

**DAS RECHT AUF
SICHTBARKEIT**

**DAS RECHT AUF
SICHTBARKEIT**

ÜBERLEGUNGEN ZU OPEN ACCESS
UND WISSENSCHAFTSFREIHEIT

von

Eric W. Steinhauer



MV WISSENSCHAFT

Impressum



Universitätsbibliothek

Diese Publikation wird herausgegeben von der
Universitätsbibliothek Hagen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Hinweis zum Urheberrecht

Das Werk darf im Internet frei verbreitet und kopiert werden.
Der Autor räumt jedermann hierfür ein einfaches
Nutzungsrecht ein. Die Rechte an der gedruckten Ausgabe
liegen beim Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat.

Bezugsmöglichkeit

Das Werk kann als gedrucktes Buch zum Preis von 11,50 € unter
www.mv-buchshop.de bestellt werden.

1. Auflage 2010

ISBN 978-3-86991-140-3

Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster
www.mv-wissenschaft.com

Druck und Bindung: MV-Verlag

*... sine invidia communico; divitias illius non
abscondo ...*

Lib. Sap. VII, 13.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Vorbemerkung	9
B. Open Access – ein Thema für den Gesetzgeber?	11
1. Hinführung	11
2. Was ist Open Access?	12
3. Open Access im Urheberrecht	15
4. Open Access im Dienstrecht	25
5. Open Access im Hochschulrecht	36
5.1 Hochschulgesetze	36
5.2 Autonomes Hochschulrecht	40
6. Open Access und Wissenschaftsfreiheit	44
7. Ergebnis	47
C. Die Publikationsfreiheit des Wissenschaftlers – Grundrecht oder Befindlichkeit?	49
1. Hinführung	49
2. Der grundrechtliche Schutzbereich	53
2.1 Inhalt der Publikation	57
2.2 Pflicht zur Publikation	57
2.3 Ort und Form der Publikation	59
2.3.1 Selbstbestimmung der Öffentlichkeit	59
2.3.2 Freie Wahl des Publikationsorgans	60
3. Drei Wege der Förderung von Open Access	61
3.1 Das Zweitveröffentlichungsrecht	62
3.2 Die wissenschaftliche Publikation als Dienstwerk	64
3.3 Open Access als Förderaufgabe	68
4. Verfassungsrechtliche Beurteilung	69
4.1 Zweitveröffentlichungsrecht	70
4.2 Dienstwerke	71

4.3 Förderaufgabe	73
5. Die Schutzrichtung der Wissenschaftsfreiheit	76
6. Wandel und Verfassung	80
7. Schluss	81
Literatur- und Abkürzungsverzeichnis	83

A. Vorbemerkung

Auf das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit berufen sich Gegner wie Befürworter eines freien und ungehinderten Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen im Internet (Open Access) gleichermaßen. Doch die Freiheit der Wissenschaft wird nicht selten als bloßer Vorwand benutzt, um Gegenpositionen zu diskreditieren. Eine fundierte Auseinandersetzung über ihre tatsächliche Bedeutung für das wissenschaftliche Publizieren findet leider nur in Ansätzen statt.¹

Die zwei Beiträge dieses kleinen Buches möchten hier eine erste bescheidene Abhilfe leisten. Es handelt sich um Vorträge, die ich auf den Göttinger Urheberrechtstagungen der Jahre 2008 und 2009 gehalten habe.² Für die Publikation wurden sie unter Beibehaltung des Vortragsstils geringfügig überarbeitet und mit Belegen versehen. Für ihre kritische Lektüre danke ich meiner Kollegin Frau Bibliotheksamtsrätin Annette *Kustos* M.A.

¹ Die ältere Literatur erörtert allein die inhaltliche Seite der wissenschaftlichen Publikationsfreiheit, vgl. *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, in: *WissR* 18 (1985), S. 116-141. In der gegenwärtigen Diskussion überzeichnet *Rieble*, Freier Zugang zu unfreien Autoren, in: *Forschung & Lehre* 2009, S. 650 die individualrechtliche Seite des Grundrechts.

² Vgl. die Tagungsberichte von *Anton*, in: *ZfBB* 57 (2010), S. 100 f.; *Wehage*, in: *K&R* 2009, H. 12, S. V f.; *Wille*, in: *CR* 2008, R 124 f.

Der Titel des vorliegenden Buches ist programmatisch zu verstehen. Es geht um das Recht des wissenschaftlich arbeitenden Menschen, sich in seinem Streben nach Wahrheit und Erkenntnis in einer Weise mitteilen zu können, die nicht wissenschaftsfremden ökonomischen Zielen, sondern allein der wissenschaftlichen Sache selbst verpflichtet ist.³ Eine so verstandene Mitteilungsfreiheit ist die unabdingbare Voraussetzung dafür, dass echter wissenschaftlicher Fortschritt durch Erkenntnisaustausch, durch Diskussion und Kritik möglich ist. Kann eine Wissenschaft das Maß ihrer Sichtbarkeit nicht mehr selbst bestimmen, hört sie auf, eine freie Wissenschaft zu sein.

Hagen, im August 2010

Eric W. Steinbauer

³ Es ist bedenklich, wenn Vertreter des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels „enorme[r] Veröffentlichungskosten“ als „natürlichen Filter“ für relevante Inhalte bezeichnen, *Sprang/Ackermann*, Der „Zweite Korb“ aus Sicht der (Wissenschafts-)Verlage, in: K&R 2008, S. 11.

B. Open Access – ein Thema für den Gesetzgeber?

1. Hinführung

Die Schaffung eines bildungs- und wissenschaftsfreundlichen Urheberrechts steht auf der politischen Agenda der großen Koalition. Im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD findet sich die Aussage: „Wir wollen ein bildungs- und wissenschaftsfreundliches Urheberrecht.“⁴ Und gerade die Wissenschaftsfreundlichkeit war ein zentrales Thema bei den mitunter hitzigen Diskussionen um das „Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“.⁵ Gestritten wurde um den elektronischen Kopienversand, um elektronische Leseplätze, um elektronische Semesterapparate und auch um Open Access.

In der Plenardebatte zum neuen Urheberrecht wurde quer durch die politischen Lager bereits eine weitere Reform des Urheberrechts für Bildung und Wissenschaft angemahnt.⁶ In diesem Zusammenhang fiel auch der Begriff Open Access.⁷ Konkret ging es um das so genannte Zweitveröffentlichungsrecht,⁸ also die rechtlich

⁴ Gliederungspunkt 3.7, abgedruckt in: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Paderborn [2006], S. 46.

⁵ Fundstelle: BGBl. I, S. 2513.

⁶ Im Koalitionsvertrag der regierenden schwarz-gelben Koalition ist davon jedoch nichts zu lesen. Kritisch dazu *Steinhilber*, Blickpunkt Wissenschaft: Urheberrecht von gestern für die Welt von morgen? : Der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und FDP und der Dritte Korb, in: BuB 62 (2010), S. 75-77.

⁷ Vgl. PIPr. 16/108, S. 11.150, 11.153.

⁸ Vgl. PIPr. 16/108, S. 11.155 (Abg. Dirk *Manzowski*, SPD).

abgesicherte Möglichkeit für Wissenschaftler, ihre bereits bei einem Verlag publizierten Texte im Nachhinein frei im Internet zugänglich zu machen.

Open Access soll also ein Thema für den Gesetzgeber werden. Wie hat man sich das vorzustellen? Wie soll Open Access geregelt werden? Im Folgenden werde ich drei Bereiche gesetzgeberischer Tätigkeit näher betrachten, die einen Bezug zu Open Access aufweisen können, nämlich das Urheberrecht, das Dienstrecht und das Hochschulrecht. Bevor aber die Regelungsmöglichkeiten des Gesetzgebers näher erörtert werden, ist es zweckmäßig, genauer zu bestimmen, was unter Open Access eigentlich zu verstehen ist.

2. Was ist Open Access?

Eine Legaldefinition des Begriffs „Open Access“ gibt es nicht, sieht man von vereinzelt Regelungen im autonomen Satzungsrecht von Hochschulen sowie von zwei etwas versteckten Sätzen im Urheberrechtsgesetz, die das mit Open Access Gemeinte knapp umschreiben, einmal ab.⁹ Im Alltagssprachgebrauch von Bibliothek und

⁹ Vgl. § 1 S. 3 der Benutzungsordnung für den Universitätsverlag Ilmenau vom 13. Februar 2007: „freie Zugänglichkeit zu wissenschaftlicher Information durch eine ... kostenfreie und dauerhafte Online-Veröffentlichung (Open Access)“. Fundstelle: Verkündungsblatt der Technischen Universität Ilmenau Nr. 27/2007, S. 5, sowie §§ 31a Abs. 1 S. 2 UrhG („ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann“) und 32 Abs. 3 S. 3 UrhG („unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann“), dazu: Dreier, Creative Commons, Science Commons – ein Paradigmenwechsel im Urheberrecht?, S. 298.

Wissenschaft wird unter Open Access schlicht die freie und ungehinderte Zugänglichkeit von wissenschaftlichen Publikationen im Internet verstanden. Dieses aus Nutzersicht formulierte Verständnis ist aber unvollständig. In einem der zentralen Dokumente der Open-Access-Bewegung, der „Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“ vom 22. Oktober 2003, werden nicht nur der freie Zugang, sondern auch die Befugnis, das im Internet frei zugängliche Werk weiterzuverbreiten und zu bearbeiten als Merkmale von Open Access definiert.¹⁰

Open Access meint also nicht nur, wissenschaftliche Werke im Internet frei zur Verfügung zu stellen, sondern diese Werke auch zu verbreiten und zu verändern. Was bedeutet das urheberrechtlich?

Die bloße Betrachtung von Werken im Internet erfordert beim Leser zunächst in technischer Hinsicht die Herstellung von Vervielfältigungen im Arbeitsspeicher seines Rechners. Soweit Ausdrücke erfolgen oder das Werk abgespeichert wird, werden ebenfalls Vervielfältigungs-

¹⁰ In der deutschen Übersetzung der *Berlin Declaration* heißt es: „Die Autoren und die Rechteinhaber solcher Veröffentlichungen erteilen allen Benutzern das freie, unwiderrufliche und weltweite Zugangsrecht und die Erlaubnis, die Veröffentlichung für jeden verantwortlichen Zweck zu kopieren, zu benutzen, zu verteilen, zu übertragen und abzubilden unter der Bedingung der korrekten Nennung der Urheberschaft sowie das Recht, eine beschränkte Anzahl gedruckter Kopien für den persönlichen Gebrauch zu machen.“ Abgedruckt etwa bei *Kublen*, Erfolgreiches Scheitern, S. 482.

handlungen vorgenommen. Diese Nutzungen sind allesamt durch entsprechende Schranken in §§ 44a, 53 UrhG rechtlich gedeckt. Mit Open Access hat das streng genommen nichts zu tun.

Die bei Open Access im eigentlichen Sinn ausdrücklich zugelassene Weiterverbreitung des Werkes im Internet jedoch stellt – juristisch gesprochen – einen Eingriff in das Verwertungsrecht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG dar, für den es in dieser Form keine Schranke gibt. Gleiches gilt für Bearbeitungen. Damit eine Publikation wirklich im Sinne von Open Access zur Verfügung steht, muss der Urheber also selbst tätig werden und das Dokument mit einer entsprechenden Lizenz versehen.¹¹ Hierfür gibt es mittlerweile eine Fülle von vorformulierten Beispielen. Am bekanntesten ist wohl die Creative-Commons-Lizenz (CC-Lizenz).¹²

Will man Open Access also auf einen kurzen Begriff bringen, dann versteht man darunter – jedenfalls in Reinform – die mit der Befugnis zur Weiterverbreitung und weiteren Bearbeitung verbundene freie Zugänglichkeit von Werken im Internet.

¹¹ Vgl. zur rechtlichen Konstruktion des Lizenzierens *Mantz*, Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open Access-Werken, S. 57-77; *ders.*, Open Content-Lizenzen und Verlagsverträge, in: MMR 2006, S. 785.

¹² Einzelheiten bei *Dreier*, Creative Commons, Science Commons – ein Paradigmenwechsel im Urheberrecht?, S. 286-290; *Kublen*, Erfolgreiches Scheitern, S. 564-580 sowie unter: <http://de.creativecommons.org>.

Die schon erwähnte CC-Lizenz modifiziert dieses Verständnis allerdings schon wieder, da man dort Bearbeitungen ausdrücklich ausschließen kann. Außerdem ist es wenig zielführend, begriffspuristisch die Augen vor der Tatsache zu verschließen, dass ein Großteil dessen, was auf unseren Hochschulschriftenservern als Open-Access-Publikation angeboten wird, einfach nur kostenfrei zugänglich ist. Es wurde daher in Fachkreisen vorgeschlagen, die lediglich kostenlose Zugänglichkeit als „gratis open access“ zu bezeichnen im Gegensatz zu einem „libre open access“, bei dem neben der Kostenfreiheit auch rechtliche Hindernisse für die weitere Verbreitung und/oder Bearbeitung beseitigt worden sind.¹³ Damit wären wir, freilich mit erweitertem Problembewusstsein, wieder beim Ausgangspunkt angelangt, nämlich einfach all das unter den Begriff Open Access zu subsumieren, was frei und ungehindert im Internet zugänglich ist.

3. Open Access im Urheberrecht

Open Access ist also zunächst nichts weiter als die Einräumung oder Ausübung von Nutzungsrechten, um wissenschaftliche Werke im Internet frei und ungehindert zugänglich zu machen. Alle hierzu nötigen Normen stehen im Urheberrechtsgesetz bereits zur Verfügung. Jedermann darf im Internet frei zugängliche Werke lesen, zitieren, ausdrucken oder für den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch auf der Festplatte abspeichern. Das erlauben die urheberrechtlichen

¹³ Vgl. zur Begrifflichkeit *Suber*, *Gratis and libre open access*, in: SPARC Open Access Newsletter # 124, August 2008.

Schranken in §§ 44a, 51 und 53 UrhG. Da dem Urheber nach § 15 Abs. 1 und 2 UrhG sämtliche Verwertungsrechte zustehen, kann er sein Werk darüber hinaus mit einer CC-Lizenz versehen. Die damit verbundene Nutzungsrechtseinräumung ist in § 31 UrhG geregelt. Und §§ 31a Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 3 S. 3 UrhG gestatten es ausdrücklich, jedermann einfache Nutzungsrechte vergütungsfrei einzuräumen. Eigentlich hat sich mein Thema an dieser Stelle erledigt. Open Access ist mit dem geltenden Urheberrecht kompatibel und jederzeit möglich, wenn der Urheber dies will.¹⁴

Wenn der Urheber dies will. Aber ist das tatsächlich so? Rechtstechnisch gibt es sicher keinen Novelierungsbedarf im Urheberrechtsgesetz. Die Regelungen für die nötigen Schranken und die Einräumung von Nutzungsrechten sind ausreichend. Auf einem anderen Blatt steht jedoch, ob der Urheber seinen Willen, im Internet zu publizieren, auch tatsächlich frei betätigen kann. Und genau hier liegt – jedenfalls für den Wissenschaftsbereich – das Problem. Wissenschaftliches Publizieren ist nämlich kein Privatvergnügen, sondern in ziemlich fest gefügte Strukturen eingebettet, aus denen sich gewisse Sachzwänge ergeben, die die Rede von einer freien Entscheidung für oder gegen Open Access *in praxi* zu einer Illusion werden lassen. Gestatten Sie mir an dieser Stelle ein paar Worte zum wissenschaftlichen Publizieren an sich.

¹⁴ Vgl. Peifer, Open Access und Urheberrecht, S. 47.

Wissenschaft als systematische Suche nach Wahrheit und Erkenntnis ist ein kommunikatives Unternehmen.¹⁵ Gefundene Ergebnisse und begründete Meinungen werden innerhalb eines Faches zur Diskussion gestellt, aufgenommen, weiterentwickelt, verworfen. Die wissenschaftliche Publikation ist dabei das Medium schlechthin, in dem sich dieser für die Wissenschaft so wichtige Prozess ereignet, vorausgesetzt freilich, sie wird wahrgenommen.

Bislang haben vor allem Fachzeitschriften die Funktion einer Kanalisierung und Sichtbarmachung der relevanten Publikationen unternommen. Eine gute und wichtige Funktion, die allerdings auch ihren Preis hat. Bekanntlich geben Bibliotheken für Zeitschriften viel Geld aus. Und die Autoren bezahlen gewissermaßen die Publikation durch den Verlust der relevanten Nutzungsrechte. Dieses über lange Jahre bewährte Prinzip des Publizierens ist in eine Krise geraten.¹⁶ Zwei Faktoren spielen hier eine Rolle: Der enorme Anstieg der Zeitschriftenpreise, der durch die fehlende Substituierbarkeit eines einzelnen Titels und die damit gegebene Monopolstellung des herausgebenden Verlages noch begünstigt wird, sowie der Anstieg des zur Publikation anstehenden Materials und damit verbunden die Zunahme an fachlich einschlägigen Zeitschriften-

¹⁵ Vgl. *Kaden*, Library 2.0 und Wissenschaftskommunikation, S. 49-52 et passim.

¹⁶ Vgl. *Schirmbacher*, Möglichkeiten und Grenzen des elektronischen Publizierens auf der Basis der Open-Access-Prinzipien, S. 225 f.; *Süßl-Strohmeier*, Digitale Welt und Wissenschaftliche Bibliothek, S. 43-45.

titeln. Das führt dazu, dass Bibliotheken immer mehr Zeitschriften abbestellen und kaum noch neue Titel abonnieren.

Ein in einer Zeitschrift publizierter Aufsatz erreicht daher – von wenigen Kernzeitschriften einmal abgesehen – nicht mehr automatisch das Maß an Sichtbarkeit, das für eine wissenschaftliche Publikation erforderlich und wünschenswert ist.

Für den Wissenschaftler als Autor ist dies sehr ungünstig, sind doch Sichtbarkeit und Wahrgenommenwerden für ihn die wichtigste Motivation zu publizieren. Um seine Sichtbarkeitschancen zu erhöhen, ist es daher im Interesse des Autors, nicht nur in einer einschlägigen Fachzeitschrift, sondern auch in anderen, wissenschaftlichen Kontexten vertreten zu sein.

Hier wird Open Access für ihn interessant. Und hier liegt auch ein Dilemma für den Autor. Wenn er *nur* in Form von Open Access publiziert, wird sein Werk möglicherweise gar nicht wahrgenommen, weil es an ausreichenden rein netzbasierten Publikationsstrukturen in den meisten Fächern noch fehlt.¹⁷ Wenn er *nur* in einer Zeitschrift publiziert, ist er möglicherweise in vielen Bibliotheken, die ihr Zeitschriftenangebot aus Kostengründen ständig zu konzentrieren gezwungen sind, nicht mehr präsent und damit für nicht wenige Fachkollegen nur mit Mühe

¹⁷ Vgl. Malitz, Open Access – verfügbar ist noch nicht präsent, in: CMS-Journal, Nr. 32, 2009, S. 70-73.

erreichbar, von einer interdisziplinären Sichtbarkeit ganz zu schweigen.

