

Pflicht zum Open Access? Der Konstanzer Versuch, die Zweit- veröffentlichung zu erzwingen

"ebook" by [teclasorg](#) is licensed under [CC BY 2.0](#).

Felix Magin

St. Gallen, 15.05.2024

Open Access – die kürzeste Zusammenfassung

- Veröffentlichung online
- Frei zugänglich
- Entweder *statt* „klassischer“ Veröffentlichung („goldener Weg“)
- oder einige Zeit *danach* („grüner Weg“ / „Zweitveröffentlichung“)

Zeitachse

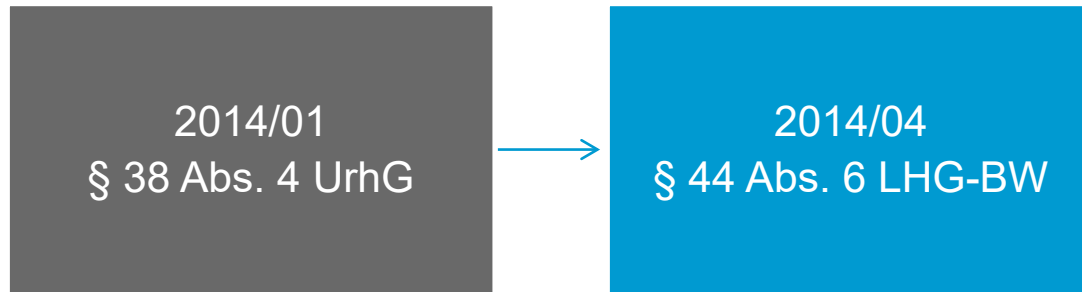
2014/01
§ 38 Abs. 4 UrhG

1.1.2014:

Zweitveröffentlichungsrecht in Deutschland (§ 38 Abs. 4 UrhG)

- Wissenschaftlicher Beitrag
- ≥ 50 % öffentliche Finanzierung
- Zeitschrift
- 12 Monate Embargo
- kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden

Zeitachse

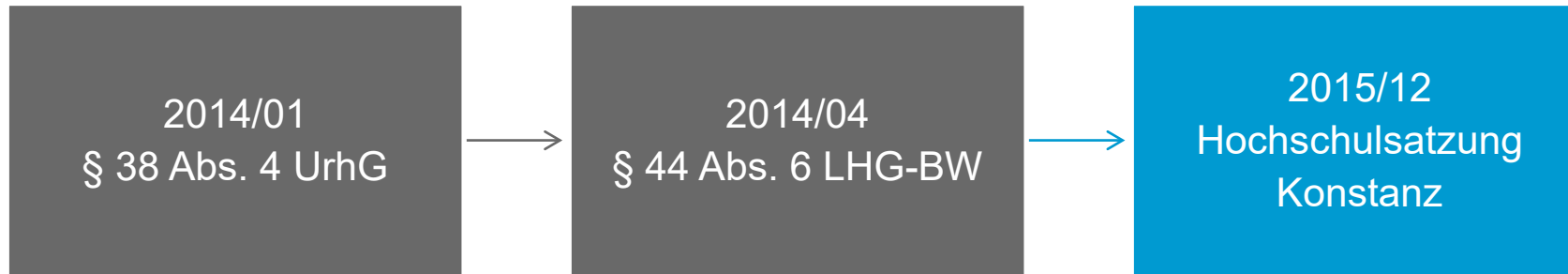


1.4.2014:

Hochschulgesetz Baden-Württemberg (§ 44 Abs. 6 LHG-BW)

- Hochschulen sollen Satzungen erlassen,
- um das wissenschaftliche Personal zu verpflichten,
- das Zweitveröffentlichungsrecht wahrzunehmen

Zeitachse



10.12.2015:

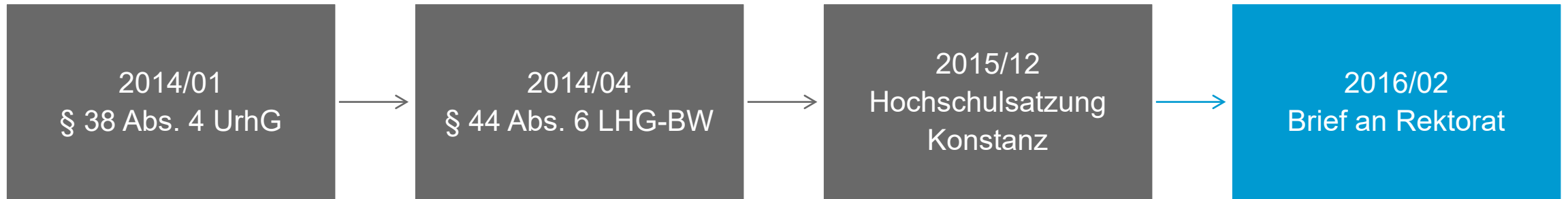
Pflicht zur Zweitveröffentlichung in Konstanz (Satzung)

