

Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften des Landes Baden-Württemberg

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels ist der Spitzenverband der deutschen Buchbranche. Er vertritt die Interessen von rund 5400 Verlagen und Buchhandlungen in Deutschland. Der Börsenverein bedankt sich für die Gelegenheit, zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung hochschulrechtlicher Vorschriften (Drittes Hochschulrechtsänderungsgesetz – 3. HRÄG) des Landes Baden-Württemberg (in der Fassung des Regierungsentwurfs vom 4. Februar 2014) Stellung nehmen zu können. Er möchte sich mit seinen Anmerkungen auf die Regelungen zur Zweitveröffentlichung wissenschaftlicher Publikationen von Bediensteten der Hochschulen des Landes Baden-Württemberg beschränken.

Die zentrale Entwurfsnorm dazu ist der § 44 Abs. 6 Landeshochschulgesetz (LHG-E). Danach sollen die baden-württembergischen Hochschulen ihr wissenschaftliches Personal per Satzung verpflichten, sich gegenüber Verlagen und anderen Veröffentlichungspartnern ein Recht zur nichtkommerziellen Zweitveröffentlichung ihrer im Rahmen der Dienstaufgaben entstandenen wissenschaftlichen Beiträge nach einer Frist von einem Jahr nach Erstveröffentlichung vorzubehalten. Ergänzend ist in § 28 Abs. 3 LHG-E eine Regelung vorgesehen, wonach die von Hochschulen einzurichtenden Informationszentren Plattformen (Repositorien) vorhalten, auf denen die Mitglieder der Hochschulen die fraglichen Publikationen im Wege des sogenannten Open Access veröffentlichen können. Ersatzweise können die Hochschulen auch lediglich den Zugang zu Repositorien anbieten, die von Dritten bereitgestellt werden.

Der Börsenverein hält eine ersatzlose Streichung des § 44 Abs. 6 LHG-E und eine veränderte Ausrichtung der Open-Access-Politik des Landes Baden-Württemberg für geboten. Er vertritt die Ansicht, dass

- Open-Access-Zweitveröffentlichungen auf institutionellen Repositorien der Wissenschaft schaden, statt ihr zu nutzen (unten 1.)
- die in § 44 Abs. 6 LHG-E vorgesehene Verpflichtung der Wissenschaftler zur unentgeltlichen Zweitverwertung ihrer Publikationen europarechtswidrig ist (unten 2 a), gegen die von Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz garantierte Wissenschaftsfreiheit verstößt (unten 2 b), in unzulässiger Weise in das durch Art. 14 Grundgesetz geschützte geistige Eigentum wissenschaftlicher Autoren eingreift (unten 2 c) und den Schutzbereich der die Leistungen von Verlagen erfassenden Grundrechte aus Art. 14, 12 Grundgesetz durch die vorgesehenen entschädigungslosen Zweitverwertungen von Zeitschriftenartikeln widerrechtlich verletzt (unten 2 d)
- dem Land Baden-Württemberg aufgrund der ausschließlichen Zuweisung der Gesetzgebungszuständigkeit für das Urheberrecht an den Bund, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 Grundgesetz, die Kompetenz zum Erlass der in § 44 Abs. 6 LHG-E geplanten Regelung fehlt (unten 3.)

1. Zweitveröffentlichungen in Repositorien: Schaden statt Nutzen

Der § 44 Abs. 6 LHG-E zielt auf Zweitveröffentlichungen von wissenschaftlichen Publikationen aus Periodika in Repositorien ab („Grünes“ Open Access). Ein solches Modell wird bei gleichem finanziellen Einsatz des Steuerzahlers nicht zu mehr, sondern zu weniger Zugang zu wissenschaftlichen Informationen führen. Die geplanten Zweitverwertungen sind bei Betrachtung des Gesamtsystems redundanter Zusatzaufwand, da sich durch sie weder die Kosten der Erstveröffentlichung der Beiträge verändern noch die Notwendigkeit entfällt, diese zu finanzieren. Schon aus strukturellen Gründen sind Dienstleistungsangebote von im Wettbewerb stehenden Verlagen zudem effizienter, pluralistischer und kostengünstiger als entsprechende verlegerische Aktivitäten der öffentlichen Hand.

a) Bestehender Markt für wissenschaftliche Publikationen funktioniert

Die wissenschaftliche Literaturversorgung ist aufgrund der Investitionen privater Unternehmen – Verlage und Bibliotheksdienstleister – sowohl inhaltlich wie finanziell hocheffizient organisiert:

