

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 6/2013

Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage –
zur rechtlichen Implementierung von Open Access als
Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens

Alexander Peukert

Erscheint in Grünberger/Leible, Die Kollision von Urheberrecht und
Kommunikationsverhalten der Nutzer im Informationszeitalter

Zusammenfassung: Sowohl die exklusive Vermarktung steuerfinanzierter wissenschaftlicher Werke durch Verlage als auch das Wissenschaftsurheberrecht stehen seit längerem in der Kritik. Die Open-Access-Bewegung tritt dafür ein, dass überwiegend öffentlich geförderte wissenschaftliche Ergebnisse frei im Internet verfügbar sein sollen. Die Implementierung dieses Ideals stößt aber auf erhebliche Beharrungskräfte. Deshalb gehen öffentliche Forschungsförderer vermehrt dazu über, Wissenschaftler zu Open-Access-Publikationen zu verpflichten. Der Beitrag skizziert die rechtlichen Maßnahmen, die ergriffen werden müssten, um Open Access zum Goldstandard der wissenschaftlichen Veröffentlichung zu küren. Ferner geht der Beitrag der Frage nach, ob ein solches Regelwerk Grundrechte der Verlage und der Wissenschaftler verletzen würde.

Abstract: The exclusive commercialization of publicly funded scholarship by publishers as well as copyright norms that support this business model have been subject to criticism for some time. The Open Access movement claims that publicly funded research should be freely available on the internet. However, the implementation of this ideal encounters significant resistance in the academic community. As a reaction, more and more funding agencies tend to demand Open Access publications. The article develops a model of how to legally implement and enforce an obligation to make Open Access the gold standard in academic publishing. Furthermore, the article asks whether such a framework would violate fundamental rights of publishers and researchers.

I. Open Access als Antwort auf die Krise des Wissenschaftsurheberrechts

Das geltende europäische Urheberrecht verschafft den Rechtsinhabern – konkret den Wissenschaftsverlagen als Inhabern abgeleiteter Nutzungsrechte – durch eine Kombination aus rechtlicher und technischer Ausschließlichkeit die volle Herrschaft über die wissenschaftliche Information. Ermöglicht wird ein bestimmtes Geschäftsmodell zur Vermarktung wissenschaftlicher Ergebnisse, nämlich die zugangskontrollierte Online-Datenbank, deren Nutzung den Erwerb einer entgeltlichen Lizenz voraussetzt, welche entweder im Rahmen eines *big deal* mit öffentlichen Bildungs- und Forschungseinrichtungen oder individuell im Wege des *pay per use* vereinbart wird. Während die Verlage geltend machen, sie vermittelten mit ihren Datenbanken Wissen in einer noch nie dagewesenen Quantität und Qualität, beklagen die öffentlichen Forschungsförderer überdurchschnittlich gestiegene Kosten, die sie zur Reduzierung ihres Angebots zwingen. Die Schwierigkeiten, im Internetzeitalter Zugang zu immerhin aus Steuermitteln finanzierten Forschungsergebnissen zu erlangen, haben auch unter Wissenschaftlern viel Kritik hervorgerufen. *Reto Hilty* etwa meint, das Urheberrecht verfehle seine Funktion mit Bezug auf das wissenschaftliche Werkschaffen „in wachsendem Maße.“¹ Mehr noch: Seiner Auffassung nach ist selbst „der Weg zu der Erkenntnis, dass – jedenfalls im Bereich der Forschung – die ‚guten Gründe‘ für ein proprietäres Urheberrechtssystem eigentlich fehlen, nicht mehr weit.“²

Obwohl damit das Wissenschaftsurheberrecht als solches in Frage steht, wird die Lösung des skizzierten Konflikts häufig im Rahmen des geltenden Urheberrechts gesucht. Diskutiert werden zum einen weitergehende Schranken im Interesse von Bildung und Wissenschaft, zum anderen Zwangslizenzen bzw. ein Kontrahierungszwang, die dazu führen sollen, dass wissenschaftliche Information nicht mehr nur in einer, sondern in mehreren Verlagsdatenbanken verfügbar wären. Indes stoßen derartige Vorschläge schnell an die Grenzen des völker- und unionsrechtlich Zulässigen. Denn wenn das internationale und das europäische Urheberrecht die exklusive Vermarktung und Individuallizenzierung von Werken und anderen Schutzgegenständen zum

¹ Auch zum Vorstehenden *Hilty*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179.

² *Hilty* (Fn. 1), GRUR Int. 2006, 179, 185.

Normalfall erklären, scheidet „für die Wissensorganisation ... eine Option aus: die völlige Neugestaltung eines allein an der digitalen Wirklichkeit ausgerichteten Urheberrechtssystems.“³

Wer das wissenschaftliche Kommunikationssystem grundlegend umgestalten möchte, muss daher außerhalb des Urheberrechts ansetzen. Genau dies macht die Open-Access (OA)-Bewegung für sich geltend. Sie fordert die Wissenschaftler als originäre Inhaber des Urheberrechts auf, ihre Werke nicht exklusiv in das proprietäre Verlagsmodell einzuspeisen, sondern ihre Ergebnisse ohne rechtliche und technische Barrieren im Internet verfügbar zu machen. Hierfür ist in der Tat keine Änderung des Urheberrechts erforderlich. Als privatautonom auszuübendes, subjektives Recht steht das Urheberrecht selbst einer sofortigen, vollständigen und weltweiten Umstellung der wissenschaftlichen Kommunikation auf OA-Erstveröffentlichungen nicht entgegen – wenn die entscheidungsbefugten Wissenschaftler diese Wahl denn treffen.⁴ Ob sie dies tun, hängt maßgeblich von den wissenschaftsinternen Normen des Publikationswesens und den diesbezüglichen Regeln des Wissenschaftsrechts ab.

Eine Umstellung jedenfalls der steuerfinanzierten wissenschaftlichen Kommunikation auf Open Access wird aus wissenschaftstheoretischen und ökonomischen Gründen ganz überwiegend als wünschenswert erachtet.⁵ Erstens verbessert Open Access die Bedingungen, unter denen die

³ Auch zum Vorstehenden *Peifer*, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22, 23.

⁴ Das sog. Zweitverwertungsrecht sichert lediglich die Option des sog. grünen OA gegen einen Rechtsverlust zugunsten von Verlagen; siehe hierzu und zum Vorstehenden *Peukert*, Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft: Auf die Perspektive kommt es an!, Arbeitspapier Nr. 5/2013 des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe Universität Frankfurt/M.

⁵ Vgl. für Deutschland Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, 5.4.2013, 13 ff. Für das Vereinigte Königreich *Finch Group Report*, Accessibility, sustainability, excellence: how to expand access to research publications, 2012, <http://www.researchinfonet.org/wp-content/uploads/2012/06/Finch-Group-report-FINAL-VERSION.pdf>, 5 f. Für die USA Executive Office of the President, Office of Science and Technology Policy, Expanding Public Access to the Results of Federally Funded Research, 22.2.2013, <http://www.whitehouse.gov/blog/2013/02/22/expanding-public-access-results-federally-funded-research>. Zu Effizienzgesichtspunkten EU-Kommission, Verbesserung des Zugangs zu wissenschaftlichen Informationen: Steigerung der Wirkung öffentlicher Investitionen in die Forschung, 17.7.2012, KOM(2012) 401 endg., 3. Siehe ferner *Suber*, Open Access, 2012, 29 ff., 43 ff., 133 ff.; *Fröhlich*, Die Wissenschaftstheorie fordert Open Access, Information Wissenschaft & Praxis 2009, 253 ff.; kritisch *Theisohn*, Literarisches Eigentum, 2012, 115 ff. („gescannte Ideologie“).

Wissenschaft ihre primäre Aufgabe, neues gesichertes Wissen zu generieren, erfüllen kann, weil vorhandene Erkenntnisse schneller, umfassender, weltweit und über Fächergrenzen hinweg zugänglich sind.⁶ Zweitens verspricht Open Access einen intensivierten Wissenstransfer über die Grenzen des engeren, öffentlich finanzierten Wissenschaftsbetriebs hinaus, sei es im Verhältnis zu forschenden Unternehmen, zur Politik oder zu den Medien.⁷

Trotz dieser weithin anerkannten Vorzüge stößt die OA-Bewegung auf erhebliche Beharrungseffekte in der wissenschaftlichen Community. Zwar halten über Disziplin- und Ländergrenzen hinaus mehr als 80 % der Wissenschaftler Open Access für einen förderungswürdigen Ansatz.⁸ Zugleich jedoch bekundet eine ebensolche Mehrheit, das verlagsseitig produzierte *peer reviewed journal* sei unverändert das vorzugswürdige Medium.⁹ Diese geradezu schizophrene Haltung gegenüber Open Access beruht unter anderem auf einer konservativen Grundhaltung der Wissenschaftler im Hinblick auf ein funktionierendes, auch Elite signalisierendes Publikationswesen sowie auf Pfad- und Strukturabhängigkeiten, die sich maßgeblich an der Frage orientieren, wie wissenschaftliche Macht erworben und erhalten wird.¹⁰

⁶ Siehe *Fröhlich* (Fn. 5), *Information Wissenschaft & Praxis* 2009, 253, 255; *Taubert/Weingart*, „Open Access“ - Wandel des wissenschaftlichen Publikationssystems, in: Sutter/Mehler, *Medienwandel als Wandel von Interaktionsformen*, 2010, 159, 166; Budapest Open Access Initiative 2002, <http://www.opensocietyfoundations.org/openaccess/translations/german-translation>; skeptisch *Herb*, *Open Access - Ein Wundermittel? Wissenschaft, Gesellschaft, Demokratie, Digital Divide*, in: Lison, *Information und Ethik*, 2007, 78 ff.; zynische Ressentiments bei *Rieble*, *Autorenfreiheit und Publikationszwang*, in: Reuß/Rieble, *Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit*, 2009, 29, 51 („Ob in *Ouagadougou* oder anderswo deutsche Netzveröffentlichungen zur Soteriologie verstanden werden, bleibt fraglich.“, Hervorh. im Original).

⁷ *Weingart*, *Die Stunde der Wahrheit*, 2001, 333 m.w.N.; *Schmidt-Assmann*, *Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht*, in: Dreier, *Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit*, 2005, 67, 86; Royal Society, *Science as an open enterprise*, 2012, http://royalsociety.org/uploadedFiles/Royal_Society_Content/policy/projects/sape/2012-06-20-SAOE.pdf, 7 f.

⁸ Siehe *Dallmeier-Tiessen u.a.*, *Highlights from the SOAP project survey. What Scientists Think about Open Access Publishing*, 2011, arXiv:1101.5260 (knapp 18.000 Befragte).

⁹ *Fry u.a.*, *PEER Behavioural Research: Authors and Users vis-à-vis Journals and Repositories*, Final Report, 2011, http://www.peerproject.eu/fileadmin/media/reports/PEER_D4_final_report_29SEPT11.pdf, 30.

