

Forschung in Freiheit und Risiko

Herausgegeben von
GABRIELE BRITZ

Mohr Siebeck

Forschung in Freiheit und Risiko



Forschung in Freiheit und Risiko

herausgegeben von
Gabriele Britz

Mohr Siebeck

Gabriele Britz, geboren 1968; seit 2001 Professorin für Öffentliches Recht und Europarecht in Gießen; seit 2011 Richterin des Bundesverfassungsgerichts.

ISBN 978-3-16-151726-6 / eISBN 978-3-16-163061-3 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

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

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Sabon Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

„Forschung in Freiheit und Risiko“: Dafür war Brun-Otto Bryde zuletzt in seinen zehn Karlsruher Jahren als Berichterstatter für Hochschulrecht und Wissenschaftsfreiheit zuständig. Es steht zugleich für sein eigenes wissenschaftliches Schaffen.

Im Februar diesen Jahres ist Brun-Otto Bryde vom Bundesverfassungsgericht in die Gießener Freiheit der Wissenschaft zurückgekehrt. Im April erlangte er durch Entpflichtung vollständige wissenschaftliche Ungebundenheit.

Brun-Otto Bryde zu Ehren haben die Gießener Professorinnen und Professoren für Öffentliches Recht im Juni 2011 mit ihm und einem kleinen Kreis seiner wissenschaftlichen Weggefährten verschiedene Aspekte von Wissenschaftsfreiheit diskutiert. Die Referate sind im vorliegenden Band dokumentiert.

Der Erwin-Stein-Stiftung sei für die Unterstützung von Workshop und Publikation herzlich gedankt.

Gießen, September 2011

Im Namen der Gießener „Sparte“
Öffentliches Recht
Gabriele Britz

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft <i>Michael Bäuerle</i>	1
Wissenschaftsfreiheit und Rundfunkfreiheit Grundrechte mit spezifischem Organisationsgehalt im Vergleich <i>Martin Eifert</i>	17
Wagnisse moderner Hochschulverfassung <i>Gabriele Britz</i>	31
Grundrechtlicher Schutz riskanter Forschung? Grundrechtsdogmatische Lehren aus der Gentechnik-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts <i>Franz Reimer</i>	47
Freiheit und Grenzen der Weltraumforschung <i>Mahulena Hofmann</i>	71
Forschung und Forschungsförderung durch internationale Organisationen Eine Skizze aus völkerrechtlicher Perspektive <i>Thilo Marauhn</i>	79
Verfassungsberatung in Afrika als Grenzgang zwischen Entwicklungszusammenarbeit und rechtswissenschaftlicher Forschung <i>Philipp Dann</i>	95
Schlusswort <i>Brun-Otto Bryde</i>	109
Autorenverzeichnis	115
Sachverzeichnis	117

Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft¹

Michael Bäuerle

- I. Einleitung: „Open Access“ als Idee für die Wissenschaft
- II. Hintergründe der „Open Access“-Forderung
 - 1. Mehrfachsubventionierung wissenschaftlicher Publikationen
 - 2. Rechtliche und wissenschaftsinterne Rahmenbedingungen
 - 3. „Open Access“ als effiziente Alternative zum Verlagswesen
- III. „Open Access“ als Problem der Wissenschaftsfreiheit
 - 1. Die Öffentlichkeit von Wissenschaft als Argument für „Open Access“
 - 2. Die Publikationsfreiheit als abwehrrechtliches Argument
 - 3. Publikationsfreiheit zwischen Abwehrrecht und Ausgestaltung
- VI. Schluss

I. Einleitung: „Open Access“ als Idee für die Wissenschaft

Unter dem Stichwort „Open Access“ werden Bestrebungen zusammengefasst, wissenschaftliche Literatur und Forschungsergebnisse über das Internet kostenfrei öffentlich zugänglich zu machen. Die Idee entstand zeitgleich mit der Ausbreitung des Internet² unter amerikanischen Physikern,³ die 1991 den Ser-

¹ Geringfügig erweiterte und veränderte Fassung des am 10.06.2011 auf dem Workshop zu Ehren *Brun-Otto Brydes* gehaltenen Vortrags.

² Das als „Ausgliederung“ des militärischen Arpanet zunächst vor allem von US-Wissenschaftlern genutzt wurde, vgl. dazu *Graf-Peter Calliess*, Globale Kommunikation – staatenloses Recht, in: Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stephan Kirste (Hrsg.), Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts, Stuttgart 2001, S. 61, 66f.