- Jahr für Jahr verarbeiten die weltweit gut 2.000 wissenschaftlichen Zeitschriftenverlage mit ihren 110.000 Mitarbeitern mehr als 3 Millionen Artikel. Sie organisieren 125.000 Zeitschriftenherausgeber, 350.000 Mitglieder von Herausgebergremien und ein Vielfaches an Gutachtern, die jährlich mehr als 3,75 Millionen Gutachten zu Arbeiten erstellen, die aus dem Kreis von 12 Millionen Forschern an 4.500 Einrichtungen in mehr als 180 Staaten hervorgehen und zu etwa 1,5 Millionen Beiträgen in wissenschaftlichen Zeitschriften führen. Diese werden durch Bibliothekslieferanten und Verlage pro Jahr auf mehr als 10 Millionen Seiten in gedruckter Form und elektronisch in über anderthalb Milliarden Downloads verbreitet. Insgesamt stellen Wissenschaftsverlage weltweit über 40 Millionen Artikel in elektronischer Form für Recherchen und Downloads bereit. Verlage und Bibliothekslieferanten haben allein in den vergangenen 10 Jahren über 3 Milliarden Euro in die Erstellung von und den Zugang zu wissenschaftlichen Informationen investiert.
- Wissenschaftsverlage und Bibliothekslieferanten haben die Errungenschaften der digitalen Revolution intensiv wie kaum ein anderer Unternehmenszweig genutzt. Durch Eröffnung von remote-Zugriffen, elaborierte Suchfunktionen, Verlinkung von Artikeln sowie Nutzungsinformationen und Administrationssoftware für Bibliotheken haben sie einen Produktivitätsschub in Entwicklung und Forschung ermöglicht. Derzeit investieren diese privaten Dienstleister viele hundert Millionen Euro in Internetdienstleistungen der nächsten Generation wie das automatisierte Anreichern (Enrichment) und Verschlagworten (Tagging) **von Artikeln („article of the future“)**, Visualisierung, Aufbau fachspezifischer sozialer Netzwerke, mobile Inhalte, text und data mining, Verbesserung der Messung von Forschungserfolgen, Standardisierung, aber auch in den Kampf gegen Plagiate und Piraterie sowie die Erhöhung ethischer Standards in der Forschung.
- 94 Prozent der Wissenschaftler empfinden den Zugang zu wissenschaftlichen Fachinformationen nach einer britischen Studie als sehr leicht oder leicht.¹ Wissenschaftler erhalten heute in Sekundenschnelle den Zugriff auf ein gewünschtes Dokument, und dies an 365 Tagen im Jahr. In

¹ Mark Ware. Access to professional and academic information in the UK: a survey of SMEs, large companies, universities & colleges, hospitals & medical schools, governmental & research institutes. Publisher Research Consortium, August 2009, <http://www.publishingresearch.net/documents/SMEAccessCompanionReport.pdf>

Zusammenarbeit von Bibliotheken, Bibliotheksdienstleistern und Verlagen ist in Deutschland eine sehr leistungsfähige Infrastruktur zur Versorgung der Wissenschaftler mit Information entstanden.

- Unter den Faktoren, die Wissenschaftler als hemmend für ihre Forschungsleistungen empfinden, wird unzureichender Zugang zu publizierten Forschungsergebnissen erst an siebzehnter Stelle genannt, während die Belastung durch die Beschaffung von Forschungsfördermitteln und administrative Erschwernisse weit oben auf der Beschwerdeskala steht.
- Ausgaben für wissenschaftliche Literatur beanspruchen in Europa etwa 1 Prozent der Budgets von Hochschulen. Selbst innerhalb der Universitätsbibliotheken stellen sie nur etwa ein Drittel der Gesamtkosten dar und liegen damit z.B. deutlich unter den in öffentlich-rechtlich organisierten Bibliotheken anfallenden Personalkosten.
- Während die Zahl wissenschaftlicher Zeitschriften, auf die Hochschulen Zugang haben, seit 2004 jährlich um durchschnittlich 7 Prozent gestiegen ist, sind die Kosten des Zugangs pro Zeitschrift in demselben Zeitraum jährlich durchschnittlich um 3 Prozent gesunken. Zwischen 2004 und 2008 hat sich die Zahl der Downloads wissenschaftlicher Beiträge jährlich um 27 Prozent erhöht, während die Kosten pro heruntergeladenem Artikel um 12 Prozent pro Jahr gesunken sind und inzwischen im Durchschnitt unter einem Euro liegen.
- Die Leistungen, die Verlage und Bibliothekslieferanten in den letzten zehn Jahren erbracht haben, sind umso höher einzuschätzen, als die Erwerbungssetats der Bibliotheken im selben Zeitraum nicht mit den um 3 bis 4 Prozent jährlich wachsenden Forschungsförderungsaufgaben mitgewachsen sind, sondern bestenfalls stagniert oder die allgemeine Inflationsrate ausgeglichen haben. Die steigende Anzahl von Forschungsartikeln und ihre zunehmende Länge führen nämlich zu einem stetig wachsenden Umfang der Forschungsliteratur und damit zu höheren Publikationskosten.

