

Ministerialrat Dr. jur. Thomas Pflüger und Kanzler Dr. jur. Dietmar Ertmann, Stuttgart/Karlsruhe¹

„E-Publishing und Open Access - Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich“

Im Zeitalter des Internets bekommt der Ausspruch von Isaac Newton, er sei ein Zwerg, der auf den Schultern von Riesen gestanden habe, eine neue Dimension. Schon immer hat die Wissenschaft auf der Basis der Erkenntnis vorangegangener Generationen neues Wissen geschaffen. In früheren Zeiten waren Bibliotheken die Hauptquellen, aus denen die Erkenntnisse der anderen geschöpft wurden. Diese Möglichkeiten wurden durch die Verfügbarkeit elektronischer Datenbanken vervielfacht. Mehr denn je ist es heute Aufgabe der Wissenschaft, nicht nur neue Einsichten zu erwerben, sondern auch das Erkannte der wissenschaftlichen Gemeinschaft und der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen.

I. Einleitung

Erst in jüngster Zeit ist ein hochschulpolitisch bisher wenig beachtetes Thema in das Blickfeld gerückt: Welche Anforderungen stellt der globale Wissensmarkt an die Informationsversorgung der Wissenschaftler durch die Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Neben der Ressourcenausstattung der wissenschaftlichen Bibliotheken hängen Quantität und Qualität der Versorgung mit wissenschaftlichen Informationen - unabhängig davon, ob sie in herkömmlicher oder digitaler Form erfolgen - im wesentlichen von drei Akteuren ab, und zwar

- von den Wissenschaftlern als den Autoren,
- den Verlagen und
- den Hochschulen als den Trägern ihrer Bibliotheken.

¹ Dr. Pflüger ist in der Abteilung Universitäten, Universitätsklinika und wissenschaftliche Bibliotheken im Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst des Landes Baden-Württemberg tätig und Mitglied der Arbeitsgruppe Bibliotheken des Hochschulausschusses der KMK. Dr. Ertmann ist Kanzler der Universität (TH) Karlsruhe. Die Verfasser geben ihr persönliche Auffassung wieder. Für weiterführende Hinweise danken sie Herrn Prof. Dr. Sandberger, Tübingen, und Frau Kukowski-Schulert, Wissenschaftsministerium Baden-Württemberg.

Ausgeglichen wäre dieses Krätedreieck dann, wenn die Verlage zu wettbewerblichen und damit angemessenen Preisen den Hochschulen qualitativ einwandfreie Publikationen anbieten und diese über entsprechend ausgestattete Sachmittelbudgets das jeweils für sie Erforderliche erwerben könnten. Dies ist seit geraumer Zeit nicht mehr der Fall. Darauf weisen die Empfehlungen der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) vom 5. November 2002 „Zur Neuausrichtung des Informations- und Publikationssystems der deutschen Hochschulen“ hin sowie die „Berliner Erklärung über offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“, die die Repräsentanten der großen deutschen und internationalen Wissenschaftsorganisationen am 22. Oktober 2003 unterzeichnet haben. Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist eine Darstellung der sachlichen Hintergründe dieser Entwicklung und der derzeitigen Rechtslage. Anschließend wird als Konsequenz aus den Empfehlungen der HRK und der Berliner Erklärung de lege ferenda ein Vorschlag formuliert, wie die rechtlichen Rahmenbedingungen wissenschaftsadäquat so geändert werden können, dass die von den Wissenschaftsorganisationen beschriebene Schieflage zwischen Anbietern und Abnehmern wissenschaftlicher Publikationen sowie den Hochschulen wieder in ein annähernd ausgewogenes Verhältnis gebracht wird.

II. Sachverhalt

Grundlage für die weiteren Überlegungen sind im wesentlichen zwei Entwicklungslinien. Zum einen geht es um die maßgeblichen Faktoren, die für die tatsächliche Lage der wissenschaftlichen Bibliotheken an den Hochschulen, Medieneinheiten im erforderlichen Umfang beschaffen zu können, bestimmend sind. Zum anderen sind die Folgen des technischen Fortschritts bei der Distribution wissenschaftlicher Informationen in den Blick zu nehmen.

1. Ausgangslage

Obwohl heute fast jeder Wissenschaftler in Europa die Möglichkeit hat, seine Veröffentlichungen digital zu vertreiben, wird hiervon in vielen Fachkulturen unzureichend Gebrauch gemacht. Während die Physiker schon 1991 beschlossen haben, alle ihre wissenschaftlichen Erkenntnisse auf einem gemeinsamen Server in Los Alamos, USA, zu hinterlegen, wurde dieser Gedanke von anderen Fachdisziplinen bisher nicht oder nur partiell aufgegriffen. Die klassische Form der Verbreitung ist nach wie vor die ge-

druckte Zeitschrift. Durch ihr gut organisiertes Begutachtungssystem und durch die Erfassung bibliometrischer Daten, etwa der Zitierhäufigkeit, verbreiten die großen wissenschaftlichen Zeitschriften nicht nur die Information selbst, sondern bringen auch auf einer Metaebene die Bedeutung der gedruckten Information und ihres Autors zum Ausdruck.

Die wirtschaftliche Seite ist durch die folgenden Parameter bestimmt. Gerade für Wissenschaftler am Beginn ihrer Karriere ist es von entscheidender Bedeutung, ihre Forschungsergebnisse in den Zeitschriften zu platzieren, die in der wissenschaftlichen Gemeinschaft das höchste Ansehen genießen. Ganz überwiegend projektbezogen in befristeten Arbeitsverhältnissen an den Hochschulen beschäftigt, werden von ihnen quantitativ sichtbare und qualitativ hochwertige Publikationen in den renommiertesten Zeitschriften ihres Fachs erwartet, wollen sie sich eine gute Chance für eine zukünftige Karriere in Leitungspositionen der Wissenschaft erarbeiten. „Publish or perish“ lautet hier die Devise, die im Übrigen auch durch die gängigen Bewertungsmuster wissenschaftlichen Publizierens mit Impact-Faktoren gestützt wird. Vor allem in den STM²-Fächern und dort wiederum in dem sich besonders dynamisch entwickelnden Bereich der Lebenswissenschaften handelt es sich um hier nicht weiter hinterfragte Muster wissenschaftlichen Publizierens. Dabei wird jedoch von den Wissenschaftlern übersehen, dass die Verbreitung des Wissens durch die Verlage oft eingeschränkt ist, zumal dann, wenn die Nutzungsrechte exklusiv auf sie übertragen werden.

