

Professor Dr. Dr. Hanjo Hamann, JSM (Stanford)*

Urheberrecht als Ermöglichungsinfrastruktur für Open-Access-Publikationen?

Beitrag zum Symposium »Open Access und das Urheberrecht – Eine komplizierte Beziehung?« des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 10.2.2023 in München

Kann das Urheberrecht die Open-Access-Transformation unterstützen, gar ermöglichen? Um dies zu beantworten, untersucht der Beitrag die immer wieder erörterten Zweitverwertungsrechte bei Zeitschriftenbeiträgen (I.) und arbeitet die in § 38 UrhG angelegten Eskalationsstufen heraus, auf denen das Urheberrecht zunehmend restriktiven Kautelergestaltungen begegnen kann (II.). Auch wenn damit ausreichende Instrumente zur Ermöglichung von »grünem« Open Access bereitstehen, werden sie selten tatsächlich genutzt: Im deutschsprachigen Raum machen Zweitverwertungen nur knapp 6–23 % der rechtswissenschaftlichen Fachtexte frei verfügbar (III.). Auch »goldenes« Open Access durch Etablierung frei zugänglicher Internetzeitschriften lässt bislang nicht den Fortschritt erkennen, der eine breite Open-Access-Transformation erwarten ließe: Seit 2009 lag der Anteil echter Open-Access-Periodika selbst unter den bereits primär online publizierten Rechtszeitschriften durchweg unter 30 % (IV.).

I. Zweitverwertungsrechte bei Zeitschriftenbeiträgen – ein Dauerbrenner

Auf Tagungen zum Stand des Open Access im deutschsprachigen Raum ist das Zweitverwertungsrecht für wissenschaftliche Fachtexte seit Jahren ein zentrales Thema. Schon vor fünf Jahren wurde darüber diskutiert,¹ im vergangenen Jahr sogar rechtsvergleichend mit Blick auf die Nachbarrechtsordnungen in Österreich und der Schweiz.²

* Der Verfasser ist Qualifikationsprofessor für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der EBS Universität in Wiesbaden. Ich danke Tristan Radtke für unverzichtbare Anregungen und Feedback, Frido Uebachs (Fn. 51) sowie Bernhard Dengg und Sarah Legner. Alle Internetquellen zuletzt am 1.4.2023 abgerufen. Der Beitrag ist dem Gedenken an Daniel Hürlimann (1985–2022) gewidmet, dem ersten Schweizer Professor für Rechtsinformatik und engagierten Pionier des juristischen Open Access im deutschsprachigen Raum (näher Hamann/Gruber/Grossmann RuZ 2022, 148).

1 Etwa bei Hamann/Hürlimann RW-Sonderheft 2019, 3 (17) (im ganzen Sonderheft tauchen Zweitverwertungs- bzw. -veröffentlichungsrechte über ein Dutzend Mal auf); vgl. auch Bericht van Geuns-Rosch JZ 2019, 666.

2 Publikation in Vorbereitung; vgl. Tagungsprogramm unter: www.juroa.de/2022/programm.pdf.

Dieses anhaltende Interesse dürfte insbesondere zwei Ursachen haben:

Zum einen die Diskussion um eine Zweitverwertungspflicht, die der baden-württembergische Landesgesetzgeber mit § 44 Abs. 6 des Landeshochschulgesetzes angestoßen hat. Sie kommt nicht zur Ruhe, weil das Bundesverfassungsgericht keine Klärung der seit Jahren rechtshängigen Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Landes herbeiführen konnte,³ bis der zuständige Berichterstatter Andreas Paulus das Gericht im Juni vergangenen Jahres verließ. Zum anderen wird aber auch ungeachtet etwaiger Pflichten über Zweitverwertungsrechte diskutiert, weil sie ureigenen Interessen der betroffenen Wissenschaftler:innen dienen können. Insbesondere der sogenannte »Open-Access-Vorteil« beruht weitgehend auf einer Zweitverwertung wissenschaftlicher Beiträge.

1. Der empirisch belegte »Open-Access-Vorteil« für die Rechtswissenschaft

Vor einigen Jahren wurde in den USA untersucht, wie oft juristische Aufsätze zitiert werden, wenn sie entweder nur gedruckt vorliegen oder zusätzlich im Internet verfügbar sind.⁴ Soweit der zweitgenannte Wert höher ausfällt als der erste, wird die Differenz gemeinhin als »Open-Access-Vorteil« bezeichnet (open access advantage). Dieser Begriff blendet zu Unrecht die »normative Dimension« dieses Begriffs aus,⁵ sei hier aber wegen der weiten Verbreitung der vereinfachenden Kurzformel übernommen.

Für die US-Studie wurden über 6.000 Zeitschriftentexte aus 30 US-amerikanischen Law Reviews der Jahre 1990–2010 untersucht. 3.489 dieser Texte (57,7 %) ließen sich mittels Google-Suche als PDF-Dokumente im Volltext herunterladen. Die übrigen 2.553 Texte (42,3 %) waren auf diesem Weg nicht online verfügbar.⁶ Für jeden Text wurde die Zitationshäufigkeit aus bibliometrischen Datenbanken erhoben und der Mittelwert beider Gruppen statistisch verglichen. Daraus ergab sich ein Open-Access-Zitationsvorteil von 53 % – oder mit anderen Worten:

»Für je zwei Zitationen, die ein Artikel sonst erhielte, darf man mit einer dritten rechnen, wenn er frei im Internet zugänglich gemacht wird.«⁷

Der in der Abbildung 1 als Abstand zwischen den Linien abgetragene Open-Access-Nachteil unter den vor 2002 erschienenen Aufsätzen war in den zehn Jahren danach zu einem deutlichen Open-Access-Vorteil herangewachsen. Dieser variierte freilich je nach Reputation der Zeitschrift: Beiträge aus weniger hoch angesehenen Zeitschriften verzeichneten einen fast fünf Mal so großen Zugewinn durch die Online-Verfügbarkeit wie jene aus den führenden US-

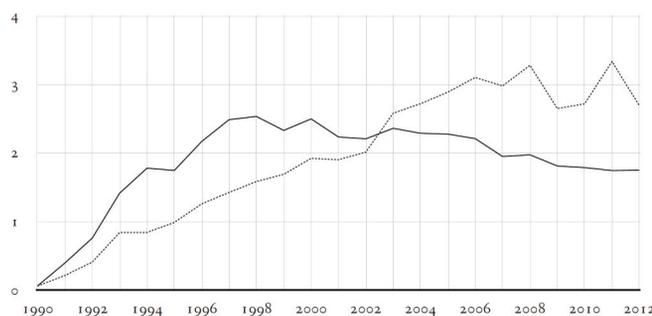


Abb. 1: Gleitendes Jahresmittel der Verweise auf Law-Review-Texte der Jahre 1990–2010, die online verfügbar waren (gepunktete Linie) oder nicht (durchgezogene Linie).⁸

amerikanischen Rechtszeitschriften,⁹ die unabhängig von ihrer Online-Verfügbarkeit rezipiert werden. Neuere Daten aus einer anderen Quelle bestätigten diesen Zitationsvorteil für juristische Fachbeiträge in den USA.¹⁰

Vergleichbare Studien aus Deutschland fehlen bislang. Daher lässt sich nur spekulieren, ob derselbe Zitationsvorteil auch in Deutschland bestünde. Starke Anhaltspunkte dafür lieferte allerdings ein bibliometrisches Ranking deutscher Rechtszeitschriften: Dafür wurde vor zehn Jahren erhoben, welche Zeitschriften im Verhältnis zur Anzahl ihrer bis dahin publizierten Artikel am häufigsten

3 Näher hierzu zuletzt Hamann, Die unklare Zukunft der Wissenschaftstransparenz, Verfassungsblog v. 22.8.2022, www.verfassungsblog.de/wissenschaftstransparenz.