¹⁰ *Fry u.a.* (Fn. 9), iv („Academic researchers have a conservative set of attitudes, perceptions and behaviours towards the scholarly communication system and do not desire fundamental changes in the way research is currently disseminated and published.“); *Taubert/Weingart*, in: Sutter/Mehler (Fn. 6), 159, 177; *Herb*, in: Lison (Fn. 6); *Spindler*, *Urheberrecht in der Wissensgesellschaft – Überlegungen zum Grünbuch der EU-Kommission*, in: Hilty, *Festschrift Loewenheim*, 2009, 287, 301 f.; *Bäuerle*, *Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft*, in: Britz, *Forschung in Freiheit und Risiko*, 2012, 1, 7. In den Worten von *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn. 6), 29, 41: „Das hat ästhetische Gründe, wurzelt auch in der Eitelkeit und dient der Karriere.“

Solange Open Access wie namentlich in Deutschland auf Freiwilligkeit beruht,¹¹ ist unter diesen Umständen mit einem flächendeckenden Systemwechsel vom zugangskontrollierten Verlagsmodell zu Open Access allenfalls langfristig zu rechnen. Deutliche Impulse in diese Richtung gehen allerdings vom Wissenschaftsförderungsrecht des Vereinigten Königreichs und der USA aus. Die einschlägigen Regelungen beruhen auf dem Gedanken, dass sich das wissenschaftliche Publikationswesen derzeit im Übergang vom Verlags- zum OA-System befindet und dass dieser Wandel intelligent gestaltet und gefördert werden soll.¹² Zu diesem Zweck werden die öffentlich finanzierten Wissenschaftler einerseits auf OA-Publikationen verpflichtet. Andererseits ist diese Pflicht so ausgestaltet, dass es zu einer Koexistenz von Open Access und Verlagsangeboten kommt, deren Geschäftsmodell nicht in Frage gestellt wird, da sie einen wichtigen Beitrag für das Funktionieren der wissenschaftlichen Kommunikation leisten. Insbesondere werden Mittel für Autorengelühren bereitgestellt, mit denen sich die Wissenschaftler die freie Zugänglichkeit ihrer in Verlagszeitschriften veröffentlichten Beiträge erkaufen können (goldener OA). Die Erstveröffentlichung in proprietären Formaten bleibt ebenfalls erlaubt, soweit der Aufsatz nach einem Embargo von bis zu 12 Monaten frei zugänglich gemacht wird (grüner OA).¹³

¹¹ Siehe Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen, 22.10.2003, http://oa.mpg.de/files/2010/04/Berliner_Erklaerung_dt_Version_07-2006.pdf; Bundestag, Dritter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Urheberrecht, 23.11.2011, BT-Drucks. 17/7899, 81; im Ergebnis auch Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung, Nationaler Forschungsrat, Weisung betreffend Open Access zu Forschungspublikationen aus vom SNF geförderten Forschungsprojekten, 4.7.2007 (OA-Befugnisse „soweit möglich“ vorbehalten); EU-Kommission (Fn. 5), KOM(2012) 401 endg., 8 („best efforts“).

¹² Royal Society (Fn. 7), 7; tendenziell auch EU-Kommission (Fn. 5), KOM(2012) 401 endg., 6 f. (Hindernisse für einen raschen Wandel).

¹³ Siehe für das Vereinigte Königreich *Finch Group Report* (Fn. 5). Reaktion der Regierung: Letter to Dame Janet Finch on the Government Response to the Report ‚Accessibility, sustainability, excellence: how to expand access to research publications‘, 16.7.2012, <https://www.gov.uk/government/publications/letter-to-dame-janet-finch-on-the-government-response-to-the-finch-group-report-accessibility-sustainability-excellence-how-to-expand-access-to-research-publications>. Reaktion der öffentlichen Forschungsförderer: Higher Education Funding Council for England, HEFCE statement on implementing open access, 16.7.2012, <http://www.hefce.ac.uk/news/newsarchive/2012/statementonimplementingopenaccess/>; UK Research Councils, Research Councils UK Policy on Access to Research Outputs, 17.7.2012, <http://roarmap.eprints.org/671/1/RCUK%20Policy%20on%20Access%20to%20Research%20Outputs.pdf>. Für die USA Executive Office of the President (Fn. 5). Für die EU EU-Kommission (Fn. 5), KOM(2012) 401 endg., 9. Für Deutschland siehe Deutscher Bundestag, Sechster Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Bildung und

Eine Umsetzung dieser Vorgaben würde bewirken, dass zumindest nach einer gewissen Zeit sämtliche von den Regularien erfassten Beiträge/Ergebnisse ohne rechtliche oder technische Hürden im Internet verfügbar wären. Zugleich würden sich diese Inhalte z.T. auch noch in zugangskontrollierten Verlagsdatenbanken finden. Freilich ist zu erwarten und wohl auch erwünscht, dass das OA-System zunehmend von seiner Vollständigkeit profitiert, so dass sich Netzwerkeffekte einstellen, die an einem bestimmten *tipping point* dazu führen, dass Wissenschaftler von vornherein in diesem Modus erstveröffentlichen. Verlagsdatenbanken würden graduell und ab dem Umkipppunkt rasant an Bedeutung verlieren und könnten schließlich als Archivbestände von den öffentlichen Bibliotheken übernommen werden.

Spätestens dann stünde die Frage im Raum, ob und wie das in verschiedener Hinsicht kostenträchtige Nebeneinander von OA- und Verlagspublikationen beendet, wie mit anderen Worten der Übergang vom Verlags- auf das OA-System regulativ vollzogen werden kann. Hierzu müsste sichergestellt werden, dass jedenfalls die überwiegend öffentlich finanzierten Forschungsergebnisse *nach OA-Prinzipien erstveröffentlicht* werden, und diese Fassung in der Folge zu zitieren ist.¹⁴ Das Geschäftsmodell zugangskontrollierter Verlagsdatenbanken würde hiermit zumindest für die fernere Zukunft obsolet.¹⁵ Die Kosten des OA-Systems müssten von den öffentlichen Forschungsförderern getragen werden, so dass die wissenschaftliche Wertschöpfungskette ohne Umweg über die Verlage aus Steuergeldern finanziert würde.¹⁶

Forschung, 8.1.2013, BT-Drucks. 17/12029, 94 ff. (Verpflichtung zu grünem OA nach Embargo-Fristen). Zu unterschiedlichen OA-Richtlinien an Universitäten *Suber* (Fn. 5), 77 ff.

¹⁴ Siehe Zehn Jahre nach der Open-Access-Initiative von Budapest: Den Standard auf „Offen“ setzen, 12.9.2012, <http://www.opensocietyfoundations.org/openaccess/boai-10-translations/german-translation> (10 Jahre BOAI); deutlicher *Kuhlen*, Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, 2008, 551; wohl auch *Reichman/Okediji*, When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale, *Minnesota Law Review* 96 (2012), 1362, 1467; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, 44; Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Urheberrecht (Fn. 11), BT-Drucks. 17/7899, 37; *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 10), 1, 9.

¹⁵ Siehe *Peifer* (Fn. 3), GRUR 2009, 22, 23 („Die entscheidende Frage, vor der man in der Onlinewelt steht, ist die, ob der klassische Verleger als Informationsbroker noch gebraucht wird.“).

¹⁶ Bethesda Statement on Open Access Publishing, June 20, 2003, <http://www.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm>; UK Research Councils (Fn. 13).

Eine solche Umstellung auf Open Access als primäre Standardmethode der wissenschaftlichen Veröffentlichung wird zwar zunehmend diskutiert.¹⁷ Wie sie rechtlich implementiert werden könnte (dazu II) und ob dies überhaupt verfassungskonform geschehen kann (dazu III), wurde bisher aber nicht näher erörtert.¹⁸ Hierzu sollen im Folgenden erste Erwägungen angestellt werden.

II. Rechtliche Implementierung einer Pflicht zur Open-Access-Erstpublikation

1. Änderung des Wissenschaftsrechts

Regulativer Ansatzpunkt für einen Systemwechsel hin zu Open Access ist wie erläutert nicht das Urheberrecht, sondern das Wissenschaftsrecht. Dort wäre eine grundsätzliche Pflicht zur *Erstveröffentlichung* im OA-Modus vorzusehen.¹⁹ Schon mit Rücksicht auf die Wissenschaftsfreiheit ist hierfür eine gesetzliche Grundlage erforderlich.²⁰ Insoweit könnte im HRG und den Landeshochschulgesetzen geregelt werden, dass

- Aufsätze,²¹ Monografien, insbesondere Sammelbände und Qualifikationsschriften,²² Forschungsdaten sowie sonstige wissenschaftliche Publikationen,²³

¹⁷ Siehe Fn. 14.

¹⁸ Siehe Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Urheberrecht (Fn. 11), BT-Drucks. 17/7899, 37. Ansätze bei *Steinhauer* (Fn. 14), 44; *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 10), 1, 9.

¹⁹ Siehe Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Urheberrecht (Fn. 11), BT-Drucks. 17/7899, 37 („haushaltsrechtliche“ Lösung).

²⁰ Vgl. BVerfG 1 BvR 402/87, 27.11.1990, BVerfGE 83, 130, 142 f.; BVerfG 2 BvR 716/01, 16.1.2003, BVerfGE 107, 104, 120 f.; BVerfG 1 BvR 462/06, 28.10.2008, BVerfGE 122, 89 ff. Vgl. in diesem Sinne den US-amerikanischen Gesetzentwurf „Fair Access to Science and Technology Research Act of 2013“, <http://doyle.house.gov/sites/doyle.house.gov/files/documents/2013%2002%2014%20DOYLE%20FASTR%20FINAL.pdf> (gesetzliche Verpflichtung von Bundesbehörden mit Forschungsetat, eine OA-Strategie zu etablieren, wonach alle öffentlich geförderten Manuskripte spätestens sechs Monate nach Erscheinen in einer Verlagszeitschrift frei online verfügbar sein sollen).

²¹ Zur wachsenden Dominanz und Vereinheitlichung dieser Publikationsform *Stichweh*, Einheit und Differenz im Wissenschaftssystem der Moderne, in: Halfmann/Rohbeck, *Zwei Kulturen der Wissenschaft – revisited*, 2007, 213, 218.

²² Zu Monografien Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Bildung und Forschung (Fn. 13), BT-Drucks. 17/12029, 43; *Suber* (Fn. 5), 106 f.; *Shavell*, *Should Copyright of Academic Works Be Abolished?*, Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 10-10, <http://ssrn.com/abstract=1459028>, 52 f.

²³ Etwa Rezensionen oder Tagungsberichte.

- die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und/oder Forschungstätigkeit entstanden sind,²⁴
- nach Prinzipien des Open Access²⁵ dauerhaft erstveröffentlicht werden *sollen*.

Dieser gesetzliche Rahmen wäre von den Hochschulen und anderen, öffentlich finanzierten Forschungsinstitutionen in ihren internen Regelwerken präzisierend umzusetzen. Schließlich wäre die grundsätzliche Pflicht zur OA-Erstpublikation in die individuellen Arbeits- und Projektförderungsverträge mit Wissenschaftlern aufzunehmen.

Existierende Vorgaben dieser Art leiden freilich unter erheblichen Sanktionsdefiziten.²⁶ Leitungsorgane und erst recht Fachkollegen scheuen sich, auch nur Rückfragen zur Wahl des Publikationsmediums zu stellen. Die Freiheit dieser Entscheidung genießt innerhalb des Wissenschaftssystems einen unverändert hohen Stellenwert.

Doch lassen sich ohne Weiteres Maßnahmen denken, die auch ohne individuelle Sanktionen einen sehr hohen Befolgungsgrad gewährleisten würden. Und zwar müsste in den Qualifikations-, Berufungs- und Evaluationsordnungen geregelt werden, dass *ab einem bestimmten Stichtag* (vor dem eine Übergangsfrist eingeschaltet werden könnte) *grundsätzlich nur noch OA-Erstveröffentlichungen berücksichtigt werden*.²⁷ Wer also promoviert, habilitiert, berufen, befördert oder positiv evaluiert werden möchte, kann dies ab dem Tag der Umstellung des wissenschaftlichen Kommunikationssystems auf Open Access nur noch mit von Anfang an frei verfügbaren Publikationen erreichen.

Ausnahmen hiervon müssten in den jeweiligen Gremienentscheidungen ausdrücklich begründet werden und dürften sich nur auf berechnete Bedürfnisse im Hinblick auf eine wissenschaftsadäquate Kommunikation stützen.²⁸ Das ausnahmsweise Erfordernis einer proprietären Publikation

²⁴ Zu Abgrenzungsschwierigkeiten kritisch *Theisohn* (Fn. 5), 117 mit Fn. 13.

²⁵ Hierzu sogleich unter II 2.

²⁶ Zur Praxis US-amerikanischer Universitäten *Shavell* (Fn. 22), 43 f.

²⁷ Vgl. *Steinhauer* (Fn. 14), 43 f.; unter Vorbehalt auch 10 Jahre BOAI (Fn. 14) (die Prüfung anderer wissenschaftlicher Nachweise oder die Standards der Begutachtung dürften nicht eingeschränkt werden); ferner Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Bildung und Forschung (Fn. 13), BT-Drucks. 17/12029, 96.