Auf der Seite der Anbieter dieser Leistungen hat sich dagegen in der letzten Dekade ein klarer Marktberaumungsprozess abgespielt. Im Zuge der anhaltenden Krise der Finanzierung der Hochschulen durch die Länder³, wurden die Beschaffungsetats der Bibliotheken im besten Falle eingefroren, in der Regel aber sogar reduziert. In der nächsten Zukunft wird sich daran angesichts der Finanzlage der öffentlichen Haushalte nichts ändern, wenn nicht sogar mit einer weiteren Verschärfung der Situation zu rechnen ist. Dies führte zu Abbestellungen von Zeitschriften und hatte auf der anderen Seite zur Folge, dass die Verlage die Preise erhöhten oder aber ihr Angebot auf die Bestellung von Zeitschriftenpaketen umstellten, die die Hochschulen zum Bezug auch an sich nicht notwendiger Zeitschriften zwang. Auf der Anbieterseite konnten sich so monopol-

² Science, Technology, Medicine.

³ Die unter anderem auch daraus resultiert, dass in der Finanzstatistik die Personalkosten an den Hochschulen nicht dem investiven Bereich zugeordnet sind.

ähnliche Strukturen entwickeln, die dem Wettbewerb immer engere Grenzen setzen⁴. Als Beleg für diesen Sachverhalt wird darauf verwiesen, dass die Umsatzrendite des Marktführers Reed-Elsevier, der ca. 1800 wissenschaftliche Zeitschriften vertreibt, inzwischen bei 20% liegt⁵. Im Zuge dieser Entwicklung haben sich die Kosten für die wissenschaftliche Literaturversorgung in den vergangenen Jahren mit zweistelligen Preissteigerungsraten erhöht⁶, und zwar bei real sinkenden Bibliotheksetats.

Allein für die Beschaffung von Zeitschriften wurden 2002 in Deutschland von den Hochschulen geschätzte 150 Mio. € ausgegeben. Davon wurden allein etwa 10 Mio. € im Land Baden-Württemberg aufgebracht. Die Hälfte des bibliothekarischen Beschaffungsetats in Höhe von 1 Mio. € der Universität Karlsruhe (TH) geht an von Elsevier vertriebene wissenschaftliche Zeitschriften. Die sich daraus ergebenden Auswirkungen können am Beispiel dieser Universität gut dargestellt werden. Gerade die besonders anerkannten Zeitschriften haben inzwischen Abonnementkosten erreicht, die selbst für die großen wissenschaftlichen Bibliotheken kaum und schon gar nicht für die einzelnen Institute finanzierbar sind. An der Universitätsbibliothek in Karlsruhe haben sich zwischen den Jahren 2000 und 2003 die Kosten für wissenschaftliche Zeitschriften um durchschnittlich 35 % erhöht. Angesichts rückläufiger öffentlicher Zuschüsse sind die Universitäten daher gezwungen, die gehaltenen Exemplare laufend zu reduzieren. Von 1996 bis 2002 wurden im Land Baden-Württemberg allein circa 55 % der Zeitschriften von den Universitäten und Landesbibliotheken abbestellt. Trotzdem stiegen noch die Gesamtausgaben.

Es liegt auf der Hand, dass in dieser Situation Nachwuchswissenschaftler im Zuge ihrer wissenschaftlichen Laufbahn keine andere Möglichkeit haben, als die von den Verlegern vorgegebenen Vertragsbedingungen zu akzeptieren. Diese sehen in der

⁴ Von einer zunehmenden Monopolisierung sprechen auch *Fladung/Dugall* „Ausweg aus der Zeitschriftenkrise? Ein Entscheidungsmodell für den Bezug elektronischer Zeitschriften im konsortialen Rahmen“, Bibliotheksdienst 2003, S. 1557. Ob sich durch eine Optimierung der Bezugstarife die Zeitschriftenkrise bewältigen lassen könnte, wird allerdings bezweifelt (aaO S. 1573). Nach Auffassung des *BMBF* - Strategisches Positionspapier *Information vernetzen - Wissen aktivieren* vom September 2002 S. 5 - begünstigen die globalen Netze die Entstehung von Weltoligopolen bis hin zu Monopolen und stehen damit zunehmend im Konflikt mit dem öffentlichen Interesse am ungehinderten Zugang zu wissenschaftlicher Information.

⁵ Bei einem Umsatz von 5 Mrd. \$ wird nach eigenen Angaben (Annual Report and Financial Statement 2002) 1 Mrd. \$ Gewinn erzielt. Instrukтив zur Kalkulation der Verlage Hans *Roosendaal*, Professor für wissenschaftliche Information an der Universität Twente und vormals viele Jahre Manager bei Elsevier, in „Teure Erkenntnisse“ www.swr.de/swr2/sendungen/wissen-aula/archiv/2004/02/16/index.html

⁶ Eine Studie im Auftrag des Bibliotheksausschusses der DFG (Analyse der Etatsituation der wissenschaftlichen Bibliotheken 1998/1999) wies für den Zeitraum von 1992 bis 1998 für eine repräsentative Auswahl von Zeitschriften aus dem STM-Bereich durchschnittliche Preissteigerungen von mehr als 100 % nach; bei einem Viertel der Stichprobe lag sie bei über 200%, WR aaO Fn. 7 S. 16. Der Bezug von Top-Zeitschriften - wie etwa „Brain Research“ - kostet inzwischen über 20.000 \$ im Jahr.

