

Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?

Nikolas Eisentraut*

Mit den Hochschulen gerät auch die Rechtswissenschaft in Zugzwang, sich verstärkt in digitalen Räumen zu bewegen. Mit der Digitalisierung eng verknüpft ist die Forderung nach einer weiterreichenden Öffnung der (Rechts-)Wissenschaft. Neben Initiativen der Europäischen Kommission und des Bundes haben die Länder im Verbund mit ihren Hochschulen und Forschungsorganisationen weitreichende Strategien zur Öffnung der Wissenschaft aufgesetzt. Indes scheint die Entwicklung in der Rechtswissenschaft nur sehr zögerlich anzukommen. Der Beitrag spürt der Digitalisierung von rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre nach und sucht nach den Gründen für die geringe Verbreitung offener Publikationen. Zugleich setzt er sich auch mit den Grenzen einer zwangsweisen Öffnung rechtswissenschaftlicher Forschung und Lehre auseinander.

I. Der Stand der Digitalisierung von Forschung und Lehre: Eine kritische Bestandsaufnahme

Die Digitalisierung als Gegenstand der Forschung ist ein Großthema der letzten Jahre, was nicht zuletzt die diesjährige Assistententagung neuerlich unter Beweis stellte.¹ Die Hochschulen selbst haben indes Nachholbedarf was ihre eigene Digitalisierung angeht. Dies betrifft zunächst die Digitalisierung als Lehrinhalt.² Aber auch für die umfassende Digitalisierung der Infrastrukturen der Hochschulen braucht es nach Auffassung der Hoch-

* Der Beitrag ist in einer ungekürzten Fassung erschienen in OdW 2020, S. 177 und Open Access abrufbar unter http://ordnungserwissenschaft.de/wp-content/uploads/2020/06/05_Eisentraut_DieDigitalisierungvonForschungundLehre.pdf. Soweit ein Open-Access-Zugang besteht, werden in den Fußnoten Links zu den Beiträgen angegeben. Diese wurden zuletzt am 3.8.2020 auf ihre Gültigkeit überprüft.

1 Vgl. auch *Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung*, Hochschulbarometer 2019, S. 22, abrufbar unter <https://www.stifterverband.org/medien/hochschul-barometer-2019>.

2 Zu den neuen digitalen Ausbildungsinhalten *Zwickel*, Jurastudium 4.0.? – Die Digitalisierung des juristischen Lehrens und Lernens, JA 2018, S. 881 (881 ff.).

schulleitungen umfassender Investitionen.³ Wo bereits digitale Infrastrukturen für Forschung und Lehre bestehen, werden sie bisher kaum genutzt.

1. Lehre

Für die Lehre halten die Hochschulen zwar digitale Lernplattformen vor.⁴ Auf diesen Lernplattformen werden jedoch meist nur Basis-Lehrmaterialien angeboten wie Vorlesungsskripte, PowerPoint Präsentationen, Forschungsliteratur im Rahmen des § 60a UrhG (etwa der ein oder andere zur Vertiefung gedachte Aufsatz oder ein Lehrbuchauszug) und Falllösungen. Meist sind die digitalen Lernumgebungen zudem verschlossen: Nur die Kursteilnehmer*innen erhalten Zugang zu den Materialien.⁵

Umfassenderes und wissenschaftlich aufbereitetes Lehrmaterial wie Lehr- und Fallbücher, aber auch Aufsätze in Ausbildungszeitschriften werden bisher hingegen weitgehend „privatisiert“ und unterliegen kommerziellen Interessen. Kostenpflichtige Lehrbücher werden zur Lektüre für die Klausur- und Examensvorbereitung anempfohlen und genießen den Status seriöser Lehrmaterialien, während frei im Internet zirkulierenden Skripten wenig Vertrauen in die Qualität entgegengebracht wird.⁶ Diese bisher überwiegend als Printfassung verfügbaren kommerziellen Lehrmaterialien treten nur langsam den Weg ins digitale Zeitalter an.⁷

3 Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung (Fn. 1), S. 17 und spezifisch für die Lehre S. 19.

4 Zu den datenschutzrechtlichen Fragen Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, 2020 passim.

5 Darüberhinausgehende E-Learning-Angebote, die Formen klassischer Lehre ersetzen könnten, finden sich bisher nur in Ansätzen, s. Zwickel (Fn. 2), S. 881 (884); Reiner, Juristische Didaktik und E-Lernen: Theoretische Konzeption und Anwendungsbeispiele, JurPC Web-Dok 160/2007, Abs. 1, abrufbar unter <https://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20070160>.

6 Zu diesem Ergebnis kam eine gemeinsame Studie von Hanser Fachbuch und Studierenden der Universität Hannover, deren Ergebnisse hier dargestellt werden: https://www.boersenblatt.net/2019-02-06-artikel-gemeinsame_studie_von_hanser_fachbuch_und_medienmanagement-studenten.1593210.html.

7 Ein Grund für die zögerliche Digitalisierung mag die schwierige Wahrung der Urheberrechte im digitalen Raum darstellen, vgl. Gercke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Vorbemerkung zu §§ 106 ff. Rn. 5; die Gefahr des Internets als „Plattform für die illegitime Aneignung fremder Schöpfungen“ adressiert auch Bäuerle, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen?, in: Britz (Hrsg.), Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, S. 1 (3).

2. Forschung

Im Bereich der Forschung bietet sich ein ganz ähnliches Bild: Die Hochschulen halten zwar Publikationsserver vor, die einen einfachen und kostenlosen Upload von Forschungsergebnissen ermöglichen würden.⁸ Weite Teile juristischer Forschungsergebnisse werden indes privatwirtschaftlichen Verlagen überantwortet und bleiben dabei im Analogen verhaftet. Wo digitale Verlagsplattformen vorhanden sind, hängt der Zugang von der Lizenzierung durch die Universitätsbibliotheken ab. Ansonsten verschwinden digitale Forschungsergebnisse hinter Bezahlschranken.

II. Die Digitalisierung als Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?

Handelt es sich bei der Digitalisierung von Forschung und Lehre also eigentlich nur um alten Wein in neuen Schläuchen? Wird der „beschwerliche“ Weg der analogen Literaturrecherche im digitalen Raum nunmehr durch Bezahlschranken versperrt?

Eine – in der Rechtswissenschaft bisher nicht ausreichend gewürdigte – Bewegung drängt auf eine alternative Nutzung der Möglichkeiten der Digitalisierung.

1. Was ist öffentliche Wissenschaft?

Stellen wir uns eine Welt vor, in der jeder Aufsatz, jede Monographie und jedes Lehrbuch digital frei zugänglich verfügbar ist. Verlinkte Fußnoten und Literaturlisten würden so zu interaktiven Landkarten, die mit einem Klick den Eintritt in ein ganzes Wissenschaftsuniversum ermöglichen. Lehrbücher stünden zur Nachnutzung offen, sodass kursbegleitende Materialien ohne Konflikte mit dem Urheberrecht den Studierenden bereitgestellt und um relevante Quellen ergänzt werden könnten.

Als Oberbegriff für eine solchermaßen verstandene Wissenschaft hat sich der Terminus „Open Science“ oder auch „öffentliche (auch: offene)

⁸ Eine Übersicht über alle verfügbaren Repositorien und ihre jeweilige institutionelle Anbindung findet sich unter <https://dini.de/dienste-projekte/dini-zertifikat/listeder-repositorien/>.