Ein Zeitschriftenartikel *und* die nachfolgende frei zugängliche Zweitveröffentlichung im Internet wären in dieser Situation der ideale Mix, um eine Fachpublikation umfassend sichtbar werden zu lassen. Die für die Zweitpublikation im Netz notwendigen Rechte aber stehen dem Wissenschaftler in aller Regel nicht mehr zur Verfügung. Hat er doch seine Verwertungsrechte durch die dem Verlag eingeräumten ausschließlichen Nutzungsrechte soweit belastet, dass er ohne Rücksprache eine Zweitpublikation im Internet nicht mehr realisieren kann.

Der Verlag jedoch, der über die Publikation in dem von ihm vertriebenen Fachorgan entscheidet, kann, muss sich auf eine solche Zweitpublikation nicht einlassen. Er ist in der stärkeren Position, weil er den Zugang zur Zeitschrift von seinen Bedingungen abhängig machen kann. Wenn der Autor nicht herausragend bedeutend ist, wird er sich in Verhandlungen gegenüber dem Verlag nicht leicht behaupten können und sich in die Bedingungen des Verlages fügen, zumal er in der Regel für sein wissenschaftliches Fortkommen auf eine Publikation in bestimmten Zeitschriften angewiesen ist. Diese Situation ist bekannt. Sie ist typisch für Vertragskonstellationen, wie man sie etwa im Verbraucherrecht findet.¹⁸ Dort korrigiert

¹⁸ Vgl. von Hippel, Verbraucherschutz³, S. 3-5. Ehmman/Fischer, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, in: GRUR Int. 2008, S. 285 sehen ein vergleichbares Ungleich-

der Gesetzgeber ungleiche Verhandlungspositionen, indem er dem schwächeren Vertragspartner zur Hilfe kommt.

Eine ähnliche Überlegung kann auch hier Platz greifen und einen Ansatzpunkt für die Gesetzgebung bieten. Wenn eine frei zugängliche Publikation im Netz für die Sichtbarkeit wissenschaftlicher Veröffentlichungen wichtig ist, dann sollte sie auch in jedem Fall möglich sein, unabhängig davon, ob das mit dem Verleger vertraglich vereinbart werden konnte oder nicht. Notwendig ist daher eine urhebervertragliche Regelung, die ein nicht abdingbares Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Autoren im Urheberrechtsgesetz vorsieht. Den Vorschlag für eine solche Regelung gibt es bereits.

Gerd *Hansen* vom Münchener Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht hat ihn formuliert und der Bundesrat mit leichten Modifikationen bereits im Gesetzgebungsverfahren für den Zweiten Korb vorge schlagen.¹⁹ Es geht um eine Ergänzung von § 38 UrhG.

Diese Norm enthält in ihrer derzeit geltenden Fassung eine Auslegungsregel für den Fall, dass zwischen Autor und Verleger keine ausdrücklichen Vereinbarungen über die bei einer

gewicht bei Wissenschaftsautoren; *Hilty*, Urheberrecht und Wissenschaft, S. 190 f.

¹⁹ Vgl. *Hansen*, Zugang zu wissenschaftlicher Information - alternative urheberrechtliche Ansätze, in: GRUR 2005, S. 378-388 einerseits und BR-Drs. 257/06 andererseits.

Publikation einzuräumenden Nutzungsrechte getroffen wurden. Für den Bereich der deutschsprachigen Geisteswissenschaft, wo ausdrückliche Verlagsverträge bei unselbständigen Publikationen nicht üblich sind, ist § 38 UrhG eine wichtige Vorschrift für die Zweitpublikation im Internet.²⁰ Danach stehen dem Verleger einer unselbständigen Publikation mit Ablauf eines Jahres nach Erscheinen des Werkes nur noch einfache Nutzungsrechte zu.²¹ Die Zweitpublikation im Internet ist dann allein Sache des Autors.

Dieses im Sinne von Open Access erfreuliche Ergebnis freilich kann vertraglich ausgeschlossen werden. Durch die vom Bundesrat vorgebrachte Ergänzung von § 38 UrhG soll für wissenschaftliche Publikationen ein solcher vertraglicher Ausschluss nicht mehr möglich sein. Konkret hatte der Bundesrat folgende Regelung vorgeschlagen:

„An wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika erscheinen, hat der Urheber auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts das Recht, den Inhalt läng-

²⁰ Vgl. *Czychowski*, Verlagsverträge über wissenschaftliche Werke und Sachbücher, Rn. 27, 33; *Ehmann/Fischer*, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, in: GRUR Int. 2008, S. 288; *Peter*, Verlagsverträge über wissenschaftliche Werke, S. 346 f.; *Schricker*, Urheberrecht, § 38, Rn. 3.

²¹ *Graf*, Urheberrechtsfibel, S. 82 will eine Internetpublikation sogleich erlauben, da § 38 UrhG sich streng genommen nur auf körperliche Verwertungsrechte bezieht. Das ist aus Gründen der gegenseitigen vertraglichen Rücksichtnahme (§ 242 BGB) aber abzulehnen.

stens nach Ablauf von sechs Monaten seit Erstveröffentlichung anderweitig öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist und nicht in der Formatierung der Erstveröffentlichung erfolgt. Dieses Recht kann nicht abbedungen werden.“²²

Danach wäre nun der Autor in der Lage, unter gewissen Bedingungen in jedem Fall eine Zweitpublikation im Internet vorzunehmen. Das soll freilich nicht für jeden Wissenschaftler gelten, sondern nur dann, wenn die Veröffentlichung aus einer überwiegend öffentlich finanzierten Forschungstätigkeit stammt.²³

Damit kommt neben der Herstellung einer ausgeglichenen Verhandlungsposition beim Abschluss eines Verlagesvertrages noch ein anderes Motiv für Open Access in Sicht, die Erwägung nämlich,

²² Einen weitergehenden Vorschlag zu § 38 Abs. 1 UrhG hat die *Allianz der Deutschen Wissenschaftsorganisationen* in ihrem Positionspapier für den Dritten Korb vom 9. Juli 2010 gemacht: „Gestattet der Urheber die Aufnahme des Werkes in eine periodisch erscheinende Sammlung, so erwirbt der Verleger oder Herausgeber im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung und Verbreitung. Jedoch darf der Urheber das Werk nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen anderweit vervielfältigen und verbreiten, wenn nichts anderes vereinbart ist. Einem Urheber steht ferner das Recht zu, sein wissenschaftliches Werk nach Ablauf von sechs Monaten seit Erscheinen anderweit zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben, insbesondere unentgeltlich ein einfaches unterlizenzierbares Nutzungsrecht für jedermann einzuräumen. Die Rechte nach den Sätzen 2 und 3 können nicht vertraglich abbedungen werden.“

²³ Vgl. dazu *Graf*, Urheberrechtsfibel, S. 82; *Steinhauer*, Kritische Anmerkungen zum Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 1 Satz 3 und 4 UrhG in der Fassung des Bundesratsentwurfes vom 9. Mai 2006, in: *Bibliotheksdienst* 40 (2006), S. 736 f.

dass mit öffentlichen Mitteln finanzierte Forschung auch öffentlich und frei zugängliche Ergebnisse zeitigen soll.²⁴ Es ist in der Tat wenig einsichtig, wieso die öffentliche Hand von ihr selbst finanzierte Forschungsergebnisse in Form von sehr teuren Zeitschriftenabonnements zurückkaufen muss, nachdem die ebenfalls von der öffentlichen Hand alimentierten Autoren die Nutzungsrechte an ihren Publikationen den Verlagen nicht selten einfach geschenkt haben.²⁵

Ein deutscher Politiker hat in der Plenardebatte zum Zweiten Korb im Bundestag von einer „Freibiermentalität“ bei den Rechten an wissenschaftlichen Publikationen gesprochen und meinte damit das Ansinnen, wissenschaftliche Texte im Internet frei zugänglich zu publizieren.²⁶ Wenn es im Wissenschaftsurheberrecht aber eine Freibiermentalität gibt, dann einzig und allein dort, wo Wissenschaftler die Rechte an ihren Publikationen umfassend einem Verlag einräumen ohne dass sie oder die öffentliche Hand dafür angemessen entlohnt werden. Hier dem Wissenschaftler im Wege

²⁴ Vgl. *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, in: ZUM 2004, S. 439.

²⁵ Obwohl einem wissenschaftlichen Autor nach § 32 UrhG für die Einräumung von Nutzungsrechten ein Vergütungsanspruch zusteht, beträgt bei wissenschaftlichen Publikationen die angemessene Vergütung nicht selten 0,00 €, vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG³, § 32, Rn. 61. Mitunter zahlen Autoren sogar Druckkostenzuschüsse, um überhaupt gedruckt zu werden.

²⁶ Vgl. PIPr. 16/108, S. 11.149 [Abg. Dr. Günter Krings, CDU]. Kritisch dazu *Steinbauer*, Blickpunkt Wissenschaft: Wie der Bundestag das Urheberrecht verhackstückt hat : eine politische Debatte mit Volltreffern und Blindgängern, in: BuB 59 (2007), S. 731 f.

eines Zweitveröffentlichungsrechts wenigstens eine weitere Sichtbarkeitschance zu belassen bzw. einzuräumen, erscheint vor diesem Hintergrund nicht unangemessen.

Mit dem Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Autoren wurde eine vertragsrechtliche Regelung für Open Access vorgestellt,²⁷ die der Gesetzgeber in das Urheberrechtsgesetz aufnehmen könnte. Denkbar wäre, noch einen Schritt weiter zu gehen, und eine Regelung nicht nur für wissenschaftliche Autoren, sondern für die Wissenschaft insgesamt vorzusehen. Man könnte sich eine Schranke dergestalt vorstellen, dass für wissenschaftliche Zwecke jedermann befugt ist, interessante Texte – vielleicht mit einem gewissen zeitlichen Abstand zum Zeitpunkt der Veröffentlichung – ins Internet zu stellen. Das freilich wäre eine sehr radikale Regelung, der erhebliche rechtliche Bedenken entgegenstehen. Zum einen scheitert eine solche Schranke an europarechtlichen Vorgaben,²⁸ zum anderen wäre hier ein sehr intensiver Eingriff in das von Art. 14 GG geschützte geistige Eigentum der Autoren und

²⁷ Der von *Hirschfelder*, Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbieterspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen? - §§ 38 und 43 UrhG de lege ferenda im Lichte der RL 2001/29/EG, in: MMR 2009, S. 445 behauptete Schrankencharakter des Zweitveröffentlichungsrechts ist unzutreffend, vgl. *Hansen*. Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder: Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, in: GRUR Int. 2009, 799-803.

²⁸ In RL 2001/29/EG findet sich eine abschließende Regelung möglicher Urheberrechtsschranken. Eine derart allgemeine Wissenschaftsschranke ist dort nicht vorgesehen.

weiteren Rechteinhaber gegeben, der sich im Ergebnis verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen lässt.

Bleibt an dieser Stelle festzuhalten, dass Open Access rein rechtstechnisch gesehen bereits im Urheberrechtsgesetz geregelt ist. Darüber hinaus ist zur Stärkung der Position wissenschaftlicher Autoren bei Vertragsverhandlungen und zur Vereinfachung des Urheberrechts die Etablierung eines verbindlichen Zweitveröffentlichungsrechts denkbar und wünschenswert.

4. Open Access im Dienstrecht

Open Access ist nicht nur ein Thema für das Urheberrecht. Auch der Dienstrechtsgesetzgeber könnte tätig werden, sofern es um Veröffentlichungen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes geht. Da in Deutschland traditionellerweise ein großer Teil der Hochschullehrer aus beamteten Personen besteht, die in einem besonderen Dienst- und Treueverhältnis stehen, wäre hier schon zu fragen, ob nicht der Dienstherr an den von seinen Beamten geschaffenen wissenschaftlichen Werken in geeigneter Form zu beteiligen ist. Gleiches gilt übrigens auch für angestellte Wissenschaftler im öffentlichen Dienst.

Immerhin bezahlt die öffentliche Hand den Wissenschaftler und stellt ihm einen durchaus kostspieligen Apparat zur Verfügung, damit er in der Lage ist, seine Forschungen durchzuführen und seine wissenschaftlichen Publikationen zu erstellen. Man denke hier nur an Bibliotheken oder Laboreinrichtungen. Es ist daher nicht abwegig zu

fordern, dass im öffentlichen Dienst und letztlich auf Kosten der Steuerzahler geschaffene Werke in geeigneter Weise der Öffentlichkeit und damit auch den Steuerzahlern zur Verfügung stehen.²⁹ Dieser Gedanke war bei dem vom Bundesrat vorgeschlagenen Zweitveröffentlichungsrecht bereits angeklungen, auch wenn nach der Konstruktion des Bundesrates allein der Urheber zur Zweitpublikation berechtigt sein sollte. Im Dienstrecht könnte man noch etwas weiter gehen und dem Dienstherrn selbst entsprechende Nutzungsrechte zubilligen.³⁰

Die Frage, ob und in welchem Umfang dem Dienstherrn ein Nutzungsrecht an Werken zusteht, die von seinen Bediensteten geschaffen worden sind, hat an sich mit Open Access nichts zu tun. Nur soweit der Dienstherr selbst dem Gedanken von Open Access verpflichtet ist und daher von sich aus eine freie und ungehinderte Publikation der Werke seiner Wissenschaftler im Internet vornehmen möchte, ist das Thema relevant. Da aber einige Hochschulen bzw. deren Rektorate und Senate Erklärungen abgegeben haben, dass sie Open Access unterstützen,³¹ lohnt es sich, ein wenig im Dienstrecht zu verweilen.

²⁹ Vgl. *Kretschmer*, Wo geforscht wird, fallen Früchte : „Open access“: Freier Zugang sollte zur Vorbedingung öffentlicher Förderung werden, in: FAZ vom 23. Juni 2010.

³⁰ Vgl. dazu *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, in: ZUM 2004, S. 441 f.; *Sandberger*, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, in: ZUM 2006, S. 821 f.

³¹ Vgl. *Schmidt/Ilg-Hartbecke*, Open Access am Standort D – erweiterte Perspektiven für die Wissenschaft, in: GMS Med. Bibl. Inf. 9 (2009), H. 1, Doc. 5, Fn. 19-21.

Will nun der Dienstherr die Werke der bei ihm tätigen Wissenschaftler im Sinne von Open Access publizieren, muss er über ausreichende Nutzungsrechte verfügen. Im Zusammenhang mit einer dienstrechtlichen Regelung von Open Access werden im Wesentlichen zwei Wege zur Erlangung der erforderlichen Nutzungsrechte diskutiert, nämlich eine automatische Nutzungsrechtseinräumung schon bei Entstehen des Werkes und eine Anbieterspflicht. Bevor die Frage erörtert wird, inwieweit der Gesetzgeber hier tätig werden soll – das ist ja mein Thema –, werfen wir zunächst einen Blick auf die geltende Rechtslage.

Eine automatische Nutzungsrechtseinräumung ist nach § 43 UrhG möglich. Danach stehen dem Dienstherrn aufgrund des Dienstverhältnisses bzw. aus dem Wesen des Beschäftigungsverhältnisses heraus die Nutzungsrechte an den von seinen Beschäftigten geschaffenen Werken zu. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass es sich dabei um Dienstwerke handelt, um Werke also, deren Schaffung zu den dienstlichen Aufgaben des Wissenschaftlers gehört.³² Wenn hier von einer Nutzungsrechtseinräumung an wissenschaftlichen Werken die Rede ist, müsste die Schaffung dieser Werke also eine Dienstpflicht der an den Hochschulen beschäftigten Wissenschaftler sein.

³² Vgl. zu Dienstwerken im Hochschulbereich *Lenze*, Die Urheberrechte der wissenschaftlichen Mitarbeiter, in: GRUR 2006, S. 557. Ausdrücklich werden dort die Lehrmaterialien der FernUniversität Hagen als Dienstwerke bezeichnet.

Bei oberflächlicher Betrachtung wird man dies ohne Probleme bejahen wollen. Ist doch nichts selbstverständlicher, als dass Wissenschaftler wissenschaftliche Werke verfassen und publizieren, dass sie dies auch während ihrer Dienstzeit tun und dass sie für ihr wissenschaftliches Arbeiten bezahlt werden.³³

Das Hochschullehrerbeamtenrecht freilich ist in diesem Punkt nichtintuitiv, denn das wissenschaftliche Publizieren wird nicht als Dienstaufgabe, sondern als Privatsache des Hochschullehrers gesehen. Dienstlich verpflichtet ist er allein zu Forschung und Lehre, nicht jedoch zum Publizieren.³⁴ Dieser auf den ersten Blick merkwürdige Befund ist Ausfluss des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1, 2. Fall GG. Dieses Grundrecht garantiert dem Wissenschaftler die Freiheit, ohne äußeren Zwang und ohne äußere Vorgaben wissenschaftlich tätig zu sein. Die Statuierung von Pflichten im Schutzbereich dieses Grundrechts, das übrigens vorbehaltlos gewährleistet wird, ist daher heikel.

Eine Pflicht bedeutet nämlich, dass im Falle ihrer Nichterfüllung Sanktionen verhängt werden können. Das ist für den hier interessierenden Bereich sofort einsichtig, wenn es etwa um das

³³ Vgl. *Rehbinder*, Urheberrecht¹⁶, Rn. 633.

³⁴ Statt vieler *Westen*, Zur urheberrechtlichen Stellung des Wissenschaftlers im Arbeits- und Dienstverhältnis nach deutschem Recht, in: JR 1967, S. 405. Ob man daraus die (unpassende) Konsequenz zieht, das wissenschaftliche Publizieren von Hochschullehrern dem Nebentätigkeitsrecht zu unterstellen, ist eine andere Frage, vgl. VG Berlin NJW 1978, S. 848; BVerfGE 41, S. 375 f.

ständige Versäumen von Vorlesungen geht. Wie aber will man Nichtpublizieren sanktionieren? Ein Wissenschaftler könnte in diesem Fall immer sagen, er sei noch nicht soweit, seine Ergebnisse der wissenschaftlichen Öffentlichkeit zu präsentieren. Hier einen Zwang auszuüben hieße, in den grundrechtlich äußerst sensiblen Kernbereich wissenschaftlichen Arbeitens und Nachdenkens einzugreifen.³⁵ Das wird sich kaum rechtfertigen lassen. Wenn aber das wissenschaftliche Publizieren keine Dienstpflicht ist, dann sind die von den beamteten Wissenschaftlern geschaffenen Werke eben keine Dienstwerke, sondern sind als freie Werke anzusehen. Eine automatische Nutzungsrechtseinräumung über § 43 UrhG aus dem Dienstverhältnis kommt daher nicht in Betracht.

Erwägen könnte man aber, aus dem Dienst- und Treueverhältnis des Beamten eine Anbieterspflicht herzuleiten. Der Wissenschaftler wäre zwar nicht verpflichtet, wissenschaftliche Publikationen zu erstellen. Wenn er dies aber tut, müsste er seinem Dienstherrn Nutzungsrechte an seinen Publikationen wenigstens anbieten.³⁶ Rechtfertigen könnte man dies mit der Erwägung, dass die Schaffung wissenschaftlicher Werke mit seiner dienstlichen Tätigkeit als Wissenschaftler in einem engen Zusammenhang steht und er in weitem Umfang Material und Ausstattung seines Dienstherrn zu Erstellung der Publikation bzw. der in

³⁵ Die Entscheidung über den richtigen Publikationszeitpunkt ist grundrechtlich besonders geschützt, vgl. BVerfGE 41, S. 383.