³ Initiator war *Paul Ginsparg*, weitere führende Akteure des Open-Access-Konzepts sind der Philosoph *Peter Suber* vom Earlham College in Richmond/Indiana, der für die Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition (SPARC) einen Newsletter herausgibt, sowie der ungarische Kognitionswissenschaftler *Stevan Harnad*, der u. a. das Cognitive Sciences Eprint Archive (Cogprints) betreibt; vgl. dazu und zur Geschichte der Open-Access-Bewegung im Übrigen http://open-access.net/de/allgemeines/was_be_deutet_open_access/geschichte/; *Uwe Müller*, Open Access. Eine Bestandsaufnahme, 2007,

ver ArXiv am Los Alamos National Laboratory einrichteten und in Betrieb nahmen, um Preprints in der Physik frei verfügbar zu machen. Von diesem bis heute betriebenen Server können inzwischen über 600.000 wissenschaftliche Arbeiten frei abgerufen werden.⁴ In der Folge hat sich international eine regelrechte Bewegung entwickelt, die dieses Modell zum Standard für die Veröffentlichung von hochschulischen Forschungsergebnissen machen möchte.⁵ Wissenschaftliche Literatur soll danach nicht nur online öffentlich zugänglich sein, sie soll auch ohne gesetzliche oder technische Hindernisse heruntergeladen, bearbeitet, verteilt und sonst genutzt werden können. Die einzigen Einschränkungen sollen in Barrieren und Kosten des Internetzugangs selbst bestehen dürfen, sowie dem Recht des Autors, die Kontrolle über sein Werk zu behalten, d.h. vor allem als Autor anerkannt und genannt zu werden. In diesem Sinne wurde das Konzept von der „Budapester Open Access Initiative“⁶ formuliert und in die sog. „Berliner Erklärung“,⁷ die 2003 auf einer Tagung der Max-Planck-Gesellschaft beschlossen wurde und eine Art Verfassung der „Open-Access“-Bewegung darstellt, übernommen.⁸

In der Bundesrepublik löste das Konzept alsbald eine kontroverse Diskussion aus.⁹ Auf der einen Seite wurde es als Chance zu egalitärer Teilhabe am

<http://edoc.hu-berlin.de/oa/reports/reIUJclf5AqCg/PDF/27Tgwc6ZnIrk.pdf>, m. w. N. (jeweils 12.08.2011).

⁴ <http://arxiv.org/> (12.08.2011).

⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 1 sowie *Margo Bargheer/Saskia Bellem/Birgit Schmidt*, Open Access und Institutional Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen, in: Gerald Spindler (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen*, Göttingen 2006, S. 1 ff., 3 ff.

⁶ Vgl. m. w. N. *Müller* (Fn. 3), S. 1.

⁷ „Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities“, <http://oa.mpg.de/lang/de/berlin-prozess/berliner-erklarung/> (12.08.2011).

⁸ Die Unterzeichner verpflichten sich, die Weiterentwicklung des Open-Access-Gedankens zu unterstützen, indem sie u. a. Forscherinnen und Forscher darin bestärken, ihre Ergebnisse open access zu veröffentlichen; Unterzeichner sind neben der Max-Planck-Gesellschaft (MPG) die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), der Wissenschaftsrat, die Hochschulrektorenkonferenz (HRK), die Leibniz-Gemeinschaft, die Helmholtz-Gemeinschaft und die Fraunhofer-Gesellschaft, vgl. auch die Liste aller Unterzeichner unter <http://oa.mpg.de/lang/de/berlin-prozess/signatoren/> (12.08.2011).

⁹ Vgl. die kondensierte Fassung der Debatte von *Christiane Aschenfeldt/Roland Honerkamp* (Pro) und *Christian Russ* (Contra), *Freier Zugriff auf wissenschaftliche Beiträge?*, ZRP 2004, 247; *Roger Cloes/Christoph Schappert*, *Das Für und Wider der urheberrechtlichen Diskussion im Zusammenhang mit dem „Heidelberger Appell“*, Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Info-Brief (Ausarbeitung WD 10 – 3000 – 068/09), 2009, www.bundestag.de/dokumente/analysen/2009/heidelbergerappell.pdf (11.8.2011); aus dem Feuilleton: *Christoph Drösser*, *Das Denken ist frei*, DIE ZEIT, 08.04.2009 Nr. 16, www.zeit.de/2009/16/C-digitales-Publizieren (16.05.2011); *Benjamin Labusen*, *Ein Schutzschirm für die Kreativen*, FAZ.NET, 19.05.2009, www.faz.net/-01tofe (16.05.2011).

