

Zwang zum Open Access-Publizieren? Der rechtliche Präzedenzfall ist schon da!

Thomas Hartmann

Überblick

Lange Zeit war es hierzulande in Wissenschaft, Politik und Recht weithin Konsens, dass Wissenschaftler/innen Open Access publizieren *können* aber nicht dazu von Rechts wegen verpflichtet sein sollen. Diese Auffassung vertritt aus mannigfaltigen Gründen auch der Verfasser dieses Beitrags.¹

Neuland betreten hat im Frühjahr 2014 die Wissenschaftsministerin in Baden-Württemberg. Nach dem neuen Landeshochschulgesetz² (LHG BaWü) *müssen* die Hochschulangehörigen ihre wissenschaftlichen Beiträge frei zugänglich zweiteröffentlichen.

Eine rechtliche Verpflichtung zur Open Access-Zweiteröffentlichung verankerte als bundesweit erste Hochschule im Dezember 2015 die Universität Konstanz. Sie gibt ihren Hochschulangehörigen seitdem in der „Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweiteröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG“ ein Open Access-Mandat vor.

Dagegen sind 17 Professoren/innen der Universität Konstanz vor Gericht gezogen. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat die Normenkontrollklage (Aktenzeichen 9 S 2056/16) im September 2016 dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt. Die obersten Verfassungshüter in Karlsruhe könnten so (endlich) den Rahmen für grundlegende Fragen von Open Access, (elektronischem) Publizieren und Urheberrecht abstecken. Zutreffend kommentiert daher *Ulrich Rüdiger*, Rektor der Universität Konstanz: „Die rechtliche Prüfung wird eine entscheidende Weichenstellung für den Bereich Open Access in der Wissenschaft insgesamt sowie für das Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg darstellen.“³

¹Hartmann (2017), Open Access rechtlich absichern – warum es ein Opt-in braucht. In: Söllner/Mittermaier (Hrsg.), Praxishandbuch Open Access, S. 45-52, Berlin, De Gruyter Saur. Als Zweiteröffentlichung abrufbar unter <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-002D-6F30-3>.

²§ 44 Abs. 6 Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg (LHG BaWü) in der Fassung vom 01.04.2014 lautet: „Die Hochschulen sollen die Angehörigen ihres wissenschaftlichen Personals durch Satzung verpflichten, das Recht auf nichtkommerzielle Zweiteröffentlichung nach einer Frist von einem Jahr nach Erstveröffentlichung für wissenschaftliche Beiträge wahrzunehmen, die im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind. Die Satzung regelt die Fälle, in denen von der Erfüllung der Pflicht nach Satz 1 ausnahmsweise abgesehen werden kann. Sie kann regeln, dass die Zweiteröffentlichung auf einem Repository nach § 28 Absatz 3 zu erfolgen hat.“

³Vgl. Pressemitteilung Nr. 90/2016 der Universität Konstanz vom 21.11.2016, abrufbar unter <https://www.uni-konstanz.de/universitaet/aktuelles-und-medien/aktuelle-meldungen/aktuelles/aktuelles/open-access-satzung-auf-juristischem-pruefstand/>.

Im Folgenden soll auf die zwölf häufigsten Rechtsfragen eingegangen werden, welche sich den Hochschulen und in der Wissenschaft insgesamt dazu stellen.

Was genau beinhaltet die *Zweitveröffentlichungspflicht* in Baden-Württemberg?

Nach dem im Frühjahr 2014 eingeführten § 44 Absatz 6 LHG BaWü sollen die Hochschulen ihre Angehörigen dazu verpflichten, wissenschaftliche Beiträge⁴ ein Jahr nach Erscheinen zweitzuveröffentlichen. Betroffen sind Beiträge, die im Rahmen der Dienstaufgaben erstellt wurden. Mit der Satzung können die Hochschulen vorsehen, dass die Zweitveröffentlichung auf dem hochschuleigenen oder einem anderen bestimmten Repositorium erfolgt. Ferner können die Hochschulen in eigener Regie Ausnahmen von der Zweitveröffentlichungspflicht festlegen. Die Universität Konstanz hat in der strittigen Satzung in einem eigenen Paragraphen solche Ausnahmefälle und ein Verfahren dafür definiert.⁵

Was hat die strittige *Zweitveröffentlichungspflicht* in Baden-Württemberg mit dem *Zweitveröffentlichungsrecht* des Bundes zu tun?

Die Präambel und der Titel der Satzung nehmen ausdrücklich Bezug auf das seit Januar 2014 nach § 38 Abs. 4 Urheberrechtsgesetz (UrhG) gewährleistete Recht auf Zweitveröffentlichung. Nach den Worten der Präambel klingt es nur folgerichtig, wenn Bundesländer und Hochschulen die Stärkung wissenschaftlicher Autoren/innen des § 38 Abs. 4 UrhG aufgreifen: „Die Erkenntnisse wissenschaftlicher Forschung sollten möglichst frei zugänglich sein. Das Landeshochschulgesetz nimmt deshalb in § 44 Abs. 6 LHG BaWü den Open Access-Gedanken in der Form auf, dass die Hochschulen ihre Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler durch Satzung

⁴Um welche Beiträge es sich handelt und in welchem Rahmen diese zweitzuöffentlichen dürfen, siehe unten bei „Was hat die strittige Zweitveröffentlichungspflicht in Baden-Württemberg mit dem Zweitveröffentlichungsrecht des Bundes zu tun?“.