4 Donovan/Watson/Osborne Edison 2015-03A, S. 14 (digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/989); textgleich zweitveröffentlicht in: Donovan/Watson/Osborne J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 97 (2015), 4–25.

5 Open Access geht über die bloße Verfügbarkeit im Internet hinaus. Dazu unten im Haupttext nach Fn. 56 und zuvor schon Hamann RW-Sonderheft 2019, 85 (99–103).

6 Donovan/Watson/Osborne Edison 2015-03A, S. 14.

7 Donovan/Watson/Osborne Edison 2015-03A, S. 1: »For every two citations an article would otherwise receive, it can expect a third when made freely available on the Internet.«; genaue Zahl von S. 10: »Under our analysis the averaged OA advantage for legal scholarship is 53%.«.

8 Entnommen aus Donovan/Watson/Osborne Edison 2015-03A, S. 14.

9 Donovan/Watson/Osborne Edison 2015-03A, S. 16: »The post-2007 real-time OA advantage is 16.8 % for the first tier, 89.7 % for tiers 2–3, and for the fourth tier, 81.2%.« Aus dem »first tier« wurden damals untersucht: California, Columbia, Harvard, Michigan, N.Y.U., Stanford, University of Chicago, University of Pennsylvania und Virginia Law Review sowie das Yale Law Journal.

10 Beatty Law Libr. J. 111 (2019), 573 (590): »this study reconfirms that there is a citation advantage for open access law journal articles«.

zitiert werden.¹¹ Vor allem im Strafrecht rangierten unter solchen Zeitschriften, »deren diskursiver Einfluss ihre reale Materialmenge am weitesten überragt«, mehrere reine Online-Zeitschriften: Mit den Rängen 3, 4 und 9 fast ein Drittel der Top-10-Zeitschriften, die in der Neuen Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) häufiger zitiert wurden als es ihre Materialmenge erwarten ließ.¹²

Es spricht also einiges dafür, dass die Online-Zweitverwertung (oder gar die reine Online-Publikation) für Rechtswissenschaftler:innen erhöhte Sichtbarkeit mit sich bringt, die sich in der Zitationshäufigkeit messbar niederschlägt. Damit stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit und den Grenzen solcher Zweitverwertungen.

2. Zweitverwertungsrechte im deutschsprachigen Raum

Die lebhafteste Debatte über das Recht wissenschaftlicher Urheber:innen zur Online-Zweitverwertung ihrer Beiträge beschränkt sich seit einigen Jahren auf eine konkrete Vorschrift des Urheberrechtsgesetzes. Eingeführt im Jahr 2013 als »eine weitere Änderung des Urheberrechtsgesetzes« im Rahmen einer Richtlinien-Umsetzung (RL 2012/28/EU),¹³ lautet dieser § 38 Abs. 4 UrhG:

»Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.«

Die Vorschrift lässt ihre Genese als europäische Kompromissregelung mit zahlreichen Einschränkungen erkennen. Zugleich handelt es sich ausweislich des letzten Satzes um zwingendes Recht, das schon deshalb besondere Aufmerksamkeit erheischt. Man würde allerdings die Frage nach dem Urheberrecht als Open-Access-Ermöglichungsinfrastruktur allzu sehr verengen, wenn man allein diese Vorschrift isoliert betrachten wollte. Vielmehr kodifiziert sie nur eine von immerhin vier Eskalationsstufen, die in § 38 UrhG über »Beiträge zu Sammlungen« angelegt sind.

II. Das Zweitverwertungsrecht im System der Eskalationsstufen (§ 38 UrhG)

Für die Zweitverwertung urheberrechtlich geschützter Beiträge sieht das Urheberrechtsgesetz vier Stufen zunehmender Inflexibilität vor. Sie unterscheiden sich wie folgt nach der zwischen Urheber und Verlag getroffenen vertraglichen Regelung.¹⁴

1. Stufe: Keine Abrede über Nutzungsumfang und Zweitverwertung

Die erste Stufe ist der gesetzliche Regelfall, wenn es an einer vertraglichen Abrede zwischen Urheber und Verlag fehlt. Grundsätzlich erwerben Nutzungsberechtigte nach der Übertragungszwecklehre im Zweifel nur ein einfaches Nutzungsrecht (§ 31 Abs. 5 S. 2 UrhG). Von diesem Grundsatz weicht § 38 Abs. 1 S. 1 UrhG für Beiträge zu »periodisch erscheinenden Sammlungen« wie etwa Zeitschriften ab: Danach erwirbt der Verlag »im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Zugänglichmachung«. Der Urheber darf »jedoch« nach § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG seinen Beitrag »nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen anderweit vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen, wenn nichts anderes vereinbart ist«. Das ist der gesetzliche Grundfall des Zweitverwertungsrechts, das immer wieder (aber etwas irreführend)¹⁵ auch als »Zweitveröffentlichungsrecht« bezeichnet wird.

2. Stufe: Vereinbarung eines ausschließlichen Nutzungsrechts

Die zweite Eskalationsstufe wird erreicht, wo der Urheber dem Verlag ausdrücklich ein ausschließliches Nutzungsrecht einräumt, der Verlagsvertrag allerdings über das Recht zur Zweitverwertung schweigt. Dann ist die dispositive Zweifelsregelung des § 38 Abs. 1 S. 1 UrhG gegenstandslos: Ein Zweifel besteht nicht mehr, das ausschließliche Nutzungsrecht ergibt sich unmittelbar aus der Abrede. Für das Zweitverwertungsrecht aus § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG ergeben sich daraus allerdings zwei Anschlussfragen: Ist es überhaupt anwendbar, wenn das ausschließ-

11 Hamann RW 2014, 501 (521–524).

12 Hamann RW 2014, 501 (523): Die 2003–2020 online verfügbare ZfL landete auf Rang 9, die im Jahr 2000 gegründete HRRS auf Rang 4, sowie die 2006–2021 online geführte ZIS auf Rang 3.

13 Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes v. 1.10.2013 (BGBl. 2013 I 3728).

14 Wesentliche Anregungen für die folgende Taxonomie verdanke ich Tristan Radtke.

15 Das Veröffentlichungsrecht erschöpft sich nach §§ 6 Abs. 1, 12 UrhG mit der erstmaligen Ausübung.

liche Nutzungsrecht aus Vertrag und nicht aus § 38 Abs. 1 S. 1 UrhG entsteht? Und: Beinhaltet ein uneingeschränkt ausschließliches Nutzungsrecht vielleicht zugleich eine »andere Vereinbarung«, die § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG abbedingt?

