

II. VERÖFFENTLICHUNG

Open Access in der Archäologie - Rechtliche Voraussetzungen und Rahmenbedingungen

Dr. Nicolai Kemle/Luise Reichel¹

Neue technische Entwicklungen bieten für traditionelle Wissenschaften vielfältige Möglichkeiten und Perspektiven für die Zukunft. Eine der großen Herausforderungen ist die Open Access Bewegung für den Bereich der Archäologie. Open Access und Open Data führen zu tiefgreifenden Veränderungen in dem Bereich der wissenschaftlichen Publikationen und Informationen.

Mit diesem Thema setzte sich auch der Workshop „Open Access publizieren in der Archäologie Stand und Perspektiven“ im Juli 2017 im Römisch-Germanischen Zentralmuseum in Mainz auseinander. Der im Rahmen des Workshops gehaltene Vortrag ist Grundlage der folgenden thematischen Auseinandersetzung mit dem Thema des Open Access im Bereich der Archäologie.

Die Herausforderung für den freien Zugang zu Informationen auf offenen digitalen Plattformen ist zu einem die

zukünftige Einbeziehung von Wissenschaftlern von Anfang an, sei es durch die Veröffentlichung von Grabungsplänen, Zeichnungen, Karten, Abbildungen von Kunst- und Kulturgegenständen und Texten, zum anderen die Veröffentlichung von den vorhandenen Beständen an Informationen.

Hieraus ergeben sich zwei verschiedene rechtliche Herangehensweisen, je nachdem ob es sich um die Bereitstellung/Archivierung bereits vorhandener Publikationen oder die aktuelle bzw. erstmalige Veröffentlichung in Open Access Repositorien handelt. Durch die kombinierte Verfolgung beider Herangehensweisen soll ein vollständig freier Zugang zu den vorhandenen und zukünftigen Informationen in der Archäologie ermöglicht werden.

Publikationen in der Archäologie sind gegenüber vielen anderen Bereichen insofern umfassender, und daher rechtlich interessanter, da sie nicht nur Text und maximal eine bis zwei Abbildungen enthalten, sondern die Texte gerade von den Abbildungen, Skizzen, Fotografien, und vielen anderen Bildern und Bildnissen leben und mit diesen interagieren. Insofern bildet ein

¹ Nicolai Kemle, Rechtsanwalt und Vorstand des Instituts für Kunst und Recht IFKUR e.V.;

Luise Reichel, wiss.Mitarbeiterin Kanzlei Kemle.

archäologischer wissenschaftlicher Text ein ganzes Konglomerat von urheberrechtlichen Gegebenheiten ab, hierzu zählen insbesondere Sprachwerke, § 2 I 1 UrhG, Entwürfe von Werken der Baukunst § 2 I 4 UrhG, Lichtbildwerke, § 2 I Nr. 5 UrhG und weitere Werke gemäß § 2 I 7 UrhG.

Die rechtliche Analyse zur Aufarbeitung der bisherigen Publikationen für den freien Zugang und zur Aufnahme zukünftiger Veröffentlichungen sollte im Kontext des Grundgedankens des Open Access – nämlich der Demokratisierung und ungehinderten Weiterverbreitung vorhandenen Wissens – erfolgen:

Als die Open Access Bewegung initiiert wurde, fasste man die Realisierung einer kostenlosen und umfassenden Wissensverbreitung mit Hilfe der neuen Möglichkeiten, die das Kommunikationsmedium „Internet“ bot, ins Auge. Es entstand eine Bewegung aus der Motivation heraus den wissenschaftlichen Publikationsdiskurs anzukurbeln, indem man der Allgemeinheit dauerhaft jederzeit und auf unbestimmte Zeit alle Nutzungs- und Verwertungsrechte einräumt. Ein Ansatz, der Vereinfachung und die Demokratisierung der Wissensgesellschaft suggeriert.

Doch auf der anderen Seite dieser Öffnung des sonst durch Verlage und deren ausschließlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte dominierten Publikationsmarktes, steht der Publizierende und der Anspruch dessen Rechte ausreichend zu wahren. Schließlich ist das geistige Gut (die Publikation) des Autors dessen Kapital, das sich, wenn nicht durch die ausschließliche Abtretung von Nutzungs- und Verwertungsrechten an Verlage, anderweitig amortisieren muss.