³⁶ Vgl. *Harder*, Digitale Universitätsbibliotheken aus urheberrechtlicher Sicht, S. 253-256.

der Publikation enthaltenen Forschungsergebnisse in Anspruch genommen hat.³⁷

Eine solche Anbietungspflicht freilich muss sich ebenfalls am Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit messen lassen.³⁸ Hier wäre näher zu erwägen, welche Konsequenzen es für die Publikationschancen von Wissenschaftlern hätte, wenn der Dienstherr die wissenschaftlichen Publikationen seiner Beschäftigten neben den traditionellen, in den jeweiligen Fachkulturen etablierten Publikationskanälen einfach so veröffentlichte. Bedenkt man die hohe Bedeutung, die der Ort der Publikation für das Renommee eines Wissenschaftlers und für dessen Stellung in der wissenschaftlichen Community hat, so wäre es ein empfindlicher Eingriff, dem Dienstherrn Nutzungsrechte einräumen zu müssen mit der Gefahr, dass dieser sie in einer Weise ausübt, die dem wissenschaftlichen Ansehen des Autors nicht gerecht wird.

Eine weitere Schwierigkeit, aus dem Dienstverhältnis eine Anbietungspflicht herzuleiten, ergibt sich aus den Grundlagen des Hochschul-lehrerbeamtenrechts. Der Hochschullehrer ist Beamter nicht deshalb, weil er überwiegend hoheitliche Aufgaben wahrnimmt, sondern damit er sich aus der Sicherheit seines Amtes heraus in vollem Umfang des Grundrechts der Wissen-

³⁷ Eine grundsätzliche Anbietungspflicht nimmt *Rebbinder*, Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen, S. 367 an, sofern die Hochschule selbst Publikationsmöglichkeiten bereithält.

³⁸ Vgl. *Geerlings*, Urheberrechtliche Konfliktlagen des Beamten im Dienstverhältnis, in: DÖD 2006, S. 197; *Harder*, Digitale Universitätsbibliotheken aus urheberrechtlicher Sicht, S. 255.

schaftsfreiheit erfreuen kann.³⁹ Der Beamtenstatus des Hochschullehrers unterscheidet sich hier von dem der übrigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes. Wenn aber das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit und dessen freie Ausübung das Dienstverhältnis des Wissenschaftlers grundlegend prägen, kann dieses Dienstverhältnis gerade nicht zum Anlass genommen werden, die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers dahingehend zu beschränken, dass sein Dienstherr nach eigenen, möglicherweise wissenschaftsfremden Maßstäben die wissenschaftlichen Werke seiner Bediensteten verwertet. Das Dienstverhältnis des Hochschullehrers ist wegen seines grundrechts-sichernden Charakters für eine Anbieterspflicht im Bereich der wissenschaftlichen Publikationen daher ein denkbar schlechter Anknüpfungspunkt.

Bleibt an dieser Stelle zunächst festzuhalten, dass im gegenwärtigen Dienstrecht für eine Nutzungsrechtseinräumung an den Dienstherrn, damit dieser eine Publikation frei zugänglich im Internet zur Verfügung stellt, kein Raum zu sein scheint. Problematisch ist dabei insbesondere der Umstand, dass die wissenschaftlichen Publikationen von Hochschullehrern nicht als Dienstwerke, sondern als freie Werke angesehen werden.

Die Einordnung der wissenschaftlichen Publikationen als freie Werke könnte freilich durch einige neuere Entwicklungen im Besoldungsrecht der Hochschullehrer möglicherweise neu zu bewerten

³⁹ Vgl. *Bäcker*, Wissenschaft als Amt : das verfassungsrechtliche Hochschullehrerbeamtenrecht aus Art. 33 Abs. 5 GG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 GG, in: AöR 135 (2010), S. 87 f.

sein. Die Rede ist von der W-Besoldung für Wissenschaftler, die die bisherige C-Besoldung abgelöst hat. Die W-Besoldung besteht aus einem vom Dienstalter unabhängigen Grundgehalt, das die amtsangemessene Alimentierung sichert, und leistungsbezogenen Elementen.⁴⁰ Zur näheren Bestimmung der leistungsbezogenen Elemente haben die Besoldungsgesetzgeber in den Ländern Ausführungsbestimmungen erlassen. Dort finden sich als für eine erhöhte Besoldung zu berücksichtigende Leistungen auch wissenschaftliche Publikationen.⁴¹

Das ist sehr bemerkenswert. Galten im Bereich der alten C-Besoldung die dort gezahlten Bezüge in vollem Umfang als amtsangemessene Alimentierung, so dass damit die normale Amtsführung, zu der ja das wissenschaftliche Publizieren gerade nicht gehört, abgegolten war, stellt sich die Lage bei der W-Besoldung durch die Aufspaltung der Bezüge in ein amtsangemessenes Grundgehalt und eine variable Leistungskomponente vollkommen anders dar. Wer im Rahmen der W-Besoldung gerade für seine wissenschaftlichen Publikationen erhöhte Bezüge einfordert und erhält, kann sich nicht mehr so einfach darauf berufen, hier nur freie Werke zu schaffen, die den Dienstherrn nichts angehen. Um Klartext zu reden: Wer sich

⁴⁰ Vgl. BayVerfGH NVwZ 2009, S. 46.

⁴¹ Vgl. beispielhaft § 4 Abs. 3 Nr. 2 der Niedersächsischen Verordnung über Leistungsbezüge sowie Forschungs- und Lehrzulagen für Hochschulbedienstete (Hochschul-Leistungsbezügeverordnung – NHLeistBVO) vom 16. Dezember 2002 (Fundstelle: Nds. GVBl. 2002, S. 790-791.) Zu publikationsbezogenen Leistungszulagen siehe *Koch*, Leistungsorientierte Professorenbesoldung, S. 194 f.

für seine Werke extra bezahlen lässt, sollte mit seinen Nutzungsrechten nicht knausern. Die neue W-Besoldung bietet also einen interessanten Ansatzpunkt, um die Frage der freien und der Dienstwerke im Bereich der Wissenschaft, wenigstens aber die Frage der Anbiutungspflicht noch einmal zu überdenken.

Vor zu hohen Erwartungen sei jedoch gewarnt. Leistungszulagen gibt es auch für wissenschaftliche Preise.⁴² Der Dienstherr erhebt aber keinen Anspruch auf das Preisgeld.⁴³ Und selbst wenn man wegen der neuen Besoldungsstruktur noch einmal über die Einräumung von Nutzungsrechten an wissenschaftlichen Publikationen nachdenkt, so bedeutet das noch nicht, dass damit automatisch eine Stärkung von Open Access verbunden ist.

Der Dienstherr bekommt im Falle einer auf das Dienstverhältnis gestützten Nutzungsrechtseinräumung ja nicht alle möglichen Nutzungsrechte, sondern nur solche, die mit dem Dienstverhältnis in einem gewissen Zusammenhang stehen.⁴⁴ Sehr gut vorstellbar wäre etwa, ihm das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Intranet der

⁴² Vgl. § 4 Abs. 3 Nr. 2 NHLeistBVO.

⁴³ Es ist anerkannt, dass Einnahmen aus Veröffentlichungen beim Wissenschaftler verbleiben, vgl. *Haberstumpf*, Wem gehören Forschungsergebnisse?, in: ZUM 2001, S. 826.

⁴⁴ Auch im Dienstverhältnis gilt die Zweckübertragungsregel des § 31 Abs. 5 UrhG, vgl. *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts², Rn. 452.

Hochschule einzuräumen.⁴⁵ Hier kann die Erwägung Platz greifen, allen Wissenschaftlern und Angehörigen der Hochschule leicht und unkompliziert Zugriff auf die an der Hochschule erstellten Publikationen zu gewähren.⁴⁶

Die freie und ungehinderte Publikation im Internet, Open Access also, hat demgegenüber eine andere Qualität und dürfte von der Natur des Dienstverhältnisses kaum gedeckt sein.

Damit sind wir am entscheidenden Punkt angelangt: Wenn der Dienstherr die Nutzungsrechte an den wissenschaftlichen Publikationen der bei ihm beschäftigten Wissenschaftler für eine Publikation im Sinne von Open Access haben möchte, wird er um eine gesetzliche Regelung nicht herumkommen.

Hier gibt es, das sei vorausgeschickt, grundsätzlich keine kompetenzrechtlichen Probleme. Eine Änderung im Beamtenrecht als Modifizierung der Pflichten des Dienstverhältnisses im Sinne von § 43 UrhG ist Ländersache, mag das Urheberrecht selbst auch eine bundesrechtliche Regelung darstellen.⁴⁷ Das Beamtenrecht wird eben einseitig

⁴⁵ Grundsätzlich zustimmend zu internen Nutzungen in der Hochschule *Ulrich*, Wissen(schaft)stransfer und Urheberrecht, S. 109 f.

⁴⁶ *Westen*, Zur urheberrechtlichen Stellung des Wissenschaftlers im Arbeits- und Dienstverhältnis nach deutschem Recht, in: JR 1967, S. 408 scheint Nutzungsrechte für den internen Gebrauch ebenfalls zu befürworten.

⁴⁷ Hingewiesen sei auf die Überlegung von *Schmidt-Aßmann*, Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, S. 87, publikationsbezogene Verpflichtungen für Wissenschaftler auf den Kompetenztitel der Forschungsförderung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG

durch Rechtsnormen und nicht durch Arbeitsverträge geregelt. Die Änderung des Beamtenrechts wäre im normalen Arbeitsleben nichts weiter als eine Änderung im Arbeitsvertrag. Solche Änderungen sind urheberrechtlich ohne Probleme möglich.

Zu fragen wäre also, ob sich der Dienstrechtsgesetzgeber durch eine Gesetzesänderung die für eine Publikation im Internet im Sinne von Open Access erforderlichen Nutzungsrechte verschaffen kann. Wie bereits ausgeführt, stellte dies einen Eingriff in das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit dar. Da dieses Grundrecht von Verfassung wegen vorbehaltlos gewährleistet wird, kann sich ein Eingriff nur auf kollidierendes Verfassungsrecht stützen.⁴⁸ Ob dies im konkreten Fall tatsächlich gelingt, ist schwer zu sagen. Zwar gibt es mit § 42 Arbeitnehmererfindungsgesetz (Arbn-ErfG) ein patentrechtliches Vorbild für eine entsprechende Regelung, doch steht die Frage der wirtschaftlichen Verwertung von wissenschaftlichen Erkenntnissen aus Sicht des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit eher am Rand.⁴⁹

Die Frage, ob und wie eine wissenschaftliche Publikation erfolgt, hat eine ganz andere grundrechtliche Qualität. Bezeichnenderweise hat der Dienstherr bei der Erfindung eines Hochschul-

zu stützen und damit auch eine bundesgesetzliche Regelung für zulässig zu erachten.

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 57, S. 99; *Antoni*, in: Hömig, GG⁸, Art 5, Rn. 35.

⁴⁹ Vgl. *Febling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 105 [Stand: 110 Lfg., März 2004].

lehrers lediglich ein Verwertungsrecht an der Erfindung, nicht jedoch ein Nutzungsrecht an den über diese Erfindung möglicherweise erscheinenden wissenschaftlichen Publikationen. Damit bestätigt § 42 ArbNErfG sogar die herkömmliche Einordnung der wissenschaftlichen Publikation als freies Werk. Vor diesem Hintergrund wird eine gesetzliche Nutzungsrechtseinräumung für die freie Publikation im Internet verfassungsrechtlich nur schwer zu rechtfertigen sein.

Bleibt also festzuhalten: Open Access kann ein Thema für den Dienstrechtsgesetzgeber sein, aber wohl kein besonders ergiebiges.

5. Open Access im Hochschulrecht

Auch wenn eine gesetzliche Regelung zu Open Access durch den Dienstrechtsgesetzgeber wenig Aussicht auf Erfolg verspricht, könnte sich die Lage im Hochschulrecht anders darstellen. Hier muss man zunächst wissen, dass es zwei Ebenen der Gesetzgebung gibt: Zum einen den Landesgesetzgeber, der das Hochschulgesetz ändern kann, zum anderen den Satzungsgeber in der Hochschule, der im Rahmen der Hochschulautonomie auf Open Access bezogene Regelungen im autonomen Satzungsrecht der Hochschule erlassen könnte.

5.1 Hochschulgesetz

Sehen wir uns zunächst die Möglichkeiten im Hochschulgesetz näher an. Eine Pflicht zu Open Access kann man hier aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen nicht finden, wohl aber politische Grundaussagen und Bestimmungen für

eine auf Open Access bezogene Publikationsinfrastruktur. Zwei konkrete Beispiele möchte ich anführen.

Die wohl erste Regelung in einem deutschen Hochschulgesetz, die einen gewissen Bezug zu Open Access hat, ist § 24 Abs. 3 HSG-LSA. Dort heißt es:

„Die Hochschule soll es ermöglichen, wissenschaftliche Arbeiten ihrer Einrichtungen und ihrer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in geeigneter Weise auch in elektronischer Form über das Internet zu publizieren.“

Auch wenn von Open Access selbst nicht die Rede ist, geht es in der Sache um die Publikation auf einem Hochschulschriftenserver und damit um die freie und ungehinderte Publikation im Internet.⁵⁰

Eine weitere Norm, die in diesem Zusammenhang genannt werden kann, ist § 38 Abs. 1 Satz 4 ThürHG. Sie wurde mit Wirkung vom 1. August 2008 durch das Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz in das Thüringer Hochschulgesetz eingefügt:

„Sie [die Hochschulbibliotheken] fördern durch die Bereitstellung einer geeigneten Infrastruktur das elektronische Publizieren und den Aufbau digitaler Bibliotheken.“

⁵⁰ Vgl. *Steinbauer*, Die Aufgaben der Hochschulbibliotheken im Land Sachsen-Anhalt, in: *Bibliotheksdienst* 39 (2005), S. 960 f.

Der Gesetzgeber wollte auch hier, ohne freilich den Begriff selbst im Gesetz zu erwähnen, mit der Novelle des Hochschulgesetzes einen Impuls für Open Access setzen. Das ergibt sich eindeutig aus der Gesetzesbegründung:

„Die freie und ungehinderte Zugänglichkeit von insbesondere öffentlich finanzierten und ermöglichten wissenschaftlichen Publikationen (Open Access) ist in einer Zeit, in der das Internet zum führenden Recherche- und Kommunikationsmedium in der Wissenschaft geworden ist, von hoher Bedeutung.“⁵¹

Die beiden Regelungen aus Sachsen-Anhalt und Thüringen sind nicht mehr, aber auch nicht weniger als gesetzliche Thematisierungen. Sie werten das elektronische Publizieren an der Hochschule rechtlich auf, ohne dazu zu verpflichten, und machen deutlich, dass Open Access mehr ist als ein modisches Projekt.⁵² Vielmehr ist elektronisches Publizieren im Internet eine dauerhafte Dienstleistung der Bibliotheken. Man kann es auch so formulieren: Wissenschaftliche Veröffentlichungen im Internet sind normal und gehören heutzutage zum wissenschaftlichen Arbeiten einfach dazu.

⁵¹ Vgl. LT-Drs. 4/3956, S. 9.

⁵² Dem Thüringer Beispiel ist kurze Zeit später der brandenburgische Hochschulgesetzgeber gefolgt. Nach § 68 Abs. 1 S. 3 BbgHG fördert die Hochschulbibliothek den „freien Zugang zu wissenschaftlichen Informationen“. Vgl. auch LT-Drs. 4/6419: „Das brandenburgische Recht bezieht sich ausdrücklich auf den Ansatz des ‚open access‘, der als zukunftsweisend eingestuft wird“, vgl. dazu *Schröder/Küchenhoff*, in: Knopp/Peine, BbgHG, § 68, Rn. 10.

Da kann es nur verwundern, wenn gegen diese doch sehr harmlosen Regelungen von interessierter Seite im Gesetzgebungsverfahren starke Kritik vorgebracht wird. So äußerten sich der Deutsche Kulturrat sowie der Börsenverein des Deutschen Buchhandels im Rahmen der Anhörung zum Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz sehr kritisch. Sie verwahrten sich dagegen, dass hier den Hochschulen gewissermaßen verlegerische Funktionen zugeschrieben würden.⁵³ Dies schädige, so hieß es, die deutschen Fachverlage. Besonders interessant war die Kritik von Olaf *Zimmermann* vom Deutschen Kulturrat. Im Kern klingt sie so: Da in deutschen Fachverlagen meist zweitrangige Werke erscheinen, die wichtigen Texte werden ohnehin in internationalen Fachzeitschriften publiziert, träfen Schriftenserver, die ebenfalls nur solche zweitklassigen Texte enthalten, die einheimische Verlagswirtschaft besonders hart.⁵⁴ Das ist erheiternd. Und das ist Nonsense.

Erfreulicherweise hat diese Kritik auf den Thüringer Gesetzgeber keinen besonderen Eindruck gemacht. Er wollte einzig und allein Strukturen des elektronischen Publizierens an den Hochschulen regeln. Und wenn im Satzungsrecht aller vier Thüringer Universitäten elektronische Dissertationen vorgesehen sind, ist es die normalste Sache der Welt, wenn der Gesetzgeber den

⁵³ Vgl. Stellungnahme des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels zum Thüringer Bibliotheksgesetz (ThürBibG) und Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz (ThürBibRG) vom 23. Mai 2008, LT-Zuschrift 4/1319, S. 2 f.

⁵⁴ Vgl. *Zimmermann*, Ein Anfang mit Signalwirkung : zu den Entwürfen der Thüringer Bibliotheksgesetze, in: Politik und Kultur 2008, H. 4, S. 6.

Hochschulen die Einrichtung einer sachgerechten Infrastruktur für das elektronische Publizieren zur Aufgabe macht.

Halten wir fest: Open Access im Hochschulgesetz ist im Wesentlichen die Regelung von Strukturen elektronischen Publizierens an den Hochschulen. Weitergehende Aussagen zu diesem Thema gibt es derzeit nicht.

5.2 Autonomes Hochschulrecht

Es war bereits von elektronischen Dissertationen die Rede, die in den Prüfungsordnungen der einzelnen Hochschulen vorgesehen sind. Das ist ein gutes Stichwort, wenn wir uns nun der zweiten gesetzgeberischen Handlungsebene im Hochschulrecht zuwenden wollen, nämlich dem Satzungsrecht der Hochschulen.

Open Access kann auch hier zunächst in Form einer Beschreibung von Infrastruktur geregelt werden, etwa im Rahmen der Bibliotheksordnung oder der Benutzungsordnung der Hochschulbibliothek.

Darüber hinaus kann die Benutzung des Hochschulschriftenservers selbst satzungsförmig ausgestaltet sein. Es ist denkbar, hier Modalitäten von Open Access zu regeln, etwa die Verwendung bestimmter Lizenzen bei der Publikation auf dem Server. Weiterhin denkbar wäre eine eigene Publikationsordnung der Hochschule, die zwar die Veröffentlichung von Dokumenten im Internet nicht verbindlich vorschreibt, jedoch bestimmt, dass im Domain-Raum der Hochschule keine Publikati-

onen abgelegt werden dürfen, dass in diesem Fall vielmehr das Repositorium der Hochschule für die Veröffentlichung im Internet zu nutzen ist. Man könnte eine solche Regelung als Ausübung eines digitalen Hausrechts einstufen, vergleichbar etwa mit der Vorgabe, Plakate in der Hochschule nur an den dafür vorgesehenen Aushangflächen anzubringen. Die Benutzung des Hochschulschriftenservers für die im Übrigen freiwillige elektronische Publikation verbindlich vorzuschreiben, kann für die Etablierung einer Publikationsinfrastruktur in der Hochschule durchaus nützlich sein. Eine verbindliche Regelung von Open Access ist das aber nicht.