⁵§ 4 Ausnahmen von der Zweitveröffentlichung

(1) Von einer Zweitveröffentlichung kann abgesehen werden, wenn diese berechtigte Interessen der gemäß § 1 Verpflichteten verletzt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn

a) die erstveröffentlichten Erkenntnisse zwischenzeitlich überholt sind oder sich als falsch erwiesen haben,
b) die Erstpublikation aufgrund gesetzlicher Vorschriften zurückgezogen worden ist,
c) die Publikation Rechte Dritter verletzt oder

d) die erstveröffentlichten Erkenntnisse bereits auf einem von einer Universität oder von einer Forschungseinrichtung betriebenen Repositorium zweitzuöffentlichung worden sind und eine entsprechende Mitteilung gemäß § 3 Abs. 1 erfolgt ist und ein entsprechender Verweis im Repositorium KOPS eingetragen ist.

(2) Ausnahmen von einer Zweitveröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen, in denen der Autor oder die Autorin ein Zweitveröffentlichungsrecht gemäß § 38 Abs. 4 UrhG hat, sind beim Ausschuss für Kommunikation und Information (AKI) mit der Meldung gemäß § 3 zu beantragen und zu begründen.

Aus: Universität Konstanz, Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG. Abrufbar via <https://www.uni-konstanz.de/universitaet/aktuelles-und-medien/aktuelle-meldungen/aktuelles/aktuelles/open-access-satzung-auf-juristischem-pruefstand/>.

verpflichten sollen, das Recht auf Zweitveröffentlichung, das seit Januar 2014 nach § 38 Abs. 4 UrhG gewährleistet ist, auch tatsächlich in Anspruch zu nehmen.“⁶

Wissenschaftspolitisch liegen zwischen dem Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 4 UrhG und der Zweitveröffentlichungspflicht des § 44 Abs. 6 LHG BaWü Welten. Der Bund hat im Urheberrechtsgesetz seit 2014 festgelegt, dass wissenschaftliche Autoren/innen unter bestimmten Vorgaben wissenschaftliche Beiträge zweitveröffentlichen *können*. In Baden-Württemberg hingegen *müssen* nun Hochschulangehörige eine frei zugängliche Zweitveröffentlichung vornehmen.

Ferner verweisen, nicht ohne rechtliche Finesse, das Land Baden-Württemberg und die Universität Konstanz umfassend auf die Vorgaben des § 38 Abs. 4 UrhG: Nur falls ein Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 4 UrhG besteht, muss es gemäß § 44 Abs. 6 LHG BaWü beziehungsweise nach den Hochschulsatzungen auch ausgeübt werden. An entscheidender Stelle aber verkehrt das Land Baden-Württemberg mit § 44 Abs. 6 LHG BaWü den Willen des Bundesgesetzgebers: Denn nach § 44 Abs. 6 LHG BaWü sind vor allem die Professoren/innen dazu verpflichtet, ihre „im Rahmen der Dienstaufgaben“ entstandenen wissenschaftlichen Beiträge zweitzuöffentlichen. Die Bundesregierung hatte indes in die Gesetzesbegründung⁷ zu § 38 Abs. 4 UrhG ausdrücklich aufgenommen, dass das Zweitveröffentlichungsrecht nur für Publikationen aus staatlichen Projektförderungen, nicht aber für die grundfinanzierte universitäre Forschung gelten soll.⁸

Zu den weiteren einzelnen, teils umstrittenen Vorgaben des Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG hat das „Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ einen Flyer⁹ erstellt, zur Vertiefung sei darauf verwiesen, dass zahlreiche Rechtsfragen in einem ein FAQ¹⁰ zum Zweitveröffentlichungsrecht der Schwerpunktinitiative „Digitale Information“ der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen behandelt werden.¹¹

Wer steht vor Gericht?

(Muster-)Kläger sind 17 Professoren/innen der Universität Konstanz. Mit einer Ausnahme stammen sie alle aus der juristischen Fakultät. Die Normenkontrollklage wird unterstützt von der Professorenvereinigung Deutscher Hochschulverband (DHV).¹² Die Kläger vertritt vor Gericht der Bonner Jura-Professor *Klaus Gärditz*.

⁶Universität Konstanz, Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG, S. 2.

⁷Vgl. Bundestag-Drucksache 17/13423, S. 9. Abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/134/1713423.pdf>.

⁸Vgl. zur Begründung und rechtlichen Wirksamkeit der Differenzierung nach staatlich grundfinanzierter Forschung und staatlicher Förderung mit Forschungsprojekten insbesondere die Fragen Nr. 15 bis 21 des FAQ zum Zweitveröffentlichungsrecht der Schwerpunktinitiative „Digitale Information“ der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen, abrufbar unter <http://www.allianzinitiative.de/handlungsfelder/rechtliche-rahmenbedingungen/faq-zvr.html>.

⁹Siehe <http://urheberrechtsbuendnis.de/docs/zvr-folder-2015-a4.pdf>.

¹⁰Siehe <http://www.allianzinitiative.de/handlungsfelder/rechtliche-rahmenbedingungen/faq-zvr.html>.

¹¹Siehe dazu ferner Vortragsaufzeichnung „Neues gesetzliches Zweitveröffentlichungsrecht -- Update zu den Anforderungen an Bibliotheken und Wissenschaftseinrichtungen“ in Session „Rechtliche Aspekte des Open Access“ auf den Open-Access-Tagen 2013 Hamburg, abrufbar unter https://youtu.be/DmIh_orxRX8.

¹²Siehe https://www.boersenblatt.net/artikel-boersenverein_zu_open-access-regelung_.1398729.html.

Beklagt wird die Universität Konstanz, die *Alexander Peukert*, Jura-Professor an der Goethe Universität Frankfurt vor Gericht verteidigt. Zu Peukerts rechtswissenschaftlichen Forschungsschwerpunkten im Exzellenzcluster Normative Ordnung zählen Gemeinfreiheit, Zugangsrecht und das Urheberrecht im Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems.