²⁸ Dazu näher unten III 2 a.

könnte dabei erstens in Besonderheiten des betreffenden Textes wurzeln. So mag es auch künftig noch Sonderfälle wie komplexe Enzyklopädien und juristische Kommentare geben, die ihre volle Funktionalität nur in einer kostenintensiven elektronischen Aufbereitung entfalten, die ggf. nur von privaten Marktakteuren erbracht wird, die hierfür wiederum eine exklusive Marktposition nach dem Vorbild der heutigen, zugangskontrollierten Datenbanken benötigen.²⁹ Für den typischen Aufsatz oder die wissenschaftliche Monografie gelten diese Bedingungen jedoch nicht. Zweitens wäre auf Besonderheiten in der Person des Wissenschaftlers Rücksicht zu nehmen. Insbesondere müssten überwiegend im Ausland entstandene Verlagspublikationen unverändert Berücksichtigung finden, wenn am betreffenden Ort keine OA-Erstveröffentlichungspflicht besteht. Ferner dürften inländische Wissenschaftler nicht daran gehindert werden, an internationalen Forschungsk Kooperationen mitzuwirken, deren Ergebnisse z.B. in einem klassischen Sammelband erscheinen.

An diesem Punkt offenbart sich einer der Netzwerkeffekte, die zur Stabilisierung des überkommenen, verlagsgetragenen Publikationswesens beitragen. Würde ein Staat bei der Umstellung auf Open Access voranpreschen, sähe er sich dem Vorwurf der Inländerdiskriminierung ausgesetzt, weil die einheimischen Wissenschaftler im Gegensatz zu ihren ausländischen Kollegen nicht mehr in den angesehenen Verlagszeitschriften publizieren dürften. Hinzu träte der Einwand, dass die mit inländischen Steuergeldern finanzierten Forschungsergebnisse weltweit frei verfügbar wären, während die internationalen Verlagsdatenbanken weiterhin eingekauft werden müssten.³⁰ Der Paradigmenwechsel würde aus dieser Warte vor allem bewirken, dass die inländischen Wissenschaftsverlage ihre Existenzgrundlage verlieren. Die politischen Kosten eines solch nationalen Alleingangs sind mit anderen Worten so hoch, dass wahrscheinlich erst ein internationaler Konsens über die

²⁹ Die Einführung einer Schranke zur kommerziellen Veredelung frei verfügbarer wissenschaftlicher Publikationen (dazu unten II 3) würde derartige Ausnahmen jedoch überflüssig machen. In einem solchen Modell würden die wissenschaftlichen Autoren ihre einzelnen Beiträge im OA-Modus freischalten, während jedes Unternehmen berechtigt wäre, diese Inhalte gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung aufzubereiten und in dieser Form zu kommerzialisieren.

³⁰ *Houghton u.a.*, General Cost Analysis for Scholarly Communication in Germany, Results of the ‚Houghton Report‘ for Germany, 2012, <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/27530>, 15; Royal Society (Fn. 7), 9.

Umstellung auf Open Access etabliert sein muss, bevor dies in einzelnen Ländern möglichst gleichzeitig regulativ fixiert wird.

2. Legalisierte Nutzungen

In den bisherigen Ausführungen fungierte der Begriff „Open Access“ als nicht näher definierter Platzhalter für die jedenfalls technisch unreglementierte Zugänglichmachung wissenschaftlicher Ergebnisse im Internet. Würde dieser Terminus Eingang in das Wissenschaftsrecht finden, wäre damit nur – aber immerhin – der Grundsatz der freien Verfügbarkeit wissenschaftlicher Publikationen festgeschrieben. Die genauen Bedingungen und Grenzen von Open Access wären hingegen von der Wissenschaft selbst in ihren Institutionen und internen Regelwerken auszuhandeln. Erneut müsste dabei das Kriterium der Wissenschaftsadäquanz im Vordergrund stehen.

Unter Berücksichtigung der bisherigen Erklärungen zu Open Access würden die Wissenschaftsautoren jedenfalls Downloads und Ausdrücke ihrer Werke/Daten gestatten. Doch schon an diesem scheinbar eindeutigen Ausgangspunkt ergeben sich diskussionswürdige Grenzfälle. So erscheint fraglich, ob Monografien fortan von jedermann in Buchform produziert werden dürfen oder ob sich der wissenschaftliche Autor die Book-on-Demand-Rechte vorbehält, um diese exklusiv einem entsprechenden Anbieter einräumen zu können. Zweifelhaft ist ferner, ob Dritte den betreffenden Datensatz erneut unter anderer URL zugänglich machen dürfen oder ob es insoweit bei demjenigen Repository oder OA-Journal bleiben muss, das der Autor gewählt hat. Unter anderem der Respekt vor der Entscheidung des Wissenschaftlers, welchem OA-Format und -Medium der Vorzug gegeben wird, aber auch eine sonst auftretende Gefahr von Zuordnungsverwirrungen sprechen dafür, dass beide genannten Nutzungen erst dann zulässig sind, wenn die vom Autor gewählten Publikationskanäle nicht mehr verfügbar sind. Erst dann darf das Werk etc. von anderen Book-on-Demand-Anbietern bzw. Repositorien übernommen werden. Besonders problematisch ist die Abgrenzung zwischen kommerziellen und nicht kommerziellen Nutzungen. Zweifellos gestattet wäre eine Kopie, die ein Forscher zu Zwecken wiederum öffentlich finanzierter Wissenschaft anfertigt. Ebenso eindeutig unautorisiert und daher verboten wäre hingegen die

Aufnahme eines online verfügbaren Aufsatzes in eine proprietär vermarktete Verlagsdatenbank.³¹ Zwischen diesen Polen liegen aber viele Nutzungshandlungen, deren Qualifikation als kommerziell oder nicht kommerziell zweifelhaft ist. Will man dem Gedanken Rechnung tragen, dass öffentlich finanzierte Forschungsergebnisse allen Bereichen der Wissensgesellschaft zur Verfügung stehen sollen, wären jedenfalls Vervielfältigungen zu Zwecken kommerzieller Forschung in Unternehmen erlaubt. Auch das kommerziell betriebene *data mining* sollte als zulässig erachtet werden.³² Eine weite Lesart des OA-Gedankens würde letztlich nur noch unmittelbare Kommerzialisierungen des wissenschaftlichen Werks etc. *als solchem* einem gesonderten Zustimmungsbedürfnis unterwerfen.

Viele OA-Papiere empfehlen den Wissenschaftsurhebern, unter dem Vorbehalt der Namensnennung auch Bearbeitungen ihrer Werke zu gestatten.³³ Während eine solche Erlaubnis für Computerprogramme in der Tat sinnvoll erscheint, dürfte sie für sonstige Werke, insbesondere Sprachwerke und wissenschaftliche Darstellungen, deutlich zu weit gehen.³⁴ Deren „Inhalt“ ist ohnehin strukturell gemeinfrei und darf daher in anderen Worten und Darstellungen kommuniziert werden.³⁵ Wäre hingegen die Bearbeitung der urheberrechtlich geschützten Form, etwa der konkreten Sprachfassung eines Aufsatzes, flächendeckend erlaubt, stünde zu befürchten, dass sich eine Praxis der weitgehenden Übernahme vorhandener Texte einbürgerte, die eine eindeutige Zuschreibung

³¹ Weitergehend offenbar Sec. 2(c)(2)(A) Fair Access to Science and Technology Research Act of 2013 (Fn. 20), wonach entsprechende Texte als gemeinfrei („public domain“) gekennzeichnet werden sollen.

³² Dazu Royal Society (Fn. 7), 45 ff.; Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Bildung und Forschung (Fn. 13), BT-Drucks. 17/12029, 97. Für eine entsprechende Schranke zugunsten nicht kommerzieller Datenanalysen EU-Kommission, Mitteilung über Inhalte im digitalen Binnenmarkt, 18.12.2012, KOM(2012) 789 endg., 4; UK Government, Modernising Copyright: A modern, robust and flexible framework, Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law, 2012, www.ipo.gov.uk/ipresponse, 3, 36 ff.

³³ 10 Jahre BOAI 2012 (Fn. 14) („Falls möglich, sollten die Richtlinien von Geldgebern freien OA verlangen, vorzugsweise als CC-BY-Lizenz oder Ähnliches.“); Bethesda Statement on Open Access Publishing (Fn. 16); *Finch Group Report* (Fn. 5), 9 (rights to re-use); UK Research Councils (Fn. 13); Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Bildung und Forschung (Fn. 13), BT-Drucks. 17/12029, 43; *Kuhlen* (Fn. 14), 552; *Suber* (Fn. 5), 5.

³⁴ Insoweit zutreffend *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn. 6), 29, 40. Strukturelle Zusammenhänge zwischen digitaler Kultur und Wissenschaftsplagiat erkennt *Theisohn* (Fn. 5), 115; a.A. *Suber* (Fn. 5), 24 (Open Access schrecke Plagiatoren ab, da Textübereinstimmungen durch Suchmaschinen leicht identifiziert werden könnten).

³⁵ BGH I ZR 106/78, 21.11.1980, GRUR 1981, 352, 353 – *Staatsexamensarbeit*; BGH I ZR 16/89, 12.7.1990, GRUR 1991, 130, 132 f. – *Themenkatalog*; BGH I ZR 140/09, 1.6.2011, GRUR 2011, 803, 49 f. – *Lernspiele*.

der wissenschaftlichen Leistung erschwerte, ja unmöglich machte. Eine solche individuelle Zuschreibung ist aber auch in einem OA-System unabdingbar. Denn andernfalls wäre der Erwerb und die Verteilung der einzigen wissenschaftsspezifischen „Währung“ Reputation gestört. Ihrer bedarf nicht nur der einzelne Wissenschaftler, sondern auch das wissenschaftliche Kommunikationssystem als solches. Der Name des Autors ist eines der maßgeblichen Qualitätssignale, die in einer Welt ohne Verlagszeitschriften und Journal Impact Faktoren eine Strukturierung der Informationsfülle erlauben.³⁶ Aus alledem folgt, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht in seinen Dimensionen des Erstveröffentlichungsrechts, des Schutzes der Werkintegrität und des Namensnennungsrechts strikt zu wahren und international sogar zu stärken ist. Denn mit seinem ideellen Zweig verhält sich das Urheberrecht komplementär zu den Bedingungen digitaler wissenschaftlicher Kommunikation.³⁷ Rechtsgrundlage der in einem OA-System erlaubten Nutzungen ist die Gestattung des Urhebers, zu der ihn das Wissenschaftsrecht verpflichtet. Auch insoweit hat das Urheber(vertrags)recht noch erheblichen dogmatischen Nachholbedarf, da es ganz auf das zweiseitige Verhältnis zum Verwerter zugeschnitten ist. In formalen Open-Content-Modellen wie Creative Commons räumt der Urheber jedermann ein lizenzgebührenfreies, räumlich und zeitlich unbeschränktes, einfaches Nutzungsrecht ein.³⁸ Die Vorteile dieses Ansatzes bestehen darin, dass die gestatteten Nutzungen relativ rechtssicher umrissen sind und der Erwerber eine dauerhafte, unwiderrufliche Nutzungserlaubnis erlangt. Doch bringt der hohe Grad an Formalisierung auch Nachteile mit sich. So scheidet eine spätere Änderung der Nutzungsbedingungen praktisch aus, weil die Nutzungsrechtsnehmer unbekannt sind. An einer solchen Anpassung kann aber durchaus ein berechtigtes Interesse bestehen, zum Beispiel dann, wenn für ein Repository ein neuer, einheitlicher Lizenzstandard etabliert werden soll.³⁹

³⁶ Dazu unten III 2 a bb.

³⁷ *Peifer* (Fn. 3), GRUR 2009, 22, 23.

³⁸ Hierfür Bethesda Statement on Open Access Publishing (Fn. 16); Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen (Fn. 11).

³⁹ Vgl. *Wielisch*, Governance of Massive Multiauthor Collaboration – Linux, Wikipedia, and Other Networks: Governed by Bilateral Contracts, Partnerships, or Something in Between?, JIPITEC 2010, 96 ff., urn:nbn:de:0009-29-26188.