Weltwissen und zur Neuordnung des Publikationswesens begrüßt,¹⁰ auf der anderen Seite als Angriff auf Urheberrechte und wissenschaftliche Publikationsfreiheit kritisiert.¹¹

Auf der übergreifenden Ebene bewegt sich das „Open Access“-Konzept in der Tat in dem Spannungsfeld von Wissen als individuellem geistigem Eigentum einerseits und kulturellem Gemeingut andererseits.¹² Im Internet werden wissenschaftliche Texte – wie alle anderen Informationen – zu beliebig reproduzierbaren öffentlichen Gütern.¹³ „Open Access“ ist also der faktischen Unregulierbarkeit des Internet – *Brun-Otto Bryde* spricht pointiert von dessen anarchischem Charakter¹⁴ – in all seiner Ambivalenz ausgesetzt. Im positiven Sinne kann es etwa als Beitrag zu globalen Demokratie- und Entwicklungsanliegen verstanden werden, die durch die Freiheit des Netzes befördert werden, im negativen Sinne als Plattform für die illegitime Aneignung fremder Schöpfungen, die infolge der anarchischen Strukturen nicht verhindert werden kann.

Die deutsche Diskussion um „Open Access“ findet indessen überwiegend auf einer konkreteren Ebene statt;¹⁵ in erster Linie geht es ihr um die bisherigen Strukturen des wissenschaftlichen Publikationswesens und deren rechtliche Grundlagen. In der Debatte spielt neben urheberrechtlichen Fragen das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit eine wichtige Rolle. Als Konzept für den Zugang der Öffentlichkeit zur Wissenschaft betrifft „Open Access“ tatsächlich einen zentralen Bestandteil freier Wissenschaft; definiert man diese

¹⁰ Umfassend und unter Entfaltung eines Konzepts der „Wissensökologie“ *Rainer Kuhlen*, Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, 2008, S. 425 ff., 453 ff.; ferner *Thomas Pflüger/Dietmar Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436 ff.; *Reto M. Hilty*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179 ff.

¹¹ *Georg Siebeck*, Freibier für die Wissenschaft?, Börsenblatt 43-2004, 11 sowie die Beiträge in *Roland Reuß/Volker Rieble* (Hrsg.), Autorschaft in digitaler Zeit, 2009; ferner *Gerd Hansen*, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378 ff.

¹² Vgl. zur jüngeren Debatte um Gemeingüter (*Commons*) die Beiträge in *Silke Helfrich* (Hrsg.), Wem gehört die Welt? Zur Wiederentdeckung der Gemeingüter, 2009; *Peter Barnes*, Kapitalismus 3.0. Ein Leitfaden zur Wiederaneignung der Gemeinschaftsgüter, 2008, insbes. S. 150 ff. (zu Wissenschaft und Kunst).

¹³ *Susanne Baer*, Braucht das Grundgesetz ein Update?, Blätter für deutsche und internationale Politik 1/2011, 90 m. w. N.

¹⁴ „Demokratie ist nie garantiert“, Interview in „Die Tageszeitung“ vom 18.02.2011, dieser Charakter erlaube Information und Kommunikation, die sich weitgehend staatlicher Kontrolle entziehe, was nicht nur in Diktaturen ein großer Vorteil sei; ungeklärt sei, wie sich dieses Potential erhalten lasse und der demokratische Gesetzgeber seine Gesetze auch im Netz durchsetzen könne.

¹⁵ *Anders Kuhlen* (Fn. 10), bei dem diese übergreifenden Aspekte deutlich mitschwingen. Vgl. auch die perspektivische Betrachtung für den juristischen Bereich von *Florian Knauer*, Neue juristische Publikationsformate im Internet – Stand, Perspektiven und Auswirkungen von Open Access, Wikis, Blogs, Twittern und Podcasts, NJOZ 2009, 3004 ff.

als stets ungeschlossenen kommunikativen Prozess, muss Öffentlichkeit eines ihrer konstituierenden Elemente sein.¹⁶ Die Wissenschaftsfreiheit hat sich durch *Bundesverfassungsgericht* und Literatur zu einem dogmatisch ausdifferenzierten Grundrecht entwickelt.¹⁷ Referenzgebiete waren dabei vor allem die Organisation der universitären Selbstverwaltung und die Grenzen, die sich aus Lebensschutz und Menschenwürde für die Naturwissenschaften ergeben.¹⁸ Als weniger beleuchtet erweisen sich die durch „Open Access“ aufgeworfenen Fragen der Publikationsfreiheit und ihrer Grenzen.¹⁹ Vor diesem Hintergrund bemühen sowohl die Gegner als auch die Befürworter eines ungehinderten online-Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen Art. 5 III GG für ihre Positionen.²⁰ Das „Open-Access“-Konzept bietet insoweit Gelegenheit, sich der Dogmatik der Wissenschaftsfreiheit anhand dieses neuen Gebiets zu vergewissern. Zu diesem Zweck werden im Folgenden zunächst die faktischen und rechtlichen Hintergründe der „Open Access“-Forderungen dargestellt (II.), um diese sodann am Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit zu messen (III).