Regel so aus, dass der Autor seine Rechte an der Publikation exklusiv dem Verlag überträgt⁷ und für die Veröffentlichung einen substantiellen finanziellen Beitrag leistet.

2. Open Access

Der zweite, für die Verbreitung wissenschaftlichen Wissens maßgebliche Faktor sind die technologischen Entwicklungen in den letzten Jahren, die unter dem Begriff „Neue Medien“ zusammengefasst werden⁸. Zum ersten Mal in der Geschichte der Menschheit besteht über das Internet die Möglichkeit einer umfassenden und interaktiven Repräsentation des menschlichen Wissens für jeden Online-Nutzer, zu jeder Zeit und mit der Garantie des weltweiten Zugangs. Das Internet als globales Instrument der Distribution wissenschaftlicher Erkenntnisse und geistiger Reflexion zu fördern, setzt jedoch das Prinzip des „offenen Zugangs“ voraus.

Vor dem Hintergrund der restriktiven Haltung der Verlage haben vor einigen Jahren insbesondere im anglo-amerikanischen Raum Wissenschaftler Netzwerke für die Darstellung und Verbreitung ihrer Forschungsergebnisse in elektronischer Form geschaffen. Beispielhaft ist hier die Scholarly Publication in Academic and Research Coalition (SPARC) zu nennen, die bereits 1998 von Bibliothekaren und Wissenschaftlern initiiert wurde, um in Konkurrenz zu verlagsvertriebenen Produkten Peer-Review-Fachzeitschriften aufzubauen. Ziel dieser Initiative ist es, durch Hilfeleistungen und Organisationsempfehlungen die Gründung hochschuleigener Zeitschriften zu unterstützen⁹. Die großen Wissenschaftsorganisationen in der Bundesrepublik Deutschland haben inzwischen dieses Thema ebenfalls - zusammen mit weiteren nationalen und internationalen Unterzeichnern - aufgegriffen und in den Mittelpunkt ihrer gemeinsamen Erklärung vom 22. Oktober 2003, der sog. „Berliner Erklärung über offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“, gestellt.

⁷ Diese Praxis hat der Wissenschaftsrat (WR) in seinen Empfehlungen zur digitalen Informationsversorgung durch Hochschulbibliotheken vom 13. Juli 2001 (Drs. 4935/01) zu Recht bemängelt. Der WR erwartet von den Wissenschaftlern in ihrer doppelten Funktion als Autoren und Nutzer ein differenziertes Umgehen mit dem Urheberrecht, das darin besteht, sich das Recht zur Zweitverwertung vorzubehalten, um etwa Online-Veröffentlichungen auf Hochschulservern zu ermöglichen, aaO. S. 26. Vgl. hierzu auch *Halle* „Wissenschaftliche Publikationskultur und Hochschulverlage“, ZfBB 50 (2003), 243.

⁸ Unter dem Begriff „Neue Medien“ sind allgemeine Verfahren und Mittel zusammengefasst, die mit Hilfe digitaler Technologie bislang nicht gebräuchliche Formen der Informationsverarbeitung, Informationsspeicherung und Informationsübertragung einschließlich neuartiger Formen von Kommunikation ermöglichen, WR aaO Fn. 7, S. 2, 5ff. mwN.

⁹ Vgl. hierzu und zu weiteren einschlägigen Initiativen (Open Archives Initiative OAI aus 1991, Public Library of Science aus 2001, Budapester Open Access-Initiative aus 2002) aus dem Ausland *Rusch-Feja*, e Forum zeitGeschichte 2/3 2002, www.eforum-zeitgeschichte.at/2_2002a5.html

Dort heißt es: „Unsere Aufgabe, Wissen zu verbreiten ist nur halb erfolgt, wenn die Information für die Gesellschaft nicht breit gestreut und leicht zugänglich ist. Neue Möglichkeiten der Wissensverbreitung nicht ausschließlich in der klassischen Form, sondern zunehmend auch nach dem Prinzip des offenen Zugangs über das Internet müssen gefördert werden.“ Die Wissenschaftsorganisationen fordern, dass das künftige Web nachhaltig, interaktiv und transparent sowie Inhalte und Software frei verfügbar und kompatibel sein müssen¹⁰. Zur weiteren Förderung dieses „Prinzips des offenen Zugangs“ zum Nutzen von Wissenschaft und Gesellschaft treten die deutschen Forschungsorganisationen¹¹ dafür ein, dass die Forscher und Stipendiaten ihre Arbeiten möglichst ungehindert veröffentlichen können. Dabei sollten Mittel und Wege gefunden werden, um für die „Open Access“-Beiträge und Online-Zeitschriften die wissenschaftliche Qualität zu sichern. Ferner treten sie dafür ein, dass diese Veröffentlichungen bei der Begutachtung von Forschungsleistungen sowie der wissenschaftlichen Karriere anerkannt werden. Die Wissenschaftsorganisationen streben dabei nach Lösungen, die die Weiterentwicklung der gegenwärtigen rechtlichen und finanziellen Rahmenbedingungen unterstützen, um so den bestmöglichen Gebrauch des Wissens zu erleichtern.

Zusammengefasst ist festzustellen, dass die dargestellte Situation im Hochschulbereich vor dem Hintergrund zweier an sich voneinander unabhängigen Sachverhalte zu verstehen ist. Auf der einen Seite tendieren die Marktmacht der Verleger und der Wettbewerbsdruck zur Publikation in bestimmten hochrangigen wissenschaftlichen Journalen insbesondere bei den Nachwuchswissenschaftlern dazu, den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen stark zu selektieren und damit quantitativ zu verengen. Auf der anderen Seite wird von den Wissenschaftsorganisationen im Rahmen des „Open Access“-Paradigmas¹² ein möglichst ungehinderter Zugang zum wissenschaftlichen und kulturellen Wissen gefordert. Bevor der Frage nachgegangen werden soll, wie diese Disparität durch Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen aufgelöst werden kann, ist eine Bewertung des Sachverhalts unter dem Aspekt der Wertschöpfung erforderlich.