Brisant also: Einzelne Professoren/innen verklagen ihre eigene Universität wegen einer Satzung, die in den Universitätsgremien (mehr dazu unten) verabschiedet wurde. Zudem sind auf beiden Seiten des Prozesses Jura-Professoren die Hauptakteure, die offenbar auch ein grundlegend unterschiedliches Verständnis des Publikationssystems in der Jurisprudenz pflegen.

Eine Reportage zur Verhandlung am Verwaltungsgerichtshof Mannheim ist am 27.09.2017 erschienen bei der Legal Tribune Online.¹³

Was motiviert Professoren/innen, gegen Open Access zu klagen?

Rechtlich wird das Normenkontrollverfahren von den 17 Professoren/innen vor allem angestrengt, weil sie einen unzulässigen Eingriff in das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz) beanstanden.

Einer der 17 klagenden Professoren/innen ist Christoph Schönberger, Professor für öffentliches Recht an der Universität Konstanz. Er begründet die Klage gegenüber dem Deutschlandfunk im Januar 2017 folgendermaßen:

„Wir, also die Kollegen, die sich beteiligt haben, sind nicht grundsätzlich gegen Open Access. (...) Wir entscheiden ja bis jetzt selbst, in welchen Publikationsformaten, in welchen Zeitschriften, wir unsere Ergebnisse publizieren. Und nach unserer Meinung gehört es zu unserer Wissenschaftsfreiheit, dass auch selbst entscheiden zu können. (...) In dem Augenblick, in dem wir gezwungen werden, die Ergebnisse in irgendeiner Form auf einem Server bereit zu legen, geben wir diese Hoheit über diese Forschungsergebnisse, über die Art, wie wir sie präsentieren wollen, auf. Das möchten wir nicht. (...) Es ist für unsere Reputation bedeutsam, in welcher Zeitschrift wir publizieren. Wir sind darauf angewiesen, dass es diese qualifizierten Fachverlage gibt. Und der Fachverlag ist natürlich in großen Schwierigkeiten, für jedes Forschungsvorhaben hinzunehmen, dass es nach einer gewissen Zeit von der Universität frei veröffentlicht wird.“¹⁴

Nachdem die Universitätssatzung im Senat der Universität Konstanz Ende 2015 verabschiedet worden war, hatte der universitätseigene Fachbereich Rechtswissenschaft „einmütig“ am 01.02.2016 ein Protestschreiben an den Rektor der Universität Konstanz geschickt. Darin erläutern die Jura-Professoren ihre Kritik an der satzungsgemäßen Open Access-Zweitveröffentlichungspflicht und fordern schließlich ihre Universität „als lernende Organisation“ dazu auf, die Möglichkeit einer Selbstkorrektur zu nutzen und „die Satzung schnellstmöglich aufzuheben“.¹⁵

¹³ <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vgh-mannheim-normenkontrollantrag-9-s-2056-16-professoren-universitaet-konstanz-open-access-wissenschaft-urheberrecht/>.

¹⁴ Zitiert nach: Deutschlandfunk vom 25.01.2017: „Open Access: Professoren klagen gegen kostenfreie Artikel-Zweitnutzung“. Abrufbar unter http://www.deutschlandfunk.de/open-access-professoren-klagen-gegen-kostenfreie-artikel.680.de.html?dram:article_id=377280.

¹⁵ Das Schreiben des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Konstanz an den Rektor derselben Universität

Weshalb steht eine *Universitätssatzung* im Zentrum der Aufmerksamkeit?

Die Verpflichtung zu einer frei zugänglichen Zweitveröffentlichung ergibt sich für die Hochschulangehörigen in Konstanz aus der „Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG“. Eine solche Universitätssatzung entfaltet für die Universitätsangehörigen eine vergleichbare, vor allem rechtsverbindliche Wirkung wie Gesetze, darf also nicht unterschätzt werden.

Die Parallelen zwischen Parlamentsgesetzen und Hochschulsatzungen sind vielen Wissenschaftler/innen wenig bewusst, an sich aber offenkundig: Bundesgesetze werden vom Deutschen Bundestag beschlossen und gelten für das Bundesgebiet. Landesgesetze werden jeweils von den Landtagen beschlossen und gelten für die jeweiligen Bundesländer. Hochschulsatzungen werden von den akademischen Senaten der jeweiligen Hochschulen beschlossen und gelten für die Angehörigen der jeweiligen Hochschulen. Dies ist übrigens vergleichbar mit Sportvereinen, deren rechtliche Grundlage die Vereinsatzung („Statuten“) bildet, die von den Vereinsmitgliedern entschieden werden.

Neben dieser *normativen Wirkung* von Satzungen werden die Selbstverwaltungsgremien in academia ebenso wie Parlamente nach den allgemeinen Wahlgrundsätzen von den Hochschulangehörigen gewählt.¹⁶ Regelungen von Bundesgesetzen treten nach Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt in Kraft, vergleichbar geben die Hochschulen regelmäßig amtliche Bekanntmachungen heraus. In diesem Fall betroffen ist die „Amtliche Bekanntmachung der Universität Konstanz Nr. 90/2015“.

Warum hat das Land Baden-Württemberg die Veröffentlichungsverpflichtung auf die einzelnen Hochschulen abgewälzt?

Die Vorgabe, eine Open Access-Zweitveröffentlichung einzufordern, richtet sich gemäß § 44 Abs. 6 LHG BaWü zunächst an die Hochschulen. Sie sind dazu verpflichtet, ihre eigenen Wissenschaftler/innen mittels einer Satzung (siehe oben) zur Open Access-Zweitveröffentlichung verbindlich anzuhalten. Vermutlich wäre auch der direkte Weg möglich gewesen: Ein Entwurf der Novelle zum Landeshochschulgesetz 2014 hatte noch eine direkte, landesgesetzliche Pflicht aller Hochschulangehörigen zur Open Access-Zweitveröffentlichung vorgesehen.