Daher sollte auch die schlichte, konkludente Einwilligung als ausreichende Rechtsgrundlage einer OA-Gestattung akzeptiert werden. Mit ihr erklärt sich ein Urheber, der sein Werk ohne weitere Angaben im Internet verfügbar macht, mit den „nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen“ einverstanden.⁴⁰ Im Hinblick auf wissenschaftliche Werke/Daten wären demnach alle Nutzungen formlos legalisiert, die aus objektiver Empfängersicht unter maßgeblicher Berücksichtigung der Übung der wissenschaftlichen Community als erlaubt anzusehen sind, namentlich die oben genannten, unveränderten Nutzungen jenseits der unmittelbaren Kommerzialisierung. Die Vor- und Nachteile dieser Konstruktion verhalten sich spiegelbildlich zu den formalisierten Open-Content-Lizenzen. Einerseits stellt die schlichte Einwilligung ein flexibles, mit der digitalen Kommunikation kompatibles Instrument dar.⁴¹ Andererseits ist sie nach Auffassung der Rechtsprechung jederzeit widerruflich, wodurch die für den wissenschaftlichen Kommunikationszusammenhang erforderliche Dauerhaftigkeit der Publikation nicht gewährleistet ist. Dieser erhebliche Schwachpunkt könnte nur durch eine wissenschaftsinterne, soziale Norm kompensiert werden, wonach der Rückzug von OA-Publikationen unzulässig ist und im Zweifel ein Fehlverhalten des Autors signalisiert.⁴²

3. Flankierende urheberrechtliche Schranke für kommerzielle Informationsveredler

Auch in einem reinen OA-Publikationssystem wäre wie erläutert eine unmittelbare Kommerzialisierung wissenschaftlicher Werke als solcher nur nach individueller Zustimmung der betroffenen Wissenschaftsurheber zulässig, da diese Nutzungshandlung von der OA-Gestattung nicht gedeckt wäre. An einer solchen Verwertung dürfte allerdings auch nur noch ein geringes Interesse bestehen, da die Inhalte vollständig durchsuchbar im Internet verfügbar wären. Eine Dopplung dieses bloßen Vermittlungsangebots erscheint wirtschaftlich sinnlos.

⁴⁰ BGH I ZR 94/05, 6.12.2007, GRUR 2008, 245,27 – *Drucker und Plotter I*; BGH I ZR 69/08, 29.4.2010, GRUR 2010, 628 Rn. 28 ff., 33 ff. – *Vorschaubilder I*.

⁴¹ Dazu *Peukert*, Der digitale Urheber, in: Bullinger u.a., Festschrift Wandtke, 2013, 455 ff. m.w.N. zur überwiegend ablehnenden Literatur; verkannt von *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 10), 1, 6.

⁴² Siehe noch unten III 2 a bb. Zum Rückruf veröffentlichter Zeitschriftenartikel aufgrund wissenschaftlichen Fehlverhaltens siehe <http://retractionwatch.wordpress.com/>.

Hingegen bestünde durchaus ein Bedürfnis, das weitgehend unstrukturierte OA-Wissen jenseits seiner Auffindbarkeit digital zu veredeln und zusätzlich zu vernetzen.⁴³ Um diesen Mehrwert zu erzielen, wären potentielle Anbieter allerdings gezwungen, zunächst mit allen betroffenen Wissenschaftlern – etwa allen deutschsprachigen Rechtswissenschaftlern – Lizenzverträge abzuschließen, bevor sie ihr elektronisches Produkt wiederum zugangskontrolliert gegen Entgelt vermarkten dürften. Diese offensichtlich prohibitive Hürde würde die kommerziell interessante und wissenschaftspolitisch wünschenswerte Aufbereitung des OA-Wissens durch private „Informationsbroker“ unmöglich machen.

Als Lösung bietet sich eine vergütungspflichtige Schranke zugunsten kommerzieller Veredler des OA-Wissens an. Die gesetzliche Lizenz würde es ihnen erlauben, die im OA-Modus verfügbaren Werke zustimmungsfrei, aber gegen Zahlung einer pauschalen Vergütung zu vielfältigen und öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zur Herstellung einer digitalen Datenbank erforderlich ist, die eine erheblich bessere Funktionalität aufweist als durchsuchbare OA-Repositoryen. Die fällige Vergütung wäre an eine Verwertungsgesellschaft zu entrichten, die die Einnahmen nach Maßgabe genauer, individualisierbarer Meldungen an die betroffenen Urheber ausschüttet.

An den Datenbanken stünde dem Informationsbroker das ausschließliche Datenbankherstellerrecht gem. §§ 87a ff. UrhG zu. Folglich dürfte der Zugang zu dieser Datenbank technisch kontrolliert und von der Zahlung eines Entgelts abhängig gemacht werden, mit dem die Anbieter ihre Investitionen in die Aufbereitung des OA-Wissens amortisieren. Je größer der Mehrwert dieser Datenbanken im Verhältnis zum nur durchsuchbaren OA-Wissen ist, desto höher werden die Einnahmen der Investoren und mittelbar der Wissenschaftsurheber sein.

An dieser Stelle zeichnet sich ein potentielles Geschäftsmodell für Wissenschaftsverlage ab, auch ohne dass sie über Exklusivität am Inhalt verfügen.⁴⁴ Insoweit behielte das Urheberrecht seine Funktion als Instrument

⁴³ Siehe dazu *Reichman/Okediji* (Fn. 14), *Minnesota Law Review* 96 (2012), 1362, 1465.

⁴⁴ Die Schranke für kommerzielle Informationsbroker erzeugte ähnliche Effekte wie eine Zwangslizenz (hierfür *Hilty*, *Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht?* – Gedanken zu

zur Institutionalisierung marktwirtschaftlicher Produktionsprozesse.⁴⁵ Die Ermöglichung solch proprietärer Angebote beruhte allerdings nicht mehr wie derzeit auf ausschließlichen Rechten, sondern umgekehrt auf einer Schranke des Urheberrechts. Auch wenn dieses Phänomen nicht gänzlich neu ist,⁴⁶ so erscheint es doch erklärungsbedürftig. Wird dem Urheber auf diesem Wege nicht auch noch der letzte Rest seiner kommerziellen Verfügungsbefugnis genommen? Und gebietet der Dreistufentest nicht zumindest, dass der Kern dieser Exklusivität unangetastet bleibt?

Derartige Bedenken ergeben sich jedoch nur aus der Warte des gegenwärtigen Publikationssystems. Demnach bildet die kommerzielle, individuell lizenzierte Ausschließlichkeit den urheberrechtlich gewährleisteten Normalfall, während die zustimmungsfreie Nutzung die völlig marginalisierte Ausnahme darstellt.⁴⁷ Die wissenschaftsrechtlich vollzogene Umstellung des Kommunikationssystems auf Open Access kehrt dieses Verhältnis in sein Gegenteil um. Demnach sind wissenschaftliche Werke grundsätzlich frei zugänglich und nutzbar. Kommerzielle Nutzungen sind in einem solchen Modell wie erläutert überhaupt nur noch auf der Basis einer Schranke realistisch, die prohibitive Transaktionskosten beseitigt. Wenn sich aber alle Vorzeichen der Nutzung wissenschaftlicher Inhalte ändern, erscheint auch eine Schranke zugunsten kommerzieller Primärnutzungen sinnvoll und sogar erforderlich. Nur auf ihrer Basis wären marktwirtschaftlich-private Zweitverwertungen öffentlich finanzierter, wissenschaftlicher Ergebnisse überhaupt zu erwarten. Aufgrund der Vergütungspflicht wäre eine solche Schranke dem kommerziellen Interesse des Urhebers zuträglich. Da an der Aufbereitung des OA-Wissens zugleich ein

Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, 633, 641 ff.) bzw. ein Kontrahierungszwang (hierfür *Krujatz*, Open Access, 2012, 279 ff., 280) zu Lasten heutiger Verlagsdatenbanken, nur dass *zusätzlich* noch das gesamte OA-Wissen frei verfügbar wäre.

⁴⁵ Zu diesem Zweck des Urheberrechts siehe *Peukert* (Fn.4).

⁴⁶ Zur Schranke für kommerzielle Pressespiegel siehe *Hilty*, Vergütungssystem und Schrankenregelungen. Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819, 820.

⁴⁷ Siehe zum „Grundsatz des Vorrangs vertraglicher Beziehungen“ vor den Schranken zugunsten von Wissenschaft und Bildung im digitalen Zeitalter BGH I ZR 69/11, 20.9.2012, BeckRS 2013, 04411 Rn. 18 – *Elektronische Leseplätze* unter Hinweis auf ErwGrd. 45 UrhRL 2001/29; zu § 52a UrhG in diesem Sinne BGH I ZR 84/11, 20.3.2013 – *Gesamtvertrag Hochschul-Intranet* und Vorinstanz OLG München 6 WG 12/09, 24.3.2011, ZUM-RD 2011, 603, 614 f.; zu § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG obiter LG Frankfurt am Main 2-06 O 378/10, 16.03.2011, ZUM 2011, 582, 584 f.; zu § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG *Berger*, Die öffentliche Zugänglichmachung urheberrechtlicher Werke für Zwecke der akademischen Lehre – Zur Reichweite des § 52a I Nr. 1 UrhG, GRUR 2010, 1058, 1064.

erhebliches öffentliches Interesse besteht, wäre der Eingriff in die Eigentumsfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Man könnte sogar so weit gehen, der Eigentumsgarantie eine Verpflichtung des Gesetzgebers zu entnehmen, zumindest dieses Residuum privat-proprietärer Verwertung zu ermöglichen. Hierzu müsste allerdings Art. 5 UrhRL 2001/29 um eine entsprechende Schranke ergänzt werden, woraus erneut erhellt, dass eine wissenschaftsadäquate Umstellung des Publikationswesens auf offenen Zugang zumindest einen europäischen Konsens voraussetzt.

III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Pflicht zur Open-Access-Erstpublikation

Der vorstehend skizzierte Paradigmenwechsel dürfte nicht nur im Hinblick auf die Ermöglichung kommerzieller Zweitverwertungen des OA-Wissens verfassungsrechtliche Bedenken wecken. Problematisch erscheint vor allem die vorgelagerte, wissenschaftsrechtliche Verpflichtung zu einer OA-Erstpublikation. Fraglich ist, ob eine solche gesetzliche bzw. innerorganisationsrechtliche⁴⁸ Regelung Grundrechte der Verlage und der Wissenschaftler verletzt.

1. Grundrechte der Verlage

Die Wissenschaftsverlage wären zwar massiv betroffen, da sie als primäre Vermittler öffentlich finanzierter Wissenschaft praktisch ausgeschaltet würden. Sie könnten diese Entscheidung des Gesetzgebers und der wissenschaftlichen Institutionen aber nicht unter Berufung auf ihre Grundrechte abwehren: Ihre Eigentumsfreiheit ist nicht berührt, da sie ab Inkrafttreten der angegriffenen Regelung schon keine Nutzungsrechte an den wissenschaftlichen Werken erlangen und daher über kein verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum

⁴⁸ Zur Grundrechtsverpflichtung der öffentlich finanzierten Forschungsinstitutionen *Schmidt-Assmann*, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: Becker, Festschrift W. Thieme 1993, 697, 708.

verfügen, das eingeschränkt würde.⁴⁹ Die Wissenschaftsfreiheit „umfasst nicht den Schutz eines Erwerbs- oder Gewinnstrebens“ und ist daher ebenfalls nicht einschlägig.⁵⁰ Damit verbleibt nur die Berufsfreiheit, die allerdings den Erhalt des Kundenstamms und des Geschäftsmodells ebenso wenig verbürgt wie die Eigentumsgarantie.⁵¹ Im Übrigen darf die Berufsausübungsfreiheit im Interesse überwiegender Allgemeininteressen – hier an der wissenschaftsadäquaten Neugestaltung des öffentlich finanzierten Forschungs- und Publikationswesens – eingeschränkt werden.⁵²

Anders zu entscheiden hieße, dem Grundgesetz eine ewige Garantie der momentanen Wertschöpfungskette im wissenschaftlichen Publikationswesen zu entnehmen. Eine so weitreichende Aussage lässt sich den Art. 5 Abs. 3 S. 1, 12 Abs. 1 und 14 GG aber nicht entnehmen. Dem Gesetzgeber kommt im Hinblick auf alle diese Grundrechte ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Entscheiden sich die Bundes- und Landesparlamente für Open Access als Standard öffentlich finanzierter Forschung und vollziehen die Hochschulen und Forschungseinrichtungen diese Vorgabe in ihren internen Regelwerken nach, so haben die Wissenschaftsverlage diesen demokratisch legitimierten Kurswechsel hinzunehmen.

2. Grundrechte der Wissenschaftler

Wesentlich zweifelhafter ist, ob dieser Befund auch für die Wissenschaftler gilt, die fortan verpflichtet wären, grundsätzlich im OA-Modus zu publizieren.

⁴⁹ Hieran würde auch die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Verleger nichts ändern, da auch dieses nur an tatsächlich verlegten Publikationen entstünde, für die den Verlagen in einem OA-System die urheberrechtliche Zustimmung fehlte.