Es ist auch angesichts der zahlreichen Beispiele nicht nachhaltiger und gescheiterter Publikationsaktivitäten der öffentlichen Hand schwer vorstellbar, dass staatliche Parallelstrukturen, wie sie in Baden-Württemberg nun aufgebaut oder gefördert werden sollen, zu einer leistungsfähigeren Informationsinfrastruktur als der bestehenden führen werden. Eine marktwirtschaftliche Umgebung bietet für die Bewältigung der stetig wachsenden technischen Anforderungen an wissenschaftliches Publizieren bessere Bedingungen und macht die Unterstützung der Wissenschaft weniger abhängig von den Schwankungen staatlicher Investitionen. Dagegen sind, wie im Folgenden näher dargestellt wird, staatlich gelenkte Zweitveröffentlichungen in Repositorien geeignet, störend in einen fragilen Markt einzugreifen.

b) Open Access bedarf keiner Zweitveröffentlichungen

Die Wissenschaftsverlage im Börsenverein stehen dem Publikationsweg Open Access offen gegenüber. Viele dieser Mitgliedsunternehmen arbeiten – einige fallweise, andere systematisch, wieder andere sogar nahezu ausschließlich – auf Open-Access-Basis. Den Wissenschaftsverlagen ist es ein zentrales Anliegen, dass die geschaffenen Strukturen (und damit die Investitionen von Verlagen und Bibliotheken) auch für Open-Access-Publikationen nachhaltig genutzt werden können und den Er-

wartungen der Forscher gerecht werden. Für die Förderung kostenfrei zugänglicher Open-Access-Veröffentlichungen bedarf es keiner Zweitveröffentlichungen in Repositorien. Jedem Wissenschaftler steht es frei, seine Forschungsergebnisse unmittelbar per Open Access zu veröffentlichen. Viele Verlage, aber auch universitätsnahe Einrichtungen bieten entsprechende Plattformen und/oder Open-Access-Zeitschriften und –Datenbanken an. Wissenschaftliche Autoren haben somit die freie Wahl zwischen Open-Access-Veröffentlichungen, bei denen die Publikationskosten vom Autor bzw. seinem Dienstherrn oder einer Forschungsförderungsorganisation (z.B. der DFG) getragen werden („Goldener“ Open Access), und Veröffentlichungen, bei denen ein Verlag Publikationsrisiko und –kosten übernimmt und diese durch die Erhebung von Gebühren bei den Nutzern/Subskribenten refinanziert.

Systematische Zweitveröffentlichungen der Texte wissenschaftlicher Autoren, wie sie jetzt in Baden-Württemberg geplant sind, zielen nicht primär auf die Förderung von Open Access ab. Vielmehr bezwecken sie die Teilnahme an den durch massive Investitionen der Wissenschaftsverlage in digitales Publizieren erreichten Produktivitätsfortschritten für Wissenschaft und Forschung, und zwar aus durchschaubaren fiskalischen Motiven ohne eine angemessene Beteiligung an deren Finanzierung. Eine solche Praxis würde sich insbesondere auf baden-württembergische und deutsche Verlage negativ auswirken, die sich mit wissenschaftlichen Zeitschriften zu fairen Preisen für Publikationen baden-württembergischer Wissenschaftler einsetzen.

c) **Zweitveröffentlichungen laufen nachhaltigen Open-Access-Strukturen zuwider**

Die Veröffentlichung von wissenschaftlichen Zeitschriften verdankt sich Investitionen privater Verlage, die **nicht** bzw. nicht in wesentlichem Maße durch Steuergelder finanziert sind, sondern über Erlöse aus dem Verkauf der Zeitschrift amortisiert werden müssen. Dies gilt auch dann, wenn Autoren und Reviewer einer Zeitschrift honorarfrei arbeiten. So beschäftigt der in Baden-Württemberg (Weinheim) ansässige Verlag Wiley-VCH allein für die bedeutende chemische Fachzeitschrift „Angewandte Chemie“ eine Redaktion von 22 promovierten Chemikern und 9 Assistenzkräften, die sich um die Selektion und Veredelung der sowie die Navigation zu den eingesandten Beiträgen kümmern. Bei Zweitveröffentlichungen von Zeitschriftenbeiträgen werden die Leistungen der Verlage nicht kompensiert. Der Zugriff auf die Veredelungs- und Navigationsfunktion sowie auch die vom Verlag aufgebauten Marken und deren Qualitätsimage erfolgt vielmehr entschädigungslos. Damit würde aber nicht nur dem auf Finanzierung durch Zahlungen von Nutzern angelegten Kauf- bzw. Subskriptionsmodell kommerzieller Verlage der Boden entzogen, sondern zugleich auch den Anbietern originärer Open-Access-Publikationen eine unfaire Konkurrenz erwachsen. Die Betreiber von Repositorien weichen nämlich einem Großteil der Kosten aus, die qualitätsvollen Open-Access-Veröffentlichungen notwendiger Weise vorausgehen, indem sie entgeltlos Investitionen und Leistungen von Verlagen nutzen. Letztlich würde bei Umsetzung der jetzt im Dritten Hochschulrechtsänderungsgesetz Baden-Württemberg vorgeschlagenen Regelungen ein Modell entstehen, dem es nicht nur selbst an Nachhaltigkeit gebricht, sondern das zugleich den zwei im Markt bestehenden bewährten Arten wissenschaftlichen Publizierens – dem nutzerfinanzierten Subskriptionsmodell und dem autorenfinanzierten Open-Access-Modell – die Nachhaltigkeit nimmt.