Wissenschaft“ etabliert.⁹ Die Idee einer öffentlichen Wissenschaft betont die Bedeutung von Wissen als kulturellem Gemeingut und ist damit anschlussfähig an die Debatte um Gemeingüter.¹⁰

a) *Open Access*

Eine zentrale Rolle kommt in den Rechtswissenschaften der Idee einer freien Verfügbarkeit von Forschungsliteratur zu, die unter dem Schlagwort „Open Access“ firmiert. Open Access zeichnet aus, dass mit der Veröffentlichung jedermann die Erlaubnis erteilt wird, das Open-Access-veröffentlichte Dokument zu lesen, herunterzuladen, zu speichern, es zu verlinken, zu drucken und damit entgeltfrei zu nutzen.¹¹ Unterschieden wird zwischen dem sog. goldenen und dem grünen Weg: Während beim goldenen Weg bereits die Erstveröffentlichung Open Access erfolgt, wird beim grünen Weg – häufig nach einer klassischen Verlagsveröffentlichung – auch ein Open-Access-Zugang eröffnet.¹² § 38 Abs. 4 UrhG räumt hierfür ein Recht zur nichtkommerziellen Zweitveröffentlichung ein.

Open Access verfolgt die Idee neuer Finanzierungsformen für wissenschaftliche Literatur. Während bisher eine Nutzerfinanzierung vorherr-

9 Zu den historischen Entwicklungslinien *Heise*, Von Open Access zu Open Science: Zum Wandel digitaler Kulturen der wissenschaftlichen Kommunikation, S. 31 ff., abrufbar unter <https://meson.press/wp-content/uploads/2018/01/978-3-95796-131-0-Heise-Open-Access-Open-Science.pdf>.

10 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (3); *Dobusch/Heimstädt*, Erst Offenheit gibt digitaler Bildung Richtung, Forum Wissenschaft 4/16, S. 21 (21), abrufbar unter [http://www.dobusch.net/pub/uni/Dobusch-Heimstaedt\(2016\)Forum_Wissenschaft-BDWI-OER.pdf](http://www.dobusch.net/pub/uni/Dobusch-Heimstaedt(2016)Forum_Wissenschaft-BDWI-OER.pdf).

11 Zum Begriff Open Access *Eisentraut*, Open Access in der Rechtswissenschaft, RBD 2018, 87 (87), abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26494>; *Haug*, Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht, OdW 2019, S. 89 (89), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/12_02_2019_haug_open_access_odw.pdf; näher mit den möglichen Nutzungsrechten setzt sich auseinander *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Goethe Universität Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitspapier Nr. 6/2013, S. 10 ff., abrufbar unter <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29488>.

12 *Ulmer/Eilfort/Obergfell*, Verlagsrecht, 2013, Kapitel L Rn. 15; *Haug* (Fn. 11), S. 89 (89); *Götting/Lauber-Rönsberg*, Open Access und Urheberrecht, OdW 2015, S. 137 (137 f.), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2020/03/19_goetting_lauber-roensberg_open-access_und_urheberrecht_2015.pdf.

schend ist, soll die Leserschaft künftig von Zugriffskosten befreit werden.¹³ Open Access ist damit auch eine Reaktion auf immer weiter ansteigende Abonnement-Gebühren für juristische Zeitschriften, die die Bibliotheksetats zu erschöpfen drohen und soll die Mehrfachsubventionierung hochschulischer Forschung beenden.¹⁴ Open Access fordert damit zugleich die hergebrachten Geschäftsmodelle der etablierten Verlage heraus.¹⁵

b) *Open Educational Resources*

Eine weitere Teilmenge öffentlicher Wissenschaft¹⁶ stellen sog. „Open Educational Resources“¹⁷ (OER) dar, die auf eine Öffnung der Lehre im Sinne einer freien Verfügbarkeit von Lehr- und Lernmaterialien abzielen.¹⁸ Für die Hochschullehre werden OER große Potentiale zugemessen.¹⁹ Mit ihnen lassen sich einerseits die Potentiale digitaler Bildung entfalten, andererseits ermöglichen OER eine neue Form der Zugänglichkeit von Bildungsangeboten: Sie erlauben die kollaborative Er- und Bearbeitung von Lehr- und Lernmaterialien durch Lehrende und Studierende gemein-

13 *Krausnick*, Offene Wissenschaft? – Öffentlich-rechtliche Aspekte der Diskussion um Open Access und Open Data, in: Festschrift Friedhelm Hufen, 2015, S. 367 (369).

14 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (5).

15 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (8); die Möglichkeit nachhaltiger Open-Access-Geschäftsmodelle betont *Rux*, Open Access im rechtswissenschaftlichen Verlag, in: Hamann/Hürlimann, Open Access in der Rechtswissenschaft, Sonderheft der Zeitschrift „Rechtswissenschaft“, 2019, S. 70, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748903659>.

16 Zum Verhältnis von Open Educational Resources und Open Access *Deimann/Neumann/Muuß-Merholz*, Whitepaper Open Educational Resources (OER) an Hochschulen in Deutschland – Bestandsaufnahme und Potentiale 2015, S. 32, abrufbar unter <https://open-educational-resources.de/wp-content/uploads/Whitepaper-OER-Hochschule-2015.pdf>.

17 Zum Begriff *Eisentraut*, Open Educational Resources in der Rechtswissenschaft, RBD 2018, S. 93, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26489>.

18 Näher zu den Definitionsansätzen *Deimann/Neumann/Muuß-Merholz* (Fn. 16), S. 10.

19 *Eckhoff*, OER in der Hochschulbildung, OERinfo – Informationsstelle OER, abrufbar unter <https://open-educational-resources.de/dossierseite/?praxis=allgemein&bereich=hochschule>.

sam und führen zu Qualitäts- und Effizienzgewinnen durch eine sinnvolle Nachnutzung bereits erstellter Materialien.²⁰

2. Initiativen zur Förderung öffentlicher Wissenschaft

Gerade das Thema Open Access ist sowohl in der Politik als auch an den Universitäten dabei, Main-Stream zu werden. Ausgehend von der Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22.10.2003, die mittlerweile von 657 Institutionen unterzeichnet wurde,²¹ befürwortet heute eine große Mehrheit der Hochschulleitungen eine Öffnung ihrer Forschung i.S.v. Open Access.²² Auch die großen Forschungsorganisationen haben sich zu Open Access bekannt.²³

Und auch in der Politik ist das Thema Open Access angekommen. Eine Öffnung der Forschung wird von Seiten der Politik nicht nur stärker gefördert, sondern zunehmend auch gefordert.²⁴ Mehrere Bundesländer haben eigene Open Access Strategien verabschiedet, so Hamburg, Thüringen, Berlin, Baden-Württemberg, Schleswig-Holstein und Brandenburg.²⁵ Die Zielvorgabe des Landes Berlin für den Umfang an Open Access publizierten Zeitschriftenartikeln liegt in diesem Jahr bei 60 %.²⁶ In Baden-Württemberg werden die Hochschulen sogar im Hochschulgesetz dazu angehalten, ihr wissenschaftliches Personal zu Open-Access-Zweitveröffentlichun-

20 *Wikimedia Deutschland e.V.* (Hrsg.), Praxisrahmen für Open Educational Resources (OER) in Deutschland, 2016, S. 7, abrufbar unter http://mapping-oer.de/wp-content/uploads/2016/02/Praxisrahmen-fu%CC%88r-OER-in-Deutschland_Online.pdf.

21 Stand August 2020; Die Liste der Institutionen ist abrufbar unter <https://openaccess.mpg.de/3883/Signatories>.

22 *Stifterverband/Heinz Nixdorf Stiftung* (Fn. 1), S. 26; Ausdruck findet dieser Zusage in den Open-Access-Strategien der Hochschulen, s. nur beispielhaft die Open-Access-Strategie 2018 - 2020 der Freien Universität Berlin, abrufbar unter http://dx.doi.org/10.17169/FUDOCs_document_000000028882.