Jenseits politischer Motive spricht juristisch die grundrechtlich verbürgte Hochschulautonomie dafür, dass die einzelnen Hochschulen jeweils selbst Satzungen erlassen und nicht ein zentrales, wissenschaftsexternes Parlament. Die damit verbundene Beratung und Beschlussfassung in den

ist vollständig veröffentlicht in: Ordnung der Wissenschaft, Nr. 2/2016, S. 135 f. (Editorial). Abrufbar unter http://www.ordnungderwissenschaft.de/2016-2/07_Infoteil/14_loewisch_konstanzer-juristenfakultaet_verweigert_zweitveroeffentlichungspflicht_odw_2016.pdf.

¹⁶Vgl. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz: „Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt.“

jeweiligen Universitätsgremien kann zudem die Akzeptanz in den einzelnen Einrichtungen befördern und universitätsspezifische Umsetzungsanforderungen berücksichtigen; dabei ist insbesondere an die jeweilige Infrastruktur wie institutionelle Repositorien und Dokumentenserver zu denken. Ausdrücklich kann nach dem letzten Satz des strittigen § 44 Abs. 6 LHG BaWü von den Hochschulen festgelegt werden, „dass die Zweitveröffentlichung auf einem Repositoryum (...) zu erfolgen hat.“

Dass die Musterklage an der Universität Konstanz ausgetragen wird, verwundert nicht: Die Universität Konstanz ist seit langem intensiv für Open Access engagiert. Konsequenterweise sind insoweit die positiven Kommentierungen der Universitätsleitung¹⁷ zu dem langwierigen Gerichtsverfahren und dem umfassenden Medienecho. Andererseits kann hinterfragt werden, weshalb die zuständige Wissenschaftsministerin Theresia Bauer ihren politischen Willen nicht wie bei anderen Themen selbst im Landesgesetz durchsetzt und die wissenschaftspolitische Verantwortung und rechtlich absehbare Risiken den einzelnen Hochschulen zuweist.

Welche Bedeutung hat die Zweitveröffentlichungspflicht in Baden-Württemberg für die anderen Bundesländer?

Die meisten Bundesländer verfolgen mit hoher Aufmerksamkeit, ob eine Open Access-Zweitveröffentlichungspflicht im Landeshochschulrecht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Sollte die Open Access-Pionierbestimmung aus Baden-Württemberg der verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten, könnte ein Domino-Effekt eintreten. Andere Bundesländer, die sich (wissenschafts-)politisch auch klar für Open Access positionieren und engagieren, könnten ebenso wie in Baden-Württemberg den politischen Handlungsspielraum für Open Access-Vorgaben nutzen. In Berlin etwa verabschiedeten Ende 2015 Senat und Abgeordnetenhaus eine landeseigene Open Access-Strategie mit umfangreichem Maßnahmenpaket.¹⁸ Ein Jahr zuvor präsentierte die Landesregierung in Kiel die „Strategie 2020 der Landesregierung Schleswig-Holstein für Open Access“.¹⁹

Rückenwind geben könnte zudem eine der Empfehlungen, welche die Enquete-Kommission Internet und Digitale Gesellschaft des Deutschen Bundestages bereits im Jahr 2013 erteilt hat: Die Zuwendung öffentlicher Mittel für Forschungsprojekte sollte „an die rechtlich verpflichtende Bedingung“ geknüpft werden, „dass die daraus entstehenden, qualitätsgesicherten Publikationen in Periodika, Sammelbänden (...) zeitnah nach der Erstveröffentlichung frei zugänglich gemacht werden.“²⁰

¹⁷Zuletzt zum Beispiel: „Dass sich das Bundesverfassungsgericht nun der grundsätzlichen Frage annimmt, ob hier das Urheberrecht betroffen und damit ob der Bund oder das Land zuständig ist, begrüßen wir voll und ganz. Damit wird juristische Klarheit geschaffen. (...)“, wird der Rektor der Universität Konstanz, Ulrich Rüdiger, in einer Presseinformation der Universität Konstanz vom 02.11.2017 zitiert (siehe <https://www.uni-konstanz.de/universitaet/aktuelles-und-medien/aktuelle-meldungen/aktuelles/aktuelles/verpflichtendes-zweitveroeffentlichungs-recht/>).

¹⁸Vgl. Regierender Bürgermeister, Pressemitteilung vom 13.10.2015: Freier Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen: Senat beschließt Open-Access-Strategie. Abrufbar unter <https://www.berlin.de/rbmskzl/aktuelles/pressemitteilungen/2015/pressemitteilung.384964.php>.

¹⁹Abrufbar unter https://www.schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/VIII/Presse/PI/PDF/2014/141118_mmsgwg_OpenAccessStrategie.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

²⁰Dazu Hartmann. Einstimmige Agenda für ein innovationsfreundliches Urheberrecht. ZWD-Magazin Bildung,

Welche Bedeutung hat der Fall für die außeruniversitäre Wissenschaft?

Zunächst geht es bei dem Konstanzer Fall (nur) um Hochschulrecht, das für Hochschulangehörige gilt. Die zugrunde liegende Rechtsfrage stellt sich im Kern aber vergleichbar auch an den Instituten der Leibniz-Gemeinschaft, der Helmholtz-Gemeinschaft, der Max Planck Gesellschaft und anderen außeruniversitären Forschungseinrichtungen: Dürfen staatliche oder staatlich finanzierte Wissenschaftseinrichtungen ihr wissenschaftlich tätiges Personal zu einer Zweitveröffentlichung verpflichten, ohne dass dies gegen deren grundgesetzlich verbürgte Wissenschaftsfreiheit verstößt?

