlicher Zeitschriften sei nicht mehr möglich, wenn Aufsätze nach einer sechsmonatigen Sperrfrist frei zugänglich würden. Ein Hinweis darauf, dass viele Aufsätze noch nach Jahren über Dokumentliefersdienste bestellt werden, soll dies belegen (Anlage 2, S. 8). Diese Behauptung ist nicht unmittelbar nachvollziehbar, denn Zeitschriften werden über Subskriptionen, nicht jedoch über Erlöse aus der Dokumentlieferung refinanziert. Mit einer Sperrfrist von sechs Monaten kann genau diese Refinanzierungsmöglichkeit geschützt werden. Bibliotheken werden Zeitschriften künftig weder zeitverzögert bereitstellen können, da Nutzer erwarten, unmittelbar nach Erscheinen auf die Inhalte zugreifen zu können, noch werden Bibliotheken Zeitschriften abbestellen können, da über ein unabdingbares Zweitveröffentlichungsrecht allenfalls ein Teil der insgesamt publizierten Artikel – nämlich nur Artikel von Autoren, die ihre Beiträge in Repositorien einpflegen *wollen* – im Open Access bereitgestellt wird.
- Der BOEV beklagt des Weiteren, dass Verlagsleistungen für Layout und verlagsseitig produzierte Mehrwerte nicht kompensiert werden, wenn die Bereitstellung über Repositorien formatgleich erfolge (Anlage 2, S. 7). Hinter diesem Vorwurf steht zum einen die – unausgesprochene – Forderung nach einem Leistungsschutzrecht für Verleger, denn das bloße Layout eines wissenschaftlichen Aufsatzes ist urheberrechtlich nicht geschützt. Da Autoren in aller Regel die vom Verlag bereitgestellten Formatvorlagen verwenden müssen, kann zudem die Frage aufgeworfen werden, welche Leistung ein Verlag für das Layout tatsächlich erbringen muss. Zum anderen insinuiert die Argumentation des BOEV, dass die verlagsseitig erzeugten Mehrwerte auch für die Open-Access-Fassung eines Artikels verfügbar seien. Das ist allerdings nicht der Fall, denn Mehrwerte wie z.B. eine komfortable Navigation können nur über die Website des Verlags, nicht aber über das Repository, in das eine Publikation im Open Access bereitgestellt wird, genutzt werden. Dieser Umstand erklärt auch, dass das eigentliche Verlagsangebot vor allem dann, wenn es eine innovative Forschungsumgebung mit Mehrwert bietet, trotz frei verfügbarer Aufsätze weiterhin für eine Lizenzierung durch Bibliotheken attraktiv bleiben wird.
- Schließlich führt der BOEV an, dass die gesetzliche Unterstützung des Grünen Wegs ruinöse Auswirkungen auch auf Verlage haben werde, die originäre Open-Access-Angebote (Goldener Weg) unterbreiten (Anlage 2, S. 7). Dieser Hinweis kann schon deshalb nicht überzeugen, weil der Goldene Weg stets die Möglichkeit einschließt, Artikel auch in Open Access Repositorien einzustellen. Zudem ergibt sich die Attraktivität verlagsseitiger Open-Access-Zeitschriften aus deren steigendem Impact. Mit einer Veröffentlichung in Open-Access-Zeitschriften spart sich ein Autor die zusätzlichen Aufwände, die für die nachträgliche Bereitstellung seines Beitrags in einem Repository immer anfallen. Deshalb kommt die Möglichkeit, direkt in einer Open-Access-Zeitschrift zu publizieren, dem Wunsch des Autors, mit möglichst geringem Aufwand maximalen

Impact und maximale Sichtbarkeit zu erreichen, besonders entgegen. Eine ernsthafte Konkurrenz für den Goldenen Weg ist somit von einer rechtlichen Absicherung des Grünen Weges nicht zu erwarten.

Zu (c) Rechtssystematische Einordnung

- Nach Ansicht des Börsenvereins sei der Vorschlag der Allianz als Schrankenregelung anzusehen, weil dieser „Wissenschaftler darin beschränke, unbefristete ausschließliche Rechte für die Veröffentlichung seiner Werke zu vergeben“. Eine derartige Schrankenregelung sei nicht mit der EU-Informationsrichtlinie vereinbar (Anlage 2, S. 10). Auch dieser Behauptung muss widersprochen werden. Eine urheberrechtliche Schrankenregelung schränkt die Rechte des Urhebers zugunsten der Nutzer seiner Werke ein. Mit dem Vorschlag der Allianz werden allerdings den Autoren als Urhebern, nicht jedoch den Nutzern ihrer Werke Rechte zugebilligt. Insofern ist die Verortung des Vorschlags im Urhebervertragsrecht (§ 38 UrhG) vollauf gerechtfertigt. Eine Unvereinbarkeit mit der europäischen Rahmengesetzgebung besteht somit nicht.