23 Verlinkt finden sich die Open-Access-Strategien unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

24 Zuletzt etwa *Karliczek*, Rede der Bundesministerin für Bildung und Forschung anlässlich des Forschungsgipfels 2018 in Berlin, abrufbar unter <https://anja-karliczek.de/rede-der-bundesministerin-fuer-bildung-und-forschung-anja-karliczek-anlaesslich-des-forschungsgipfels-2018-in-berlin/>.

25 Die Open-Access-Policies finden sich verlinkt auf https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

26 Senat von Berlin, Open-Access-Strategie für Berlin, Drucksache 17/2512 v. 21.10.2015, S. 5, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.17169/refubium-26319>.

gen zu verpflichten. Auch das Bundesministerium für Bildung und Forschung hat eine Open-Access-Strategie veröffentlicht.²⁷

Darüber hinaus richtet sich auch die europäische Wissenschaftslandschaft auf eine Öffnung ein.²⁸ In der Forschungsförderung Horizon 2020 ist die Open-Access-Publikation der geförderten Projektergebnisse beispielsweise verpflichtend.²⁹

Schließlich entstehen auch auf gesellschaftlicher Ebene Förderprogramme für Wissenschaftler*innen, die eine Öffnung ihrer Wissenschaft forcieren, etwa das von Wikimedia, dem Stifterverband und der VolkswagenStiftung getragene Open Science Fellowship, dessen Fellow der Autor dieses Beitrags im letzten Jahr sein durfte.³⁰

Im Bereich OER entsteht zurzeit eine weitreichende digitale Infrastruktur für das Angebot offener Bildungsmaterialien. Herausgehoben seien an dieser Stelle die Plattform „Hamburg Open Online University“, die sich als offene Plattform für hochschulübergreifende Angebote und Lernprojekte der Hamburger Hochschulen begreift³¹ und die VHB, die virtuelle Hochschule Bayern, auf der eingeschriebenen Studierenden kostenfreie, digitale Ergänzungskurse angeboten werden und die sich kürzlich auch für die Allgemeinheit geöffnet hat.³² Auch die Europäische Kommission plant eine Plattform für digitale Hochschulbildung, eine Art „European Digital University“.³³

27 Open Access in Deutschland – Die Strategie des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, abrufbar unter https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Open_Access_in_Deutschland.pdf.

28 Die europäischen und internationalen Positionen zu Open Access finden sich verlinkt unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/weiteres/oa_positionen/index.html.

29 S. die Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020 v. 21.3.2017, abrufbar unter https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf.

30 Nähere Informationen zum Fellow Programm finden sich unter https://de.wikiversity.org/wiki/Wikiversity:Fellow-Programm_Freies_Wissen.

31 Erreichbar unter <https://www.hoou.de/>.

32 S. <https://www.vhb.org/open-vhb/>.

33 Aktionsplan für digitale Bildung, Mitteilung der Europäischen Kommission v. 17.1.2018, COM(2018) 22 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0022&from=DE>.

3. Rezeption in der Rechtswissenschaft

Dennoch greifen die Rechtswissenschaftler*innen bei den neuen Instrumenten der Digitalisierung nicht beherzt zu, um ihre Forschung und Lehre nun endlich einer weiterreichenden Öffentlichkeit zuzuführen.

a) Offene Lehrmaterialien in der Rechtswissenschaft

Offene Lehrmaterialien sind bisher „nicht aus der ‚idealistischen Wolke‘ in der Praxis der Hochschulen angekommen [...], wenn auch engagierte Einzelpersonen und bestimmte Institutionen daran arbeiten“³⁴. Die digitalisierte Lehre fristet ein Nischendasein.³⁵ Wirklich offene Lehrprojekte lassen sich bisher an einer Hand abzählen. Erste Leuchtturmprojekte zeigen indes die Potentiale offener Lehre für die Rechtswissenschaft auf: Ein Projekt an der Bucerius Law School etwa hat offen lizenzierte Lehrvideos zu Grundfragen des Verwaltungsrechts produziert und offen lizenziert online gestellt.³⁶

Die Ludwig-Maximilians-Universität München bietet ein Portal für E-Learning an, das insbesondere mit online abrufbaren Podcasts von Vorlesungen heraussticht.³⁷ Die Westfälische-Wilhelms-Universität Münster bietet mit dem Modul „unirep PLUS“ digitale Lernressourcen einschließlich Online-Lektionen an, die jedoch nur für Studierende der WWU zugänglich sind.³⁸ Beide Universitäten wurden dafür kürzlich mit dem Digital Award 2019 ausgezeichnet.³⁹

Der Autor dieses Beitrags hat gemeinsam mit 35 Kolleg*innen ein offen lizenziertes und damit zur Nachnutzung kostenlos zur Verfügung stehendes Lehrbuch und ein das Lehrbuch begleitendes Fallrepetitorium zum Verwaltungsrecht veröffentlicht. Neben der Verlagsveröffentlichung im

34 *Deimann/Neumann/Muß-Merholz* (Fn. 16), S. 15; s. auch *Eisentraut* (Fn. 17), S. 93.

35 *Zwickel* (Fn. 2), S. 881 (884).

36 Die Videos können hier abgerufen werden: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLPJgLCEwWmcNR6yf5VaN8AdrxAdGEE5jM>; zum Verhältnis digitaler Formate zur Präsenzlehre *Zwickel* (Fn. 2), S. 881 (885).

37 Das Angebot findet sich unter <https://www.jura.uni-muenchen.de/studium/e-learning/index.html>.

38 Abrufbar unter https://www.unirep-online.de/goto_unirep_cat_591.html.

39 S. näher zur Digital Study 2019 <https://lex-superior.com/digital-study/>.

Print und zum kostenlosen digitalen Download⁴⁰ sind beide Bücher auch online auf Wikibooks verfügbar⁴¹, was es möglich macht, die von der Bucerius Law School erstellten Videos in den Lehrbuchcontent einzubinden. Solchen sog. MOOCs (Massive Open Online Courses) werden große Potentiale für die Hochschulbildung zugemessen.⁴²

b) *Offene Forschung in der Rechtswissenschaft*

Während das Thema Open Access immerhin in den rechtswissenschaftlichen Debatten angekommen ist,⁴³ fehlt es auch hier noch einem nennenswerten Rückgriff auf diese Form der Publikation. Es gibt zwar Open-Access-Zeitschriften;⁴⁴ nur den wenigsten ist es jedoch bisher gelungen, ein den etablierten, im Subskriptionsmodell erscheinenden Zeitschriften vergleichbares Standing zu erlangen.⁴⁵ Erfolgreicher sind neue Formate wie Blogs und Podcasts, die von Beginn an auf eine weitreichende Öffentlichkeit im Digitalen gesetzt haben. Im öffentlichen Recht konnten sich etwa der JuWissBlog,⁴⁶ der Verfassungsblog⁴⁷ sowie der Völkerrechtsblog⁴⁸ etablieren. Daneben existieren Preprintserver und universitäre Repositori-

40 Das Lehrbuch „Verwaltungsrecht in der Klausur“ kann Open Access unter https://www.degruyter.com/view/title/565392?tab_body=toc-62810 und das Fallrepositorium unter <http://www.carlgrossmann.com/?p=11914> heruntergeladen werden.

41 Abrufbar unter https://de.wikibooks.org/wiki/Verwaltungsrecht_in_der_Klausur.

42 *Zwickel* (Fn. 2), S. 881 (884 f.); kritisch aber in Hinblick auf die oft restriktive Lizenzierung *Dobusch/Heimstädt*, (Fn. 10) S. 21 (24); s. zum Thema MOOCs auch einführend *Botta* (Fn. 4), S. 37 ff.