¹⁰ Pressemitteilung der MPG vom 22. Oktober 2003 (Nr. 125)

¹¹Unterzeichner sind die Präsidenten der Deutschen Forschungsgemeinschaft, Max-Planck-Gesellschaft, Helmholtz-Gemeinschaft, Wissenschaftsgemeinschaft Gottfried Wilhelm Leibniz, Fraunhofer-Gesellschaft, der Hochschulrektorenkonferenz und der Vorsitzende des Wissenschaftsrates.

¹² Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass dieses Paradigma dann, wenn es um schutzrechtsrelevantes Wissen geht, normativen Einschränkungen unterliegt. Dies gilt jedenfalls so lange, bis in der EU die 1978 abgeschaffte Neuheitsschonfrist wieder eingeführt ist. Im Übrigen wird „Open Access“ nichts daran ändern, dass auch in Zukunft Autoren aus der Wissenschaft Wert auf ihre Urheberrechte legen werden. Zurückhaltend auch *Roosendaal* aaO Fn. 5.

III. Bewertung vor dem Hintergrund der Wertschöpfungskette

Es stellt sich die Frage, ob die so beschriebenen und letztlich in einer längeren Entwicklung gewachsenen Verhältnisse als wissenschaftsadäquat hingenommen werden müssen oder ob nicht gerade umgekehrt die Wissenschaftsadäquanz eine grundlegende Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen erfordert. Für die Antwort kommt es entscheidend darauf an, die Wertschöpfungskette des wissenschaftlichen Publizierens sowie die dadurch ausgelösten Finanzierungsströme genauer zu analysieren und daraus die richtigen Schlussfolgerungen zu ziehen.

Betrachtet man den derzeit gängigen Publikationsprozess in der Wissenschaft unter dem Aspekt der Wertschöpfung¹³, der vom Autor über den Verlag und das dortige Begutachtungsverfahren weiter über den Agenten und die Bibliothek einer Universität zum Leser führt, fällt auf, dass die inhaltliche Wertschöpfung über drei von der öffentlichen Hand alimentierte Stationen führt: Sie finanziert nicht nur die Autoren und die Infrastruktur der Hochschulen, sondern ganz überwiegend auch die Gutachter, die kostenlos für die Verlage tätig werden. Lediglich die Aufbereitung und Distribution der Publikationen erfolgt über die Verlage und deren Vertriebsorganisationen.

Die diesem Wertschöpfungsprozess zugrunde liegenden Geldströme fließen dagegen reziprok. Über die öffentliche Hand werden die Publikationen drei Mal finanziert, und zwar dadurch, dass sie die Infrastruktur als Grundausstattung der Hochschulen vorhält, die Personalkosten der Wissenschaftler trägt und deren Ergebnisse in Form von Publikationen dann wiederum von den Verlagen erwirbt.

Hinzu kommt, dass die publizierenden Wissenschaftler selber in erheblichem Maße an der Verbreitung ihrer Erkenntnisse finanziell dadurch beteiligt sind, dass sie einen Eigenbeitrag für die Veröffentlichung an die Verlage entrichten¹⁴, oft unentgeltlich schreiben und sie ihre Mitwirkung im Herausbergremium durchaus auch honoris causa übernehmen.

¹³ Vgl. hierzu und zu den Alternativen insbesondere die HRK-Empfehlungen vom 5. November 2002, ferner *Roosendaal* eal „Eine neue Wertschöpfungskette für den Markt der wissenschaftlichen Information?“, *Bibliothek* 26 (2002), S. 149-153 und *Halle* aaO Fn.7 S. 243.

¹⁴ Die angesehenere Zeitschrift *Blood* etwa verlangt für einen siebenseitigen Artikel mit einem farbig gedruckten Bild etwa 800 \$ und noch mehr, wenn die Zahl der Bilder zunimmt, *Grätzel von Grätz* in: *Telepolis*, Magazin für Netzkultur vom 10.11.2003.

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Diese Sachlage ist in hohem Maße unbefriedigend, und zwar aus hochschul-, wirtschafts- und finanzpolitischen Gründen gleichermaßen. Hochschulpolitisch geht es darum, kurzfristig die notwendige und angemessene Ausstattung der Hochschulen mit Medien jeder Form mit vertretbaren Aufwendungen wieder zu sichern und - mit längerer Perspektive - ihnen als Orte der Wissensgenerierung in einem weiteren Schritt die Möglichkeit zu eröffnen, schwerpunkt- und profilbezogen durch eigene Verlage zu publizieren. Wirtschaftspolitisch können monopolähnliche Strukturen dann nicht mehr hingenommen werden, wenn die Marktmacht der Anbieter einen offenen Wettbewerb nicht mehr zulässt. Finanzpolitisch können die einseitig aus dem öffentlichen Bereich zu Gunsten der Verlegerseite ausgerichteten Finanzströme - das heißt die in den Verlagen privatisierte Gewinnabschöpfung - nicht mehr akzeptiert werden, da die Wertschöpfung - mit Ausnahme der Druckkosten und Werbemaßnahmen auf Seiten der Verlage - überwiegend mit Mitteln der öffentlichen Hand generiert wird.

IV. Rechtslage de lege lata

Nach der geltenden Rechtslage besteht keine rechtlich gesicherte Möglichkeit für die Hochschulen, auf Publikationen des bei ihnen beschäftigten Personals zum Zwecke der Publikation von Werken im Bereich von Forschung und Lehre etwa über eigene Verlage oder über elektronische Medien zuzugreifen. Soweit dergleichen dennoch geschieht, erfolgt es ausnahmsweise und auf freiwilliger Basis. Dieser Sachverhalt gilt gleichermaßen für elektronische Publikationen, Preprint-Veröffentlichungen und Publikationen in herkömmlicher Form.

Vom so genannten „Schöpferprinzip“ ausgehend unterscheidet das deutsche Urheberrecht einerseits zwischen der nicht übertragbaren Urheberpersönlichkeit und des grundsätzlich ebenfalls nicht übertragbaren Urheberrechts (§ 29 UrhG) und der - verfügend oder verpflichtend - nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen disponiblen Einräumung von Nutzungsrechten an bestehenden und künftigen Werken andererseits (zu letzteren vgl. § 40 UrhG).