An außeruniversitären Einrichtungen dürften entsprechende Vorgaben eher in den Arbeitsverträgen des wissenschaftlichen Personals verankert sein. Deswegen werden diese Forschungseinrichtungen den Konstanzer Fall mit hohem Interesse verfolgen.

Bestehen vergleichbare Open Access-Publikationspflichten außerhalb Deutschlands?

Ja, die Ausgangslage, das verbreitete Verständnis und der rechtliche Rahmen für Publikationsvorgaben im Wissenschaftsbereich unterscheiden sich oftmals gravierend. In den USA etwa wird die Work-Made-for-Hire-Doktrin auch im Wissenschaftsbereich eingesetzt, die einen umfangreichen Rechteübergang von Autoren/innen zu Einrichtungen und Verlagen bedeuten kann.²¹ In den direkten Nachbarländern sind etwa die großen staatlichen Förderinstitutionen zunehmend zu Open Access-Mandaten übergegangen, also zu Open Access-Publikationspflichten. Der Schweizerische Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF) gibt prinzipiell vor, dass die Forschungsergebnisse geförderter Forschung in Open Access-Publikationen veröffentlicht werden müssen.²² In Österreich „verpflichtet und fördert“ der Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (FWF) „alle ProjektleiterInnen und ProjektmitarbeiterInnen, ihre referierten Forschungsergebnisse im Internet frei zugänglich zu machen.“²³ Große Schritte hin zu umfassenden rechtlichen Open Access-Publikationsvorgaben sind auch in den Niederlanden zu konstatieren.²⁴

Als Motor erweist sich die Europäische Union: Sie hat für ihre Förderprojekte des Forschungsrahmenprogramms Horizon 2020 eine Open Access-Zweitveröffentlichung wissenschaftlicher

Gesellschaft und Politik, Nr. 1/2013, S. 18 f. Abrufbar unter <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-0014-5D38-C>.

²¹ Vgl. dazu The Registry of Open Access Repository Mandates and Policies (ROARMAP) unter <http://roarmap.eprints.org/>.

²² Vgl. http://www.snf.ch/de/derSnf/forschungspolitische_positionen/open_access/Seiten/default.aspx#Open-Access-Politik%20und%20-Bestimmungen%20des%20SNF; mehr dazu bei *Hirschmann/Verdicchio* (2017), Open Access in der Schweiz. In: Söllner/Mittermaier (Hrsg.), Praxishandbuch Open Access (S. 215-222). Berlin: De Gruyter Saur.

²³ <https://www.fwf.ac.at/de/forschungsfoerderung/open-access-policy/>.

²⁴ Vgl. z.Bsp. *Wijk* (2017), Open access in the Netherlands. In: Söllner/Mittermaier (Hrsg.), Praxishandbuch Open Access (S. 223-237). Berlin: De Gruyter Saur.

Aufsätze zur verbindlichen Förderaufgabe gemacht.²⁵

Die besondere rechtliche Brisanz von (Open Access-)Publikationspflichten speziell in Deutschland ergibt sich aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz). Dieses mit seiner nationalen Verfassungshistorie besteht so nicht beziehungsweise juristisch nicht vergleichbar in anderen Staaten. Diese diffizile Rechtslage trägt in Deutschland zu einer gewissen Zurückhaltung bei der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) und dem Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) bei.²⁶ Zwar haben sie sich klar zur Förderung von Open Access bekannt, zuletzt startete das BMBF am 20.09.2016 eine umfassende Open Access-Strategie,²⁷ allerdings haben sie (noch) keine rechtlich bindenden Veröffentlichungspflichten etabliert. Die DFG gab im Jahr 2014 ein Rechtsgutachten²⁸ in Auftrag, das die nationale Rechtslage abgestuft einschätzt: Open Access-Publikationspflichten seien demzufolge nur dann möglich, wenn sie an die Vergabe zusätzlicher Gelder gekoppelt sind. Der Gutachter knüpft die Zulässigkeit von (Open Access-)Publikationspflichten zudem an vielseitige Bedingungen. Nach dieser Rechtsauffassung könnten die DFG und BMBF in einem gewissen Umfang fördervertraglich Open Access-Publikationspflichten rechtsbindend vorgeben, Bundesländer und Universitäten jedoch dürften demnach ihren Professoren/innen bei deren institutioneller Forschung keine Open Access-Publikationspflichten auferlegen.

Wie wird das Bundesverfassungsgericht entscheiden?

Wie oftmals kann die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kaum prognostiziert werden. Zu wünschen ist allerdings, dass sich das Bundesverfassungsgericht überhaupt inhaltlich mit der Normenkontrollklage der 17 Professoren/innen befasst: Diese reklamieren, dass die Satzung mit der Zweitveröffentlichungspflicht gegen ihr Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz) verstoße. Dabei geht es um die bislang wenig ausgeleuchtete Rechtsfrage, inwieweit Wissenschaftseinrichtungen ihren Wissenschaftlern/innen rechtlich verpflichtende Publikationsvorgaben auferlegen dürfen.

Leider könnte sich das Bundesverfassungsgericht aber auch „nur“ mit Zuständigkeitsfragen befassen: Darf ein Bundesland wie Baden-Württemberg überhaupt § 44 Abs. 6 LHG BaWü erlassen, wenn das Urheberrecht allein in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes²⁹ fällt? Diese Rechtsauffassung vertreten die Richter des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg, die deshalb den Fall dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt haben. In dem Vorlagebeschluss schreibt der zuständige Senat des Mannheimer Gerichts: „Nach der Überzeugung des 9. Senats

²⁵Vgl. dazu z.Bsp. Max Planck Digital Library (2014), MPDL Fact Sheets on Open Science: Open Access to Scientific Publications in Horizon 2020. Abrufbar unter

https://openaccess.mpg.de/2076825/Horizon-2020_MPDLFactSheet_Apr2014.pdf.