Kommen wir zum Prüfungsrecht. Doktorarbeiten sind zu veröffentlichen. Das ist Teil der Prüfungsleistung.⁵⁵ Als wissenschaftliche Arbeiten müssen sie der wissenschaftlichen Öffentlichkeit in angemessener Weise zur Kenntnis gebracht werden. So steht es bereits in den Grundsätzen für die Veröffentlichung von Dissertationen der Kultusministerkonferenz vom 29. April 1977.⁵⁶

Wenn nun das Internet in vielen Wissenschaftsbereichen mittlerweile zum Leitmedium geworden ist, so könnte man durchaus erwägen, in den Promotionsordnungen der Universitäten die im Internet frei zugängliche Publikation der Dissertation als die verbindliche, jedenfalls aber als die bevor-

⁵⁵ Das verkennt *Walter*, Dissertations-Druckzwang und Grundgesetz, in: DVBl. 1972, S. 310.

⁵⁶ Abgedruckt in der Fassung vom 30. Oktober 1997 in: Rechtsvorschriften für die Bibliotheksarbeit, 5. Aufl., Wiesbaden 2009, S. 411.

zugte Publikationsform vorzuschreiben. Bei der konkreten Ausgestaltung einer solchen Pflicht freilich wäre dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, auf das sich der Doktorand wie jeder andere wissenschaftlich Tätige berufen kann, ausreichend Rechnung zu tragen. Gleichwohl scheint es denkbar, wenn man bestimmten kann, *dass* zu publizieren ist, man auch die Art und Weise des Publizierens festlegt, sofern der vorgeschriebene Weg den Publikationsgepflogenheiten der jeweiligen Wissenschaft entspricht. So ist eine verbindliche elektronische Dissertation im Fach Physik heute schon vorstellbar. In der Rechtswissenschaft ist die Lage vielleicht anders beurteilen.⁵⁷

Fraglich könnte noch sein, ob die verbindliche elektronische Dissertation allein auf der Ebene des autonomen Hochschulrechts zu regeln ist oder ob hierzu nicht eine Änderung des Hochschulgesetzes oder gar des Urheberrechtsgesetzes erforderlich wäre. Was das Urheberrechtsgesetz betrifft, so liegt bei der Publikationspflicht von Dissertationen streng genommen gar kein Eingriff in das Veröffentlichungsrecht des Urhebers aus § 12 UrhG vor. Grundlage für die Veröffentlichungspflicht ist das freiwillig eingegangene Prüfungsverhältnis, eine verwaltungsrechtliche Sonderverbindung,⁵⁸ die ähnlich wie ein Verlagsvertrag zu sehen ist, ja im

⁵⁷ Vgl. zum juristischen Publizieren: *Ehmann/Fischer*, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, in: GRUR Int. 2008, S. 284-293; *Knauer*, Juristische Methodenlehre 2.0?, in: Rechtstheorie 40 (2009), S. 383-393; *Walker*, Veränderungen der juristischen Kommunikation durch elektronische Medien, S. 435-455.

⁵⁸ Vgl. dazu *Maurer*, Promotion, in: HWissR² Bd. 1, S. 772 f.

Grunde sogar noch weniger verpflichtend ist als dieser. Wenn ein Autor seiner vertraglich geschuldeten Veröffentlichungspflicht nicht nachkommt, macht er sich schadenersatzpflichtig. Publiziert der Doktorand nicht, passiert mit Ausnahme des Nichtvollzuges der Promotion nichts.⁵⁹ Auf eine Regelung im Urheberrechtsgesetz kann man daher verzichten.

Und wie steht es mit dem Hochschulgesetz? In älteren Hochschulgesetzen meinte man aus Gründen der Wesentlichkeit die Publikationspflicht des Doktoranden ausdrücklich regeln zu müssen.⁶⁰ Im Zuge der gerade allgemein üblichen, vielleicht auch ein wenig modischen Deregulierung im Hochschulrecht sind diese Normen aus den Hochschulgesetzen verschwunden. Sie gelten als entbehrlich.⁶¹

Damit aber reicht eine Regelung allein im autonomen Satzungsrecht der Hochschule aus, um die elektronische Dissertation verbindlich vorzuschreiben. Als einzig verbindliche Vorgabe verbleibt damit das Grundrecht der Wissenschafts-

⁵⁹ Vgl. *Meusel*, Veröffentlichungspflicht und Geheimhaltung, S. 92.

⁶⁰ Vgl. zur Problematik *Mawer*, Promotion, in: HWissR² Bd. 1, S. 775, Fn. 100; *Schnieders*, Druckzwang für Dissertationen und Dissertationentausch, S. 83-85. Das rechtliche Problem wurde weniger in der Pflicht zur Publikation als in der Ablieferung von Pflichtstücken auf Kosten des Doktoranden gesehen, vgl. *Walter*, Dissertations-Druckzwang und Grundgesetz, in: DVBl. 1972, S. 311 f.

⁶¹ So ausdrücklich das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg in einem Schreiben vom 11. Mai 2005, Az. 14-0521.3/30/1, online verfügbar unter: http://www.zendas.de/themen/stellungn_mwk_diss.html.

freiheit mit Blick auf die in den jeweiligen Wissenschaften allgemein übliche Publikationspraxis.

Zu überlegen wäre noch, ob man eine Verpflichtung zum elektronischen Publizieren und zu Open Access auch auf weitere Hochschulschriften erstrecken kann. So gibt es für Habilitationen keine durchgängige Pflicht zur Publikation. Auch studentische Abschlussarbeiten müssen nicht publiziert werden. Da die studentischen Arbeiten von ihrer Intention her aber nicht dem wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt dienen und folglich der wissenschaftlichen Öffentlichkeit auch nicht zur Verfügung stehen müssen, kann man eine Publikationspflicht für diese Arbeiten schwerlich einfordern.

Bleibt für den Bereich des autonomen Hochschulrechts also festzuhalten, dass hier wie auch im Hochschulgesetz Regelungen für eine Open-Access-freundliche Infrastruktur getroffen werden können. Darüber hinaus sind jedenfalls im Promotionsrecht sogar verbindliche Vorgaben für eine elektronische Publikation im Internet denkbar.

6. Open Access und Wissenschaftsfreiheit

Die Untersuchung der gesetzgeberischen Möglichkeiten im Urheberrecht, im öffentlichen Dienstrecht und im Hochschulrecht hat drei unterschiedliche Weisen thematisiert, Open Access gesetzlich zu regeln, nämlich zunächst den Zwang zu Open Access, sodann eine verbindliche Option, sich als Wissenschaftler für oder gegen Open Access entscheiden zu können und schließlich die Regelung Open-Access-bezogener

Infrastruktur. Während es Infrastrukturegelungen in manchen Bundesländern und an manchen Hochschulen bereits gibt, kommen die anderen Möglichkeiten derzeit nur als Forderungen an den Gesetzgeber vor.

In allen drei untersuchten Rechtsgebieten kam die Rede immer wieder auf das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit. Dies scheint der Dreh- und Angelpunkt zur Beantwortung der Frage zu sein, ob und inwieweit Open Access ein Thema für den Gesetzgeber ist. Sehen wir uns dieses Grundrecht daher genauer an.

Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 Satz 1, 2. Fall GG schützt Forschung und Lehre umfassend. Da Wissenschaft aus ihrem Selbstverständnis heraus auf den Austausch ihrer Ergebnisse angewiesen ist, ist auch der Prozess des wissenschaftlichen Publizierens grundrechtlich geschützt.⁶²

Der Gesetzgeber ist nach Art 1 Abs. 3 GG auf die Grundrechte verpflichtet. Für den Bereich der Wissenschaftsfreiheit bedeutet dies, wie das Bundesverfassungsgericht in einer Leitentscheidung zu Art. 5 Abs. 3 GG festgestellt hat, dass er auch in organisatorischer Hinsicht Bedingungen zu gewährleisten hat, die eine Entfaltung des

⁶² Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, GG*¹⁰, Art. 5, Rn. 121; *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem, S. 105: „Ein Forscher, der nicht publiziert, ist als Wissenschaftler inexistent. Wissenschaftsfreiheit und Publikationsfreiheit sind untrennbar miteinander verbunden. Wissenschaft ohne Mitteilung ist nicht denkbar.“

Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit ermöglichen.⁶³

Überträgt man diese Erwägungen auf die Urheberrechtsgesetzgebung, ein Bereich, der fraglos für wissenschaftliches Arbeiten hoch bedeutsam ist, kann man sagen, dass der Gesetzgeber dazu aufgerufen ist, im Bereich der Wissenschaft ein Urheberrecht zu schaffen, das es dem Wissenschaftler ermöglicht, seine wissenschaftlichen Ergebnisse stets in einer seinem wissenschaftlichen Selbstverständnis gemäßen Weise zu publizieren. Im Wissenschaftsurheberrecht stehen die Wissenschaftler und ihre Bedürfnisse, nicht die kommerziellen Verwerter an erster Stelle. Die Verwerter sind nicht Herren, sie sind Diener der Wissenschaft. Jede andere Schwerpunktsetzung verzerrte die grundrechtliche Situation.

Damit ich nicht missverstanden werde: Wissenschaft braucht leistungsstarke Verwerter. Das Urheberrecht muss ihre Existenz absichern.⁶⁴ Das darf aber nicht so weit gehen, dass für die berechtigten Kommunikations- und Publikationsinteressen der Wissenschaftler kein Platz mehr bleibt. Wissenschaftsurheberrecht kann richtigerweise nur von der Wissenschaft her gedacht werden.

⁶³ BVerfGE 35, S. 114 f.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG¹⁰, Art. 5 Rn. 127.

⁶⁴ Insoweit hat die vom Abg. *Krings* (CDU) in der Plenardebatte zum Zweiten Korb gemachte Aussage, dass ein wissenschaftsfreundliches auch ein wissenschaftsverlagsfreundliches Urheberrecht sei (PlPr. 16/108, S. 11.149), einen richtigen Kern.

Aus dem Gesagten lassen sich im Wesentlichen zwei Forderungen ableiten, die im gegenwärtigen Urheberrecht nicht erfüllt werden und damit ein Desiderat für einen Dritten Korb darstellen:

Wir benötigen ein **anwenderfreundliches Urheberrecht**. Der Wissenschaftler sollte sich auf seine wissenschaftliche Arbeit konzentrieren dürfen und nicht erst ein Weiterbildungsstudium zum Urheberrechtler absolvieren müssen, um seine Rechte bei der Veröffentlichung wissenschaftlicher Werke wahrnehmen zu können.

Wir brauchen das **verbindliche Zweitveröffentlichungsrecht**. Der Wissenschaftler sollte für den immer wichtiger werdenden Online-Bereich stets und immer die Möglichkeit haben, seine Publikationen der interessierten Öffentlichkeit zur Kenntnis zu geben. Je mehr das Internet zum Leitmedium in der Wissenschaft wird, desto dringender wird diese Forderung. Ich möchte an dieser Stelle noch über den bereits erwähnten Vorschlag des Bundesrats hinausgehen und für *jeden* wissenschaftlichen Text ein Zweitveröffentlichungsrecht fordern. Wenn aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit heraus argumentiert wird, ist eine Differenzierung zwischen öffentlich, privatwirtschaftlich oder selbst bezahlter Forschung nicht sachgerecht.

7. Ergebnis

Ich sprach von einem *Zweitveröffentlichungsrecht*, nicht von einer *Zweitveröffentlichungspflicht*. Zentral geht es hier um die freie Entscheidung des einzelnen Wissenschaftlers für oder gegen Open

Access. Das scheint mir die Leitlinie bei der Beantwortung der Frage zu sein, ob und inwieweit Open Access ein Thema für den Gesetzgeber ist.

Der Schlüssel hierzu liegt im Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit. Dieses Grundrecht ist ganz fundamental von der eigengesetzlichen Selbstbestimmung der Wissenschaft geprägt. Der Gesetzgeber schützt diesen Bereich. Er setzt einen Rahmen. Er gestaltet ihn aber nicht. Eigene wissenschaftliche Entscheidungen zu treffen, ist ihm verwehrt. Das kann allein die Wissenschaft tun. Wie künftig wissenschaftlich publiziert werden soll, kann nur sie selbst entscheiden. Das ist genau die Freiheit, die ihr von Verfassungen wegen in Art. 5 Abs. 3 GG zugesichert wird und die der Gesetzgeber zu schützen, zu achten und zu ermöglichen hat.

Ist vor diesem Hintergrund Open Access also ein Thema für den Gesetzgeber? Diese Frage kann man eindeutig mit *ja* beantworten. Der Gesetzgeber ist dazu aufgerufen, die freie Entscheidung des Wissenschaftlers für oder gegen Open Access zu gewährleisten. Hier liegt die Pflicht, aber auch die Grenze des Gesetzgebers, wenn er die freie und ungehinderte Zugänglichkeit von wissenschaftlichen Werken im Internet regeln möchte.

C. Die Publikationsfreiheit des Wissenschaftlers - Grundrecht oder Befindlichkeit?

1. Hinführung

Im März 2009 veröffentlichte der Heidelberger Editionsphilologe Roland *Reuß* im Internet einen Aufruf. Unter der Überschrift „Für Publikationsfreiheit und die Wahrung der Urheberrechte“ wurden die Digitalisierungspraxis von Google sowie der Einsatz der Allianz der Deutschen Wissenschaftsorganisationen für Open Access massiv kritisiert.⁶⁵

Man könnte diesen als Heidelberger Appell bezeichneten Aufruf leichthin unter der Rubrik „kulturpessimistisches Feuilleton“ ablegen und dabei noch ein wenig über den lustigen Umstand nachdenken, dass hier eine geharnischte Medienkritik des digitalen Zeitalters um des eigenen Erfolges willen in eben jenem digitalen Gewand daherkommt, das doch gerade als wenig hilfreich für die Verbesserung der wissenschaftlichen Information eingeschätzt wird. Indes: Der Heidelberger Appell hatte weiteste Wirkung.⁶⁶

„Es gibt nichts Neues unter der Sonne. Zwar gibt es bisweilen ein Ding, von dem es heißt: Sieh dir das an, das ist etwas Neues - aber auch das gab es schon in den Zeiten, die vor uns gewesen sind.“

⁶⁵ [Http://www.textkritik.de/urheberrecht/index.htm](http://www.textkritik.de/urheberrecht/index.htm).

⁶⁶ Vgl. exemplarisch *Jochum*, Im Namen der Freiheit, in: FR vom 7. April 2009. Im Übrigen wird auf die vielen einschlägigen Fundstellen im Wikipedia-Artikel „Heidelberger Appell“ verwiesen.

So lesen wir bei Kohelet.⁶⁷ Und in der Tat. Gewisse Ansichten im Umkreis des Heidelberger Appells erscheinen wie ein später Widerhall der Äußerungen des gelehrten Abtes Johannes *Trithemius* (1462-1516). In seiner 1494 zu Mainz erschienenen Schrift „De laude scriptorum manualium“ wettet er gegen den neumodischen Buchdruck und lobt die Vorzüge der überkommenen Handschrift. Gedruckte Texte seien typographisch anspruchslos, das Gewinnstreben der Drucker verhindere die Publikation nicht massentauglicher, aber gleichwohl inhaltlich hochwertiger Texte und schließlich sei die Haltbarkeit des gedruckten Buches, das meist aus Papier und nicht aus Pergament besteht, fraglich.⁶⁸

Trithemius wollte mit seiner Kritik gehört werden und hat sie drucken lassen.⁶⁹ Wie die Sache mit den Handschriften ausgegangen ist, wissen wir. Und wenn jetzt das siegreiche Publikationsparadigma der Neuzeit, das gedruckte Buch, selbst in Bedrängnis kommt, scheint sich die Geschichte zu wiederholen.

⁶⁷ Buch Kohelet Kapitel 1, Verse 9 und 10 (zitiert nach der Einheitsübersetzung).

⁶⁸ Zur Dauerhaftigkeit des gedruckten Buches etwa schreibt *Trithemius*: „Scriptura enim si membranis imponitur ad mille annos poterit perdurare, impressura autem cum res papirea sit, quamdiu subsistet? Si in volumine papireo ad ducentos annos perdurare poterit, magnum est.“

⁶⁹ Angemerkt sei, dass die Kritik des *Trithemius* nicht in erster Linie auf das neue Medium als solches zielte. Sind doch nicht wenige seiner Werke selbst im Druck erschienen. Es ging *Trithemius* vielmehr darum, den geistlich-asketischen Wert des *Bücherschreibens* für das mönchische Leben herauszustellen.

Denn so wie *Trithemius* mit seiner gedruckten Schrift immer noch präsent ist – wir zitieren sie bis heute und können sie mittlerweile als Digitalisat bequem im Internet lesen⁷⁰ – so waren auch Roland *Reuß* und seine Mitstreiter medial erfolgreich.

Der Heidelberger Appell hat nämlich eindrucksvoll bewiesen, wie gut elektronisch verbreitete Inhalte wahrgenommen werden, wie gut sie Debatten in einer Breite ermöglichen, die in gedruckter Form jedenfalls in so kurzer Zeit nicht denkbar waren. Schon ein gutes halbes Jahr später liegt neben unzähligen Blogbeiträgen und engagierten Artikeln eine ausführliche und ausgewogene Stellungnahme der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages zu den Aussagen des Heidelberger Appells vor.⁷¹ Eine Ehre, die nur wenigen Kampagnen zuteil wird.

Und im Verlag von Vittorio *Klostermann* ist sogar ein ganzes Buch mit Beiträgen aus dem Umkreis der Unterstützer des Appells erschienen.⁷² Dieses Buch findet sich übrigens, wohl um seiner weiteren Verbreitung und Wirkung willen, auch auf der Verlagshomepage, frei zugänglich zum Herunter-

⁷⁰ Das Digitalisat der Bayerischen Staatsbibliothek ist frei einsehbar unter: urn:nbn:de:bvb:12-bsb00037424-7.

⁷¹ *Cloes/Schappert*, Das Für und Wider der urheberrechtlichen Diskussion im Zusammenhang mit dem „Heidelberger Appell“ : Google Buchsuche und Open Access, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Juli 2009 (Ausarbeitung WD 10 - 3000 - 068/09).

⁷² Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit : Symposium Frankfurt 15. Juli 2009, hrsg. von Roland *Reuß* und Volker *Rieble*, Frankfurt, 2009.

laden.⁷³ Man sollte das aber nicht vorschnell als heimliches Eingeständnis in die Vorteile von Open Access werten. Vielleicht ist die Gratis-Publikation im Internet nicht mehr als eine freundliche Geste für bibliophobe Technikenthusiasten, die nur noch das zur Kenntnis nehmen, was vor dem Tunnelblick ihrer müden Augen über die Bildschirme flimmert. Doch, genug der Vorrede!