4. Allianz und Börsenverein in der Debatte um den digitalen Kopienversand

Der BOEV ist der Auffassung, dass Deutschland im Bereich elektronischer Dokumentlieferdienste mit der Regelung des § 53a UrhG und ihrer Ergänzung durch Lizenzverträge der Verlage und der VG Wort mit den großen Anbietern im Bibliotheksbereich über eine vorbildliche und vorbildlich funktionierende Regelung verfüge (Anlage 2, S. 6). Die 2008 in Kraft getretene neue Regelung zum Kopienversand erreicht das vom Börsenverein behauptete Ziel, einen schnellen und wirtschaftlich arbeitenden Kopienversanddienst der öffentlichen Bibliotheken zu gewährleisten, jedoch in keiner Weise. Wie die Erfahrungen in deutschen Wissenschaftseinrichtungen und ihren Bibliotheken seit Anfang 2008 zeigen, führen die den elektronischen Kopienversand beschränkenden Bedingungen des § 53a UrhG zu so großen Unsicherheiten bei den Adressaten der Vorschrift, den Bibliotheken, dass in vielen Fällen auf die Anwendung der Schrankenregelung gleich ganz verzichtet wird. Ein digitaler Kopienversand durch Bibliotheken findet praktisch nicht mehr statt. Bibliotheken liefern stattdessen bestellte Kopien nur noch per Post und Fax oder lassen sich auf nachteilige Lizenzverträge mit Verlagen ein. Faktisch kann das geltende Recht dazu führen, dass Kunden, die regelmäßig auf Dokumentenlieferungen angewiesen sind, auf ausländische Anbieter ausweichen. Insbesondere die in § 53a Abs.1 Satz 3 UrhG verankerte Nachweispflicht für Bibliotheken, dass ein „offensichtliches“ und „angemessenes“ digitales Angebot eines Verlags nicht besteht, verhindert einen wirtschaftlichen und dem digitalen Zeitalter angemessenen Kopienversand der öffentlichen Bibliotheken. Hierzu sei erläutert:

- Das Merkmal der Offensichtlichkeit soll der Erleichterung der Arbeit der Bibliotheken bei der Recherche nach Parallelangeboten von Rechteinhabern dienen. Wenn Bibliotheken vor der Versendung einer jeden elektronischen Kopie Nachforschungen anstellen müssen, kann der elektronische Kopienversand wegen des unverhältnismäßigen Aufwandes schon aus Kostengründen nicht aufrechterhalten werden. In der Begründung des Gesetzentwurfes für den „2. Korb“ beruft

sich die Bundesregierung (BT-Drs.16/1828, S.27) auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1999 (Urteil vom 25.2.1999, Az. I ZR 118/96 – „Kopienversanddienst“), in dem das Gericht auf die Notwendigkeit eines schnell funktionierenden und wirtschaftlich arbeitenden Informationswesens verweist. Schnelligkeit und Wirtschaftlichkeit des Dienstes können aber nicht gewährleistet werden, wenn Bibliotheken hinsichtlich einzelner Voraussetzungen der sie privilegierenden Schrankenregelung unsicher sind und daher in jedem Einzelfall eine intensive und regelmäßig aufwändige Prüfung des Sachverhalts vornehmen müssen. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages sieht das Merkmal „Offensichtlichkeit“ als erfüllt an, wenn die Publikation in einem zentralen, kooperativ gepflegten Nachweisinstrument auffindbar ist (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, des Bundestages, BT-Drs. 16/3959, S. 45). Ein solcher Nachweis existiert zwar in der Elektronischen Zeitschriftenbibliothek“ (<http://ezb.uni-regensburg.de>). Jedoch ist die Datengrundlage unvollständig und damit für die Prüfung der Offensichtlichkeit nicht tragfähig, da insbesondere die Nachweise ausländischer Zeitschriften und deren Kopienangebote fehlen, weil die Verlage ihre Daten nicht zur Verfügung stellen. Die EZB enthält höchstens 5% Nachweise des weltweiten Angebots.

- Die Auslegung des Merkmals der Angemessenheit ist weiterhin unklar und kann daher von den Bibliotheken nicht sicher vorgenommen werden. In der Regierungsbegründung wird auf die Legaldefinition der „Angemessenheit“ in § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG verwiesen. Danach *„ist die Vergütung angemessen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit,...unter Berücksichtigung aller Umstände, üblicher- und redlicherweise zu leisten ist“*. Diese Definition ist für die sichere und zügige Rechtsanwendung in einer Bibliothek ungeeignet (vgl. Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Aufl., § 53a Rn. 36). Eine Einzelfallprüfung würde wegen des damit verbundenen Aufwands erstens unweigerlich zur Unwirtschaftlichkeit und damit dem Stopp des Kopienversands führen. Zweitens bilden sich die Preise für Angebote der Rechteinhaber am Markt, die „Redlichkeit“ kann daher im Rahmen der urheberrechtlichen Regelungen – zumal von einem im Kopienversand eingesetzten Bibliothekar des mittleren Dienstes – im Einzelfall wohl kaum abschließend bewertet werden. Das Problem einer wettbewerbswidrigen Preisbildung durch Missbrauch von Marktmacht ist ohnehin keine urheber-, sondern eine kartellrechtliche Frage.