43 S. nur *Hamann/Hürlimann* (Hrsg.), Open Access in der Rechtswissenschaft, Sonderheft der Zeitschrift „Rechtswissenschaft“, 2019, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748903659>; *Schmidt*, Open Access, 2016 passim; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010 passim, abrufbar unter <https://www.infodata-ede.de/volltext/aeintrag/10497.pdf>.

44 Eine Liste findet sich bei *Eisentraut/Hamann* (Fn. 19), Abschnitt Open Access als Praxis der Rechtswissenschaft.

45 Erfolgreiche Open-Access-Zeitschriften stellt der von *Hamann/Hürlimann* herausgegebene Tagungsband „Open Access in der Rechtswissenschaft“ (Fn. 43) vor.

46 Erreichbar unter <https://www.juwiss.de/>.

47 Erreichbar unter <https://verfassungsblog.de/>.

48 Erreichbar unter <https://voelkerrechtsblog.org/>; dazu *Kunz/Riegner/Schmalz*, Diskurse öffnen, Grenzen überwinden: Der Völkerrechtsblog als Plattform für globale Wissenschaftskommunikation im digitalen Zeitalter, in: *Hamann/Hürlimann* (Fn. 43), S. 185.

en, die in der Rechtswissenschaft jedoch bisher weitgehend ein Schatten-dasein fristen.⁴⁹

c) Vorbehalte

Warum tut sich die Rechtswissenschaft so schwer mit dem Aufbruch ins neue digitale Zeitalter? Dass Wissenschaft und Öffentlichkeit zwei Seiten einer Medaille sind, ist eigentlich auch in der Rechtswissenschaft keine neue Idee: In der Grundrechtsdogmatik wird die „Öffentlichkeit von Wissenschaft“ gar als Funktionsbedingung für den wissenschaftlichen Diskurs qualifiziert, um Überprüfbarkeit und Kritizierbarkeit zu gewährleisten.⁵⁰

Einen hemmenden Faktor bildet die bisher fehlende Fachkultur: Offene Veröffentlichungsformen sind nicht bereits etabliert und setzen daher ein proaktives Verhalten voraus. Dieser Kulturwandel vollzieht sich nur langsam.⁵¹ Obwohl es für die fachliche Qualität einer Veröffentlichung natürlich nicht darauf ankommt, wo sie veröffentlicht wird, spielt für die Reputation auch der Publikationsort eine zentrale Bedeutung.⁵² Denn nicht allein die wissenschaftliche Qualität einer Veröffentlichung entscheidet über ihren Erfolg; ganz wesentlich kommt es auch auf die soziale Akzeptanz im wissenschaftlichen Diskurs an.⁵³ Hierbei erfüllen die schon etablierten und traditionell im Closed-Access publizierenden Verlage und Zeitschriften

49 In den Naturwissenschaften spielt der Preprintserver arXiv.org eine bedeutende Rolle; zum Aufschwung der Preprint-Server *Schmeja*, Beitrag auf dem TIB-Blog v. 27.3.2017, abrufbar unter <https://blogs.tib.eu/wp/tib/2017/03/27/der-aufschwung-der-preprint-server/>.

50 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (4); *Gurlit*, Transparenz in der Hochschulforschung, in: Festschrift Friedhelm Hufen, 2015, S. 343 (343); *Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), 142 (184 ff.), abrufbar unter <https://doi.org/10.1515/9783110927832>; *Weingart*, Die Wissenschaft der Öffentlichkeit, 2005, S. 9 ff.; *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung 1985, S. 116 (117).

51 „Umdenkprozesse“ hält auch für erforderlich *Gurlit* (Fn. 50), S. 343 (353); Skeptisch gegenüber einem grundlegenden Wandel *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (7); einen flächendeckenden Systemwechsel hält erst langfristig für möglich *Peukert* (Fn. 11), S. 5.

52 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (90); Der Begriff Reputation dient insofern als „Chiffre für die fachliche Qualität eines Wissenschaftlers“, *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, S. 188; *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (7).

53 *Schulze-Fielitz* (Fn. 52), S. 369 f.; von Pfad- und Strukturabhängigkeiten spricht *Peukert* (Fn. 11), S. 4.

eine „Gatekeeper“- oder auch Filterfunktion:⁵⁴ Nur wer dort veröffentlicht, wird in der „scientific community“ wahr- und ernst genommen. Zugespißt formuliert: „Journale machen Karrieren!“⁵⁵

Ein weiterer zentraler Einwand gegen Open Access und Open Educational Resources in der Rechtswissenschaft ist die ökonomische Rationalität der Wissenschaftler*innen: Für Aufsatzpublikationen gibt es häufig ein Honorar, während die Publikation in Open-Access-Zeitschriften entweder kostenlos erfolgt oder von den Autor*innen sogar zusätzliche Mittel für die Veröffentlichung eingeworben werden müssen. Zur guten Finanzausstattung der im Closed Access veröffentlichenden Zeitschriften tragen dabei nicht nur die Bibliotheken bei, sondern auch die Rechtspraxis, also Anwaltschaft und Gerichte. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Rechtspraxis nicht weiterhin zugunsten der Wissenschaftler*innen an der Finanzierung der Forschung beteiligt werden sollte.⁵⁶

III. Lösungsansätze

Wie also könnte auf diese Vorbehalte reagiert und die Rechtswissenschaft zur digitalen Öffnung bewegt werden?

1. Zwang durch Open-Access-Zweitverwertungspflichten

Um dem Übertritt in das neue Zeitalter einer öffentlichen Wissenschaft den nötigen Spinn zu geben, kam man in Baden-Württemberg auf die Idee, die Hochschulen qua Änderung des Baden-Württembergischen Hochschulgesetzes nach § 44 Abs. 6 dazu anzuhalten, ihr wissenschaftliches Personal zu Open-Access-Zweitverwertungen⁵⁷ in Anlehnung an die

54 Haug (Fn. 11), S. 89 (90); vgl. auch Müßig, „Ein Knauf als Tür“: Open-Access-Verpflichtung durch Forschungsförderung vs. Gemeinfreiheitsgrenzen digitaler Wissenschaftskommunikation, JZ 2015, S. 221 (227).

55 Ziegler, Die Bedeutung der Verlage wandelt sich, Forschung & Lehre v. 8.6.2019, abrufbar unter <https://www.forschung-und-lehre.de/zeitfragen/die-bedeutung-der-verlage-wandelt-sich-1841/>.

56 Diesen Punkt betont auch Rux (Fn. 15), S. 70 (71).

57 Das Hochschulgesetz spricht selbst von *Zweitveröffentlichung*, was jedoch ungenau ist; weitergehende Verwendungen des einmal publizierten Inhalts stellen urheberrechtlich nur noch Verwertungen der Erstpublikation dar, sodass im Folgenden von *Zweitverwertung* die Rede sein soll; so auch Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 38 Rn. 25.