²⁶Fournier (2017), Open-Access-Policies und ihre Gestaltung durch Forschungsförderer. In: Söllner/Mittermaier (Hrsg.), Praxishandbuch Open Access (S. 21-27). Berlin: De Gruyter Saur.

²⁷BMBF, Pressemitteilung Nr. 109/2016: Freier Zugang schafft mehr Wissen. Abrufbar unter <https://www.bmbf.de/de/freier-zugang-schafft-mehr-wissen-3340.html>.

²⁸Eine Zusammenfassung des Rechtsgutachtens von Fehling ist als Beitrag „Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation“ erschienen in: Ordnung der Wissenschaft, Nr. 4/2014, S. 179-214. Abrufbar unter

http://www.ordnungderwissenschaft.de/Print_2014/24_fehling_dfg_odw_ordnung_der_wissenschaft_2014.pdf.

²⁹Art. 73 Abs. 1 Nr.9 GG, Art. 71 GG

hat das Land keine Befugnis, den Hochschullehrern eine Zweitveröffentlichungspflicht aufzuerlegen.“ Es geht damit grundlegend um unsere staatliche, föderale Ordnung: Die Bundesländer sind weithin autonom für die Wissenschaft, der Bund ist allein für das Urheberrecht zuständig.³⁰

Falls sich das Bundesverfassungsgericht demnach der Rechtsauffassung des VGH Mannheim anschließt, könnte § 44 Abs. 6 LHG BaWü als verfassungswidrig erklärt werden, ohne dass es zu einer gerichtlichen Beurteilung der Rechtsfragen rund um Publikationspflichten, Open Access und der grundrechtlichen Wissenschaftsfreiheit kommt. Ein Vorgeschmack auf dieses Szenario bietet die Pressemitteilung des VGH Mannheim vom 06.11.2017 zu dessen Vorlagebeschluss an das Bundesverfassungsgericht.³¹

Wie schätzen Fachjuristen/innen die Rechtslage ein?

Mittlerweile gibt es doch einige rechtswissenschaftliche Fachpublikationen. Die hochschulrechtlichen Veröffentlichungs- und urheberrechtlichen Anbietungspflichten des Hochschulprofessors behandelt eingehend die an der Technischen Universität Dresden eingereichte Dissertationschrift von Nicole Schmidt.³² Recht aktuell ist auch ein Rechtsgutachten, das der Jura-Professor Michael Fehling im Auftrag der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) erstellt hat.³³ Es spricht zum Beispiel auch die Rechtsfrage an, ob Forschungsdaten der Wissenschaftseinrichtung oder den Hochschulprofessoren/innen gehören. Einen freiheitlicheren Weg zu Open Access anstatt rechtlichen Veröffentlichungspflichten wünschte sich der Experte für Hochschulrecht, Manfred Löwisch, schon bei der Verabschiedung von § 44 Abs. 6 LHG BaWü.³⁴

Zum Normenkontrollverfahren an der Universität Konstanz jetzt hat Georg Sandberger, vormals Rektor der Universität Tübingen, einen Beitrag verfasst zur „Zukunft wissenschaftlichen Publizierens, Open Access und Wissenschaftsschranke. Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts.“³⁵

Insgesamt ist die Rechtslage jedoch wenig konturiert, was wesentlich daran liegen mag, dass bislang keine Fälle zu elektronischem Publizieren im juristischen Kontext von Urheberrecht, Eigentumsgarantie und Wissenschaftsfreiheit vom Bundesverfassungsgericht verhandelt wurden. Vor allem hat das Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren keine der Verfassungsbeschwerden von Wissenschaftsverlagen verhandelt. Schon am 20.10.2015 hatte beispielsweise

³⁰Zur Bundeskompetenz Urheberrecht schon *Hartmann*, Mantra Rechtssicherheit. In: LIBREAS. Library Ideas, 22 (2013). Abrufbar unter <http://libreas.eu/ausgabe22/01hartmann.htm>.

³¹Siehe http://vghmannheim.de/pb/,Lde/Startseite/Medien/Zweitveroeffentlichungspflicht+von+Hochschullehrern_+Verwaltungsgerichtshof+ruft+Bundesverfassungsgericht+an/.

³²*N. Schmidt*, Open Access (2016).

³³Vgl. Zusammenfassung dazu: *Fehling*, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation. Erschienen in: *Ordnung der Wissenschaft*, Nr. 4/2014, S. 179-214. Abrufbar unter http://www.ordnungderwissenschaft.de/Print_2014/24_fehling_dfg_odw_ordnung_der_wissenschaft_2014.pdf.

³⁴*Löwisch*, Förderung statt Zwang – Neue Open Access Strategie in Baden-Württemberg. In: *Ordnung der Wissenschaft*, Nr. 1/2017, S. 59f. Abrufbar unter http://www.ordnungderwissenschaft.de/2017-1/10_Gesamt/08_2017_01_loewisch_foerderung_statt_zwang_odw.pdf.

³⁵In: *Ordnung der Wissenschaft*, Nr. 2/2017, S. 75-96. Abrufbar unter http://www.ordnungderwissenschaft.de/2017-2/11_Sandberger/11_2017_02_sandberger_die%20zukunft%20des%20wissenschaftlichen%20publizierens_odw.pdf.

der Eugen Ulmer Verlag mit Unterstützung des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels eine Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe eingereicht.³⁶ Ob das Bundesverfassungsgericht diese Klage gegen die geltend gemachte Enteignung durch den Bibliotheksparagrafen 52b im Urheberrechtsgesetz aber überhaupt zur Verhandlung zulässt, ist weiterhin ungewiss.