⁵⁰ BVerfG 2 BvR 1121/06, 28.9.2007, juris Rn. 26 m.w.N.; *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 10), 1, 10.

⁵¹ BVerfG 2 BvO 1/65, 18.3.1970, BVerfGE 28, 119, 142; BVerfG 1 BvR 35/82, 31.10.1984, BVerfGE 68, 193, 222 f.; BGH I ZR 164/04, 29.3.2007, MMR 2007, 704, 705 (ein Mitbewerber habe keinen Anspruch auf Erhaltung seines Kundenstamms). Zu Art. 14 GG BVerfG 1 BvR 303/90, 13.7.1992, NJW 1993, 1969, 1971 (Art. 14 Abs. 1 GG garantiere nicht die Beibehaltung der einmal am Markt erreichten Stellung gegenüber Konkurrenten); BVerfG 1 BvR 230/00, 15.3.2000, NJW 2000, 1939 (auch Art. 14 GG schütze nicht vor Wettbewerb).

⁵² Vgl. nur etwa BVerfG 1 BvR 459 u. 477/72, 2.10.1972, BVerfGE 36, 47, 59.

a) Wissenschaftsfreiheit

aa) Schutzbereich, Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zentrale Bedeutung kommt insoweit der Wissenschaftsfreiheit zu. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

„gewährleistet die Wissenschaft als einen grundsätzlich von Fremdbestimmung freien Bereich autonomer Verantwortung. Dem Freiheitsrecht liegt auch der Gedanke zugrunde, dass eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitvorstellungen freie Wissenschaft Staat und Gesellschaft im Ergebnis am besten dient.“⁵³

Folgt hieraus, dass der Gesetzgeber es *für immer* der freiwilligen Entscheidung der öffentlich geförderten Wissenschaftler überlassen muss, ob sie ihre Ergebnisse frei verfügbar machen oder in eine exklusive Verlagsdatenbank überführen?

Nach zutreffender Auffassung stellt eine gesetzliche wie auch eine innerorganisationsrechtliche Verpflichtung von Wissenschaftlern, im OA-Modus zu publizieren, einen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit dar, die auch die Entscheidung gewährleistet, in welchem Medium das Ergebnis der Wahrheitssuche veröffentlicht wird.⁵⁴ Eine diesbezügliche Vorgabe kann nicht als eine Beschränkung qualifiziert werden, die für den einzelnen Grundrechtsträger auf Grund des Zusammenwirkens mit anderen Grundrechtsträgern im Wissenschaftsbetrieb geradezu unvermeidbar ist.⁵⁵ Vielmehr wird die freie Entscheidung über das Wie und Wo der Veröffentlichung gezielt reguliert.

Der von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vorbehaltlos gewährleistete Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung umfasst nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „vor allem die auf wissenschaftlicher

⁵³ Vgl. BVerfG 1 BvR 911/00, 26.10.2004, BVerfGE 111, 333, 354 m.w.N.; BVerfG 1 BvR 1165/08, 1.2.2010, juris Rn. 24.

⁵⁴ Hansen, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378, 379 f. m.w.N.; a.A. Pflüger/Ertmann, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436, 441 (nur Art. 2 Abs. 1 GG betroffen).

⁵⁵ Siehe dazu BVerfG 1 BvR 911/00 u.a., 26.10.2004, BVerfGE 111, 333-365, 354.

Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen beim Auffinden von Erkenntnissen“, insbesondere die Fragestellung und die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des Forschungsergebnisses. Das Gericht bezieht aber ausdrücklich auch die „Weitergabe“ und die „Verbreitung“ der Erkenntnisse in diesen Kernbereich der individuellen Wissenschaftsfreiheit ein.⁵⁶ Zutreffend werden daher Publikationsverbote und der Entzug der Entscheidungsbefugnis über die Publikationsreife als verfassungswidrig angesehen.⁵⁷

Jenes Erstveröffentlichungsrecht aber bleibt im hier skizzierten Modell vollständig unberührt. Es obliegt weiterhin allein dem einzelnen Wissenschaftler zu entscheiden, welche Ergebnisse in welcher Form zu welchem Zeitpunkt das Licht der Öffentlichkeit erblicken.⁵⁸ Eingeschränkt wird lediglich die Wahl des Erstveröffentlichungsmediums. Konkret wäre es öffentlich finanzierten Wissenschaftlern grundsätzlich untersagt, kommerziellen Anbietern exklusive Nutzungsrechte einzuräumen. Sie wären vielmehr zu einer Publikation in einem Medium verpflichtet, das ihr Werk etc. nach OA-Prinzipien öffentlich zugänglich macht. Welches OA-Repository, welche OA-Reihe, welche OA-Zeitschrift oder welchen OA-Buchverlag sie hierbei wählen, obliegt unverändert allein ihrer Entscheidung.

Nach einer Auffassung darf sich der Staat nicht in dieser Weise in die wissenschaftliche Kommunikation einschalten. Das Wie der Veröffentlichung und namentlich der Ort der Publikation betreffen den vorbehaltlos geschützten Kernbereich der individuellen Wissenschaftsfreiheit. Es müsse dem Wissenschaftler frei stehen, in welchem Medium er seine Ergebnisse

⁵⁶ Vgl. BVerfG 1 BvR 424/71, 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 112 f. – *Hochschulurteil*; BVerfG 1 BvR 333/75, 1.3.1978, BVerfGE 47, 327, 367 f. – *Hessisches Universitätsgesetz*; BVerfG 1 BvR 557/88, 3.3.1993, BVerfGE 88, 129, 136 f.; BVerfG 1 BvR 434/87, 11.1.1994, BVerfGE 90, 1, 11 f.; BVerfG 1 BvR 462/06, 28.10.2008, BVerfGE 122, 89, 105. Vgl. auch § 4 Abs. 2 S. 1 HRG („Die Freiheit der Forschung (Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes) umfasst insbesondere die Fragestellung, die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des Forschungsergebnisses und seine Verbreitung.“).

⁵⁷ BVerfG 1 BvR 333/75, 1.3.1978, BVerfGE 47, 327, 383 – *Hessisches Universitätsgesetz*; *Schmidt-Assmann*, in: Dreier (Fn. 7), 67, 77; *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 10), 1, 9 ff.; *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, 91; *Steinfort*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Veröffentlichungsfreiheit des Wissenschaftlers, 1987, 1; mit Vorbehalt zugunsten vertraglicher Beschränkungen der Veröffentlichungsbefugnis *Kimmich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, *WissR* 18 (1985), 116, 140. Zu Publikationspflichten aber unten Fn. 73.

⁵⁸ Unverständliche Bedenken gegen Open Access insoweit bei *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn. 6), 29, 33 (Korrekturen durch eine „anonyme Veröffentlichungsstelle“).

präsentiert. Einschränkungen dieser Freiheit seien prinzipiell verfassungswidrig.⁵⁹ Die Gegenmeinung hält eine gesetzgeberisch und wissenschaftsinstitutionell gewollte Umstellung auf Open Access für mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar.⁶⁰

Letztgenannter Auffassung ist unter dem Vorbehalt zuzustimmen, dass das neue Publikationssystem *wissenschaftsadäquat* ausgestaltet sein muss. Dieses Ergebnis fußt auf der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,⁶¹ wonach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG neben einem individuellen Freiheitsrecht „eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde, wertentscheidende Grundsatznorm“ enthält, die fordert, dass in der Hochschule freie Wissenschaft möglich ist und ungefährdet betrieben werden kann. Demnach dient die Wissenschaftsfreiheit dem Schutz vor „wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen“.⁶² Insoweit gilt,

„dass der Staat nicht auf die absolute Freiheit für die Forschungs- und Lehrtätigkeit des einzelnen Wissenschaftlers unter Vernachlässigung aller anderen im Grundgesetz geschützten Rechtsgüter festgelegt ist, zu deren Wahrung die Universität ebenfalls berufen ist oder die durch ihren Wissenschaftsbetrieb betroffen sind. ... Dieser Freiraum ist nach der Wertung des Grundgesetzes nicht für eine von Staat und Gesellschaft isolierte, sondern für eine letztlich dem Wohle des einzelnen und der Gemeinschaft dienende Wissenschaft verfassungsrechtlich garantiert. Dies gilt um so mehr, als die Universitäten durch die Verwissenschaftlichung vieler Lebensbereiche und ihre immer wichtiger gewordene Ausbildungsfunktion nicht nur den Fortschritt der staatlichen Gemeinschaft auf allen Gebieten maßgeblich fördern und erhalten sollen, sondern auch für die Eingliederung des

⁵⁹ So *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn. 6), 29, 51 ff.; *Pernice*, in: Dreier, GG-Kommentar, Band 1, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 25 und 28; *Rojahn*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 43 Rn. 131.

⁶⁰ *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 10), 1, 11 f., 14.

⁶¹ *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn. 6), 29, 51 ff., stützt sich für seine Gegenauffassung denn auch nicht auf die Rechtsprechung des BVerfG.

⁶² St. Rspr., vgl. BVerfG 1 BvR 424/71, 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 116 f. – *Hochschulurteil*; BVerfG 1 BvR 748/06, 20.7.2010, BVerfGE 127, 87, 114 ff.; BVerfG 2 BvL 4/10, 14.2.2012, BVerfGE 130, 263 Rn. 159 f.

einzelnen in das Berufsleben zu überragender Bedeutung gelangt sind.“⁶³

Ausgehend von dieser übergreifenden Perspektive können Eingriffe in die individuelle Wissenschaftsfreiheit nach ständiger Rechtsprechung auch durch das Ziel der ihrerseits durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gebotenen Erhaltung und Förderung der Funktionsfähigkeit der Hochschulen und der sonstigen, öffentlich finanzierten Wissenschaftsinstitutionen gerechtfertigt sein, damit diese ihre Aufgaben in Forschung und Lehre erfüllen können.⁶⁴ Dabei sind auch die individuellen Grundrechtspositionen der Studierenden⁶⁵ und der Wissenschaftler⁶⁶ zu berücksichtigen, die jeweils einen möglichst uneingeschränkten Zugang zum vorhandenen Wissen im Interesse des Lernens und Forschens implizieren.

Ausschlaggebend ist somit, ob unter Geltung der streitigen Neuregelung freie Wissenschaft weiterhin möglich ist und ungefährdet betrieben werden kann bzw. ob umgekehrt die freie wissenschaftliche Betätigung und Aufgabenerfüllung strukturell gefährdet werden.⁶⁷ Der Gesetzgeber darf dabei nicht nur neue Modelle und Steuerungstechniken entwickeln und erproben; vielmehr ist er sogar verpflichtet, bisherige Organisationsformen kritisch zu beobachten und zeitgemäß zu reformieren. Das Bundesverfassungsgericht billigt der Legislative hinsichtlich der Eignung neuer Organisationsformen eine Einschätzungsprärogative und einen Prognosespielraum zu.⁶⁸

Diese Rechtsprechungsgrundsätze sind zur verwaltungsmäßigen Binnenorganisation staatlicher Hochschulen entwickelt worden. Sie gelten aber

⁶³ BVerfG 1 BvR 333/75, 1.3.1978, BVerfGE 47, 327, 155 – *Hessisches Universitätsgesetz*. Nach *Rieble* handelt es sich insoweit um „im Kern völkisches Rechtsdenken“, siehe *Rieble*, in: *Reuß/Rieble* (Fn. 6), 29, 55.

⁶⁴ St. Rspr., vgl. BVerfG 1 BvR 424/71, 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 122 – *Hochschulurteil*; BVerfG 1 BvR 1289/78, 7.10.1980, BVerfGE 55, 37, 68 f.; BVerfG 1 BvR 1864/94, 26.2.1997, BVerfGE 95, 193, 212; BVerfG 1 BvR 911/00 u.a., 26.10.2004, BVerfGE 111, 333, 353 f.; BVerfG 1 BvR 462/06, 28.10.2008, BVerfGE 122, 89, 114; *Bäuerle*, in: *Britz* (Fn. 10), 1, 14.

⁶⁵ Vgl. BVerfG 1 BvR 424/71, 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 121 f. – *Hochschulurteil*; BVerfG 1 BvR 1289/78, 7.10.1980, BVerfGE 55, 37, 68 f.; BVerfG 1 BvR 1379/94, 31.5.1995, BVerfGE 93, 85, 95; BVerfG 1 BvR 2667/05, 7.8.2007, BVerfGE 12, 17-26; BVerfG 1 BvR 216/07, 13.4.2010, BVerfGE 126, 1, 55 (Art. 12 Abs. 1 GG).