Der Heidelberger Appell verknüpft zwei Themen, nämlich die Digitalisierungsaktivitäten von Google – davon soll nicht weiter die Rede sein – mit dem als zu verbindlich und einseitig eingestuften Einsatz der deutschen Wissenschaftsorganisationen für Open Access als bevorzugter Publikationsform.⁷⁴ Roland Reuß und mit ihm die Unterstützer des Heidelberger Appells sind der Ansicht, den Ort sowie die Art und Weise der Publikation eines wissenschaftlichen Werkes zu bestimmen, sei ur-eigenes Autorenrecht, sei im Sinne einer Publikationsfreiheit des Wissenschaftlers verfassungsrechtlich geschützt und damit unantastbar.

Ob und inwieweit eine wissenschaftliche Publikationsfreiheit als Grundrecht existiert, ob sie gegen das Umsichgreifen von Open Access in Anschlag gebracht werden kann, ist Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen. Dabei wird zunächst die Frage nach dem Schutzbereich eines solchen

⁷³ [Http://www.klostermann.de/autorschaft.pdf](http://www.klostermann.de/autorschaft.pdf).

⁷⁴ Vgl. beispielhaft die von der Arbeitsgruppe *Open Access* der Allianz der Deutschen Wissenschaftsorganisationen herausgegebene Broschüre „Open Access : Positionen, Prozesse, Perspektiven“, Bonn 2009 (DOI:10.2312/allianzoa.001).

Grundrechts aufgeworfen. Daran anschließend werden mit Blick auf die Förderung von Open Access die drei derzeit am meisten diskutierten Maßnahmen zur Ausweitung im Internet frei zugänglicher wissenschaftlicher Publikationen vorgestellt und verfassungsrechtlich bewertet.

Diese drei Maßnahmen sind: *Erstens* das vertraglich nicht abdingbare Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Autoren, *zweitens* die Einordnung wissenschaftlicher Publikationen von Hochschullehrern als Dienstwerke, die dem Dienstherrn wenn nicht schon sogleich zur freien Publikation zur Verfügung stehen, ihm doch wenigstens von den Autoren entsprechend anzubieten sind und schließlich *drittens* die Verknüpfung von öffentlicher Wissenschaftsförderung mit der Verpflichtung, die gewonnenen Forschungsergebnisse im Sinne von Open Access zu publizieren.

Im Zentrum der folgenden Überlegungen wird der beamtete Hochschullehrer stehen. In seinem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis bringt er die Behauptungschancen der persönlichen Rechtssphäre gegenüber gemeinwohlmotivierter Rechtseinschränkung besonders gut zur Darstellung. Was sich hier als Grundrechtsposition bewährt, darf als Kerngehalt verfassungsrechtlicher Gewährleistung gelten.

2. Der grundrechtliche Schutzbereich

Im Heidelberger Appell wird der Begriff Publikationsfreiheit für die freie Entscheidung des Urhebers über das Ob und das Wo seiner Publikation

verwendet.⁷⁵ Ein ausdrücklich so bezeichnetes Grundrecht kennt das Grundgesetz freilich nicht.⁷⁶ Soweit es um wissenschaftliches Publizieren geht, kommt aber ein Schutz aus dem allgemeinen formulierten Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 S. 1, 2. Fall GG in Betracht. Danach sind Wissenschaft, Forschung und Lehre frei. Gemeinhin werden Forschung und Lehre als zwei Aspekte des einen Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit verstanden.⁷⁷ Forschung ist dabei die systematische Wahrheitssuche, während unter Lehre die öffentliche Vermittlung des wissenschaftlich Erarbeiteten verstanden wird.⁷⁸

Wissenschaftliches Publizieren kann hier sowohl unter dem Aspekt der Lehre als auch der Forschung geschützt sein.⁷⁹ Die ältere verfassungsrechtliche Literatur schlägt wissenschaftliche Ver-

⁷⁵ Die entsprechende Passage im Heidelberger Appell lautet: „Es muß ... der Entscheidung von ... Wissenschaftlern ... freigestellt bleiben, ob und wo ihre Werke veröffentlicht werden sollen. Jeder Zwang, jede Nötigung zur Publikation in einer bestimmten Form ist ... inakzeptabel ...“

⁷⁶ Der Begriff Publikationsfreiheit als Teil der Wissenschaftsfreiheit wird etwa von *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem, S. 105 verwendet. *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 91 spricht von Veröffentlichungsfreiheit, ebenso *Steinfort*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers, S. 1.

⁷⁷ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG¹⁰, Art. 5 Rn. 76.

⁷⁸ Vgl. *Kaufhold*, Die Lehrfreiheit – ein verlorenes Grundrecht?, S. 111-115 f. m.w.N. *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 91 ordnet die Veröffentlichungsfreiheit bei der Lehrfreiheit ein.

⁷⁹ Vgl. *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 90.

öffentlichungen der Lehre zu.⁸⁰ Die heute wohl herrschende Ansicht sieht das wissenschaftliche Publizieren als Teil der Forschung an.⁸¹

Dem ist zuzustimmen. Insbesondere in den Veröffentlichungen der Geisteswissenschaften werden Forschungsergebnisse nicht bloß mitgeteilt. Forschung findet hier gerade im Medium der sprachlichen Äußerung selbst statt. Während der Chemiker die Ergebnisse seiner im Labor durchgeführten Versuche nachträglich interpretiert und berichtet, ist die philologische Erörterung einer Textstelle gewissermaßen Laborexperiment und Ergebnisbeschreibung zugleich.⁸²

Als weiterer Aspekt ist beim Thema Publikationsfreiheit noch von Interesse, dass Wissenschaft auch und gerade als Kommunikationszusammenhang geschützt wird.⁸³ Wissenschaftliche Erkenntnis und wissenschaftlicher Fortschritt sind nicht das Werk eines einzelnen Wissenschaftlers.

⁸⁰ Vgl. *Pernice*, in: Dreier, GG², Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 28.

⁸¹ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG¹⁰, Art. 5, Rn. 77. *Mager*, in: HStR³ Bd. VIII, § 166, Rn. 10 hingegen sieht das wissenschaftliche Publizieren in dem Merkmal „Wissenschaft“ geschützt.

⁸² Vgl. zum „Laborcharakter“ von Bibliotheken *Fabian*, Buch, Bibliothek und geisteswissenschaftliche Forschung, S. 23-36.

⁸³ Zur kommunikativen Dimension von Wissenschaftsfreiheit vgl. *Denninger*, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 3 I, Rn. 18 [Stand: Grundwerk 2001]; *Sachs*, Verfassungsrecht II : Grundrechte, Abschn. B 5, Rn. 109; *Schmidt-Aßmann*, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, S. 698, 702; *Steinfort*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers, S. 28. Bemerkenswert *Pernice*, in: Dreier, GG², Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 28: „Bislang zu wenig beachtetes Kriterium des Wissenschaftsbegriffs ist ... die wechselseitige Kommunikation und insbesondere die Information über Ergebnisse der Forschung.“

Jeder, der Wissenschaft betreibt, baut auf den Voraussetzungen seiner Vorgänger auf und strebt danach, seinen Nachfolgern Neues und Relevantes zu denken zu geben. Der wohl wichtigste Weg, diesen für wissenschaftliches Arbeiten unerlässlichen Kommunikationszusammenhang herzustellen, ist die wissenschaftliche Publikation.⁸⁴

Damit kann es keinen Zweifel geben, wissenschaftliches Publizieren genießt den Schutz der Wissenschaftsfreiheit.⁸⁵ Und wenn man das wissenschaftliche Publizieren als Teil eines Freiheitsrechts begreift, dann kann man mit gutem Recht auch von Publikationsfreiheit als grundrechtlicher Verbürgung sprechen. So weit, so gut.

Mit der Einordnung der Publikationsfreiheit bei der Forschungsfreiheit als Bestandteil des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit ist für unsere Fragestellung nach der verfassungsrechtlichen Situation der Beförderung von Open Access aber nicht viel gewonnen. Es ist nämlich noch unklar, in welcher Hinsicht das wissenschaftliche Publizieren geschützt sein soll. Denkbar sind hierbei vor allem drei Aspekte, nämlich das **Was** der Publikation, also ihr Inhalt, das **Wo** der Publikation, also der Veröffentlichungsort sowie das **Ob** der Publikation, also die Entscheidung, ob ein Forschungsbeitrag publiziert werden soll oder nicht.

⁸⁴ Vgl. zur Rolle von Publikationen in der Wissenschaftskommunikation *Ascheron*, Die Kunst des wissenschaftlichen Präsentierens und Publizierens, S. 129-137; *Danneberg*, Darstellungsformen in Geistes- und Naturwissenschaften, S. 99-137.

⁸⁵ Vgl. *Pernice*, in: Dreier, GG², Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 28.

2.1 Inhalt der Publikation

Sicher vom grundrechtlichen Schutz erfasst ist der Inhalt der Publikation. Dieser Schutz gehört zum historischen Kernbestand der Wissenschaftsfreiheit.⁸⁶ Hier darf es schlechterdings keine staatlichen Vorgaben geben.⁸⁷ Wenn wissenschaftliches Arbeiten nicht ergebnisoffen ist, hört es auf, wissenschaftlich zu sein. Maßnahmen freilich zur Förderung von Open Access zielen in keinem Fall auf den Inhalt einer Publikation.

2.2 Pflicht zur Publikation

Ebenfalls kein Thema von Open Access ist die Frage nach einer möglichen Publikationspflicht. Selbst dort, wo eine frei zugängliche Publikation von Forschungsergebnissen verbindlich gefordert wird, herrscht Einigkeit, dass die Entscheidung des Wissenschaftlers, überhaupt nicht zu publizieren, stets geachtet werden muss.⁸⁸ Angemerkt freilich sei an dieser Stelle, dass die Rechtsordnung im Bereich der Wissenschaft durchaus Publikationspflichten kennt. So ist in § 25 Abs. 2, 2. Halb-

⁸⁶ Vgl. *Steinfort*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers, S. 5-19.

⁸⁷ Vgl. *Pernice*, in: Dreier, GG², Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 20. Nach *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, in: *WissR* 18 (1985), S. 116-141 geht es bei der Frage des Veröffentlichungsrechts um inhaltliche Vorgaben und Publikationsverbote.

⁸⁸ Das gilt sicher für die Frage der Publikationsreife eines Werkes, vgl. *Leuzge*, Die urheberrechtliche Stellung des Professors, insbesondere dargestellt am Beispiel wissenschaftlicher Sprachwerke, in: *WissR* 34 (2001), S. 161. Eine grundsätzliche Pflicht insbesondere von Hochschullehrern zum wissenschaftlichen Publizieren nehmen aber *Schmidt-Aßmann*, *Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht*, S. 76-82 und *Schulze-Fielitz*, *Forschung*, S. 191 f. an, ohne damit aber eine strikte Dienstpflicht zu verbinden.

satz HRG vorgesehen, dass Ergebnisse aus Drittmittelforschungsprojekten „in der Regel in absehbarer Zeit“ veröffentlicht werden sollen. Diese Soll-Regelung wird in der Literatur als grundsätzliche Pflicht verstanden.⁸⁹

Und es gibt insbesondere in der Industrieforschung auch eine negative Publikationspflicht, die rechtlich anerkannt ist.⁹⁰ So dürfen Forschungsergebnisse dann nicht publiziert werden, wenn eine Patentierung angestrebt wird. Die vorherige wissenschaftliche Veröffentlichung wäre neuheits-schädlich und vereitelte die Patenterteilung.⁹¹ In gleicher Weise dürfen auch Hochschullehrer zu von ihnen gemachten Erfindungen nur dann publizieren, wenn sie dies zuvor ihrem Dienstherrn angezeigt haben. § 42 Nr. 1 ArbNErfG sieht hierfür eine regelmäßige Frist von zwei Monaten vor.

Auch wenn die genannten Beispiele von positiven und negativen Publikationspflichten mit Open Access im Grunde nichts zu tun haben, zeigen sie gleichwohl, dass die Einschränkung gewisser Aspekte der Publikationsfreiheit von Wissenschaft-

⁸⁹ Vgl. *Dallinger*, in: *Dallinger/Bode/Dellian*, HRG, § 25, Rn. 10 f.: „Denn die Entscheidung des Veröffentlichungsgebots als Sollvorschrift bedeutet nicht, daß die Entscheidung über die Veröffentlichung in das Belieben des Forschers gestellt wäre.“; *Leuzge*, *Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst*, § 6, Rn. 4; *Meusel*, *Veröffentlichungspflicht und Geheimhaltung*, S. 90. A.A. *Rieble*, *Autorenfreiheit und Publikationszwang*, S. 47.

⁹⁰ Vgl. *Fehling*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 74 [Stand: 110 Lfg., März 2004]. Kritisch hierzu *Classen*, *Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule*, S. 89.

⁹¹ Vgl. *Haedicke*, *Patentrecht*, S. 83 f.

lern üblich und von der Rechtsordnung durchaus anerkannt sein kann.

2.3 Ort und Form der Publikation

Wie aber steht es um den Ort und die Form der Publikation? Hier kann Open Access in zweierlei Weise ein Problem sein.

2.3.1 Selbstbestimmung der Öffentlichkeit

Zunächst kann der Wissenschaftler die unbegrenzte Öffentlichkeit des Internet als ungeeignet für seine konkrete Publikation beurteilen. Man denke etwa an politikwissenschaftliche Forschungen über brisante Themen, die man zwar in Fachkreisen, nicht aber in der breiten Öffentlichkeit sachlich diskutieren kann,⁹² oder an spekulative theologische Ansichten, die im akademischen Diskurs angehen, einfache Gläubige aber verunsichern und damit für den Wissenschaftler empfindliche staatskirchenrechtliche Konsequenzen haben können.⁹³

Die Frage, um die es hier geht, ist die: Wieviel Öffentlichkeit soll ein wissenschaftlicher Text haben? Während diese Frage bei hochkomplexen mathematischen Aufsätzen nicht weiter von Belang ist, da sie ohnehin nur von einem kleinen Fachpublikum verstanden werden, stellt sich die Situation bei den Geistes- und Sozialwissenschaftlern voll-

⁹² Auf das Risiko zu breit publizierter wissenschaftlicher Erkenntnisse etwa für den Artenschutz oder den Schutz von gefährdeten Kulturdenkmälern weist *Fechner*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, Art. 5, Rn. 314 hin.

⁹³ Vgl. beispielhaft für die katholische Theologie *Steinbauer*, Die Lehrsicherheit katholischer Theologen an den staatlichen Hochschulen in Deutschland, S. 240-281.

kommen anders dar. Open Access kann hier eine Öffentlichkeit bedeuten, die der Autor eines Werkes so nicht haben möchte. Das wäre das erste Problem bei Open Access.

2.3.2 Freie Wahl des Publikationsorgans

Das zweite Problem liegt mehr in der rechtlichen und ökonomischen Natur der Open Access-Publikation begründet. Es kann nämlich sein, dass ein Werk, das unter den Bedingungen von Open Access veröffentlicht werden muss, bei etablierten Fachzeitschriften nicht mehr angenommen wird. Möglicherweise sieht der Verlag in einem verlegerischen Engagement keinen Sinn, wenn die Publikation kostenlos im Internet zur Verfügung steht, womöglich noch mit einer Lizenz zur schrankenlosen Weiterverbreitung versehen.⁹⁴ Ob das Verhalten des Verlegers ökonomisch sinnvoll ist, sei dahingestellt. Fest steht, dass durchaus wichtige Fachorgane eine Zweitpublikation im Internet ablehnen. Daraus folgt, dass ein wissenschaftlicher Autor, der verpflichtet ist, eine Publikation zumindest auch unter den Bedingungen von Open Access zu veröffentlichen, in der Wahl der ihm geeignet erscheinenden Publikationsorte eingeschränkt wird.

Halten wir an dieser Stelle fest: Open Access berührt die Frage nach der öffentlichen Reichweite einer Publikation und kann zudem Auswirkungen

⁹⁴ Vgl. kritisch aus Verlegersicht *Beck*, Verlagsfunktion und Open Access, S. 21-27; *von Lucius*, Welche urheberrechtlichen Konzepte sind dem Wissenschaftssystem wirklich dienlich?, S. 93-98.

auf die zur Auswahl stehenden Publikationsorgane haben.

3. Drei Wege der Förderung von Open Access

Gleichwohl gibt es in der Wissenschaftspolitik Bestrebungen, wissenschaftliches Publizieren unter den Bedingungen von Open Access besonders zu fördern. Zwei Motive sind hier ausschlaggebend: Zum einen der Abbau von Sichtbarkeitsbarrieren und Informationsmonopolen, wie sie insbesondere bei rein elektronisch unter exklusiver Lizenz verfügbaren Fachzeitschriften auftreten können,⁹⁵ zum anderen die Erwägung, dass mit Steuermitteln ermöglichte Forschung in ihren wahrnehmbaren Ergebnissen auch der Allgemeinheit und damit den Steuerzahlern kostenfrei zur Verfügung stehen soll⁹⁶.

Während aus Sicht der publizierenden Wissenschaftler die zuletzt genannte ökonomische Erwägung meist ohne Bedeutung bei der Entscheidung für oder gegen Open Access ist, spielt die Frage der ungehinderten Sichtbarkeit durchaus eine Rol-

⁹⁵ Bezeichnend für das Problem ist § 95b Abs. 3 UrhG. Danach können technische Schutzmaßnahmen bei rein elektronisch in Netzen verbreiteten Werken die Anwendbarkeit von urheberrechtlichen Schranken vollkommen ausschließen. Im Ergebnis bedeutet dies eine vollständige Kontrolle des Rechteinhabers über die Werknutzung. Für wissenschaftliche Publikationen ist das nicht hinnehmbar, kritisch auch *Hilty*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, in: GRUR Int. 2006, S. 180; *Sieber* Memorandum zur Berücksichtigung der Interessen des Bildungsbereichs bei der Reform des Urheberrechts, S. 80. Man darf die Verfassungsmäßigkeit dieser Norm mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 GG mit Recht bezweifeln.

⁹⁶ Vgl. dazu *Peifer*, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht, in: GRUR 2009, S. 26 f.

le. Entscheidet die Sichtbarkeit seiner Forschungsergebnisse doch maßgeblich über die Reputation eines Wissenschaftlers. Gerade bei Hochschullehrern, die ihren Lebensunterhalt ja nicht mit ihren Publikationen bestreiten müssen, ist der Reputationsgewinn sicher die wichtigste, wenn nicht sogar die einzige Motivation, sich dem mühseligen Veröffentlichungsgeschäft zu widmen.⁹⁷

Trotz der prinzipiell unbegrenzten Sichtbarkeit von Veröffentlichungen im Internet bedeutet diese Form des Publizierens aber nicht notwendig auch den größten Reputationsgewinn.⁹⁸ Für die öffentliche Hand hingegen ist Open Access alternativlos, wenn das Ziel einer freien Sichtbarkeit steuerfinanzierter Forschung erreicht werden soll.

Daher gibt es von interessierter Seite verschiedene Überlegungen, die Verbreitung von Open Access zu fördern. Gegenwärtig werden hier im Wesentlichen drei Modelle ernsthaft in Erwägung gezogen.

3.1 Das Zweitveröffentlichungsrecht

Im Rahmen der Beratungen zum Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft hatte der Bundesrat eine Ergänzung von § 38 UrhG vorgeschlagen.⁹⁹ Danach sollte einem überwiegend aus Steuermitteln finan-

⁹⁷ Vgl. *Hilty*, Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht, in: GRUR 2009, S. 638; *Peter*, Verlagsverträge über wissenschaftliche Werke, S. 340.