d) Aufbau von Repositorien kostenträchtig und nicht nachhaltig

Der Aufbau und die Bewirtschaftung von Repositorien für die Zweitveröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge, die durch die geplanten Informationszentren der Hochschulen angeboten werden sollen, würde das bestehende Publikationssystem mit substanziellen Zusatzkosten belasten. Alleine im Bereich des Publizierens medizinischer, naturwissenschaftlicher und technischer Zeitschriften arbeiten weltweit 110.000 Menschen. Wenn baden-württembergische Hochschulen auch nur einen kleinen Teil der Beiträge aus wissenschaftlichen Zeitschriften ein zweites Mal veröffentlichen und ihre Repositorien nutzerfreundlich und professionell ausgestalten sowie vermarkten wollen, entstehen erhebliche Kosten – ohne dass die *first copy costs* der Zeitschriftenartikel dadurch sinken oder die Notwendigkeit der Subskriptionsfinanzierung der Erstveröffentlichung entfielen. Die große PEER-Studie der EU-Kommission, an der Hochschulen, Forschungsorganisationen, Bibliotheken und Verlage beteiligt waren, hat gezeigt, dass Zweitverwertungs-Repositorien weder bei den Autoren auf Interesse stoßen – nur 2 Prozent der Autoren machten von dem ihnen zustehenden Zweitveröffentlichungsrecht Gebrauch – noch von Wissenschaftlern aus der EU genutzt werden, weil diese in ihren Einrichtungen Zugriff auf die Originalpublikationen haben (die bei Weitem meisten Zugriffe kamen aus Zweite- und Dritte-Welt-Staaten mit Myanmar an der Spitze der Zugriffsländer). Statt z.B. über die Anpassung der Erwerbungssetats der Hochschulbibliotheken an Inflationsrate und Forschungsfördermittelzuwachs für eine umfassende Versorgung baden-württembergischer Studierender und Wissenschaftler mit hochwertigen Originalpublikationen zu sorgen, soll dringend benötigtes Geld für Bildung und Forschung in den Aufbau redundanter, nicht nachhaltiger Strukturen der Literaturversorgung fließen. Im internationalen Wettbewerb der Forschungsstandorte koppelt sich Baden-Württemberg damit von den Ländern ab, die nachhaltige Open-Access-Strukturen fördern, wie dies momentan z.B. im United Kingdom oder in den Niederlanden geschieht.

Mit der systematischen Errichtung und dem Betrieb von institutionellen Repositorien, in denen auf dem „Grünen Weg“ Open-Access-Zweitveröffentlichungen von bereits verlegten wissenschaftlichen Beiträgen erfolgen, würden teure Parallelstrukturen aufgebaut, die im System zu einer Kostenexplosion führen können. Selbst nach den (nach unten gerechneten) Zahlen der sog. Houghton-Studie², die sich auf die Kostenentwicklung in Großbritannien beziehen, wäre beim Umstieg auf flächendeckende Zweitveröffentlichung der Autorenversionen von Zeitschriftenartikeln mit einem Anstieg der Gesamtkosten des Publikationssystems um 16% zu rechnen.

Laut der im Vorblatt des Gesetzentwurfs getroffenen Aussage soll die jetzt geplante Reform die öffentlichen Haushalte in Baden-Württemberg nicht mit zusätzlichen Kosten belasten. Die Hochschulen werden in diesem Zusammenhang aufgerufen, notwendige Umschichtungen kapazitäts- und haushaltsneutral auszugleichen. Ein professioneller Betrieb der vorgesehenen hochschulbezogenen Repositorien würde mit erheblichen Erstinvestitions- und dauerhaft hohen Folgekosten, insbesondere für Personal und IT-Infrastruktur, verbunden sein. Die dadurch ausgelösten Umschichtungen müssten zwangsläufig gravierende Eingriffe in die Bestandsangebote der Bibliotheken und Rechen-

² „Economic Implications of Alternative Scholarly Publishing Models: Exploring the costs and benefits“, <http://www.jisc.ac.uk/publications/reports/2009/economicpublishingmodelsfinalreport.aspx>; die Studie wurde von der britischen Forschungsfördereinrichtung JISC in Auftrag gegeben

zentren von Hochschulen nach sich ziehen. Es liegt auf der Hand, dass solche Verschiebungen nicht ohne Qualitätsverlust für Bildung und Forschung in Baden-Württemberg gelingen werden.