Welche Reaktionen gibt es zum Fall?

Die Aufmerksamkeit ist hoch und vielseitig. Die Universität Konstanz begleitete das Normenkontrollverfahren bislang vergleichsweise offensiv mit mehreren Presseinformationen, welche die Position der Universitätsleitung unterstreichen.³⁷

Zu beachten sind der Börsenverein des Deutschen Buchhandels und der Deutsche Hochschulverband (DHV), welche die Zweitveröffentlichungspflicht prinzipiell ablehnen. Der Deutsche Hochschulverband (DHV) unterstützt die nun angestregte Musterklage. Der Justitiar des Börsenvereins, Christian Sprang, formulierte schon im Gesetzgebungsverfahren Anfang 2014 eine elfseitige Stellungnahme, um die nun eingeklagte Rechtswidrigkeit der Zweitveröffentlichungspflicht näher zu begründen.³⁸ Anlässlich des Normenkontrollverfahrens appelliert am 09.11.2017 der Börsenverein des Deutschen Buchhandels „an die baden-württembergische Landesregierung und die Landtagsabgeordneten, die Zweitveröffentlichungsregelung im Landeshochschulgesetz ersatzlos zu streichen.“³⁹ Beim Bundesverfassungsgericht siegesgewiss kommentiert der Vorsitzende des Verleger-Ausschusses im Börsenverein, Matthias Ulmer: "Die verantwortlichen Politikerinnen und Politiker in Baden-Württemberg sollten die Entscheidung des VGH zum Anlass nehmen, ihre bei der Verabschiedung des Landeshochschulgesetzes getroffene Entscheidung zu revidieren, noch bevor das Bundesverfassungsgericht die Regelung ohnehin für nichtig erklären wird."⁴⁰

In der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (Ausgabe vom 29.11.2017) bezieht der Literaturwissenschaftler Roland Reuß klar Position: Sein Gastartikel „Ende eines Blindflugs“ beschreibt, dass 17 Konstanzer Professoren der Entrechtung durch Open Access die Grenze aufzeige. „Karlsruhe muss jetzt entscheiden“, so Reuß einleitend, „ob der Staat Wissenschaftler zur Publikation zwingen darf.“

Die Normenkontrollklage wesentlich auch mit Blickwinkeln zu Open Access aufgegriffen haben regionale Tageszeitungen. Mehrfach berichtete bislang der Südkurier, am 23.11.2016 mit dem Titel „Konstanzer Professoren klagen gegen ihre eigene Universität“⁴¹, dann etwa am 03.11.2017 „Öffentliches Geld, öffentliches Wissen: Warum Konstanzer Professoren gegen ihre Uni klagen

³⁶Vgl. Meldung am 20.10.2015 auf boersenblatt.net. Abrufbar unter http://www.boersenblatt.net/artikel-urheberrecht_oettingers_plaene_und_der_streit_um_paragraf_52b.1038692.html.

³⁷Vgl. z.Bsp. Pressemeldung der Universität Konstanz vom 21.11.2016, abrufbar unter <https://www.uni-konstanz.de/universitaet/aktuelles-und-medien/aktuelle-meldungen/aktuelles/aktuelles/open-access-satzung-auf-juristischem-pruefstand/>.

³⁸Siehe http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_3.HRAG_BaWu_20131128.pdf.

³⁹https://www.boersenblatt.net/artikel-boersenverein_zu_open-access-regelung_1398729.html#.

⁴⁰https://www.boersenblatt.net/artikel-boersenverein_zu_open-access-regelung_1398729.html#.

⁴¹ <https://www.suedkurier.de/region/kreis-konstanz/konstanz/Konstanzer-Professoren-klagen-gegen-ihre-eigene-Universitaet;art372448,9013200>.

und der Fall bis vor das Bundesverfassungsgericht geht“.⁴² Die Stuttgarter Zeitung brachte am 26.09.2017 einen Beitrag „Streit um Recht zur Zweitveröffentlichung: Profs klagen gegen ihre Uni.“⁴³

Am Rande I: Geht es um *Open Access* bei der Satzung mit Zweitveröffentlichungspflicht?

Wenn Fachpublikationen frei zugänglich sein sollen, geht es natürlich um Open Access. Dies ist auch das Anliegen der neuen Gesetzesbestimmung im Landeshochschulrecht Baden-Württemberg und der darauf fußenden Universitätssatzung in Konstanz. In dieser ist den einzelnen Satzungs-vorschriften eine Präambel vorangestellt, die entsprechend wie folgt beginnt:

„Die Erkenntnisse wissenschaftlicher Forschung sollten möglichst frei zugänglich sein. Das Landeshochschulgesetz nimmt deshalb in § 44 Abs. 6 LHG den Open Access-Gedanken in der Form auf, dass die Hochschulen ihre Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler durch Satzung verpflichten sollen, das Recht auf Zweitveröffentlichung (...) auch tatsächlich in Anspruch zu nehmen.“⁴⁴

Allerdings bleibt festzuhalten, dass die Zweitveröffentlichungspflicht nicht Open Access gemäß der „Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22. Oktober 2003“⁴⁵ ist. Zwar wird ein freier Zugang zu den wissenschaftlichen Beiträgen gewährt (Zugangsrecht). Jedoch können die Wissenschaftler/innen lizenzrechtlich nicht beziehungsweise lizenzrechtlich nicht umfassend⁴⁶ erlauben, die Zweitveröffentlichung „– 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.“⁴⁷ So dürfen die wissenschaftlichen Autoren/innen ihre Zweitveröffentlichung insbesondere nicht mit der für Open Access empfohlenen⁴⁸ Creative Commons-Lizenz CC BY etwa in ein Repository einstellen.