Es ist herrschende Auffassung insbesondere in der Literatur, dass den weisungsunabhängig in Forschung und Lehre tätigen Hochschulangehörigen im Hinblick auf die durch Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Wissenschaftsfreiheit eine Sonderstellung einzuräu-

men ist. Bei diesem Personenkreis gehört die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen und Unterrichtsmaterialien nicht mehr zu den Dienstaufgaben¹⁵. Daraus wird abgeleitet, dass der unter den Schutz von Art. 5 Abs. 3 GG fallende Personenkreis unabhängig von seinem Dienstherrn entscheiden kann, ob und in welcher Weise er Forschungen weiterführt und ihre Ergebnisse auswertet. Den Grundrechtsinhaber soll auch keine Rechtspflicht zur Schaffung konkreter Forschungsergebnisse und deren Veröffentlichung treffen.¹⁶ Welche Folgen sich aus dieser, den Kernbereich der Publikationsfreiheit von an Hochschulen beschäftigten Wissenschaftlern betreffende Rechtslage für eine Reihe von Fragen auf einfachgesetzlicher Ebene ergeben, ist indessen weitgehend ungeklärt¹⁷.

Allerdings geht der BGH in seiner Entscheidung vom 27. September 1990¹⁸ (*Grabungsmaterialien*) grundsätzlich von einer Anbietungspflicht der Professoren aus, die im Interesse von Universität und Allgemeinheit auf einen jederzeitigen Zugriff zur weiteren wissenschaftlichen Nutzung und Auswertung durch ein dauerhaftes Besitzrechts konkretisiert ist. Dies - so der BGH - gilt ausdrücklich auch für die Verpflichtung zur grundsätzlich unentgeltlichen Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte für die Universität, da die Materialien sowie die damit in Zusammenhang stehenden Schriftwerke und sonstigen Aufzeichnungen unter Einsatz erheblicher Personal- und Sachmittel der Universität erstellt worden sind. Eine solche Anbietungspflicht ergibt sich nach der zutreffenden Auffassung des BGH als fortbestehende Treuepflicht aus dem Dienstverhältnis des verstorbenen Professors. Dabei hat das Gericht auch ausdrücklich klargestellt, dass dieser kein unbeschränktes Privateigentum erlangt hat, mit dem er nach Belieben verfahren konnte¹⁹.

¹⁵ *Wandtke-Bullinger*, Urheberrecht, § 43 Rn. 26; *Dreier/Schulze*, UrhG, § 43 Rn 12; *Schricker-Rojahn*, Kommentar zum UrhG, 2. Aufl., 1999, § 43 Rn. 63; *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 9. Aufl., § 43 Rn. 2. A.A. allerdings mit beachtlichen Gründen VG Berlin, DÖV 1977, S. 643, in diese Richtung auch BVerfGE 47, 327 (375 f.), ferner *Fahse*, GRUR 1996, 336.

¹⁶ Vgl. insbesondere *Czychowski* in: *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts § 65 Rn 5.;; so auch OLG Karlsruhe GRUR 1988, 536, 538. Für eine Anbietungspflicht indessen BGHZ 112, 243, 254 f. - *Grabungsmaterialien* -, der einen Fall der Projektförderung durch die Deutschen Forschungsgemeinschaft betraf. Ebenso *Rehbinder* in FS Hubmann, 1985, S. 359 (367); in Ausnahmefällen auch *Kraßer/Schricker*, Patent- und Urheberrecht an Hochschulen, S. 109.

¹⁷ Vgl. etwa *Schricker-Rojahn* aaO Rn. 12 und Rn 31 mwN. Eine instruktive Zusammenfassung findet sich bei *Heermann* GRUR 1999, S. 468.

¹⁸ AaO Fn 16S. 256ff.

¹⁹ Die Rechtsprechung des BGH hat derartige Anbietungspflichten aus einer Treuepflicht inzwischen auch in einem Fall von Nutzungsrechten an neuen Nutzungsarten (CD-ROM) bejaht, GRUR 2002, 248/250. Mit Blick auf diese Rechtsprechung und den Wegfall des Hochschullehrerprivilegs bei Erfindungen (vgl. hierzu *Fleuchaus/Braitmayer* GRUR 2002, 653) wird die generelle Ablehnung einer Anbietungspflicht im Hochschulbereich kaum mehr haltbar sein (so aber *Nordemann* in *Loewenheim* aaO Fn. 16 § 63 Rn 20 f mwN).

Dennoch muss bezweifelt werden, dass diese höchstrichterliche Einzelfallentscheidung eine hinreichend tragfähige Basis für die Hochschulen ist, die Publikationen des bei ihnen beschäftigten wissenschaftlichen Personals zur Veröffentlichung in eigenen Hochschulverlagen oder auch nur in Preprint-Versionen auf Hochschulservern in Anspruch zu nehmen. Ohne eine gesetzliche Regelung wird es zudem nicht möglich sein, den notwendigen Paradigmenwechsel für Open Access einzuleiten. An dieser Notwendigkeit vermögen auch vereinzelt in Deutschland geförderte Pilotprojekte²⁰ nichts zu ändern.

Es ist daher eine gesetzliche Regelung erforderlich. Der Gegenstand dieser Regelung kann auf die - optional auszuübende - Berechtigung der Hochschulen, innerhalb eines angemessenen Zeitfensters Publikationen von Wissenschaftlern für die Veröffentlichung durch die Hochschule selbst in Anspruch zu nehmen, beschränkt werden.