e) Zweitveröffentlichungen wären Wettbewerbsnachteil für örtliche Wissenschaftsverlage

Die Schaffung von Repositorien für die Zweitveröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen und der damit qua Umschichtung absehbar verbundene Entzug von Mitteln für die Beschaffung originärer Verlagspublikationen gefährden die deutschen und baden-württembergischen Wissenschaftsverlage. Diese würden gegenüber ihren ausländischen Wettbewerbern doppelt benachteiligt. Einerseits setzen sie sich trotz der damit verbundenen Mehrkosten für die Pflege des Deutschen als Wissenschaftssprache und die Werke deutscher und baden-württembergischer Wissenschaftler ein, während ihre ausländischen Wettbewerber in der Regel ausschließlich in englischer Sprache mit Autoren kommunizieren und für diese publizieren. Andererseits müssen die deutschen Verlage fürchten, dass Bibliotheken, deren Erwerbsetats nicht ausreichend ausgestattet werden, ihre Zeitschriften abbestellen, da (nur) für deren Repertoire substituierende Zugriffe auf die Inhalte von Repositorien vorstellbar sind. Wie eine aktuelle Studie gezeigt hat, ist bei der Umstellung auf flächendeckende „grüne“ Open-Access-Angebote mit erheblichen Kündigungseffekten auf Seiten wissenschaftlicher Bibliotheken zu rechnen.³ Wenn Baden-Württemberg als Wissenschafts- und als Wissenschaftsverlagsstandort trotz hoher Löhne und hoher Steuern attraktiv bleiben soll, darf es sich jedoch keine negative Diskriminierung inländischer Firmen leisten.

f) Zweitveröffentlichungen nach 12 Monaten würden insbesondere Bestand geistes- und sozialwissenschaftlicher Zeitschriften gefährden

Die in § 44 Abs. 6 LHG-E vorgesehene Embargofrist von 12 Monaten zwischen dem Erscheinen eines Artikels in einer Fachzeitschrift und dem Entstehen des Zweitverwertungsrechts wird der Komplexität wissenschaftlichen Publizierens und fachspezifischen Besonderheiten in keiner Weise gerecht. Jeder Wissenschaftsverlag ist bei traditioneller Publikationsform darauf angewiesen, seine Investitionen durch Abonnements- und/oder Online-Lizenzgebühren zurückzuerzielen. Zu diesem Zweck muss er einen ausreichend langen exklusiven Verwertungszeitraum haben. Die vorgesehene Embargofrist von nur 12 Monaten liegt insbesondere in den „langsamen“ geistes- und sozialwissenschaftlichen Fächern, deren Pflege in den Händen deutscher und nicht zuletzt baden-württembergischer Wissenschaftsverlage liegt, häufig nicht weit entfernt von dem durchschnittlichen Zeitraum, in dem ein Nutzer ein neues Heft einer von ihm abonnierten Fachzeitschrift erstmals eingehender studiert. Abgesehen davon enthält der Gesetzentwurf keine Begründung dafür, warum in allen Fächern eine Embargofrist von 12 Monaten gelten soll. Es entsteht der Eindruck, dass diese Frist willkürlich und ohne detaillierte Analyse des Fachinformationsmarktes gesetzt wurde.

Die Leistungen vieler Verlage – Qualitätssicherung, Aufbereitung des Inhalts für die Veröffentlichung, Anreicherung mit Metadaten, Links und Querverweisen, Vorhalten einer permanenten Infrastruktur zu seiner Veröffentlichung, Übernahme des Unternehmerrisikos bei der Etablierung neuer Zeitschrif-

³ "The potential effect of making journals free after a six month embargo", <http://www.publishingresearch.net/documents/ALPSPAPotentialresultsofsixmonthembargofv.pdf>

ten, Markenbildung, Sicherstellung der Lieferbarkeit des Programms, dauerhafte Auffindbarkeit, Kommunikation und vieles mehr – könnten bei einem solch kurzen Embargozeitraum nicht länger uneingeschränkt erbracht werden, weil sie sich nicht mehr finanzieren ließen. Eine Zeitspanne von nur 12 Monaten würde potentielle Käufer von wissenschaftlichen Zeitschriften nämlich unter dem Diktat knapper Kassen in vielen von öffentlich finanzierter Forschung geprägten Wissenschaftsgebieten veranlassen, kein Geld für Verlagsangebote auszugeben, sondern auf kostenlose online-Zweitpublikationen der von den Verlagen erschlossenen Beiträge zu warten. Am stärksten würde eine solche Regelung dabei die mittelständischen deutschen und baden-württembergischen Verlage treffen, die zu ohnehin relativ niedrigen Preisen geistes- und sozialwissenschaftliche Zeitschriften veröffentlichen, welche ihre Aktualität weitaus länger als sechs Monate behalten.