Schrankenregelung des § 38 Abs. 4 UrhG und damit zum grünen Weg zu verpflichten.⁵⁸

Der Aufforderung des Landesgesetzgebers ist die Universität Konstanz mit einer Satzungsregelung nachgekommen.⁵⁹ Danach werden die die Voraussetzungen erfüllenden Publikationen nach Ablauf einer Jahresfrist auf dem universitätseigenen Repositorium hochgeladen sowie kostenlos und öffentlich zugänglich der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt. Gegen die Regelung haben mehrere Professoren der Universität Konstanz⁶⁰ einen Normenkontrollantrag vor dem VGH Mannheim gestellt, der vom VGH nunmehr dem BVerfG vorgelegt wurde.⁶¹ Der so als Zwang formulierte Anspruch der Politik an eine freie Verbreitung von steuerfinanzierten wissenschaftlichen Erkenntnissen gerät in Konflikt mit zentralen grundrechtlichen Verbürgungen und auch mit dem Europäischen Unionsrecht.

a) Zuständigkeit der Landesgesetzgeber

Eine erste Achillesferse landesrechtlicher Zweitverwertungspflichten ist die grundgesetzliche Kompetenzordnung. Dies deshalb, weil der Schwerpunkt der Regelung⁶² vom VGH im Urheberrecht gesehen wird, das nach den Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 9 GG der ausschließlichen Bundeskompetenz zugewiesen ist.⁶³ Wohl nicht zu bezweifeln ist, dass mit einer Zweitverwertungspflicht überhaupt das Urheberrecht berührt wird. Die Norm ist je-

58 Näher zum Hintergrund *Höpfner/Amschewitz*, Die Zweitveröffentlichungspflicht im Spannungsfeld von Open-Access-Kultur und Urheberrecht, NJW 2019, S. 2966 (2966).

59 Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gem. § 38 IV UrhG, Satzung Nr. 90/2015.

60 S. dazu näher *Löwisch*, Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung, OdW 2016, 135, abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/14_loewisch_konstanzer-juristenfakultaet_v_erweigert_zweitveroeffentlichungspflicht_odw_2016.pdf.

61 VGH Mannheim, Beschluß v. 26.9.2017, Az.: 9 S 2056/16, abrufbar unter http://lr.bw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=22843 = VBIBW 2018, 166 = ZUM 2018, 211.

62 Zur Schwerpunkttheorie des BVerfG vgl. BVerfG, Urt. v. 17.2.1998, Az.: 1 BvF 1/91 = BVerfGE 97, 228, 251 ff.

63 VGH Mannheim (Fn. 61), Rn. 77 ff.; ebenso *Haug* (Fn. 11), S. 89 (92); *Schmidt* (Fn. 43), S. 246 f.; *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (375 und 378).

doch im Schwerpunkt – wie auch vom Landesgesetzgeber angenommen⁶⁴ – dem in der Landeskompetenz liegenden Recht des Hochschulwesens zuzuordnen. Denn sie betrifft schwerpunktmäßig die Verbreitung der von dem wissenschaftlichen Personal der Hochschulen veröffentlichten Werke. Es geht bei der Regelung zwar auch um das Verwertungsrecht der Wissenschaftler*innen, im Schwerpunkt jedoch um eine Ausgestaltung der Forschungspraxis,⁶⁵ wenn mit dem Gesetz der Zugang zu wissenschaftlichen Informationen erleichtert werden soll. Zugleich werden Pflichten der Hochschulmitglieder statuiert, wofür allein das Hochschulrecht der Länder berufen ist.⁶⁶

b) Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

In materieller Hinsicht geraten Open-Access-Zweitverwertungspflichten in eine Spannungslage mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

aa) Schutzbereich

Die Wissenschaftsfreiheit schützt auch die sog. „Publikationsfreiheit“, also die Freiheit nach eigener Beurteilung der Veröffentlichungsreife, des Veröffentlichungsorgans und des Veröffentlichungszeitpunktes darüber zu entscheiden, wissenschaftliche Erkenntnisse der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.⁶⁷ Davon umfasst ist die Entscheidung über das „wie“ und „wann“, über das „wo“ sowie über das „ob“ der Veröffentlichung.⁶⁸ In

64 LT-Drs. 15/4684, S. 215 f., abrufbar unter https://www.landtag-bw.de/files/live/sites/LTBW/files/dokumente/WP15/Drucksachen/4000/15_4684_D.pdf.

65 Zur Zuweisung der Ausgestaltung von Forschung und Lehre zur Landeskompetenz *Uble*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 70 Rn. 103 (Lfg. 53 Oktober 2008).

66 S. das Vorbringen der Antragsgegnerin im Verfahren vor dem VGH Mannheim (Fn. 61), Rn. 42 ff.; *Peukert* (Fn. 11), S. 7 f.; i.E. ebenso *Steinhauer* (Fn. 43), S. 34 f.

67 *Gärditz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 111 (Stand: Lfg. 88, August 2019).

68 Vgl. *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 111 ff.; *Schmidt* (Fn. 43), S. 50; *Fehling*, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, *OdW* 2014, S. 179 (191), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/24_fehling_dfg_odw_ordnung_der_wissenschaft_2014.pdf; anders aber *Pflüger/Ertmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, *ZUM* 2004, S. 436 (441) und *Peukert* (Fn. 11), S. 19 ff.

ihrer Ausgestaltung als Abwehrrecht umfasst die Publikationsfreiheit zudem das Recht, nicht zu publizieren.⁶⁹

bb) Eingriff

Weder Open-Access-Erstveröffentlichungs- noch Zweitverwertungspflichten greifen in diese negative Publikationsfreiheit ein.⁷⁰ Denn die Open-Access-Verpflichtung trifft keine Aussage über eine generelle Pflicht zur Veröffentlichung, sagt also nicht, „ob“ veröffentlicht werden muss, sondern knüpft nur an das „wie“ der Veröffentlichung die Bedingung, dass diese Open Access zu erfolgen habe.⁷¹

Auch die Zweitverwertung wird jedoch deshalb überwiegend als von der Publikationsfreiheit erfasst angesehen, weil auch sie sich auf die Reputation und die Publikationsrezeption auswirken kann.⁷² Eine Open-Access-Zweitverwertungspflicht berührt zudem das „wo“ der Publikationsfreiheit, weil in das Recht der Wissenschaftler*innen eingegriffen wird, über den Ort der Zweitverwertung frei zu disponieren, wenn ein Upload des Beitrags auf dem universitären Repositorium erfolgt.⁷³

cc) Rechtfertigung

Damit ist die Frage nach den Möglichkeiten einer Rechtfertigung von Open-Access-Zweitverwertungspflichten aufgeworfen. Die Wissenschaftsfreiheit steht nur unter dem Vorbehalt verfassungsimmanenter Schranken.⁷⁴ Der Idee der freien Verfügbarkeit von Forschungsliteratur müsste daher verfassungsrechtlicher Rang zukommen, um eine Verpflichtung der Wissenschaft rechtfertigen zu können.⁷⁵

69 *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (191); *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 103 sowie Rn. 113; auch dies ist nicht unbestritten geblieben, den Streitstand stellt dar *Schmidt* (Fn. 43), S. 50 ff.; s. zur a.A. *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (14) sowie *Pernice*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 5 III Rn. 28.

70 *Peukert* (Fn. 11), S. 19; So wohl auch *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (212).

71 A.A., aber ohne nähere Begründung *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (378); undeutlich *Haug* (Fn. 11), S. 89 (92 f.).

72 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (93).

73 Vgl. *Steinhauer* (Fn. 43), S. 59.

74 *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 151; *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (197).