Tristan *Radtke* hat unlängst mit beachtlichen Gründen die erste Frage bejaht und die zweite verneint.¹⁶ Seine Begründung verdient Beifall und ist hier nur knapp in Erinnerung zu rufen: Gegen die Anwendbarkeit von § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG (erste Frage) spreche zwar der Wortlaut der Vorschrift (»Jedoch darf...«), der einen untrennbaren Zusammenhang mit § 38 Abs. 1 S. 1 UrhG nahelege. Zugleich allerdings sehe gerade der Wortlaut auch die Möglichkeit einer »anderen Vereinbarung« vor und sprächen zudem systematische Argumente (§ 38 Abs. 3 UrhG) sowie eine historische Untersuchung der Vorläufernormen (§§ 42 Abs. 2 S. 1 VeriG, 11 Abs. 2 KUG) für die Anwendbarkeit des § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG auch auf vertraglich begründete Nutzungsrechte. Daraus folgert *Radtke*, »dass § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG ein eigenständiges Zweitveröffentlichungsrecht unabhängig von S. 1 gewährt.«¹⁷

Zur zweiten Frage (Abbedingung von § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG durch Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte) folgert *Radtke* sodann aus einer Gesamtschau von Wortlaut, Normgeschichte und Normzweck, dass »Nutzungsrecht und Zweitveröffentlichungsrecht zwei Paar Schuhe sind, die voneinander unabhängig vereinbart werden können«¹⁸. Unklar bleibt allerdings, wie sich das mit konfligierenden Gerichtsentscheidungen aus angrenzenden Teilgebieten des Urheberrechts verträgt, die *Radtke* nicht erörterte. Insbesondere zwei Entscheidungen verdienen Beachtung.

a) In einem Urteil von 1982 billigte der BGH eine Entscheidung des KG zum Filmurheberrecht.¹⁹ Das KG hatte angenommen, dass durch zeitlich unbeschränkte Einräumung ausschließlicher Rechte »die gesetzliche Auslegungsregel des § 88 Abs. 2 Satz 2 UrhG [...] abbedungen« sei. Diese Auslegungsregel klingt ganz ähnlich wie § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG, denn sie gestattet dem Filmurheber, »sein Werk nach Ablauf von zehn Jahren nach Vertragsabschluss anderweit filmisch zu verwerten«.

Bei näherem Hinsehen unterscheiden sich § 88 Abs. 2 S. 2 UrhG und § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG allerdings schon in ihrer Schutzrichtung: § 88 Abs. 2 S. 2 UrhG gewährt regelmäßig nicht etwa dem Urheber ein Zweitverwertungsrecht zu lasten des Nutzungsberechtigten, sondern beschränkt ein Verwertungsrecht des Urhebers (Wiederverfilmungsrecht), das der Nutzungsberechtigte gar nicht erworben hatte (§ 88 Abs. 2 S. 1 UrhG). Im Regelfall schützt die Norm also den Nutzungsberechtigten vor dem Urheber – genau im Gegensatz zu § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG. Nur dann,

wenn die Zweifelsregelung des § 88 Abs. 2 S. 1 UrhG nicht zur Anwendung kommt, weil der Nutzungsberechtigte ausnahmsweise doch das Wiederverfilmungsrecht erworben hat, ähnelt die Wirkung des § 88 Abs. 2 S. 2, 3 UrhG derjenigen von § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG – auch dann zielt § 88 Abs. 2 S. 2 UrhG allerdings nicht darauf ab, ein veröffentlichtes Werk erneut zugänglich zu machen, sondern ein ganz neues Werk zu schaffen.²⁰ Insofern bleiben zwischen den §§ 38, 88 UrhG erhebliche Funktionsdivergenzen, mithin ist das BGH-Urteil von 1982 für die vorliegende Frage unergiebig.

b) In einem Urteil von 2012 entschied das OLG Rostock zum Journalistenurheberrecht.²¹ Es hielt die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts an eine Zeitung für eine »Abbedingung« von § 38 Abs. 3 S. 1 – genauer gesagt für die Ausräumung des tatbestandlichen Zweifels (wie auch bei § 38 Abs. 1 S. 1 UrhG). Die zeitlich unbeschränkte Einräumung jedoch deutete das Gericht als »Abbedingung« von § 38 Abs. 3 S. 2 UrhG, der dem Urheber ähnlich wie § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG (aber ohne Embargofrist) ein Zweitverwertungsrecht vorbehält. Die unbeschränkt-ausschließliche Rechteeinräumung nehme dem Urheber also »jegliche, auch zukünftige Möglichkeit [sic] der Zweitverwertung«.²²

Aus dieser Begründung geht hervor, dass das OLG Rostock nicht schon die ausschließliche Rechteeinräumung als Abbedingung des Zweitverwertungsrechts einordnet, sondern erst die *zeitlich unbeschränkte* Einräumung. Da diese allerdings den gesetzlichen Regelfall darstellt (arg. e § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG) müsste das OLG Rostock Zweitverwertungsrechte überall dort für abbedingt halten, wo die zeitliche Dauer des Nutzungsrechts nicht ausdrücklich beschränkt wird. Dass ein solcher Automatismus interessengerecht wäre, ist zweifelhaft. Jedenfalls aber ist auch hier der spezielle Kontext der Entscheidung zu beachten: Es ging um die wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage einer journalistischen Interessenvertretung gegen die Rahmenvereinbarung einer Verlagsgruppe mit ihren freien Mitarbeitern. Deshalb musste das Gericht nach der »contra-proferentem«-Regel die mitarbeiterfeindlichste Auslegung der Rahmenvereinbarung zugrunde legen. Mithin folgte die weite Auslegung der zeitlich unbeschränkten Rechteeinräumung als Ausschluss von Zweit-

16 *Radtke* GRUR 2022, 1562 (1565–1566).

17 *Radtke* GRUR 2022, 1562 (1565).

18 *Radtke* GRUR 2022, 1562, (1566).

19 BGH, Urt. v. 18.2.1982 – I ZR 81/80 (Sendevertrag) = GRUR 1984, 45.

20 Vgl. Dreier/Schulze/Schulze, UrhG, 7. Aufl. 2022, § 88 Rn. 70.

21 OLG Rostock, Urt. v. 9.5.2012 – Az. 2 U 18/11 = ZUM 2012, 706.

22 OLG Rostock, Urt. v. 9.5.2012 – Az. 2 U 18/11 = ZUM 2012, 706.

verwertungsrechten letztlich aus § 305c Abs. 2 BGB – nicht aus § 38 Abs. 3 UrhG.

Wie sich ausschließliche Nutzungsrechte in anderen Konstellationen zum Zweitverwertungsrecht verhalten, ergibt sich aus der bisherigen Rechtsprechung gerade nicht. Es lässt sich vielmehr nur aus dem Gesetz herleiten. Insoweit gibt § 38 Abs. 3 S. 2 UrhG einen klaren Anhaltspunkt. Die Vorschrift räumt dem Urheber eines ausschließlich lizenzierten Zeitungsbeitrags ein Zweitverwertungsrecht ein, »wenn nichts anderes vereinbart ist«. Würde aber die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte stets eine »andere Vereinbarung« über die Zweitverwertung beinhalten, hätte die Vorschrift schlicht keinen Anwendungsbereich und wäre in sich widersprüchlich. Damit zeigt § 38 Abs. 3 S. 2 UrhG sehr deutlich, dass die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte durch den Urheber seine Dispositionsfreiheit hinsichtlich der Zweitverwertung unberührt lässt.

3. Stufe: Ausdrücklicher Ausschluss des Rechts zur Zweitverwertung

Wenn mithin die Vereinbarung eines ausschließlichen Nutzungsrechts nichts am Zweitverwertungsrecht nach § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG ändert, so liegt die nächste kautelarjuristische Eskalationsstufe nahe: Der Verlag lässt sich ein ausschließliches Nutzungsrecht einräumen und schließt zugleich das Recht zur Zweitverwertung aus. Nun bestünde kein Zweifel mehr, dass »anderes vereinbart« wäre im Sinne von § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG. Die Vorschrift ist dispositiv und wäre mithin abbedungen.