II. Hintergründe der „Open Access“-Forderung

Der Grundgedanke des „Open Access“-Konzepts in Bezug auf wissenschaftliche Publikationen basiert in erster Linie auf ökonomischen Gesichtspunkten und hat als solcher eine hohe Plausibilität:

¹⁶ Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, in: Horst Dreier (Hrsg.), Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit, Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag, 2005, S. 67 ff.; *Inggolf Pernice*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 III, Rn. 28, *Matthias Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), 142, 184 ff.

¹⁷ Vgl. die Übersichten über den Diskussionsstand bei *Michael Fehling*, in: Rudolf Dolzer/Klaus Vogel/Karin Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Art. 5 Abs. 3 (110. Lfg., März 2004), Rn. 18 ff.; *Martin Schulte*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), 110, 119 ff., jeweils m. w. N.

¹⁸ Vgl. etwa *BVerfGE* 35, 79 ff.; 111, 333 ff.; *BVerfG*, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05; *Pernice* (Fn. 16), Rn. 46–48 sowie die entsprechende Schwerpunktsetzung bei *Herbert Bethge*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 5, Rn. 200 ff.

¹⁹ Vgl. aber zur inhaltlichen Seite ausführlich schon *Otto Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, WissR 1985, 116 ff.

²⁰ Vgl. *Eric W. Steinbauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit. Überlegungen zu Open Access und Wissenschaftsfreiheit, 2010, S. 9.

1. Mehrfachsubventionierung wissenschaftlicher Publikationen

Hochschulische Forschung – so die Argumentation – beruht regelmäßig auf Personal- und Sachmitteln der öffentlichen Hand. Das impliziert, ihre Ergebnisse öffentlich unbeschränkt zugänglich zu machen. Auf den ersten Blick geschieht das ja auch, weil die Hochschulbibliotheken allen Forschern und der Öffentlichkeit kostenfrei zur Verfügung stehen. In die Bibliotheken gelangen die Forschungsergebnisse jedoch regelmäßig auf dem Umweg über Verlage.²¹ Diese lassen sich die Verwertungsrechte vom Hochschulpersonal übertragen. Sie erwarten zudem eine redaktionelle Aufbereitung nach eigenen Vorgaben und vom Autor oft einen erheblichen finanziellen Beitrag zur Veröffentlichung. Im Ergebnis ist somit der öffentliche Zugang zu den Forschungsergebnissen gleich mehrfach staatlich subventioniert. Die öffentliche Hand bezahlt die Entstehung der Forschung und ihre verlagsgerechte Aufbereitung. Sie fördert die Veröffentlichung eventuell durch Druckkostenzuschüsse und muss schließlich über den Bibliotheksetat noch einmal beträchtliche Mittel aufwenden, um das fertige Werk wieder einzukaufen. Und auch peer-review-Verfahren werden – soweit angewandt – regelmäßig ehrenamtlich durch Hochschulpersonal geleistet.²²

Diese Struktur zu durchbrechen, ist das zentrale Anliegen der „Open Access“-Bewegung. Befördert wurde es durch die sog. Zeitschriftenkrise. Die Preise für wissenschaftliche Zeitschriften stiegen seit Anfang der 90er Jahre vor allem in den Naturwissenschaften stark an. Gleichzeitig sahen sich die Universitätsbibliotheken mit bestenfalls stagnierenden Haushalten konfrontiert, mussten also die Beschaffung einschränken, wodurch die Preise weiter stiegen.²³ Im Ergebnis konnten Bibliotheken oft die Forschungsergebnisse der eigenen Wissenschaftler nicht mehr zur Verfügung stellen. An dieser Struktur hat sich auch dadurch nichts geändert, dass die meisten Wissenschaftsverlage inzwischen zusätzlich Online-Angebote bereit halten, da sich deren Wertschöpfungskette nicht wesentlich anders darstellt, als bei den Print-Angeboten.²⁴

²¹ Vgl. *Hilty* (Fn. 10), S. 179, 182; *Pflüger/Ertmann* (Fn. 10), S. 436, 439f.; *Cloes/Schappert* (Fn. 9), S. 15f.; *Jörn Heckmann/Marc Philipp Weber*, Open Access in der Informationsgesellschaft – § 38 UrhG de lege lata, GRUR Int. 2006, 995, 1000.

²² Auch dazu *Pflüger/Ertmann* (Fn. 10), S. 436, 439f.; *Cloes/Schappert* (Fn. 9), S. 15 f.

²³ Vgl. zur Wertschöpfungskette die Zahlen bei *Pflüger/Ertmann* (Fn. 10), S. 436, 437.

