

Roland Reuß / Volker Rieble

**Autorschaft als
Werkherrschaft**

in digitaler Zeit

15. Juli 2009
Symposium Frankfurt

Roland Reuß / Volker Rieble · Autorschaft
als Werkherrschaft in digitaler Zeit

Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit

**herausgegeben von
Roland Reuß und Volker Rieble**

**Symposium Frankfurt
15. Juli 2009**

Vittorio Klostermann

Inhalt

Vorwort 7

Roland Reuß

Autorverantwortung und Text 9

Hans Dieter Beck

Verlagsfunktionen und Open Access 21

Volker Rieble

Autorenfreiheit und Publikationszwang 29

Burkhard Hess

Das Google Book Search Settlement

Gefahr einer weltweiten Amerikanisierung und Monopolisierung
des Urheberrechts? 67

Zu den Beiträgern 91

Vorwort

Google digitalisiert Bücher, ohne deren Autoren zu fragen. Großforschungseinrichtungen und zunehmend auch Universitäten drängen ihre Wissenschaftler, Publikationen möglichst schnell »ins Netz« zu stellen, für jeden abrufbar. Dafür wird vorgebracht, daß es der Öffentlichkeit nicht zuzumuten sei, für Wissenschaft zweimal zu bezahlen – einmal auf der Produktionsseite durch Entlohnung und Förderung der Wissenschaftler und ein zweites Mal als Konsument der Verlagserzeugnisse.

Die Diskussion ist auf beschämende Weise ökonomisch ausgerichtet: Gefragt wird nach Kosten, Erträgen und »Geschäftsmodellen«. Im Hintergrund steht die Vorstellung von Wissenschaft als Ware. Der Autor als Subjekt hingegen kommt nicht vor. Sein Urheberrecht soll durch neue Verwertungsrechte kupiert werden – zugunsten einer kollektiven Vergütung im urheberrechtlichen *business model*. Öffentlich fordert die »Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen« sogar den Gesetzgeber auf, das Urheberrecht wissenschaftlicher Autoren zu beschränken. Der vergemeinschaftende Fremdzugriff bedroht das Recht des Autors auf kommunikative Selbstbestimmung, er bedroht die individuelle Wissenschafts- und Publikationsfreiheit.

Um die individuelle Freiheit des Autors – der selbst entscheiden darf und muß, ob er körperlos im Netz publiziert und wo und wie das geschieht – sorgt sich der HEIDELBERGER APPELL (publiziert unter www.textkritik.de/urheberrecht). Seine Veröffentlichung im März 2009 hat eine breite nationale und internationale Diskussion ausgelöst. Unter der Schirmherrschaft der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* haben das Institut für Textkritik und der Verlag Vittorio Klostermann am 15. Juli 2009 diese Frage in einer wissenschaftlichen Tagung erörtert.

Dieses Buch gibt die Vorträge der Frankfurter Tagung in klassischer Form wieder; zugleich erscheint eine digitale Version unter www.klostermann.de/autorschaft. Herausgeber und Autoren hoffen auf eine intensive Diskussion.

Roland Reuß

Volker Rieble

Roland Reuß Autorverantwortung und Text

Das Urheberrecht hat zwei Komponenten, eine persönlichkeitsrechtliche und eine verwertungsrechtliche. Vornehmlich die »Netz«-Öffentlichkeit (die *community*) neigt dazu, sich bei ihren Beiträgen zum Thema ausschließlich auf den verwertungsrechtlichen Aspekt zu beschränken. Diese Verkürzung des Blickwinkels hat verschiedene Ursachen. Der Druck, den die angelsächsische Vorstellung vom *copyright* (mit ihrer Ausklammerung des Persönlichkeitsrechts) auf den kontinentaleuropäischen und speziell den deutschen Rechtsbereich ausübt, spielt hier ebenso herein, wie die in den letzten Jahren zu konstatierende allgemeine Respektlosigkeit der sogenannten Konsumenten gegenüber den spezifischen Bedingungen individueller geistiger Produktion. Die Orientierung von allem und jedem ausschließlich an ökonomischen Interessen (vornehmlich natürlich an den eigenen) tut ihr Übriges, um eine Sichtweise zu etablieren, die sich, paradox genug, durch einen hedonistischen und zugleich anti-individualistischen Furor auszeichnet, der leicht ins Kannibalistische abgleiten kann.

Das Resultat ist eine sehr spezielle Einsichtslosigkeit in die Notwendigkeit jener vom Gesetz garantierten Freiheitsräume, die Wissenschaft und Kultur wie der Mensch die Luft zum Atmen brauchen. Daß in dieser Situation, in der der einzelne Autor es ohnedies schon schwer genug hat, sein verbrieftes Recht durchzusetzen, politisch nicht vordringlich daran gearbeitet wird, den Individualrechten national und international Geltung zu verschaffen, sondern im Gegenteil populistische politische Bewegungen, der deutsche Bibliotheksverband, große wissenschaftsfördernde Einrichtungen und neoliberale Juristen (deren Aura von der Wirtschaftskrise doch merklich lädiert ist) das Urheberrecht mit weiteren Schranken versehen wollen, ist, aus der Sicht der Autoren, zynisch.

Es ist aber auch, wie ich im folgenden darlegen möchte, im Blick auf die Interessen der Allgemeinheit kurzfristig und unvernünftig. Um den Gesichtspunkt, aus dem heraus der Heidelberger Appell verfaßt worden ist, möglichst deutlich hervortreten zu lassen, klammere ich hier das vermögensrechtliche Moment – es ist terminologisch in den Begriff »geistiges Eigentum« eingetragen worden – im Urheberrecht aus. Ich konzentriere mich ganz auf die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte.

I

Es existieren zwei wirkungsmächtige Vorstellungen, nach denen in der Tradition das persönliche Verhältnis von Autor und Werk gedacht worden ist. Die eine, uns heute etwas ferner stehende, begegnet erstmals im 52. Epigramm (Buch I) des römischen Dichters MARTIAL (40–104),¹ und es ist bezeichnend, daß dieses Vorstellungsschema gleich an einem Urheberrechtskonflikt entwickelt wurde. MARTIALS *alter ego* sieht in besagtem Gedicht seine Werke als freigelassene Sklaven des Autors, die von einem anderen *poeta* widerrechtlich wieder eingefangen wurden und nun in dessen Haus arbeiten müssen.

Um die Konstellation angemessen verstehen zu können, ist es nützlich zu wissen, daß die Freilassung eines Sklaven, die *manumissio*, kein privater, sondern zugleich ein öffentlicher Akt war, zu dessen Vollzug die Mitwirkung eines Prätors notwendig war. Der Sklave wurde in dessen Anwesenheit auf dem Forum vom Herrn bei der rechten Hand einmal im Kreis herumgeführt (*circumagere*) und erst hierdurch erlangte er rechtliche Freiheit.² Der andere Schriftsteller konnte, mit anderen Worten, sich nicht so leicht darauf hinausreden, er habe nichts von der Freilassung der Sklaven gewußt. Daß er sich die offiziell Freigelassenen gewaltsam dienstbar gemacht hat, macht ihn, mit den drastischen Worten von MARTIALS Epigramm zum

1 M. Valerius MARTIALIS, *Epigramme*. Lateinisch-deutsch. Hrsg. u. übers. v. Paul Barié und Winfried Schindler (Düsseldorf, Zürich 2002), 70f.

2 SENECA, *Epistulae morales ad Lucilium*, lib. I, VIII 7. Epiktet, *Gespräche*, II 1, 26f. Cf. hierzu Michel FOUCAULT, *Hermeneutik des Subjekts*. Vorlesungen am Collège de France (1981/82) (Frankfurt am Main 2004), 268.

›Menschenräuber‹, zum *plagiarius*. Tatsächlich betritt genau mit dem neunten Vers des 52. Epigramms der Begriff des Plagiats die Bühne der europäischen Rechtsgeschichte.

Die intelligente Metapher *MARTIALIS* unterstreicht, daß mit dem illegalen Übergriff nicht nur der Wille des ursprünglich Freilassenden, sondern auch der des Freigelassenen verletzt wird. Der Übergriff ist auch ein Eingriff in den spirituellen Gehalt des Werks selbst. Von Anfang an sind demnach hier nicht nur Fragen der Verwertung, sondern auch der Autonomie des Produzenten und der Integrität des Produktes, das er vorlegt, ins Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt.

Dreht sich dieses erste Vorstellungsschema vornehmlich um die Frage, wie die widerrechtliche Aneignung eines geistigen Produktes nach vollzogener Publikation zu denken und dann auch zu bestrafen ist (neben dem Einschreiten des Staats auch durch öffentlich wahrnehmbare Scham, *pudor*³),⁴ so kreist die zweite traditionelle Vorstellung konkreter um die Verantwortung, die der Autor für sein Werk trägt, bevor und nachdem er es in die Öffentlichkeit entläßt. Die zugrundeliegende Analogie ist die von Eltern und Kind.⁵ Ihr möchte

3 »inpones plagiario pudorem« (*MARTIAL, Epigramme, I 52, v. 9*).

4 Das hat Schule gemacht. In einer im Journal von und für Deutschland 1786 gedruckten Anzeige hat der Verleger Georg Joachim GÖSCHEN anläßlich der von ihm verlegten ersten Gesamtausgabe der Werke GOETHEs die »Herren Nachdrucker« folgendermaßen angeredet: »Ich kann es mir zwar leicht vorstellen, daß die hier angekündigten Werke auch eine ganz artige Spekulation für Sie seyn werden; allein erlauben Sie mir doch, meine Herren, Ihnen, ehe Sie zum Werk schreiten, die Versicherung zu geben, daß ich auch schon ganz artige Maasregeln gegen Sie genommen habe, und Muth genug besitze mit Aufopferung meines ganzen Vortheils Ihre Hoffnungen zu Wasser zu machen, wenn Sie mich in meinem rechtmäßigen Erwerbe durch Ihre unrechtmäßige Industrie zu stören gedenken. Besitzen Sie noch einigen guten Namen in der Welt, so heben Sie ihn gewiß durch eine solche Unternehmung gänzlich auf. Sie sollen so blamirt werden, daß Ihr eigenes Weib, Ihr eigenes Kind Sie mit Verachtung ansehen und kein ehrlicher Mann mit Ihnen aus einem Krüge trinken soll.« (*Journal von und für Deutschland 3* [1786], 577f.)

5 Eugen ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht* (Berlin, Heidelberg, New York 31980), 111. Cf. aber schon KLEMENS VON ALEXANDRIA, *Stromateis*, I 1, 2: »Wie aber Kinder die Abkömmlinge des Leibes sind, so sind die Bücher die Abkömmlinge der Seele«. (Übers. v. Franz OVERBECK).

ich mich nun vornehmlich zuwenden, weil sie mir am geeignetsten erscheint, die derzeit durch populistisches Dröhnen und schlichtes Alles-Gleich-Und-Umsonst-Haben-Wollen verstellten, an sich sehr einfachen Sachverhalte zu beleuchten.

Zunächst trägt die Vorstellung, das Werk sei als Kind des Autors vorzustellen, zwei Tatsachen Rechnung, die bei den auf die Vorstellung vom Eigentum codierten Diskursen immer zu kurz kommen.

Erstens: Es gibt ein geistiges und sittliches Band zwischen Autor und Werk, das als Wert höher steht als jede Ökonomie und Verwertbarkeit. Wer einmal ein Buch geschrieben hat, wird wissen, daß die entscheidende Primärmotivation die ist, der Sache, mit der man sich beschäftigt, gerecht zu werden, und nicht primär der Gedanke, Geld mit ihr zu verdienen. Es gibt keine schöpferische Arbeit, die nicht diesen Sachbezug in den Mittelpunkt ihrer Aufmerksamkeit versammelt. Früher hatte diese Einstellung noch einen vollen Namen: *Hingabe*.

Zweitens: Das Produkt der geistigen Tätigkeit macht sich, ist es einmal in der Welt, nach und nach zwar von seinem Urheber selbständig – es soll nach dem Willen des Autors eine Wirkung entfalten. Die Auswahl der Kontexte der anfänglichen Wirkungsgeschichte liegt allerdings durchaus – und gerade um dieser zu erzielenden Wirkung willen – noch im Verantwortungsbereich des Autors.⁶ Das Werk entspringt dem Kopf des Urhebers eben nicht wie Pallas Athene dem Haupt des Zeus, gleich erwachsen und in voller Rüstung. Es ist schutzbedürftig, und jeder Autor kann Hilfe bei dessen sorgsamer Betreuung gut gebrauchen.

Im Falle der Erziehung eines Kindes schaut man sich daher den Kindergarten und seine Leitung sehr genau an. In der Sorge um die weitere Entwicklung des Kindes trifft man etwa eine Entscheidung für einen katholischen, einen evangelischen oder einen nicht konfessionsgebundenen Kindergarten – oder man behält das Kind eben zuhause. Dasselbe gilt analog für spätere, ebenfalls souveräne Entscheidungen, die Wahl der weiterführenden Schule bis hin zur endgültigen Freilassung des Kindes in die Selbständigkeit. Die Sorge der Eltern endet, mit anderen Worten, nicht mit der Geburt des Kindes.⁷ Man trifft, nach genauester Abwägung, persönliche und unab-

6 Bei *Google* gelistet zu werden, zählt noch keineswegs zur Wirkung.

7 Historisch betrachtet, sind einzig kulturell und wissenschaftlich so unfruchtbare Staaten wie Sparta auf die Idee gekommen, Kinder sehr früh aus ihren Familien zu lösen.

trebare Beschlüsse im Blick auf diejenigen Personen und Institutionen, die einem am besten dazu geeignet erscheinen, das Kind in seiner Entwicklung voranzubringen.

Im verantwortungsvollen Umgang mit dem Werk erfüllen, *idealerweise*, diese helfenden Funktionen die Verlage. Der Autor sucht sich mit dem Verlagszusammenhang zugleich den primären Kontext aus, in dem sein Produkt wahrgenommen werden und seine Wirkung entfalten kann. Bei einem angesehenen Verlag zu publizieren, heißt eben ganz etwas anderes als im undurchschaubaren *ranking* einer Suchmaschine weit oben zu stehen und so, mit einem an sehr niedere Instinkte (Eitelkeit, Ruhmsucht etc.) appellierenden Lieblingsschlagwort der Digitalisierungseuphoriker, »sichtbar« zu werden.

Bin ich Jurist, spielt es eine große Rolle, ob ich bei *Beck*, *Mohr-Siebeck* oder *Klostermann* publiziere oder aber bei einem Verlag, der keine große Reputation in meinem Fachbereich hat. Bin ich Literaturwissenschaftler, ist es nicht gleichgültig, ob ich bei *Niemeyer*, *Rombach*, *Metzler* oder bei *S. Fischer* oder *Subrkamp* publiziere. Zugleich übernimmt der von mir gewählte Verlag mit dem Risiko einen Teil meiner Verantwortung für das Werk, ersichtlich etwa dann, wenn Urheberrechtsbrüche zu ahnden oder Plagiate zu verfolgen sind und jeder einzelne Autor sowohl materiell als auch psychisch überfordert wäre, den langwierigen und mit Risiken verbundenen Rechtsweg einzuschlagen.

Jeder Versuch, auf dieses vertrauensvolle und schützenswerte Verhältnis zwischen Verlag und Autor von außen einen dirigistischen Einfluß zu nehmen, zeichnet deshalb zugleich auch immer Brutalität gegenüber dem Faktum der innigen Beziehung zwischen Urheber und Produkt einer geistigen Schöpfung aus. Ein solcher dirigistischer Einfluß liegt bereits dann vor, wenn, wie im Rahmen der »Exzellenzinitiative« nunmehr gängige Praxis, für den Antrag eines Druckkostenzuschusses zur Publikation einer herausragenden Dissertation ausdrücklich ein, man bedenke dieses Wort: »Motivations schreiben mit der Begründung für die Bewerbung sowie eine Darlegung der inhaltlichen und/oder formalen Gründe, die gegen eine elektronische Publikation sprechen«,⁸ gefordert wird. Auch wenn strukturell »nur« ermuntert wird, nach dem *open-access*-Modell zu

8 <http://www.graduateacademy.uni-heidelberg.de/stipendien/druckkosten.html> [15.7.2009]

publizieren, wie in Papieren der »Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen« neuerdings zu lesen, hört sich das stark nach staatlich geförderter Regulierung an.

Vollends ist der Rubikon überschritten in Richtlinien wie denen der DFG zur Förderung bzw. Unterstützung wissenschaftlicher Fachzeitschriften, in denen klipp und klar gefordert wird – nicht etwa, daß dort innovative Forschung sich niederschlägt, sondern daß die Zeitschriften den *open-access*-Imperativen der DFG sich beugen. Hier wird nicht mehr nur »ermuntert« (was immer das bei der Abhängigkeit der Forschung von Drittmitteln überhaupt heißen kann). Die Machtworte lauten »müssen« und »sind verpflichtet«.⁹

Die Vorstellung, man solle als Wissenschaftler alle seine Publikationen möglichst ohne Verlagsbeziehung (die stört rechtlich nur) und möglichst sofort nach ihrer Fertigstellung – darauf laufen entgegen allen Beschwichtigungen die immer noch nicht zurückgenommenen Forderungen der »Allianz« hinaus – in ein sogenanntes *Repositoryum* (*vulgo*: ein Unterverzeichnis auf einem Netzwerkrechner) eines Universitäts*servers* einspielen, gemahnt dagegen an die diktatorische Aufforderung, seine Kinder im nächstbesten Stadion (bekanntlich gibt es dort viel und billigen Platz!) abzuliefern, wo sie eingepfercht mit Zehntausenden Schicksalsgenossen der Kontrolle anonymen Aufseher unterworfen sind, sich um ihr weiteres Fortkommen aber niemand mehr kümmert. Ein Autor, der genötigt wird, sich einem solchen Verfahren zu unterwerfen, hat sich damit einverstanden erklärt, seine Kinder zu verstoßen.

Jede öffentlich finanzierte Strukturmaßnahme, die dazu anhält (durch Druck, nun ja, »ermuntert«), rasch auf Universitäts*servern* zu publizieren, minimiert die Chance, auch bei einem normalen Verlag veröffentlichen zu können. Kein Verleger wird unter regulären Bedingungen an der Publikation eines solchen Naherwartungsdigitalisats Geschmack finden. *Ergo*: Der Autor findet keinen Verlag mehr, der Verlag keinen Autor – und *à la longue* würde diese fatale Zwickmühle den Tod der wissenschaftlichen Verlagsbranche und des pluralistischen Publizierens bedeuten. Das aber wäre nicht nur abstrakt eine gravierende Einschränkung von Freiheitsspielräumen: Mein Vertrauen in die Gremien von Hochschulen und forschungsfördernden Einrichtungen – vor allem bei politisch brisanten The-

9 http://www.dfg.de/forschungsfoerderung/formulare/download/12_17.pdf [15. 7. 2009]

men – ist nicht so groß, als daß es nicht in meinem Interesse läge, auf einen Verlag zurückgreifen zu können, der es mir erlaubte, politisch mißliebige Artikel auch separat von einem Bibliotheksserver publizieren und für sie öffentlich werben zu können. Etwa solche über die bisherige *open-access*-Politik der »Allianz«.

In diesem Zusammenhang verblüfft es, die außerordentliche Phantasielosigkeit der *masterplaner* digitaler Offensiven zu beobachten. Es mangelt hier offenbar nicht nur an historischer Bildung. Die ganze Konzeption krankt vor allem daran, daß das geschichts- und politikferne Produzieren naturwissenschaftlicher Papiere als stillschweigender Standard diktiert werden soll, dem sich alles andere zu unterwerfen hat – ohne daß von den Verantwortlichen dieser auch nur ansatzweise die Folgen solcher Totalisierungen zu reflektieren. Gewiß wird kein vom Verfassungsschutz beobachteter *server* Tabelle 37 eines avancierten mathematischen Kalküls auf seine *website* hochladen. Aber wer schritte eigentlich dagegen ein, wenn eine unter *open-access*-Bedingungen publizierte Monographie zur Geschichte des Rechtsradikalismus in der Bundesrepublik Deutschland sich, mit Beleidigungen und Denunziationen versehen, auf einem solchen *server* fände – in einem Kontext, den der Autor niemals verantwortet hätte und dies möglicherweise noch in überarbeiteter Form? Eine Universitätsbibliothek? Die Rechtsabteilung einer Universität? Justiziare der DFG oder der Max-Planck-Institute? Keine Vorstellung scheint mir in Kenntnis der realen Verhältnisse irrealer. Muß ich so etwas als Autor dann einfach dulden oder allein und ohne die Solidarität, ohne die Ressourcen eines Verlages ein Verfahren einleiten? Ist das die niederschmetternde Auskunft, die einem staatliche Stellen dann nach Zerschlagung der wissenschaftlichen Verlagsszene geben würden?

II

Es kann, aus ethischen Gründen, die heute gerne als veraltet denunziert werden, ein Autor etwas dagegen haben, sein Werk auf einer durch Werbeeinnahmen finanzierten Plattform wiederzufinden (weil das schon an sich etwas Herabziehendes hat). Vielleicht hat sein Widerwille sogar Gründe, die in der Sache, mit der er sich in seinem Text beschäftigt hat, selbst liegen. Problematisch wäre es jedenfalls, wenn ich beispielsweise eine Kritik der niveausenkenden Auswirkungen des Privatfernsehens ausgerechnet auf einer Seite fände, die

sich nach haargenau demselben Prinzip wie das Privatfernsehen finanziert. Die Integrität meiner Arbeit wäre durch den Kontext und die Konnotationen, die er mit sich führt, im Kern beschädigt – und um das zu verhindern, muß gewährleistet und auch tatsächlich durchzusetzen sein, daß eine solche Publikation nicht ohne mein Einverständnis vorgenommen werden kann. Wenn – einfach, weil die technischen Möglichkeiten existieren – Inhalte ungefragt irgendwo hochgeladen werden, berührt das nicht nur einen Eigentumsachverhalt, sondern rückwirkend auch die Essenz geistigen Arbeitens.

Von hier aus, eben aus dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsaspekts im Urheberrecht, ist dann auch die *GoogleBook-Search* in jenem Bereich anzugreifen, der in der Regel als eher harmlos betrachtet wird, der Indexierung und dem sogenannten *snippet-view*. Bekanntlich hat *Google* – ohne Rücksprache mit den Rechteinhabern – auch massenhaft neuere Bücher außerhalb des (hier unproblematischen) Partnerschaftsprogramms eingescannt und mit *OCR-software* in Klartext zurückverwandelt. Schon dieser technische Vorgang ist ein eindeutiger Verstoß gegen geltendes europäisches Recht. Die vorgenommene Weiterverarbeitung von rechtlich geschütztem Drucktext ist nach ihm genauso ausgeschlossen wie dessen graphische Reproduktion.

Für den Autor (und seinen Verlag) ist freilich nicht nur von Bedeutung, daß nicht gefragt worden ist (es ist nicht einfach nur ein Rechtsbruch im Hinblick auf das Verwertungsrecht), sondern vor allem, daß die über die Klartextsuche erreichbaren Schnipsel (wie sie verharmlosend genannt werden) auch ihrem Textzusammenhang nach *vollständig unautorisiert* sind, diese Worte hier in ihrem Vollsinn verstanden. Da die Qualitätskontrolle der *Googleschen* Retrodigitalisierung deplorabel ist und kein Autor Einblick in die Zuverlässigkeit der *OCR*-Ergebnisse hat, tritt des öfteren die Situation ein, daß etwas nicht gefunden werden kann, obwohl es im zugrundeliegenden autorisierten Text geschrieben stand. Das Werk wird hierdurch amputiert.

Dieses Schicksal trifft beileibe nicht nur komplizierte Handschriftentranskriptionen (wo es auf jedes Komma ankommt), nicht nur solche diffizilen Sachen wie mathematische oder chemische Formeln, sondern auch einfache (möglicherweise gleichwohl folgenreiche) Aussagesätze, die der unautorisierten Klartexterstellung zum Opfer gefallen sind. Gerade wenn – wie die Propheten des papierlosen Lesens das immer wieder behaupten – das *Internet* ein zentrales

Relais für den (wie es so schön heißt:) *Zugriff* auf Inhalte ist, heißt das, daß ich hier letztlich als Autor für eine Textgestalt haftbar gemacht werde, die ich niemals in dieser Form autorisiert habe. Damit geht aber zugleich mit der Autorfunktion auch jede Form von Verantwortlichkeit verloren, ohne die geistige Arbeit schlechterdings keine Grundlage hat. Eine im großen Maßstab veranstaltete Publikation von Texten, die der Urheber niemals autorisiert hat, ist eine Straftat gigantischen Ausmaßes; sie als Organ der Rechtspflege auch nur zu tolerieren *de facto* Unterlassung. Bedenkt man, daß das verantwortliche Autorsubjekt (und nicht etwa irgendein Rezipient, sei dies auch die Öffentlichkeit überhaupt) seit der Aufklärung in jedem Staat das Paradigma und den Index dafür abgibt, wie weit Freiheitsrechte tatsächlich realisiert sind, erblickt man hinter den Urheberrechtsbrüchen im *Internet* einen Abgrund ochlokratischer Begierden, die mit dem Autorsubjekt am liebsten das Individuum auch noch gleich mitabschaffen würden.

III

Es sind letztlich nicht etwa technische, sondern ausschließlich ökonomische Motive, die dazu geführt haben, daß in den letzten Jahren genuine Autorenrechte zunehmend mißachtet werden. *Open access* etwa ist keine Befreiungsbewegung (mögen sich dessen Verfechter meinetwegen auch unter dem Clubnamen einer »Bewegung« zusammenschließen), und auch nicht so etwas wie entfesselte basisdemokratische und breitenwirksame Darlegung von Forschungsergebnissen, sondern der verzweifelte Befreiungsschlag einer unterfinanzierten Bibliotheksszene, die die von Monopolisten diktierten Abonnementspreise naturwissenschaftlicher Fachzeitschriften nicht mehr bezahlen konnte und nun versucht, auf sehr krummem und abschüssigem Wege Kosten zu dämpfen.

Das Ziel der Kostendämpfung selbst ist legitim, nicht jedoch, es durch Abbau von Individualrechten und eine schon Ideologiestatus ausbildende Frontstellung gegen die deutsche Verlagsszene erreichen zu wollen, anstatt die wenigen international agierenden Übeltäter öffentlich und d. h. auch politisch zu attackieren. Die Stellungnahme des Bibliotheksverbands zum dritten Korb der Urheberrechtsnovellierung ist in dieser Hinsicht ein absoluter Tiefpunkt. Sie wird die Bibliotheken noch weiter von Autoren und Verlagen dissoziieren.