Es ist vielfach bibliometrisch erfasst worden, wie unterschiedlich die Rezeptionsgeschwindigkeiten in den verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen sind. Viele Zeitschriftenbeiträge werden erst Jahre nach ihrem Erscheinen gelesen und genutzt. Eine kürzlich erschienene Studie stützt diesen Befund.⁴ Sie kommt zu dem Ergebnis, dass für die Mehrzahl der Zeitschriftenbeiträge erst nach drei Jahren oder später die Hälfte der überhaupt stattfindenden (Download-)Nutzungen erreicht wird. Nur bei 3 % der Zeitschriften aller Fachrichtungen wird diese Zahl nach 12 Monaten oder weniger erreicht.

Eine zwölfmonatige Embargofrist würde somit in der Regel den überwiegenden Teil des bisherigen Nutzungszeitraums wissenschaftlicher Zeitschriften abschneiden. Dass dies ohne Folgen für die wirtschaftlichen Grundlagen dieser Zeitschriften bliebe, erscheint nicht plausibel, zumal viele von Bibliotheken und Verlagen vereinbarte online-Nutzungsmodelle neben dem Zugriff auf die aktuellsten Veröffentlichungen zugleich die Nutzung älterer Veröffentlichungen einschließen.

Das enorme Gefährdungspotential des § 44 Abs. 6 LHG-E für deutsche und baden-württembergische Wissenschaftsverlage wird dadurch erhöht, dass in etlichen Disziplinen – wie z.B. in der Rechtswissenschaft – die Grenzen zwischen Wissenschaft und Praxis fließend sind. So werden zahlreiche juristische Zeitschriften maßgeblich von Aufsätzen geprägt, die von Hochschullehrern verfasst werden, obwohl die Mehrheit der Leser in der Praxis tätig ist.⁵ Die Zweitveröffentlichung dieser Texte nach einer kurzen Embargofrist würde auf eine sachlich nicht zu rechtfertigende Subventionierung von Rechtsanwälten oder Steuerberatern auf Kosten der Verlage hinauslaufen.

Der Gesetzentwurf schweigt ebenso zu dem Problem, wie der potentielle Ausfall der Subskriptionserlöse aus der nationalen und internationalen Industrie aufgefangen werden soll: Bei technisch-naturwissenschaftlichen Zeitschriften kommt ein hoher Anteil der Erlöse aus dem Verkauf der Titel aus der Industrie. Wenn die Inhalte nach wenigen Monaten frei verfügbar in Repositorien stehen sollen, werden negative Effekte nicht ausbleiben.

⁴<http://www.publishers.org/attachments/docs/journalusagehalfife.pdf>

⁵ Exemplarisch sind etwa die *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* oder das *Deutsche Verwaltungsblatt* zu nennen. Derselbe Effekt würde aber auch bei vielen deutschsprachigen Zeitschriften anderer Gebiete, wie etwa Chemie oder Medizin, auftreten. Aus Sicht der begünstigten kommerziellen Nutzer spielt es nämlich keine Rolle, dass das Repository, das für sie den Erwerb einer Zeitschrift ggf. entbehrlich macht, nicht gewerblich handelt.

2. Zweitveröffentlichungspflicht wäre europarechts- und verfassungswidrig

Über die inhaltlichen Schwachpunkte der vom baden-württembergischen Wissenschaftsministerium geplanten Open-Access-Politik hinaus begegnet der § 44 Abs. 6 LHG-E gleich in mehrfacher Hinsicht durchgreifenden europa- und verfassungsrechtlichen Bedenken. Es handelt sich um eine europa-rechtlich unzulässige Schrankenregelung (a), die in die verfassungsrechtlich geschützte Wissenschaftsfreiheit baden-württembergischer Hochschulangehöriger (b) sowie deren Eigentumsgrundrechte (c) eingreift und die Wissenschaftsverlage unter Verstoß gegen Art. 12, 14 GG in unzulässiger Weise in ihrer Berufsausübung beschränkt bzw. enteignet (d).

a) Europarechtlich unzulässige Schrankenregelung

Die bundesgesetzliche urheberrechtliche Regelung des Zweitverwertungsrechts wissenschaftlicher Urheber in § 38 Abs. 4 UrhG bezweckt die Gewährung eines Zweitveröffentlichungsrechts für die Open Access-Veröffentlichung von Ergebnissen steuerfinanzierter Forschungsprojekte. Der § 44 Abs. 6 LHG-E beabsichtigt hingegen das genaue Gegenteil eines Rechts, nämlich die Beschränkung der Möglichkeit wissenschaftlicher Autoren, ihren Verwertungspartnern zeitlich unbeschränkte online-Nutzungsrechte zu übertragen und deren Verpflichtung, diese Beiträge stattdessen auf Anweisung ihrer Hochschule in ein Repositorium einzustellen. Diese durch Hochschulsatzung statuierte Verpflichtung soll für die baden-württembergischen Hochschulangehörigen auch nicht (ver-lags)vertraglich abdingbar sein. Zwar sieht der Regierungsentwurf des § 44 Abs. 6 Satz 2 LHG-E vor, dass die Hochschulen in ihren Satzungen für Einzelfälle Ausnahmen von der Zweitveröffentlichungspflicht der **wissenschaftlichen Urheber vorsehen** („Die Satzung regelt die Fälle, in denen von der Erfüllung der Pflicht nach Satz 1 ausnahmsweise abgesehen werden kann.“). Diese Bestimmung unterstreicht aber letztlich nur, dass der § 44 Abs. 6 LHG-E im Regelfall eine Pflicht des Urhebers begründet, sein Werk in einem Open Access-Repositorium veröffentlichen zu lassen.