V. Verfassungsrechtliche Grenzen einer gesetzlichen Regelung

Die verfassungsrechtlichen Grenzen der gesetzlichen Regelung eines Zugriffsrechts der Hochschulen bezüglich der Verwertung von Publikationen des wissenschaftlich tätigen Personals werden in erster Linie durch Art. 5 Abs. 3 GG gesetzt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²¹ gewährt die Wissenschaftsfreiheit jedem, der im Bereich von Wissenschaft, Forschung und Lehre tätig ist, ein individuelles Freiheitsrecht, das als Abwehrrecht die wissenschaftliche Betätigung als solche gegen staatliche Eingriffe grundsätzlich vorbehaltlos schützt. In diesen Freiraum fallen vor allem die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen, ihre Deutung und Weitergabe. Die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG ist auf die wissenschaftliche Tätigkeit, das heißt auf alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter und planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist, fokussiert. Begrenzungen der so definierten Wissenschaftsfreiheit durch Gesetz sind ausgeschlossen. Bei der verfassungsrechtlichen Prüfung kommt es also entscheidend darauf an, dass bei den Überlegungen de lege ferenda der von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts definierte Kernbereich von Art. 5 Abs. 3 GG nicht tangiert wird.

²⁰ Von der DFG wird das Projekt German Academic Publishers (GAP) gefördert. Dabei handelt es sich um eine befristete Förderung eines gemeinsamen Hochschulverlags der Universitäten Hamburg, Karlsruhe und Oldenburg.

²¹ BVerfG in ständiger Rechtsprechung seit E 35, 79 (112 ff.), vgl. insbesondere auch BVerfGE 47, 327 (367 ff.), 95, 193 (209 ff.).

Es muss also eine Regelung gefunden werden, die die Freiheit der von Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Werkschöpfung als solche unberührt lässt und sich nur auf deren Verwertung in Form der Veröffentlichung eines wissenschaftlichen Ergebnisses bezieht. Eine solche Norm würde dann in erster Linie die Schutzbereiche der Art. 12 und 14 GG betreffen²², da in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Absatz 3 GG nicht die wirtschaftliche Verwertung wissenschaftlicher Erkenntnisse fällt. Hier tritt vielmehr Art. 5 Abs. 3 GG hinter Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG zurück²³. Zwar ist es richtig, dass die Verfügung über das Forschungsergebnis durch Veröffentlichung als geistiges Eigentum oder Verwertung in Form gewerblicher Schutzrechte insofern in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 GG fällt, als es um das „ob“ der Veröffentlichung geht (negative Publikationsfreiheit)²⁴.

Darum geht es vorliegend aber gerade nicht, da beim zu regelnden Sachverhalt die positive Entscheidung des Wissenschaftlers über das „ob“ der Veröffentlichung gerade vorausgesetzt wird und damit nicht Gegenstand der Regelung ist. Die Frage des „wo“ einer Veröffentlichung wird dagegen jedenfalls dann nicht mehr vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG umfasst, sofern der Ort der Veröffentlichung noch wissenschaftsadäquat ist. Wie die Beispiele in den USA²⁵ und den Niederlanden zeigen, hat sich inzwischen die Veröffentlichung in hochschuleigenen Verlagen oder auf Hochschulservern zumindest in einzelnen Fachdisziplinen als wissenschaftsadäquate Alternative zu den bisherigen Publikationsformen entwickelt. In diesem Rahmen geht es im Kern darum, auf welchem Weg das wissenschaftliche Ergebnis publiziert wird. Dies ist eine Frage der wirtschaftlichen Disposition des Verfassers, die im verfassungsrechtlichen Kontext vor der Annahme zur Veröffentlichung unter die allgemeine Handlungsfreiheit des Art 2 Abs. 1 GG fällt und im Rahmen der allgemeinen Gesetze gewährleistet ist.

²² Nach der Rechtsprechung des BVerfG (E 85, 360 (383)) schützt Art. 14 GG das Erworbenere als die Ergebnisse geleisteter Arbeit, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, also die Betätigung selbst.

²³ *Scholz* in *Maunz-Dürig* Art. 5 Abs. 3 GG Rn 84, *Oppermann* HdStR VI 818, *Sachs-Bethge*, GG, Art. 5 Rn 220a; BVerwGE 13, 112 ff.

²⁴ So wohl auch *Oppermann* aaO 824 Rn 28 aE.

²⁵ Harvard University Press, vor 125 Jahren gegründet. Vgl. im Übrigen *Rusch-Feja* aaO Fn. 8. Vgl. hierzu auch die Mitteilung der University of California vom 1. November 2003, aus der hervorgeht, dass die UCSF nach erfolglosen Verhandlungen mit Elsevier in hochschuleigene Zeitschriftenpublikationen einzusteigen plant. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Initiative des Medizin-Nobelpreisträgers Harold Varmus. Im Rahmen der von ihm Ende 2000 gegründeten Public Library of Science (PLoS) veröffentlichen dort bereits 30.000 Wissenschaftler aus 180 Ländern. Die Veröffentlichungen sind für jeden Internetnutzer frei zugänglich. Allerdings übernehmen die Autoren die Kosten für die redaktionelle Arbeit selber, vgl. Fn 8.

VI. Vorschlag de lege ferenda

Es wird daher vorgeschlagen, im Rahmen der noch in dieser Legislaturperiode auf Ebene des Bundes anstehenden weiteren Novellierungen des Urheberrechts²⁶ eine Regelung ins Urhebergesetz aufzunehmen, der in den von Art. 5 Abs. 3 GG gesetzten und von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konkretisierten Grenzen die Maßstäbe der Entscheidung des BGH²⁷ zugrunde gelegt sind. Es liegt nahe, diese Regelung als neuen Absatz 2 bei § 43 UrhG zu verorten.

Hierbei würde es sich lediglich um eine deklaratorische Klarstellung der bereits von der höchstrichterlichen Rechtsprechung festgestellten Rechtslage handeln. Danach wäre der an einer Hochschule beschäftigte Urheber verpflichtet, ein im Rahmen seiner Lehr- und Forschungstätigkeit entstandenes Werk nach § 2 Absatz 1 Nr. 1²⁸ der Hochschule - gegebenenfalls auch nicht exklusiv - zur Veröffentlichung anzubieten. Würde das Werk nicht binnen einer angemessenen Frist von der Hochschule zur Veröffentlichung in Anspruch genommen, stünde ihm sein urheberrechtliches Verwertungsrecht wieder unbeschränkt zu.