In der momentanen Situation paktieren diese fehlgeleiteten Vorstöße mit einer anderen Richtung, nennen wir sie die kommunitaristische. Sofern diese sich im »Netz« prominent Gehör verschafft, kann man rasch erkennen, daß auch hier hinter den Refrains der gängigen *shanties* (meine Lieblingszeile aus einem Kommentar zum HEIDELBERGER APPELL im Netz: »Die sind verrückt, ich will alles umsonst und ungehemmt *usen* können«) krude ökonomische Interessen stehen. Die meisten der vielbeschworenen ›Geschäftsmodelle« im *Internet* funktionieren nun einmal nur dann, wenn man sich über Autorenrechte brachial hinwegsetzen kann. Und man bedient sich der angefütterten Netzsüchtigen, um unter Hinweis auf deren Konsumgewohnheiten politisch Druck machen zu können.

Besonders deplaziert ist es dabei, Autoren, die sich der Herausarbeitung ihrer Sache zeitaufwendig, hingebungs- und verantwortungsvoll widmen, gemeinsam mit ihren Verlagen als Mitglieder einer *content-mafia* zu denunzieren (so das hirnrissige Schlagwort, das gerade in der *community* im Schwange ist), bloß weil Autoren und Verlage nicht umsonst liefern, was die, mit Paul CELAN zu reden, »euphorisierten Zeitlupenchöre« der Netznomaden gerne einstreichen (*vulgo*: kostenlos herunterladen) würden. Die Geschäftsmodelljodler, die aus dem Netz sich derart verlautbaren lassen, haben die Stimmen von Eunuchen, die, selbst zwar unfruchtbar, ein unstillbar großes Interesse daran haben, mit der Arbeit anderer Geld zu verdienen. *Content-DJs*. Legitimität begründet sich freilich anders als durchs reine Habenwollen.

IV

Es gibt eine neuerdings in Mode gekommene Richtung des Nachdenkens über den zugrundeliegenden Sachverhalt, die, ausgerechnet heute, sich aufgerufen fühlt, die Rechte der Allgemeinheit gegenüber dem Recht des Individuums in der Urheberrechtsfrage auszubauen. Der ganze – zum Scheitern verurteilte – Versuch, zu *open-access*-Publikationen zu nötigen, steht und fällt mit dieser Vorstellung. Sie ist im Kern falsch, denn eine nüchterne Analyse kann nur ergeben, daß es sowohl volkswirtschaftlich als auch gesellschaftlich einzig sinnvoll ist, die Rechte des produktiven Individuums gegenüber seiner zunehmenden Entrechtung zu stärken, nicht etwa zu schwächen. Der hier häufig ins Feld geführte Gedanke von der Sozialbindung des Eigentums (er soll Eingriffe in Freiheitsrechte rechtfertigen)

krankt daran, daß er diese Sozialbindung als eine Einbahnstraße denkt und übersieht, daß man zunächst einmal optimale Bedingungen dafür schaffen muß, damit ein solcher Gegenstand, genannt geistiges Eigentum, überhaupt entstehen kann. Und die sind klarerweise dann nicht gegeben, wenn die individuellen Urheber von Unableitbarem (Urheber eben) nicht zunächst in ihrem Eigensinn respektiert und geschützt werden.

Die intrinsische Motivation, die in der auf die Sache bezogenen Arbeit liegt, muß, soll die Produktion von Ideen in diesem Land gefördert werden, mit allen nur erdenklichen Mitteln gestützt, nicht gegängelt werden. Selbstbewußte und freiheitsliebende Individuen reagieren mit Verweigerung und Lustlosigkeit auf Vorschriften, die Einschränkung ihrer Publikationsfreiheit betreffend. Es ist einigermaßen absurd, von Erwachsenen – in einem Land zumal, von dem Politiker immer wieder sagen, daß die Phantasie und Kreativität ihrer Künstler und Wissenschaftler sein einziger Rohstoff sei – kulturelle oder wissenschaftliche Höchstleistungen zu verlangen, gleichzeitig sie aber für so lenkungsbedürftig zu halten, daß man sich anmaßt, ihnen den Publikationsort vorzuschreiben. Und nicht nur absurd, sondern zudem fahrlässig ist es, die produktiv wertschöpfenden Autoren den *plagiatores* im *Internet* – mögen sie nun *Google* oder *scribd.com* oder *Youtube* oder sonstwie heißen – als leichte Beute schutzlos zu überlassen.

Wegen des Ausmaßes, den der ganze Skandal, die Eingriffe in die Autorisationskraft des Autors und die Produktion geistiger Güter mittlerweile angenommen hat, ist es unmöglich, das Ganze als etwas anzusehen, das allein durch zivilrechtliche Mittel zu kurieren wäre. Der mir noch in der Erinnerung gegenwärtige Fall der Benjamin-Raubdrucke in den siebziger Jahren machte zwingend das Einschreiten der Staatsanwaltschaft erforderlich. Um wie viel mehr die Tatbestände, mit denen wir es hier zu tun haben. Es ist klar, kein Politiker möchte gerne als ratlos dastehen (wie das faktisch bedauerlicherweise der Fall ist), aber es wäre doch hilfreicher und auch respektablenötiger, sich hartnäckig, Schritt für Schritt, für eine nationale und internationale Respektierung der geltenden Rechtslage mit allen gebotenen Mitteln der Rechtspflege einzusetzen, als unentwegt den Autoren und Verlagen die Entwicklung neuer (ein letztes Mal dieses Unwort) ›Geschäftsmodelle‹ anzuraten – als seien Bücher nach ähnlichen Mustern zu vermarkten wie Popmusik und als stelle sich das Problem der Strafverfolgung dann gar nicht mehr. Diese Ausflucht ist ein Offenbarungseid der Rechtskultur.

Die Richtung, an der festgehalten und in der fortgeschritten werden muß, hat HEGEL schon in der nüchternen Anmerkung zu § 69 seiner Rechtsphilosophie vorgegeben: »Die bloß negative, aber allererste Beförderung der Wissenschaften und Künste ist, diejenigen, die darin arbeiten, gegen Diebstahl zu sichern und ihnen den Schutz ihres Eigentums angedeihen zu lassen; wie die allererste und wichtigste Beförderung des Handels und der Industrie war, sie gegen die Räuberei auf den Landstraßen sicherzustellen.«¹⁰ Daran läßt sich, *Internethype* hin oder her, auch heute noch festhalten.

10 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 69, Anm., in: Werke in 20 Bänden, hrsg. v. Eva Moldenhauer u. Karl Markus Michel (Frankfurt am Main 1970), VII 147f.

Hans Dieter Beck Verlagsfunktionen und Open Access

Der Verlag C. H. Beck, den ich zusammen mit meinem Bruder Wolfgang Beck betreibe, ist bekannt für seine juristische Literatur und darf sich auf diesem Felde in Deutschland als Marktführer bezeichnen. Er beschäftigt sich außerdem mit geisteswissenschaftlicher und kulturbezogener Literatur, wobei historische Werke eine besondere Rolle spielen. Das Thema *open access* hat vor allem für unseren juristischen Verlag eine herausragende Bedeutung. Das rechtliche Schrifttum hat sich als affin zur Computerwelt gezeigt. Die Rechtsanwendung durch Behörden, Gerichte und Anwälte stützt sich heute auf eine schier unübersehbare Zahl von Einzeldokumenten, die aus dem Bereich der Gesetzgebung, aus der Rechtsprechung aller Arten von Gerichten und aus privaten Stellungnahmen in der Form von Aufsätzen, Büchern usw. stammen. Zur leichteren Auffindung sind deshalb schon seit einigen Jahrzehnten, vor allem in den USA, juristische Datenbanken gegründet worden, die inzwischen ständig in ihrem Umfang gewachsen sind. Sie werden heute über das Internet abgefragt und stellen im Einzelfall die relevanten Dokumente zur Verfügung. Der Beck Verlag darf sich inzwischen schon als erfahrener Player beim Betrieb einer juristischen Datenbank ansehen. Er hat nämlich zur Jahrtausendwende *beck online* gegründet, welches heute schon in einem beachtlichen Umfang von fachlichen Nutzern, wie Rechtsanwälten, Gerichten, Unternehmungen und Behörden, genutzt wird.

1. Aber nicht davon soll ich heute zu Ihnen sprechen, sondern von den Funktionen des Verlegers im Angesicht der Bewegung des *open access*. *Open access* bedeutet ja wohl die Forderung, wissenschaftliche Daten und Informationen sollten im Internet für jeden kostenlos frei verfügbar sein.

Open access: Lassen Sie mich zunächst einmal den Alptraum aus-

malen, alle unsere Beck'schen Verlagswerke stünden frei im Internet, für jeden dort studierbar, natürlich auch ausdrückbar, jeder klickte nach Vergnügen und keiner zahlte einen Cent Vergütung dafür. Dann müßte ich mich schleunigst um einen Sozialplan für unsere mehr als 500 Verlagsmitarbeiter kümmern. Mit einigen altmodischen Juristen, die dennoch in die Buchhandlung gehen, um den *Palandt* zu erwerben und sich ein bißchen umzusehen, könnte ich nach wie vor rechnen, aber der Beck Verlag, wie er heute lebt und wirkt, wäre sicher auf einen Zwerg zurückgeschrumpft und täte vielleicht gut daran, sich einem der neuen Riesen im Internet zum Kauf anzubieten. Der soeben geschilderte GAU – herbeigeführt zum Beispiel durch einen urheberrechtlichen Enteignungsakt staatlicherseits oder eine auf uns zurollende noch höhere *Google*-Lawine – wirft die Frage auf, wozu wissenschaftliche Verleger eigentlich nützlich sind und welche Funktion sie in der heute stark vom Internet beeinflussten Welt erfüllen können. Lassen Sie mich das anhand der mir besonders vertrauten juristischen Verlagsaktivität betrachten und dann anschließend auch einen Blick auf die geisteswissenschaftlichen Werke und ihre besonderen Daseinsbedingungen werfen.

2. Der Beck Verlag hat sich immer zum Ziel gesetzt, möglichst lückenlos in allen Sparten der Rechtswissenschaft, z. B. Zivilrecht, Verwaltungsrecht, Strafrecht usw., zu publizieren und dabei alle typischen Formen der Publikation, wie z. B. Gesetzestexte, Kommentare, gebietsübergreifende Handbücher, Lehrbücher für Studenten und auch Zeitschriften, abzudecken. Damit ist der Verlag bemüht, ein geordnetes System an unterstützender Information für die gesamte Rechtspraxis und möglichst auch für die Rechtswissenschaft darzubieten. Um dieses geschlossene System an Literatur zu erreichen, hat sich der Verlag seit dem 2. Weltkrieg immer weniger auf Autorenangebote verlassen; er ist vielmehr aktiv und mit bestimmten Vorstellungen auf Herausgeber und Verfasser zugegangen, um seine Absichten bezüglich Inhalt, Erscheinen, Umfang und Preis nach Möglichkeit zu verwirklichen. Diese Inhaltsvorstellungen wurden im engen Zusammenhang mit den Marktbeobachtungen und -bedürfnissen entwickelt. Die Beck'schen Kurzkommentare zum Beispiel sollten einerseits so preiswert sein, daß sie in großer Anzahl von den Gerichten und den Anwälten angeschafft würden, und sie sollten doch die Materie so im Detail kommentieren und mit Fundstellen belegen, daß sie auch für die vertiefte Arbeit der Obergerichte genühten. Der günstige Preis sollte es außerdem ermöglichen, das Werk anlässlich der häufig vorkommenden Gesetzesnovellierungen

immer wieder in neuer Auflage anzuschaffen. Bei der Ausbildung sollte die einheitlich konzipierte Reihe der Beck'schen »juristischen Kurzlehrbücher« eine Alternative für die von Auflage zu Auflage immer »dicker« gewordenen Großlehrbücher bieten, und so ging es weiter. Bei weit mehr als der Hälfte der Bücher hat der Verlag die Autoren gesucht und nicht umgekehrt. Die juristischen Zeitschriften wurden nur auf Initiative des Verlages nach einheitlichen Grundsätzen konzipiert, und es wurden dafür die erforderlichen Herausgeber, Schriftleiter und dann auch Autoren in freien Vertragsverhältnissen herangezogen.

Ich will nun keineswegs für uns in Anspruch nehmen, daß nur der Beck Verlag als der Großarchitekt der Rechtsliteratur so aktiv war. Auch andere juristische Verlage haben ähnlich geplant und haben entweder in der Breite Kommentar- oder Lehrbuchreihen aufgestellt, oder sie haben für einzelne Sachgebiete, wie z. B. Arbeitsrecht, gewerblicher Rechtsschutz, Steuerrecht, Programme entwickelt. Sie sind damit in Wettbewerb mit dem Beck Verlag und auch untereinander getreten, einen Wettbewerb, der sich sowohl auf einzelne Werke bezieht als auch auf das gesamte Sachgebietsprogramm (mit seiner eventuell spezielleren Abnehmerschaft). Dieser Wettbewerb hat vor allem die bestmögliche Qualität und Marktanpassung im Auge; es geht um die Lückenlosigkeit, um die Tiefe und natürlich auch um die Aktualität der jeweiligen Darstellungen. Es geht des weiteren um die Autorität und das Renomme, das einzelne Herausgeber und Autoren genießen, die danach streben, mit ihren Konzeptionen eine führende Stellung in der Juristenwelt zu erlangen. Die Verlage betätigen sich dabei sowohl als Organisatoren wie auch als Motivatoren, die Lektorate greifen immer wieder ordnend und bessernd in die Autorentexte ein, und die häufig unter Zeitdruck stehenden Verfasser sind fast immer dafür dankbar. In vielen Fällen ist der Verlag als Oberredaktor unverzichtbar, um überhaupt ein brauchbares Werk entstehen zu lassen.

Festzuhalten bleibt, daß der Wettbewerb unter den Verlagen entscheidend zu einer vielfältigen und reichen Literaturentwicklung beiträgt. Der Wille der miteinander wetteifernden Verlage, wichtige Positionen im Literaturmarkt zu besetzen, schafft den Autoren vielfältige Möglichkeiten, ihre Publikationsabsichten zu verwirklichen und in der Verlagswelt unterzubringen. Eine Aktivität der Verlage regt die Autoren in ihrem literarischen Schaffen an. Die staatliche Kulturpolitik, die Bestandteile des Urheberrechts auf öffentliche Institutionen wie Bibliothekssysteme übertragen möchte und damit

die Vitalität der Verlage schwächt, schlägt negativ auf die Schaffensmöglichkeiten der Autoren zurück.

3. Damit wir nicht nur von Juristerei sprechen, lassen Sie mich Ihnen auch ein paar Erfahrungen aus der geisteswissenschaftlichen Publikationswelt des Beck Verlages mitteilen. Eine bemerkenswerte Beobachtung ist, daß deutlich mehr als 50 % aller Verlagswerke auch hier nicht auf Autoreninitiative, sondern auf Anregungen des Verlages zurückgehen. Kulturwissenschaftliche Autoren sind häufig keine Meister in der Beurteilung, welche Themen eigentlich das Publikum zum aktuellen Zeitpunkt besonders interessieren. Darin hat ein Verlag so manche Erfahrungen. Denn er erinnert sich, welche Werke früher einmal ihren Weg gemacht haben und welche auf der Strecke geblieben sind. Deshalb sind den Autoren die Vorschläge des Verlegers willkommen. Die wissenschaftliche Arbeit an den Universitäten und den Forschungsinstituten bringt, worüber auch die Autoren klagen, besondere Formen der Betriebsblindheit mit sich. Als Bindeglied zur Öffentlichkeit kann der Verlag mit seinen Lektoren den Einfallsreichtum der Autoren unterstützen. Umfangreiche Werke rufen nach Verfasser-teams. Die Organisation obliegt dann in vielen Fällen dem Verleger.

Die Aktivitäten und Leistungen der Verleger konzentrieren sich aber nicht nur, wie vorstehend umrissen, auf die Entstehungsphase der Texte oder Informationen, sondern manifestieren sich anschließend in der Betreuung der Drucklegung und dann noch mehr im Vertrieb, wo es darum geht, den Werken ein Publikum zu erschließen. Hier tut der Verleger im eigenen und im Interesse des Autors mittels seiner Marketingabteilung durch Streuung von Werbemitteln und durch Öffentlichkeitsarbeit für den Autor und sein Werk sein Bestes.

4. Kommen wir nun an dieser Stelle noch einmal zurück auf den *open access*: Wie würde die Verlagslandschaft aussehen, wenn staatliche Stellen ein System von Internetservern errichtet und die wissenschaftlichen Autoren durch gesetzgeberische Maßnahmen dazu gebracht hätten, ihre Werke dort abzulegen und kostenfrei dem Publikum zur Verfügung zu stellen? Dann entfele für ein breites Publikum der Anlaß zum Kauf des Fachbuchs oder der Zeitschrift. Es gäbe einen großen Einbruch in die Produktion der Verlage. Speziellere Werke könnten überhaupt nicht mehr zum Druck gelangen, weil die entsprechende Nachfrage fehlte, und gefragtere Werke erschienen in geringeren Druckauflagen als bisher und würden sich deshalb verteuern, was wiederum zu Auflagenreduktion und weite-

rer Verteuerung führt. Damit wären eine drastische Schrumpfung der wissenschaftlichen Verlage und deren Aktivitäten vorgezeichnet. Der Wettbewerb zwischen den Verlagen würde geringer, die anregende Aktivität der Verlage in Richtung Autoren erlahmte und diese fänden für ihre Publikationspläne immer weniger aufnahmebereite Verlage. Die Druckerzeugnisse verringerten sich in ihrer Menge und Vielfalt, die traditionelle Verlagswelt hätte einen vermutlich recht beachtlichen Teil ihrer Publikationsleistung an ein staatliches Internetsystem abgegeben.

5. Man kann sich nicht vorstellen, daß dies den Autoren und der Wissenschaft zum Vorteil gereichen würde. Die Autoren erbringen höchstpersönliche geistige Leistungen und wollen dafür vom Publikum anerkannt werden. Der Autor sähe sich im Internet eingliedert in eine massenhafte Ansammlung von Publikationen unterschiedlichster Qualität. Es fehlen die bisher in den Verlagen verwirklichten Programmgliederungen, und die bisherigen Hilfen beim Findungsprozeß zwischen Autor und Leser funktionieren nicht mehr. Es fehlt die Hierarchisierung der Werke unter Qualitäts Gesichtspunkten und es fehlen die Verbesserungen der Verlagslektoren. Vermutlich sind die Texte auf den Datenverbundsystemen auch nicht so strukturiert, daß sie elektronisch gut auffindbar wären.

Eine höhere Qualität würde dann nur mit erheblichen zusätzlichen Aufwendungen erreicht werden können. Die Texte müßten alle erforderlichen Befehle und Links enthalten, damit sie gut gefunden werden könnten und der Darstellung und der Qualität eines gut redigierten und gesetzten Buches nahe kämen. Um dieses Ziel zu erreichen, wären nicht bibliothekarische Systeme, sondern die wissenschaftlichen Verlage selbst berufen, weil sie den Buchherstellungsprozeß so gestalten können, daß die zusätzlichen Befehle und Markierungen kostensparend mit anfallen und außerdem der Autor noch um einzelne Verbesserungen gebeten werden kann.

6. Keinesfalls ist einzusehen, warum die öffentliche Hand Mittel des Steuerzahlers für die bei ihr wesentlich höheren Kosten der Strukturierung der Texte bereitstellen soll. Die wissenschaftlichen Verlage sind heute fast ausnahmslos bereit, strukturierte Daten für elektronische Produkte – seien es Datenbanken oder seien es sogenannte *e-books* – zu produzieren, um sie gegen angemessene Vergütung auf dem Markt anzubieten. Auf verschiedenen Fachgebieten, wie zum Beispiel in der Rechtswissenschaft, gibt es gut strukturierte und geordnete Datenbanken oder Systeme von *e-book*-Veröffentlichungen, und es bedarf keiner staatlichen oder bibliothekarischen

Systeme, um die Informationen *online* an die Nutzer heranzubringen. Insbesondere dort ist es ganz unberechtigt, durch staatlich finanzierten *open access* die privatwirtschaftlichen Verlagsaktivitäten zu beeinträchtigen.

7. Die Wissenschaftswelt muß größtes Interesse daran haben, daß der Übergang in die digitale Welt nicht revolutionär, sondern im Wege einer sanften Evolution vonstatten geht. Die Erfahrungen, nicht nur in der Rechtswissenschaft, haben gezeigt, daß das gedruckte Buch und die gedruckte Zeitschrift dem elektronischen Medium überlegen sind, wenn der Stoff eine hohe Komplexität aufweist und gründliches Lesen erforderlich ist. Richter haben beim Datenbankstudium komplizierter Texte festgestellt, daß ihnen Teile der relevanten Information »verlorengegangen« seien. Es scheint eine gute verlegerische Konzeption zu sein, elektronische und gedruckte Texte in einer verwobenen Beziehung anzubieten, so daß der Nutzer zwischen beiden Medienarten wechseln kann. Dies können nur die Verlage bieten, und sie würden damit eine für alle wünschenswerte »sanfte« Evolution in die Hand nehmen.

8. Es kommt noch ein wichtiger Faktor hinzu: Die durch den generellen *open access* geschwächten Fachverlage wären nicht mehr in der Lage, die Autorentätigkeit angemessen zu honorieren. In jedem Fall würde für den Verbreitungsanteil im Internet kein Honorar gezahlt werden können, weil hier die Erlöse fehlen. Mit den Honoraren entfällt ein wichtiger Anreiz für die Autorentätigkeit.

Hiergegen wird eingewandt, daß der Wissenschaftler und der juristische Autor nicht hauptsächlich durch das Honorar motiviert werden. Es geht ihm darum, etwas zum wissenschaftlichen Fortschritt beizutragen und Ansehen in der Fachwelt zu gewinnen. Die Erfahrung lehrt aber, daß auch hoch besoldete Autoren sehr irritiert sind, wenn ihre schriftstellerischen Arbeiten nicht wenigstens ein bescheidenes Nebeneinkommen erzeugen. Es fehlt dann eine wichtige Stimulanz für die schriftstellerische Betätigung. Dem Autor ist es dann versagt, an dem naturgemäß kleinen literarischen Nebenmarkt »mit teilzunehmen«. Das Argument, der Wissenschaftler würde ja öffentlich besoldet und müsse schon deshalb seine Werke kostenlos weitergeben, kann, jedenfalls im Bereich der Geisteswissenschaften, in keiner Weise überzeugen. Anders mag es in der Naturwissenschaft sein, wo mittels teurer Anlagen und Apparaturen geforscht wird und dann die Ergebnisse dieser Arbeit publiziert werden. Die Publikation bildet dort nur den Schlußpunkt viel umfangreicherer vorausgehender Arbeiten.

Völlig anders liegen jedoch hierzulande die Verhältnisse in den Rechtswissenschaften und sonstigen Geisteswissenschaften. Angemessene Veröffentlichungshonorare sind hier fest verwurzelt und werden als adäquater, wenn auch bescheidener Anreiz für die Werkschöpfung empfunden. Die Verfasserarbeit wird ja regelmäßig auch nicht in den »besoldeten Dienststunden« verrichtet, sondern in der Freizeit. Und das »finanzielle Ergebnis« steht fast immer im Mißverhältnis zur aufgewandten Zeit. Freunde, Kollegen und Familienmitglieder unterstützen häufig die Autorenarbeit und oft sind diese die Letztempfänger des »Honorars«. Es steht wohl außer Frage, daß die Verlagshonorare die wissenschaftliche Arbeit fördern und beleben.

9. Die *open-access*-Bewegung ist nicht zum geringen Teil durch mißbräuchliches Marktverhalten meist in den USA ansässiger naturwissenschaftlicher Großverlage ausgelöst worden, die im Besitze führender naturwissenschaftlicher, technischer und medizinischer Zeitschriften sind, die weltweit gelesen werden und in denen die Forscher, um ihren Rang zu behaupten, weltweit publizieren müssen. Diese als Aktiengesellschaften geführten Verlage haben für ihre Zeitschriften und für die damit kombinierten elektronischen Produkte ihre Preise unter Ausnutzung ihrer Monopolstellung unangemessen erhöht, um nach dem Prinzip des *shareholder value* ihre Gewinne zu steigern. Dies hat bei den deutschen Forschungsinstituten, die für den Bezug dieser Zeitschriften viel Geld aufwenden müssen, zu großem Unmut geführt. Es wäre aber viel richtiger, dieses wohl gegebene mißbräuchliche Marktverhalten mit geeigneten wettbewerbs- und kartellrechtlichen Mitteln in Schach zu halten, statt die deutschen Wissenschaftler und Forscher zu einem *open access* zu verpflichten. Letzteres schlägt, wie ich versucht habe darzustellen, negativ auf die Produktivität der Autoren und der Wissenschaft zurück. Im übrigen müssen die verschiedenen Wissenschaftsbereiche hinsichtlich *open access* einer getrennten Betrachtung unterzogen werden. Ihre Arbeitsweise und die Bedingungen ihrer Fruchtbarkeit sind durchaus verschieden.

Die hier aufgezeigten Aspekte verdeutlichen, daß auch in einer elektronischen Welt die Verlage wichtige Dienste leisten. Ich glaube, daß – obwohl der politische Wind gegenwärtig in ganz andere Richtung weht – die besondere Aufgabe der Verlage erkannt und gewürdigt wird und daß diese deshalb auch künftig ihren Platz behaupten werden.

Volker Rieble

Autorenfreiheit und Publikationszwang

Open access steht für ein wissen(schaft)spolitisches Ziel: Wissenschaftliche Texte sollen im Netz frei für jeden Nutzer verfügbar sein – sei es als Erstveröffentlichung in (qualitätsgesicherten) digitalen Medien (*golden road*) oder als Zweitveröffentlichung neben einer traditionellen Verlagsveröffentlichung in einer Zeitschrift oder Monographie (*green road*). Dazu braucht es urheberrechtlich die Zustimmung des Autors. Nicht wenige meinen, derjenige Wissenschaftsautor, der vom Staat bezahlt wird, sei anzuhalten, der Allgemeinheit *open access* zu gewähren. Zwischen appellativer »Ermunterung« und sanftem Druck bis hin zur Andienungspflicht werden verschiedene Modelle diskutiert. Eine Urheberrechtsänderung soll ein Zweitverwertungsrecht schaffen. *Google Books* schreitet gar zur Zwangsdigitalisierung, die der Autor durch Widerspruch verhindern muß. Die Diskussion kreist um Geschäftsmodelle und Praktikabilität. Welche verfassungsrechtliche und nicht verhandelbare Rechtsstellung der Autor innehat, davor schließt die Diskussion die Augen. Das Urheberrecht mag man als »Konstruktion« begreifen und ändern wollen – die Wissenschaftsfreiheit und die aus ihr folgende »Medienwahlfreiheit« stehen nicht zur Disposition.

I. Netzpublikation als riskante Freiheitsverstärkung

1. Mehr Freiheit durch körperlose, schnelle und preiswerte Kommunikation

Das Netz ist ein körperloses Medium. Es schafft einen Kommunikationsraum, dessen Vorzug in der Verfügbarkeit und in der Geschwindigkeit liegt. Weil es kein stoffliches Medium gibt, kann der Autor sämtliche Kommunikationswege beschreiten, die man digitalisieren

kann: von der Schrift über das Bild bis zum Ton – und dies alles in Kombination. Zugleich kann durch Hyperlink jedes zitierte *online*-Dokument seinerseits sofort aufgerufen werden. Das verschafft dem Autor als »Wissenschafts-Produzenten« *neue Ausdrucksformen*, wengleich die meisten Autoren am tradierten buchähnlichen Text hängen, der über das Dateiformat *pdf* im Papierseitenformat bereitgestellt werden kann.