⁶⁶ *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 1, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rn. 361.

⁶⁷ BVerfG 1 BvR 911/00 u.a., 26.10.2004, BVerfGE 111, 333, 355; BVerfG 1 BvR 748/06, 20.7.2010, BVerfGE 127, 87, 116; BVerfG 2 BvL 4/10, 14.2.2012, BVerfGE 130, 263 Rn. 160.

⁶⁸ Vgl. BVerfG 1 BvR 424/71, 29.5.1973, BVerfGE 35, 79, 117 – *Hochschulurteil*; BVerfG 1 BvR 911/00 u.a., 26.10.2004, BVerfGE 111, 333, 356; BVerfG 1 BvR 748/06, 20.7.2010, BVerfGE 127, 87, 116; BVerfG 2 BvL 4/10, 14.02.2012, BVerfGE 130, 263 Rn. 160.

gleichermaßen für eine Neugestaltung des wissenschaftlichen Publikationswesens. Denn auch hierbei handelt es sich um eine Frage der Organisation öffentlich finanzierter Wissenschaft. Hier wie dort geht es um die allgemeinen Rahmenbedingungen, unter denen sich individuelle Wissenschaftsfreiheit entfaltet. Folglich wäre eine Pflicht zu OA-Erstpublikationen im oben geschilderten Sinne dann als verfassungsrechtlich gerechtfertigter Eingriff in die individuelle Wissenschaftsfreiheit zu beurteilen, wenn unter den neuen Vorzeichen freie Wissenschaft weiterhin strukturell möglich bliebe und ungefährdet betrieben werden könnte.⁶⁹ Das ist dann der Fall, wenn das neue Publikationssystem *wissenschaftsadäquat* ist.

Auf einer prinzipiellen Ebene wird man diese Frage bejahen können.⁷⁰ Open Access verhält sich komplementär zu den Eigengesetzlichkeiten und Kommunikationsbedingungen moderner Wissenschaft, die sich als universeller, globaler, kooperativer und unabgeschlossener Zusammenhang vollzieht und in all diesen Hinsichten auf möglichst umfassenden Zugang angewiesen ist.⁷¹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Hochschulen bereits nach geltendem Recht die Aufgabe zukommt, Wissen und Technologie in die übrige Wissensgesellschaft zu transferieren.⁷² Anerkannt sind ferner regelrechte Pflichten zur Publikation wissenschaftlicher Erkenntnisse, da Hochschullehrern „bei ihrer Tätigkeit in Forschung und Lehre an einer öffentlichen Universität ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf vollständiges Schweigen nicht“ zusteht.⁷³ Wenn der Wissensvermittlungsauftrag der staatlich finanzierten Wissenschaft aber sogar Eingriffe in das Erstveröffentlichungsrecht zu rechtfertigen vermag, erscheint die verpflichtende Umstellung auf OA-Medien erst recht legitim. Man könnte sich sogar auf den Standpunkt stellen, die öffentliche Hand sei

⁶⁹ *Schmidt-Assmann*, in: FS Thieme (Fn. 53), 697, 701.

⁷⁰ Ebenso *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 10), 1, 11 f., 14.

⁷¹ Siehe näher *Peukert* (Fn. 4).

⁷² Vgl. § 2 Abs. 7 HRG („Die Hochschulen fördern den Wissens- und Technologietransfer.“) und § 2 Abs. 8 HRG („Die Hochschulen unterrichten die Öffentlichkeit über die Erfüllung ihrer Aufgaben.“).

⁷³ BVerfG 1 BvR 333/75, 1.3.1978, BVerfGE 47, 327, 383 – *Hessisches Universitätsgesetz*. Für Drittmittelforschung siehe § 25 Abs. 2 2. Hs. HRG („... die Forschungsergebnisse sollen in der Regel in absehbarer Zeit veröffentlicht werden.“); dazu *Steinhauer* (Fn. 14), 42, 58; *Mönch/Nödler*, Hochschulen und Urheberrecht – Schutz wissenschaftlicher Werke, in: Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, 21, 44 ff.; ferner *Bäuerle*, in: Britz (Fn. 10), 1, 14. Für eine flächendeckende Regelverpflichtung zur Veröffentlichung von Forschungsergebnissen in angemessener Zeit für jede Form öffentlich geförderter Forschung *Schmidt-Assmann*, in: Dreier (Fn. 7), 67, 87.

verfassungsrechtlich verpflichtet, die entsprechende Infrastruktur zu schaffen, um ihren Angestellten/Beamten angemessene Publikationsmöglichkeiten in der digitalen Welt bieten zu können.⁷⁴

bb) Anforderungen an ein wissenschaftsadäquates Open-Access-Publikationssystem

Doch genau an diesen infrastrukturellen und institutionellen Voraussetzungen eines wissenschaftsadäquaten, OA-basierten Publikationssystems mangelt es derzeit in vielerlei Hinsicht. So existiert etwa für die deutschsprachige Rechtswissenschaft schon kein Fachrepositorium, das von Wissenschaft und Praxis als primäre Recherchequelle angesteuert werden könnte. Stattdessen vollzieht sich wissenschaftliche Kommunikation in allen Fachdisziplinen weiterhin vorrangig über Verlagspublikationen. Würde unter heutigen Umständen eine OA-*Erst*publikationspflicht eingeführt, hätte dies – im Gegensatz zu einer lediglich sekundären Verpflichtung, Beiträge nach einer Embargofrist im Wege des grünen OA zugänglich zu machen – disruptive Folgen für den wissenschaftlichen Kommunikationszusammenhang. Während Maßnahmen nach dem Vorbild des Vereinigten Königreichs oder der USA Open Access lediglich als Alternative neben dem etablierten Verlagswesen fördern, würde ein solch radikaler Kurswechsel freie Wissenschaft strukturell gefährden. Eine derartige Maßnahme wäre daher gegenwärtig als wissenschaftsinadäquat und somit verfassungswidrig einzuschätzen.

Die Folgefrage lautet, welche Vorleistungen die öffentliche Hand als Finanzier und die wissenschaftliche Community selbst erbringen müssen, um eine rechtlich verbindliche Umstellung auf Open Access als neuen Kommunikationsstandard wissenschaftsadäquat erscheinen zu lassen. Maßstab hierfür sind die Leistungen, die das derzeitige Publikationswesen mit seinem Paradigma der begutachteten Fachzeitschrift und Monografie im Hinblick auf die Verbreitung, die Qualitätssicherung, die Strukturierung

⁷⁴ Siehe bereits de lege lata § 24 Abs. 3 HSG Sachsen-Anhalt („Die Hochschule soll es ermöglichen, wissenschaftliche Arbeiten ihrer Einrichtungen und ihrer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in geeigneter Weise auch in elektronischer Form über das Internet zu publizieren.“). Vgl. zum Inhalt dieser Pflicht im analogen Zeitalter *Rehbinder*, Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen, in: Forkel, Festschrift Hubmann, 1985, 359, 366.

(Selektion) und nicht zuletzt den Reputationserwerb erbringt.⁷⁵ All diese Anforderungen müssten auch in einem OA-Modell angemessen adressiert werden. Das ist derzeit bis auf den Gesichtspunkt der Verbreitung, bei dem Open Access einen offensichtlichen und bedeutsamen Vorteil genießt, indes nicht der Fall:

Im Fokus der bisherigen Diskussion steht dabei die Finanzierung der erforderlichen OA-Infrastruktur.⁷⁶ Bereits hier tun sich empfindliche Lücken auf. Auf das Desiderat von Fachrepositorien für weite Teile der deutschsprachigen Geistes- und Sozialwissenschaften wurde bereits hingewiesen. Nach den Vorbildern von ArXiv in der Physik, Research Papers in Economics (RePEc) in den Wirtschaftswissenschaften, PubMedCentral (PMC) in den Lebenswissenschaften, dem Social Science Research Network (SSRN) in den Geistes- und Sozialwissenschaften usw.⁷⁷ erscheinen solch disziplinäre OA-Datenbanken unabdingbar, um für eine gewisse Strukturierung und Bündelung des Wissens zu sorgen. Dorthin wenden sich Wissenschaft und Wissensgesellschaft (etwa die forschende Industrie, die Anwaltschaft oder der Wissenschaftsjournalismus), um sich über den Stand der Forschung zu einer bestimmten Frage (etwa einen Werkstoff oder eine gesetzliche Vorschrift) zu informieren. Die präzise Durchsuchbarkeit dieser Datenbanken wie auch automatische Benachrichtigungen über neue Texte zu bestimmten Themen, über die ein Leser regelmäßig im Bilde bleiben möchte, sind bereits heute technisch gewährleistet.⁷⁸ Diese Technologien zur Selektion relevanter Information würden an die Stelle von Fachzeitschriften und Verlagsdatenbanken treten. Die große *Google Scholar* Suchanfrage an das gesamte Netz erscheint hingegen zumindest vorläufig als zu wenig präzises und daher inadäquates Instrument der wissenschaftlichen Recherche.

Geringerer Handlungsbedarf besteht demgegenüber bei institutionellen Repositorien, die bereits an vielen Hochschulen und Forschungsinstitutionen eingerichtet wurden. Ihnen käme vorrangig die Funktion zu, die

⁷⁵ Siehe *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, 432 ff., 587 ff.

⁷⁶ Zuversichtlich Budapest Open Access Initiative 2002 (Fn. 6); 10 Jahre später *Finch Group Report* (Fn. 5), 11.

⁷⁷ Siehe dazu *Finch Group Report* (Fn. 5), 42 m.w.N.

⁷⁸ Siehe *Knauer*, Neue juristische Publikationsformate im Internet – Stand, Perspektiven und Auswirkungen von Open Access, Wikis, Blogs, Twittern und Podcasts, NJOZ 2009, 3004, 3015.

Langzeitarchivierung der Beiträge der jeweiligen Mitarbeiter zu gewährleisten.⁷⁹ Dass es dabei zu Dopplungen mit Fachrepositorien kommt, erscheint hinnehmbar, solange die jeweiligen Dokumente identisch sind. Sehr wünschenswert wäre es aber, die existierenden Repositorien über eine zentrale Suchmaske zusammenzuführen. Ein solcher Zugriff wäre insbesondere für den interdisziplinären Wissensaustausch von Belang, da Fachrepositorien ähnliche disziplinäre Engführungen auslösen können wie die heutigen Fachzeitschriften. Noch keineswegs abgeschlossen ist ferner die Diskussion über die Frage, ob das Format der Zeitschrift auch in einem vollständig digitalisierten wissenschaftlichen Publikationssystem relevant bleibt. Zwingend erscheint das nicht. Es könnte auch sein, dass die wissenschaftliche Fachzeitschrift ein papierenes Phänomen des 17. Jahrhunderts darstellt, das in digitalen Netzwerken überholt ist.⁸⁰ Eine Alternative könnten zum Beispiel Linksammlungen bilden, die Beiträge nach bestimmten, qualitätsgeprüften Kriterien versammeln, dabei jedoch auf eine aufwendige, einheitliche Formatierung verzichten. Die Auswahl der Aufsätze kann dabei durchaus auch nach der Veröffentlichung eines Textes erfolgen, denn zu diesem Zeitpunkt besteht in einem OA-System ebenfalls noch ein erhebliches Interesse an Signalen, was lesenswert ist.⁸¹ Solche Peer-Review-Kollektionen wären vor allem für sehr selektive und reputationsförderliche Querschnittsforen nach dem Vorbild von *Nature*, *Science* oder der *Juristenzeitung* von Interesse, die jeder Natur- bzw. Rechtswissenschaftler usw. konsultieren sollte, um sich über die allgemeine Entwicklung seines und benachbarter Fächer auf dem Laufenden zu halten. Auch Rezensionssammlungen müssten in diesem Stile weiter von der wissenschaftlichen Community gepflegt werden.⁸²

⁷⁹ Bedenken gegen OA insoweit bei *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn. 6), 29, 36 f.

⁸⁰ Für eine Aufgabe des Gedankens, Zeitschriften seien zur Vermittlung wissenschaftlichen Wissens erforderlich, *Brembs/Munafò*, Deep Impact: Unintended consequences of journal rank, 2013, <http://arxiv.org/abs/1301.3748>, 2 („Therefore, we suggest that abandoning journals altogether, in favor of a library-based scholarly communication system, will ultimately be necessary.“).