²⁴ Zur Frage, ob Printpublikationen vom Verlag ohne zusätzliche Zustimmung des Urhebers in online-Angebote übernommen werden dürfen OLG Hamm, Urt. v. 26.02.2008, Az. I-4 U 157/07, JurPC 2008, Web-Dok. 64/2008.

2. Rechtliche und wissenschaftsinterne Rahmenbedingungen

Entwickeln konnten sich diese Strukturen in den Zeiten von Papier und Schreibmaschine, in denen wissenschaftliche Publikationen mangels technischer Alternative auf das Verlagswesen angewiesen waren. In Zeiten von PC und Internet ist der Umweg über die Verlage faktisch nicht mehr zwingend; und er war und ist es auch *rechtlich* nicht:

Nach dem Urheberrechtsgesetz ist eine online-Veröffentlichung im Sinne von „Open Access“ durchaus möglich, wenn die Beteiligten das Konzept freiwillig verwirklichen.²⁵ Für eine „Open Access“-Publikation reicht es allerdings nicht, ein Werk einfach als PDF-Datei ins Netz zu stellen. Der Urheber muss vielmehr der Internetöffentlichkeit die von „Open Access“ geforderten Nutzungsrechte ausdrücklich einräumen. Die geht etwa mit einer sog. „Creative-Commons“-Lizenz, die nur das Recht vorbehält, als Urheber anerkannt und zitiert zu werden.²⁶ Geschieht das *nicht*, ist die Nutzung eines wissenschaftlichen Werks – egal ob on- oder offline – nur im Rahmen der Schranken des Urheberrechts erlaubt. Zwar gibt es im UrhG bekanntlich Ausnahmetatbestände für Bibliotheken, Forschung und Lehre (§§ 52 a, b ff. UrhG). Diese sind jedoch sehr begrenzt und z.T. vergütungspflichtig, also von „Open Access“ weit entfernt.²⁷ Der Urheber selbst kann sein Werk zudem nur dann „open access“ zugänglich machen, wenn er die ausschließlichen Verwertungsrechte nicht auf einen Verlag übertragen hat. Eine solche Übertragung dürfte beim größten Teil der existierenden wissenschaftlichen Literatur gegeben sein. „Open Access“ scheidet also hier aus vertragsrechtlichen Gründen aus, solange die Verlage nicht zustimmen. Und für neue Werke bleibt den Verlagen weiterhin die rechtliche Möglichkeit, die ausschließlichen Verwertungsrechte zur vertraglichen Bedingung für eine Veröffentlichung zu machen.²⁸

Das Urheberrecht würde also nicht im Wege stehen, wenn sich „Open Access“ über die wissenschaftliche Selbstregulierung als freiwilliges Modell durchsetzte. Dafür gäbe es immerhin den Anreiz, dass diese Veröffentlichungsform für den Wissenschaftler meist günstiger ist, als eine teure Ver-

²⁵ Entsprechendes gilt für das übrige europäische und das US-amerikanische Urheberrecht. Die Primärveröffentlichung in einem Open-Access-Medium wird in der Diskussion „goldener Weg“ bezeichnet. Erfolgt die Open-Access-Publikation parallel zu einer Verlagsveröffentlichung, ist vom „grünen Weg“ die Rede, vgl. zum Zweitveröffentlichungsrecht sogleich unter 3.

²⁶ Vgl. *Steinhauer* (Fn. 20), S. 9 sowie <http://de.creativecommons.org> (12.08.2011).

²⁷ Vgl. die entsprechende Kritik in der vom Bundesrat im Nachgang zum Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26.10.2007 (BGBl. I, 2513) – „Zweiter Korb“ – gefassten EntschlieÙung (BR-Drucks. 582/07) sowie in der Beschlussempfehlung des BT-Rechtausschusses vom 04.07.2007 (BT-Drucks. 16/5939); zum Ganzen auch *Gunda Dreyer*, in: *Gunda Dreyer/Jost Kotthoff/Astrid Meckel* (Hrsg.), *Urheberrecht*, 2. Aufl. 2009, Einleitung, Rn. 64 ff.