Weil dem Medium die Körperlichkeit fehlt, verschafft es dem Autor einen *niedrigschwelligen Zugang* zum Publikationsgeschehen. Jeder kann *online* publizieren – ja kann sich mit einer eigenen Seite zum Selbstverleger eigenen Gedankengutes machen. Der Aufwand ist bescheiden – mehr als einen PC, bestimmte Software und einen Internetzugang braucht es nicht. Die *Absenkung der Zutrittschwelle* erhöht den Freiheitsgrad gerade für jene Autoren, die nicht dem wissenschaftlichen »Establishment« angehören. Wer keinen Lehrstuhl hat, womöglich als freiberuflicher Wissenschaftler arbeitet oder gar ein systemfremder Außenseiter ist, für den ist es mitunter schwer, Zugang zu tradierten Zeitschriften zu gewinnen oder einen Verleger für eine womöglich schwer veräußerbare Monographie zu finden. Wer sich mit dem Geschäft der Druckkostenzuschüsse für Dissertationen, Habilitations- und Festschriften, aber auch für einfache Fachbücher ohne großen Verkaufshorizont, auskennt, wer versucht, solche Zuschüsse einzuwerben, der spürt die Erleichterung. Dieser Gewinn an Freiheit ist rundweg zu begrüßen. Er erklärt indes die Vehemenz, mit der manche Außenseiter den *open-access*-Gedanken verfechten; hier schwingt persönliches Interesse mit, sei es positiv für die Netzpublikation, sei es negativ in der Enttäuschungshaltung gegenüber dem etablierten wissenschaftlichen Verlagswesen.

Auch für das Publikum ist der *online*-Zugriff vorteilhaft. Das betrifft zuerst die Bequemlichkeit – also die *Zugangsschwelle*. Man muß sich nicht mehr körperlich bewegen, eine Bibliothek aufsuchen. Der Bildschirm im Büro oder auch im häuslichen Arbeitszimmer genügt. Auf Öffnungs- und Schließzeiten und die Verfügbarkeit des Werkes in der Bibliothek (Zeitschriften beim Buchbinder) ist man nicht mehr angewiesen; das Netz funktioniert rund um die Uhr. Hinzu kommt die verbreitete Möglichkeit der *Volltextrecherche* (wenn das Digitalisat als Zeichenfolge und nicht als Bild vorliegt). Das sorgt nicht nur für Zufallsfunde; insofern läßt sich das Werk eines Autors zielgerichtet »durchsuchen« – ohne alles lesen zu müssen.

Zweiter Aspekt sind die *Kosten*: Für den Nutzer sind viele Netzveröffentlichungen kostenfrei zugänglich. Es gibt zwar auch sehr gute und aufwendige und deshalb kostenpflichtige Angebote, in der Rechtswissenschaft etwa das halbstaatliche *juris* und das private *beck-online*. Solche Angebote werden den Studenten und anderen Bibliotheksnutzern vielfach kostenfrei zugänglich gemacht, aber dies typischerweise nur am Bibliotheksarbeitsplatz und begrenzt auf die dort Nutzungsberechtigten.

Dritter Aspekt, der Autor und Nutzer in gleicher Weise betrifft, ist die *Geschwindigkeit wissenschaftlicher Kommunikation*: Ist das Manuskript fertig, so kann es theoretisch sofort im Netz stehen. Der Verlag als »Zeitbremse« entfällt – weil das Werk nicht mehr durch Satz und Druck dem körperlichen Medium Papier zugeführt werden muß und weil es weder Transport- noch Beschaffungsvorgänge gibt.

2. Risiken für die Wissenschaft

a. Folgenabschätzung

Jede neue Technik birgt Risiken – und verlangt nach verantwortungsvoller Folgenabschätzung. Über Folgeprobleme von Netzveröffentlichungen liest man bezeichnenderweise wenig. Gerade Wissenschaftler aus technischen Fächern frönen einer merkwürdigen Euphorie. Bezeichnend ist eine aktuelle skeptisfreie »wissenschaftliche« Veröffentlichung über das Netzpublishing aus Berlin,¹ die sich nachgerade als Werbung für *Google*-Produkte unter Einschluß von *YouTube* liest und bei der man sich wahlweise fragt, ob das noch Wissenschaft ist oder was die Autoren getrunken haben. Wenn jene Wissenschaftler Kritikern wie Roland REUß ein »Nichts verstanden« zurufen – dabei weder das kritische Argument aufnehmen

1 GRÖTSCHEL/LÜGGER, Veränderungen der Publikations- und Kommunikationswelt, Gegenworte 21 (2009), 69 = Veränderungen der Publikations- und Kommunikationswelt: Open Access, Google, etc., ZIB-Report 09-10 (March 2009), http://opus.kobv.de/zib/volltexte/2009/1170/pdf/ZR_09_10.pdf [10. 7. 2009] – eine weitere Version unter dem befreienden Titel »Befreit forschen« www.tagesspiegel.de/magazin/wissen/Internet-Open-Access;art304,2819870 [10. 7. 2009].

noch ein widerlegendes Sachargument führen –² dann ist eine mir bislang unbekannte Intensitätsstufe wissenschaftsfreien Parlierens erreicht. Warum gibt die Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften solches in »Gegenworte: Hefte für den Disput über Wissen« heraus? Ein wissenschaftlicher Disput ist das nicht, einer über Wissen schon gar nicht.

Online-Publizieren erhöht die Geschwindigkeit, also die Taktung wissenschaftlichen Publizierens und kann dabei die Sorgfalt des Publizierens mindern. Das betrifft einmal den Aussagegehalt selbst: Je weniger Aufwand die Veröffentlichung bereitet, desto weniger Mühe gibt sich der Autor womöglich mit exakter Wortwahl, sorgfältigem Satzbau, korrekter Rechtschreibung und dergleichen. Vom Sprachstil der Publikation ganz zu schweigen. Für Bücherfreunde kommt ein ästhetischer Verlust hinzu: Die Texte sind nicht mehr »gesetzt«, typographische Regeln sind unbekannt. Von An- und Abführungszeichen, falschen Apostrophen und dergleichen bis hin zur absurden Schriftgestaltung ist mancher Unfall zu besichtigen. Indes: Ein Argument gegen *open access* als Angebot ist das nicht. Über ästhetische Fragen des Publizierens kann man sich stets streiten; der Leser entscheidet, was er sich zumutet. Spiegelbildliche Befürchtungen nachteiliger Veränderungen des Leseverhaltens (»Verflachung«, kein Textstudium mehr, sondern schnelles *Scannen* mit anschließendem *copy and paste*) sind wahrscheinlich berechtigt – wie ich das aus eigener Beobachtung für Studenten und ihre Seminararbeiten sagen kann. Auch insoweit gilt: Kulturpessimismus ist kein Eingriffs- oder Steuerungsargument; der Meinungsmarkt einer offenen Bürgergesellschaft reguliert sich selbst.

b. Autorschaft und Textverantwortung

Mit Blick auf Seriositätserwartungen wissenschaftlicher Auseinandersetzung ist die zweite Ebene wichtiger: Sie betrifft die *Standards guter Wissenschaft* – wie sie insbesondere in den DFG-Empfehlun-

- 2 GRÖTSCHEL/LÜGGER, (Anm. 1), 70: »Und manchmal liegen Kritiker des Open Access in ihrer Argumentation so schief, dass es einem einfach die Sprache verschlägt. »Nichts verstanden« möchte man Roland Reuß und der FAZ zurufen, aber da scheinen Schallschutzmauern errichtet zu sein.«

gen »Regeln zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis«³ formuliert sind. Wissenschaftliche Auseinandersetzung verlangt nach individuellem Bekenntnis zum geschriebenen Text (»Professor« kommt von lat. *profiteri*, sich öffentlich bekennen). Der Wissenschaftler muß als Individuum – bei der Gemeinschaftsveröffentlichung als namentlich benannte Autorengemeinschaft – seinen Beitrag zeichnen und für ihn geradestehen. Unwissenschaftlich ist nicht nur das »Autorenkollektiv« (wie es dies in der DDR gegeben hat), unwissenschaftlich ist auch die anonyme Gesamtveröffentlichung durch unbenannte Kollaboranten aus dem Netz, auch wenn sich diese für »Schwarmintelligenz« hält. *Wikipedia* mag ein gutes Enzyklopädie-Prinzip sein – für die Wissenschaft taugt es nicht. Wissenschaftliche Veröffentlichungen verlangen nach einem Autor, *der als Person die Verantwortung für seinen Text trägt*:

- Verantwortlich für die *Text- und Aussagenintegrität* – also daß das Veröffentlichte in seiner konkreten Form vom Veröffentlichungswillen des Autors gedeckt (und nicht von einer anonymen Veröffentlichungsstelle »korrigiert« worden) ist.

Autorschaft heißt: Autorisieren der Veröffentlichung. Das wird gerade beim *Scan*, also einem digitalisierten Bild der Buch- oder Zeitschriftenseite zum Problem. Gar nicht so selten verschmiert der *Scan* oder es sind die Hände des Scannenden zu sehen. Wird der Text gar mit einem optischen Texterkennungsprogramm eingelesen, kann es zu schweren Verstümmelungen kommen.⁴ Niemand liest Korrektur – und so entstehen autorfreie Maschinen-Texte, die aber doch dem Autor zugeschrieben werden, ohne dessen legitimierende Autorisierung. Das *Imprimatur*[⁵] ist keinesfalls funktionslos. Während der Autor der gedruckten Veröffentlichung den Druck selbst überwacht – den Fahnenabzug liest und so »Werkherrschaft« über das Druckbild ausübt, erfolgt die Digitalisierung

- 3 DFG, Vorschläge zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis: Empfehlungen der Kommission »Selbstkontrolle in der Wissenschaft« (1998); www.dfg.de/aktuelles_presse/reden_stellungnahmen/download/empfehlung_wiss_praxis_0198.pdf [4. 8. 2009].
- 4 Zu diesen qualitativen »Schattenseiten der Digitalisierung« REUß, Die Editionsphilologie und das gedruckte Buch, Text 12 (2008), I, u. 8ff.; weitere Beispiele etwa: www.blogh.de/799/lustiges-vom-google-scanner.html [3. 8. 2009]
- 5 Lat.: »Es möge gedruckt werden«, formale Druckfreigabe durch den Autor, der so die Veröffentlichung legitimiert.

typischerweise ohne seine Autorisierung. Gegen Wortverstümmelung und Sinnentstellung kann er sich nicht wehren.⁶

- Verantwortlich für die *wissenschaftliche Redlichkeit mit Blick auf Zitat und Plagiat*, also daß die Veröffentlichung vom Autor selbst stammt und nicht von einem Geistschreiber oder einem Plagiatsopfer.

Google betont: »Viele Bücher in der Google Buchsuche sind noch urheberrechtlich geschützt und werden mit der Erlaubnis von Autoren und Verlegern angezeigt.«⁷ Peinlich für *Google*: Dort findet sich die Regensburger Dissertation von Stefanie Günzel zum Thema »Die geschichtliche Entwicklung des Jugendstrafrechts und des Erziehungsgedankens mit besonderer Berücksichtigung der Erziehung in einer Einrichtung über Tag und Nacht gemäß § 12 Nr. 2 JGG« (2001) mit dem Hinweis, es handele sich um urheberrechtlich geschütztes Material!⁸ Dieses Mach-Werk ist abgeschrieben (bei einem Potsdamer Fachhochschullehrer, es scheint sich um Nothacker zu handeln); der Titel wurde entzogen.⁹ Mit der *Google*-Veröffentlichung wird das Urheberrecht des wahren Autors ein weiteres Mal beschädigt. Und Günzel agiert übers Netz mit Schützenhilfe von *Google* weiter als Scheinautorin. Um so peinlicher, daß die DFG sich als »Allianz-Organisation« für *open access* stark macht – aber kein Wort darüber verliert, wie die eigenen Regeln guter Wissenschaft im Netzgeschehen gesichert werden sollen. Eindeutig ist die Haltung des Heidelberger Dokumentenservers HeiDOK, der in Leitlinie 2 Absatz 3 die Verantwortung vollständig auf den Autor abwälzt: »Die Einhaltung der Urheberrechte und sonstiger betroffener Rechte bei der Publikation auf Hei-

- 6 Der Verfasser dieser Zeilen stellt als wissenschaftlicher Autor in Absprache mit seinen Verlagen das digitale Bild möglichst aller Aufsätze und mancher Bücher – also der Originalversion – ins Netz. Er sichtet den *scan* dabei selbst und achtet auf dessen Qualität. Mitunter stellen die Verlage auch Original-*pdf*-Dateien zur Verfügung. Der Verfasser legt aber Wert darauf, daß dies auf dem von ihm »beherrschten« *Server* geschieht, so daß er Korrekturen anbringen oder die Dateien vom Netz nehmen könnte – eben Werkherrschaft ausüben kann.
- 7 <http://books.google.com/support/bin/answer.py?answer=91570&hl=de> [5. 8. 2009].
- 8 Man muß nur den Werktitel mit *Google* suchen, in diesem Fall geschehen am 20. 4. 2009.
- 9 BayVGH vom 4. 4. 2006 – 7 BV 05. 388 – BayVBl 2007, 281; bestätigt BVerwG vom 20. 10. 2006 – 6 B 67/06 – Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 116.

DOK liegt in der Verantwortung der Autorinnen und Autoren bzw. der Herausgeber der elektronischen Dokumente.«¹⁰

- Verantwortlich dafür, daß die *richtige* »Version« zitiert wird; *online*-Publikationen können sich von einem Tag auf den anderen verändern.

Kommt es zu einer Doppelung von *Print*- und *Onlineversion* (*Preprint* oder *Postprint*), so tritt *Versionsverwirrung* ein. Welche ist maßgeblich? Wie sind Widersprüche und Auslassungen zu interpretieren? Wie kann wiederum sichergestellt sein, daß solche Widersprüche und Auslassungen vom Autor selbst stammen – und nicht von einem selbsternannten »*online*-Verleger«, der »mal eben« einen vermeintlichen Fehler korrigiert. Gerade bei Dissertationen kann die Manuskriptversion, die der Doktorprüfung zugrundeliegt und auf dem Universitätsserver niedergelegt ist, von der lektorierten oder vom Autor nach Verlagsanweisung korrigierten Version abweichen.

- Verantwortlich für die *Inhalte*, also die wissenschaftlichen Aussagen und die wissenschaftliche Methode, also die Ehrlichkeit etwa von Untersuchungen, Laborergebnissen, Auseinandersetzung mit Vorgängern.

Die Veröffentlichung lebt von der *Reputation des Autors*, von seiner Autorität. Das Vertrauen in die Solidität einer medizinwissenschaftlichen Veröffentlichung hängt von der Person des Autors ab, der seine Forschungsergebnisse verkündet. Für eine inhaltsähnliche Netzpublikation eines unbekanntes Landarztes interessiert sich womöglich niemand. Der »zwangskopierte« Autor hat aber die Verantwortung für die Netzveröffentlichung nie übernommen. Er hat sich an dieses Publikum nie gewandt, sondern womöglich nur in einer Fachzeitschrift mit einem fachspezifischem Publikum und fachorientiertem Empfängerhorizont »korrespondiert«. Ein Beispiel für problematische Qualität bietet ausgerechnet jenes Papier, das *Google* und *open access* feiert (Anm. 1): Es verzichtet in seiner *online*-Version nicht nur »passiv« auf die Auszeichnung des eigenen Textes mit Seitenzahlen oder eine zitierfähige Absatznumerierung; aktiv werden Netzfundstücke zitiert, ohne das Datum des Aufrufes zu vermerken. Das ist nun nach allgemeiner Auffassung schlechthin unwissenschaftlich.¹¹ Überdies nennt sich die *online*-Version einerseits »textidentisch« – andererseits ist von der »für die Gegenworte gekürzten Fassung« die Rede. Ein Textabgleich zeigt, daß Papierlesern der »Gegenworte« nahezu alle Fußnoten vorenthalten bleiben, so daß die Druckversion ohne die *online*-Fassung wissenschaftlich nicht nutzbar ist.

¹⁰ http://archiv.ub.uni-heidelberg.de/volltextserver/doku/heidok_publication?thema=leitlinien&la=de [4. 8. 2009].

¹¹ RUNKEHL/SIEVER, *Digitale Wissenschaft, Forschung & Lehre* 2000, 640; weiter: <http://www.mediensprache.net/de/publishing/> [2. 8. 2009].

- Hierher gehört schließlich die *rechtliche Verantwortung für den Text als »Produkt«* – also die »Text-Produkthaftung«.

Daß eine fehlerhafte medizinische Veröffentlichung zu Schadensersatz verpflichten kann, hat der BGH schon 1970 klar gesagt.¹² Ähnliches dürfte für alle sorgfaltswidrig falschen Werke gelten, die den Leser zum fehlerhaften Umgang mit absolut geschützten Rechten (Körper, Gesundheit, Eigentum, auch am Tier) verleiten. Daneben läßt sich fragen, ob es eine Rückrufpflicht bei nachträglich als falsch und gefährlich erkannter Information gibt. Veröffentlichte Texte müssen zudem fremde Urheberrechte wahren, dürfen die Kreditwürdigkeit und den guten Ruf von Personen und Unternehmen nicht rechtswidrig beschädigen, insbesondere durch falsche Tatsachenbehauptungen. Auch wenn wissenschaftliche Äußerungen mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 GG keinem allzu strengen Haftungsregime unterfallen, bleibt eine wahrnehmbare rechtliche Verantwortung für den Text, die sich beim gedruckten Text Autor und Verleger teilen. Wer trägt diese Verantwortung bei Netzdigitalisaten? Der Autor allein? Haftet *Google* als *online*-Verleger für jede digitalisierte Äußerung? Sind die Träger der Hochschulrepositorien bereit, für von Ihnen publizierte Plagiate Schadensersatz zu leisten?

c. Sicherheit und Technik

[1] Datensicherheit

Schließlich gibt es (sicherheits-) *technische Fragen*.¹³

- Wer stellt die längerfristige Verfügbarkeit der Texte sicher – Stichwort »*Langzeitarchivierung*«? Das wirft zuerst die Frage nach einem Datenformat auf, das auch in 15, 50 oder 100 Jahren noch lesbar ist. Zudem ist nicht nur bei körperlichen (Kölner) Archiven der Bestand gefährdet. Haftet der online-Verleger dem Autor für Datenverlust? Der *open-access*-Protagonist KUHLEN hat seine Kritik am Urheberrecht online gestellt;¹⁴ die noch im Mai 2009

12 BGH v. 7. 7. 1970 – VI ZR 223/68 – NJW 1970, 1963; weiter OECHSLER in Staudinger, Kommentar zum BGB (2009), § 2 ProdHaftG Rn 73ff. mwN; FOERSTE, Die Produkthaftung für Druckwerke, NJW 1991, 1433; SCHRICKER, Verlagsrecht, 3. Auflage (2001) § 31 VerlG Rn 23; MARTIN, Technische Regelwerke und Haftung des Herausgebers, Der Sachverständige (DS) 2008, 176.

13 http://open-access.net/de/allgemeines/gruende_und_vorbehalte/vorbehalte_gegen_0a/#c559

14 KUHLEN, Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts (2008); cf. www.kuhlen.name/MATERIALIEN/RK2008_ONLINE/files/HI48_Kuhlen_Urheberrecht.pdf [2. 8. 2009].

ursprünglich angegebene Adresse¹⁵ gehörte zum Lehrstuhl des Verfassers und hat sich mit dessen Pensionierung verflüchtigt.¹⁶ Solches schränkt die Validität von *online*-Zitaten merklich ein.

- Wie wird die *Textintegrität* gesichert – gegen manipulative Verfälschungen von außen? Wer die Entwicklung der Computerkriminalität beobachtet, muß die Möglichkeit in Rechnung stellen, daß *online*-Veröffentlichungen *gehackt* werden – sei es als unzulässiges Instrument des Meinungskampfes, sei es aus wirtschaftlichen Gründen. Mit der Verantwortungs- ist zugleich die Haftungsfrage aufgeworfen. Deswegen leuchtet es ein, daß *online*-Heilsbringer wie *Google* ihre gemeinwohlorientierte Funktion betonen – die Zuschreibung der Verlegerfunktion indes abwehren.

[2] Netz-Plagiate

Schließlich und vor allem: wie sichert sich der Netz-Autor vor dem räuberisch-plagiatorischen Zugriff auf seinen Text? Online-Verfügbarkeit bedeutet »Bereitstellen für *copy and paste*«. Netzplagiate sind schon häufig und nehmen noch zu.¹⁷ Technische Abwehrmaßnahmen gegen Plagiate werden von den neuen *online*-Repositorien nicht ergriffen – das Züricher ZORA etwa ist ungeschützt und sieht auch keinen Handlungsbedarf –,¹⁸ obschon es bereits Programme gibt, die geschützte Texte mit im Internet frei verfügbaren potentiellen Plagiaten abgleichen. Offenbar soll der Autor selbst die erforderliche Plagiatwehr betreiben.

Das wird deutlich auch bei *Google Scholar*. Dieser neue Dienst zur Suche wissenschaftlicher Literatur verspricht: »Wir werden allen Beschwerden zu Verstößen gegen das Urheberrecht nachgeben. Wir reagieren grundsätzlich auf alle Benachrichtigungen bezüglich vermeintlicher Verstöße gegen das Urheberrecht, die dem *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) entsprechen.«¹⁹ Die Initiativlast

15 www.inf-wiss.uni-konstanz.de/RK2008_ONLINE/node/18 [4. 5. 2009].

16 Bemerkenswert ist, daß der Pensionär auf seiner Seite www.kuhlen.name das Wappen der Universität führt und im Impressum nicht als Verantwortlicher ausgewiesen ist [2. 8. 2009].

17 Stefan WEBER, Das Google-Copy-Paste-Syndrom. Wie Netzplagiate Ausbildung und Wissen gefährden (2008); der Autor nennt freilich keine Namen, weswegen seine Behauptungen nicht konkret nachvollziehbar sind; weiter www.netzeitung.de/internet/863090.html [13. 7. 2009]

18 Wie mir die ZORA-Redaktion im April 2009 per *e-mail* mitteilte.

19 <http://scholar.google.de/intl/de/scholar/publishers.html> [14. 7. 2009].

liegt beim Plagiierten – also beim Autor. Eigene Qualitätssicherung im Sinne einer Plagiats-*Compliance* findet nicht statt. Hübscherweise müssen Beschwerden des Autors US-amerikanischen Formvorschriften genügen. Auch wird der Plagiierte dadurch eingeschüchtert, daß ihm mit Schadensersatzpflichten gedroht wird, sollte er eine falsche Bezichtigung abgeben. Als Schadensbetrag wird ein Beispiel von 100.000 US-Dollar genannt.²⁰

Daß die unberechtigte Urheberrechtsverwarnung zum Schadensersatz führen kann, trifft auch im deutschen Recht zu.²¹ Doch gilt das nur, wenn dem Plagiatsbetroffenen ein konkreter Schuldvorwurf im Sinne einer fahrlässigen oder vorsätzlichen »Rechtsanmaßung« zu machen ist. Gerade das Pochen auf ein vermeintliches Immaterialgüterrecht kann Schadensersatzansprüche auslösen. Mit solcher Einschüchterung läßt sich nicht nur das Urheberrecht mittelbar aushebeln – weil sich der Autor nicht mehr traut und keinen Verleger mehr als »Sekundanten« zur Durchsetzung seiner Rechte hat. Die klassische verlagsgestützte Wissenschaftspublizistik kann Plagiate zwar nicht vermeiden – indes sorgen die beteiligten Verleger typischerweise dafür, daß das Plagiat verschwindet und der Autor effektiv geschützt wird. Bezeichnenderweise ziehen sich die Allianzorganisationen auf den formalen und defensiven Standpunkt zurück, sie forderten nicht zum Bruch des Urheberrechts auf.²² Wie die von allen Wissenschaftsorganisationen immer wieder geforderte wissenschaftliche Redlichkeit gesichert werden soll – dazu sagen sie nichts.

[3] Datenschutz

Weitere Probleme wirft der Datenschutz auf. *Google Scholar* protokolliert die individuellen Textzugriffe – weil die Verwertung dieser Information das Geschäftsmodell von *Google* ist.²³ *Google* weiß also, welche IP-Adresse welche wissenschaftlichen Texte zu welcher Uhr-

20 www.google.de/dmca.html [14. 7. 2009].

21 BGH Großer Senat für Zivilsachen vom 15. 7. 2005 – GSZ 1/04 »Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung« – BGHZ 164, 1 = NJW 2005, 3141; grundlegend KAISER, Schadensersatz wegen fahrlässiger Rechtsanmaßung, FS Canaris (2007), 531ff.

22 www.helmholtz.de/aktuelles/pressemitteilungen/artikel/detail/gemeinsame_erklaerung_der_wissenschaftsorganisationen [2. 8. 2009].

23 Dazu www.google.com/privacy_highlights.html [14. 7. 2009].

zeit aufruft. Damit wird einerseits die Relevanzsortierung, also das Erfolgsrezept von *Google*, ermöglicht. Ob diese transparent und fair ist und ob ein Quasi-Monopolist hier rechtlichen Bindungen unterliegt, ist eine Frage. Jedenfalls wird es Rückkoppelungen geben: Autoren werden versuchen so zu schreiben, daß ihr *Google-impact* stimmt.

Vor allem aber ist die Nutzerseite betroffen: Hier können *wissenschaftliche Bewegungsprofile* erstellt werden – wobei die Entindividualisierung, also die Zuordnung der IP zum Forscher nicht schwer fallen dürfte. Sag mir, was du liest, und ich sage dir, wer du bist! Mit dem »freien Zugang« zu Dokumenten ist also ein Freiheitsverlust verbunden – der nur bislang nicht zur Kenntnis genommen wird.

d. Entindividualisierung der Autorschaft

Es wird aber nicht nur technisch leicht gemacht. Hinter der Ideologie des »Alles-Umsonst-Internet« steht der Gedanke umfassender Nutzungs- und Verarbeitungsrechte: *Wikipedia* verzichtet mit seinem *open-source*-Konzept von vornherein auf Urheberrechtsschutz. Jedermann darf und soll *Wikipedia*-Einträge textlich übernehmen. Auch Zitierregeln gibt es praktisch nicht. Das politische Konzept von *open access* zielt auf die *umfassende Freigabe der Texte durch den Autor*. So formuliert die Berliner Erklärung:

»Die Urheber und die Rechteinhaber solcher Veröffentlichungen gewähren allen Nutzern unwiderruflich das freie, weltweite Zugangsrecht zu diesen Veröffentlichungen und erlauben ihnen, diese Veröffentlichungen – in jedem beliebigen digitalen Medium und für jeden verantwortbaren Zweck – zu kopieren, zu nutzen, zu verbreiten, zu übertragen und öffentlich wiederzugeben sowie Bearbeitungen davon zu erstellen und zu verbreiten, sofern die Urheberschaft korrekt angegeben wird.«²⁴

Das entspricht dem Lizenzmodell *creative commons*.²⁵ Der wissenschaftliche Urheber soll also »freiwillig« ein umfassendes Nutzungsrecht an seinen Werken begründen, das weit über dasjenige hinausgeht, was Urheber nach dem Urheberrechtsgesetz an freier Werknutzung hinnehmen müssen. Daß die *creative-commons*-Lizenz eine »Namensnennung« des früheren oder ersten Autors ver-

24 Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22. 10. 2003, http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/Berliner_Erklärung_dt_Version_07-2006.pdf [2. 8. 2009], 2.