⁸¹ Für Beispiele siehe <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Open-Access-Neuer-Ansatz-fuer-Fachpublikationen-1788750.html>.

⁸² 10 Jahre BOAI 2012 (Fn. 14); für die Rechtswissenschaft Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 9.11.2012, Wissenschaftsrat-Drucksache 2558-12, <http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>, 51. Beispiel aus den USA: The IP Law Book Review, http://gguiplc.com/the_ip_law_book_review.

Im Übrigen könnte man sich mit automatisch generierten Listen derjenigen Beiträge begnügen, die in einem bestimmten Zeitraum (etwa einer Woche) in einem Repositorium unter einem bestimmten Schlagwort abgelegt wurden. Wenn es zum Beispiel das Fachrepositorium für die deutschsprachige Rechtswissenschaft gäbe und sich die wissenschaftliche Norm ausgebildet hätte, dass man seine Texte zumindest auch dort zu veröffentlichen hat, um in Wissenschaft und Praxis sichtbar zu sein – wozu braucht es dann noch eine Fachzeitschrift etwa für das Urheber- oder Mietrecht, wenn man wöchentlich automatisiert ein Dokument mit Abstracts von neuen Aufsätzen zu diesen Themen erhält? Mit aktueller Rechtsprechung könnte auf Basis der Gerichtswebseiten entsprechend verfahren werden.

Aber hieße das nicht, die selektive Fachzeitschrift durch eine Spam-E-Mail zu ersetzen? Schließlich könnten sich im Repositorium und in den Suchergebnislisten viele Texte schlechter Qualität finden, angefangen bei Studienarbeiten, die von formalen und inhaltlichen Fehlern nur so strotzen, bis hin zu reinen Scherzartikeln. Nicht selten wird behauptet, ein niedrighschwelliges OA-Publikationssystem tendiere geradezu naturwüchsig zu geringerer wissenschaftlicher Qualität.⁸³ Doch selbst wenn man diese Annahme nicht teilt,⁸⁴ steht die Frage im Raum, wie in einem OA-System die Selektion lesenswerter Texte erfolgt, wie Qualität signalisiert und gefördert werden kann. Auch diese, für die Wissenschaftsadäquanz des OA-Modells zentrale Problematik hat bisher nur zum Teil zufriedenstellende Lösungen gefunden:

Zwar führen OA-Fachrepositorien wie ArXiv und SSRN bereits heute eine grobe Formalprüfung durch, ob ein neu eingereichter Beitrag grundlegenden Anforderungen an eine wissenschaftliche Publikation genügt. Sollten sich Missbräuche häufen, könnte dieser EingangsfILTER durch die Finanzierung zusätzlicher Mitarbeiterstellen sicherlich verstärkt werden, ohne dass es zu einem eigentlichen Begutachtungsprozess in der Sache kommt. Gleichwohl sind weitere äußere Unterscheidungsmerkmale erforderlich, die erkennen

⁸³ *Spindler*, Urheberrecht und Wissens- und Informationsgesellschaft – zwei unversöhnliche Welten?, in: Rüßmann, Festschrift Käfer, 2009, 341, 355; *Peifer* (Fn. 3), GRUR 2009, 22, 26 („Zukunftsfähig wäre ein Wissenschaftssystem, das die schnelle und zeitgebundene Information digital, die qualitätvolle Information hingegen im Printarchiv ansiedelt.“); *Theisohn* (Fn. 5), 117 (durchweg unlektorierte und ungesetzte Information).

⁸⁴ Vgl. 10 Jahre BOAI 2012 (Fn. 14). Zu alternativen Formen des Peer Review siehe *Fitzpatrick*, Planned Obsolescence, 2011, 23 ff.

lassen, ob ein Text wahrscheinlich wert ist, Lesekapazität auf sich zu ziehen. Allzu hohe Ansprüche muss man insoweit allerdings nicht stellen, denn die gegenwärtige Orientierung am Zeitschriftentitel leitet auch nicht selten fehl.⁸⁵ Primäres Qualitätssignal in einem reinen OA-System wären hingegen der Name des Autors, der Titel des Beitrags und der Inhalt einer kurzen Zusammenfassung. Es erscheint nicht unzumutbar, sondern im Gegenteil wissenschaftsadäquat, auf diese unmittelbar autor- und artikelbezogenen Gesichtspunkte abzustellen.

Wer auf der Basis dieser Kennzeichen die Aufmerksamkeit des geeigneten Lesers ein- oder gar mehrmals enttäuscht hat, reduziert die Qualitätserwartungen an seinen Namen und damit seine Reputation. Um einen solch nachhaltigen Imageverlust zu vermeiden, haben Wissenschaftler nicht anders als die Anbieter von Markenprodukten einen starken Anreiz, dauerhaft hohe Qualität zu liefern. Dieser Ansporn dürfte sich in einem OA-System sogar noch intensivieren, da die Leistung eines Wissenschaftlers unmittelbar am Beitrag und nicht mehr am Publikationsort gemessen wird.⁸⁶ Voraussetzung für das Funktionieren dieses Selektionsmechanismus aber ist, dass die Wissenschaftler sicherstellen können, dass nur ihre unveränderten Beiträge ihren Namen tragen. In diesem Zusammenhang erweist sich erneut, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht ein unverzichtbares Element eines wissenschaftsadäquaten OA-Modells darstellt.⁸⁷

Freilich mögen die genannten Kurzinformationen in manchen Fachgebieten zu zahl- und damit zu umfangreich sein, um überhaupt zur Kenntnis genommen werden zu können. In diesem Fall muss die jeweilige Disziplin begutachtete OA-Kollektionen organisieren. Im Übrigen könnten Fakultätsreihen eine erhebliche Vorselektion leisten. Zugang zu derartigen Research Paper Series hätten nur die Professoren und diejenigen Mitarbeiter, deren Text von einem

⁸⁵ M. Polanyi, *The Republic of Science: Its Political and Economic Theory*, *Minerva* 38 (2000), 1, 9 (Nachdruck eines Beitrags von 1962: „Journals are made unreadable by including much trash.“); Taubert/Weingart, in: Sutter/Mehler (Fn. 6), 159, 166 (für einen Großteil der Peer-review-Publikationen gelte, „dass die Zahl der zitierenden Leser die Zahl der Gutachter häufig erst nach Jahren überschreitet“), 167 f. (Peer Review „kein besonders wirkungsvolles Instrument für die Selektion von Neuigkeit“); ferner Fröhlich (Fn. 5), *Information Wissenschaft & Praxis* 2009, 253, 255 m.w.N.

⁸⁶ Siehe Brembs/Munafò (Fn. 80); a.A. Spindler, in: FS Käfer (Fn. 83), 341, 355, der in diesem Zusammenhang Äpfel (die *akerlofschen* Zitronen) mit Birnen (nämlich wissenschaftlichen Beiträgen) vergleicht.

⁸⁷ Siehe oben zu Fn. 37.

Hochschullehrer zur Aufnahme empfohlen wurde.⁸⁸ Bei diesen Beiträgen besteht eine gewisse Vermutung für ein Mindestmaß an wissenschaftlicher Qualität. Wenn man seine Suchanfrage an ein Repositorium auf diese Kategorie von Aufsätzen beschränken könnte, würden Texte von Autoren, die wie Studierende nicht qua Position zum Wissenschaftssystem gehören, von vornherein ausgefiltert.

Dass es einen weitergehenden, vorgeschalteten Begutachtungsprozess nicht gibt, erscheint hinnehmbar, wenn sich unter Wissenschaftlern die Norm ausbildet, dass die Freischaltung eines OA-Beitrags dem endgültigen „Gut zum Druck“ des Printzeitalters entspricht. Die Texte müssen also zunächst formal einwandfrei sein – eine Anforderung, die bereits heute weitgehend auf den Wissenschaftlern lastet. Der Qualitätssicherung sehr zuträglich wäre ferner eine wissenschaftliche Norm, Manuskripte zunächst unter den Kollegen des eigenen Instituts bzw. Fachbereichs zur Diskussion zu stellen, bevor man an die allgemeine Öffentlichkeit tritt. Ist ein Beitrag freigeschaltet worden, darf er schließlich nicht mehr verändert und schon gar nicht zurückgezogen werden, da andernfalls kein stabiler Verweisungszusammenhang hergestellt werden kann. Auch von dieser Verhaltensnorm ist die gegenwärtige Wissenschaft noch weit entfernt.⁸⁹

Die vorstehenden Ausführungen dürften verdeutlicht haben, dass ein wissenschaftsadäquates OA-System der Wissenschaft selbst einen fundamentalen Wandel abverlangt. Praktisch alle wissenschaftsinternen Normen, die das Publikationswesen betreffen, müssen geändert werden.⁹⁰ Hierzu zählen auch neue Zitierregeln, die sich statt an einer Verlagspublikation primär an der dauerhaften Fundstelle des OA-Beitrags orientieren müssten. Ferner müsste der Journal Impact Faktor aufgegeben werden, der anerkanntermaßen ein verzerrtes, manipulationsanfälliges und generell

⁸⁸ Für ein Beispiel siehe die Research Paper Series des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main, <http://www.jura.uni-frankfurt.de/45169648/Research-Paper-Series>.

⁸⁹ Skeptisch etwa *Hansen*, Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler, GRUR Int. 2009, 799, 802; *Fry u.a.* (Fn. 9), 22; insofern zutreffend *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn. 6), 29, 35 (Zitat der „richtigen“ Version); ferner *Taubert/Weingart*, in: Sutter/Mehler (Fn. 6), 159, 176; *Theisohn* (Fn. 5), 108 f.

⁹⁰ *Weingart* (Fn. 7), 115 (die Identität der Wissenschaft werde sich durch die elektronische Zukunft des wissenschaftlichen Publizierens wahrscheinlich verändern); *Finch Group Report* (Fn. 5), 8; *Hilty* (Fn. 44), GRUR 2009, 633, 640.

schwaches Signal für die Qualität einzelner Beiträge ist und im Gegenteil unerwünschte Nebenwirkungen zeitigt, indem Wissenschaftler dazu verleitet werden, viele kleinteilige und latent überbewertete Ergebnisse zu präsentieren.⁹¹ An die Stelle dieses Zählwerts müssten artikel- und autorbezogene Faktoren treten, die insbesondere Downloads und Zitationen berücksichtigen.⁹² Doch kämen Berufungs-, Evaluations- und sonstige Kommissionen in einem reinen OA-System wohl nicht umhin, ausgewählte Texte der Kandidaten tatsächlich anzuschauen – ein der Qualität der Forschung nun wirklich nur zuträgliches Desiderat.

Jedenfalls die vorgenannten Änderungen müssten sich einstellen, bevor man davon ausgehen könnte, dass wissenschaftsadäquates Publizieren ohne Verlage möglich ist. Sollten die skizzierten infrastrukturellen und institutionellen Voraussetzungen allerdings gegeben sein, wären Wissenschaftler nicht anders als derzeit in der Lage, Reputation aufzubauen.⁹³ So wie sie heute frei entscheiden können, mit welchem Verlag sie kontrahieren, so obläge es in einem OA-System allein ihnen, für welche OA-Kollektion, institutionelle Reihe oder für welches Repositorium sie sich entscheiden. Diese Wahlfreiheit im Hinblick auf das Wie und Wo der Publikation unterscheidet das hier entwickelte Modell von einem Anbietungszwang zugunsten des Dienstherrn bzw. öffentlichen Arbeitgebers, der anstelle des Wissenschaftlers über den Ort der Veröffentlichung befinden würde.⁹⁴ Die Etablierung einer allgemeinen Pflicht zur OA-Erstpublikation erweist sich damit als erheblich weniger eingriffsintensiv als eine in der Tat verfassungsrechtlich problematische Verlagerung der Entscheidungsbefugnis auf die öffentlichen Hochschulen und Forschungseinrichtungen.⁹⁵ Neu justiert wird lediglich der äußere Rahmen des Publikationswesens, in welchem sich die einzelnen Wissenschaftler ohne jede weitere staatliche Einflussnahme bewegen können.