⁹⁸ Vgl. *Hilty/Bajon*, Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (Zweiter Korb) – ein Beitrag aus Wissenschaftssicht, in: ZfBB 55 (2008), S. 261 f.

⁹⁹ Vgl. BR-Drs. 257/06.

zierten wissenschaftlichen Urheber das vertraglich nicht abdingbare Recht auf Zweitpublikation sechs Monate nach dem ersten Erscheinen seines Werkes zustehen. Dieses Zweitveröffentlichungsrecht reagiert auf die Situation, dass zentrale Fachzeitschriften aufgrund ihrer Monopolstellung in einer bestimmten Disziplin ihren Autoren gegenüber auf exklusive, eine weitere Publikation im Internet ausschließende Rechte bestehen können.¹⁰⁰ Das hindert wissenschaftliche Autoren daran, die Sichtbarkeitschancen des Internet zu nutzen.

Kritisch ist hier anzumerken, dass das Recht auf Zweitpublikation nur für öffentlich alimentierte Forscher gelten soll. Argumentiert man aus Sicht der Wissenschaft, so kann die Frage der Finanzierung keine Rolle spielen.¹⁰¹ Nicht ganz zu Unrecht wurde daher angemerkt, das Zweitveröffentlichungsrecht diene eigentlich nur dem einen Ziel, die steuerfinanzierte Forschung kostenfrei sichtbar zu machen.¹⁰²

Es wurde sogar befürchtet, Hochschulen und Dienstherren könnten mehr oder weniger offen Druck auf die jeweiligen Wissenschaftler ausüben, das Zweitveröffentlichungsrecht auch tatsächlich

¹⁰⁰ Vgl. zum Vorschlag des Bundesrates umfassend *Heckmann/Weber*, Open Access in der Informationsgesellschaft - § 38 UrhG de lege ferenda, in: GRUR Int. 2006, S. 995-1000.

¹⁰¹ Vgl. *Steinhauer*, Kritische Anmerkungen zum Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 1 Satz 3 und 4 UrhG in der Fassung des Bundesratsentwurfes vom 9. Mai 2006, in: Bibliotheksdienst 40 (2006), S. 736 f.

¹⁰² Vgl. *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 134-139.

zu nutzen.¹⁰³ Dieser nicht ganz von der Hand zu weisende Gedanke hat in der Literatur sogar zu der Annahme geführt, das urhebervertraglich ausgestaltete Zweitveröffentlichungsrecht sei im Grunde eine urheberrechtliche Schranke, da es letztlich der Allgemeinheit diene.¹⁰⁴ Auch wenn diese Ansicht vom dogmatischen Standpunkt aus gesehen falsch ist,¹⁰⁵ verdeutlicht sie doch gewisse Ambivalenzen des Zweitveröffentlichungsrechts.

3.2 Die wissenschaftliche Publikation als Dienstwerk

Während das vom Bundesrat vorgeschlagene Zweitveröffentlichungsrecht die Entscheidung für oder gegen Open Access grundsätzlich dem Wissenschaftler zuweist, versucht ein mehr dem Dienstrecht verpflichteter Ansatz, diese Entscheidung dem Wissenschaftler zu entziehen und auf dessen Dienstherrn bzw. die Hochschule zu übertragen. Angesetzt wird hier zunächst beim überkommenen Verständnis, wissenschaftliche Publikationen von Hochschullehrern dienstrechtlich als so genannte freie Werke zu behandeln.¹⁰⁶ Tragender Grund für diese Einordnung ist die Tatsache, dass das wissenschaftliche Publizieren gegenwärtig

¹⁰³ Ein Zwangsszenario beschreiben *Jochum*, „Open Access“, S. 13 f. und *Reuß*, Autorverantwortung und Text, S. 13 f.

¹⁰⁴ So *Hirschfelder*, Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbieterspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen? - §§ 38 und 43 UrhG de lege ferenda im Lichte der RL 2001/29/EG, in: MMR 2009, S. 445.

¹⁰⁵ Vgl. *Hansen*: Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder: Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, in: GRUR Int. 2009, 799-803; *Peifer*, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht, in: GRUR 2009, S. 27.

¹⁰⁶ Vgl. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG³, § 43, Rn. 12.

nicht zu den Dienstpflichten von Hochschullehrern gehört.¹⁰⁷ Das wird sofort einsichtig, wenn man bedenkt, dass ein nicht publizierender Wissenschaftler dienstrechtlich nicht belangt werden kann.¹⁰⁸

Künftig sollen aber im Rahmen von Forschung und Lehre an der Hochschule erstellte Werke als Dienstwerke gelten.¹⁰⁹ Wenigstens sollte eine Pflicht bestehen, der Hochschule bzw. dem Dienstherrn Nutzungsrechte an diesen Publikationen anzubieten.¹¹⁰

Die Übertragung von Nutzungsrechten im Rahmen von Dienstverhältnissen ist nach § 43 UrhG grundsätzlich möglich. Was freilich fehlt, ist eine hochschulrechtliche Regelung, die wissenschaftliche Publikationen in den Kreis der § 43 UrhG unterfallenen Dienstwerke einbezieht.¹¹¹ Denkbar wären hier entsprechende Ergänzungen in den Hochschulgesetzen der Länder.

Auf den ersten Blick erscheint der Vorschlag, wissenschaftliche Publikationen als Dienstwerke zu werten oder den publizierenden Wissenschaftlern wenigstens die Pflicht aufzuerlegen, ihrer Hoch-

¹⁰⁷ Vgl. *Meusel*, Veröffentlichungspflicht und Geheimhaltung, S. 91 (mit Hinweisen zu abweichenden Ansichten); *Wandtke*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG³, § 43, Rn. 26.

¹⁰⁸ Vgl. *Rebbinder*, Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen, S. 365.

¹⁰⁹ Vgl. *Graf*, Urheberrechtsfibel, S. 91.

¹¹⁰ Vgl. *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, in: ZUM 2004, S. 440-442.

¹¹¹ Vgl. *Rebbinder*, Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen, S. 360.

schule Nutzungsrechte an den von ihnen geschaffenen Werken einzuräumen, ein Tabubruch zu sein.¹¹² Das hat es im deutschen Wissenschaftsrecht noch nicht gegeben, möchte man meinen.

Tatsächlich hat der Tabubruch aber schon im Jahre 2002 stattgefunden. In einer Novelle des Arbeitnehmererfindungsgesetzes wurde das so genannte Hochschullehrerprivileg abgeschafft.¹¹³ Konnten Hochschullehrer bisher im Rahmen ihrer Forschung gemachte Erfindungen frei und selbständig verwerten, steht nunmehr nach Maßgabe von § 42 ArbNErfG der Hochschule das Verwertungsrecht zu.¹¹⁴ Aus freien Erfindungen sind gewissermaßen Diensterfindungen geworden. Als Zugeständnis an die Wissenschaftsfreiheit blieb hier allerdings das Recht des Wissenschaftlers unangetastet, seine Erfindung nicht zu verwerten. Außerdem hat der Wissenschaftler das Recht, nach vorheriger rechtzeitiger Anzeige über eine gemachte Erfindung zu publizieren. Nutzungsrechte an einer solchen Publikation sind übrigens nicht Gegenstand des Arbeitnehmererfindungsgesetzes.

Der Ansatz, auch die wissenschaftlichen Publikationen nach dem Vorbild der Erfindungen als

¹¹² Vgl. die scharfe Kritik bei *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst³, S. 130-141.

¹¹³ Vgl. *Misera*, Drittmittelforschung, S. 144-151; *Rehbinder*, Urheberrecht¹⁶, Rn. 633.

¹¹⁴ Vgl. *Kublen*, Erfolgreiches Scheitern, S. 525-531; *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, in: ZUM 2004, S. 441.

Dienstwerke einzustufen, ist reizvoll.¹¹⁵ Tatsächlich könnte hier die Hochschule in weitem Umfang über Nutzungsrechte verfügen. Aber könnte sie damit auch, wie erhofft, Open-Access-Publikationen fördern? Hier sind Zweifel angebracht.

§ 43 UrhG ermöglicht einen Übergang von Nutzungsrechten nur in dem Maße, wie es das konkrete Dienstverhältnis erfordert. Dies ist Ausfluss der in § 31 Abs. 5 UrhG normierten Zweckübertragungslehre.¹¹⁶ Und hier wäre schon zu fragen, ob es beispielsweise zu einem Dienstverhältnis an der Fachhochschule Südwestfalen gehört, die ganze Welt kostenfrei mit wissenschaftlichen Publikationen zu versorgen.

Gut begründen lässt sich die Pflicht, eigene Publikationen im Intranet der Hochschule für alle Hochschulangehörigen bereitzustellen. Der Zusammenhang mit dem konkreten Dienstverhältnis liegt auf der Hand. Will man aber jedermann freien und ungehinderten Zugang zu den wissenschaftlichen Publikationen einer Hochschule gewähren, wären wohl weitergehende Regelungen erforderlich als die bloße Qualifizierung der wissenschaftlichen Veröffentlichungen als Dienstwerke. Hier wäre auch zu prüfen, ob dies im Hochschulrecht als Landesgesetz erfolgen kann

¹¹⁵ In diese Richtung denken *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, in: ZUM 2004, S. 440-442.

¹¹⁶ Vgl. *Kotthoff*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhG², § 43, Rn. 14.

oder ob dafür nicht auch eine Regelung im Urheberrechtsgesetz selbst erforderlich ist.¹¹⁷

3.3 Open Access als Förderaufgabe

Neben Rechtspflicht und Zweitveröffentlichungsrecht wird gewissermaßen als dritter Weg zur Etablierung von Open Access ein Anreizsystem diskutiert. Dabei soll die Bereitstellung besonderer Fördergelder mit der Bereitschaft verknüpft werden, erzielte Forschungsergebnisse frei zugänglich im Internet zu publizieren.¹¹⁸ Die Idee, speziell geförderte Forschung mit publikationsbezogenen Auflagen zu versehen, ist nicht neu. Die in § 25 HRG normierte grundsätzliche Veröffentlichungspflicht für Forschungsergebnisse aus Drittmittelprojekten wurde bereits erwähnt.

Gegenwärtig forciert insbesondere die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) den Ansatz, Förderung mit der Forderung nach Open Access zu verbinden, freilich nur in Form einer deutlich formulierten Erwartung.¹¹⁹ Ähnliche Ansätze gibt es

¹¹⁷ Eine Kompetenz zur bundesgesetzlichen Regelung könnte sich neben Art. 73 Nr. 9 GG (Urheberrecht) auch auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG (Forschungsförderung) stützen, vgl. *Schmidt-Aßmann*, *Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht*, S. 87.

¹¹⁸ Vgl. *Spindler*, *Urheberrecht in der Wissensgesellschaft – Überlegungen zum Grünbuch der EU-Kommission*, S. 296 f.

¹¹⁹ So heißt es unter Punkt 13 der aktuellen Verwendungsrichtlinien der DFG (DFG-Vordruck 2.01 – 6/10): „Die DFG erwartet, dass die mit ihren Mitteln finanzierten Forschungsergebnisse publiziert und dabei möglichst auch digital veröffentlicht und für den entgeltfreien Zugriff im Internet (Open Access) verfügbar gemacht werden. Die entsprechenden Beiträge sollten dazu entweder zusätzlich zur Verlagspublikation in disziplinspezifische oder institutionelle elektronische Archive (Repositorien) eingestellt oder direkt in referierten bzw. renommierten Open Access Zeitschriften publiziert werden.“ Der Fall, dass

auf europäischer Ebene im Rahmen des Siebten EU-Forschungsrahmenprogramms.¹²⁰

Kritiker geben zu bedenken, dass wissenschaftliches Arbeiten stark von Förderprogrammen abhängig ist und Auflagen, die dort gemacht werden, eine faktische Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit bedeuten.¹²¹ Dem freilich ist entgegen zu halten, dass weder die DFG noch das Siebte Forschungsrahmenprogramm der EU Open Access als strikte Bedingung formulieren; sie beschränken sich auf eine deutlich formulierte Erwartung.¹²²

4. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Die drei vorgestellten Wege, Open Access zu fördern, betreffen mehr oder weniger stark die grundrechtlich geschützte Publikationsfreiheit von Wissenschaftlern. Im Einzelnen soll nun untersucht werden, ob tatsächlich ein Eingriff oder gar eine Verletzung dieser Freiheit vorliegt.

Forschungsergebnisse ausdrücklich gedruckt erscheinen, ist in den Verwendungsrichtlinien noch vorgesehen. Die DFG erbitet dann nämlich die Übersendung eines Belegexemplars.

¹²⁰ Vgl. die Sonderklausel 39 (FP7 Grant Agreement – List of Special Clauses Version 4, 22. April 2009), die über Art. 7 der Finanzhilfvereinbarung dem Zuwendungsnehmer aufgibt „größtmögliche Anstrengungen zu unternehmen, um zu gewährleisten, dass die elektronische Kopie über das Repositorium unentgeltlich auf elektronischem Wege für jeden zugänglich ist.“

¹²¹ Kritisch zur Förderpolitik der DFG etwa *Renß*, Eine heimliche technokratische Machtergreifung, in: FAZ vom 11. Februar 2009.

¹²² Ihren grundsätzlichen Standpunkt, dass mit öffentlichen Mitteln geförderte Forschung offen zugänglich sein muss, hat die Europäische Kommission in ihrer jüngsten Mitteilung zu den Ergebnissen der Grünbuchkonsultation vom 19. Oktober 2009 übrigens noch einmal bekräftigt, vgl. KOM(2009) 532, Punkt 3.3

4.1 Zweitveröffentlichungsrecht

Bei dem vom Bundesrat vorgeschlagenen Zweitveröffentlichungsrecht gibt es kein Problem, da der Wissenschaftler ja ein Entscheidungsrecht hat. Wo jemand frei entscheiden kann, ist für einen Grundrechtseingriff kein Platz.

Der Hinweis, dass nun die exklusive Einräumung aller Rechte an einen Verleger nicht mehr möglich sei und eben darin eine Verletzung der Publikationsfreiheit liege, hat zynische Qualitäten.¹²³ Dieser Grundrechtseingriff durch Rechtseinräumung – sofern er unter dem Gesichtspunkt der *Wissenschaftsfreiheit* überhaupt anzunehmen ist –, ließe sich aber durch das Ziel, einem funktionierenden Wissenschaftssystem abträgliche Informationsmonopole zu verhindern, durchaus rechtfertigen.

Wenn demgegenüber geltend gemacht wird, die Vorschrift ziele letztlich darauf, den Wissenschaftlern Druck zu machen, ihre Werke frei zugänglich im Internet zu publizieren,¹²⁴ so spricht dies nicht gegen das Zweitveröffentlichungsrecht als solches. Vielmehr wäre der wie auch immer geartete Druck auf seine verfassungsrechtliche Zulässigkeit hin zu untersuchen. Das Zweitveröffentlichungsrecht selbst ist, sollte es Gesetz werden, sogar eine Stärkung der Publikationsfreiheit, denn der einzelne Wissenschaftler könnte ohne Rücksicht auf

¹²³ So aber *Renß*, Wem nützt das Zweitveröffentlichungsrecht?, in: FAZ vom 21. Juli 2010; *Rieble*, Autorenfreiheit und Publikationszwang, S. 49.

¹²⁴ Vgl. *Hagner*, Open Access als Traum der Verwaltungen, in: FAZ vom 6. Mai 2009; *Jochum*, „Open Access“, S. 11-14. Von einer gewissen Erwartung geht auch *Rebbinder*, Urheberrecht¹⁶, Rn. 633 aus.

von ihm meist nicht zu beeinflussende Vertragsgestaltungen bei führenden Fachzeitschriften frei das Ausmaß der von ihm gewünschten Öffentlichkeit für seine Publikationen bestimmen.

4.2 Dienstwerke

Im Gegensatz zum wirklich harmlosen Zweitveröffentlichungsrecht sind Überlegungen, wissenschaftliche Publikationen als Dienstwerke zu qualifizieren oder die Einräumung von Nutzungsrechten zu fordern, verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Da der Wissenschaftler in diesem Fall nicht nur das ihm angemessen erscheinende Maß an öffentlicher Sichtbarkeit, sondern auch den Ort für seine Publikation nicht mehr frei wählen kann und ihm dadurch möglicherweise eine Veröffentlichung in einem Fachorgan mit hoher Reputation in seiner Wissenschaftsdisziplin verwehrt ist, liegt ein Eingriff in das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit vor.¹²⁵

Soweit ein solcher Eingriff auf einer gesetzlichen Entscheidung beruht, die es derzeit übrigens nicht gibt, kann er nur mit Blick auf andere Verfassungsgüter gerechtfertigt werden.¹²⁶ Hier kommt ebenfalls das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit in Betracht, aber diesmal nicht als Publikationsfreiheit, sondern als Recherechefreiheit.¹²⁷ Der

¹²⁵ Vgl. zu diesem Problem *Kublen*, Erfolgreiches Scheitern, S. 525.

¹²⁶ Vgl. BVerfGE 47, S. 369; 83, S. 142; 122, S. 107; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG⁵, Art. 5 Rn. 415.

¹²⁷ Vgl. *Mager*, in: HStR³ Bd. VIII, § 166, Rn. 31. Die Literaturrecherche in Bibliotheken und das Sichten von Publikationen sind unstreitig im Grundrecht der Forschungsfreiheit gewährleistet, vgl. *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG⁵,

Freiheit des Einzelnen, zu publizieren, wo er will, steht die Freiheit der Vielen gegenüber, die für ihre wissenschaftliche Arbeit einen einfachen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen benötigen. Derzeit freilich kann niemand im Ernst behaupten, nur eine Internetpublikation erfülle diese Anforderungen. Auch in gedruckter Form erschienene Fachaufsätze lassen sich, sofern sie nachgewiesen sind, über Bibliotheken leicht und unkompliziert beziehen.

Allein die Bequemlichkeit der Online-Publikation vermag in wertender Betrachtung die Freiheit des publizierenden Wissenschaftlers, sich im Kommunikationssystem seines Faches selbstbestimmt zu verorten, nicht zu schmälern. Im Übrigen wird niemand von sich aus mutwillig an einem Ort publizieren, wo er von seinen Kollegen nicht wahrgenommen wird.

Gleichwohl ist der Ansatz, der Hochschule kraft des Dienstverhältnisses Nutzungsrechte an den Publikationen seiner Wissenschaftler einzuräumen, nicht vollends sinnlos. Ich halte es für erwägenswert und auch gut begründbar, der Hochschule kraft des Dienstverhältnisses das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung im Intranet zu geben. Es kann nicht angehen, dass die Publikationen der eigenen Wissenschaftler für Hochschulangehörige nur in den restriktiven Grenzen der §§ 52a und 52b UrhG sichtbar sind und die

Art. 5 Rn. 361. Das übersieht *Rieble*, Autorenfreiheit und Publikationszwang, S. 50. Ein von seinen Quellen isolierter Autor aber ist eine pure Fiktion. Als Wissenschaftler und Grundrechtsträger wäre er eine bloße Karikatur.