25 <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/de/> [2. 8. 2009].

langt, wenn der Nutzer das Werk vervielfältigt, verbreitet und öffentlich zugänglich macht, ist – gemessen an wissenschaftlichen Maßstäben – (zu)wenig. Auch die Berliner Erklärung flüchtet in ein diffuses »korrekt« für die Urheberangabe.

Schlimmer noch: Erlaubt der Autor dem Nutzer, »Abwandlungen bzw. Bearbeitungen des Inhaltes an[zu]fertigen«, führt die »Namensnennung« womöglich dazu, daß dem Autor solche Inhalte zugerechnet werden, die vom Bearbeiter stammen und mit denen der Autor nicht einverstanden ist, die er nicht »autorisiert«. Wissenschaftliche Zitierweise ist das nicht – aber vielleicht eine Rückkehr ins medienarme Mittelalter.²⁶ Auch hier soll die Verantwortung auf die Endnutzer delegiert werden; die Veranstalter waschen die Hände in Unschuld. Auch das ist ein bekanntes Phänomen von diversen »Upload-Medien«, die »nur eine Plattform« zur Verfügung stellen und für Rechtsverletzungen der privaten Nutzer nicht verantwortlich sein wollen. Selbst KUHLEN, ein Wortführer der Bewegung, konzidiert: »Auf wissenschaftliche Publikationen mit ihren Ansprüchen auf Authentizität und Verifizierbarkeit scheint das Modifikationsrecht der Nutzer bzw. das Aufheben des Modifikationsverbots durch den Autor nicht unbedingt zuzutreffen«. ²⁷ Das hindert ihn freilich nicht, sein Buch unter eine *creative-commons*-Lizenz zu stellen, die dem Nutzer den *remix* erlaubt. Studenten werden das als Aufforderung begreifen. Und die DFG muß sich fragen lassen, ob ihre Antiplagiats-Abteilung eigentlich schon einmal mit ihrer *open-access*-Fraktion gesprochen hat.

Vollends aufgelöst wird jede individuelle Autorenverantwortung in der »Vision« vom »kollaborativen« Text-Arbeiten. Wenn der Autor nurmehr einen Textentwurf ins Netz stellt, der dann von einer »Schwarmintelligenz« mehr oder minder anonymer Leser verbessert wird, gibt es keine konkrete Textverantwortung mehr. Die Rolle des Autors schwindet; an seine Stelle tritt der Organisator von Netzintelligenz. Das ist ein Vorgang, der als *crowdsourcing* im Journalismus bereits Einzug gehalten hat²⁸ und für den man sich ebenso fragen muß, wer dort am Ende Verantwortung trägt.

26 Dazu GIESEKE, Autor und Autorschaft im Mittelalter, UFITA 2000, 181.

27 KUHLEN, (Anm. 14), 512.

28 www.sueddeutsche.de/kultur/485/465078/text [14. 7. 2009].

II. Begrenzter Autorenezuspruch

1. Gespaltener Markterfolg

Während in den Naturwissenschaften und auch in den Wirtschaftswissenschaften das elektronische Publizieren – vornehmlich in der Weltwissenschaftssprache Englisch – auf dem Vormarsch ist, hinken die Geisteswissenschaften nicht nur hinterher. Hier ist *open access* ein Fehlschlag. In meinem Fach findet ein Zugriff auf elektronische Publikationen vor allem über die zugangsbeschränkten und kostenpflichtigen Datenbanken *juris* und *beck-online* statt. Die Netzrecherche in frei zugänglichen Quellen spielt eine Rolle eher für das Rechtstatsächliche, also für das Finden und den Beleg jener Fakten, die die rechtswissenschaftliche Diskussion beeinflussen.

Eine schlichte Zahl zeigt diese beschränkte Bedeutung: Die Ludwig-Maximilians-Universität hat einen eigenen Server für elektronische Veröffentlichungen – »*open access* LMU« mit 9933 Veröffentlichungen, davon 5506 »elektronische Dissertationen« (Stand: 14. 7. 2009). Die Rechtswissenschaft ist als Fach auf dem *open-access-server* nicht vorhanden. Selbst die Kommunikationswissenschaft bringt es nur auf 29 Publikationen. Immerhin ist mein Fach auf dem Dissertationsserver vertreten – mit einer Dissertation aus dem Jahr 1952, hochgeladen 2003.²⁹ Das war's.

Meine eigenen Doktoranden ziehen die Buchveröffentlichung trotz der teils erheblichen Druckkostenzuschüsse für Dissertationsverlage jedem *e-book* vor. Das hat ästhetische Gründe, wurzelt auch in der Eitelkeit und dient der Karriere. Ein Buch zum Anfassen hat einen anderen Wert. Ob diese »Irrationalität« des Autors berechtigt ist, diese Frage stellt sich nicht. Der Autor entscheidet – und er darf das auch irrational tun.

2. Offene Gesellschaft, Publikationsfreiheit und sanfter Druck

Open access braucht den Autor. Er muß sich dafür entscheiden, sein Werk *online* zu veröffentlichen, weil er das will. Eine offene Gesellschaft läßt die Systemkonkurrenz zwischen traditioneller Druck-Veröffentlichung, geschlossener *online*-Publikation in kostenpflichtigen Angeboten und dem freien Netzzugang zu – und vertraut darauf, daß sich das für alle Beteiligten beste System durchsetzt. Gerade weil *open access* erhebliche Vorteile für Autoren bietet, dürfte der Staat auf die Einsicht der wissenschaftlichen Autoren vertrauen.

29 <http://edoc.ub.uni-muenchen.de/view/subjects/fako3.html> [14. 7. 2009].

Daß *open access* gleichwohl nicht der umfassende Erfolg beschieden ist, kann daran liegen, daß die Vorteile nicht verstanden oder daß die beschriebenen Risiken als ausschlaggebende Nachteile gewertet werden. Das mag die Wissenschaftspolitik nicht hinnehmen. Unterschiedliche Akteure üben unterschiedlichen Druck auf die Autoren aus, damit sie sich erwartungsgerecht verhalten:

- Intensivist im Sinne einer Zwangspublikation wirkt die Methode *Google*: Zuerst digitalisieren und ins Netz stellen – und danach erst fragen. Viele Verlage sind Partnerschaftsprogramme mit *Google* eingegangen. So sind die Habilitationsschriften aus der hochangesehenen Reihe »Jus Privatum« des Mohr Siebeck Verlages durchweg eingescannt, ebenso aktuelle Festschriften.³⁰ Ob dabei jeweils die Zustimmung der Autoren vorliegt, darf man bezweifeln.
- Fragwürdig agierte die Universität Darmstadt, als sie das Buch »Einführung in die neuere Geschichte« von Wilfried Schulze digitalisierte und den Studenten auf USB-Stick aushändigte (*scan to go*). Daß eine Universität nicht die Aufgabe hat, als Buchhandlung Studenten mit digitalen Werken auszurüsten, hat das LG Frankfurt im Verfügungsverfahren erkannt.³¹ § 52b UrhG gestattet allenfalls die digitale »Lesehilfe« am Bibliotheksarbeitsplatz, aber eben nicht eigenständige verlegerische Bemühungen der Bibliothek, die Herstellung und Vertrieb der Digitalausgabe in die eigene Hand nahm (dazu noch III. 5.).
- Im Wege einer Ausweichstrategie halten Universitätsbibliotheken inzwischen spezielle Buch-Scanner vor, mit denen Studenten sich selbst eine digitale Privatkopie (!) des gewünschten Lehrbuches herstellen – erwartungsgemäß zirkulieren diese Kopien sodann im Studentenkreis und werden mitunter sogar zum Download angeboten. Man muß nur einmal US-amerikanische Server wie *scribd.com* aufsuchen. Dort findet sich auch manche deutsche Literatur, bis diese – falls Autor oder Verlag das bemerken – auf Urheberrechtsbeschwerde aus dem Angebot genommen wird.
- Freundlicher sind Willensbeeinflussungsversuche, die dem Autor irgendeine Wahl lassen. Unproblematisch sind bloße Appelle oder Empfehlungen, nach der die Universität von ihren Mitgliedern die *open-access*-Mitwirkung »erwartet«. Schwieriger wird

30 Man gebe den Namen eines Rechtswissenschaftlers wie Abbo JUNKER ein und ist erstaunt.

31 LG Frankfurt vom 13. 5. 2009 – 2-06 O 172/09 – *juris*.

es, wenn das Publikationsverhalten des Autors mit Konsequenzen versehen wird. So gibt es in der DFG eine (von ihr bestrittene) Tendenz, Forschungsförderung davon abhängig zu machen, daß die Ergebnisse auf einem offenen Repositorium veröffentlicht werden. Weil die DFG der größte Drittmittelgeber in Deutschland ist, hat dies eine entsprechende Kürzung der universitären Mittelvergabe zur Folge. Diese nämlich hängt – auch – von Drittmitteln ab. Im Rahmen eben dieser leistungsorientierten Mittelvergabe an den Universitäten wird erwogen, für den auf Veröffentlichungen fußenden Mittelanteil nur noch solche Publikationen zu zählen, die auch digital und frei zugänglich sind. Wer traditionell publiziert, würde dafür diskriminiert. Papierpublikation ist unter diesen Bedingungen keine wissenschaftliche Leistung mehr. Das darf man als mittelbaren Publikationszwang begreifen.

Allein der Umstand, daß Befürworter von *open access* dem autonomen Erfolg ihres vorgeblich überlegenen Projektes nicht trauen, sondern auf Intervention setzen, macht mißtrauisch. Wenn die Vorteile dieser Publikationsform derart eindeutig sind, fragt man sich, weswegen Autoren im staatlich finanzierten Forschungsdienst bedrängt oder »ermuntert« werden müssen.

3. Grundmißverständnis: Freies Wissen und geschützte Darstellung

Mit Blick auf manche Diskussionsbeiträge ist ein Grundmißverständnis aufzuklären. *Open access*, ja selbst Zwangsveröffentlichungen werden vielfach damit gerechtfertigt, daß es am »Menschheitswissen« kein Urheberrecht geben könne, sowenig wie man die Natur patentrechtlich erfassen dürfe. Wissen als solches, Erkenntnis und Idee, Lehre und Theorie sind in der Tat von vornherein nicht urheberrechtsfähig – sowenig wie geschichtliche Daten oder das künstlerische Gemeingut.³² Das hat kein geringerer als Johann Gottlieb FICHTE schon 1793 in seinem »Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks« gezeigt – mit der damals bedeutenden Unterscheidung von (freiem) Inhalt und (eigentumsgebundener) Form.³³

32 Eugen ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage (1980), 121ff.

33 Berlinische Monatsschrift 21 (1793), 443ff., Wiederabdruck in UFITA 106 (1987), 155ff. Online verfügbar etwa www.copyrighthistory.com/fichte.html [19. 5. 2009].

Erstens fehlt insofern die Individualität einer geistigen Schöpfung; zweitens und vor allem aber muß abstraktes Wissen von jeder Form der »Rechtsbelegung« als geistiges Eigentum freigehalten werden – vergleichbar mit der fehlenden Patentfähigkeit der Natur. Sonst könnte ein Autor, der eine Idee als erster hatte, andere Autoren mit derselben oder doch einer ähnlichen Idee an ihrer Veröffentlichung hindern. Der neuerdings betonte *Allmende-Gedanke* trifft also immer schon zu – nur mit einer wesentlichen Modifikation. Am Wissen hat nicht etwa die »Allgemeinheit« ein irgendgeartetes Recht, sondern niemand. Dementsprechend kann niemand von einem Wissenschaftler verlangen, daß er sein Wissen preisgibt.

Daß das Wissen als solches frei ist, *heißt aber gerade nicht, daß jeder wissenschaftliche Text frei ist*. Hier schafft das Urheberrecht eine sorgsame Unterscheidung: Die Darstellung, ihre Gliederung, der Gedankengang, die Argumentationsweise als solche kann selbständig urheberrechtsfähig sein. EUGEN ULMER, der Nestor des deutschen Urheberrechts, spricht vom »Gewebe«. ³⁴ All dies ist geltendes Urheberrecht und herrschende Meinung. ³⁵ Selbstredend ist das geltende Urheberrecht nicht gottgegeben, sondern eine Setzung. Sie läßt sich ändern, aber nur in den vom Grundgesetz gezogenen Grenzen. So gut und richtig es ist, daß sich auch Nichtjuristen mit dem Urheberrecht, seiner Stimmigkeit und seinen Wirkungen auseinandersetzen, ³⁶ gibt es doch einen Kern rechtswissenschaftlicher Argumentationstiefe, der sich dem Laien nur schwer erschließt.

Hier ist sogleich ein Monitum an die Naturwissenschaften zu richten: Bloß beschreibende Texte verfehlen diese Schöpfungstiefe und dürfen urheberrechtlich abgeschrieben werden, sogar auf anstößige Weise. Deswegen hat der BGH es durchgehen lassen (müssen), daß ein Münsteraner Professor einen »nach Umfang und inhaltlicher Bedeutung erheblichen Teil« einer Staatsexamensarbeit (Lehramt) in einen Aufsatz übernommen hat. ³⁷ Das ist zwar ungeheuerlich, weil

34 ULMER, (Anm. 32), 123.

35 Statt vieler LOEWENHEIM in: SCHRICKER, Urheberrecht, 3. Auflage (2006) § 2 Rn. 61ff. mit Nachweisen.

36 Etwa KUHLEN (Anm. 14).

37 BGH vom 21. 11. 1980 – I ZR 106/78 »Staatsexamensarbeit« – JZ 1981, 281; dazu STEGEMANN-BOEHL, Fehlverhalten von Forschern (1994), 119f., die 127ff., 143ff. eine Lösung des urheberrechtlichen Dilemmas über den Schutz der »Entdeckerehre« als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts befürwortet.

der Hochschullehrer seine Stellung als Prüfer mißbraucht hat – doch urheberrechtswidrig war das nicht, eben weil die Arbeit nur das urheberrechtsfreie Wissen beschrieb. Der Allmende-Gedanke erlaubt es also durchaus, fremde Erkenntnis zu präsentieren, auch im netzoffenen Zugang. Allerdings muß derjenige, der solche Inhalte ins Netz stellen will, selbst als Autor agieren, also vergleichbar einem Wissenschaftsjournalisten mit eigenen Worten und in eigener (origineller) Darstellung, und darf dann das fremde Werk in eigener schöpferischer Darstellung auch zitieren. Das wiederum macht Mühe und verlangt dem Zweitautor Kraftanstrengung ab. Das mühelose Kopierscannen fremden Textgewebes ist einfacher und deswegen begehrt. Wer fremde Wortgewebe selbst gewinnbringend nutzt, mag sich nicht von rechtlichen Kleinigkeiten aufhalten lassen.

III. Publikationsfreiheit als Kommunikationsfreiheit

1. Ökonomische Deutung und rechtliche Ebenen

Die Diskussion kreist merkwürdigerweise um Geschäftsmodelle und die wirtschaftliche Existenzberechtigung von Verlagen. Insbesondere die Preispolitik von Elsevier, die Reto HILTY eindringlich geschildert hat – aus einer Doppelperspektive als Wissenschaftler und vom Preisgebaren nachteilig betroffener Max-Planck-Instituts-Direktor – ist erschreckend.³⁸ Wenn marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktmacht mißbrauchen, ist das Kartellrecht einschlägig – auch für eine Preiskontrolle nach § 19 Abs 1 GWB (»Ausbeutungsmißbrauch«) anhand des hypothetischen Als-ob-Wettbewerbspreises, § 19 Abs 4 Nr. 2 GWB.³⁹ Die deutschen Elsevier-Opfer können nach § 33 GWB selbst gegen den Preismißbrauch vorgehen – insbesondere die Max-Planck-Gesellschaft. Wenn das nicht geschieht, muß man sich fragen: weshalb nicht? Ist es interessanter, den Preismißbrauch für ein rechtspolitisches Anliegen zu nutzen?

Der punktuelle Preismißbrauch löst einen aus meiner Sicht verhängnisvollen Schluß aus: Wenn der Staat die Wissenschaft finan-

38 HILTY, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRURInt 2006, 179, 183.

39 Dazu MÖSCHEL in: IMMENGA/MESTMÄCKER, GWB 4. Aufl. (2007) § 19 Rn 154ff.

ziere – an den Universitäten und den Großforschungseinrichtungen der blauen Liste, aber auch durch Projektförderung durch die DFG –, dann müsse der Staat oder die Allgemeinheit Zugriff auf die Forschungsergebnisse nehmen können.⁴⁰ Es sei wirtschaftlich unsinnig, daß Universitäten und Forschungseinrichtungen für teures Geld Forschungsergebnisse produzierten, um diese sodann für weiteres teures Geld von den Verlagen zu erwerben. So formuliert HILTY: »Sollten öffentlich finanzierte Forschungsergebnisse nicht als öffentliche Güter definiert, mithin von vornherein vom Urheberrechtsschutz ausgenommen werden?«⁴¹

An dieser Betrachtung stört zweierlei: Erstens wird Wissenschaft zu bloßer Ware, die in Produktionskreisläufen sinnvoll geordnet werden soll. Schon das ist anstößig und wird der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG nicht gerecht. Bezeichnenderweise setzt sich HILTY mit ihr nicht auseinander.⁴² Zweitens fußt dieser ausschließlich ökonomische Gedanke auf einer unausgesprochenen rechtlichen Prämisse: Daß nämlich die »Veranstaltung« von Wissenschaft in Universitäten und Forschungseinrichtungen dem Staat ein Recht an den Publikationen, den Forschungsergebnissen verschafft oder verschaffen könne. Der Staat wäre also kraft seiner finanziellen Grundversorgung sozusagen der »geborene« Verleger von Wissenschaftspublikationen. Die angestellten und verbeamteten Wissenschaftler, vom Ordinarius bis zum Assistenten, sind aus diesem Blickwinkel nur Schreibangestellte in der Wissenschaftsfabrik. Diese Vorstellung ist rechtlich nicht haltbar.

Zuerst widerspricht sie geltendem Urheberrecht – doch will man dieses Urheberrecht gerade ändern. Manche sehen das Urheberrecht

40 Siehe vor allem die Berliner Erklärung (Anm. 24); PFLÜGER/ERTMANN, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436; ernstlich zustimmend PEIFER, Das Urheberrecht und die Wissensgesellschaft – Stimmen die rechtlichen Rahmenregeln für die Zukunft von Forschung und Lehre? UFITA 2007, 327, 360.

41 HILTY, (Anm. 38), GRURInt 2006, 179, 185.

42 Anders PEIFER, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22, 27 betont den »persönlichkeitsrechtlichen Schutz, der dem Urheber auch die Befugnis zugesteht, darüber zu entscheiden, ob und in welcher Form er veröffentlichen möchte«; ähnlich HANSEN, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRURInt 2005, 378, 379f.

als bloße soziale Konstruktion, das durch beliebige Rechtsänderung beliebig dekonstruiert werden könne. Vorbild ist der Umgang mit Arbeitnehmererfindungen. Dort hat der Gesetzgeber mit § 42 AN-ErfG ein umfassendes Verwertungsrecht der Universitäten (und Forschungseinrichtungen) geschaffen, um auf »Diensterfindungen« der Forscher zugreifen zu können. Dieses Vorbild regt manche zu Weiterungen an: So soll nach einem Vorschlag ein umfassendes urheberrechtliches Zweitnutzungsrecht an solchen Werken entstehen, die aus öffentlich finanzierter Forschung hervorgegangen sind. Der universitäre Urheber wird damit zum Autor »zweiter Klasse« mit eingeschränkter Urheberrechtsausstattung. Eine andere »Idee« aus der Praxis: Mit der Erstveröffentlichung habe der Autor sein Publikationsrecht erschöpft. Eine »Entöffentlichung« sei ausgeschlossen. Sowie wenig der Autor sein Buch aus einer öffentlichen Bibliothek zurückholen könne, sowie wenig dürfe er eine *online*-Zweitveröffentlichung verhindern. Ein geistiges Eigentum gebe es nicht.⁴³

Wer als Jurist systematisch denkt, für den liegt auf der Hand: Wenn der Staat als Finanzier von Wissenschaft hieraus Rechte ableiten will, dann kann dies nur in demjenigen Rechtsverhältnis geschehen, in dem der Wissenschaftler dem Staat als Beamter oder Arbeitnehmer verbunden ist. Dort also müsste die »Produktion von Wissenschaft« entweder zu einem unmittelbaren Nutzungsrecht des Arbeitgebers oder doch zu einer Andienungspflicht des Wissenschaftsarbeiters führen – wie sie etwa von PFLÜGER und ERTMANN vorgeschlagen worden ist.⁴⁴ Eine Dienstpflicht zur Publikation regeln die Beamtengesetze nicht; auch im Hochschulrahmengesetz und den Landeshochschulgesetzen habe ich keine Publikationspflicht gefunden. § 25 Abs. 2 HRG sagt in einem Halbsatz und nur für die Drittmittelforschung: »Die Forschungsergebnisse sollen in der Regel in absehbarer Zeit veröffentlicht werden«. Das ist ein unverbindlicher Programmsatz.⁴⁵

Im Gegenteil nimmt das Patentverwertungsrecht des § 42 AN-ErfG Rücksicht auf die Publikationsfreiheit des Hochschullehrers:

43 CHERVEL, Hört nicht auf die Heidelberger Bocksgesänge, www.perlentaucher.de/blog/48_hoert_nicht_auf_die_heidelberger_bocksgesaenge [14. 7. 2009]

44 PFLÜGER/ERTMANN, (Anm. 40), ZUM 2004, 441.

45 SCHRICKER in: HARTMER/DETMER (Hrsg), Hochschulrecht (2004), Kap. IX, Rn 107.

Er kann die Patentverwertung hindern, wenn er sich gegen die Offenbarung entscheidet. Der Gesetzgeber hat diese Regelung gerade mit Rücksicht auf die Wissenschaftsfreiheit als Publikationsfreiheit getroffen.⁴⁶ Der Bundesgerichtshof hat in einer vereinzelt Entscheidung gemeint, die Erben eines Wissenschaftlers treffe eine solche Andienungspflicht für »Grabungsmaterialien« – hat aber zugleich klargestellt, daß diese Andienungspflicht gerade nicht für das urheberrechtliche Werk gelte.⁴⁷

2. Auf den Autor kommt es an

Dadurch wird auch sichtbar, daß jede *open-access*-Strategie am Autor und dessen Rechten ansetzt. Die Verlage sind nur mittelbar betroffen, wenn und soweit sie keine Autoren mehr finden, die mit ihnen Verträge schließen. »Urproduzent« ist und bleibt der Autor. Wer immer dessen »Produkte« nutzen, also verwerten will, benötigt eine auf den Autor bezogene Legitimation. Daß die politische Diskussion sich auf die Verlage und deren – vermeintlich überholte – Geschäftsmodelle konzentriert, ist also ein systematischer Fehler.

Aber auch soweit der Autor in den Blick genommen wird, konzentriert sich dieser Blick auf dessen Verwertungsrechte. Entschließt sich der Autor zur Veröffentlichung über einen klassischen Verlag, ist die zeitgleiche oder auch spätere Veröffentlichung in einem Netzmedium ausgeschlossen, wenn der Verleger sich ein verstärktes Ausschließlichkeitsrecht ausbedungen hat. Praktisch heißt das: Nur ehrende Festschriftbeiträge – für die der Autor kein Honorar erhält und für die die Verlage bislang keine Zweitveröffentlichungsgrenzen vereinbaren – können nach § 38 Abs. 2 UrhG ohne weiteres nach einem Jahr zweitveröffentlicht werden. Mir gestattet der Beck-Ver-

46 Das betont die erste BGH-Entscheidung zur Neufassung des § 42 AN-ErfG: BGH vom 18. 9. 2007 – X ZR 167/05 »selbststabilisierendes Kniegelenk« – BGHZ 173, 356 = GRUR 2008, 150: Die geringfügige Wartezeit sei dem Hochschullehrer mit Blick auf das Verwertungsrecht der Hochschule zumutbar; zu Recht kritisch aus Sicht der Wissenschaftsfreiheit REETZ, Die Regelung des § 42 Nr. 1 ArbEG auf dem »verfassungsrechtlichen Prüfstand«, WissR 2008, 206.

47 BGH vom 27. 9. 1990 – I ZR 244/88 – BGHZ 112, 243 = NJW 1991, 1480; kritisch gegen jede Andienungspflicht SCHRICKER, Recht des Hochschullehrers an seinen Papieren, FS Lorenz (1991), 233ff., 240f.

lag auch die kostenfreie *online*-Veröffentlichung meiner vergüteten Zeitschriftenaufsätze auf meiner Institutshomepage – nach einem Jahr. Die Zeitschrift »Betriebsberater« ist bereit, für einen Preis von 50 € nebst 19% Umsatzsteuer die sofortige Sekundärveröffentlichung zuzulassen. Dieser Preis entspricht etwa einem Fünftel des Autorenhonorars.

Die urheberrechtlichen Diskussionsvorschläge für die anstehende Reform – der sogenannte »Dritte Korb« – zielen darauf, dem Autor ein zwingendes Recht zur Zweitveröffentlichung einzuräumen, das er dann im Sinne von *open access* nutzen soll.⁴⁸ Mit Nachdruck fordert die Allianz in ihrer Stellungnahme: »Als zwingende Regelung im Urhebervertragsrecht sollte wissenschaftlichen Autoren nach einer angemessenen Embargofrist ein unabdingbares und formatgleiches Zweitveröffentlichungsrecht für ihre Aufsätze und unselbständig erschienenen Werke eingeräumt werden. Dieses Zweitveröffentlichungsrecht, das für den Wissenschaftler keine Pflicht bedeutet, ist notwendig, um ihn in seiner Verhandlungsposition gegenüber großen wissenschaftlichen Verlagen zu stärken. Der Wissenschaftler erhält durch das Zweitveröffentlichungsrecht die Möglichkeit, selbst über den Grad der Sichtbarkeit seiner Forschungsergebnisse zu entscheiden. Er übt dabei in besonderer Weise das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus.«⁴⁹

Das ist zuerst ein rabulistischer »Trick«, weil der wissenschaftliche Autor (dem hier schon spöttisch Wissenschaftsfreiheit zugesprochen wird, der aber in der Allianzstellungnahme sonst nicht vorkommt) auf diese Weise entrechtet wird. Ihm würde das Recht genommen, einen Verlagsvertrag mit Ausschließlichkeitsklausel abzuschließen, der wiederum für den Verlag kalkulatorische Grundlage für die Buchausstattung sein kann.⁵⁰ Das kann wiederum bedeuten, daß eine bestimmte aufwendige Edition scheitert – weil es für den Verlag unsinnig ist oder scheint, die Edition zu finanzieren –, um sie nach einem Jahr ausstattungsgleich auf einer *homepage* zu sehen. Solche Beschränkungen eigener Privatautonomie kennt die

48 Der Vorschlag stammt von HANSEN, (Anm. 42), 382f.; und wird derzeit im Rahmen einer Anhörung zum »Dritten Korb« erneut diskutiert.