Wie schon die vorangegangene Formulierung veranschaulicht (»Der Verlag lässt ...«) werden Verlagsverträge jedoch in aller Regel als vorformulierte Klauselwerke einseitig gestellt. Damit sind sie als allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren und eröffnen mithin den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Zwar dürften die Autoren wissenschaftlicher Fachtexte in der Regel nicht als Verbraucher handeln,²³ so dass für die Klauselkontrolle die Beschränkungen des § 310 Abs. 1 BGB gelten. Anwendbar bleiben § 307 Abs. 1, 2 BGB. Deshalb könnte nun § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 S. 1 BGB »einem pauschalen Ausschluss des Zweitveröffentlichungsrechts« entgegenstehen, wenn aus § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG ein »wesentlicher Grundgedanke« iSv § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB abzuleiten wäre – etwa dahingehend, dass es eines Zweitverwertungsrechts zum »Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen Verlag, Urheber und Lesern« bedarf.²⁴

Dem steht jedenfalls die Dispositivität der Norm nicht entgegen, was aus einem »Vergleich mit der Rechtsprechung zu § 556a Abs. 1 S. 1 BGB« geschlossen werden

könnte;²⁵ tatsächlich folgt es denknötwendig schon daraus, dass zwingend normierte Grundgedanken gar keiner Durchsetzung durch § 307 BGB bedürfen.²⁶ Jedenfalls, so *Radtke*, sei der dispositive Grundgedanke des § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG klar durch Gerechtigkeitserwägungen motiviert,²⁷ was insbesondere in der Jahresfrist zum Ausdruck komme, deren Beginn der Gesetzgeber 1965 bewusst »abweichend vom geltenden Recht« bestimmt hatte, um damals noch denkbare Ungleichbehandlungen zu vermeiden, die der Gesetzgeber für sachlich »nicht gerechtfertigt« hielt.²⁸ Damit schaffe das Zweitverwertungsrecht einen auf »Gerechtigkeitserwägungen« basierenden »Interessenausgleich«, woraus zu schließen sei:

»Der pauschale Ausschluss des Zweitverwertungsrechts des Autors oder erhebliche Einschränkungen (zB durch eine überlange Frist) sind zumindest grundsätzlich nicht mit § 307 I 1, II Nr. 1 BGB iVm § 38 I 2 UrhG zu vereinbaren.«²⁹

Mit gleichem Ergebnis in der Sache, aber weniger differenzierter Begründung hielten bereits mehrere Gerichte den pauschalen Ausschluss des Zweitverwertungsrechts bei Zeitungsbeiträgen (§ 38 Abs. 3 S. 2 UrhG) für unwirksam. Unter Berufung auf die »Leitgedanken des § 38 Abs. 3 UrhG«,³⁰ auf dessen »wesentlichen Grundgedanken«³¹ oder gar auf die »tragenden Grundgedanken des gesamten Urheberrechts«³² nahmen diese Gerichte einen Gestaltungsmissbrauch an, wenn Zweitverwertungsrechte von Journalisten pauschal abbedungen wurden. Dass etwas anderes für Autoren anderer Texte gelten müsste, ist selbst mit Blick auf den besonderen Zweck des § 38

23 So implizit wohl auch *Radtke* GRUR 2022, 1562 (1566), der »ohne die Privilegierungen für Verbraucherverträge in § 310 III BGB« auskommen möchte.

24 So v.a. *Radtke* GRUR 2022, 1562 (1567).

25 So wiederum *Radtke* GRUR 2022, 1562 (1567).

26 *Hamann* JZ 2023, 115 (119): »die für § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB herangezogenen »wesentlichen Grundgedanken« müssen geradezu dem dispositiven Gesetzesrecht entstammen, wenn die Vorschrift nicht überflüssig sein soll.«

27 Zur Anforderung der stRspr, »dass eine dispositive gesetzliche Regelung nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, sondern eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots darstellt«, vgl. nur BGH, Urt. v. 31.5.2012 – I ZR 73/10 = ZUM 2012, 793 mVwB; BGH, Urt. v. 25.6.1991 – XI ZR 257/90 = BGHZ 115, 38.

28 UrhG-RegE, BT-Drs. IV/270, 59.

29 *Radtke* GRUR 2022, 1562 (1568).

30 LG Hamburg, Urt. v. 6.9.2011 – 312 O 316/11 = ZUM 2013, 53.

31 LG München I, Urt. v. 26.4.2012 – 7 O 14108/11 = ZUM 2012, 904 (revidiert durch OLG München, Urt. v. 27.6.2013 – 6 U 3149/12 = ZUM 2014, 424); OLG München, Urt. v. 21.4.2011 – 6 U 4127/10 = ZUM 2011, 576; etwas weniger klar LG Rostock, Urt. v. 31.7.2009 – 3 O 166/09 = ZUM 2010, 828; LG Braunschweig, Urt. v. 21.9.2011 – 9 O 1352/11 = ZUM 2012, 66.

32 OLG Rostock, Urt. v. 9.5.2012 – 2 U 18/11 = ZUM 2012, 706.

Abs. 3 S. 2, »Verwertungsmöglichkeiten für ihrer Art nach schnelllebbige Zeitungsbeiträge« zu sichern,³³ kaum anzunehmen.

Letztlich könnte das Ergebnis der AGB-Kontrolle sogar dahinstehen, denn der BGH gewinnt dasselbe Ergebnis schon direkt aus dem »Schutzgedanken der allgemeinen Zweckübertragungslehre, der in § 31 Abs. 5 UrhG zum Ausdruck gekommen ist«:

»In dieser Auslegungsregelung kommt zum Ausdruck, daß die urheberrechtlichen Befugnisse die Tendenz haben, so weit wie möglich bei dem Urheber zu verbleiben, damit dieser in angemessener Weise an den Erträgen seines Werkes beteiligt wird. [...] Bei pauschalen Vereinbarungen über die Einräumung von Nutzungsrechten wird danach der Umfang des Nutzungsrechts durch den Vertragszweck bestimmt und im allgemeinen beschränkt, selbst wenn der Wortlaut der vertraglichen Regelung eindeutig ist.«³⁴

Mit anderen Worten: Auch § 31 Abs. 5 UrhG verbietet genau wie §§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, 38 Abs. 1 S. 2 UrhG eine zweckfreie, pauschale Abbedingung des Zweitverwertungsrechts.

4. Stufe: Interessenabwägung hinsichtlich Zweitverwertungen

Nur soweit der Verlagsvertrag das Zweitverwertungsrecht nicht pauschal abbedingt, sondern als Resultat einer Interessenabwägung im Einzelfall, lässt sich nach hier vertretener Lesart § 38 Abs. 1 S. 2 BGB überwinden. Dann – und erst dann – kommt es auf § 38 Abs. 4 UrhG an, der für diesen Fall zwingend (§ 38 Abs. 4 S. 3 UrhG) ein gesetzliches Zweitverwertungsrecht nach 12 Monaten vorsieht, allerdings nur für die »akzeptierte Manuskriptversion« und nur unter den weiteren in der Vorschrift genannten Einschränkungen und Vorbehalten (wissenschaftlicher Beitrag, mindestens zur Hälfte öffentlich gefördert, mindestens zweimal jährlich erscheinende Sammlung, kein gewerblicher Zweck, Angabe der Erstveröffentlichung nach § 38 Abs. 4 S. 2 UrhG).