Dogmatisch gesehen handelt es sich bei § 44 Abs. 6 LHG-E deshalb um eine echte Urheberrechtsschranke. Das Urheberrecht ist in weiten Teilen europarechtlich harmonisiert. Dies gilt auch für die Beschränkungen, die nationale europäische Gesetzgeber bei den Rechten von Urhebern vorsehen dürfen. Die EU-Richtlinie 2001/29/EG zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft enthält in ihrem Artikel 5 (Absätze 2 und 3) einen abschließenden Katalog möglicher Urheberrechtsschranken. Da dieser Katalog die im § 44 Abs. 6 LHG-E erfolgende Beschränkung des online-Nutzungsrechts wissenschaftlicher Urheber nicht vorsieht, ist die Norm mit zwingenden Vorgaben des Europarechts nicht vereinbar und mithin europarechtswidrig.

b) Art. 5 Abs. 3 GG: Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre

Die vorgesehene Verpflichtung der Wissenschaftler zur unentgeltlichen Zweitverwertung ihrer Publikationen greift in ihr Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit ein. Die durch Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Freiheit von Wissenschaft, Lehre und Forschung gewährleistet dem einzelnen Wissenschaftler ein

subjektives Recht auf Nichteinmischung des Staates in seine wissenschaftliche Tätigkeit.⁶ Zum Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit gehören dabei die Prozesse des Auffindens von Erkenntnissen samt ihrer Interpretation und Publikation. Diese sollen sich nach dem Willen des Grundgesetzes ungehindert von staatlicher Einflussnahme entfalten können. Deshalb ist der Staat nicht berechtigt, Hochschulangehörigen vorzuschreiben, ob, in welcher Form, mit welchem Partner bzw. an welcher Stelle sie ihre Forschungsergebnisse veröffentlichen wollen. Denn gerade die Wissenschaftspublizistik ist derjenige Raum, in dem die Wissenschaftler öffentlich über ihre Forschungsergebnisse kommunizieren. Diese Kommunikation ist staatsfrei angelegt und darf weder **„verstaatlicht“** werden noch einer staatlich verfassten Selbstverwaltung durch Universitäten zugeführt werden.

Die Wissenschaftsfreiheit wird vom Grundgesetz bewusst schrankenlos gewährt und unterliegt lediglich den allgemeinen verfassungsimmanenten Schranken.⁷ Im vorliegenden Fall ist kein Gesichtspunkt erkennbar, der dafür sprechen könnte, dass der § 44 Abs. 6 LHG-E irgendeine anerkannte verfassungsimmanente Schranke verwirklicht. In der Gesetzesbegründung fehlen jegliche Rechtfertigungsgründe für den geplanten schwerwiegenden Eingriff in die freie Wahl von Veröffentlichungsort und –partner der Hochschulangehörigen. Einer nachvollziehbaren Begründung für die Regelung hätte es auch deshalb in besonderem Maße bedurft, weil kein anderes Bundesland eine vergleichbare Regelung hat.

c) Art. 14 GG: Geistiges Eigentum

Als urheberrechtlich geschützte Sprachwerke fallen die von baden-württembergischen Hochschulangehörigen veröffentlichten Beiträge zu Periodika unter den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG. Das Grundrecht umfasst auch den Schutz geistigen Eigentums.⁸ Indem der § 44 Abs. 6 LHG-E dem wissenschaftlichen Personal baden-württembergischer Hochschulen die Möglichkeit nimmt, Verlagen oder anderen Verwertungspartnern zeitlich unbeschränkte online-Nutzungsrechte an ihren Beiträgen zu übertragen und es stattdessen verpflichtet, diese in ein Open-Access-Repository seiner Hochschule einzustellen, verletzt die Regelung die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG.