²⁸ Vgl. §§ 31, 37, 38 UrhG.

lagspublikation. Die stärkeren Gegenkräfte liegen jedoch in den tradierten wissenschaftsinternen Bewertungsmustern. Die Veröffentlichung in bestimmten Zeitschriften, Buchreihen oder Verlagen ist nach wie vor maßgeblich für die wissenschaftliche Reputation eines Autors bzw. bestimmt in den Naturwissenschaften den „Impact“ der Forschungsergebnisse.²⁹ Zudem hat der publizierende Wissenschaftler an Einsparungen im Bibliotheksetat seiner Hochschule zumeist kein unmittelbares Eigeninteresse, so dass darüber auch kein zusätzlicher Anreiz entsteht, „open access“ zu publizieren. Da sich ein grundlegender Wandel dieser Strukturen nicht abzeichnet, wird es „Open Access“ auf rein freiwilliger Basis in absehbarer Zeit kaum flächendeckend geben.³⁰

3. „Open Access“ als effiziente Alternative zum Verlagswesen

Das „Open Access“-Konzept ist somit eine Alternative zum klassischen Verlagswesen, das die Aufwendungen der öffentlichen Hand für die Verbreitung von Forschungsergebnissen reduzieren soll. Das erklärt auch, warum sich das Konzept nur auf hochschulische und nicht auf Forschungsergebnisse von Privatunternehmen bezieht.

Gleichwohl steht auch „Open Access“ in dem Spannungsfeld zwischen Wissenschaft und Wirtschaft, das für die Wissenschaftsfreiheit inzwischen typisch geworden ist.³¹ Wie in der Industrie- und Drittmittelforschung,³² dem Patent- und dem Arbeitnehmererfindungsrecht,³³ geht es um einen Ausgleich zwischen ökonomischen Interessen einerseits und den Interessen der Wissenschaft andererseits. Im Unterschied zu diesen Bereichen sind die ökonomischen Interessen bei „Open Access“ jedoch nicht darauf gerichtet, Forschungsergebnisse temporär oder dauerhaft geheim zu halten, um sie exklusiv wirtschaftlich nutzen oder wirtschaftliche Einbußen abwenden zu

²⁹ Vgl. dazu ausführlich *Gerhard Fröblich*, Die Wissenschaftstheorie fordert OPEN ACCESS, *Information, Wissenschaft & Praxis* 2009, 253 ff., ferner *Pflüger/Ertmann* (Fn.10), S. 436, 437.

³⁰ In dieser Richtung auch *Steinhauer* (Fn.20), S. 16: „Wissenschaftliches Publizieren ist nämlich (...) in ziemlich fest gefügte Strukturen eingebettet, (...), die die Rede von einer freien Entscheidung für oder gegen Open Access *in praxi* zu einer Illusion werden lassen.“ (Hervorhebung im Original).

³¹ Vgl. *Schulte* (Fn. 17), S. 110, 130 ff.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 16), S. 67, 69 f.

³² Vgl. etwa zur Industrieforschung *Ruffert* (Fn. 16), S. 142, 158 ff., *Ralf Kleindiek*, Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft, 1998, S. 88 ff., 318 ff.; zur Drittmittelforschung etwa *Reinhard Hendler*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, *VVDStRL* 65 (2006), 238, 254 ff. jeweils m. w. N.

³³ Zum Patentrecht ausführlich *Schmidt-Aßmann* (Fn. 16), S. 67, 90 ff. m. w. N.; zum Wegfall des Hochschullehrerprivilegs im Arbeitnehmererfindungsrecht *Ute Mager*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, *VVDStRL* 65 (2006), 274, 278 f.; *BVerfG*, *Beschl. v. 12.03.2004 – 1 BvL 7/03*.

können.³⁴ Die privaten wirtschaftlichen Interessen liegen bei „Open Access“ vielmehr gerade in der Veröffentlichung *selbst*. Auch ohne „Open Access“ besteht ja derzeit kein Mangel an veröffentlichten hochschulischen Forschungsergebnissen. Kaum ein Hochschulforscher entzieht sich der Devise „Publish or Perish“. Das Problem liegt – zumindest im juristischen Bereich – eher umgekehrt in der kaum zu bewältigenden Masse der Veröffentlichungen. Der Gegensatz zwischen „Open Access“ und dem Verlagswesen besteht daher – überspitzt formuliert – alleine in der Frage, ob an dem Prozess der Veröffentlichung wissenschafts*extern* mitverdient werden kann, und zwar zu Lasten eines kostenfreien öffentlichen Zugangs über Bibliotheken. In Zeiten des Papiers als zentralem Veröffentlichungsmedium war diese Frage zugunsten der Verlage faktisch vorentschieden. In Zeiten des Internet tut sich nun eine effizientere Alternative auf.