75 Hier nicht vertieft, weil bisher nicht realisiert, wird die Rechtfertigung einer Verpflichtung zur Open-Access-Bereitstellung von Lehrmaterialien; Hierfür kommt

Dafür in Betracht kommt Art. 5 Abs. 3 GG selbst in seiner objektivrechtlichen Dimension.⁷⁶ In dieser Dimension schützt die Wissenschaftsfreiheit die Funktionsfähigkeit und Effizienz der Wissenschaft und kann dafür auch Freiheitsbeeinträchtigungen gegenüber den Wissenschaftler*innen legitimieren.⁷⁷ Ausprägung der Schutzfunktion ist auch die Förderung der Verbreitung wissenschaftlicher Erkenntnisse.⁷⁸ Nicht erforderlich ist es dafür jedoch, dass ohne Zweitverwertungspflicht erhebliche Funktions- und Effizienzeinbußen drohten und die wissenschaftliche Kommunikation über Forschungsergebnisse einzubrechen droht.⁷⁹ Auch für die Rechtfertigung von Evaluationspflichten ist nicht etwa erforderlich, dass Lehre nahezu nicht mehr ordnungsgemäß stattfindet, sondern „nur“, dass die Qualität der Lehre sichergestellt werden soll.⁸⁰ Den freien Fluss forschungsrelevanter Informationen fördernde Maßnahmen können daher auf die objektivrechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit gestützt werden.⁸¹ Eine Open-Access-Verpflichtung würde die Wissenschaftsfreiheit in Hinblick auf die Zugänglichkeit forschungsrelevanter Publikationen stärken. Denn der Umweg über eine kommerzielle Verlagsveröffentlichung führt sowohl zu zeitlichen und ökonomischen Restriktionen bei der Publikation als auch bei der Rezeption.⁸² Maßnahmen zugunsten einer freien Zugänglich-

Art. 12 Abs. 1 GG als Grundrecht der Studierenden in Betracht, vgl. *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 162; BVerfG, Beschl. v. 17.2.2016, Az.: 1 BvL 8/10 = BVerfGE 141, 143, Rn. 58.

76 *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 154; *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (197); zurückhaltend hingegen *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (374); ebenso *Sandberger*, Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens, Open Access und Wissenschaftsschranke, Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts, OdW 2017, S. 75 (80), abrufbar unter http://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/11_2017_02_sandberger_die-zukunft-des-wissenschaftlichen-publizierens_odw.pdf.

77 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (94); *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 154.

78 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (93).

79 So aber *Haug* (Fn. 11), S. 89 (94); im Einzelnen ist umstritten, ab wann die objektivrechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit Eingriffe in das Abwehrrecht legitimieren kann; differenzierend *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (197).

80 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.2.2016, Az.: 1 BvL 8/10 = BVerfGE 141, 143 Rn. 58; *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 155; zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Evaluationspflichten auch zuletzt VGH BW, Urt. v. 19.12.2019, Az.: 9 S 838/18.

81 Dies jedenfalls für Förderbedingungen bejahend *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (198); a.A. *Haug* (Fn. 11), S. 89 (93).

82 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (11).

keit von Forschungsliteratur können somit auf die objektiv-rechtliche Dimension der Wissenschaftsfreiheit gestützt werden.⁸³

Auch das aus der Wissenschaftsfreiheit der anderen Wissenschaftler*innen fließende Recht auf Zugang zu Forschungsergebnissen kann als Verfassungswertung herangezogen werden, die Open-Access-Pflichten zu legitimieren vermag.⁸⁴

Die kollidierenden Verfassungsgüter (also die Wissenschaftsfreiheit im Dreiecksverhältnis Autor*in – andere Wissenschaftler*innen – objektiv-rechtliche Dimension) sind im Wege praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen.⁸⁵ Fraglich ist dabei insbesondere, ob Open-Access-Zweiterwertungspflichten zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Wissenschaft erforderlich und angemessen sind. So wird bezweifelt, ob eine Open-Access-Zweiterwertungspflicht überhaupt nötig sei, da sich der Status quo in den Rechtswissenschaften deutlich von der Situation in anderen Fachbereichen unterscheidet: Während etwa in den Naturwissenschaften der Zugang zu Forschungsliteratur aufgrund von Monopolstrukturen als mitunter prekär qualifiziert werden könne,⁸⁶ sei in der Rechtswissenschaft bisher die Funktionsfähigkeit gewahrt.⁸⁷ Dieser These ist jedoch begründet entgegen getreten worden: Eine Erhebung unter 35 rechtswissenschaftlichen Fachzeitschriften hat ergeben, dass auch in der deutschen Rechtswissenschaft erhebliche und schnelle Steigerungen der Zeitschriftenpreise erfolgt sind.⁸⁸ Dies hat auch Auswirkungen auf die Bibliotheksetats, weshalb Bibliotheken durchaus in der Bereitstellung des Zugangs zu Fachliteratur eingeschränkt sind.⁸⁹ Als milderer Mittel könnte daher womöglich eine Stärkung der Finanzausstattung der Bibliotheken in Betracht gezogen werden, anstatt einen kostenlosen Zugriff auf Publikationsinhalte zu erlauben. Dass es sich hierbei jedoch um kein gleich intensives Mittel handelt, liegt

83 *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (10 f.); Vgl. auch *Peukert* (Fn. 11), S. 20.

84 *Steinbauer* (Fn. 43), S. 71 f. spricht hier von „Recherchefreiheit“; Dieses Interesse referenziert auch *Schulze* (Fn. 57), § 48 Rn. 25; *Peukert* (Fn. 11), S. 21; *Bäuerle* (Fn. 7), S. 1 (14), der diese Problematik auf der Ebene des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit ansiedelt; a.A. *Schmidt* (Fn. 43), S. 93.

85 Zur praktischen Konkordanz allgemein *Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip – Eine Verteidigung, *Der Staat* 2014, 263; für Art. 5 Abs. 3 GG s. *Pernice* (Fn. 69), Art. 5 III Rn. 42; *Schübler-Pfister*, in: *Gärditz/Pahlow* (Hrsg.), *Hochschulerfinderrecht*, 2011, Teil 1 Rn. 22.

86 Zahlen finden sich bei *Pflüger/Ertmann* (Fn. 68), S. 436 (437).

87 In diese Richtung für die Rechtswissenschaft *Gärditz* (Fn. 67), Rn. 158 Fn. 9; ebenso *Haug* (Fn. 11), S. 89 (94).

88 *Hamann/Hürlimann*, *Open Access – Was soll das?*, in: dies. (Fn. 43) S. 3 (22 ff.).

89 *Hamann/Hürlimann* (Fn. 88) S. 3 (29).

auf der Hand, weil auch eine Vollfinanzierung der wissenschaftlichen Bibliotheken es nicht vermag, einen vergleichbar einfachen Zugriff auf Forschungsergebnisse zu ermöglichen, wie es Open Access kann.

In Hinblick auf die Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Pflicht nur um eine *Zweitverwertungspflicht* handelt. Der Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit wiegt also weniger schwer, als wenn eine Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht normiert worden wäre. Für ein nur sehr leichtes Gewicht des Eingriffs spricht zudem, dass von der Zweitverwertungspflicht betroffene Veröffentlichungen zuvor in Closed-Access-Zeitschriften publiziert wurden; hierbei werden in der Regel sämtliche Verwertungsrechte an den Verlag abgetreten. Die von der Zweitverwertungspflicht betroffenen Wissenschaftler*innen hätten also auch ohne die Pflicht gar nicht das Recht, anderweitig über die Zweitverwertung zu disponieren.