Hier stellen sich im Spannungsfeld zwischen den Interessen des Publizierenden, der Betreiber von Open-Access-Plattformen (Repositorien) und der Nutzer spannende rechtliche Fragen auf die dieser Artikel im Folgenden eingeht.

I. originärer Rechtsschutz im Rahmen archäologischer Publikationen

Die Inhalte archäologischer Publikationen sind vielfach rechtlich geschützt.

Zum einen ergibt sich ein grundrechtlicher Schutz aus der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 III GG zum anderen einfachgesetzlicher Schutz aus dem Urheber- und dem Urheberwissenschaftsgesetz.

Für den einfachgesetzlichen Schutz aus dem Urheberrecht ist erforderlich, dass der Publizierende ein Werk schafft, das den Anforderungen des § 2 II UrhG entspricht, d.h. eine „persönliche geistige Schöpfung“ ist. Diese ist die einheitliche Schutzvoraussetzung verschiedener Werkarten unabhängig davon, ob es sich um ein Sprach- Bild- oder Musikwerk handelt.

Zur Konkretisierung des unbestimmten Begriffs „persönliche geistige Schöpfung“ werden einzelne Elemente im Folgenden erklärend dargestellt:

„Persönlich“ ist ein Werk nur dann, wenn es von einem Menschen geschaffen wurde. Mithin fallen Maschinenerzeugnisse, oder Produkte an denen der Mensch nicht maßgeblich mitgewirkt hat nicht darunter.²

„Geistig“ meint, dass das Werk vom Werkstück unterschieden wird. Geschützt wird der geistige Gehalt des Werkes – die qualifizierte menschliche Kommunikation³, die eine geistig anregende Wirkung⁴ hat und in irgendeiner Weise zum Ausdruck kommend wahrnehmbar⁵ ist. So sind auch Vorträge

oder andere nicht körperlich festgehaltene Werke urheberrechtlich geschützt.⁶

Das Element „Schöpfung“ bringt zum Ausdruck, dass ein bestimmtes Mindestmaß an geistig-schöpferischer Leistung vorliegen muss, also irgendeine persönliche geistige Leistung gerade nicht ausreichend ist. Das Werk muss individuell und „besonders“ sein, was üblicherweise dann der Fall ist, wenn etwas noch nicht Dagewesenes geschaffen wird und sich das Werk von der Masse des Alltäglichen und lediglich handwerklichen oder routinemäßigen Leistungen abhebt.⁷

Wenn der Publizierende einen wissenschaftlichen Text schreibt, sind regelmäßig diese Voraussetzungen erfüllt, sodass die Publikation einfachgesetzlichen Schutz nach dem Urheberrecht genießt.

Sind die Voraussetzungen gegeben, besteht dieser Schutz für die archäologische Publikation also originär, das heißt automatisch, ohne weiteres Zutun des Autors.

² Dreier/Schulze-Schulze, § 2 Rn.8.

³ Schricker/Schricker Einleitung Rn.7.

⁴ Dreier/Schulze-Schulze, § 2 Rn. 12.

⁵ Dreier/Schulze-Schulze, § 2 Rn. 13.

⁶ Dreier/Schulze-Schulze, § 2 Rn. 11.

⁷ BGH GRUR 1987, 704, 706 – Warenzeichenlexika.

Aus diesem einfachgesetzlichen Schutz folgend hat der Urheber das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist. Er kann beispielsweise entscheiden, ob er die Rechte an einen Verlag abtritt oder open access publiziert. Diese umfassenden Nutzungs- und Verwertungsrechte sind in § 15 UrhG verankert. Hier hat der Urheber „das ausschließliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten; das Recht umfaßt insbesondere

1. das Vervielfältigungsrecht (§16)
2. das Verbreitungsrecht (§ 17)
3. das Ausstellungsrecht (§18)“.

So schützt das Urheberrecht den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und dient durch die Nutzungsrechte sogleich der „Sicherung einer angemessenen Vergütung“, vgl. § 11 S.2 UrhG.

Diese dem Urheber zur Verfügung stehenden Nutzungs- und Verwertungsrechte verlangen nun das Einschreiten/Aktiv-werden/Handeln des Urhebers. Anders als bei der Frage um die Qualität der Publikation als allgemein urheberrechtlich geschütztes Werk sind die Nutzungs- und Verwertungsrechte durch den Autor bestimmbar. So kann

der Autor über die Nutzungs- und Verwertungsrechte verfügen, indem er sie beispielsweise an Dritte abtritt, vgl. § 31 UrhG. Die Bestimmung der vom Urheber gewünschten Nutzungs- und Verwertungsart sollte in jedem Fall vertraglich erfolgen. Dies gilt auch dann, wenn der Urheber eine Open Access Veröffentlichung anstrebt. Er kann und sollte zur Klärung der Rechtslage die Nutzungs- und Verwertungsrechte vertraglich eindeutig (im Falle von open access durch Lizenz) regeln.