Auch dieser Eingriff ist offensichtlich nicht gerechtfertigt. Insbesondere ist der § 44 Abs. 6 LHG-E inhaltlich nicht mit einer der anerkannten Urheberrechtsschranken identisch, die das Urheberrechtsgesetz des Bundes in Umsetzung von Art. 5 der EU-Richtlinie 2001/29/EG vorsieht. Deutliche Abweichungen gibt es im Übrigen auch für die bundesgesetzliche Regelung des Zweitveröffentlichungsrechts wissenschaftlicher Autoren in § 38 Abs. 4 UrhG. Die bundesgesetzliche Vorschrift begründet einerseits ein Recht und keine Pflicht des Urhebers. Andererseits betrifft sie nur Publikationen in Periodika, die im Rahmen öffentlich geförderter außeruniversitärer Forschungstätigkeiten entstanden sind.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 17.02.2000 – 1 BvR 484/99

⁷ BVerfG, Beschl. v. 28.10.2008 – 1 BvR 462/06

⁸ BVerfG, Beschl. v. 07.07.1971 – 1 BvR 765/66

d) Verstoß gegen Grundrechte der Verlage aus Art. 12, 14 GG

Nach dem oben Gesagten basiert bereits die akzeptierte Autorenversion eines Beitrags zu einem Periodikum auf erheblichen Investitionen des Verlags. Ihre entschädigungslose Nutzung stellt einen Eingriff in das Grundrecht der Verleger aus Art. 14 Abs. 1 GG dar. Dem Schutzbereich des Art. 14 GG unterfallen nämlich neben dem Urheberrecht an sich auch die dinglichen Nutzungsrechte.⁹

Ebenso liegt eine Verletzung des Grundrechts des Verlags aus Art. 12 GG vor. Aufgrund der besonderen unmittelbaren Auswirkungen der Wandlung von ausschließlichen zu einfachen Nutzungsrechten hat der § 44 Abs. 6 LHG-E eine berufsregelnde Tendenz und greift in den Schutzbereich der Berufsfreiheit ein.

Die dargelegten Eingriffe in die Grundrechte der Verlage aus Art. 14, 12 GG sind auch nicht durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls als zweckmäßig gerechtfertigt. Insbesondere führt die Zweitveröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge nach dem oben Gesagten nicht zur Förderung nachhaltiger Publikationsstrukturen, von denen die Öffentlichkeit profitieren könnte.

3. Fehlende Gesetzgebungskompetenz

Die für § 44 Abs. 6 LHG-E vorgesehene Regelung betrifft die Regelungsmaterie des Urheberrechts. Gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG handelt es sich dabei um ein Rechtsgebiet, das der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes unterliegt. Mangels besonderer gesetzlicher Ermächtigung fehlt dem Land Baden-Württemberg daher gem. Art. 71 GG die Gesetzgebungskompetenz für diese Regelung.

Insbesondere kann nicht davon die Rede sein, dass es sich beim § 44 Abs. 6 LHG-E um eine rein dienst- oder hochschulrechtliche Regelung handele. Wie oben gezeigt, handelt es sich bei der Verpflichtung der Angehörigen des wissenschaftlichen Personals um eine echte urheberrechtliche Schrankenregelung. Der § 38 Abs. 4 UrhG begründet hingegen nur ein Recht und keine Pflicht des Urhebers. Zudem betrifft die bundesgesetzliche Vorschrift nur Publikationen in Periodika, die im Rahmen öffentlich geförderter außeruniversitärer Forschungstätigkeiten entstanden sind. Der Bundesgesetzgeber hat diese Festlegung des Anwendungsbereichs des Zweitveröffentlichungsrechts **gehend begründet** („*Das vorgeschlagene Zweitverwertungsrecht für die Urheber umfasst wissenschaftliche Beiträge, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden sind. Dies umfasst Forschungstätigkeiten, die im Rahmen der öffentlichen Projektförderung oder an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung durchgeführt werden. Der Anwendungsbereich des Zweitveröffentlichungsrechts ist auf diese Bereiche beschränkt, da hier das staatliche Interesse an einer Verbreitung der Forschungsergebnisse besonders hoch ist. Anders als beispielsweise bei der rein universitären Forschung ist es üblich, dass der Staat bei der staatlichen Förderung Vorgaben hinsichtlich der Ziele und der Verwertung der Forschung macht.*“) **Es kommt dem baden-württembergischen Landesgesetzgeber nicht zu, in § 44 Abs. 6 LHG-E von diesem Anwendungsbereich abzuweichen.** Die kompetenz-

⁹ BVerfG, Beschl. v. 25.10.2002 – 1 BvR 2116/01, NJW 2003, 1655, 1656.

rechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes bezwecken nämlich, dass Urheber bundesweit einheitliche Rechte haben und den gleichen Beschränkungen ihres geistigen Eigentums ausgesetzt sein sollen. Dienst- oder hochschulrechtliche Regelungen, die ein Land im Rahmen der ihm zustehenden Gesetzgebungskompetenz treffen darf, können Urheberrechte von Hochschulangehörigen nicht begründen oder abweichend von bundesgesetzlichen Vorgaben ausgestalten, wie dies beim § 44 Abs. 6 LHG-E der Fall ist.

Frankfurt am Main, 9. Februar 2014

RA Dr. phil. Christian Sprang
Justiziar