In Anlehnung an die seit dem 7. Februar 2002 geltenden Regelungen im Gesetz über Arbeitnehmererfindungen zur Patentierung und Verwertung von Hochschulerfindungen²⁹ wird eine zeitlich befristete Option zugunsten der Hochschulen vorgeschlagen, Werke der bei ihnen Beschäftigten zum Zwecke der Veröffentlichung in Anspruch zu nehmen. Dadurch wird den berechtigten Interessen der Wissenschaftler an raschen zeitlichen Abläufen der Veröffentlichung Rechnung getragen. Mit der vorgeschlagenen Gesetzesfassung wird den Hochschulen auch ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich des Umfangs der Inanspruchnahme des Rechts zur Veröffentlichung eingeräumt. Insbesondere kann sie auf eine nichtexklusive, zeitlich befristete oder auch auf bestimmte Veröffentlichungsarten - wie etwa die Form der digitalen Veröffentlichung

²⁶ Sedes materiae ist nach Art. 73 Nr. 9 GG das Urheberrecht. Es geht um eine auf den Bereich der Hochschulen beschränkte Regelung für wissenschaftliches Personal. Auch bei der Novellierung des § 42 des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen vom 18.01.2002 (BGBl I S. 414) wurde für den Bereich der Verwertung von Forschungserfindungen durch den Dienstherrn der Weg über das einschlägige Spezialgesetz gewählt. Daher sollte die hier vorgeschlagene Regelung ebenfalls der Weg über das einschlägige Fachgesetz erfolgen. Auch aus anderen Gründen bietet sich eine Regelung über das Hochschul- oder öffentliche Dienstrecht - also entweder über das HRG oder das BRRG - nicht an.

²⁷ AaO Fn. 16. Neben den Grabungsmaterialien ging es auch um die dazu gehörende Dokumentation des Wissenschaftlers. Dabei handelte es sich um „geistiges Eigentum“, das unter den Schutz des Urheberrechts fällt.

²⁸ Das sind insbesondere Sprachwerke wie Schriftwerke in Lehrbüchern, Monographien, Zeitschriften etc., vgl. Kraßer/Schricker aaO Fn. 16 S. 77.

²⁹ BGBl I 2002 S. 414. Vgl. hierzu *Böhringer* NJW 2002, S. 952.

auf hochschuleigenen Servern - limitierte Inanspruchnahme beschränkt werden (§§ 31, 32 UrhG).

Es wird vorgeschlagen, die Option auf Schriftwerke im Sinne von § 2 Absatz 1 Nr. 1 zu beschränken. Im Hinblick darauf, dass die Wissenschaftler in der zeitlichen Disposition ihrer Publikation möglichst gering tangiert werden, wird eine Frist von zwei Monaten für angemessen gehalten, innerhalb derer die Hochschulen ihr Zugriffsrecht ausüben können. Dies wird in der Praxis in keinem Fall zu einer Verzögerung der Veröffentlichung führen, da der Autor nicht gehindert ist, sein Werk gleichzeitig bei einem anderen Verleger zur Veröffentlichung einzureichen.

Eine über die allgemeinen urheberrechtlichen Vorschriften hinausgehende Entgeltregelung als Folge einer Inanspruchnahme ist aus Rechtsgründen weder zwingend noch erforderlich. Zunächst wird die Position der Urheber wissenschaftlicher Werke dadurch entscheidend verbessert, dass im Fall der Inanspruchnahme durch die Hochschule diese das volle Veröffentlichungsrisiko einschließlich der damit verbundenen Kosten übernimmt. Wenn auch der an Hochschulen beschäftigte Wissenschaftler dienstrechtlich nicht zur Veröffentlichung seiner Erkenntnisse verpflichtet ist³⁰, geht die h. M. jedenfalls für den Bereich öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse davon aus, dass er durch die Vergütung aus dem Dienstverhältnis hinreichend alimentiert wird³¹. Gegen eine zusätzliche Vergütungspflicht spricht darüber hinaus, dass das zu publizierende Ergebnis auch unter maßgeblichem Einsatz der gesamten Infrastruktur der Hochschule und ihres wissenschaftlich-technologischen Umfelds geschaffen worden ist³².

VII. Ausblick

Mit der vorgeschlagenen abgestuften Optionslösung³³ könnte jedenfalls mittelfristig nicht nur dem Prinzip des Open Access mehr Geltung verschafft, sondern auch für

³⁰ Vgl. Fn. 14.

³¹ *Schricker-Rojahn* aaO Rn 70 mwN. A.A. *Wandtke-Bullinger*, aaO Fn 14.

³² BGH aaO Fn 15. Vgl. hierzu auch *Halle* aaO Fn. 7, S. 243. Ausnahmsweise kann aber im Einzelfall eine Vergütungspflicht dann entstehen, wenn eine besonders hochwertige Leistung erbracht wurde (§ 612 BGB) oder § 32 a UrhG (Bestsellerparagraph) einschlägig ist.

³³ Der Vorschlag stimmt mit Regelungen in anderen Ländern überein, wie sie z. B. in den Niederlanden gültig sind. Im Gegensatz zum „Schöpferprinzip“, das dem deutschen Urheberrecht zugrunde liegt, steht das Urheberrecht von Arbeitnehmern dort - wie im anglo-amerikanischen Recht - grundsätzlich dem Arbeitgeber zu. Dort muss ein Wissenschaftler seine Arbeiten der Hochschule zur Veröffentlichung anbieten, erhält das uneingeschränkte Verwertungsrecht aber sofort zurück, wenn die Hochschule diese Option nicht wahrnimmt. Weiterhin ist bereits jetzt für deutsche Autoren in Autorenverträgen einiger Verlage die Regelung enthalten, dass die exklusive Übertragung des Copyright an den Verlag dann nicht erfolgen muss, wenn der Arbeitgeber dies nicht erlaubt (z. B. Neuroscience von Elsevier Reed).

mehr Wettbewerb auf dem Zeitschriftenmarkt gesorgt werden. Darüber hinaus würde die Schlüsselrolle der - mit Rechenzentren und Hochschulverlagen kooperierenden - Hochschulbibliotheken als lokale Knotenpunkte der Informationsversorgung³⁴ wieder entscheidend gestärkt werden. Die Ausübung der Option durch die Hochschulen setzt freilich voraus, dass vor Ort geeignete, das heißt wissenschaftsadäquate, Strukturen wissenschaftlichen Publizierens, etwa in referierten Zeitschriften von Hochschulverlagen, vorhanden sind.