II.1. Rechtsschutz im Rahmen von open access Publikationen

Fraglich ist, wie die in § 11 Satz 2 UrhG verankerte Schutzrichtung des Urheberrechts „Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes“ durch die Wahl einer Open Access Veröffentlichung gewahrt werden kann. Schließlich entscheidet sich der Publizierende im Rahmen einer Open Access Publikation für die kostenlose unbeschränkte und dauerhafte Zur-Verfügung-Stellung seines Werkes.

Klar ist, dass die Sicherung einer angemessenen Vergütung hier nicht im Sinne einer monetären Vergütung durch Abtretung von Nutzungs- und Verwertungsrechten an Verlage

(traditionelles System) erfolgt, sondern durch den durch die Virulenz einer open access Publikation steigenden Autoren-Impact.

Um diesen immateriellen Gegenwert für nutzerfreundliche Veröffentlichung zu sichern, sollte jedoch eine Lizenzierung als wirksame Maßnahme vorgenommen werden. Hier kann beispielsweise die CC-Lizenz⁸ herangezogen werden. Mithilfe der Lizenzierung kann der Publizierende genauestens festlegen wie seine Veröffentlichung genutzt und/ oder weiterverbreitet werden darf. Er kann hierbei festlegen, ob beispielsweise bei weiterer Nutzung der Publikation sein Name genannt werden muss, oder ob diese überhaupt weitergegeben werden darf.

Durch die Lizenzierung von Open Access Publikationen wird zum einen Rechtsklarheit in der weiteren Nutzung und dem Umgang mit solchen geschaffen und zum anderen eine Rechtlosstellung des Publizierenden verhindert. Sie ist daher für Open Access Publikationen unbedingt empfehlenswert.

II. 2. Schranken des Urheberrechts – Verwendung von fremden Materialien

Auf der anderen Seite ist im Rahmen von Open-Access-Veröffentlichungen zu beachten, dass der Urheberrechtsschutz auch einschränkend wirken kann und zwar dann, wenn nicht eigene Inhalte, wie Abbildungen, Karten, Bilder etc. verwendet werden. Eine solche Verwendung kann nämlich wiederum in die Urheberrechte anderer eingreifen.

a. Schranken des Urheberrechts

Die Fälle, in denen eine ausdrückliche Einwilligung in die Nutzung und Verwertung des verwendeten Werkes vorliegt, sind unproblematisch. Doch liegt eine ausdrückliche Einwilligung nur in seltenen Fällen vor. In der Praxis häufiger vorkommend, sind die Konstellationen, in denen der Urheber des verwendeten Werkes nicht auszumachen ist und somit Unklarheit über die Verwertungs- und Nutzungsmöglichkeit des zu verwertenden Materials besteht. Da niemals von einer konkludenten Einwilligung ausgegangen werden kann, sondern diese schlicht nicht besteht, wenn nicht ausdrücklich erklärt, ist eine Verwendung zunächst rechtswidrig.

Ohne Einwilligung des Urhebers können in diesem Fall (es besteht keine

⁸ <https://creativecommons.org/licenses/?lang=de>, zuletzt abgerufen am 25.08.2017.

Einwilligung des Urhebers) nur die Schranken des Urheberrechts zu einer anderen Bewertung des Sachverhalts führen.

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Urheberrecht 70 Jahre post mortem auctoris erlischt. Ein Werk dessen Autor bereits über 70 Jahre lang tot ist, kann bedenkenlos verwertet werden, vgl. § 64 UrhG.

Sollte ein Bild nicht den oben dargestellten Anforderungen an eine „persönliche geistige Schöpfung“ genügen und somit keine Werkschutz iSd § 2 UrhG genießen, kann es als Lichtbild nach § 72 ff UrhG geschützt sein. Hier gilt anders als bei Lichtwerken nicht § 64 UrhG (Urheberrecht erlischt 70 Jahre nach Tod des Urhebers), sondern gem. § 72 III UrhG beträgt die Schutzdauer 50 Jahre nach Erscheinen, sodass ab dann ebenfalls bedenkenlos verwertet werden kann.