Die schon bisher als »äußerst restriktiv und wenig praxisnah« kritisierte Fassung der Vorschrift³⁵ erklärt und rechtfertigt sich nach hiesiger Lesart daraus, dass die Vorschrift nur in Fällen relevant wird, in denen die Abwägung der betroffenen Interessen bereits im Vertrag stattgefunden hat. Insofern sichert § 38 Abs. 4 UrhG nur einen unabdingbaren Mindeststandard öffentlicher Zugänglichkeit und kann sich deshalb auf ein Rumpfrecht zur Zweitverwertung beschränken, das für wissenschaftliche Zwecke eigentlich unbrauchbar ist – fehlt es der »akzeptierten Manuskriptversion« doch schon an allen im Zuge der redaktionellen Korrekturarbeiten eingefügten Verbesserungen

sowie an der für seitengenaue Zitierung unerlässlichen Paginierung.

5. Zwischenergebnis

Die Untersuchung von § 38 UrhG hat gezeigt, dass er auf einen gerechten Ausgleich der Interessen von Verlagen, Urhebern und Lesern bedacht ist und durch ein System von vier Eskalationsstufen geeignete Instrumente bereitstellt, um diesen Interessenausgleich bei jeder denkbaren Vertragsgestaltung zu gewährleisten. Ein Mindeststandard öffentlicher Zugänglichkeit bleibt sogar bei der restriktivsten Vertragsgestaltung gewahrt (§ 38 Abs. 4 S. 3 UrhG), ohne dass dies den wichtigsten oder auch nur den häufigsten Anwendungsfall von Zweitverwertungsrechten bilden würde.

III. Zweitverwertung in der rechtswissenschaftlichen Praxis

Stellt das Urheberrecht also geeignete Werkzeuge zur Verfügung, fragt sich lediglich noch, wie sie in der Praxis genutzt werden. Das unterscheidet sich erheblich zwischen verschiedenen Domänen urheberrechtlichen Schaffens und innerhalb der Wissenschaft sogar zwischen akademischen Disziplinen. Vorliegend mag die Rechtswissenschaft als Referenzgebiet dienen. Gilt sie doch einerseits als besonders zitierfreudig, andererseits aber als besonders digitalisierungsscheu. Wegen dieses Spannungsverhältnisses erscheint ihre Zweitverwertungspraxis besonders aufschlussreich.

1. Empirische Daten für die Schweiz 2010–2015 (Dengg)

Die erste bekannt gewordene Studie zur Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Fachtexte stammt aus der

33 OLG München, Urt. v. 21.4.2011 – 6 U 4127/10 = ZUM 2011, 576 (582 und weiter 581): »Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass ein Urheber häufig seinen Beitrag mehreren Zeitungen gleichzeitig anbieten muss, um die Chance zu erhalten, dass sein Beitrag überhaupt genommen wird. Müsste er der Reihe nach vorgehen und zunächst die Entscheidung der jeweiligen Redaktion über die Aufnahme seines Beitrags abwarten, wäre letzterer möglicherweise schon veraltet. Soll das vermieden werden, darf dieser nicht exklusiv gebunden sein.«

34 BGH, Urt. v. 27.9.1995 – I ZR 215/93 = GRUR 1996, 121 (122); das gelte auch für die Beurteilung, »ob diese [Nutzungsrechte] nur inhaltlich, räumlich oder zeitlich beschränkt eingeräumt worden sind«.

35 So etwa *Schack* ZUM 2016, 266 (281) (Rechtsgutachten »auf Anregung des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V.«); zur weiteren Diskussion auch *Bruch/Pflüger* ZUM 2014, 389; *Golla/Lück* ZUM 2015, 550; *Wildgans* ZUM 2019, 21 (23 ff.).

Schweiz. An der rechtswissenschaftlichen Bibliothek der Universität Bern wurden im Mai 2016 unter Leitung von Bernhard Dengg über 3.000 Zeitschriftenaufsätze aus neun Schweizer Rechtszeitschriften der Jahre 2010–2015 erfasst. Die Studie untersuchte sodann jene 1.263 Aufsätze (42,0 %),³⁶ deren Erstautor zum Veröffentlichungszeitpunkt primär an einer Schweizer Jus-Fakultät angestellt oder mit Lehre beauftragt war.³⁷ Die folgende Abbildung illustriert, welcher Anteil der Beiträge aus jeder der neun untersuchten Zeitschriften online auffindbar war:

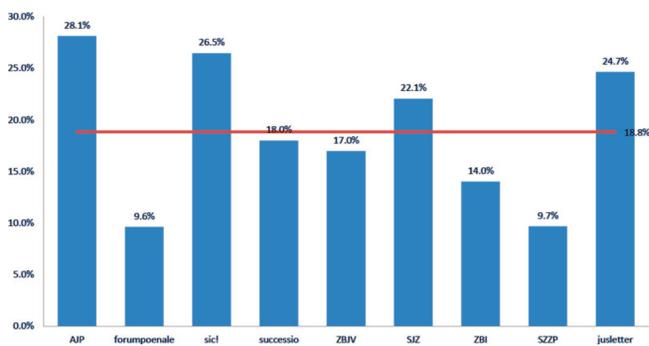


Abb. 2: Anteil online verfügbarer Artikel von universitätszugehörigen Autoren in neun Schweizer Rechtszeitschriften 2010–2015.³⁸

Die Grafik belegt, dass für keine der untersuchten Zeitschriften mehr als zwei Siebtel der Beiträge online verfügbar waren. Zugleich aber ließ sich aus jeder Zeitschrift zumindest etwa jeder zehnte Beitrag online auffinden. Die rote Linie der Grafik markiert den seinerzeit (fälschlich) errechneten Mittelwert der Datenreihen;³⁹ nach erneuter Sichtung der Rohdaten⁴⁰ und korrekter Gewichtung des Mittelwerts ergibt sich eine Zweitverwertungsquote von 22,9 Prozent über alle neun Zeitschriften hinweg. Das bedeutet, dass nicht einmal ein Viertel der juristischen Fachtexte von Schweizer Universitätsautoren im Zeitraum 2010–2015 online zweitverwertet wurden.

2. Empirische Daten für Deutschland 2019/20 (Radtke)

Die erste vergleichbare Erhebung für Deutschland erfasste im vergangenen Jahr 152 Beiträge aus 16 deutschen Rechtszeitschriften, davon drei aus dem Grünen Bereich (GRUR, MMR, ZUM), drei Ausbildungszeitschriften (JuS, JA, JURA) sowie zehn weitere.⁴¹ Aus diesen Zeitschriften wurden alle Fachaufsätze des jeweils ersten Hefes 2019 und 2020 (ohne Editorials o.ä.) in Google sowie in ResearchGate gesucht, um festzustellen, ob dafür ein Volltext-PDF online zur Verfügung stand.⁴² Das aus dieser Erhebung resultierende Datenblatt wurde nach besten Standards der Rechtstatsachenforschung online verfügbar

gemacht.⁴³ Das ermöglicht nicht nur eine Überprüfung der Rohdaten, sondern auch deren anschauliche Illustration:

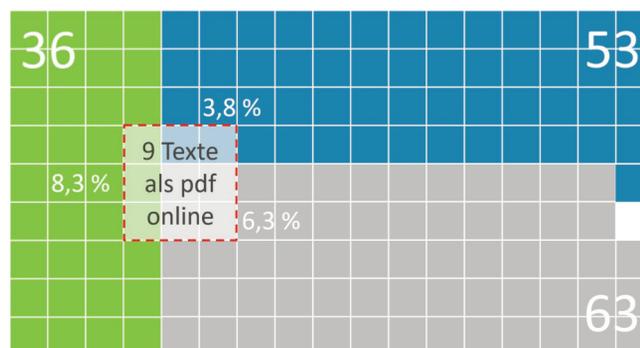


Abb. 3: Verteilung der 152 untersuchten Rechtsaufsätze 2019/20 auf Zeitschriftenarten (36 medienrechtliche, 53 didaktische, 63 andere) und Online-Verfügbarkeit (3, 2 bzw. 4)

Die Grafik stellt jeden untersuchten Fachaufsatz als quadratische Kachel dar – farblich differenziert je nach Zeitschriftenart. Von den 36 Texten des Grünen Bereichs stand genau jeder zwölfte online zur Verfügung, von den anderen 116 Texten nur gut jeder zwanzigste.⁴⁴ Über alle Texte hinweg ergibt sich bei 9 von 152 untersuchten Aufsätzen mithin eine Zweitverwertungsquote von 5,9 %. Danach erscheint die Zweitverwertung als »absolute Ausnahme«, wenngleich »Autoren im Urheberrecht ihre Beiträge womöglich öfters frei zur Verfügung stellen«.⁴⁵ Das

36 Gesamtwert aufsummiert aus Dengg, jurOA-Vortrag Bern 27.5.2016, Slideshow www.boris.unibe.ch/82772, Folie 19.

37 Die Zweitverwertungsquote für Aufsätze außerhalb der Wissenschaft konnte die Studie folglich nicht beziffern; hierzu aber unten Fn. 46.

38 Entnommen aus Dengg, jurOA-Vortrag Bern 27.5.2016, Slideshow www.boris.unibe.ch/82772, Folie 23.

39 Der Wert 18,8 % errechnet sich als ungewichtetes Mittel der neun abgetragenen Prozentwerte. Mittelwerte über Prozentangaben vernachlässigen jedoch die unterschiedlichen Stichprobengrößen für jede Zeitschrift. Sie lassen sich zwar errechnen, aber nicht sinnvoll interpretieren.

40 Sie liegen vor und können mit Zustimmung des Studienautors übermittelt werden.

41 Darunter vier allgemeine (JZ, NJW, JR, MDR) sowie je drei aus Zivilrecht (AcP, ZHR, ZIP) und Staatsrecht (AöR, Staat, NVwZ) – jede mit 4–8 untersuchten Beiträgen.

42 Radtke GRUR 2022, 1562 (1563 f.).

43 Zunächst unter www.radtke.cc/publikationen/2022-Datenblatt-Zweitveroeffentlichung.pdf, inzwischen mit Berichtigungen in einer Zenodo-Sammlung von »Daten zum Open Access in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft«: www.doi.org/10.5281/zenodo.7796493.

44 Radtke GRUR 2022, 1562 (1563) ging irrtümlich von 38 Beiträgen aus dem Grünen Bereich und 121 weiteren aus; die Anteilswerte ändern sich dadurch nur unwesentlich.

45 Radtke GRUR 2022, 1562 (1564).

spricht dafür, dass eine fachliche Befassung mit dem Urheberrecht immerhin die Open-Access-Bereitschaft steigert.⁴⁶

3. Zwischenergebnis

Ungeachtet der unterschiedlichen Zeithorizonte beider Studien findet eine Online-Zweitverwertung juristischer Fachaufsätze in Deutschland offenbar deutlich seltener statt (5,9 %) als in der Schweiz (22,9 %). Beide Länder kommen allerdings nicht einmal in die Nähe der aus den USA berichteten Online-Verfügbarkeit von 57,7 % (oben bei Fn. 6); diese Quote dürfte aber zumindest teilweise auf primäre Online-Publikationen zurückgehen, die unter US-amerikanischen Law Reviews weithin etabliert sind. Sie lässt sich also nicht allein (vielleicht nicht einmal vorrangig) durch Zweitverwertungen erklären.

IV. Neue Publikationswege zur Open-Access-Förderung

Die Neigung zur Zweitverwertung ist unter deutschen Rechtswissenschaftler:innen also messbar gering. Zugleich ist der Weg zur Zweitverwertungspflicht auf absehbare Zeit versperrt.⁴⁷ Die in den »Grünen Weg«⁴⁸ zum Open Access gesetzten Hoffnungen dürften sich damit zumindest in der deutschen Rechtswissenschaft kaum erfüllen. Damit bleibt noch der »Goldene Weg« durch Etablierung frei lizenzierter Internetzeitschriften. Lassen sich zumindest hier Zuwächse verzeichnen?

1. Empirische Daten zur Verbreitung juristischer Internetzeitschriften

Die erste Vollerhebung juristischer Internetzeitschriften im deutschen Sprachraum wurde zum 1.8.2019 durchgeführt.⁴⁹ Dabei wurden als »Internetzeitschriften« solche Periodika erfasst, die primär online erscheinen und ohne besondere Zugangsdaten offen zugänglich sind. Dem »deutschen Sprachraum« wurden sie zugeordnet, wenn Herausgeber und Redaktion wenigstens mehrheitlich in einem der vier deutschsprachigen Länder (DE, CH, AU oder LI) tätig waren – ungeachtet ihrer Publikationssprache. Die aus allen damals verfügbaren Quellen⁵⁰ zusammengetragene Liste von 47 Zeitschriften zum 1.8.2019 wurde für die vorliegende Untersuchung fortgeschrieben bis zum 31.12.2022.⁵¹ In diesem Zuge wurden 19 Zeitschriften neu aufgenommen, sieben weitere als mittlerweile eingestellt markiert.

Daraus ergibt sich eine Gesamtliste von 66 Online-Zeitschriften der Rechtswissenschaft im deutschen Sprachraum,⁵² von denen 59 derzeit noch aktiv sind. Diese Liste wurde zur Nachnutzung im Forschungsrepositorium Zenodo zur Verfügung gestellt.⁵³ Trägt man die Entwicklung

der Gesamtzahl über die Jahre seit den ersten beiden Gründungen 1996 ab, so ergibt sich folgende Zeitreihe:

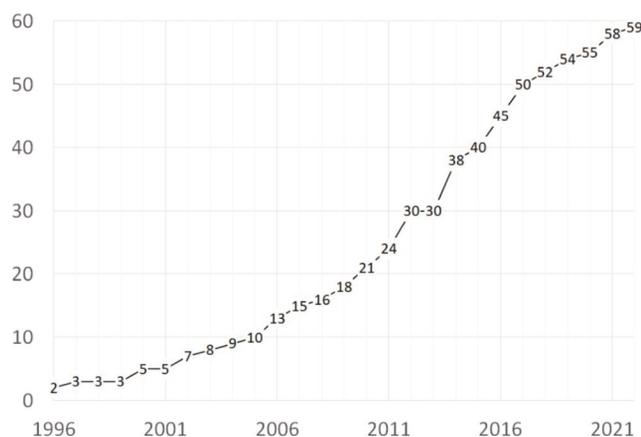


Abb. 4: Anzahl juristischer Internetzeitschriften im deutschen Sprachraum 1996–2022

Die Grafik belegt einen steilen und stetigen Anstieg der Anzahl juristischer Internetzeitschriften. Nach überlinearem Wachstum in den Jahren bis etwa 2017 (mit sprunghaften Zuwächsen in den Jahren 2011 und 2013) scheint die Entwicklung nun abzuflachen. Allerdings macht die