49 Die für *open access* eintretende Allianz hat ihre Stellungnahme leider bis zum 4. 8. 2009 nicht netzöffentlich gemacht!

50 Das erkennt PEIFER, (Anm. 42), 27: »Dem Urheber wird die Möglichkeit genommen, exklusive Positionen an einen Verwerter einzuräumen«.

Rechtsordnung zwar, etwa im Verbraucherschutz. Dort geht es um den Schutz des uninformatierten Verbrauchers vor sich selbst. Hier ist ein vergleichbarer Schutz des Autors vor sich selbst als Rechtfertigung nicht in Sicht:⁵¹ Weil der Autor nicht nur zwischen verschiedenen Wissenschaftsverlagen wählen kann, sondern weil ihm neuerdings gerade die Netzpublikation offensteht. Vielmehr soll seine Freiheit im Interesse Dritter beschränkt werden, vor allem der an kostenfrei-bequemer Nutzung interessierten Leser, aber auch derjenigen, die schon ein »Geschäftsmodell« zur Verwertung fremder freier Veröffentlichungen haben. Insofern ist es bezeichnend, daß dieses Zweitverwertungsrecht nur den staatsfinanzierten wissenschaftlichen Autoren zukommen soll, so als ob deren Bestallung etwas mit ihren Urheberrechten zu tun hätte. Im übrigen muß auch dem Professor die Möglichkeit offenstehen, ein in der Freizeit verfaßtes Werk »ausschließlich« als Buch zu veröffentlichen.

Verfassungsrechtlich ist dieses zwingende Zweitverwertungsrecht nur zulässig, wenn für diese Beschränkung der Publikationsfreiheit des wissenschaftlichen Autors ein anderer Belang von Verfassungsrang zur Verfügung steht. Er fehlt!

Wenn *open access* einen weltweit freien und kostenfreien Zugang zu allen wissenschaftlichen Publikationen schaffen soll, wird das als *Demokratisierung des Wissens* zur »Überwindung der digitalen Kluft« gegenüber armen Ländern stilisiert. Inhaltlich steckt kein Argument dahinter: Der niedrigschwellige Zugang zu Wissen und Information ist wünschenswert und macht die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs 1 S. 1 Grundgesetz effektiv – indem sie mehr »allgemein zugängliche Quellen« schafft.

Mit »Demokratie« im staatsverfassungsrechtlichen Sinn hat das nichts zu tun; es geht nicht um die Legitimation von Staatsgewalt durch das Volk.⁵² Die »Demokratisierung« geistiger Schöpfungsprozesse ignoriert die Trennung von Staat und Gesellschaft (und damit zugleich die von Recht und Moral) und unterwirft das schöpferische Individuum einem kollektiven Mehrheitswillen der Verbraucher. So weit trägt die »demokratische« Legitimation nicht. Kein Mehrheitswille rechtfertigt es, die geistige Schöpfung als individuellen Kom-

51 Auch wenn *habilis* und *debilis* im Wortstamm verwandt sind.

52 Sehr klar das Lissabon-Urteil des BVerfG vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. – NJW 2009, 2267 = www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html [2. 8. 2009], Rn 208ff.

munikationsakt zu verstaatlichen oder auch nur einem kommunitaristischen Allmende-Regime zu unterstellen. »Demokratie« in diesem nebulösen gesellschaftspolitischen Sinn ist ein inhaltsleerer Kampfbegriff, der vor allem einen Zweck hat: das eigene Anliegen kritikimmun zu stellen – wer mag schon »undemokratisch« sein?

Richtig ist allein, daß die Meinungsäußerungsfreiheit Grundvoraussetzung für ein demokratisches Gemeinwesen ist; im Kern handelt es sich aber um ein Individualgrundrecht.⁵³ Dementsprechend formuliert SCHOLZ für die Wissenschaftsfreiheit: Das »Grundgesetz konstituiert das Demokratieprinzip als Staatsform und nicht als konstitutionellen Bestandteil der freiheitlichen Gesellschaftsordnung«.⁵⁴ Ob Nutzern in anderen Staaten mit *online*-Veröffentlichungen aus Deutschland geholfen ist, weiß ich nicht. Ob in *Onagadougou* oder anderswo deutsche Netzveröffentlichungen zur Soteriologie⁵⁵ verstanden werden, bleibt fraglich. Das kann man als »digitale Entwicklungshilfe« oder als »Weltwissensgesellschaft« begrüßen – stets bleiben das wohlfeile politische Forderungen, für die zu fragen ist, wer die finanziellen und die Arbeitslasten tragen soll.

3. Entscheidend: Persönlichkeitsrecht und individuelle Wissenschaftsfreiheit

Das Urheberrecht hat in Deutschland – anders als das angelsächsische *copyright* – von Anfang an eine nicht-ökonomische Seite, gemeinhin als Urheberpersönlichkeitsrecht bezeichnet. Dieses Persönlichkeitsrecht steht unter besonderem Verfassungsschutz, für Wissenschaftler folgt dieser aus der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs 3 GG. Schon immer entspricht es der ganz herrschenden Meinung, daß der Wissenschaftler kraft seiner individuellen Wissenschaftsfreiheit entscheidet, *ob, wann, wo und wie er publiziert*:⁵⁶

– »Wissenschaft heißt der autonome geistige Prozeß planmäßiger, methodischer und eigenverantwortlicher Suche nach Erkenntnissen sachbezogen-objektiver Wahrheit sowie kommunikativer Ver-

53 Eindringlich: HERZOG in: MAUNZ/DÜRIG, GG, 53. Auflage 2009, Art. 5 Abs. 1, Rn 84ff.

54 SCHOLZ in: MAUNZ/DÜRIG, GG (Anm. 53), Art. 5 Abs. 3, Rn 153ff.

55 Christliche Erlösungslehre.

56 Zusätzlich zum folgenden: OPPERMANN in: ISENSEE/KIRCHHOF, Handbuch des Staatsrechts, VI, 2. Auflage (2001) § 145 Rn. 17; zur positiven Publikationsfreiheit auch REETZ, (Anm. 46), 210f.

mittlung solcher Erkenntnisse.« »Die Freiheiten von Forschung und Lehre sind absolut garantiert. Sie unterliegen *keiner Fremdbestimmung* sowie *keiner Zensur.*« »Im einzelnen schützt das Freiheitsrecht der Wissenschaftsfreiheit *in der Person des Wissenschaftlers* [...] c) die *Verbreitung, Publikation* bzw. sonstige, namentlich *lehrmäßige Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse.* [...] Zur Vermittlung und Verbreitung wissenschaftlicher Erkenntnisse gehören vor allem die literarische, lehrende sowie vortragmäßige Publikation. Als typische und schlechthin unverzichtbare Formen wissenschaftlicher Kommunikation unterfallen sie dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. III [...]. Hieran ändern auch wirtschaftliche Erträge nichts, die ein Wissenschaftler aus seiner Publikations- oder Vortragstätigkeit zieht. Denn diese sind für seine wissenschaftliche Tätigkeit und seine wissenschaftliche Erkenntnisvermittlung nicht zweckbestimmend.«⁵⁷

- »Geschützt sind insbesondere die freie Wahl von Fragestellungen und Methodik, die gesamte praktische Durchführung eines Forschungsprojekts sowie die Bewertung der Forschungsergebnisse und ihre Verbreitung.« »Der Forscher ist *grundsätzlich frei, über Ort, Zeitpunkt und Modalitäten der Publikation seiner Forschungsergebnisse selbst zu entscheiden.*«⁵⁸
- »Die Wissenschaftsfreiheit umfasst das Recht des Wissenschaftlers zur Veröffentlichung seines Werkes, durch die allein es wirken, der wissenschaftlichen Kritik ausgesetzt, als Grundlage weiterer Forschungen dienen und damit den Fortgang der Wissenschaft anregen kann.«⁵⁹
- »Zur wissenschaftlichen Forschung gehören die Entscheidungen über die Fragestellung, die angewandte Methode und *Verbreitung* des Forschungsergebnisses, ggf. auch des Forschungsvorganges.«⁶⁰
- »Dadurch sind vor allem die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entschei-

57 SCHOLZ in MAUNZ/DÜRIG, (Anm. 53), Art. 5 Abs. 3, Rn 101, 112, 83f. Hervorhebung jeweils im Original!

58 FEHLING in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, 141. Auflage (2009), Art. 5 Abs. 3, Rn. 72, 74 (Hervorhebung im Original)

59 PERNICE in: DREIER, GG Kommentar Band I, 2. Aufl. (2004), Art. 5 Abs. 3, Rn. 28.

60 STARCK in: VON MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG Kommentar, Band I, 5. Aufl. (2005), Art. 5 Abs. 3, Rn. 361. Hervorhebung von mir.

dungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe, die Fragestellung, die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung der Forschungsergebnisse und ihre *Verbreitung* geschützt.«⁶¹

- Besonders deutlich formuliert das SCHRICKER in seiner Ablehnung jedweder »Anbietungspflicht des Hochschullehrers [...] Vor allem würde sie der Publikationsfreiheit zuwiderlaufen, die einen Ausfluß der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG bildet: Es unterliegt der selbständigen Entscheidung des Hochschullehrers, diejenigen Ergebnisse auszuwählen, die er der Öffentlichkeit mitteilen will; er kann das Medium sowie die Modalitäten der Mitteilung frei bestimmen.«⁶² Eben deswegen wird der Vorschlag von PFLÜGER und ERTMANN,⁶³ den wissenschaftlichen Autor durch eine gesetzliche Andienungspflicht zu *open access* zu verpflichten, richtig als verfassungswidrig verworfen.⁶⁴

Dabei kann man sich – wie dies typisch für Juristen ist – noch kategorial fragen, ob die Vermittlung von Forschungserkenntnissen durch wissenschaftliche Veröffentlichungen noch Forschung oder schon Lehre ist (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 1, Abs 3 Satz 1 HRG).⁶⁵ Weil Art. 5 Abs. 3 GG beides in gleicher Weise schützt, kommt es hierauf nicht an.

Die Gegenposition wurde immerhin schon vertreten. HELMUT SCHMIDT meinte einmal: »In einer demokratischen Gesellschaft ist Durchsichtigkeit, ist Transparenz von Wissenschaft und Forschung eine Bringschuld! Nicht Holschuld für 60 Mio. Bürger, sondern Bringschuld der Wissenschaftler und Forscher selbst!«⁶⁶ Daraus hat ein Autor die These entwickelt, Art. 5 Abs. 3 GG sei von vornherein auf Publikation ausgerichtet, so daß der Forscher in der Entscheidung, eine Erkenntnis nicht zu publizieren, nicht geschützt sei. »Forschungsaktivitäten verdienen nur dann und insoweit den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG, als ihre Ergebnisse der Diskussion und Kritik der

61 WENDT in VON MÜNCH/KUNIG, GG, 5. Aufl. (2000), Art. 5, Rn. 103.

62 SCHRICKER, (Anm. 47), 242.

63 PFLÜGER/ERTMANN (Anm. 40), 441; in diese Richtung auch noch PEIFER, (Anm. 40), 360.

64 So auch HANSEN, (Anm. 42), 379; PEIFER, (Anm. 40), 27.

65 Dazu SCHRICKER, (Anm. 45), Kap. IX, Rn 107.

66 »Verantwortung der Forschung für die Zukunft der Gesellschaft«, in: Bulletin der BReg. Nr. 72 vom 8. 7. 1977, 673, 676.

scientific community und einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Art. 5 Abs. 3 GG gewähre kein Recht des Wissenschaftlers auf Verschweigen seiner Erkenntnisse, vielmehr eine ›Obliegenheit‹ zu deren Mitteilung und Diskussion. Forschung sei dann und nur dann wissenschaftlich i. S. d. Art. 5 Abs. 3 GG, wenn sie mit ›Lehre‹ in einem weit verstandenen Sinn, mit der Veröffentlichung ihrer Resultate verbunden sei. Dies mündet in die Annahme eines Junktim, einer tatbestandlich-konditionalen Verknüpfung der Wissenschaftsemanationen Forschung und Lehre.⁶⁷

Jener Autor, der übrigens praktisch keine Gefolgschaft erlangt hat, weil eine solche Publikationsobliegenheit nicht durchsetzbar ist, betont selbst das »dialogische Element« der Wissenschaft.⁶⁸ Mit FICHTE konstatiert er einen *überindividuellen Wissenschaftszweck*: »Der Mittheilungsfertigkeit bedarf der Gelehrte immer; denn er besitzt seine Kenntniss nicht für sich selbst, sondern für die Gesellschaft.«⁶⁹ Unser Autor kann gleichwohl nicht als Kronzeuge für *open access* dienen. Ihm geht es nur gegen das Verschweigen von Erkenntnis und gegen die Monopolisierung von Wissen – nie aber um konkreten Publikationszwang, im Gegenteil: »Die Entscheidung über die *Form* der Veröffentlichung bleibt dem Wissenschaftler überlassen. Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistet ihm die freie Wahl des Publikationsmediums.«⁷⁰ Immerhin meint er, der Forscher habe die Pflicht, zeitnah zu veröffentlichen – hat dabei allerdings das Bundesverfassungsgericht gegen sich. Dieses konstatiert richtig, daß allein der Wissenschaftler entscheiden kann, zu welchem Zeitpunkt er seine Forschungsarbeit für veröffentlichungsreif hält.⁷¹

Ganz ähnlich und allen Ernstes meint PEIFER, daß jedes Werk auf Werken anderer Autoren aufbaut (»Zwerge auf den Schultern von Riesen«) und dies eine »gegenüber dem Eigentum gesteigerte Sozial-

67 DICKERT, *Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit* (1991), 271; zustimmend PERNICE in: DREIER, *GG Kommentar*, Band I, 2. Aufl. (2004), Art. 5 Abs. 3, Rn. 28, 31.

68 DICKERT, (Anm. 67), 285.

69 FICHTE, *Über die Bestimmung des Gelehrten* (1794), in: *Werke* (1845/1846) Bd. VI 30; auch im Netz: www.zeno.org/Philosophie/M/Fichte,+Johann+Gottlieb/Einige+Vorlesungen+über+die+Bestimmung+des+Gelehrten/4.+Ueber+die+Bestimmung+des+Gelehrten [4. 8. 2009]

70 DICKERT, (Anm. 67), 293.

71 BVerfG vom 1. 3. 1978 – 1 BvR 333/75 u.a. – BVerfGE 47, 327, 383 = NJW 1978, 1621.

pflichtigkeit« begründe.⁷² Darin sieht er eine Rechtfertigung, das Urheberrecht stärker utilitaristisch zu sehen und weniger als Naturrecht. Aber all dies kreist wieder um Erlöse, Preise und Vergütungen – konzentriert sich auf die Verwertung des geistigen »Eigentums«⁷³ und ignoriert die individuelle höchstpersönliche und eben eigentumsfremde Werkherrschaft des Autors als Fixpunkt. Eine akademische Sternstunde bereitet in diesem Zusammenhang der wissenschaftliche Dienst des Bundestages, dessen Erörterung die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG nicht einmal erwähnt.⁷⁴

Die spätere wissenschafts- und hochschulrechtliche Diskussion hat eine deutliche Verschiebung des Akzents erbracht. *Wissenschaftsfreiheit ist und bleibt Individualfreiheit. Sie ist kein »Funktionsgrundrecht«*, das dem Wissenschaftler nur verliehen ist, damit er (richtig) funktioniert, also als Rädchen im Rahmen einer »öffentlichen Aufgabe« wirkt.⁷⁵ Solches ist im Kern völkisches Rechtsdenken, das die Rechtsstellung des Einzelnen aus seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft ableitet und dementsprechend unter kollektiven Nützlichkeitsvorbehalt stellt. Daß die Wissenschaftsfreiheit auch dritt- und gesellschaftsnützig wirkt, heißt gerade nicht, daß die Freiheit mit einem allgemeinen Sozial- oder Gemeinwohlvorbehalt ver-

72 PEIFER, Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung – Einführung und Bilanz, in: DEPENHEUER/PEIFER (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? (2008), 1ff., 13.

73 »Eigentums- und marktlastig« auch PEIFER, (Anm. 40), 327, insbes. 332ff.

74 Skurril: CLOES/SCHAPPERT, Das Für und Wider der urheberrechtlichen Diskussion im Zusammenhang mit dem »Heidelberger Appell«, »Infobrief« des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, WD 10 - 3000 - 068/09, www.bundestag.de/wissen/analysen/2009/heidelbergerappell.pdf [5. 8. 2009], die meinen Beitrag aus der FAZ zitieren, aber das verfassungsrechtliche Kernargument nicht wahrnehmen. Das darf »Ideologie im Wissenschaftsdienst« genannt werden – mit allen Deutungsanklängen. »Beachtlich« ist insbesondere das Literaturverzeichnis dieser »Untersuchung«, das sich im wesentlichen auf Tageszeitungsartikel beschränkt und nicht ansatzweise auch nur das urheberrechtliche Schrifttum auswertet (wie dies hier geschehen ist).

75 In diese Richtung aber HANSEN, (Anm. 42), 380.

sehen ist. Im Gegenteil: Anders als die allgemeine Handlungsfreiheit ist die Wissenschaftsfreiheit als schrankenloses Individualgrundrecht konzipiert.

Mit FINK und SCHIEDERMAIR⁷⁶ ist festzuhalten: Daß eine Freiheit einen dienenden Zweck hat, daß also nicht der selbstherrliche Wissenschaftler geschützt ist, heißt gerade nicht, daß der Einzelne in den Dienst genommen werden kann. Umgekehrt stellt sich der Nutzen freier Wissenschaft nur ein, »wenn der Prozeß der Erkenntnisgewinnung sich frei, also ohne Beeinflussung durch den Staat oder eine seiner Untergliederungen vollzieht.«⁷⁷ Die Offenheit der Forschung wird allein durch die individuelle Forschungsfreiheit gesichert. Zum Prozeß freier Erkenntnisgewinnung rechnet gerade die Publikationsform. Mit ihr legt der wissenschaftliche Autor die Art und Weise fest, wie er mit seinem Publikum kommuniziert. *Ein Staat, der wissenschaftliches Publikationsverhalten steuern will, greift in die Freiheit der Forschung ein, stört die Kommunikation.*

Dazu aber hat er kein Recht, weil weder die Hochschulen noch die Forschungseinrichtungen ihre institutionelle Forschungsfreiheit im Sinne eines »Besserwissens« gegen den Forscher in Stellung bringen können. Das haben Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht übereinstimmend entschieden: Die Universität selbst mag aus Art. 5 Abs. 3 GG einen Flankenschutz für sich ableiten, vor allem in organisatorischen Fragen, für die Selbstverwaltung. Dieser rechtfertigt keine Beschränkung der subjektiven Wissenschaftsfreiheit des an der Universität tätigen Wissenschaftlers⁷⁸ – schon weil das Selbstverwaltungsrecht der Hochschulen dienende Funktion hat und als Sekundärgarantie auf die Sicherung der individuellen Forschungsfreiheit zielt.⁷⁹ Es ging

76 FINK, Der Hochschulverfassungsstreit, WissR 1994, 126, 134; SCHIEDERMAIR, Universität als Selbstverwaltungskörperschaft? WissR 1988, 1, 12f.

77 FINK, (Anm. 76), 134; ebenso SCHOLZ in MAUNZ/DÜRIG, (Anm. 53), Art. 5 Abs. 3, Rn 82, 131ff.

78 BVerwG vom 11. 12. 1996 – 6 C 5/95 – BVerwGE 102, 304 = NJW 1997, 1996 unter Berufung auf FINK, WissR 1994, 126ff., 134. Bestätigt durch BVerfG (Kammer) vom 8. 8. 2000 – 1 BvR 653/97 – NJW 2000, 3635.

79 Mit umfangreichen Nachweisen SCHMIDT-ASSMANN, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AÖR 116 (1991), 329, 381f.

dort um die Bewertung wissenschaftlichen Fehlverhaltens als »unseriös« – die der Universität verwehrt ist. Das mündete notwendig in eine mit der Wissenschaftsfreiheit unvereinbare Wissenschaftszensur oder Wissenschaftsaufsicht. Während bei Presseerzeugnissen die Tendenzfreiheit dem Verleger und nicht dem Redakteur zukommt, ist dies in der Wissenschaft anders: Grundrechtsträger der subjektiven Wissenschaftsfreiheit ist zuerst der Wissenschaftler als Individuum. Wenn aber die Universität dem Wissenschaftler schon keine Seriositätsvorgaben machen kann – dann auch keine Veröffentlichungsvorgaben.

Hier lassen sich nur Marginalien korrigieren; etwa ist es denkbar, einen Professor an einer Fernuniversität zu verpflichten, schriftliches Lernmaterial zu verfassen.⁸⁰ Das betrifft aber nur die Lehre gegenüber den Studenten und nicht die Frage, wie Wissenschaftskommunikation stattzufinden hat. Erst recht ist es ausgeschlossen, eine allgemeine Hochschulaufgabe »Wissenstransfer« zu (er)finden und hieraus Publikationspflichten abzuleiten. Der Wissenstransfer durch Hochschulen hat keinen Verfassungsrang, der die Einschränkung der höchstpersönlichen Medienwahlfreiheit deckte.⁸¹

4. Wissenschaftsfreiheit als Kommunikations- und Medienfreiheit

Wie die Kunstfreiheit zielt auch die Wissenschaftsfreiheit auf kommunikative Interaktion zwischen wissenschaftlichem Autor und seinem Publikum. BOSSE, dessen Band »Autorschaft ist Werkherrschaft« diesem Buch nur im Namen als Vorbild dient,⁸² hat bereits auf diesen Umstand hingewiesen. Publizieren ist Kommunizieren; Urheberrecht und Wissenschaftsfreiheit sichern, daß der *Sprechakt des Autors unter seiner (Werk-)Herrschaft* bleibt. SCHRICKER betont richtig, daß die Wissenschaftsfreiheit als Publikationsfreiheit eben diesen Aspekt des Urheberpersönlichkeitsrechts – nach § 12 UrhG zu bestimmen, ob und wie das Werk zu veröffentlichen ist –,⁸³ garantiert, umfaßt und damit dem gemeinwohlnützigen Zugriff entzieht.

80 Vgl. SCHOLZ in: MAUNZ/DÜRIG, (Anm. 53), Art. 5 Abs. 3, Rn 174.

81 Dazu REETZ, (Anm. 46), 228ff.

82 BOSSE, Autorschaft ist Werkherrschaft. Über die Entstehung des Urheberrechts aus dem Geist der Goethezeit (1981).

83 SCHRICKER, (Anm. 45), Rn 107.

Für diesen Kommunikationsvorgang ist die Entscheidung über das Medium und die mit ihr einhergehende Entscheidung über die Adressaten, also das eigene Publikum elementar.

- Wenn ein Wissenschaftler einen Vortrag hält, dann steht die Entscheidung, ob dieser Vortrag aufgenommen und als *podcast* im Netz veröffentlicht wird, allein bei ihm. Schon der Mitschnitt ohne sein Einverständnis ist eine Straftat; die Veröffentlichung verletzt sein Urheberrecht und seine Wissenschaftsfreiheit. Der Wissenschaftler selbst entscheidet, ob sein gesprochenes und flüchtiges Wort als Konserve zugänglich sein soll. Ein Vortrag mit anschließender Diskussion vor einem anwesenden Publikum, das sich nur Notizen machen kann, ist grundverschieden von einer immer wieder abrufbaren Audio-Veröffentlichung im Netz. Wo und wie der Wissenschaftler seinen freien Gedanken frei äußert, das entscheidet allein er. Und auch die Universität oder Forschungseinrichtung, an der der Wissenschaftler tätig ist, kann von ihm nicht verlangen, daß er jeden Vortrag als Audio-Datei an das Universitätsradio abliefern. Dann könnte der Wissenschaftler womöglich *nicht mehr so frei sprechen, wie er selbst das will* – gerade weil er aufgenommen wird. Erst recht ist niemand befugt, den Vortrag aufzuschreiben und als Schriftversion zu veröffentlichen. Auch das entscheidet allein der Autor.
- Einsichtiger noch wird das an einem Beispiel aus der Kunst: Ob ein Photo eines Werkes der bildenden Kunst ins Netz gestellt oder in einem Buch abgedruckt werden darf, das entscheidet der Künstler. Das Photo eines Gemäldes oder einer Skulptur wirkt anders als das Original. Ausnahme ist allein die enge Katalogbildfreiheit des § 58 UrhG.

Diese Erkenntnis auf Texte und ihr Medium zu übertragen, ist nicht für jeden einsichtig. Text ist Text? Wer mit Texten arbeitet, wer selbst schreibt, weiß, daß das (geschriebene) Wort nicht mit der in ihm enthaltenen Information identisch ist. Der Empfänger und sein Horizont bestimmen den Textinhalt – auf hermeneutische Grundfragen soll aus Platzgründen nicht eingegangen werden. Schon deshalb heißt Informationsfreiheit nicht: beliebige Textzugriffsfreiheit. Vielmehr geht es um einen *Kommunikationsvorgang*, der von der Wahrnehmung des Empfängers abhängt. Das heißt: Medium und Adressat bestimmen den Informationsgehalt. *Was ich sagen will, hängt davon ab, wem und wie, also mit welchem Medium ich es sagen kann.*

Für Schreib-Bewußte macht es einen Unterschied, ob ein Text auf Papier gedruckt ist – oder am Bildschirm zu lesen ist:⁸⁴ Der Unterschied gründet in der *Körperlichkeit des Mediums* (der Bildschirm leuchtet und strengt damit besonders an), im Bild-Format (weswegen pdf-Seiten, die allein Werktreue garantieren,⁸⁵ für Bildschirmlesbarkeit abgelehnt werden) und in der *Erwartungshaltung des online-Lesers*, der im Netz nach Informationshappen und -häppchen sucht, der den Bild-Schirm als Bild wahrnimmt, Text *scannt* und nicht liest, sondern mit der Hilfe des Autors (*useability, readability*)⁸⁶ durch den Text geführt werden will. Dagegen setzt der Papierautor auf ein aufgeklärte(re)s Publikum, das bereit ist, sich beim Lesen und Verstehen anzustrengen, komplexe strukturierte Texte mit komplexen Informationen aufzunehmen und sich das Verstehen zu erarbeiten (studierendes oder literarisches Lesen – im Unterschied zur kursorischen Textwahrnehmung am Bildschirm).