Hochschule dafür auch noch eine Vergütung zahlen muss.¹²⁸

4.3 Förderaufgabe

Das Zweitveröffentlichungsrecht stellt keinen Eingriff in die Publikationsfreiheit der Wissenschaftler dar, eine gesetzliche Pflicht zur Open-Access-Publikation hingegen verletzt sie. Wie aber steht es um die Verknüpfung von Open Access mit der Gewährung von Fördermitteln? Um hier zu einer Antwort zu gelangen, muss man sich zunächst vergegenwärtigen, dass das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit in erster Linie ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe ist.¹²⁹ Ansprüche, bestimmte Forschungsvorhaben zu bestimmten Bedingungen durchzuführen, lassen sich daraus grundsätzlich nicht ableiten.¹³⁰ Wenn ich also schon keinen Anspruch auf Förderung meines Forschungsvorhabens habe, dann kann eine Pflicht, Forschungsergebnisse im Wege von Open Access zu publizieren eigentlich kein Problem sein. Es ist ja auch ebenso wenig ein Problem, wenn Wissenschaftler im Zusammenhang mit auskömmlich finanzierter Industrieforschung Publikationseinschränkungen akzeptieren.

Der Grundsatz freilich, dass der die Musik bestimmt, der sie zahlt, könnte dann problematisch sein, wenn ein Förderer wie die Deutsche Forschungsgemeinschaft derart wichtig ist, dass er zu

¹²⁸ In diesem Sinne bereits *Rebbinder*, Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen, S. 363.

¹²⁹ Vgl. *Pernice*, in: Dreier, GG², Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 36.

¹³⁰ Vgl. *Febeling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 40 [Stand: 110 Lfg., März 2004]; *Pernice*, in: Dreier, GG², Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 60.

einem integralen Bestandteil des Wissenschaftssystems, gewissermaßen zu seiner Grundausstattung wird.¹³¹

Grundausstattung freilich ist hier ein gutes Stichwort. Der beamtete Hochschullehrer ist Beamter um des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit willen. Der Beamtenstatus soll ihm die ungehinderte Ausübung dieser Rechte garantieren.¹³² Wissenschaft, Forschung und Lehre bilden den wesentlichen Inhalt seines Dienstverhältnisses. Der Hochschullehrer ist dem Amte entsprechend zu besolden und auszustatten. Ein Blick auf das, was nach geltender Rechtslage als amtsangemessene Besoldung eines Hochschullehrers gilt, ist für die hier infrage stehende Verknüpfung von Förderung mit möglichen Publikationsauflagen erhellend und für die Kritiker dieser Förderung ernüchternd.

Das gegenwärtige System der W-Besoldung sieht nämlich neben einem jedem Wissenschaftler zustehenden Grundbetrag, der nach Ansicht des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs einer amtsangemessenen Besoldung noch entspricht,¹³³ Leistungsbezüge vor. Diese Leistungsbezüge werden dabei u.a. auch für wissenschaftliche Publikationen gewährt. Die näheren Kriterien legt die Hochschule fest.¹³⁴

¹³¹ Vgl. zu dieser Problematik *Salaw-Hansmaier*, Die Rechtsnatur der Deutschen Forschungsgemeinschaft, Hamburg 2003, S. 252-255.

¹³² Vgl. *Grazesjick*, Hochschullehrer, S. 310.

¹³³ Vgl. BayVerfGH NVwZ 2009, S. 46.

¹³⁴ Vgl. nur § 7 NHLeistBVO.

Um in den Genuss der Leistungszulage für Publikationen zu kommen, muss beispielsweise ein Göttinger Mediziner in angesehenen Fachjournalen publizieren.¹³⁵ Demnach brächte ihm ein Beitrag in der allseits bekannten *Apotheken Umschau* trotz der beeindruckenden Auflage und der verdienstvollen Popularisierung von Wissenschaft für die Leistungsbezüge keine Vorteile. Eine Verletzung der Wissenschaftsfreiheit? Aus Sicht des Besoldungsrechts nein. Wer nur populärwissenschaftlich publiziert, ist mit dem Grundgehalt ausreichend alimentiert.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass an die Vergabe besonderer Mittel auch besondere Bedingungen geknüpft werden können.¹³⁶ Eine Verletzung der Wissenschaftsfreiheit ist darin nicht zu sehen, solange ein Wissenschaftler im „Normalbetrieb“ vollkommen freie Publikationsentscheidungen treffen kann.

¹³⁵ Richtlinie für den Bereich Humanmedizin über das Verfahren und die Vergabe von Leistungsbezügen gemäß § 7 der Niedersächsischen Hochschul-Leistungsbezügeverordnung, in: Amtliche Mitteilungen der Georg-August-Universität Göttingen vom 23. September 2004, Nr. 9, S. 739.

¹³⁶ Auch *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, in: *WissR* 18 (1985), S. 133 hält Eingriffe in das Veröffentlichungsrecht im Wege der Forschungsförderung für zulässig, ebenso *Thieme*, *Deutsches Hochschulrecht*³, Rn. 474.

5. Die Schutzrichtung der Wissenschaftsfreiheit

Die Vergabe von Fördermitteln durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft oder die Einordnung einer Publikation als relevant für die Gewährung von Leistungsbezügen geschehen nicht willkürlich. Bei den Leistungsbezügen entscheiden Hochschulgremien, die mit Wissenschaftlern besetzt sind. Die Hochschule definiert hier im Rahmen der ihr verfassungsrechtlich garantierten Autonomie ihre eigenen Qualitätsmaßstäbe. Auch die Deutsche Forschungsgemeinschaft ist nach dem Prinzip der Selbstverwaltung der Wissenschaft organisiert. Ihre Standards und Empfehlungen und auch ihre Förderentscheidungen werden nicht von wissenschaftsfernen Bürokraten, sondern von Vertretern aus der Wissenschaft, mithin in Form einer Wissenschaftsselbstverwaltung getroffen.¹³⁷

Dieser Punkt ist für die Frage, inwieweit das Publizieren in der Form von Open Access verfassungsrechtlich relevant ist, von entscheidender Bedeutung. Als Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates garantiert die Wissenschaftsfreiheit einen Schutzraum gegen verbindliche Publikationsvorgaben von Staats wegen. Wenn aber innerhalb einer bestimmten Fachdisziplin, ja innerhalb der wissenschaftlichen Welt überhaupt die Ansicht um sich greift, das freie und ungehinderte Publizieren im Internet sei vorteilhaft, gereiche der Wissenschaft zu besonderem Nutzen und sei deshalb

¹³⁷ Vgl. *Lübbers*, Die Deutsche Forschungsgemeinschaft : Strukturen, Verfahren, Reformbedarf ; Info-Brief, Berlin 2006 (Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages : Info-Brief WD 8 – 179/06), S. 3.

auch besonders zu fördern, was bedeutet hier das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit eines einzelnen Wissenschaftlers? Kann er seine Publikationsfreiheit gegen derartige Entwicklungen rechtswirksam behaupten? Anders gefragt: Schützt die Wissenschaftsfreiheit gegen neue Trends in der wissenschaftlichen Community? Und wie würde ein solcher Schutz aussehen? Letztlich liefe er auf eine Richterschaft des Staates über das, was wissenschaftsgemäß ist oder nicht, hinaus. Eine solche Richterschaft steht allerdings in krassem Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung.¹³⁸

Der Staat darf gleichwohl, ja er muss sogar angemessene Rahmenbedingungen der Freiheitsausübung setzen.¹³⁹ In diesem Sinne ist das Recht auf Zweitveröffentlichung zu verstehen, sofern der Wissenschaftler in seiner Publikationsentschei-

¹³⁸ Vgl. *Pernice*, in: Dreier, GG², Art. 5 III (Wissenschaft), Rn. 38.

¹³⁹ Vgl. *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 50 [Stand: 110 Lfg., März 2004]. Bemerkenswert die Überlegungen von *Schmidt-Aßmann*, Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, S. 83: Es kann „notwendig sein, den einzelnen Forscher in seiner Veröffentlichungsfreiheit einzuschränken, um den Publizitätsinteressen einer freien Wissenschaft zu genügen“; zudem kann es „geboten sein, der Wissenschaft den freien Zugang zu Informationsquellen z.B. durch eine Einschränkung zu weitreichender gewerblicher Schutzrechte Dritter zu sichern.“ Dem Staat kommt insoweit die Pflicht zu, wissenschaftsgerechte Rahmenbedingungen zu schaffen. Für das Urheberrecht in diesem Sinne *Schulze-Fielitz*, Forschung, S. 192. Vgl. auch *Trute*, Art. „Wissenschaftsfreiheit“, in: EvStL, Sp. 2762: „Darüber hinaus wird man ... einen Verfassungsauftrag entnehmen können, forschungsfreundliche Rahmenbedingungen im einfachen Recht zu schaffen, wie überhaupt die Funktionsfähigkeit des Wissenschaftssystems auch rechtlich sicherzustellen. Dazu rechnet neuerdings die Frage, ... ob Publikationspflichten etabliert werden können...“

dung frei bleibt. Der Staat darf auch durch Förderung durchaus Wissenschaftspolitik treiben, sofern er die Wissenschaft in ihrer Eigengesetzlichkeit nicht in Frage stellt.¹⁴⁰ So gesehen, ist auch die Verknüpfung von Open Access und Forschungsförderung nicht zu beanstanden, vor allem dann nicht, wenn sie so weich und im Grunde bloß politisch formuliert ist, wie in den geltenden Förder Richtlinien der DFG.

Dass aber Gremien der wissenschaftlichen Selbstverwaltung Einfluss auf das Wie des wissenschaftlichen Arbeitens und Publizierens nehmen, dass es Wissenschaftler hinnehmen müssen, wenn sie in gewissen Kontexten Vorgaben bei ihren Publikationen zu beachten haben, ist nicht inakzeptabel, wie es der Heidelberger Appell formuliert, ist keine Verletzung unveräußerlicher Persönlichkeitsrechte, sondern schlicht und einfach systembedingt.¹⁴¹

Man denke nur an die so genannte Publikationspflicht bei der Promotion. Eigentlich ist es keine Publikationspflicht. Denn niemand wird gezwungen, sein Werk zu veröffentlichen. Das Recht des Doktoranden aus § 12 UrhG, über das Ob der

¹⁴⁰ Vgl. zur Bedeutung der Eigengesetzlichkeit für die Wissenschaft *Huber*, Staat und Wissenschaft, S. 60.

¹⁴¹ Instruktiv zum Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlicher Individualfreiheit und Wissenschaftsorganisation *Gärdtz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, S. 458 f.; deutlich *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, S. 302: Die Teilhabe an der gemeinschaftlichen Grundrechtsausübung, nicht die individuelle Einzelentscheidung entsprechen der kommunikativen Binnenstruktur der Wissenschaft.

Veröffentlichung zu bestimmen, bleibt unangetastet. Weigert er sich, seine Arbeit zu publizieren, kann er nicht auf Veröffentlichung verklagt werden. Es gibt kein Recht der Fakultät oder der Hochschule, das ihn zu einer Veröffentlichung zwingen könnte.¹⁴² Aber: Wenn der Doktorand seine Arbeit nicht zu den in der Promotionsordnung vorgegebenen Bedingungen publiziert, bekommt er auch keinen Titel. Das ist dann so, wie jemand, der kein Buch geschrieben hat, auch nicht einem Schriftstellerverband beitreten kann. Eine bestimmte Form der Publikation bestimmt die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft der Schriftsteller ebenso wie zur Gemeinschaft der Wissenschaftler. Welche Form das ist, bestimmt diese Gemeinschaft selbst.¹⁴³ Das ist Ausdruck ihrer Eigengesetzlichkeit. Und die ist von Verfassungen wegen geschützt.¹⁴⁴

So wenig, wie der Gesetzgeber einen Wissenschaftler zu Open Access zwingen darf, so wenig darf er Open Access verbieten. Er hat sich hier schlicht herauszuhalten. Denn die Frage, wie in einer in vernetzten Kontexten agierenden Wissenschaft angemessen kommuniziert und publiziert wird, kann nur die Wissenschaft selbst entschei-

¹⁴² *Kobusch*, Pflichtexemplare einer Dissertation im Lichte des Urhebergesetzes, in: *WissR* 34 (2001), S. 265; *Rebbinder*, Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen, S. 372.

¹⁴³ Diesen Öffentlichkeitsbezug der Promotion verkennt *Walter*, Dissertations-Druckzwang und Grundgesetz, in: *DVBl.* 1972, S. 309, dazu *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht³, Rn. 432.

¹⁴⁴ Vgl. *Mager*, in: *HStR*³ Bd. VIII, § 166, Rn. 7

den. Hier darf sie auch heftig streiten.¹⁴⁵ Der Heidelberger Appell und die durch ihn entfachte Diskussion gehören zu diesem Streit. Man darf aber bitte nicht meinen, der Staat könne den Streit entscheiden. Freunde des Heidelberger Appells, die den Gesetzgeber gegen das Umsichgreifen von Open Access anrufen wollen, sind hier keinen Deut besser als die Härtesten ihrer Gegner, die Befürworter nämlich von Open Access als strikter Rechtspflicht.

6. Wandel und Verfassung

Abschließend sei ein kleiner Seitenschwenker gestattet. Grundrechte, vor allem solche, die das Selbstverständnis von Grundrechtsträgern schützen, sind nicht statisch. Sie müssen um ihrer Freiheitsfunktion willen immer auch offen sein für neue Wertungen. Kaum ein Beispiel in der Rechtsgeschichte der Nachkriegszeit – und ein Schelm, wer dabei an Open Access denkt – zeigt das so eindrucksvoll wie die Prostitution. War es der im Grundgesetz prominent verankerten Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG geschuldet, dass Rechtsgeschäfte, die den Austausch von körperlichen Intimitäten zum Gegenstand haben, als sittenwidrig angesehen wurden, so ist es die gleiche Menschenwürde, die fordert, Prostituierte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit, die zu unterbinden noch kein Gemeinwesen der Welt erfolgreich geschafft hat, nicht rechtlos zu stellen.¹⁴⁶ Mit dem

¹⁴⁵ Zur Bedeutung des Streitens in der Wissenschaft vgl. *Huber*, Staat und Wissenschaft, S. 62.

¹⁴⁶ Vgl. *Kühne*, Prostitution als bürgerlicher Beruf?, in: ZRP 1975, S. 185, 187 f.; *Schatzschneider*, Rechtsordnung und Prostitution, NJW 1985, S. 2797.

Prostitutionsgesetz von 2001 hat der Bundestag aus den Berufsverbrecherinnen,¹⁴⁷ wie das Bundesverwaltungsgericht die Prostituierten in einer Entscheidung aus dem Jahre 1965 einmal genannt hat,¹⁴⁸ sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmerinnen gemacht. Ein Schulbeispiel für Wertewandel.

7. Schluss

Was im Nachtleben recht ist, mag in der Wissenschaft billig sein. Es ist nicht die Verfassung, die vorgibt, wie man richtig publiziert. Es sind die Grundrechtsträger selbst, die das im Streit mit sich aushandeln müssen. Und hier, im Streit der Meinungen, in Rede und Gegenrede, ereignet sich genau jene Freiheit, die das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit schützt. Jeder Eingriff des Staates für die eine oder die andere Seite wäre eine Verletzung der Wissenschaftsfreiheit. Mit Blick auf den Staat ist die Publikationsfreiheit ein Grundrecht, innerhalb der Wissenschaft jedoch und ihrer Wertungen nur eine mehr oder weniger zu beachtende Befindlichkeit.

¹⁴⁷ Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001, BGBl. I, 3983.

¹⁴⁸ BVerwGE 22, S. 286, 289.

Literatur- und Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abg.	Abgeordneter
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ArbnErfG	Arbeitnehmererfindungsgesetz
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BbgHG	Brandenburgisches Hochschulgesetz
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt I
BR	Bundesrat
BuB	BuB : Forum Bibliothek und Information (Zeitschrift)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CC	Creative Commons
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CMS	Computer- und Medienservice der Humboldt-Universität zu Berlin

CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft
Doc.	Document
DÖD	Der Öffentliche Dienst (Zeitschrift)
Drs.	Drucksache
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
f.	folgend
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FR	Frankfurter Rundschau
GG	Grundgesetz
GMS Med. Bibl. Inf.	German Medical Science : Medizin – Bibliothek – Information (Zeitschrift)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International (Zeitschrift)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
H.	Heft
HRG	Hochschulrahmengesetz
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
HSG-LSA	Hochschulgesetz Sachsen-Anhalt
HStR ³	Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl.
HWissR ²	Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Aufl.
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)

KOM	Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
Lfg.	Lieferung
Lib. Sap.	Liber Sapientiae
LT	Landtag
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
nds.	niedersächsisch
NHLeistBVO	Niedersächsische Verordnung über Leistungsbezüge sowie Forschungs- und Lehrzulagen für Hochschulbedienstete (Hochschul-Leistungsbezügeverordnung)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
PIPr.	Plenarprotokoll (Bundestag)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Satz/Seite
Sp.	Spalte
SPARC	Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
ThürBibG	Thüringer Bibliotheksgesetz
ThürBibRG	Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz
ThürHG	Thüringer Hochschulgesetz

UrhG	Urheberrechtsgesetz
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
WD	Wissenschaftliche Dienste (Bundestag)
WissR	Wissenschaftsrecht (Zeitschrift)
ZfBB	Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medien- recht

Literaturverzeichnis

- Allianz der Deutschen Wissenschaftsorganisationen*, Neuregelung des Urheberrechts : Anliegen und Desiderate für einen Dritten Korb, 9. Juli 2010, online: http://www.allianz-initiative.de/fileadmin/user_upload/Allianz_Desiderate_UrhG.pdf.
- Alternativkommentar*, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK-GG), hrsg. von Erhard *Denninger* [u.a.], 3. Aufl., Neuwied, Loseblattausgabe.
- Anton*, Katharina: Göttinger Urheberrechtstagung 2009, in: *ZfBB* 57 (2010), S. 100-104.
- Ascheron*, Claus: Die Kunst des wissenschaftlichen Präsentierens und Publizierens : ein Praxisleitfaden für junge Wissenschaftler, München 2007.
- Bäcker*, Carsten: Wissenschaft als Amt : das verfassungsrechtliche Hochschullehrerbeamtenrecht aus Art. 33 Abs. 5 GG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 GG, in: *AöR* 135 (2010), S. 78-114.
- Beck*, Hans Dieter: Verlagsfunktionen und Open Access, in: *Reuß/Rieble* (Hrsg.), *Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit*, S. 21-27.
- Börsenverein des Deutschen Buchhandels*: Stellungnahme zum Thüringer Bibliotheksgesetz (ThürBibG) und Thüringer Bibliotheksrechtsgesetz (ThürBibRG) vom 23. Mai 2008, *LT-Zuschrift* 4/1319.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, hrsg. von Rudolf *Dolzer*, Heidelberg, Loseblattausgabe.
- Classen*, Claus Dieter: Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule : zur Bedeutung von Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz für außeruniversitäre Forschung und Forschungsförderung, Tübingen 1994 (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen ; 77).
- Cloes*, Roger; *Schappert*, Christopher: Das Für und Wider der urheberrechtlichen Diskussion im Zusammenhang mit dem „Heidelberger Appell“ : Google Buchsuche und Open Access, *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Juli 2009 (Ausarbeitung WD 10 - 3000 - 068/09).
- Czychowski*, Christian: Verlagsverträge über wissenschaftliche Werke und Sachbücher, in: *Löwenheim*, Ulrich (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Aufl., München 2010, § 65.
- Dallinger*, Peter, *Bode*, Christian, *Dellian*, Fritz: Hochschulrahmengesetz : Kommentar, Tübingen 1978.
- Danneberg*, Lutz: Darstellungsformen in Geistes- und Naturwissenschaften, in: *Brenner*, Peter J. (Hrsg.), *Geist, Geld und Wissenschaft : Arbeits- und Darstellungsformen von Literaturwissenschaft*, Frankfurt am Main 1993 (Suhrkamp Taschenbuch ; 2118). S. 99-137.
- Dreier*, Horst (Hrsg.): *Grundgesetz : Kommentar ; Band 1: Präambel, Artikel 1-19*, 2. Aufl., Tübingen 2004.