Andererseits muss eine Open-Access-Zweitverwertungspflicht aber den berechtigten Interessen der Wissenschaftler*innen Rechnung tragen und darf etwa dann nicht statuiert werden, wenn erstveröffentlichte Erkenntnisse überholt sind oder sich als falsch herausgestellt haben, die Erstpublikation aufgrund gesetzlicher Vorschriften zurückgezogen worden ist oder die Publikation Rechte Dritter verletzt; hierauf nimmt § 4 Abs. 1 der Konstanzer Satzung auch Rücksicht. § 44 Abs. 6 S. 2 LHG BW schafft die Grundlage, um den in der Wissenschaft Tätigen die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geforderte Mitwirkung bei der Ausgestaltung einer entsprechenden Regelung im Rahmen des Erlasses einer Hochschulsatzung zu ermöglichen.⁹⁰ Auch wurden mittlerweile mit den Repositorien der Hochschulen wissenschaftsadäquate Open-Access-Publikationsinfrastrukturen – jedenfalls für Open-Access-Zweitveröffentlichungen – geschaffen.⁹¹

Damit stellt sich die Open-Access-Zweitverwertungspflicht – jedenfalls in der Ausgestaltung durch die Universität Konstanz im Zusammenspiel

90 Zu den Mitwirkungsrechten vgl. zuletzt BVerfG, Beschl. v. 5.2.2020, Az.: 1 BvR 1586/14 Rn. 16.

91 Diese Forderung, jedoch in Hinblick auf eine Open-Access-Erstpublikationspflicht, formuliert *Peukert* (Fn. 11), S. 23 ff.; als Fachrepositorium in der Rechtswissenschaft fungiert <intr>²Dok[§], erreichbar unter <https://intr2dok.vifa-recht.de/content/index.xml>; zum Repository *Mathieu*, Open Access für die Rechtswissenschaft: Pflicht oder Privatsache? Eine bibliothekarische Perspektive, in: *Hamm/Hürlimann* (Fn. 43), S. 203.

mit dem baden-württembergischen Gesetzgeber – als gerechtfertigter Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit dar.⁹²

c) *Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG*

Während die Produktion und Publikation von Forschungs- und Lehrmaterialien der Wissenschaftsfreiheit unterfällt, wird deren wirtschaftliche Verwertung überwiegend den Schutzbereichen der Eigentums- und Berufsfreiheit zugeordnet.⁹³

Der Urheber genießt den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG.⁹⁴ Als Inhalts- und Schrankenbestimmung bedarf die Open-Access-Zweitverwertungspflicht der Rechtfertigung, dies erst Recht, als das Gesetz keinen ausgleichenden Vergütungsanspruch des Urhebers vorsieht.⁹⁵ Beschränkungen des Verwertungsrechts können dabei nur durch ein gesteigertes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden,⁹⁶ das jedoch in Anbetracht des Interesses an bestmöglicher Wissenschaftskommunikation anzunehmen ist.⁹⁷ Die Regelung stellt sich auch als verhältnismäßig dar, da bei der Erstveröffentlichung typischerweise bereits über die weitergehenden Verwertungsrechte abschließend disponiert wurde.⁹⁸

Auch in Hinblick auf die Berufsfreiheit ist der Eingriff aufgrund der erleichterten Wissenschaftskommunikation als gerechtfertigt anzusehen.⁹⁹

92 Anders stellte sich die Bewertung einer Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht dar, weil hierdurch den Wissenschaftler*innen weitreichend auch die Möglichkeit zur freien Disposition über den Ort der Erstveröffentlichung genommen wäre.

93 Höpfner/Amschwitz (Fn. 58), S. 2966 (2969); Bäuerle (Fn. 7), S. 1 (10); differenzierend hingegen Gärditz (Fn. 67), Rn. 90 ff.

94 Haug (Fn. 11), S. 89 (94); Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 57), Einleitung Rn. 39; nicht jedoch die Verlage, vgl. Haug (Fn. 11), S. 89 (94 f.); ebenso Höpfner/Amschwitz (Fn. 58), S. 2966 (2970); Fehling (Fn. 68), S. 179 (186); Peukert (Fn. 11), S. 16 f.

95 Ein solcher wurde vom BVerfG in der Entscheidung zum Schulbuchprivileg für erforderlich erachtet, s. BVerfG, Beschluß v. 7.7.1971, Az.: 1 BvR 765/66 = BVerfGE 31, 229.

96 Dreier (Fn. 94), Rn. 39.

97 Haug (Fn. 11), S. 89 (94); a.A. aber Höpfner/Amschwitz (Fn. 58), S. 2966 (2970), die eine Vergütungsregelung fordern.

98 I.E. ebenso Krausnick (Fn. 13), S. 367 (374); auch eine Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht hielte für gerechtfertigt Peukert (Fn. 11), S. 30 f.

99 Haug (Fn. 11), S. 89 (95); Höpfner/Amschwitz (Fn. 58), S. 2966 (2971); Krausnick (Fn. 13), S. 367 (375); Anders läge die Sache hingegen im Falle einer Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht, weil eine solche den Urhebern die Kommerzialisie-

d) Vereinbarkeit mit der Urheberrechtsrichtlinie

Schließlich sind Zweifel an der Vereinbarkeit von Open-Access-Zweitverwertungspflichten mit der europäischen Urheberrechtsrichtlinie¹⁰⁰ angemeldet worden.¹⁰¹ Dies deshalb, weil die Urheberrechtsrichtlinie in Art. 5 einen abschließenden¹⁰² Schrankenkatalog für Eingriffe in das ausschließliche Recht des Urhebers zur öffentlichen Zugänglichmachung vorsieht. Bezweifelt worden ist, ob Open-Access-Zweitverwertungspflichten von diesem Schrankenkatalog erfasst werden können.¹⁰³ Nach Art. 5 Abs. 3 lit. a der Richtlinie können die Mitgliedstaaten Ausnahmen oder Beschränkungen für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zulassen, sofern die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Genau hierum handelt es sich im Falle der Zweitverwertungspflicht, wenn bereits publizierte Artikel auf universitätseigenen Repositorien online gestellt werden.¹⁰⁴ Auch den weiterhin nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie erforderlichen „Dreistufentest“ besteht die Open-Access-Zweitverwertungspflicht, weil sie legitime Zwecke verfolgt, weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigt, noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers ungebührlich beeinträchtigt werden. § 38 Abs. 4 UrhG sieht ja bereits jetzt schon ein Zweitveröffentlichungsrecht vor, sodass verlagsseitige Verwertungsrechte nicht tangiert sind.¹⁰⁵ Auch eine ungebührliche Beeinträchtigung der Interessen des Rechtsinhabers ist nicht festzustellen, insofern kann auf die Erwägungen zur Angemessenheit der Grundrechtsbeein-

zung der Publikation gänzlich unmöglich machen würde; a.A. aber *Peukert* (Fn. 11), S. 30; erforderlichlich wäre dann zumindest eine Vergütungsregelung wie etwa in § 42 Nr. 4 ArbNErfG.

100 RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte der Informationsgesellschaft.

101 *Haug* (Fn. 11), S. 89 (91 f.); im Ergebnis auch, aber differenzierender *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2971 ff.); zu den grundfreiheitlichen Implikationen näher *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (371 ff.).

102 S. Erwägungsgrund 32 der Richtlinie.

103 Es wurde schon in Hinblick auf § 38 Abs. 4 UrhG diskutiert, ob es sich hierbei um einen Verstoß gegen die Schrankenregelung handele; dies lehnen richtigerweise ab *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2972).

104 Zweifel in Hinblick auf die Ausschließlichkeit der wissenschaftlichen Zweckrichtung verfangen nicht, so überzeugend *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2972).

105 Anders, dabei aber diesen Aspekt unberücksichtigt lassend *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 58), S. 2966 (2972).

trächtigung verwiesen werden.¹⁰⁶ Ein Verstoß gegen die Urheberrechtsrichtlinie scheidet damit ebenfalls aus.