Zu Unrecht fürchten die Verlage, dass die Verbreitung von Zeitschriftenartikeln nach dem Prinzip des offenen Zugangs durch das Internet ihre Marktchancen verschlechtern. Dies ist jedoch keineswegs zwingend. Wie oben dargelegt, verbreiten die großen Zeitschriftenverlage nicht nur die Information selbst, sondern sind gleichzeitig Gradmesser der Bedeutung des Autors. Gerade durch die hohe Selektivität und das strenge Begutachtungsverfahren findet hier eine Auslese statt, die das Internet nach dem Prinzip des offenen Zugangs gerade nicht leisten kann. Darüber hinaus haben die Zeitschriftenverlage die Möglichkeit, ihren Produkten – zumindest in der elektronischen Version – einen weiteren Mehrwert zu verschaffen, indem Referenzdaten zu den publizierten Artikeln gleich mitgeliefert werden.

Die Publikation von Artikeln im Internet wird damit nicht das Geschäftsmodell der etablierten Wissenschaftsverlage stören, es hilft aber, das Wissen stärker zu verbreiten und auch denen, für die eine bestimmte Zeitschrift nicht im Zentrum des wissenschaftlichen Interesses liegt und die sie aus diesem Grunde nicht beziehen, rasch und kostengünstig die Chance eröffnen, an die entsprechenden Informationen zu gelangen. Darüber hinaus bietet das Internet für die Zeitschriftenverlage zusätzlich die Möglichkeit, die Bedeutung eines Artikels vor der Publikation besser einzuschätzen. So könnte man sich vorstellen, dass ein Wissenschaftler seine gewonnenen Erkenntnisse auf einem Server der Universität als Preprint hinterlegt und gleichzeitig die Veröffentlichung in einer renommierten Zeitschrift in die Wege leitet. Während des Begutachtungsverfahrens, das sich im Regelfall einige Zeit hinzieht, hat die wissenschaftliche Gemeinschaft Gelegenheit, auf den Artikel zuzugreifen und gegebenenfalls zu den dort vertretenen Thesen Stellung zu nehmen. Im Augenblick der Entscheidung über die Publikation haben die Herausgeber in diesem Falle zusätzliche Informationen, die sie neben den

³⁴ Als Zentrum des Informationsmanagements muss die Hochschulbibliothek nach Auffassung des WR (aaO Fn. 7 S. 30) in Zukunft die Funktion eines aktiven und flexiblen Dienstleistungsanbieters und -vermittlers für die umfassende Integration aller Medienformen in Forschung, Lehre und Weiterbildung übernehmen.

Voten der Gutachter berücksichtigen können. Hätte es diese Möglichkeit schon in den 70-er Jahren gegeben, wäre vermutlich Daniel³⁵ in seinem Buch „The Guardian of Science“ nicht zu dem Befund gekommen, dass die Mehrzahl der bahnbrechenden Entdeckungen in der Chemie in den 70-er Jahren von den großen etablierten Zeitschriften zunächst nicht zur Publikation angenommen worden waren. Heute könnten dagegen über das Internet rasch und mit hoher Zuverlässigkeit zusätzliche Aussagen über die Bedeutung einer vorgeschlagenen Publikation zugänglich gemacht werden.

Wie erfolgreich das Prinzip von Open Access für die Wissenschaft nutzbar gemacht werden kann, zeigt das Humangenom-Projekt. Sämtliche Ergebnisse der beteiligten Forscher waren öffentlich zugänglich und jeder konnte auf der Arbeit des anderen unmittelbar aufbauen, so dass das Projekt deutlich schneller als geplant abgeschlossen werden konnte³⁶. Eine vergleichbare Initiative wird derzeit auch im britischen Parlament erörtert³⁷.

Entscheidend für eine durchgreifende Verbesserung der Infrastrukturen in der Informationsversorgung an den Hochschulen in Deutschland ist aber auch die Option für die Hochschulen, eigene Verlage zu gründen. Viele Wissenschaftler würden schon heute gerne die Möglichkeit einer elektronischen Publikation über die Institution, an der sie arbeiten, nutzen. Aus vermeintlich kommerziellen Gründen bestehen die großen Zeitschriftenverlage jedoch auf ihrem ausschließlichen Nutzungsrecht an den wissenschaftlichen Werken. Solange sie darauf bestehen, werden sich die meisten Wissenschaftler mangels anderweitiger Möglichkeiten diesem Druck beugen. Aus diesem Grund ist der Gesetzgeber gefordert, die rechtlichen Rahmenbedingungen entsprechend zu ändern.

Mit der vorgeschlagenen Regelung im Urheberrecht, die es einerseits den Hochschulen erlaubt, auf die Publikationen ihrer Wissenschaftler zum Zweck der Veröffentlichung zuzugreifen und es andererseits dem Wissenschaftler ermöglicht, seine Publikation einem Universitätsserver zu übertragen und sie gleichzeitig bei einer renommierten Zeitschrift einzureichen, wäre die Auflösung dieses Dilemmas erreicht. Der Bundesgesetzgeber könnte dies bereits im Rahmen des derzeit anstehenden „2. Korbs“ der Urheberrechtsnovelle umsetzen.

³⁵ Daniel, Guardian of Science, Weinheim, 1993.

³⁶ Meldung aus „Die Zeit“ vom 16. Oktober 2003.

³⁷ SPARC- EUROPE] SPARC e-news / February - March 2004.