Sollten diese Jahresabstände nicht gegeben sein, kommen weitere Schranken des Urheberrechts in Betracht.

Besonders relevant ist das Zitatrecht nach § 51 UrhG. Demnach ist „die

Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist“, zulässig.

Hierfür sind der Belegcharakter (Belegfunktion) der zitierten Stelle, dessen untermauernde oder intensivierende Anführung der eigenen Ausführungen sowie allgemein die innere Verbindung von aufgenommenen und aufnehmenden Werk Voraussetzung.⁹ Mithin kann nicht wahllos zitiert werden, das Zitat darf nicht dazu führen, dass eigene Ausführungen erspart werden.¹⁰ Ist das Zitat nach § 51 UrhG grundsätzlich zulässig, muss außerdem beachtet werden, dass der Zitierende nicht gegen das Änderungsverbot des § 62 UrhG oder gegen die Pflicht zur Quellenangabe nach § 63 UrhG verstoßen darf.¹¹ Das Änderungsverbot des § 62 UrhG ist dabei nicht absolut, was sich bereits aus § 62 II UrhG ergibt, wonach beispielsweise Übersetzungen zulässig sind soweit der Benutzungszweck dies erfordert. Werke der bildenden Künste oder Lichtbildwerke dürfen gem. § 62 III UrhG verkleinert oder vergrößert werden. Außerdem sind Veränderungen

⁹ Dreier/Schulze, § 51 Rn. 4.

¹⁰ KG GRUR 1970, 616, 618 – Eintänzer.

¹¹ Schack, § 15, Rn. 552.

gestattet, die das jeweilige Reproduktionsverfahren erfordert, sodass beispielsweise ein farbiges Kunstwerk innerhalb der Presse-Berichterstattung schwarz-weiß abgedruckt werden kann.¹²

Problematisch sind die Fälle der Reproduktionsfotografie, da die Zitierfreiheit sich bisher nach herrschender Meinung nicht auf das Lichtbild, das das zitierte Werk wiedergibt, erstreckt.¹³ Dass hier der geistige Austausch durch die Bildrechte der Fotografen nach §§ 72 ff UrhG eingeschränkt werden soll, kann jedoch wertungsmäßig nicht überzeugen, da ein Lichtbild nicht stärker geschützt sein kann als ein Lichtwerk.

Stellen Repositorien Publikationen und urheberrechtlich geschützte Werke zur Verfügung könnte man an eine Zulässigkeit über die Schranke nach § 53 UrhG, wonach einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen ...“ zulässig sind, denken. Dies kommt aber nicht in Betracht, da Repositorien nicht dem privaten Gebrauch, also der Privatsphäre zur

Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse durch die eigene Person oder die mit ihm durch ein persönliches Band verbundenen Personen¹⁴ zuzuschreiben sind.

Weiterhin wird bei Repositorien auch nicht die Schranke des § 52a UrhG greifen, wonach es zulässig ist, „veröffentlichte kleine Teile (vgl. § 52a I Nr. 1 UrhG) zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung (...) ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern“ öffentlich zugänglich zu machen. Jedenfalls scheidet die Zulässigkeit mithilfe dieser Schranke bei der öffentlichen Zugänglichmachung im Rahmen von Repositorien an der Voraussetzung eines „bestimmt abgrenzbaren“ Adressatenkreises von „Unterrichtsteilnehmern“. Zwar kann eine Abgrenzung durch technische Mittel¹⁵ (Passwörter, Matrikelnummer) erfolgen, jedoch muss neben der quantitativen Beschränkung auch eine qualitative erfolgen, da nicht irgendein Adressat, sondern nur ein Unterrichtsteilnehmer zum zulässigen Empfängerkreis zählt.

¹² Maaßen, ZUM 2003, 830, 838.

¹³ Schack, § 15 Rn. 550.

¹⁴ Dreier/Schulze-Dreier, § 53, Rn. 7.

¹⁵ Dreier/Schulze-Dreier, § 52a Rn.8.