2. Förderung

Auch wenn Open-Access-Zweitverwertungspflichten demnach aus verfassungs- und unionsrechtlicher Sicht als zulässig zu bewerten sind, sollte die Öffnung der Rechtswissenschaft keine erzwungene sein, sondern auf die freie Entscheidung der Wissenschaftler*innen zurückgeführt werden.¹⁰⁷ Um einen Kulturwandel zu erreichen, sollte die Politik dafür das Anreizinstrumentarium effektivieren und die Wissenschaftsförderung gezielter als bisher dazu nutzen, um ihrem Interesse an einer Öffnung der Rechtswissenschaft Gewicht zu verleihen. Forschungsförderung an die Bedingung einer Open-Access-Publikation der Forschungsergebnisse und an das Forschungsprojekt begleitende Wissenschaftskommunikation zu knüpfen,¹⁰⁸ wird auf weitaus größere Einsicht der Rechtswissenschaftler*innen stoßen und kommt auch weitgehend ohne Konfliktlage zu grundrechtlichen Verbürgungen aus.¹⁰⁹

Dafür reichen die bisherigen Bemühungen jedoch nicht. Mittlerweile haben die Hochschulen zwar von der DFG geförderte¹¹⁰ Open-Access-Förderfonds aufgesetzt, aus denen nicht nur Publikationsgebühren für Open-Access-Zeitschriftenartikel, sondern teilweise auch die Kosten für Open-Access-Monographien erstattet werden können.¹¹¹ Indes widersprechen die Förderbedingungen den in der Rechtswissenschaft etablierten Fachkulturen und finden daher nur wenig Interesse: So fließen die Fördergelder vollständig den Verlagen zu, während die Wissenschaftler*innen leer ausge-

106 Anders wiederum Höpfner/Amschewitz (Fn. 58), S. 2966 (2972 f.), die die Zahlung einer angemessenen Vergütung an den Urheber für erforderlich erachten.

107 So auch Steinbauer (Fn. 43), S. 48.

108 Förderung ebenfalls befürwortend Sandberger (Fn. 76), S. 75 (80); Weitere Anreizinstrumente finden sich bei Schmidt (Fn. 43), S. 249.

109 Eine grundrechtliche Bindung privater Forschungsförderer scheidet aus, vgl. umfassend zu dieser Frage Fehling (Fn. 68), S. 179; Schmidt (Fn. 43), S. 119 ff. sowie 249 f.; vgl. auch Gärditz (Fn. 67), Rn. 104 sowie Steinbauer (Fn. 43), S. 73 ff.

110 Förderprogramm „Open Access Publizieren“, https://www.dfg.de/foerderung/programme/infrastruktur/lis/lis_foerderangebote/open_access/.

111 So ko-finanziert bspw. die Freie Universität Berlin nunmehr in einer Pilotphase auch Publikationskosten für Open-Access-Monographien und -Sammelbände; nähere Informationen unter https://www.fu-berlin.de/sites/open_access/finanzierung/monogr-sammelbaende/index.html.

hen. Auch eine Förderung von Open-Access-Veröffentlichungen in etablierten Closed-Access-Zeitschriften wird häufig ausgeschlossen, was der Reputationskultur in der Rechtswissenschaft zuwiderläuft.¹¹²

Auch die Drittmittelforschung wird bisher nicht vollständig von Open-Access-Veröffentlichungspflichten abhängig gemacht.¹¹³ Die DFG etwa fordert dies zwar, zwingt aber nicht dazu.¹¹⁴ Öffentliche Fördermittel für OER-Projekte sind zudem rar.¹¹⁵

3. Freiwilligkeit

Wen abseits von Kommerzialisierungsinteressen die Idee einer offenen Wissenschaft überzeugt und wer einen Beitrag zur Idee global verfügbaren, frei zugänglichen Wissens beisteuern will, kann auch heute schon ganz einfach seinen Beitrag leisten.

Aufsatzpublikationen werden sich künftig auch reputationsfördernd in Open-Access-Zeitschriften unterbringen lassen.¹¹⁶ Wer bisher in Closed-Access-Journalen veröffentlicht und davon erst einmal nicht absehen möchte, kann bis dahin seine Aufsätze auf dem grünen Weg der Allgemeinheit zur Verfügung stellen. Zeitschriftenaufsätze dürfen im Rahmen der Regelung des § 38 Abs. 4 UrhG¹¹⁷ nach einer Embargofrist von einem Jahr Open Access zugänglich gemacht werden. Die Erfahrungen des Autors dieses Beitrags zeigen, dass die Zeitschriften häufig damit einverstanden sind, dafür auch die gesetzte Manuskriptversion zur Verfügung zu stellen. Die Datei lässt sich einfach auf einem universitätseigenen Repositori-

112 Auch wenn die Kritik am „double dipping“ bei sog. hybriden Open-Access-Modellen durchaus berechtigt sein mag, vgl. hierzu näher *Mittermaier*, Double Dipping beim Hybrid Open Access – Chimäre oder Realität?, Informationspraxis Bd. 1, Nr. 1 (2015), 1, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.11588/ip.2015.1.18274>.

113 Zwangsmodelle sind bereits auf europäischer Ebene im Rahmen des Förderprogramms Horizon 2020 (s. bereits Fn. 29 sowie <https://www.horizont2020.de/einstieg-open-access.htm>) realisiert.

114 DFG-Vordruck 2.00 – 12/15, S. 44, abrufbar unter https://www.dfg.de/formulare/2_00/v/dfg_2_00_de_v1215.pdf.

115 *Wikimedia Deutschland e.V.* (Hrsg.) (Fn. 20), S. 60; alternative Finanzierungsformen wie Crowd-Sourcing könnten eine Alternative darstellen, vgl. *Deimann/Neumann/Muß-Merholz* (Fn. 16), S. 35.

116 *Hamann/Hürlimann* (Fn. 88), S. 3 (13).

117 Vor Erlass der Norm wurde intensiv um die Zulässigkeit dieser als Recht ausgestalteten Regelung gerungen; s. dazu *Krausnick* (Fn. 13), S. 367 (376 ff.); *Fehling* (Fn. 68), S. 179 (183 f.).

um hochladen und ist dann – auf dem sog. grünen Weg – Open Access verfügbar.

Dissertationen und andere Monographien müssen nicht im Verlag, sondern können auch auf den universitären Repositorien kostenlos Open Access veröffentlicht werden. Für alle, die auf eine Verlagsveröffentlichung aus Reputationsgründen nicht verzichten können, bieten immer mehr Verlage auch Open-Access-Modelle an. Die damit häufig verbundenen höheren Kosten werden durch eine umfassende Sichtbarkeit der eigenen Forschung ausgeglichen.¹¹⁸

In Hinblick auf Lehrmaterialien stellen alle mit Lehraufgaben Betrauten auch heute schon sehr viel Material kostenlos zur Verfügung. Über eine offene Lizenzierung und einen Upload außerhalb der geschlossenen Lernplattformen der Universitäten könnten diese einem weit größeren Nutzerkreis zur Verfügung gestellt werden.

III. Fazit

Die Digitalisierung öffnet einen Weg, in der all unser Wissen frei im digitalen Raum verfügbar sein könnte. Ob wir diesen Weg gehen oder Wissen weiter hinter Bezahlschranken verstecken wollen, liegt in der Hand eines jeden von uns. Nehmen wir also mit *Kant* den Ausgang aus der selbstverschuldeten Unmündigkeit¹¹⁹ und entscheiden künftig bewusst darüber, wie wir Forschungsergebnisse und Lehrmaterialien veröffentlichen möchten. Dass in der Rechtswissenschaft bisher wenig von den Möglichkeiten öffentlicher Forschung und Lehre Gebrauch gemacht wird, hat Gründe, die nicht durch Zwangssysteme überspielt, sondern im konstruktiven Dialog mit der Politik beseitigt werden sollten. Gleichzeitig sollten wir uns nicht hinter vorgeschobenen Gründen verstecken, sondern bewusst mit den Potentialen einer öffentlichen Rechtswissenschaft auseinandersetzen und von den schon heute bestehenden Möglichkeiten mutiger Gebrauch machen.

118 S. *Steinhauer*, Zur Sichtbarkeit und Verbreitung rechtswissenschaftlicher Dissertationen, in: Hamann/Hürlimann (Fn. 43), S. 31.

119 *Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung, Berlinische Monatsschrift, Dezember 1784, S. 481, abrufbar unter http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/kant_aufklaerung_1784.