- Dreier*, Thomas: Creative Commons, Science Commons – ein Paradigmenwechsel im Urheberrecht?, in: Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts : Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, hrsg. von Ansgar *Obly* [u.a.], München 2005, S. 283-298.
- Dreier*, Thomas; *Schulze*, Gernot: Urheberrechtsgesetz : Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz ; Kommentar, 3. Aufl., München 2008.
- Dreyer*, Gunda; *Kotthoff*, Jost; *Meckel*, Astrid: Urheberrecht : Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, 2. Aufl., Heidelberg 2009 (Heidelberger Kommentar).
- Ehmann*, Timo; *Fischer*, Oliver: Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, in: GRUR Int. 2008, S. 284-293.
- Fabian*, Bernhard: Buch, Bibliothek und geisteswissenschaftliche Forschung : zu Problemen der Literaturversorgung und der Literaturproduktion in der Bundesrepublik Deutschland, Göttingen 1983 (Schriftenreihe der Stiftung Volkswagenwerk ; 24).
- Forkel*, Hans; *Kraft*, Alfons (Hrsg.): Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen : Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985.
- FP7 *Grant Agreement* – List of Special Clauses Version 4, 22.04.2009, online unter:
http://www.forschungsrahmenprogramm.de/_media/fp7-ga-clauses-v4_de.pdf.
- Gärditz*, Klaus Ferdinand: Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009 (Jus publicum ; 182).
- Geerlings*, Jörg: Urheberrechtliche Konfliktlagen des Beamten im Dienstverhältnis, in: DÖD 2006, S. 195-199.
- Geis*, Max-Emanuel (Hrsg.): Hochschulrecht im Freistaat Bayern : Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Heidelberg 2009.
- Graf*, Klaus: Urheberrechtsfibel – nicht nur für Piraten : der Text des deutschen Urheberrechtsgesetzes, erklärt und kritisch kommentiert (PiratK-UrhG), Berlin 2009 (Reihe Netzbürger).
- Grzeszick*, Bernd: Hochschullehrer, in: *Geis*, Max-Emanuel (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, S. 298-333.
- Haberstumpf*, Helmut: Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., Neuwied [u.a.] 2000.
- Ders.*: Wem gehören Forschungsergebnisse?, in: ZUM 2001, S. 819-828.
- Haedicke*, Maximilian: Patentrecht, Köln [u.a.] 2009 (Heymanns Einführungen zum gewerblichen Rechtsschutz).
- Hagner*, Michael: Open Access als Traum der Verwaltungen, in: FAZ vom 6. Mai 2009.

- Hansen, Gerd*: Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder: Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, in: GRUR Int. 2009, 799-803.
- Ders.*: Zugang zu wissenschaftlicher Information - alternative urheberrechtliche Ansätze, in: GRUR 2005, S. 378-388.
- Harder, Jörn*: Digitale Universitätsbibliotheken aus urheberrechtlicher Sicht, Marburg 2007.
- Heckmann, Jörn; Weber, Marc Philipp*: Open Access in der Informationsgesellschaft - § 38 UrhG de lege ferenda, in: GRUR Int. 2006, S. 995-1000.
- Hilty, Reto M.*: Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? : Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, in: GRUR 2009, S. 633-644.
- Ders.*: Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, in: GRUR Int. 2006, S. 179-190.
- Ders.*: Urheberrecht und Wissenschaft, in: *Sieber, Ulrich; Hoeren, Thomas* (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 174-192.
- Ders.; Bajon, Benjamin*: Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (Zweiter Korb) – ein Beitrag aus Wissenschaftssicht, in: ZfBB 55 (2008), S. 257-263.
- Hippel, Eike von*: Verbraucherschutz, 3. Aufl., Tübingen 1986.
- Hirschfelder, Marcus*: Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, Saarbrücken 2008 (Saarbrücker Schriften zu Recht und Praxis ; 10).
- Ders.*: Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbietungspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen? : §§ 38 und 43 UrhG de lege ferenda im Lichte der RL 2001/29/EG, in: MMR 2009, S. 444-448.
- Hömig, Dieter* (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl., Baden-Baden 2007 (NomosKommentar).
- Huber, Peter Michael*: Staat und Wissenschaft, Paderborn [u.a.] 2008 (Schönburger Gespräche zu Recht und Staat ; 9).
- Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl., München 2009.
- Jochem, Uwe*: Im Namen der Freiheit, in: FR vom 7. April 2009.
- Ders.*: „Open Access“ : zur Korrektur einiger populärer Annahmen, Göttingen 2009 (Göttinger Sudelblätter).
- Kaden, Ben*: Library 2.0 und Wissenschaftskommunikation, Berlin 2009.

- Kaufbold*, Ann-Katrin: Die Lehrfreiheit – ein verlorenes Grundrecht? : Zu Eigenständigkeit und Gehalt der Gewährleistung freier Lehre in Art. 5 Abs. 3 GG, Berlin 2006 (Schriften zum Öffentlichen Recht ; 1021).
- Kimmich*, Otto: Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, in: *WissR* 18 (1985), S. 116-141.
- Knauer*, Florian: Juristische Methodenlehre 2.0? : Der Wandel der juristischen Publikationsformate und sein Einfluss auf die juristische Methodenlehre, in: *Rechtstheorie* 40 (2009), S. 379-403.
- Knopp*, Lothar; *Peine*, Franz-Joseph (Hrsg.): Brandenburgisches Hochschulgesetz : Handkommentar, Baden-Baden 2010 (NomosKommentar).
- Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD*, Paderborn [2006].
- Kobusch*, Christian: Pflichtexemplare einer Dissertation im Lichte des Urhebergesetzes, in: *WissR* 34 (2001), S. 259-270.
- Koch*, Juliane: Leistungsorientierte Professorenbesoldung : rechtliche Anforderungen und Gestaltungsmöglichkeiten für die Gewährung von Leistungsbezügen der W-Besoldung, Frankfurt 2010 (Schriften zum Deutschen und Europäischen Wissenschaftsrecht ; 1).
- Kretschmer*, Michael: Wo geforscht wird, fallen Früchte : „Open access“: Freier Zugang sollte zur Vorbedingung öffentlicher Förderung werden, in: *FAZ* vom 23. Juni 2010.
- Kühne*, Hans-Heiner: Prostitution als bürgerlicher Beruf?, in: *ZRP* 1975, S. 184-189.
- Kublen*, Rainer: Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, Boizenburg 2008 (Schriften zur Informationswissenschaft ; 48).
- Lenski*, Sophie-Charlotte: Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem : das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Konflikt mit Medien, Kunst und Wissenschaft, Berlin 2007 (Schriften zum öffentlichen Recht ; 1052).
- Lenze*, Dieter: Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst : Öffentliche Verwaltung – Hochschulen – außeruniversitäre Forschungseinrichtungen – Schulen, 3. Aufl., Berlin 2008.
- Ders.*: Die Urheberrechte der wissenschaftlichen Mitarbeiter, in: *GRUR* 2006, S. 552-560.
- Ders.*: Die urheberrechtliche Stellung des Professors, insbesondere dargestellt am Beispiel wissenschaftlicher Sprachwerke, in: *WissR* 34 (2001), S. 156-181.
- Lucius*, Wulf D. von: Welche urheberrechtlichen Konzepte sind dem Wissenschaftssystem wirklich dienlich?, in: *Schmitz*, Wolfgang [u.a.] (Hrsg.), Probleme des neuen Urheberrechts für die Wissenschaft, den Buchhandel und die Bibliotheken : Symposium am 21./22. Juni 2007 in München, Wiesbaden 2008 (Buchwissenschaftliche Forschungen ; 8), S. 89-100.

- Libbert*, Daniel: Die Deutsche Forschungsgemeinschaft : Strukturen, Verfahren, Reformbedarf ; Info-Brief, Berlin 2006 (Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages : Info-Brief WD 8 – 179/06).
- Mager*, Ute: Freiheit von Forschung und Lehre, in: *Isensee*, Josef; *Kirchhof*, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII Freiheitsrechte, Heidelberg 2009, § 166.
- Malitz*, Robin: Open Access – verfügbar ist noch nicht präsent, in: CMS-Journal, Nr. 32, 2009, S. 70-73.
- Mangoldt*, Hermann von; *Klein*, Friedrich, *Starck*, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz : Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 5. Aufl., München 2005.
- Mantz*, Reto: Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open Access-Werken, in: *Spindler* (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, S. 55-103.
- Ders.*: Open Content-Lizenzen und Verlagsverträge : die Reichweite des § 33 UrhG, in: MMR 2006, S. 784-789.
- Maurer*, Hartmut: Promotion, in: Handbuch des Wissenschaftsrechts, hrsg. von Christian *Flämig* [u.a.], 2. Aufl., Berlin [u.a.] 1996, Bd. 1, S. 753-777.
- Meusel*, Ernst-Joachim: Veröffentlichungspflicht und Geheimhaltung, in: *Schuster*, Hermann J. (Hrsg.): Handbuch des Wissenschaftstransfers, S. 89-99.
- Misera*, Saskia: Drittmittelforschung : Chancen, Risiken und Praxisprobleme, Diss. Bonn 2010.
- Peifer*, Karl-Nikolaus: Open Access und Urheberrecht, in: Open Access : Chancen und Herausforderungen ; ein Handbuch, Bonn 2007, S. 46-49.
- Ders.*: Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht : Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, in: GRUR 2009, S. 22-28.
- Peter*, Franz-Wilhelm: Verlagsverträge über wissenschaftliche Werke, in: *Forkel*, Hans; *Kraft*, Alfons (Hrsg.): Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, S. 335-347.
- Pflüger*, Thomas; *Ertmann*, Dietmar: E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, in: ZUM 2004, S. 436-443.
- Rechtsvorschriften für die Bibliotheksarbeit*, 5. Aufl., Wiesbaden 2009 (Bibliotheksrecht ; 3).
- Rebbinder*, Manfred: Urheberrecht : ein Studienbuch, 16. Aufl., München 2010 (Juristische Kurz-Lehrbücher).
- Ders.*: Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen, in: *Forkel*, Hans; *Kraft*, Alfons (Hrsg.): Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, S. 359-372.

- Reuß*, Roland; *Rieble*, Volker (Hrsg.): Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit : Symposium Frankfurt 15. Juli 2009, Frankfurt 2009.
- Reuß*, Roland: Autorschaft und Textverantwortung, in: *Reuß/Rieble* (Hrsg.), Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit, S. 9-20.
- Ders.*: Eine heimliche technokratische Machtergreifung : Forschungspublikationen, in: FAZ vom 11. Februar 2009.
- Ders.*: Wem nützt das Zweitveröffentlichungsrecht?, in: FAZ vom 21. Juli 2010.
- Rieble*, Volker: Autorenfreiheit und Publikationszwang, in: *Reuß/Rieble* (Hrsg.), Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit, S. 29-66.
- Ders.*: Freier Zugang zu unfreien Autoren : Open Access aus juristischer Sicht, in: *Forschung & Lehre* 2009, S. 648-651.
- Sachs*, Michael: Verfassungsrecht II : Grundrechte, 2. Aufl., Berlin [u.a.] 2003.
- Sandberger*, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, in: *ZUM* 2006, S. 818-828.
- Schatzschneider*, Wolfgang: Rechtsordnung und Prostitution : einige Anmerkungen zur staatlichen Reglementierung des „ältesten Gewerbes“, in: *NJW* 1985, S. 2793-2979.
- Schirmbacher*, Peter: Möglichkeiten und Grenzen des elektronischen Publizierens auf der Basis der Open-Access-Prinzipien, in: *Hauke*, Petra [u.a.] (Hrsg.), Vom Wandel der Wissensorganisation im Informationszeitalter : Festschrift für Walther Umstätter zum 65. Geburtstag, Bad Honnef 2006 (Beiträge zur Bibliotheks- und Informationswissenschaft ; 1), S. 225-237.
- Schneider*, Klaus: Druckzwang für Dissertationen und Dissertationsaustausch : eine Erörterung von Grundfragen anhand der historischen Entwicklung in Deutschland und der gegenwärtigen Situation im Land Berlin, Köln 1972 (Arbeiten aus dem Bibliothekar-Lehrinstitut des Landes Nordrhein-Westfalen ; 40).
- Schmidt*, Birgit; *Ilg-Hartbecke*, Karin: Open Access am Standort D – erweiterte Perspektiven für die Wissenschaft, in: *GMS Med. Bibl. Inf.* 9 (2009), Heft 1, Doc. 5.
- Schmidt-Aßmann*, Eberhard: Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, in: *Dreier*, Horst (Hrsg.), Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit : Symposion für Hasso Hoffmann zum 70. Geburtstag, Berlin 2005 (Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte ; 35), S. 67-97.
- Ders.*: Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd *Becker* [u.a.], Köln [u.a.] 1993, S. 696-711.
- Schricke*, Gerhard: Urheberrecht : Kommentar, 1. Aufl., München 1987.

- Schulze-Fielitz*, Helmuth: Forschung, in: *Geis*, Max-Emanuel (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, S. 158-200.
- Schuster*, Hermann J. (Hrsg.): Handbuch des Wissenschaftstransfers, Berlin [u.a.] 1990.
- Sieber*, Ulrich: Memorandum zur Berücksichtigung der Interessen des Bildungsbereichs bei der Reform des Urheberrechts, in: *Sieber*, Ulrich; *Hoeren*, Thomas (Hrsg.), Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, S. 47-87.
- Sieber*, Ulrich; *Hoeren*, Thomas (Hrsg.): Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – Anforderungen an das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Bonn 2005 (Beiträge zur Hochschulpolitik 2/2005).
- Spindler*, Gerald (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen, Göttingen 2006 (Göttinger Schriften zur Internetforschung, 2).
- Ders.*: Urheberrecht in der Wissensgesellschaft – Überlegungen zum Grünbuch der EU-Kommission, in: *Hilly*, Reto M. [u.a.] (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb : Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 287-307.
- Sprang*, Christian; *Ackermann*, Astrid: Der „Zweite Korb“ aus Sicht der (Wissenschafts-)Verlage, in: K&R 2008, S. 7-11.
- Steinfort*, Frank: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers, Diss. Bonn 1987.
- Steinhauer*, Eric W.: Die Aufgaben der Hochschulbibliotheken im Land Sachsen-Anhalt : Anmerkungen zur Neufassung des Hochschulgesetzes, in: Bibliotheksdienst 39 (2005), S. 953-963.
- Ders.*: Blickpunkt Wissenschaft: Urheberrecht von gestern für die Welt von morgen? : Der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und FDP und der Dritte Korb, in: BuB 62 (2010), S. 75-77.
- Ders.*: Blickpunkt Wissenschaft: Wie der Bundestag das Urheberrecht verhackstückt hat : eine politische Debatte mit Volltreffern und Blindgängern, in: BuB 59 (2007), S. 731 f.
- Ders.*: Kritische Anmerkungen zum Zweitveröffentlichungsrecht nach § 38 Abs. 1 Satz 3 und 4 UrhG in der Fassung des Bundesratsentwurfes vom 9. Mai 2006, in: Bibliotheksdienst 40 (2006), S. 734-742.
- Ders.*: Die Lehrfreiheit katholischer Theologen an den staatlichen Hochschulen in Deutschland, Münster 2006 (Theologie und Hochschule ; 2).
- Stern*, Klaus; *Becker*, Florian (Hrsg.): Grundrechte-Kommentar, Köln 2010.

- Suber*, Gratis and libre open access, in: SPARC Open Access Newsletter # 124, August 2008. Online abrufbar unter:
<http://www.earlham.edu/~peters/fos/newsletter/08-02-08.htm>
- Sühl-Strohmenger*, Wilfried: Digitale Welt und Wissenschaftliche Bibliothek – Informationspraxis im Wandel : Determinanten, Ressourcen, Dienste, Kompetenzen ; eine Einführung, Wiesbaden 2008 (Bibliotheksarbeit ; 11).
- Thieme*, Werner: Deutsches Hochschulrecht : das Recht der Universitäten sowie der künstlerischen und Fachhochschulen in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Köln [u.a.] 2004
- Tribemius*, Johannes: De laude scriptorum manualium, Mainz 1494.
- Trute*, Hans-Heinrich: Die Forschung zwischen grundlegender Freiheit und staatlicher Institutionalisierung : das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge, Tübingen 1994 (Jus publicum ; 10).
- Ders.*: Art. „Wissenschaftsfreiheit“, in: Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe [= 4. Auflage], Stuttgart 2006, Sp. 2759-2765.
- Ulrich*, Hanns: Wissen(schaft)stransfer und Urheberrecht, in: *Schuster*, Hermann J. (Hrsg.): Handbuch des Wissenschaftstransfers, S. 101-119.
- Verwendungsrichtlinien* : Sachbeihilfen mit Leitfaden für Abschlussberichte und Regeln guter wissenschaftlicher Praxis (DFG-Vordruck 2.01 – 6/10), online unter:
http://www.dfg.de/download/programme/sachbeihilfe/abschlussberichte/2_01/2_01.pdf
- Walker*, Reinhard: Veränderungen der juristischen Kommunikation durch elektronische Medien, in: *Rüssmann*, Helmut (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Käfer, Saarbrücken 2009, S. 435-455.
- Walter*, Hannfried: Dissertations-Druckzwang und Grundgesetz, in: DVBl. 1972, S. 309-312.
- Wandtke*, Artur-Axel; *Bullinger*, Winfried (Hrsg.): Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2009.
- Webage*, Jan: Göttinger Urheberrechtstagung 2009, in: K&R 2009, Heft 12, S. V f.
- Westen*, Klaus: Zur urheberrechtlichen Stellung des Wissenschaftlers im Arbeits- oder Dienstverhältnis nach deutschem Recht, in: JR 1967, S. 401-408.
- Wille*, Stefan: Bericht zur Göttinger Urheberrechtstagung 2008, in: CR 2008, R 124 f.
- Zimmermann*, Olaf: Ein Anfang mit Signalwirkung : zu den Entwürfen der Thüringer Bibliotheksgesetze, in: Politik und Kultur, 2008, Heft 4, S. 6.

Über den Autor

Dr. jur. Eric W. *Steinhauer* ist Dezernent für Medienbearbeitung an der Universitätsbibliothek Hagen. Er lehrt im Rahmen von Lehraufträgen Bibliotheks- und Urheberrecht an der Bayerischen Bibliotheksschule in München, an der Hochschule der Medien in Stuttgart sowie an der Humboldt-Universität zu Berlin und ist Autor zahlreicher Fachbeiträge zu bibliotheks- und urheberrechtlichen Fragen. Weitere Informationen sind unter www.steinhauer-home.de zu finden.

Finis.