Es lässt sich festhalten, dass die in § 51 UrhG verankerte Zitierfreiheit mithin die relevanteste Schranke ist, die - wenn sie greift - zur Zulässigkeit der Verwendung von Materialien führt, mit deren Urhebern entweder keine vertragliche Nutzungs- und Verwertungsvereinbarung vorliegt, oder deren Urheber nicht ausfindig zu machen sind.

b. Veröffentlichen in Repositorien

Zu beleuchten ist weiterhin, was neben den gesetzlichen Erlaubnissen in Form der einschlägigen Urheberrechtsschranken in Betracht kommen könnte um eine legale Bereitstellung von Publikationen in Repositorien zu gewährleisten.

Hierbei ist zunächst als Zwischenergebnis deutlich zu machen, dass es keine Schranke gibt, die generell eine Publikation in einem Repository erlaubt. Wie oben dargelegt greift § 52a UrhG nur für einen sehr kleinen Nutzerkreis und die Normen des Urheberwissenschaftsgesetzes, wie beispielsweise § 60 c UrhG¹⁶ ermöglichen nur die teilweise durch einen Prozentsatz des Werkes beschränkte Nutzung für restriktiv festgelegte Zwecke.

Ein Repository muss somit zwingend über ausreichende Nutzungs- und Verwertungsrechte verfügen. Dies gilt nur nicht bei gemeinfreien Werken (Urheber länger als 70 Jahre tot, 50 Jahre nach Erscheinen bei Lichtbild). Weitere Ausnahmen sind nicht denkbar.

Einfach zu handhaben, aber das Verfügen über Nutzungs- und Verwertungsrechte nicht entbehrend, ist die Konstellation, in der eine open access Publikation vorliegt, die entweder gar keine Lizenzbestimmungen aufweist, oder jedenfalls eine Weiterverbreitung (ggf. unter weiteren Bestimmungen) erlaubt.

In allen anderen Fällen sind die Nutzungs- und Verwertungsrechte qua vertraglicher Vereinbarung einzuholen.

Hierbei ist zu beachten, dass die Nutzungs- und Verwertungsrechte für eine Veröffentlichung im Internet (beispielsweise also im Rahmen eines Repositoriums) auch dann vom Urheber eingeholt werden können, wenn die ausschließlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte bereits vor 1995 abgetreten wurden, beispielsweise an einen Verlag. Das liegt daran, dass das Internet vor 1995 keine bekannte Nutzungsart war, sodass sich die Abtretung der

¹⁶ vgl. § 60 c in BT-Drucksache 535/17.

Nutzungs- und Verwertungsrechte nicht auf diese Nutzungsart beziehen konnte.

Allgemein sind an die Einwilligung des Urhebers in die Nutzung und Verwertung seines Werkes im Rahmen eines Repositoriums hohe Anforderungen zu stellen. So wurde im Rahmen des Symposiums angedacht, ob es ausreichen würde, an die betreffenden Urheber Anfrageschreiben zu versenden, bei deren Nichtbeantwortung von einer Nutzungs- und Verwertungseinwilligung ausgegangen werde. Dies ist zum einen nicht möglich, weil die Einwilligung ausdrücklich erfolgen muss und zum anderen gerade durch diese Art der Anfrage deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass der Anfragende selber davon ausgeht das betreffende Werk dem Grunde nach nicht nutzen oder verwerten zu dürfen.

III. Ausblick

Für das Einstellen von bereits veröffentlichten Werken sollte mithin eine eingehende Prüfung der Nutzungs- und Verwertungsrechte unbedingt erfolgen. Liegt eine ausdrückliche Einwilligung in die gewünschte Nutzung und

Verwertung eines Werkes nicht vor, ist von einer Verwendung abzusehen – es sei denn eine der oben dargestellten Urheberrechtsschranken greift zweifelsfrei.

Für das zukünftige Publizieren iSd Open Access empfiehlt sich eine Lizenzierung, sodass im Umgang mit „freien“ Publikationen keine Rechtsunklarheit besteht.

Sollten Repositorien in absehbarer Zeit für das Downloaden bzw. Nutzen von Open-Access Publikationen zur Refinanzierung ein Entgelt fordern stellt dies eine kommerzielle Nutzung dar - auch wenn dabei keine Gewinne erzielt werden. Häufig schließen Urheber von Open-Access Publikationen jedoch eine kommerzielle Nutzung aus, sodass ein derartiges Entgelt die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung zur Folge hätte.

Es bleibt mit Spannung zu erwarten, wie dieses Problem gelöst wird, da der finanzielle Aufwand, den das umfangreiche Bereitstellen von Informationen in Repositorien mit sich führt, nicht von der Hand zu weisen ist.