Gerade die sogenannten „Subito-Verträge“ zwischen dem Kopienversanddienst Subito e.V. und Verlagen beweisen die elementaren Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung von § 53a UrhG. Subito e.V. hat nämlich vorsichtshalber für *alle* elektronischen Lieferungen eine Lizenz mit den Rechteinhabern abgeschlossen – also auch für solche Lieferungen, die unter die Schrankenregelung des § 53a UrhG fallen. Dies läuft dem Sinn der Vorschrift, einen rechtssicheren und schnellen digitalen Kopienversand durch Bibliotheken auf gesetzlicher Grundlage zu ermöglichen, zuwider.¹ Die von Subito un-

¹ Außerdem muss ernsthaft bezweifelt werden, dass durch solche Verträge ein Verlag Nutzungsrechte zum Kopienversand (Vervielfältigungsrecht) auf Subito übertragen kann. Grund hierfür ist, dass die Verlage im Regelfall gar nicht Inhaber des für den Kopienversand notwendigen Nutzungsrechts sind oder jedenfalls von den Autoren

terzeichneten Verträge sind daher im deutschen Bibliothekswesen massiv kritisiert worden (vgl. Bibliotheksdienst 2008, Heft 10, S. 1060-1070) und bieten nach Ansicht der Allianz den besten Beweis dafür, dass die Regelung urheberrechtlicher Sachverhalte nicht systematisch auf die Ausgestaltung privatrechtlicher (Lizenz-)Verträge verlagert werden darf.

Damit läuft auch die am Beispiel des Kopienversands aufgestellte Behauptung des BOEV ins Leere, ein Vorrang von vertraglichen Regelungen gegenüber gesetzlichen Lizenzen sei zumindest bei bestimmten Fallkonstellationen sachlich und durch Verfassungs- und Europarecht geboten. Die Allianz ist dagegen der Auffassung, dass es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers ist, die Schranken und Ausnahmen im Urheberrecht in einer Art und Weise festzulegen, dass die Informationsbedürfnisse der Gesellschaft im Bereich Bildung und Wissenschaft befriedigt werden. Wenn diese grundlegenden Bedürfnisse auf der Basis des Gesetzes faktisch nicht ausreichend erfüllt werden können, sollte der Gesetzgeber die notwendigen Korrekturen vornehmen. Lücken im UrhG - wie das Zweitveröffentlichungsrecht - können, wie oben aufgezeigt, nicht von Wissenschaftseinrichtungen und ihren Bibliotheken durch Lizenzverträge mit den Rechteinhabern/Verlagen geschlossen werden. Die Position der Vertragsparteien ist im Bereich der digitalen wissensbestimmten Wirtschaft viel zu ungleich, um ausgewogene Verträge zu ermöglichen.

5. Allianz und Börsenverein in der Debatte um die Digitalisierungsbefugnis der Bibliotheken

Der BOEV will auch in § 52b einen Vorrang von Verlagsangeboten vor autonomen Digitalisaten aus dem Bestand der Bibliotheken verankern. Er behauptet, die Digitalisierungskompetenz der Bibliotheken und Archive gehe in diesem Paragraphen bereits zu weit. Dies führe dazu, dass andernfalls bestehende Anreize für Verlage, entsprechende E-Books zur Verfügung zu stellen, verloren gingen. Für vergriffene Werke werde hingegen künftig der Bestand der geplanten Deutschen Digitalen Bibliothek (DDB) ausreichen. (Vgl. Anlage 2, S. 4f.)