Die Hauptakteure in der Debatte um „Open Access“ waren lange Zeit entlang dieses Gegensatzes aufgestellt: Zu den Befürwortern zählten seit Anfang der 2000er Jahre die sechs großen Wissenschaftsorganisationen, der Wissenschaftsrat, die Rektorenkonferenz und viele Universitäten.³⁵ Sie haben sich 2004 mit weiteren Institutionen und Fachverbänden zu einem sog. Aktionsbündnis zusammengeschlossen, um dem Konzept zum Durchbruch zu verhelfen.³⁶ Gegenspieler waren – wenig überraschend – der Börsenverein des deutschen Buchhandels und die Arbeitsgemeinschaft wissenschaftlicher Verleger.³⁷ Das durchaus rentable Geschäftsmodell der Wissenschaftsverlage³⁸ wäre in der Tat gefährdet, wenn etwa all das, was man in der Rechtswissenschaft bislang in den großen Kommentarwerken findet, gemäß den „Open Access“-Visionen im Netz kostenlos verfügbar wäre und beliebig genutzt und verbreitet werden könnte.

Das Aktionsbündnis für „Open Access“ stellt im Gegensatz zu einer solchen Vision allerdings recht moderate rechtspolitische Forderungen auf: Es soll zunächst eine vereinheitlichte und deutlich erweiterte Bereichsausnahme für die wissenschaftliche Nutzung des vorhandenen *geschützten* Materials geschaffen werden. Zudem sollen die Urheber von wissenschaftlichen Werken, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanziert sind, ein Zweitveröffentlichungsrecht erhalten. Dieses Recht soll in Verlagsverträgen nicht

³⁴ Dazu prägnant *Schmidt-Aßmann* (Fn. 16), S. 67, 68 ff.

³⁵ Vgl. <http://oa.mpg.de/lang/de/berlin-prozess/signatoren/> (12.08.2011).

³⁶ Siehe www.urheberrechtsbueundnis.de/ (12.08.2011).

³⁷ Vgl. etwa www.boersenverein.de/portal/Hauptversammlung/186854/Jahresbericht_2010_2011-1.pdf, S. 10 ff. sowie die „Gemeinsame Charta“ des Börsenvereins und der Arbeitsgemeinschaft wissenschaftlicher Verleger unter www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/Charta-UrhG.pdf (12.08.2011).

³⁸ Vgl. auch dazu die Zahlen bei *Pflüger/Ertmann* (Fn. 10), S. 436, 437.

mehr – wie bisher – abdingbar sein. Allerdings soll es mit einer Karenzfrist versehen sein und nicht für Monographien gelten.³⁹

Gelegenheit, diese Forderungen geltend zu machen, gibt es derzeit sowohl bei der EU als auch beim deutschen Gesetzgeber: Im Bundestag laufen Beratungen über den sog. Dritten Korb zum Urheberrecht an, der Änderungen für den Bereich Wissenschaft vorsehen soll;⁴⁰ die EU hat Änderungen ihrer Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft aus 2001⁴¹ in Aussicht gestellt, die ebenfalls eine ungehinderte öffentliche Verbreitung von Wissenschafts- und Unterrichtsmaterialien fördern sollen.⁴²

In der Debatte finden sich auch weniger zurückhaltende Positionen als die des Aktionsbündnisses. Gefordert wird etwa eine „Open Access“-Publikationspflicht für öffentlich bezahlte Forscher;⁴³ andere Stimmen ordnen das Urheberrecht an deren Werken schon *de lege lata* den Hochschulen zu (sog. institutionelles Mandat an Dienstwerken), die es für „Open Access“-Publikationen nutzen könnten.⁴⁴ Wieder andere leiten aus dem Dienstverhältnis des

³⁹ Vgl. die gemeinsame Stellungnahme der Wissenschaftsorganisationen „Neuregelung des Urheberrechts: Anliegen und Desiderata für einen Dritten Korb“ vom 09.07.2010, www.mpg.de/18018/Urheberrecht/ sowie www.urheberrechtsbuendnis.de/pressemitteilung0610.html (12.08.2011).

⁴⁰ Vgl. die Informationen unter www.bundestag.de/internetenquete/ (12.08.2011); ein Zwischenbericht mit Handlungsempfehlungen der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ zum Urheberrecht ist für September 2011 angekündigt.

⁴¹ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, *ABl. L 167 v. 22.06.2001*, S. 10 ff.

⁴² Vgl. *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbestimmten Gesellschaft“, 2008, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/greenpaper_de.pdf (12.08.2011).

⁴³ *Götz von Stumpfeldt*, Beitrag zur Paneldiskussion „Auf der Suche nach einer nachhaltigen Politik zum Schutz des geistigen Eigentums“ im Rahmen der Konferenz „Die Zukunft der Globalen Güter in der Wissensgesellschaften“ der Heinrich-Böll-Stiftung am 8.11.2002, dokumentiert unter www.boell.de/downloads/bildungskultur/globale_gueter.pdf, S. 104 f.; vgl. auch die in Richtung Publikationspflicht weisenden Überlegungen von *Hans-Heinrich Trute*, Stichwort: Wissenschaftsfreiheit, in: Werner Heun/Martin Honecker/Martin Morlok/Joachim Wieland (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon – Neuausgabe*, 2006, Sp. 2760, 2762.