Lesen am Bildschirm ist grundlegend anders als von bedrucktem Papier. Ob die technische Entwicklung neuer Lesegeräte mit einem »elektronischen Papier« (*e-paper* wie beim *Kindle*) diese Unterschiede reduziert, wird man sehen. *Aber das Urteil darüber, welches Medium der Botschaft frommt, trifft allein der Autor.* Seine Wissenschaftsfreiheit ist – wie jede Freiheit – auch die zur Unvernunft. Selbst wenn das Netz die nach welchen Maßstäben immer bemessene bessere Wahl ist – darf doch der wissenschaftliche Autor unver-

84 Dazu HESSHEIMER, Buch Oder Computer – Modern Oder Klassisch, www.medien.ifi.lmu.de/fileadmin/mimuc/mmi_wso304/exercise/aufsaeetze/Peter_Hessheimer.html [3. 8. 2009]; BOESKEN, Lesen am Computer – Mehrwert oder mehr Verwirrung? *Jahrbuch für Computerphilologie* 4 (2002), 85ff. = <http://computerphilologie.tu-darmstadt.de/jgo2/boesken.html>; [3. 8. 2009]; HAARLÄNDER, Lesen im Cyperspace – Bildschirm gegen Mensch, www.medien.ifi.lmu.de/fileadmin/mimuc/mmi_wso304/exercise/aufsaeetze/Markus_Haarlaender.html [3. 8. 2009]. Alles zugleich Beispiele für problematische Textdarstellung am Bildschirm. Weiter JOHN DONATICH (Director of Yale University Press), *Why Books Still Matter*, *Journal of Scholarly Publishing*, Vol. 40. 4 (2009), 329.

85 REUß, *Textkritische Editionen und Dateiformate. Notizen*, *Jahrbuch für Computerphilologie* 1 (1999), 101ff.

86 Dazu etwa BEISSWENGER/STORRER, *Hypermedia-Texte I: Übersicht*, www.hypermedia-texte.de/hyper1/text.html [3. 8. 2009].

nünftig sein und braucht sich nicht bevormunden zu lassen. Bedenklich ist es deshalb, wenn HANSEN meint, die Wissenschaftsfreiheit sei »zudem dann betroffen, wenn ein Zwang zur Veröffentlichung in einem nicht wissenschaftsadäquaten Organ etabliert wird, einer Zeitschrift oder einem Repositorium also, das unter Umständen nicht wissenschaftlichen Standards und Ansprüchen genügt.«⁸⁷ Was »wissenschaftsadäquat« oder dem Autor sonstwie zumutbar ist, das entscheidet indes keine Wissenschaftsinstitution und auch kein Wissenschaftsrecht – das entscheidet der Autor mit seiner Medienwahl-freiheit.

Für Schreib-Bewußte macht es einen Unterschied, ob ein Text allein steht (Monographie) oder als Beitrag in einem Sammelband mit anderen Beiträgen »korrespondiert« und einen Kontext herstellt. Es müßte sich nur einmal ein OA-Autor mit weitgehender *creativecommons*-Lizenz in einem gedruckten oder *online*-publizierten Werk in der Nachbarschaft von rassistischen oder antisemitischen Texten wiederfinden. Schon entstünde ein Subtext, der ihm nicht mehr zuzurechnen ist, der seine Aussage verfälscht und in dieser Publikationsform von ihm nicht gemeint und nicht gewollt gewesen ist. Ob ein Autor sich dieser Gefahr aussetzen will, das muß und darf er selbst entscheiden. Auch die Universität hat hier nichts anzuordnen. Zu denken ist schließlich an Werbung im Zusammenhang mit der *online*-Veröffentlichung. *Google* finanziert sich hierdurch und wird irgendwann Werbung auf *Google Scholar* einsetzen. Die immensen Kosten für *online*-Repositorien werden selbst Betreiber von Hochschulservern hierüber nachdenken lassen (man vergleiche die aktuelle Zulassung von Schleichwerbung im gebührenfinanzierten Fernsehen). Ob ein Mediziner seinen Aufsatz neben einer – einschlägigen – Medikamentenwerbung sehen möchte, das darf nur er entscheiden.

Die Idee, eine *OA-Datenbank sei als Medium neutral*, ist abseitig. Es gibt schlechterdings keine Bedeutungsneutralität. Das hängt auch damit zusammen, daß *jedes Medium sein Publikum* hat. Der Wissenschaftler, der in einer etablierten Fachzeitschrift schreibt, wendet sich auf diese Weise an ein bestimmtes, typischerweise fachkundiges Publikum. Wenn ich in einer theorielastigen Archivzeitschrift schreibe, erreiche ich fast nur Wissenschaftler – und will vielleicht gerade dies erreichen. Wenn ich in einer vornehmen Zeitschrift

87 HANSEN, (Anm. 42), 379.

wie der »JuristenZeitung« publiziere, treffe ich auf ein juristisch gebildetes Publikum, für das ich anders schreibe, als in einer arbeitsrechtlichen Praktikerzeitschrift. Der wissenschaftliche Autor darf »verschlungene Rezeptionswege«⁸⁸ gehen.

Netzpublikationen haben in diesem Sinne kein beschränktes Publikum – die Lektüre steht jedermann offen. Auch Fachkunde kann weder erwartet noch vorausgesetzt werden. Ob der Wissenschaftler eben dies will – eine wissenschaftliche Botschaft »an die Netzwelt«, das entscheidet er allein. Nützlichkeitsabwägungen spielen auf dieser Ebene keine Rolle. Jede Publikationspflicht nimmt dem Autor das Recht, sich – wenn man so will »elitär« – an ein Sonderpublikum zu wenden. Stattdessen wird er zwangsweise auf die Internetöffentlichkeit verpflichtet und kann allenfalls noch durch Sprachwahl und Sprachstil selektieren. Begreift man Wissenschaft als Kommunikation, folgt daraus:

- Erstens wird deutlich, warum die These vom Verbrauch des Veröffentlichungsrechts durch »Inverkehrbringen« so falsch ist. Die Publikation ist kein einseitiger Verlautbarungsakt, *kein Schlußstein im Gedankengewölbe des Forschers*, sondern Interaktionsakt auf dem Weg zu weiterer Erkenntnis. Man wird gerade umgekehrt sagen müssen, daß die *online*-Publikation als Funk und Fernsehen vergleichbare Sendung – § 19a UrhG spricht unbeholfen von »öffentlicher Zugänglichmachung« – weniger endgültig ist als das Inverkehrbringen eines Buches. Denn solche Sendung läßt sich als Dauerverbreitungsakt unterbinden. Mithin kommt jedem Autor das unveräußerliche Persönlichkeits-Recht zu, eine *online*-Veröffentlichung wegen gewandelter Überzeugung zu widerrufen, § 42 UrhG. Dagegen kann kein Repository die Beständigkeit seiner Sammlung ins Feld führen.⁸⁹ Die urheberrechtliche Erschöpfung des § 17 Abs. 2 UrhG (vgl. auch § 24 MarkenG) betrifft nur die Verbreitung in der vom Autor gewählten Publikationsform – ein Weiterverbreitungsrecht in anderen nicht autorisierten Formen kann es nicht geben.

88 LÜTTEKEN, »Heidegger hätte Evaluation kaum überstanden«, unijournal [Universität Zürich] 6/08, 11 = www.kommunikation.uzh.ch/publications/unijournal/archiv/unijournal-2008-6.pdf [3. 8. 2009].

89 Vgl. aber in Leitlinie 3 des Heidelberger Dokumentenservers HeiDOK: »Die einmal endgültig publizierten Dokumente können nicht mehr verändert bzw. gelöscht werden.« http://archiv.ub.uni-heidelberg.de/volltextserver/doku/heidok_publ.php?thema=leitlinien&la=de, [4. 8. 2009].

- Zweitens erhellt dies, weswegen *open access* in der Wissenschaftswirklichkeit so unterschiedlich greift. Für den Naturwissenschaftler ist die Veröffentlichung namentlich von experimentellen Ergebnissen und Schlußfolgerungen stärker faktenorientiert, beschreibend und damit »verlautbarungsfähiger«. Für Geisteswissenschaftler ist die Veröffentlichung diskursiver angelegt. Unsere Argumente können sich nicht so sehr auf Fakten stützen, verlautbaren keine naturwissenschaftliche Wahrheit mit gewissem Absolutheitsanspruch. Wir suchen den Austausch mit unserem Publikum, suchen einen diskursiven Resonanzboden, erwarten ein Bestreiten, ein Anderssehen, eine dialogische Spannung – eben den *polemos* im Heraklitschen Sinne. Die Veröffentlichung ist in diesem Bereich viel stärker zweiseitig angelegt, bezieht einen konkreten Adressatenkreis ein. Und daß *open access* durch Netzpublikation hier deutlich weniger Erfolg hat, sollte wissenschaftstheoretisch zu denken geben.

Solange ich das wissenschaftliche Publikationsgeschehen einer weltumspannenden überindividuellen »Wissensgesellschaft« zuordne, lassen sich *open-access*-Ideen wunderbar begreifen. Hier wird das Individuum durch einen kommunitaristischen Ansatz »überwunden«. Die Enteignung des Wissenschaftlers betrifft aber nicht so sehr sein geistiges Eigentum in Form der Verwertungsrechte. Jeder *open-access*-Zwang oder -Druck nimmt dem Wissenschaftler seine individuelle Sprache, sein Kommunikationswerkzeug. Und ist damit ein unerträglicher Eingriff in seine individuelle Kommunikationsfreiheit und behindert den staatsfreien ungestörten wissenschaftlichen Dialog. Freie Interaktion heißt freie Medienwahl.

Der *open-access*-Bewegung bleibt wie jeder neuen Idee die Last der Überzeugungsarbeit nicht erspart. Daß große Wissenschaftsorganisationen und ihre Funktionäre in der »Allianz« schon vom Segen der freien Netzveröffentlichung überzeugt sind – reicht eben nicht. Überzeugt werden müssen die Autoren als »Urproduzenten« und Kommunikanten. Dementsprechend halte ich nicht nur unmittelbare Publikationspflichten für rechtswidrig. Auch mittelbarer Druck durch Ungleichbehandlung des Wissenschaftlers nach dem Medium, das er wählt, ist Unrecht. Die staatsfinanzierte DFG mag besondere *open-access*-Projekte fördern – auch im Sinne einer Anschubfinanzierung. Wollte sie aber jedwede Förderung von Forschungsprojekten davon abhängig machen, daß das Forschungsergebnis *online* verfügbar ist, wäre dies eine Abstrafung derjenigen, die sich unter dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit für eine traditio-

nelle Publikationsform entschieden haben. Arbeitsrechtler nennen das Diskriminierung oder Maßregelung. Das Maßregelungsverbot folgt aus der Wissenschaftsfreiheit Art. 5 Abs. 3 GG; es bindet Universitäten, Großforschungseinrichtungen und DFG unmittelbar.

»Beispielhaft« in eben diesem Sinne maßregelt die EU in ihrem Pilotprojekt »Open Access«⁹⁰ wissenschaftliche Autoren, denen sie eine Netzpublikation als Fördervoraussetzung abverlangt und die sie mit rechtlich angreifbaren Musterbriefen an »Herausgeber« – gemeint sind Verleger – zum Vertragsbruch anleitet: Wenn nämlich der Verleger die von der Union vorformulierte Zusatzvereinbarung ablehnt, so soll in der Veröffentlichung die Gleichwohl-Zustimmung liegen. Das verstößt gegen das deutsche Recht der AGB-Kontrolle (§ 308 Nr. 5 BGB) und belegt, daß die Rechtsordnung für *open-access*-Strategen nur ein lästiges Hindernis ist.⁹¹ Dort heißt es: »Zur Vervollständigung seiner Unterlagen bittet der Autor den Herausgeber, ein Exemplar dieses Zusatzes zu unterzeichnen und an ihn zurückzusenden. Sollte der Herausgeber den Artikel jedoch in der Zeitschrift oder in anderer Form ohne vorherige Unterzeichnung dieses Zusatzes veröffentlichen, so ist dies als Zustimmung des Herausgebers zu den Bestimmungen dieses Zusatzes anzusehen.«

5. Schranken der Medienwahlfreiheit

Die Wissenschaftsfreiheit ist im Grundgesetz vorbehaltlos gewährleistet – weswegen nur »verfassungsimmanente Schranken« die Medienfreiheit des Autors reduzieren können. Solche sind grundsätzlich nicht in Sicht – weil es kein Verfassungsrecht der Öffentlichkeit auf »Publikationsversorgung« gibt. »Digitalisierungswünsche der Öffentlichkeit«, der womöglich auch »digitale Bildungsauftrag« der Universitäten oder gar der Wunsch nach Förderung der Medienkompetenz tragen das nicht. Sie können rechtspolitisch für eine Beschränkung des Urheberrechts ins Feld geführt werden (wie sie die Multimediariichtlinie 2001/29/EG vorsieht und der deutsche Gesetzgeber mit seinen »Körben« betreibt) – den Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit des Autors decken sie nicht. Insofern darf nur

90 http://ec.europa.eu/research/science-society/open_access [10. 8. 2009].

91 http://ec.europa.eu/research/science-society/document_library/pdf_06/model-cover-letter-for-amendment_de.zip und http://ec.europa.eu/research/science-society/document_library/pdf_06/model-amendment-publishing-agreement_de.zip [10. 8. 2009].

daran erinnert werden, daß jeder lebende deutsche Autor seiner »Schulbuchverwurstung« entgehen kann, indem er die bewährte Rechtschreibung für sein Werk einfordert. Der Bildungsauftrag der Schulen rechtfertigt keine Werkentstellung durch Schreibumstellung. Und ebensowenig muß ein Papierautor es hinnehmen, daß sein Werk im universitären Unterricht als digitalisierte und unautorisierte Version einen wiederum entstellenden Medienwechsel erleidet.⁹²

Allerdings endet die Medienfreiheit technisch beim Leser. Fertigt dieser einen Privatscan und liest diesen *online*, so ist das dem Autor nicht mehr zurechenbar. Auch wenn Sehbehinderte sich solche Texte vom Computer entweder vorlesen oder in Brailleschrift ausgeben lassen, liegt diese Modifikation auf Nutzerseite. Indes wäre es unzulässig, würden Blindenverbände eine Publikation ablesen lassen und als Hörbuch oder *podcast* vertreiben. Auch wenn damit nur die Bedürfnisse der sehbehinderten Nutzer »kollektiviert« würden, erlange ein solcher Blindenverband doch Verlagsfunktion. Und damit griffe er in die Medienwahlfreiheit des Autors ein.

Vor diesem Hintergrundgrund überaus problematisch ist das Vorhalten von online-Kopien auf Lesegeräten in den Bibliotheken nach § 52b UrhG. Wissenschaftliche Veröffentlichungen verlangen nach einem Autor, der als Person die Verantwortung für seinen Text trägt. Die Bibliothek agiert nicht als privater Nutzer; vielmehr schafft sie einen zusätzlichen »Medienkanal«, der dem Studenten die Last abnimmt, das Buch zu suchen und aufzuschlagen. Erst recht ist es der Bibliothek verwehrt, den *scan* mit einem Texterkennungsprogramm zu »behandeln« und so einen digitalen Text zu verbreiten. Meines Erachtens nimmt die Bibliothek hier schon eine zwar beschränkte, aber doch digitale Verlegerfunktion wahr, der der jeweilige Autor zugestimmt haben muß. Ich jedenfalls möchte nicht erleben, daß eine technisch fehlerhafte Bildkopie (mit dem Daumen des Bibliothekars), ein mit Blick auf die Dateigröße »grobkörnige« Auflösung oder gar eine unprofessionelle Texterkennung mein Werk entstellt. Ich halte deshalb § 52b UrhG für einen Eingriff in die von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Medien(wahl)freiheit wissenschaftlicher Autoren. Eine Rechtfertigung ist nicht in Sicht. Wünschenswert ist es deshalb, die Frage der Verfassungsgemäßheit des § 52b UrhG vor dem Bundesverfassungsgericht zu klären.

92 Vgl. aber PEIFER, (Anm. 40), 359, für den das wiederum nur eine »Marktfrage« ist.

Auch wer jene Norm womöglich für »gerade eben noch« nutzerorientiert hält, darf sie nicht erweiternd auslegen und damit das Medienwahlrecht des Autors über das vom Gesetzgeber legitimierte Maß ausdehnen. Gegen diesen Grundsatz der grundrechtsfreundlichen Auslegung verstößt das Landgericht Frankfurt, wenn es diese Eingriffsnorm erweiternd dahin auslegt, daß die Digitalisate an den Arbeitsplätzen ausgedruckt werden dürfen, kraft »Annexkompetenz«.⁹³ Und erst recht wäre die – vom LG Frankfurt richtig untersagte – Datenweitergabe über USB-Stick oder gar einen *online-download* der Bilddateien eine verfassungswidrige Überdehnung des problematischen Eingriffstatbestandes.

Das ist einmal mehr Zeichen des sachwidrig auf das Urheberrecht als Verwertungsrecht verengten Blickes.

Fazit

Urheberrecht und Wissenschaftsfreiheit schützen bei wissenschaftlichen Publikationen in erster Linie das Persönlichkeitsrecht des Autors – mit den Verwertungsrechten im Sinne geistigen Eigentums hat das nichts zu tun. Das verkennt jede Diskussion um Kosten und Geschäftsmodelle. Die Wissenschaftsveröffentlichung dient individueller Kommunikation. Der Autor entscheidet, was er sagen will und damit notwendig auch mit welchem Medium und gegenüber welchen Adressaten. Allein der methodische Individualismus begreift Wissenschaft richtig – von unten her. Jede kollektive oder kommunitaristische Steuerung verstößt gegen diesen *Grundsatz ungestörter individueller Wissenschaftskommunikation durch Medienwahlfreiheit*.

Open access kann Erfolg haben also nur, wenn die Wissenschaftler sich freiwillig, ohne Zwang und ohne unmittelbaren oder mittelbaren Druck frei entscheiden können. Jeder Zwang und jede Maßregelung entwerten zugleich *open access*, weil damit ein delegitimierendes Signal der Unfreiheit einhergeht. Nur dies ist das Anliegen des Heidelberger Appells: daß die Wahlfreiheit erhalten bleibt.

Weiterreichende *open-source*-Gedanken, die die Netzveröffentlichung beliebig zur Veränderung, Verarbeitung und Verbreitung

93 LG Frankfurt vom 13. 5. 2009 – 2-06 O 172/09 – *juris*; insofern kritisch die Anmerkung HEINZ *jurisPR-ITR* 14/2009 Anm. 4.

nutzen wollen, sind mit Grundsätzen guter wissenschaftlicher Praxis nicht zu vereinbaren. Das befördert Plagiate, stellt die wissenschaftliche Verantwortung des Autors in Frage – kurz seine Autorität.

Eine zweite hier nicht vorzutragende Frage habe ich in der FAZ angesprochen:⁹⁴ diejenige nach den institutionellen Rahmenbedingungen für freie Wissenschaftskommunikation. Dürfen Universitäten und Großforschungseinrichtungen oder quasi-staatliche Institutionen wie die DFG zentrale Wissenschaftsserver betreiben – und damit wie ein Staatswissenschaftsverlag oder ein Staatsfernsehen agieren und so institutionell in die wissenschaftliche Meinungsbildung hineinwirken?

94 RIEBLE, Forscher sind nicht normale Angestellte, FAZ vom 29. 4. 2009, N 5 (Forschung und Lehre).

Burkhard Hess

**Das Google Book Search Settlement
Gefahr einer weltweiten Amerikanisierung und
Monopolisierung des Urheberrechts?¹**

I. Ein Rechtsstreit in New York

»Google liebt Bücher« – dies ist einer (von mehreren) Slogans, mit denen *Google, Inc.* für die Annahme des Vergleichsentwurfs wirbt, den Richter Denny CHIN im *U. S. Federal Court* des *Southern District New York* nach der öffentlichen Anhörung am 7. Oktober 2009 genehmigen soll. Der Anlaß des Rechtsstreits ist bekannt, so daß ich im Folgenden nur kurz die wesentlichen Eckdaten wiedergeben will:² *Google* hat bekanntlich seit 2004 mit verschiedenen Bibliotheken (vor allem in den USA) Verträge abgeschlossen, wonach das Medienunternehmen Zugang zu den Bibliotheksbeständen erhielt, um diese zu digitalisieren. Erfasst wurden bisher mehr als 10 Millionen Bücher.³ Die Inhaber der Urheberrechte an den Büchern wurden hingegen nicht um Erlaubnis gefragt.⁴ *Google* baut eine Da-

1 Um Fußnoten erweiterte Fassung des Vortrags vom 15. 7. 2009.

2 Ausführlich BOHNE/ELMERS, Die Digitalisierung von Wissen in der Informationsgesellschaft und ihre rechtliche Regulierung, WRP 2009, 586ff.

3 Zu den Hintergründen vgl. OTTE, Die Google-Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung?, GRUR Int 2007, 562ff.

4 Zu den Hintergründen des US-amerikanischen Urheberrechts, das ein derartiges Einscannen verbietet (17 U.S.C. § 106); *Google* beruft sich seinerseits auf den Erlaubnistatbestand des *fair use*, 17 U.S.C. § 107,

tenbank auf, die eine Durchsuchung und das Lesen der gescannten Bücher ermöglicht.⁵ Derzeit sind die von *Google* digitalisierten Bücher in unterschiedlichem Umfang im Internet zugänglich. Bei Werken, deren Urheberrechtsschutz abgelaufen ist, kann der vollständige Text heruntergeladen und gelesen werden. Bei urheberrechtlich geschützten Büchern sind sogenannte *snippets* (die Ansicht weniger Zeilen) zugänglich. Mit Zustimmung des Rechteinhabers (Verlag/Autor) werden auch Teilauszüge von bis zu 20% der erfaßten Buchtexte zugänglich gemacht. Gegen das Einscannen der Bücher ohne Zustimmung der betroffenen Autoren hat die *Authors Guild* – eine Vereinigung von ca. 8.000 US-amerikanischen Autoren – im Bundesgericht des *Southern District New York* im September 2005 eine Sammelklage erhoben; im Oktober 2005 haben führende US-amerikanische Verlage, unterstützt von der *Association of American Publishers*, eine weitere Sammelklage eingereicht.⁶

Im Oktober 2008 legten beide Seiten einen Vergleichsvorschlag vor, den das New Yorker Bundesgericht im Januar 2009 vorläufig genehmigt hat. Danach konnten die Kläger die förmliche Mitteilung über den Vergleich an die repräsentierten Kläger verbreiten und Betroffene auffordern, Einwendungen gegen den Vergleichsvorschlag bei Gericht einzureichen (*notice*). Den Termin für die Anhörung der Betroffenen und für die Entscheidung über die Genehmigung des Vergleichs (sog. *fairness hearing*) hat das Gericht Ende April vom 5. Mai 2009 auf den 7. Oktober 2009 verschoben.⁷

Was ist der Inhalt des Vergleichsvorschlags?⁸ Im Kern enthält er eine Rahmenregelung der digitalen Vorhaltung und Vermarktung von Buchinhalten durch *Google*. Er regelt das Verhältnis zwischen *Google* und den Inhabern von Urheberrechten (Autoren/Verlage), ferner das Abonnement digitaler Datensätze durch Bibliotheken. *Google* erhält das (nicht ausschließliche) Recht zur *online*-Verwer-

BOHNE/KRÜGER, Das Settlement Agreement zwischen Google und Author's Guild als Leitbild einer europäischen Regelung, WRP 2009, 599, 601ff.

5 Das Herunterladen von Texten ist nur bei Büchern möglich, die keinen Urheberrechtsschutz genießen.

6 *The Authors Guild, Association of American Publishers, Inc., et al. v. Google, Inc.*, 05-cv-08136-JES (S.D.N.Y. 2009).

7 *Order* vom 29. 4. 2009.

8 Zugänglich unter: <http://googlebooksettlement.com> [14. 7. 2009], dazu BOHNE/KRÜGER, WRP 2009, 599, 603ff.

tung der Bücher. Die gescannten Bücher sollen unterschiedlich zugänglich sein: Bücher, die nicht dem Urheberrecht (sogenannte *orphan works*) unterliegen, werden vollzugänglich; Bücher, die urheberrechtlich geschützt, jedoch vergriffen sind, werden in Auszügen freigeschaltet. Urheberrechtlich geschützte Bücher sind nur im Hinblick auf bibliographische Angaben (und *snippets*) erhältlich, sofern nicht der Rechteinhaber einer weiteren Vermarktung zustimmt. Dabei erfaßt der Vergleich sowohl die bis zum 5. Januar 2009 eingescannten Bücher sowie künftig hergestellte (und gescannte) Bücher. Die Erlöse der digitalen Vermarktung sollen zu 37% *Google*, zu 63% den Rechteinhabern zustehen. Die Verteilung der Erlöse erfolgt durch ein *book rights registry*, einen privatrechtlich organisierten *settlement fund*,⁹ der – nach Vorabzug eigener Verwaltungskosten – die Erlöse ausschüttet. Jeder Rechteinhaber, der bis zum 5. Januar 2010 formularmäßig seine Ansprüche beim *registry* anmeldet, erhält für die Zustimmung zur Vermarktung 60 US \$ bei eigenständigen Werken, für Beiträge in Sammelwerken einen Betrag von 15 US \$. An der künftigen Nutzung der Texte werden die Rechteinhaber mit bis zu 63% der erzielten Gewinne beteiligt. Gegen das Einscannen und Zugänglichmachen von Büchern können sich Autoren und Verlage nur dadurch wehren, daß sie diesem Vorgang ausdrücklich widersprechen (*opt out*).

II. Die Bindungswirkung des class action settlement nach 23 F. R. C. P.

1. Breitenwirkung durch opt out

Auf den ersten Blick erscheint die Abrede durchaus sympathisch: *Google* macht Millionen von (vergriffenen) Büchern, die bisher unzugänglich in den Depots von Bibliotheken ungelesen verstaubten, per Mausklick weltweit zugänglich. Jeder Autor, der sich am Vergleich beteiligt, erhält für die Digitalisierung eine gesonderte Tantieme, 60 US \$ werden garantiert. Ganz so einfach liegen die Dinge jedoch nicht. Denn der Vergleich sollte, wird das New Yorker Gericht ihn bestätigen, die digitale Vermarktung von Büchern durch *Google* allgemein und weltweit regeln.¹⁰ Die intendierte Durch-

9 Zu sogenannten *settlement funds* vgl. HESS, Sammelklagen im Kapitalmarktrecht, AG 2003, 113, 116f.

10 Zu den faktischen Auswirkungen vgl. unten III 2.

schlagswirkung des Vergleichs ermöglicht das US-amerikanische Prozeßrecht. Das Verfahren in New York ist als sog. *settlement class action* einzuordnen, d.h. als eine Sammelklage, die von vornherein auf einen gerichtlichen Vergleich abzielt.¹¹ Die Bindungswirkung des Vergleichs ergibt sich aus *Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure* (F.R.C.P.). Danach bindet der Vergleich nicht nur die Gruppenmitglieder, die sich dem Verfahren ausdrücklich angeschlossen haben, sondern die ganze Gruppe mit Ausnahme derjenigen Personen, die ausdrücklich erklären, daß sie nicht gebunden sein wollen (*opt out*).¹² Aus diesem Grund hat das New Yorker Gericht alle Rechteinhaber, die nicht an den New Yorker Vergleich gebunden sein wollen, aufgefordert, bis zum 5. 9. 2009 eine *opt-out*-Erklärung abzugeben.