⁴² <https://www.suedkurier.de/region/kreis-konstanz/konstanz/Oeffentliches-Geld-oeffentliches-Wissen-Warum-Konstanzer-Professoren-gegen-ihre-Uni-klagen-und-der-Fall-bis-vor-das-Bundesverfassungsgericht-geht;art372448,9480592>.

⁴³ <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.streit-recht-zur-zweitveroeffentlichung-professoren-klagen-gegen-ihre-uni.7fa75c01-d550-4ef5-9c3a-d3438e80540b.html>.

⁴⁴ Universität Konstanz, Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG, S. 2.

⁴⁵ Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22. Oktober 2003, abrufbar unter <https://openaccess.mpg.de/Berliner-Erklaerung>.

⁴⁶ Vgl. insbesondere Frage Nr. 24 des FAQ zum Zweitveröffentlichungsrecht der Schwerpunktinitiative „Digitale Information“ der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen, abrufbar unter <http://www.allianzinitiative.de/handlungsfelder/rechtliche-rahmenbedingungen/faq-zvr.html>.

⁴⁷ Vgl. Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22. Oktober 2003, abrufbar unter <https://openaccess.mpg.de/Berliner-Erklaerung>.

⁴⁸ Vgl. Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen, Appell zur Nutzung offener Lizenzen in der Wissenschaft (2014). Abrufbar unter http://www.allianzinitiative.de/fileadmin/user_upload/www.allianzinitiative.de/Appell_Offene_Lizenzen_2014.pdf.

Am Rande II: Welche Bedeutung für Open Access *Policy* hat eine Satzung mit Zweitveröffentlichungspflicht?

Policy und Satzung sind juristisch strikt zu unterscheiden: Satzungen beinhalten rechtlich verbindliche und (notfalls gerichtlich) durchsetzbare Pflichten und Rechte. Sie wirken damit gleichsam Gesetzen, allerdings nur im Geltungsbereich, das heißt eine Satzung der Universität Konstanz betrifft eben speziell die Angehörige dieser Universität. Im Unterschied dazu beinhalten Policies typischerweise Empfehlungen, Richtlinien, Standards, Positionen, Verfahrensabläufe oder Zuständigkeiten. Sie sollen gerade nicht juristisch wasserdicht abgeklopft sein, sondern einen flexiblen Handlungsrahmen aufzeigen.

Dennoch ähnelt die Satzung der Universität Konstanz inhaltlich institutionellen Open Access Policies. Das Anliegen, Open Access zu befördern, ist Satzung und Policy gemein. Nach einer Phase der Bewährung und steigenden Akzeptanz in der Wissenschaftseinrichtung liegt es häufig nahe, Empfehlungen und Leitlinien einer Open Access Policy zu rechtlich verbindlichen Standards fortzuschreiben. Eine in der Publikationspraxis gereifte Open Access Policy kann damit als Vorläufer einer rechtsverbindlichen Satzung mit Open Access-Publikationspflichten dienen.⁴⁹

Am Rande III: Welche Bedeutung für digitale Forschungsdaten hat der Fall?

Die Auseinandersetzung an der Universität Konstanz jetzt könnte man wie folgt zusammenfassen: Haben allein die Wissenschaftler/innen die Rechte und damit Publikations- und Verwertungsbefugnisse an ihren Fachaufsätzen oder (auch) deren Universität beziehungsweise Wissenschaftseinrichtung? Diese Frage stellt sich vergleichbar auch bei (digitalen) Forschungsdaten.

Juristisch interessant: An den Forschungsergebnissen, die im Rahmen der finanzierten Forschungstätigkeit entstehen, lässt sich schon seit langem manche Wissenschaftseinrichtung Nutzungen beziehungsweise Rechte im Arbeits- beziehungsweise Dienstrecht einräumen. Nicht weiter beleuchtet wurde bislang, inwiefern dies – mit ähnlicher rechtlicher Argumentation wie nun in Konstanz – die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz berühren könnte.

Thomas Hartmann, Master of Laws (Informationsrecht und Rechtsinformation), wissenschaftlicher Mitarbeiter am FIZ Karlsruhe und an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder, Lehrbeauftragter und Doktorand an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Thomas Hartmann hat Jura, Wirtschaft und Grundlagen der Informatik in Pforzheim, Mailand und Wien studiert. Er forscht zu Immaterialgüterrechten, dzt. an der Humboldt-Universität zu

⁴⁹Dazu mehr: Vortragsaufzeichnung „Compliance-Anforderungen für das Forschungs- und Publikationsmanagement“ in Session „Umsetzung und Erfahrung mit Richtlinien und Guidelines“ auf den Open Access-Tagen 2014 Köln, abrufbar unter <https://youtu.be/BegYmuqD804>.

Berlin, am FIZ Karlsruhe - Leibniz-Institut für Informationsinfrastruktur sowie an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt/Oder (BMBF-Verbundprojekt FDMentor). Zuvor war er wissenschaftlicher Mitarbeiter mit Arbeitsfeld Open Access und Recht an der Max Planck Digital Library (MPDL) und am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (MPI IP) in München (2011-2016) sowie an der Georg-August-Universität Göttingen im EU-Datenschutzprojekt Consent (2011-2012). Daneben ist er seit 2010 Lehrbeauftragter an mehreren Hochschulen und Dozent in der beruflichen Weiterbildung. Siehe auch <https://www.ibi.hu-berlin.de/de/institut/personen/hartmann>.