⁹¹ Zur Kritik am Journal Impact Faktor siehe *Brembs/Munafò* (Fn. 80); *Herb*, Open Access, zitationsbasierte und nutzungsbasierte Impact Maße: Einige Befunde, http://scidok.sulb.uni-saarland.de/volltexte/2010/3307/pdf/isko_final.pdf, 1 f. m.w.N. (begrenzte Datenbasis, Verzerrungen durch einzelne, sehr häufig zitierte Aufsätze und zugunsten bestimmter Disziplinen und Sprachen).

⁹² *Herb* (Fn. 91), 2 ff.

⁹³ *Suber* (Fn. 5), 91 f.

⁹⁴ In diesem Sinne *Pflüger/Ertmann* (Fn. 54), ZUM 2004, 436, 441 f.; für eine Anbietungspflicht auch der Professoren *Rehbinder*, in: FS Hubmann (Fn. 74), 359, 367.

⁹⁵ Siehe *Hansen* (Fn. 54), GRUR Int. 2005, 378, 379 f.; *Steinhauer* (Fn. 14), 31, dann aber erwägend a.a.O., 72.

b) Berufsfreiheit

Unter den vorgenannten Bedingungen würde eine grundsätzliche OA-Erstpublikationspflicht auch keine unverhältnismäßige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit von Wissenschaftlern darstellen. Insbesondere wären sie wie erläutert weiterhin in der Lage, wissenschaftliche Reputation aufzubauen, die sie innerhalb und außerhalb des Wissenschaftssystems versilbern könnten.

c) Eigentumsgarantie

Die Verpflichtung auf Open Access bedeutet zugleich ein gesetzliches Verbot, Verlagen ausschließliche Nutzungsrechte an den betroffenen Werken einzuräumen. Der generelle Schutzbereich des Urheberrechts bleibt damit zwar unberührt. Die Verfügungsbefugnis der Wissenschaftsurheber wird aber einer neuen, restriktiven Inhalts- und Schrankenbestimmung unterworfen.

Doch auch dieser Eingriff in das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum erscheint rechtfertigungsfähig. Zunächst ist daran zu erinnern, dass Art. 14 Abs. 1 und 2 GG ein sozial gebundenes Privateigentum garantiert.⁹⁶ Je stärker das in Rede stehende Gut auf die Gemeinschaft bezogen ist, weil die Mitbürger auf seine Nutzung angewiesen sind, desto intensiver wirkt sich die Sozialbindung des Eigentums aus. Demgemäß sichert das Grundgesetz dem Urheber nicht „jede nur denkbare Verwertungsmöglichkeit“. Vielmehr hat der Gesetzgeber den Schutzbereich des Urheberrechts durch sachgemäße Maßstäbe festzulegen, so dass eine angemessene, wirtschaftlich sinnvolle Disposition und Nutzung ermöglicht wird.⁹⁷

Diese Anforderungen werden vom hier skizzierten Modell erfüllt. Derzeit erhalten Wissenschaftler für die Primärnutzung ihrer Werke durch Verlage in der Regel kein oder jedenfalls ein so geringes Honorar, dass der Lebensunterhalt hieraus nicht bestritten werden kann. Die Bedeutung der

⁹⁶ Siehe BGH (GS) GSZ 2/52, 10.6.1952, BGHZ 6, 270, 282; BVerfG 1 BvR 375/62, 1.7.1964, BVerfGE 18, 121, 132; BVerfG 1 BvR 1804/03, 7.12.2004, BVerfGE 112, 93, 109.

⁹⁷ Siehe zum Urheberrecht BVerfG 1 BvR 765/66, 7.7.1971, BVerfGE 31, 229, 241; BVerfG 1 BvR 743/86, 11.10.1988, BVerfGE 79, 29, 44, 46 (kein Anspruch auf Zuordnung jedweden noch so geringen Ergebnisses der Werknutzung).

urheberrechtlichen Tantiemen aus der Verwertung wissenschaftlicher Werke für ein eigenverantwortliches Leben im vermögensrechtlichen Bereich ist demnach äußerst gering.⁹⁸ Was Wissenschaftler heute aus den Vergütungsaufkommen für die Schranken zugunsten nicht kommerzieller Nutzungen erhalten, könnte künftig durch die Einnahmen aus den kommerziellen Zweitverwertungen durch Informationsbroker ausgeglichen werden. Zudem könnten auch die privatautonom gestatteten, nicht kommerziellen Nutzungen einer urheberrechtlichen Vergütung unterworfen werden,⁹⁹ so dass sich die Einnahmenerwartungen der meisten Wissenschaftler im Vergleich zum Status quo sogar verbessern würden. Doch selbst ohne diese Kompensation würden die Vorteile eines OA-Systems für die Wissenschaft und die Wissensgesellschaft insgesamt die geringfügigen vermögensrechtlichen Nachteile der in aller Regel verbeamteten oder angestellten Wissenschaftsurheber deutlich überwiegen.

Zudem ist daran zu erinnern, dass das hiesige Modell nur überwiegend öffentlich finanzierte Forschungsergebnisse betrifft. Von der Privatwirtschaft, sei es privaten Hochschulen, der forschenden Industrie oder auch den Verlagen zu mehr als der Hälfte finanzierter wissenschaftlicher Output bleibt hiervon unberührt und dürfte unverändert in proprietären, entgeltpflichtigen Datenbanken publiziert werden.¹⁰⁰ Die markt- und eigentumsbasierte, eigenverantwortliche Verwertung von Wissenschaft wird also nicht generell verhindert. Vielmehr ergäbe sich im Wissenschaftssystem insgesamt eine ähnliche Konstellation wie im dualen, nämlich einerseits öffentlich-rechtlich und andererseits privat finanzierten Rundfunk.¹⁰¹

Die in der Tat dominante Rolle des Staates in einem solchen Szenario würde jedoch nicht erst durch die Verpflichtung der Wissenschaftler auf Open Access erzeugt. Bereits derzeit wird das Wissenschaftssystem weitgehend aus Steuermitteln finanziert. Weder urheberrechtliche noch patentrechtliche

⁹⁸ Hierauf zentral abstellend *Suber* (Fn. 5), 9 ff.

⁹⁹ Das ist nach ganz herrschender Meinung bereits de lege lata der Fall; vgl. BGH I ZR 28/11, 21.7.2011, GRUR 2011, 1007 Rn. 48 – *Drucker und Plotter II*; ferner Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ – Bildung und Forschung (Fn. 13), BT-Drucks. 17/12029, 96.

¹⁰⁰ Allerdings wären derartige, privat finanzierte Forschungsaktivitäten dann wohl nach Beamtenrecht als Nebentätigkeiten anzeigepflichtig.

¹⁰¹ Siehe *Peifer* (Fn. 3), GRUR 2009, 22, 23 f.

Umsätze tragen hierzu in relevanter Weise bei.¹⁰² Die somit ohnehin weitgehend öffentliche Wertschöpfung würde lediglich um den Aspekt der Verbreitung des Outputs ergänzt, weil und soweit dies im digitalen Zeitalter möglich und aus wissenschaftlicher Sicht wünschenswert (adäquat) ist.¹⁰³

IV. Ausblick

Es konnte gezeigt werden, dass es verfassungsrechtlich zulässig ist, für überwiegend öffentlich finanzierte wissenschaftliche Werke und sonstige wissenschaftliche Ergebnisse eine Open-Access-Erstveröffentlichungspflicht vorzuschreiben und wirksam zu sanktionieren. Die Verlage würden damit als bloße Wissensvermittler praktisch ausgeschaltet und die Verbreitung wissenschaftlichen Wissens in das aus Steuergeldern finanzierte Wissenschaftssystem überführt.

Die grundrechtliche Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit erlaubt eine solche Umgestaltung aber nur unter der Voraussetzung, dass das neue Publikationssystem *wissenschaftsadäquat* ist. Das ist unter den derzeitigen Umständen nicht der Fall. Abgesehen von infrastrukturellen Defiziten wie fehlenden Fachrepositorien müsste die Wissenschaft ihre publikationsbezogenen Normen fundamental ändern. Solange diese Normen auf das Verlagssystem ausgerichtet sind, ist ein gesetzgeberischer Zwang zur Umstellung auf primären Open Access als wissenschaftsinadäquat und damit verfassungswidrig zu beurteilen.

Dieses Ergebnis verdeutlicht, dass das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit vor allen Dingen die Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft gewährleistet. Hat die wissenschaftliche Community ihre eigenen Normen auf Open Access umgestellt, darf dieser Wandel gewissermaßen nachträglich durch das Wissenschaftsrecht bestätigt und fürderhin stabilisiert werden.

Ob dieser Wandel nur weitere zehn Jahre¹⁰⁴ oder wie bei früheren medialen Revolutionen 200 Jahre¹⁰⁵ in Anspruch nehmen wird, ist ungewiss.¹⁰⁶ Nicht

¹⁰² Zur marginalen Bedeutung von Patentlizeinahmen durch Universitäten vgl. Royal Society (Fn. 7), 47 (die Universitäten im Vereinigten Königreich erwirtschafteten 2,6 % ihres Einkommens mit Patentlizenzengebühren, diejenigen in den USA 2,2 %).

¹⁰³ *Suber* (Fn. 5), 38 f.

¹⁰⁴ So 10 Jahre BOAI 2012 (Fn. 14)

ausgeschlossen ist selbst, dass grundlegende Umgestaltungen der Infrastruktur des Internets die Evolution in Richtung Open Access irreversibel unterbrechen. Sollte indes die dezentrale Struktur des Internets erhalten bleiben, ist mit einer weiteren Ausbreitung von Open Access zu rechnen. Maßnahmen wie ein zwingendes Zweitverwertungsrecht, ergänzt um eine Verpflichtung der Wissenschaftler, die urheberrechtliche Option nach Embargofristen auch tatsächlich zu ziehen, würden den Übergang beschleunigen, ohne dass die hier erläuterten Voraussetzungen für eine endgültige Umstellung auf Open Access bereits vorliegen müssten, denn das etablierte Verlagssystem bliebe parallel zur Ausbreitung des grünen OA intakt. Allerdings kann früher oder später der *tipping point* erreicht sein, an dem die OA-Medien Netzwerkeffekte entfalten, die in rasender Geschwindigkeit dazu führen, dass die Verlagsdatenbanken austrocknen. Die hier skizzierte Verpflichtung auf OA-Erstveröffentlichungen würde diesen Prozess dann nur noch regulativ abschließen.

Durch Open Access wird mehr Wissen schneller verfügbar. Als Reaktion hierauf sind weitere Ausdifferenzierungen der Fächer und Subdisziplinen zu erwarten. Denn einzelne Teams und erst recht einzelne Wissenschaftler können unter der Bedingung des globalen offenen Zugangs und damit Wettbewerbs nur noch in sehr eng umgrenzten Gebieten an den Rändern des gesicherten Wissens agieren, ohne befürchten zu müssen, dauernd überholt zu werden. Der voranschreitenden Spezialisierung und dem Beschleunigungsdruck wohnen selbstzerstörerische Kräfte inne. Sie zu bändigen, ist wiederum Aufgabe der Wissenschaft, die sich Normen geben muss, durch die fachübergreifendes, entschleunigtes Nachdenken begünstigt wird.

Zum Schluss bleibt noch die Frage, was aus Bibliotheken und Verlagen werden soll. Sie können als Archive und Repositorienbetreiber¹⁰⁷ bzw. kommerzielle Informationsbroker¹⁰⁸ eine Zukunft haben, wenn ihnen dieser Verwandlungsprozess gelingt. Andernfalls bleibt ihnen nur die Hoffnung, dass die Wissenschaft möglichst viele, vielleicht 200 Jahre benötigt, um sich auf die

¹⁰⁵ Vgl. *Luhmann* (Fn. 75), 600 (es habe jeweils etwa 200 oder mehr Jahre gedauert, bis die Gesellschaft sich auf das Alphabet bzw. den Buchdruck eingestellt habe – eine „ungeheuer“ schnelle Veränderung).

¹⁰⁶ *Finch Group Report* (Fn. 5), 10 („likely to be a lengthy transition“); *Suber* (Fn. 5), 167.

¹⁰⁷ Optimistisch *Brintzinger*, Piraterie oder Allmende der Wissenschaften?, *Leviathan* 38 (2010), 331, 346 ff. m.w.N.

¹⁰⁸ Siehe oben II 3.

digitale Netzwerkkommunikation einzustellen. In ihrer heutigen Form werden sie dann nicht mehr benötigt.