2. Die Voraussetzungen einer class action (Rule 23 F. R. C. P)

Nach US-amerikanischem Prozeßrecht setzt die Bindung des Vergleichs eine zulässige Sammelklage (*class action*) voraus. Eine solche Sammelklage erheben betroffene Kläger im Namen aller Betroffenen – vorliegend klagen mehrere Autoren (bzw. der Autorenverband *Authors Guild*) im Namen aller Autoren, deren Bücher von *Google* gescannt wurden. Die Klage wird auf die Verletzung des US-amerikanischen Urheberrechts gestützt, nämlich auf 17 U. S. C. § 106 (*Copyright Act*). Die Zulässigkeit einer Sammelklage knüpft *Rule 23(a)* F.R.C.P. an mehrere Voraussetzungen. Zunächst müssen *commonality* und *typicality* vorliegen; *Rule 23 (b)(3)* verlangt zudem *superiority* der Sammelklage.¹³ Das Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale prüft das Gericht vor der Genehmigung des Vergleichs.

– *Commonality* bedeutet, daß die Sach- und Rechtsfragen des Verfahrens für alle Mitglieder der Sammelklage gleichermaßen relevant sind¹⁴ – vorliegend geht es um die behauptete, vorsätzliche Verletzung des US-amerikanischen Urheberrechts durch *Google*.

11 Dazu HESS, Sammelklagen im Kapitalmarktrecht, AG 2003, 113, 115ff.

12 Zu *claim preclusion* und *res judicata* vgl. aus deutscher Sicht zuletzt HOHL, Die US-amerikanische Sammelklage im Wandel (2008), 80f.

13 HESS, JZ 2000, 373, 374ff.

14 NEWBURG/CONTE, *Newburg on Class Actions* (4. Aufl. 2002), § 3. 13.

- *Typicality* bedeutet, daß die *named plaintiffs*, d.h. die benannten Kläger, typische Ansprüche für die repräsentierte Gruppe geltend machen und keine Interessengegensätze bestehen.¹⁵ Hier klagen Autoren für andere Autoren, betroffene Verlage für andere Verlage mit.
- *Superiority* fragt nach der Überlegenheit der kollektiven Rechtsdurchsetzung im Vergleich zu individuellen Klagen. Dabei wird geprüft, ob die Sammelklage die Rechte der individuellen Gruppenmitglieder effektiv durchsetzt. Das ist immer dann der Fall, wenn die gemeinsamen Sach- und Rechtsfragen die individuellen Ansprüche prägen und eine kollektive Rechtsdurchsetzung prozessökonomisch erscheint.¹⁶

Im Hinblick auf die *superiority* überrascht es freilich, daß der Vergleichsvorschlag nicht zwischen in- und ausländischen Klägern unterscheidet. Dies hat Richter HOWELL im Fall *VIVENDI* ganz anders gesehen.¹⁷ Dort wurde die *superiority* einer *class action*¹⁸ im Hinblick auf ausländische Kläger danach beurteilt, ob das US-amerikanische Urteil in den Heimatstaaten der Kläger anerkannt werden konnte. Das Gericht bildete, je nach Herkunft der Kläger, sog. *subclasses* und entschied jeweils gesondert über die Zulassung der Klage. Vorliegend soll hingegen ein anderer Maßstab gelten. Dies erklärt sich letztlich daraus, daß der Vergleich sich vordergründig auf Vorgänge in den USA beschränkt: Nur Abrufe aus den USA sollen erfaßt werden, nicht hingegen die Abrufe in anderen Ländern.¹⁹

15 *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 623-628 (1997).

16 *Superiority* verlangt den Vergleich der gemeinsamen Rechtsverfolgung mit alternativer, individueller oder kollektiver Rechtsverfolgung in einem konkurrierenden Forum, dazu *Curley v. Cumberland Farms Dairy, Inc.*, 728 F.Supp. 1123, 1133f. (D.N.J. 1989); MOORE'S Federal Practice § 23.48 m. w.N.

17 *In re Vivendi Universal, SA, Securities Litigation*, 242 F.R.D. 76 (S.D.N.Y. 2007): Die Anerkennung des *preclusive effect* eines US-amerikanischen Urteils im jeweiligen Heimatstaat ist für die Zulassung ausländischer Kläger(gruppen) ausschlaggebend (*superiority*). Da die Anerkennungsfähigkeit des *settlement* in Deutschland nicht sicher beurteilt werden kann, sind deutsche Kläger als *subclass* nicht zuzulassen.

18 Es ging um eine Kapitalmarktstreitigkeit.

19 Zur Widersprüchlichkeit dieser Aussage vgl. unten III 2.

3. Die Genehmigung des Vergleichs im Fairness Hearing, R. 23 (e) F. R. C. P.

Nach US-amerikanischem Prozeßrecht unterliegt der Vergleich der Genehmigung durch das Gericht, F.R.C.P. 23(e). Dieses entscheidet über Einwendungen und prüft, ob der Vergleich fair, angemessen und vernünftig ist (*fair, adequate and reasonable*).²⁰ Die Maßstäbe dieser Prüfung sind wenig präzise. Im Kern geht es um die Frage, ob die Verhandlungen durch gleichstarke Anwälte (*at arm's length*) geführt wurden und ob die Vereinbarung zu »Marktbedingungen« geschlossen wurde, insbesondere ob die (repräsentierten) Kläger nicht schlechter stehen als im Fall eines individuellen Gerichtsverfahrens.²¹ Eine vollumfängliche Inhalts- und Angemessenheitskontrolle nimmt das Gericht hingegen nicht vor. Es kann lediglich den Vergleich billigen, ablehnen oder einzelne Bedingungen abweichend festsetzen.²² Allerdings wird das Gericht die Vereinbarkeit des Vergleichs mit zwingendem Recht kontrollieren – daher sind die Untersuchungen der US-amerikanischen Kartellbehörde im Hinblick auf die Vereinbarkeit des Vergleichs von erheblichem Interesse.²³ In der Anhörung am 7. Oktober 2009 wird es mithin um zwei Komplexe gehen – einerseits um die Zulassung der Klage, andererseits (dies wird den Schwerpunkt der gerichtlichen Prüfung bilden) um die Fairneß des Vergleichs.

III. Die Einbeziehung ausländischer, insbesondere deutscher Rechtsinhaber

Vor dem Hintergrund der Regelungen des US-amerikanischen Prozeßrechts zur Zulassung der Sammelklage und zur Kontrolle und Bindungswirkung des Vergleichs ist jetzt die Perspektive zu wechseln und zu fragen, ob und inwieweit ausländische Rechteinhaber in

20 *In re Prudential Ins. Co. America Sales Practice Litigation Agent Actions*, 148 F.3d 316 (3rd Cir. 1998); *Manuel Complex Litigation (Fourth)*, § 21.62.

21 *In re Vivendi Universal, SA, Securities Litigation*, 242 F.R.D. 76 (S.D.N.Y. 2007).

22 Zu Mißbrauchsfällen (zu Lasten der *representative plaintiffs*) HOHL, US-amerikanische Sammelklage, 105ff.

23 Dazu unten IV 4.

den Vergleich einbezogen werden und welche Besonderheiten im Hinblick auf diese Rechteinhaber bestehen.

1. Kollisionsrechtlicher Ausgangspunkt: Territorialität des Urheberrechtsschutzes und das Berner Übereinkommen

Aus der Sicht deutscher Autoren und Verlage stellt sich zunächst die Frage, welches Recht auf ihre urheberrechtlichen Schutzansprüche anwendbar ist. Schaut man in die Regelungen des *Google Book Search Settlement* hinein, beruht der gesamte Vergleich ausschließlich auf US-amerikanischem Urheberrecht (17 U.S.C. § 106), ergänzend gilt das Recht von New York.²⁴ Auch die *Google* erteilte Erlaubnis zur Nutzung der digitalisierten Bücher und Buchinhalte wird ausdrücklich auf die USA beschränkt.²⁵ Damit nutzt der Vergleich den überkommenen Territorialitätsgrundsatz des internationalen Urheberrechts. Danach kann ein inländisches Schutzrecht nur im Inland, ein ausländisches nur im Ausland verletzt werden.²⁶ Das Urheberrecht gilt jeweils gesondert im Schutzstaat, nach Maßgabe der nationalen Schutzvorschriften. So gesehen erscheint es konsequent, die Digitalisierung der Bücher in den USA allein dem *US Copyright Act* zu unterstellen.²⁷

Dies bedeutet nun nicht, daß die deutschen Bücher in den USA ungeschützt wären. Denn das sog. Revidierte Berner Übereinkommen zum Urheberrecht vom 9. September 1886,²⁸ das die USA und die EG-Mitgliedstaaten ratifiziert haben, garantiert ausländischen

24 Vgl. *Settlement Agreement*, 17. 22: »Governing Law. This Settlement Agreement, including the Author-Publisher Procedures, shall be governed by and construed in accordance with the laws of the State of New York without reference to principles of conflicts of laws.«

25 Vgl. *Settlement Agreement*, 17. 7 (a): »Use Outside the United States (i) No Other Authorisations. This Settlement Agreement does not authorize the Digitalisation or any other form of copying, Display Use, Non Display Use, or any other use of Books and Inserts outside the United States.«

26 SCHACK, Urheberrecht (4. Aufl. 2007), Rn 798ff. (802).

27 Zum Datenabruf von außerhalb der USA vgl. unten 2.

28 In Kraft seit dem 5. 12. 1887 RGBl. 493; aktuelle Fassung in der Textsammlung dtv, Urheber- und Verlagsrecht, 12. Aufl. 2008, 366ff.

Urhebern die sog. Inländerbehandlung.²⁹ Danach kann sich jeder Inhaber eines Urheberrechts³⁰ in jedem Vertragsstaat des Berner Übereinkommens auf die nach jeweils nationalem Recht gewährleisteten Schutzrechte berufen. Diesen Mechanismus nutzen die Anwälte im New Yorker Verfahren: Die Klage beruht auf der behaupteten Verletzung von US-amerikanischen *copyrights* nach 17 U.S.C. § 106. Weil diese Rechte jedoch nicht nur US-amerikanischen Autoren zustehen, sondern über das Berner Übereinkommen auch für alle Autoren, deren Bücher in den USA vorgehalten werden, werden nicht nur US-amerikanische Autoren vom Vergleich erfaßt, sondern praktisch alle Autoren weltweit. Schätzungen zufolge soll das *Book Search*-Projekt in den USA ca. 50 % ausländische Publikationen umfassen.³¹ Aus diesem Grund wird auf der *website* des *Book Search Settlement* der Vergleichstext nicht nur in englischer Sprache vorgehalten, sondern zugleich in 36 Übersetzungen.³² Damit zeigt sich das grundsätzliche Paradox des New Yorker Vergleichsvorschlags: Obwohl vordergründig ein rein inneramerikanischer Vorgang verglichen wird, geht es um eine weltweite Regelung der *online*-Vermarktung der betroffenen Bücher.³³

Die Inländerbehandlung des Berner Übereinkommens hat zudem weitere Folgen: Sie entbindet das New Yorker Gericht von der Nachprüfung, ob der Vergleich ausländische Urheberrechte beeinträchtigt. Prüfungsmaßstab ist ausschließlich das US-amerikanische Urheberrecht. Darüber hinaus gründen die Kläger die vom US-amerikanischen Prozeßrecht geforderte »Einheitlichkeit« (*commonality*) der von ihnen repräsentierten *class* auf die Verletzung des US-amerikanischen Urheberrechts. Tatsächlich handelt es sich jedoch, wie bereits ausgeführt, um eine *worldwide class*, für die besondere Zulassungserfordernisse gelten.³⁴

29 In Kraft in Deutschland seit dem 5. 12. 1887, die USA sind zum 1. 3. 1989 beigetreten, dazu SCHACK, Urheberrecht (4. Aufl. 2007), Rn 833 ff

30 Sofern er einem Vertragsstaat angehört.

31 BOHNE/ELMERS, WRP 2009, 586, 588.

32 Abrufbar unter: <http://books.google.com/> [14. 7. 2009]

33 Ein entscheidender Punkt fehlt bei der Abgrenzung des territorialen Geltungsbereichs des Vergleichs in 17. 7(a): Die Definition des »Use Outside the United States« stellt ersichtlich auf Verbreitungshandlungen von *Google* ab, fragt hingegen nicht, von wo aus die Website aufgerufen wird.

34 *In re Vivendi Universal, SA, Securities Litigation* 242 F.R.D. 76 (S.D.N.Y. 2007) – oben Anm. 17.

2. Tatsächliche Erstreckung auf die weltweite Nutzung von Buchmedien

Trotz der ausdrücklichen Begrenzung der erteilten Genehmigungen auf die Nutzung von Büchern in den USA lassen sich die tatsächlichen Folgen des Vergleichs nicht auf die USA begrenzen – dies ist wohl auch nicht intendiert.³⁵ Denn im Internet ist die gewünschte Information weltweit abrufbar – sobald sie im Netz steht. Der *disclaimer* auf der *Book Search Website*, daß der Vergleich nur Abrufe in den USA erfasse, erscheint, so gesehen, lebensfremd.³⁶ Auch sind die Standorte der verschiedenen Server, die *Google* verwendet, ein gut gehütetes Betriebsgeheimnis, so daß es für den Außenstehenden nicht erkennbar ist, auf welchen Server er zugreift.³⁷ Die fehlende Sprachbegrenzung der *websites* und die Einbeziehung fremdsprachiger Bücher verdeutlicht, daß zumindest eine Vorhaltung des Projekts von den USA aus mit weltweiter Wirkung intendiert ist. Auch enthält der Vergleich keine explizite Verpflichtung *Googles* zu verhindern, daß von außerhalb der USA auf die *Book Search Website* zugegriffen wird.³⁸

- 35 Die deutschsprachige *Google Book Search Website* enthält folgenden Hinweis: »Nutzer in anderen Ländern – Da durch diese Vereinbarung eine Klage in den USA beigelegt wird, sind nur diejenigen Nutzer direkt betroffen, die dort auf die *Google* Buchsuche zugreifen. In allen anderen Ländern läuft die *Google* Buchsuche wie gewohnt weiter. Wir hoffen aber, in Zukunft auch mit Branchengruppen und Inhabern von Rechten in anderen Ländern zusammenarbeiten zu können, damit auch andere Nutzer auf der ganzen Welt von den Vorteilen dieser Vereinbarung profitieren.« Dieser Hinweis könnte dahin verstanden werden, daß es auf den Benutzungsstandort des jeweiligen Abruferes ankommt. Sicher ist dies jedoch nicht. Denn ein Zugriff auf einen in den USA befindlichen Server ist auch vom Ausland aus unschwer (über *proxy-server*) möglich.
- 36 Auch in wirtschaftlicher Hinsicht macht das Einscannen fremdsprachiger Bücher keinen Sinn, wenn den Nutzern der jeweiligen »Heimatsprache« der Zugriff verwehrt bleiben soll.
- 37 KUBIS, ZUM 2006, 370, 378.
- 38 *Google* hat sich lediglich zur Mitteilung von Nutzungen im Ausland an das *book registry* verpflichtet. Denkbar ist selbstverständlich auch ein Zugang über die englischsprachige *website* mit dem Ziel, deutschsprachige Text zu recherchieren und zu lesen. Technische Möglichkeiten, den Zugriff von Rechnern außerhalb der USA zu verhindern, mag es geben – vergleichbar den Zensurfiltern im Iran oder in China.

Vor diesem Hintergrund soll an dieser Stelle kurz gefragt werden, ob die in der deutschen Literatur überwiegend vertretene Ansicht,³⁹ daß in Deutschland gegen den unautorisierten Einscann-Vorgang in US-amerikanischen Bibliotheken nicht geklagt werden kann, eigentlich zutrifft. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß die Digitalisierung am US-amerikanischen Handlungsort erfolge und daher keine Verletzungshandlung in Deutschland vorliege. Nur bei weiteren Vervielfältigungen auf Servern, die in Deutschland stehen, wäre deutsches Recht anwendbar. Diese Rechtsansicht soll auch das LG Hamburg am 28. 6. 2006 im Hinblick auf eine einstweilige Verfügung der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft (Darmstadt) gegen *Google* vertreten haben – die WBG zog ihre Klage zurück.⁴⁰

Die einschlägige Norm des deutschen Zivilprozessrechts ist § 32 ZPO. Danach kann der geschädigte Rechtsinhaber am Tatort auf Unterlassung und auf Schadenersatz klagen (§ 97 UrhG). Die hier relevante Frage lautet, ob man das Erstellen (Scannen) und Bereitstellen einer digitalen Bibliothek ohne Einwilligung der Inhaber des Urheberrechts auf einer deutschsprachigen *website* als eine ausschließlich in den USA begangene Verletzungshandlung qualifizieren muß.⁴¹ Angesichts der deutlichen »Ausrichtung« der Handlung auf Adressaten (»Leser«) in Deutschland erscheint es durchaus legitim, den Vorgang einheitlich zu qualifizieren und einen Erfolgsort in Deutschland anzunehmen.⁴² Denn es geht auch aus der Sicht des deutschen Rechts um einen einheitlichen Verwertungsvorgang, im Ergebnis um ein öffentliches Zugänglichmachen i. S. v. § 19a UrhG.⁴³ Die Digitalisierung erweist sich so gesehen als Vorbereitungshandlung für die Rechtsverletzung nach § 19a UrhG – mit einer entsprechend weiten Tenorierung des Unterlassungs- bzw. Schadenersatz-

39 So KUBIS, ZUM 2006, 370, 378; OTT, GRURInt. 2007, 562, 565; anders (der Tendenz nach) BERGER, GRURInt. 2005, 468, 488f.; LG Hamburg, 29. 9. 2007, 308 O 271/07; STEIN/JONAS/ROTH, § 32 ZPO (22. Aufl. 2003), Rn 37; SCHACK MMR 2000, 136, 137ff.

40 LG Hamburg, 29. 9. 2007, 308 O 271/07; ebenso KUBIS, ZUM 2006, 370, 377 (keine inländische Verletzungshandlung).

41 Hierfür spricht § 16 UrhG, der bereits die Vervielfältigung schützt (bzw. verbietet), WANDTKE/BULLINGER, § 19a UrhG (3. Aufl. 2009), Rn 12.

42 Zu entsprechenden Wertungen bei Art. 5 Nr. 3 EuGVO (VO 44/01/EG) vgl. HESS, Europäisches Zivilprozessrecht (2009), Rn 6. 73f.

43 Dazu SCHACK, GRUR 2007, 639ff.

antrags läßt sich also ein inländischer Gerichtsstand durchaus begründen.⁴⁴

3. Anerkennungsfähigkeit des US-amerikanischen Vergleichs in Deutschland

Welche Auswirkungen wird der Abschluß des Vergleichs auf die Rechtslage in Deutschland haben? Man könnte zunächst formal argumentieren: Gar keine, weil es nur um die Digitalisierung und das Zugänglichmachen der Bücher in den USA geht.⁴⁵ Das greift jedoch, angesichts der tatsächlichen Auswirkungen des Vergleichs, in mehrfacher Hinsicht zu kurz. Daher soll im Folgenden zunächst grundsätzlich die Anerkennungsfähigkeit des Vergleichs dargestellt werden, bevor die Besonderheiten des *Book Search Settlement* untersucht werden.

Die Anerkennung von Urteilen im deutsch-amerikanischen Verhältnis richtet sich nach §§ 328, 722f. ZPO – anerkennungsfähig sind nur rechtskräftige Urteile. Dies schließt jedoch die Anerkennung eines *class action settlement* nicht grundsätzlich aus. Denn soweit der Vergleich im Genehmigungsbeschuß des New Yorker Gerichts aufgenommen wird, ist er grundsätzlich auch anerkennungsfähig.⁴⁶ Damit wirken die Vereinbarungen des Vergleichs über die richterliche Genehmigung auch in Deutschland, sie können insbesondere präjudizielle Fragen (etwa die Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit von Verletzungshandlungen) mit bindender Wirkung ausschließen.⁴⁷

Interessant ist die Bindungswirkung des Vergleichs zunächst im Verhältnis zu denjenigen Autoren, welche ausdrücklich über die spezielle *website* Ansprüche beim *settlement fund* anmelden. Damit genehmigen sie die Digitalisierung des Buches und erlauben dessen weitere Zugänglichmachung durch *Google*.⁴⁸ Ist diese Erklärung

44 Notwendig ist ein Antrag (§ 253 ZPO), das Einscannen und das Zugänglichmachen von Büchern in Bezug auf den deutschen Markt (Absatz- bzw. Sprachraum) zu unterlassen.

45 So die Argumentation der »Rechtsberaterin« von *Google*, KROEBER-REEL, berichtet in FAZ, 31.7. 2009, Nr. 175, 33.

46 Dazu HESS, JZ 2000, 373, 376ff.

47 Die Frage wurde bisher von deutschen Gerichten nicht entschieden.

48 Eine ganz andere Frage ist freilich, ob den Autoren eigentlich das Recht zur Genehmigung der digitalen Verwertung zusteht. Dies beantwortet zunächst der Verlagsvertrag zwischen Verleger und Autor, dabei kommt es auf den Umfang der übertragenen Nutzungsbefugnisse an.

auch als eine Einwilligung zur Benutzung des Buches zur digitalen Verbreitung in Deutschland (§ 19a UrhG) zu werten? Die Frage ist aus der Perspektive des US-amerikanischen Vergleichs zu verneinen: Der räumliche Geltungsbereich des *Settlement Agreement* betrifft nach Nr. 17.7 nur die Vorhaltung in den USA; weiter gehende Nutzungsrechte werden nicht eingeräumt. Allerdings enthält der Vergleich keine Regelung für den Fall, daß die Texte auch außerhalb der USA über das Internet zugänglich gemacht werden⁴⁹ – aufgrund der pauschalen Abgeltung der Veröffentlichung mit 60 US \$ werden die Autoren auch nicht veranlaßt sein, bei *Google* nachzufragen. Das Beispiel verdeutlicht, daß die »inneramerikanische Regelung« faktische Wirkungen weltweit erzeugen wird.

Darüber hinaus ist zu fragen, ob Bindungswirkungen des Vergleichs auch diejenigen Rechteinhaber erfaßt, die innerhalb der Widerspruchsfrist (bis zum 5.9.2009) keine *opt out*-Erklärung abgeben. Im Hinblick auf die Digitalisierung und die Vermarktung durch *Google* fingiert der *opt out*-Mechanismus nach 23 F.R.C.P. ihre Zustimmung – freilich nur im Hinblick auf die USA.⁵⁰ Da der Vergleich nur eine Regelung für die Vorgänge in den USA beinhaltet, bleibt es den Rechteinhabern unbenommen, gegen die Zugänglichmachung mit Wirkung für das deutsche Inland nach §§ 97, 19a UrhG auf Auskunft, Unterlassung und auf Schadensersatz zu klagen. Dabei kann *Google* sich auch nicht auf die Rechtskraftwirkung im Hinblick auf den (nach dem Vergleich rechtmäßigen) Digitalisierungsvorgang in den USA berufen. Denn dabei handelt es sich um eine (unselbständige) Vorbereitungshandlung für die öffentliche Zugänglichmachung des jeweils erfaßten Buchs. Zudem entfaltet die *opt out*-Regelung nach dem Wortlaut des *settlement* keine grenzüberschreitenden Wirkungen. Für die Anwendung von § 32 ZPO reicht es hingegen aus, daß die *online*-Bereitstellung des Werks (ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers) auf Deutschland als »Abrufort« ausgerichtet wird.⁵¹

49 Nur aus einer einzigen Nr. des Vergleichs läßt sich *Googles* Verpflichtung ableiten, über eine derartige Nutzung das Register zu informieren.

50 Nach geltendem Recht scheidet die Anerkennung eines *opt-out*-Mechanismus nicht zwingend aus, sofern prozessuale Mindeststandards gewahrt sind, HESS, JZ 2000, 373, 378f.

51 Der Abrufort begründet als Erfolgsort i.S.d. § 32 ZPO, die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte, dazu etwa BERGER, GRURInt 2005, 485, 488f.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Es sind weniger die formulierten Rechtswirkungen des *Settlement Agreement* als vielmehr dessen faktischen Sogwirkungen, die zur Aushöhlung des inländischen Urheberrechts führen. Es ist zu erwarten, daß viele Rechteinhaber sich beim *book registry* anmelden, die Einmalzahlung entgegennehmen und die Zustimmung für die Rechteverwertung in den USA als das auffassen, was sie eigentlich beinhaltet: Die generelle Zustimmung zur Verwertung der Bücher durch *Google* im Internet – faktisch mit weltweiter Wirkung.