⁴⁴ Dies jüngst mit Blick auf die dienstrechtlichen Änderungen durch die W-Besoldung erwägend *Steinhauer* (Fn. 20), S. 71 ff. m. w. N.; aus der älteren Diskussion *Manfred Rehbinder*, Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen, in: Hans Forkel/Alfons Kraft (Hrsg.), *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihren schöpferischen Leistungen*, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, 1985, S. 359 ff.; dagegen die ganz h. M., vgl. statt vieler *Birgit Homma/Hans Ullrich*, Urheber-, Patent- und Arbeitnehmererfindungsrecht, in: Christian Flämig/Otto Kimminich u. a. (Hrsg.), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl. 1996, Kap. 63, S. 1559, 1568 f.: Arbeits- und Dienstpflicht seien nicht darauf gerichtet, Werke zu schaffen, damit diese durch Hochschule verwertet werden könnten; *BGH GRUR* 1991, 523, 525 f. – „Grabungsmaterialien“ –.

Wissenschaftlers eine Pflicht ab, der Hochschule Publikationen zumindest zur Veröffentlichung anzubieten.⁴⁵

III. „Open Access“ als Problem der Wissenschaftsfreiheit

Nach dem derzeitigen Stand der parlamentarischen Beratungen werden sich – wenn überhaupt – allenfalls die moderaten Forderungen des Aktionsbündnisses durchsetzen.⁴⁶ Auch diese werden jedoch von der Gegenseite angegriffen, nicht zuletzt unter Berufung auf die Grundrechte.⁴⁷ Von den durch „Open Access“ aufgeworfenen Grundrechtsfragen gilt es im vorliegenden Zusammenhang zunächst diejenigen auszugliedern, die sich auf die wirtschaftliche Verwertung wissenschaftlicher Veröffentlichungen beziehen. Das sind zunächst vor allem die wirtschaftlichen Interessen der Verlage. Grundrechtlich mag sich für diese die Wissenschaftsfreiheit ihrer Autoren unter *inhaltlichen* Gesichtspunkten als Reflex auswirken; als Geschäftsmodell ist die Verwertung der Werke von Wissenschaftlern im Wege der Publikation indessen zwar von Art. 12 und 14 GG geschützt, nicht aber von Art. 5 III GG.⁴⁸ Keine Frage des grundrechtlichen Schutzes der Wissenschaftsfreiheit sind aber auch die wirtschaftlichen Erträge, die – soweit sie ausnahmsweise in nennenswertem Umfang anfallen – die Wissenschaftler *selbst* aus Publikationen erzielen. Mit dem *Bundesverfassungsgericht* sieht die ganz herrschende Auffassung zu Recht zwar die Veröffentlichung an sich als einen Bestandteil der Wissenschaftsfreiheit, nicht aber deren wirtschaftliche Verwertung.⁴⁹

Nur der gleichsam ideelle Teil des „Open Access“-Konzepts lässt sich somit an Art. 5 III GG messen. Macht man das zunächst ungeachtet der Umsetzung im Einzelnen, wird klar, dass die Wissenschaftsfreiheit auf der objektiv-rechtlichen Ebene *für* „Open Access“ streitet.

⁴⁵ Vgl. dazu m. w. N. *Pflüger/Ertmann* (Fn. 10), S. 436, 437 den Vorschlag de lege ferenda aufgreifend.

⁴⁶ Die Niederschlag in einem Gesetzentwurf der SPD-Bundestagsfraktion zur einer entsprechenden Änderung des § 38 UrhG gefunden haben, vgl. BT-Drucks. 17/5053, der jedoch keine Aussicht haben dürfte, eine Mehrheit zu finden, vgl. Plenarprotokoll des Deutschen Bundestags 17/99, www.iuwis.de/sites/default/files/17099.pdf (12.08.2011).

⁴⁷ Vgl. *Volker Rieble*, Freier Zugang zu unfreien Autoren, in: *Forschung & Lehre* 2009, 650; abgewogener *Hansen* (Fn. 11), S. 378 ff.

⁴⁸ Etwas anderes wird soweit ersichtlich in der Debatte auch nicht vertreten.

⁴⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 16.01.2007 – 2 BvR 1188/05; *BVerfG*, Beschl. v. 28.09.2007 – 2 BvR 1121/06 u. a.: „Die verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit wissenschaftlicher Betätigung umfasst nicht den Schutz eines Erwerbs- oder Gewinnstrebens“; vgl. auch *BVerwG*, ZBR 1993, 149 (151); *BVerwGE* 13, 112, 113; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 16), S. 67, 76.