- 46 Gleiches scheint für die Tätigkeit im akademischen Betrieb zu gelten: Laut Datenblatt (Fn. 43) war an zwei Dritteln der zweitverwerteten Aufsätze (6 von 9) wenigstens ein:e an einer öffentlich finanzierten Hochschule in Deutschland tätige Autor:in beteiligt; solche Beiträge wurden doppelt so oft zweitverwertet (in 6/75 Fällen = 8,0 %) wie jene ohne universitäre Beteiligung (3/77 = 3,9 %).
- 47 Das beim BVerfG seit über fünf Jahren rechtshängige Normenkontrollverfahren (dazu oben Fn. 2) kann nur entweder den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für eine Zweitverwertungspflicht absprechen oder die Gesetzgebungskompetenz bestätigen, woraufhin dann allerdings die umso schwierigeren materiellen Fragen nach der Vereinbarkeit von Zweitverwertungspflichten mit der Wissenschaftsfreiheit der betroffenen Autoren den Instanzenzug erneut beschäftigen werden.
- 48 Zu »Strategien des Open Access, die jeweils mit Farben deklariert werden«, bereits *Wildgans* ZUM 2019, 21 (22) (sowie erneut im noch unveröffentlichten Vortrag zu diesem Symposium).
- 49 *Hamann* RW-Sonderheft 2019, 85 (99–110), www.doi.org/10.5771/9783748903659-91.
- 50 Im Einzelnen: OAJSE, open-access.net, ROAD, DOAJ, oaFindr (1findr), BASE, ISSN, EZB.
- 51 Für tatkräftige Unterstützung bei der Aktualisierung danke ich Herrn Frido *Uebachs*.
- 52 Im Einzelnen: AJBALS, ALJ, anci.ch, BayZR, BLJ, BRGÖ, BRZ, CL, Cognito, confront, CTRL, DGStZ, EALR, EJELS, EJIMEL, EuZ, fhi, FoR, FreiLaw, GB, GJLE, GLJ, GoJIL, GRZ, HFR, HFSt, HRN, HRRS, JIPITEC, JLL, JSE, JurPC, KrimOJ, KriPoZ, LeGes, LLJ, LRZ, medialex, MIP, MIR, MLR, OdW, PUBLICUS, Quid?, ReOS, Rg, RiA, RUB RR, RuZ, Spektrum, SPWR, StudZR-WissOn, sui generis, TiRuP, VLR, Wij, ZERL, ZfC, ZfStw, [ZfK&PR], ZfL, ZIS, ZJS, ZLVR, ZR&I, ZVR.
- 53 In der Sammlung »Daten zum Open Access in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft«, verfügbar unter www.doi.org/10.5281/zenodo.7796493.

aktuelle Gesamtzahl von knapp sechzig Internetzeitschriften noch nicht einmal ein Zwölftel der 744 juristischen Fachzeitschriften aus,⁵⁴ die derzeit etwa von der Fachdatenbank Kusalit Online indiziert werden.⁵⁵ (Dabei fehlen dort noch fast drei Viertel der hier einbezogenen Internetzeitschriften.⁵⁶)

Das Wachstum juristischer Internetzeitschriften belegt für sich genommen auch noch kein wachsendes Open-Access-Angebot. Denn Open Access setzt nach der von allen großen Wissenschaftsorganisationen (Wissenschaftsrat, HRK, DFG, BBAW, MPG, Fraunhofer-Gesellschaft, Leibniz- und Helmholtz-Gemeinschaft u.a.) konsentierten Definition neben einer interoperablen Langzeitarchivierung auch voraus, dass Nutzer (1) »unwiderruflich das freie, weltweite Zugangsrecht« am Dokument erwerben, (2) das Dokument »in jedem beliebigen digitalen Medium und für jeden verantwortbaren Zweck« kopieren, nutzen, verbreiten, übertragen, und öffentlich wiedergeben dürfen, sowie (3) das Recht erhalten, »Bearbeitungen davon zu erstellen und zu verbreiten, sofern die Urheberschaft korrekt angegeben wird.«⁵⁷ Die kostenfreie Online-Verfügbarkeit allein (»gratis access«) ist deshalb nur notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für die rechtlich freie Verfügbarkeit (»libre access«),⁵⁸ die »Open Access« kennzeichnet. Deshalb sind neben der quantitativen Entwicklung auch die Lizenzmodelle der betreffenden Zeitschriften zu untersuchen.

2. Lizenzmodelle juristischer Internetzeitschriften im Jahr 2022

In der früheren Erhebung wurde insbesondere zwischen verschiedenen Lizenzmodellen differenziert, deren sich Internetzeitschriften bedienen (können).⁵⁹ Die Sichtung der bis dahin gegründeten Internetzeitschriften ergab vier Kategorien: Diejenigen mit »traditioneller«, »unklarer«, »rechtlich restriktiver« und »rechtlich freier« Lizenzierung ihrer Inhalte.⁶⁰ Um diese Differenzierungen detaillierter zu veranschaulichen und auf den aktuellen Stand zu bringen, dient die folgende Abbildung. Sie stellt wiederum jede der 59 Zeitschriften als eine Kachel dar und kodiert sie farblich in acht Kategorien.

Die beiden Kategorien in der unteren Hälfte der Grafik (in grün) umfassen 20 Zeitschriften, die ihre Inhalte ausdrücklich als »urheberrechtlich geschützt« (oder mit ©-Zeichen) ausweisen, sowie 8 Zeitschriften, die sich zur Rechteverteilung nicht äußern, also im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht beanspruchen (§ 38 Abs. 1 S. 1 UrhG). Diese 28 Zeitschriften (47,5 %) bilden die Gruppe der »traditionellen« Rechteverteilung ohne Open Access.

Der Quadrant links oben (in orange) umfasst drei Kategorien mit 9 bzw. 4 Zeitschriften, die eine der beiden mit

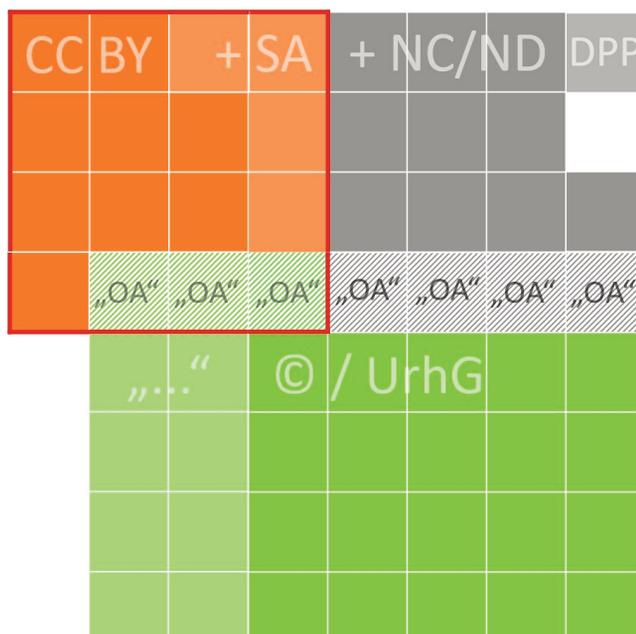


Abb. 5: Lizenzmodelle juristischer Internetzeitschriften im deutschen Sprachraum 2022

dem etablierten Begriffsverständnis des Open Access vereinbarten Creative-Commons-Lizenzen nutzen (CC BY oder CC BY-SA),⁶¹ sowie 3 weiteren Zeitschriften, die sich ohne Angabe einer konkreten Lizenz zum »Open Access« bekennen, also nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ihren Lesern eine mit CC BY gleichwertige Lizenz erteilen.⁶² Diese insgesamt 16 Zeitschriften (27,1 %) bilden die Gruppe der echten Open-Access-Zeitschriften mit »rechtlich freier Lizenzierung«.