IV. Regulation through litigation – globale private Rechtsetzung im Urheberrecht

1. Extensive Nutzung der sogenannten opt out-Bindung

Aus der Perspektive des US-amerikanischen Prozeßrechts ist der New Yorker Vergleichsvorschlag nicht ungewöhnlich, sondern ein üblicher Fall privater Rechtsetzung. Die dort erhobenen Sammelklagen erstreben eigentlich keine Verurteilung von *Google, Inc.* Vielmehr geht es um die Vereinbarung eines Vergleichs, der einen allgemeinverbindlichen Regelungsrahmen für das Buchprojekt schafft.⁵² Dieses Ziel wurde im September letzten Jahres erreicht. Dabei nutzen die Beteiligten den *opt out*-Mechanismus des US-amerikanischen Prozeßrechts: Wer als Gruppenangehöriger in einer Sammelklage bezeichnet wird, wird an die Wirkungen eines Urteils oder eines *settlement agreement* gebunden – es sei denn, er widerspricht ausdrücklich.⁵³ Aus diesem Grund hat das New Yorker Gericht eine Widerspruchsfrist bis zum 5. September 2009 festgesetzt. Der Widerspruch kann entweder gegenüber dem New Yorker Gericht erfolgen; er kann auch später beim *book rights registry* eingelegt werden. Der *opt out*-Mechanismus kehrt mithin die Einlassungslast zugunsten von *Google* um: Nicht das Internet-Unternehmen fragt nach der Zustimmung der betroffenen Rechteinhaber zur digitalen *online*-Verwertung, vielmehr müssen die Rechteinhaber dem Zugriff *Googles* ausdrücklich widersprechen – der fehlende Widerspruch macht den Zugriff nach dem Vergleich rechtmäßig. Das millionenfache Einscannen von Büchern wird legalisiert. Das wäre nach deutschem Recht

52 VISCUSI, Regulation through Litigation (2002), 1, 3ff.

53 BOHNE/KRÜGER, WRP 2009, 599, 605f.

(§ 16 UrhG) unzulässig⁵⁴ und ist – trotz wortgewaltiger Beschönigungen »interessierter Kreise« und nach dem Gesichtspunkt des *fair use* – nach US-amerikanischem Urheberrecht höchst zweifelhaft.⁵⁵

Eine inhaltliche Erweiterung erfährt die *opt-out*-Regelung durch das Revidierte Berner Übereinkommen: Es erstreckt den Urheberrechtsschutz des US-amerikanischen *Copyright Act* auf alle Rechteinhaber aus anderen Vertragsstaaten – das sind mittlerweile mehr als 157 Staaten. Zwar werden die ausländischen Inhaber formal nur im Hinblick auf den Urheberrechtsschutz in den USA in den Vergleich mit einbezogen, tatsächlich wird aber das Zugänglichmachen im Internet von den USA aus legalisiert. Aufgrund der weltweiten Verbreitungsmöglichkeit wird zugleich der Schutz der ausländischen Rechteinhaber auf den Regelungsgehalt des US-amerikanischen *copyright*-Schutzes reduziert, sowohl im Hinblick auf den Umfang des Schutzes als auch beim gerichtlichen Rechtsschutz.⁵⁶ Darüber hinaus enthält jedoch auch der Vergleich eine weitergehende *opt-out*-Wirkung, die die Rechtsinhaber zur Einlassung in den USA zwingt. Denn jeder Rechteinhaber muß zur Wahrung seiner Positionen das *book rights registry* kontaktieren: Sei es, um die Vorhaltung der Daten durch *Google* zu verhindern, sei es um Tantiemen für die Vorhaltung zu erhalten.⁵⁷

Das Berner Übereinkommen entfaltet mithin eine gewaltige »Sogwirkung« zugunsten des US-amerikanischen Urheberrechts.⁵⁸ Allerdings ist fraglich, ob die *opt-out*-Regelung des *Settle-*

54 Allg. Ansicht, vgl. etwa BOHNE/ELMERS, WRP 2009, 586, 591ff.; KUBIS, ZUM 2006 370, 375; WANDTKE/BULLINGER, § 19a UrhG (3. Aufl. 2009), Rn 12. Ebenso die österreichische Justizministerin BANDION-ORTNER in einer Stellungnahme vom 28. 7. 2009.

55 Zurückhaltend BOHNE/KRÜGER, WRP 2009, 599, 601ff.: Eingreifen der *fair-use*-Doktrin sei unklar.

56 Dies bedeutet wegen des im Vergleich zum kontinentaleuropäischen Urheberrecht ungleich geringeren Schutzniveaus des US-amerikanischen *copyrights* eine erhebliche Rechteinbuße für die betroffenen Autoren und Verlage. Zum Niveau des Urheberrechtsschutzes in den USA vgl. PFEIFER, *Moral Rights in den USA*, ZUM 1993, 325ff.

57 Dazu auch BOHNE/ELMERS, WRP 2009, 586, 588f.; ebenso MACQUEEN, *The Google Book Settlement*, IIC 2009, 247f.

58 Treffend MACQUEEN, IIC 2009, 247: »Since Google is pursuing similar arrangements in other jurisdictions around the world, it seems certain

ment Agreement mit dem Berner Übereinkommen vereinbar ist, das dem Urheber einen sog. Mindestschutz garantiert.⁵⁹ Art. 9 I RBÜ eröffnet dem Urheber das »ausschließliche Recht, die Vervielfältigung [seiner] Werke zu erlauben.« Es läßt sich argumentieren, daß die aus dem US-amerikanischen Prozeßrecht abgeleitete, umgekehrte Einlassungslast des Urhebers letztlich den Schutz der Rechte aushöhlt.⁶⁰ Dabei ist auch zu bedenken, daß die effektive gerichtliche Durchsetzung von gewerblichen Schutzrechten zunehmend in den Blickpunkt internationaler und europäischer Regelungen getreten ist. Zu erinnern ist hierbei an Art. 9-13 und 41f. TRIPS sowie auch an die Art. 6ff. der sog. *Enforcement Directive* (RL 48/2004/EG). Die Anwendbarkeit des TRIPS ermöglicht auch die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens bei Verletzungen des revidierten Berner Übereinkommens.⁶¹

Im Ergebnis wird sich in den USA die Vermutung durchsetzen, daß ein Einscannen von Büchern zur Vorhaltung im Internet grundsätzlich erlaubt ist. Denn die Frage, ob dieser Vorgang von der Ausnahme des *fair use* (17 U.S.C. § 107) des US-amerikanischen Urheberrechts gedeckt ist, wird angesichts des *booksearch*-Vergleichs nicht gerichtlich entschieden.⁶² Aufgrund der *opt-out*-Wirkung des Vergleichs wird die Zustimmung jedoch fingiert, sofern Rechte-

that this settlement will provide an international benchmark, and indeed delimit the room to manoeuvre by rightholders' representatives in these countries.«

59 Dazu SCHACK, Urheberrecht, Rn 848f.; PFEIFER, Moral Rights in den USA, ZUM 1993, 325, 328ff. (zum *Berne Convention Implementation Act* 1988).

60 Zwar verweist die RBÜ die Urheber auf die Verfahrensrechte der Vertragsstaaten; hier geht es jedoch um eine Umkehrung der Einlassungslast, die über das *opt out* zu einer stillschweigenden Genehmigung der Vervielfältigung umfunktionalisiert wird.

61 Vgl. Art. 64 I TRIPS, dazu SCHACK, Urheberrecht, Rn 884.

62 Zur *fair-use*-Doktrin vgl. BOHNE/KRÜGER, WRP 2009, 599, 601ff., die mit Recht ganz erhebliche Prozeßrisiken für *Google* prognostizieren – trotz des deutlich geringeren Schutzes der Urheberpersönlichkeit(srechte) in den USA vgl. mit dem Rechtsschutz in der EU. Für eine Vereinbarkeit mit der *fair-use*-Doktrin hingegen OTT, GRURInt, 2007, 562, 567.

inhaber nicht explizit widersprechen. Damit setzt sich *Googles* Standpunkt nicht nur *de facto*, sondern auch *de iure* durch.⁶³

2. Substitution gesetzlicher Regelungen durch selbst gesetzte Regeln des Rechtsverletzers

Die vorgängigen Feststellungen lenken den Blick auf den Abschluß und auf den Inhalt des Vergleichs: Sofern das *Book Search Settlement* inhaltlich akzeptable Regelungen enthält und einen angemessenen Ausgleich zwischen den Beteiligten schafft, sollten die Umstände des Vergleichsschlusses keine maßgebliche Rolle spielen.⁶⁴ Andererseits: Im Prozeßrecht ist anerkannt, daß nur ein ausgewogenes und faires Verfahren zu inhaltlich angemessenen Ergebnissen führt. Daher lohnt es sich doch, zunächst einen Blick auf die Umstände des Vergleichsabschlusses zu werfen. Im Kern handelt es sich um eine Vereinbarung, bei der die Rechtsabteilung von *Google*, vertreten durch eigene Anwälte, und die Anwälte der Gegenseite einen Regelungsrahmen festgelegt haben, der aufgrund seiner allgemeinen Geltung in anderen Staaten nur durch das Parlament hätte ergehen können. Das Legitimations-, sprich Demokratiedefizit des Vorgangs liegt auf der Hand.⁶⁵ Umso wichtiger ist es, daß im Fall einer *regulation through litigation*⁶⁶ keine Interessenkonflikte zwischen den beteiligten *lead plaintiffs* und der Gegenseite auftreten – solche Interessenkonflikte sind freilich wiederholt vorgekommen.⁶⁷

Insofern bestehen angesichts der vereinbarten Kosten des Vergleichs durchaus Zweifel. Folgende Transfers sind geplant: Bis zu

63 Das *Google*-Verfahren verdeutlicht die generellen Entrechtlichungstendenzen der *class action*, dazu HESS, in: MANSEL/DAUNER-LIEB/HENSSLER (Hrg.), *Zugang zum Recht* (2008), 61ff.; HODGES, *The Reform of Class and Representative Action in European Legal Systems* (2008), 131ff.

64 Dann stellt sich für die Rechteinhaber lediglich die Frage, ob sie sich dem Vergleich anschließen sollen.

65 STÜRNER, *Marktideologie und Recht* (2007), 35ff., 98ff.

66 Dazu kritisch aus US-amerikanischer Sicht VISCUSI, *Regulation through Litigation* (2002), 13ff.; HOHL, *Die US-amerikanische Sammelklage*, 70f.

67 HOHL, *Die US-amerikanische Sammelklage*, 105ff.

30 Millionen US \$ wird *Google* an die »Klägeranwälte« zahlen, die im Namen der Autoren aufgetreten sind.⁶⁸ 45 Millionen US \$ Anschubfinanzierung soll der Fonds erhalten, der die Tantiemen (jeweils 60 US \$) an die Autoren auszahlt, 34,5 Millionen US \$ gehen an das Unternehmen, das die Auszahlungen organisieren soll.⁶⁹ Immerhin soll der Fonds 63% der künftigen Einnahmen erhalten, die *Google* durch die digitale Vermarktung der Bücher erhält. Nach Abzug der »Verwaltungskosten« (von bis zu 10%) wird der Rest an die Autoren ausgeschüttet. Die Einbehaltung erheblicher Anteile der Vergleichssumme durch Klägeranwälte ist in den USA kein ungewöhnlicher Vorgang – *Regulation through Litigation* hat ihren Preis. Mißbrauchsfälle werden als *coupon settlements* bezeichnet.⁷⁰ Dabei handelt es sich um Vergleiche, die selbsternannte Klägeranwälte mit interessierten Unternehmen aushandeln, um letztlich zwei Ziele zu erreichen: Ein üppiges Honorar für die Juristen und ein attraktives, wirtschaftliches Ergebnis für das Unternehmen. Diese Situation ist beim *Google Book Search Settlement* nicht von der Hand zu weisen: *Google* erhält durch die Übertragung der Autorenrechte an den digitalisierten Büchern eine marktbeherrschende Stellung für deren weltweite Vermarktung im Internet. Profitieren wird auch das Unternehmen *Rust Consulting, Inc.*, das – ohne vorherige Ausschreibung – das *books registry* und die Tantiemenausschüttung verwalten wird – es handelt sich um einen der größten Anbieter von *claim facilities* in den USA, d.h. von Unternehmen, die sich auf die Verwaltung von Fonds spezialisiert haben, die durch Vergleiche aus Sammelklagen errichtet werden. Daß diese Firmen eng mit den Klägeranwälten zusammenarbeiten, ist ein offenes Geheimnis.⁷¹

68 Die Summe, die an die Anwälte gezahlt wird, die für die Verlage aufgetreten sind, soll geheim bleiben. Das Honorar, das *Googles* Anwälte bekommen, wird ebenfalls nicht bekannt werden.

69 Aus dieser Summe werden auch die *Claim Administration* und die *notification* des (vorläufig genehmigten) *settlement* finanziert, zu den (überhöhten) Kosten auch aus US-Perspektive kritisch SAMUELSON, *Legally Speaking Dead Souls of the Google Booksearch Settlement* (17. 4. 2009), <http://radar.oreilly.com/print/35891.html> [14. 7. 2009]

70 Dazu HENSLER et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain* (Santa Monica 2000), 84f.

71 HESS, *Aktiengesellschaft* 2003, 113, 116f.

Schließlich ist auch die Höhe der Vergleichssumme zu hinterfragen: Man muß sich vor Augen halten, daß die in New York erhobene Klage das systematische Einscannen von mehr 10 Millionen Büchern – also mehr als 10 Millionen vorsätzliche Urheberrechtsverletzungen – zum Gegenstand hat. Nach US-amerikanischem Recht wäre nicht nur kompensatorischer Schaden, sondern Strafschadenersatz (*punitive damage*) zu zahlen.⁷² So gesehen sind 45 Millionen US \$ kein großer Betrag. Im insofern vergleichbaren Fall *Napster* wurden immerhin 400 Millionen US \$ gezahlt. Im Fall *Google* gehen den Rechteinhabern durch die Zahlungen an die »Berater« erhebliche Beträge verloren. Denn die Honorare der Anwälte sind selbstverständlich »eingepreist«. Der mit dem Abschluß sofort generierte Gewinn wird nur zu einem Bruchteil an die Rechteinhaber weitergeleitet. Dies ist bei der Verteilung zukünftiger Gewinne möglicherweise anders – diese stehen freilich unter dem Vorbehalt ihrer tatsächlichen Erzielung.⁷³

3. Der geplante Verteilungsmechanismus

Angesichts der wenig transparenten Aushandlung des *Settlement Agreements* sollen auch die geplanten Verteilungsregelungen näher untersucht werden. Die Verteilung der Tantiemen erfolgt durch das *book rights registry*; der Verteilungsmechanismus erinnert dabei an die auch in Deutschland bekannte Einziehung und Ausschüttung von Tantiemen durch Verwertungsgesellschaften.⁷⁴ Bei der praktischen Abwicklung dürfte es dabei zunächst um die Ausschüttung der garantierten Mindesttantiemen in Höhe von 60 US \$ pro eingescanntem Buch (vor dem 5. 1. 2009) gehen. Der Verteilungsplan des Vergleichs enthält für urheberrechtlich geschützte Buchtexte zwei Einkunftsarten: Einerseits sog. Nutzungsgebühren (aufgrund von Aufrufen der Texte und Werbemaßnahmen), andererseits sog. Einziehungsgebühren (aus dem Verkauf von Büchern, avisiert ist eine Pauschalgebühr von 200 US \$ pro Buch). Die Zahlungen sollen mit zeitlicher Verzögerung (bis zu 10 Jahren) erfolgen – aus »Effizienzgründen« sollen hingegen Beträge unter 25 US \$ nicht

72 MÖRSDORF/SCHULTE, ZVgl.-RWiss. 2005, 192, 226ff.

73 Vgl. BOHNE/KRÜGER, WRP 2009, 599, 605f.

74 Vgl. hierzu auch das Urheberrechtswahrnehmungsgesetz vom 9. 9. 1965, SCHACK, Urheberrecht, Rn 1160ff.

ausgezahlt werden, sie werden auf die anderen Nutzer (und die Registrierstelle) umverteilt.⁷⁵

Nicht nur aus der Perspektive des deutschen Rechts stellt sich die Frage, wem die Tantiemen zustehen: In Betracht kommen der Verleger oder der Autor.⁷⁶ *Attachment A* der Vereinbarung regelt diese Frage recht ausführlich. Danach werden *in print books* und *out of print books* unterschieden. Die generierten Einkünfte werden je nach Zuteilung der Rechte (aufgrund des Verlagsvertrags) dem Autor oder dem Verlag überwiesen; bei Streitigkeiten über die Berechtigung sollen im Streitbeilegungsverfahren nach Artikel VII des *attachment A* gelöst werden. Danach entscheidet ein Einzelschiedsrichter, die Klage erfordert die Zahlung einer *filing fee* von 30.000 US \$.⁷⁷ Weitere Kosten sollen nicht anfallen. Die Vorschriften zielen ersichtlich auf Vertragsbeziehungen nach US-amerikanischem Recht ab.⁷⁸

Aus der Sicht des deutschen Rechts enthalten die neu gefaßten Regelungen der §§ 31a und 31c UrhG und § 137l UrhG eine anschließfähige Regelung: Für Altverträge enthält § 137l Abs. 5 UrhG eine Übergangslösung; die die Geltendmachung einer zusätzlichen Vergütung für neue Nutzungsarten (§ 19a UrhG) den Verwertungsgesellschaften zuweist.⁷⁹ Durch die im Mai 2009 beschlossenen Än-

75 Die damit verbundene Enteignungswirkung ist nicht zu verkennen – sie wirkt vor allem zu Lasten fremdsprachlicher, sprich ausländischer Rechteinhaber. Denn wenn nur die Abrufe in den USA erfaßt werden, wird deren Aufkommen schon aus Sprachgründen gering bleiben.

76 Dies ergibt sich aus dem jeweiligen Verlagsvertrag, dazu HARDT, *Buying, Protecting and Selling Rights* (2008), 16ff.

77 Die *filing fee* erscheint angesichts der vorgesehenen Pauschalgebühren prohibitiv und verletzt das Grundrecht auf fairen und effektiven Rechtsschutz (aus europäischer Perspektive: Art. 6 EMRK, Art. 47 GR-Charta). Zudem leuchtet es nicht ein, warum Streitigkeiten über die Auslegung eines deutschen Verlagsvertrags zwischen einem inländischen Verlag und seinem (zumeist) inländischen Autor vor einem New Yorker Schiedsgericht verhandelt werden soll.

78 Die Ausblendung kollisionsrechtlicher Fragestellungen ist dabei bedenklich – ein *opt out* ist aus der Sicht des Art. 3 VO Rom I nicht als (stillschweigende) Rechtswahl anzusehen. Zum anwendbaren Recht beim Verlagsvertrag (nach Art. 27f. EGBGB; nunmehr Art. 4 VO 593/2008/EG) SCHACK, *Urheberrecht*, Rn 1142ff.

79 Dazu WANDTKE/BULLINGER, § 137l UrhG, Rn 10ff.; 90ff.

derungen des Wahrnehmungsvertrags wird die VG Wort in die Lage versetzt, die Ansprüche angemeldeter Bücher in den USA geltend zu machen.⁸⁰ Bei neueren Verträgen kommt es auf die konkreten Rechtsübertragungen an – hier dürften die Tantiemen eher an die Verlage als an die Autoren gehen. Das im *Settlement Agreement* vorgesehene Streitbeilegungsverfahren wird hingegen deutsche Autoren und Verlage zumindest dann nicht binden, wenn die Autoren als Verbraucher einzustufen sind.⁸¹

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Verteilung durch das *book rights registry* und der Wahrnehmung von Autorenrechten durch Wahrnehmungsgesellschaften in Deutschland ist das komplette Fehlen einer staatlichen Aufsicht in den USA. In Deutschland bedürfen Verwertungsgesellschaften der staatlichen Zulassung (§ 1 WahrnG), sie unterliegen der Aufsicht nach §§ 19ff. WahrnG.⁸² Eine vergleichbare Kontrolle ist für das *book rights registry* nicht vorgesehen, die Bestellung der Organe ist offen – hier sollte im Anhörungstermin am 7. Oktober 2009 (zumindest) darauf hingewirkt werden, daß die ausländischen Autoren repräsentiert werden – andernfalls wird es bei der Dominanz der US-Kläger und der sie repräsentierenden Anwälte bleiben. Zwar steht in den USA auch ein *settlement fund* unter gerichtlicher Aufsicht – jedoch in ungleich geringerem Maß als in Deutschland.⁸³

4. Kartellrechtliche Fragen

Inzwischen untersucht die US-Regierung die kartellrechtliche Zulässigkeit des Vergleichs.⁸⁴ Die kartellrechtliche Zulässigkeit stellt

80 Vgl. die Änderungen des Wahrnehmungsvertrags, <http://www.vgwort.de/google.php> [14. 7. 2009]. Die Änderungen zeigen, daß die VG Wort offen auf eine Beteiligung am *settlement* setzt.

81 Dazu Europäischer Gerichtshof, 26. 10. 2006, Rs. C-168/05, *Alisa María Mostaza Claro./Centro Móvil Milenium SL*, Slg. 2006 I-10421, Rn 24ff.; EuGH, 27. 6. 2000, verb. Rs. C-240/98-244/98, *Océano Grupo Editorial SA*, Slg. 2000 I-4941.

82 Vgl. SCHACK, Urheberrecht, Rn 1183ff.

83 HESS, AG 2003, 113, 116 (zum sog. *special master*).

84 Richter CHIN hat die US-Regierung aufgefordert, eine schriftliche Stellungnahme bis zum 18. 9. 2009 einzureichen, Order vom 2. 7. 2009, 05 Civ. 8136 (DC).

sich angesichts der Auswirkungen des Vergleichs auf den europäischen Markt auch aus der Sicht von Art. 82 EG.⁸⁵ Der Sache nach erinnert das Vorgehen von *Google* an den im Wettbewerbsrecht geläufigen Wettbewerbsverstoß des »Vorsprungs durch Rechtsbruch«:⁸⁶ *Google* hat ohne Zustimmung der Rechtsinhaber millionenfach Bücher digitalisiert und sich damit eine marktbeherrschende Stellung im Suchmaschinenmarkt für die Buchsuche verschafft, diese Marktzutrittschranke werden konkurrierende Anbieter nicht bzw. nur schwer überwinden können.⁸⁷ Die Tatsache, daß *Google* keine exklusiven Nutzungsrechte erwirbt, erscheint demgegenüber nachrangig. Entscheidend ist zudem, daß der Vergleich die Einscannpraxis in öffentlichen Bibliotheken ohne Zustimmung der Rechteinhaber legalisiert und den Vermarktungsvorsprung zementiert.⁸⁸ Die Zugänglichmachung der digitalisierten Bücher wird zudem die Dominanz von *Google* bei der Vermarktung neuer Printmedien weiter stärken: Die Erwartung, ein Buch bei *Google* zu finden und (gegebenenfalls gegen Entgelt) herunterzuladen, kanalisiert das Käuferverhalten (weltweit) und wird eine steigende Monopolisierung der Vertriebswege bewirken.⁸⁹ Am Ende steht die Möglichkeit, die Preise zu diktieren.

V. Ausblick – was die Bundesregierung tun kann und tun sollte

1. Beitritt als *amicus curiae*

Angesichts der erheblichen Auswirkungen des Vergleichs auf die Rechtsposition deutscher Urheber sollte die Bundesregierung eine Intervention im New Yorker Verfahren erwägen. Dies ist rechtlich

85 Die Anwendbarkeit europäischen Kartellrechts folgt aus dem sog. Auswirkungsprinzip, dazu statt vieler RITTNER/DREHER, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht (3. Aufl. 2008), § 15, Rn 87ff. – vgl. auch § 130 II GWB.

86 Zu kartellrechtlichen Fragen vgl. KÜHLING/GAUSS, MMR 2007, 751ff.

87 KÜHLING/GAUSS, MMR 2007, 751, 752 (zu Marktzutrittschranken im sog. Suchmaschinenmarkt).

88 Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß *Google* während der Vergleichsverhandlungen das Einscannen nicht eingestellt hat.

89 Vgl. dazu JUNGES, Operation Parasitenverlag, FAZ Nr. 175 vom 31. 7. 2009, 33.

möglich: Als sog. *amicus curiae* kann die Bundesregierung das Gericht auf rechtliche und tatsächliche Folgen einer Genehmigung des Vergleichs hinweisen.⁹⁰ Die Rechtsstellung als souveräner Staat, der seine eigene Rechtsordnung durch den Vergleich beeinflusst sieht, gibt ihrer Intervention besonderes Gewicht. Ein abgestimmtes Vorgehen der EU-Mitgliedstaaten dürfte dieses Gewicht weiter verstärken.

2. Inhaltliche Bedenken gegen den Vergleich

a) Die Bundesregierung sollte darauf hinweisen, daß der Vergleich trotz seiner vordergründigen Beschränkung auf Abrufe in den USA über eine rein territoriale Wirkung hinausgeht. Im Ergebnis wird die (weltweite) Zugänglichmachung von Büchern über das Internet von *Google* dominiert und von in- wie ausländischen Autoren nach Maßgabe des *settlement* abgewickelt werden. Diese Nutzungsform unterstellt der Vergleich ausschließlich US-amerikanischem, im Ergebnis New Yorker Recht.

Der *opt-out*-Mechanismus des Vergleichs fingiert die Zustimmung der weltweit betroffenen Autoren zum millionenfachen Einscannen von Büchern durch *Google* in den USA. Dies widerspricht der Pflicht der Art. 5 und 9 des Revidierten Berner Übereinkommens, Urheberrechte effektiv zu schützen. Zugleich verschafft sich *Google* durch diesen Rechtsbruch einen Wettbewerbsvorteil, der auf eine marktbeherrschende Stellung hinausläuft.

b) Innerhalb des Vergleichs muß der Schutz ausländischer Autoren besser gewährleistet werden: Dabei liegt die Bildung von *subclasses* nahe. Das New Yorker Gericht muß prüfen, ob das *Settlement Agreement* Klagen gegen *Google* in den jeweiligen Heimatstaaten der ausländischen Autoren auch tatsächlich ausschließt. Ist dies nicht der Fall, liegt keine *superiority* im Sinne von 23 F.R.C.P. vor, die Klage wäre im Hinblick auf die betroffene *subclass* nicht zuzulassen. Zudem ist bei der Verteilung der Ausschüttungen des Ver-

90 Die Zulassung des *amicus curiae* steht im Ermessen des Gerichts, eine explizite Regelung fehlt im Prozeßrecht der erstinstanzlichen Bundesgerichte. Zur Zulassung *Liberty Resources, Inc. v. Philadelphia Housing Authority*, 395 F. Supp. 2d 206, 209 (E.D. Pa 2005). *Rule 29* der *Federal Rules of Appellate Procedure* enthält eine explizite Regelung.

gleichs darauf zu achten, daß in den Organen des einzurichtenden *book rights registry* auch Vertreter ausländischer Autoren bestellt werden. Die Überwachung des *settlement fund* sollte durch einen Vertreter des Gerichts (*special master*) erfolgen. Generell ist zu vermeiden, daß ausländische (sprich deutsche) Autoren respektive Verlage bei den Verteilungs- und Streitbeilegungsmechanismen benachteiligt werden.

c) Schließlich sollte das Gericht darauf hingewiesen werden, daß nach der vorgelegten Kalkulation die Verfahrenskosten sowie die Kosten für die Finanzierung des zu schaffenden *book rights registry* (30 und 34 Millionen US \$) die fest zugesagten Ausschüttungen an die Rechteinhaber (45 Millionen US \$) erheblich übertreffen. Dies sollte das Gericht bei der Prüfung, ob der Vergleich *fair* ausgehandelt wurde, bedenken.

Zu den Beiträgern

Hans Dieter Beck

Promovierter Jurist. Ehemaliger Richter. Gemeinsam mit seinem Bruder Wolfgang Beck Leiter des Verlages C. H. Beck in München

Burkhard Hess

Professor für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Rechtsvergleichung an der Universität Heidelberg

Roland Reuß

Professor für neuere deutsche Literaturwissenschaft an der Universität Heidelberg

Volker Rieble

Professor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität, München

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Vittorio Klostermann GmbH · Frankfurt am Main · 2009

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung. Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile in einem photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Gedruckt auf Alster Werkdruck der Firma Geese, Hamburg, alterungsbeständig nach ISO-9706 und PEFC-zertifiziert.

Printed in Germany

Satz: Roland Reuß

Druck: Strauss GmbH, Mörlenbach

Bindung: Litges & Dopf GmbH, Heppenheim

ISBN 978-3-465-04090-3