Diese Forderungen und Behauptungen des BOEV treffen jedoch nicht den Bedarf der Wissenschaft: Für Forschung und Lehre von großer Bedeutung ist die Möglichkeit, Auszüge aus bereits erworbenen, gedruckten Werken in Lehr- und Lernplattformen und virtuellen Forschungsumgebungen digital zur Verfügung zu stellen. Hier kann nicht allein den Verlagen die Initiative überlassen werden. An vielen Hochschulen erfolgt die Bereitstellung von Unterrichtsmaterialien für alle Fächer bereits digital, so dass Auszüge aus analogen Publikationen zeitnah digital reproduziert werden müssen. Die zeitliche

gar kein Recht zur Unterlizenzierung des Kopienversanddienstes eingeräumt bekommen haben. Davon ganz abgesehen entzieht die (Unter)Lizenzierung von Subito durch die Verlage den Autoren die Möglichkeit zur angemessenen Beteiligung, die durch die Einnahmen aus der Vergütungspauschale durch die VG Wort gewährleistet werden sollte. Die Autoren können nur direkte Ansprüche aus § 32a Abs.2 UrhG gegen Subito geltend machen. Der Schutz des kreativ tätigen Autors wird durch die Subito-Verträge fast vollständig negiert (vgl. Harald Müller: Erneut Aufregung um SUBITO-Kopienversand. / 1. März 2009).

Dimension der relevanten Publikationen erstreckt sich dabei - nicht nur in den Geisteswissenschaften - über viele Jahrzehnte, so dass der Rückgriff auf evtl. vorhandene digitale Ausgaben neuerer Werke nicht ausreichend ist. Gerade bei älterer, aber noch urheberrechtlich geschützter Literatur werden von Verlagen aus rechtlichen (Fehlen der Rechtsinhaberschaft), aber auch aus wirtschaftlichen Gründen keine elektronischen Angebote gemacht. Aber auch vorhandene digitale Verlagsprodukte können nur eingeschränkt genutzt werden, da diese häufig mit einem Kopierschutz versehen sind, der die auszugswise Nutzung überhaupt nicht ermöglicht. Ein Ausbau des Subito-Dienstes zur Bereitstellung von Inhalten auf digitalen Lehr- und Lernplattformen und in digitalen Forschungsumgebungen würde jedoch bedeuten, noch einmal eine Infrastruktur mit hohen Kosten aufzubauen, die lokal an den Bibliotheken bereits vorhanden ist, geht es doch in vielen Fällen um die auszugswise Digitalisierung gedruckter, lokaler Magazinbestände und nicht um den Erwerb zusätzlicher Publikationen. Um diese Lücke auf Basis des bereits erworbenen Bibliotheksbestandes zu befriedigen, ist es unabdingbar, durch eine Entfristung von § 52a UrhG Bibliotheken in die Lage zu versetzen, bereits vorhandene Standardtechnologien wie Kopierer und Scanner gleichberechtigt zur Vervielfältigung einzusetzen, wobei - wie bislang - ein finanzieller Ausgleich mit den Verwertern gefunden werden muss. Der Wissenschaft hier keine wenigstens subsidiäre Digitalisierungsbefugnis einzuräumen, bedeutete, dass nicht die Wissenschaft, sondern die Verlage entscheiden, ob Lehre und Forschung in zeitgemäßer digitaler Form erfolgen kann. Ein wissenschaftsfreundliches Urheberrecht sollte den Entscheidungsvorrang der Wissenschaft über Inhalt und Form von Forschung und Lehre zu achten.

6. Allianz und Börsenverein in der Debatte um den Vorrang technischer Schutzmaßnahmen

Der BOEV behauptet, dass ihm keine Probleme im Zusammenhang mit den Schrankenregelungen widersprechenden technischen Schutzmaßnahmen bekannt seien (Anlage 2, S. 12). Fakt ist jedoch, dass Schutzmaßnahmen wie Digital Rights Management-Systeme z.B. eine adäquate Nutzung der von Subito gelieferten Dokumente und vielfach auch der von Verlagen oder Aggregatoren lizenzierten elektronischen Publikationen behindern. Im Falle von Subito können Dokumentlieferungen nur für einen sehr kurzen Zeitraum überhaupt (digital) genutzt werden und der Nutzer ist gezwungen, das gelieferte Dokument auszudrucken und selbst analog zu archivieren. Das weitere Arbeiten mit der digitalen Publikation - und sei es nur das lokale Speichern für die Zeit, in der das Dokument in Forschung und Lehre benötigt wird - ist damit unmöglich. Ähnliches gilt für digitale Verlagsangebote, die eine reine Online-Nutzung der erworbenen oder lizenzierten Publikationen vorsehen, also keine Möglichkeit bieten, die Publikationen lokal zu speichern und dort z.B. mit Anmerkungen zu versehen. Durch die fehlende Möglichkeit zur lokalen Vorhaltung dieser Dokumente wird es Bibliotheken unmöglich, den Bestandserhalt der von ihnen erworbenen Publikationen gegenüber ihren Nutzern zu garantieren und eine Nutzung ohne permanente Medienbrüche zu gewährleisten.

Anlage 1 Allianz Stellungnahme vom 9. Juli 2010: „Neuregelung des Urheberrechts: Anliegen und Desiderate für einen Dritten Korb“

Anlage 2 Stellungnahme des Börsenverein des deutschen Buchhandels zum Allianz Papier vom 9. Juli 2010