Der Quadrant rechts oben schließlich (in grau) umfasst 11 Zeitschriften unter Lizenzen, die nicht alle international etablierten Kriterien für Open Access erfüllen (CC BY-NC, -ND oder -NC-ND sowie DPPL) sowie 4 Zeitschriften unter einer solchen Lizenz, die sich aber zugleich zum »Open Access« bekennen.⁶³ Diese »paradoxe Lizen-

54 Auswertung der Liste www.kusalit.de/ueber-uns/ausgewertete-zeitschriften ohne Kategorien »Politik/Geschichte/Philosophie/Soziologie« und »Wirtschaftswissenschaften«.

55 Zu Kusalit Online als »mit Abstand bester Quelle bibliometrischer Forschungsdaten in der deutschen Rechtswissenschaft« schon Hamann NJW 2022, 3124 (3125).

56 15 von 59. Im Einzelnen: ALJ, BLJ, GoJIL, GRZ, HRN, KriPoZ, MIP, MLR, PUBLICUS, Rg, RiA, RuZ, WiJ, ZfL, ZJS.

57 Berliner Erklärung v. 22.10.2003, unter openaccess.mpg.de/Berliner-Erklaerung.

58 Näher Hamann RW-Sonderheft 2019, 85 (100) zu den »Bedeutungsdimensionen« von »freier« Zugänglichkeit: »Freibier ist kostenlos erhältlich, freie Rede bedarf dagegen rechtlicher Gewährleistung.«.

59 Hamann RW-Sonderheft 2019, 85 (103) mit Tab. 2 zu den sechs CC-Lizenzen.

60 Hamann RW-Sonderheft 2019, 85 (103–109).

61 Hierzu ausf. Hamann RW-Sonderheft 2019, 85 (103) bei Fn. 97.

62 Näher Hamann RW-Sonderheft 2019, 85 (106 f.).

63 Im Einzelnen: BRGÖ, SPWR, WiJ und ZfC.

zerklärung« sollte zugunsten der Nutzer:innen so ausgelegt werden, dass sie dieselben Nutzungen zulässt wie CC BY.⁶⁴ Allerdings fällt der Erklärungsgehalt hier weniger deutlich aus, sodass diese Fälle farblich der rechten Gruppe zugeschlagen wurden: Insgesamt 15 Zeitschriften (25,4 %) mit »rechtlich restriktiver Lizenzierung«.

3. Entwicklungstrajektorie von Open-Access-Zeitschriften

Führt man die beiden Befunde (stetiges Wachstum von Internetzeitschriften, aber derzeit nur 27 % echte Open-Access-Lizenzen) zusammen, so ergibt sich eine Metrik für die Etablierung von Open Access in der deutschen Rechtswissenschaft: Nur wenn unter denjenigen (Internet-)Zeitschriften, die für eine Open-Access-Lizenzierung in Betracht kommen (vgl. Teilauswertung oben 1.), ein steigender Anteil tatsächlich Open-Access-Lizenzen nutzt (vgl. Teilauswertung oben 2.), kann von einer zunehmenden Etablierung von Open Access als Publikationsstandard gesprochen werden.

Die folgende Grafik illustriert diesen Etablierungsgrad. Sie verzeichnet für jedes Jahr seit Bestehen juristischer Inter-

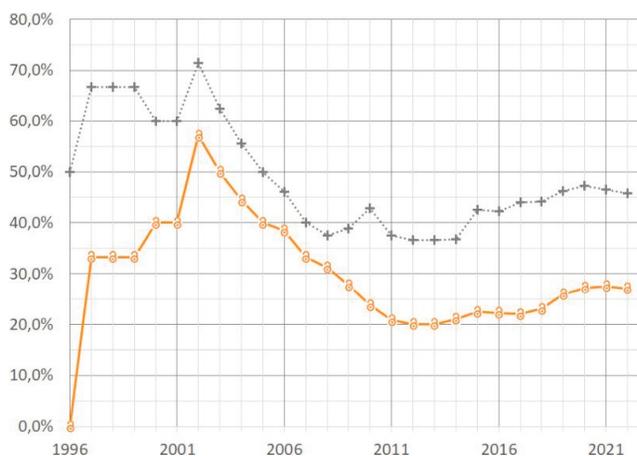


Abb. 6: Prozentualer Anteil aller juristischen Internetzeitschriften im deutschen Sprachraum mit einer beliebigen Lizenz (+) oder Open-Access-Lizenz (OA-Symbol).

netzeitschriften im deutschen Sprachraum sowohl den Anteil aller lizenzierten Internetzeitschriften (obere Hälfte von

Abb. 5), als auch dessen Teilmenge der echten Open-Access-Zeitschriften (linker oberer Quadrant in Abb. 5).

Die dargestellten Zeitreihen schwanken vor allem zu Beginn noch recht stark, da sich bei geringer Zeitschriftenzahl schon Einzelfälle stark auf die Anteilswerte auswirken. Eine seriöse Interpretation sollte aber spätestens ab dem Jahr 2005 möglich sein, als erstmals zehn Internetzeitschriften existierten. Ab diesem Zeitpunkt lässt sich unschwer erkennen, dass sowohl der Open-Access-Anteil als auch der Anteil aller lizenzierten Internetzeitschriften stagnieren, wenn sie nicht zeitweise sogar absinken.

Die Grafik belegt also, dass von einer zunehmenden Etablierung juristischer Open-Access-Zeitschriften trotz des wachsenden Angebots an Online-Medien kaum die Rede sein kann; auch die in den »Goldenen Weg« gesetzten Hoffnungen erscheinen für die deutschsprachige Rechtswissenschaft nach aktuellem Erkenntnisstand verfrüht.

V. Fazit

Die Diskussion um eine urheberrechtliche Open-Access-Förderung verengt sich bislang zu Unrecht auf § 38 Abs. 4 UrhG. Die weiteren Absätze derselben Vorschrift bilden nach neuerer Lesart eine Eskalationsleiter von abgestuften Rechtsvorbehalten für alle in der Praxis gängigen Vertragsgestaltungen. Auf jeder Eskalationsstufe behält § 38 UrhG (im Zusammenspiel mit dem AGB-Recht) ausreichend Rechte vor, um die Zweitverwertung von Fachaufsätzen (sogenannter »Grüner Open Access«) zu ermöglichen. Dass trotzdem nicht einmal jeder vierte Text der Öffentlichkeit zur Verfügung steht, plausibilisiert den Regulierungsversuch des baden-württembergischen Gesetzgebers von 2014, dessen Zweitverwertungspflicht (§ 44 Abs. 6 LHG) auf unabsehbare Zeit ausgebremst wurde. Auch das Potenzial echter Open-Access-Publikationen unter offenen CC-Lizenzen (sogenannter »Goldener Open Access«) wird zumindest in der Rechtswissenschaft kaum realisiert. Bis heute verfügt die deutschsprachige Rechtswissenschaft über nicht einmal zwanzig echte Open-Access-Zeitschriften; deren Anteil stagniert seit ebenso vielen Jahren. ◇

⁶⁴ So Hamann RW-Sonderheft 2019, 85 (106 f.) (Zitat von S. 109 aE).