- Wissenschaftliches Personal der Universität Konstanz
- muss das Zweitveröffentlichungsrecht wahrnehmen

Normenhierarchie



Zeitachse

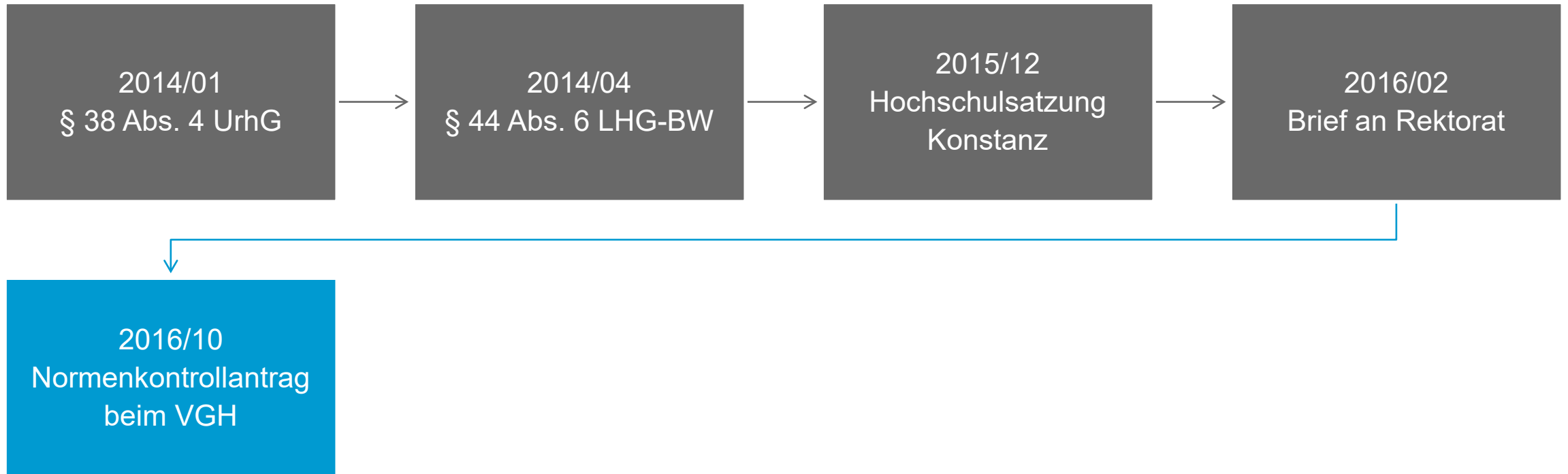


1.2.2016:

Brief des Fachbereichs Rechtswissenschaft Konstanz an den Rektor

- „Keine Kritik an Open Access“
- Kritik am „Zwangsinstrument“
- „Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) verletzt“
- „Recht auf (geistiges) Eigentum (Art. 14 GG) verletzt“
- Gebot soll ignoriert werden (wird es bis heute)

Zeitachse



24.10.2016:

Normenkontrollanträge gegen die Satzung

- Wissenschaftsfreiheit verletzt (Art. 5 Abs. 3 GG)
- Rechtsgrundlage formell verfassungswidrig (Land nicht zuständig)

Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG):

„Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.“

Exkurs: Wissenschaftsfreiheit

- Freiheit, zu forschen
- Freiheit, zu publizieren
- Freiheit, das Publikationsmedium zu wählen
- Freiheit, nicht zu publizieren

Argumente der Antragsteller*innen:

ZwVS stelle verfassungswidrigen Publikationszwang dar:

- Wahl des Publikationsmediums eingeschränkt
- Freiheit, nicht zu publizieren, werde genommen

Argumente der Antragsgegner*innen:

ZwVS greife erst **nach** der Publikation:

- Wahl des Publikationsmediums (bei der Erstveröffentlichung)
frei
- Freiheit, nicht zu publizieren, nach der Erstveröffentlichung
irrelevant

Recht auf (geistiges) Eigentum (Art. 14 GG):

„(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“

Exkurs: Eigentumsgrundrecht

- Schutz des Eigentums
- Auch geistiges Eigentum
- Vermögensrechtliche Aspekte des Urheberrechts

Argumente der Antragsteller*innen:

ZwVS stelle verfassungswidrigen Eingriff in das Eigentum der

Verlage dar:

- Wirtschaftliche Verwertung der Veröffentlichung eingeschränkt

Argument der Antragsgegner*innen:

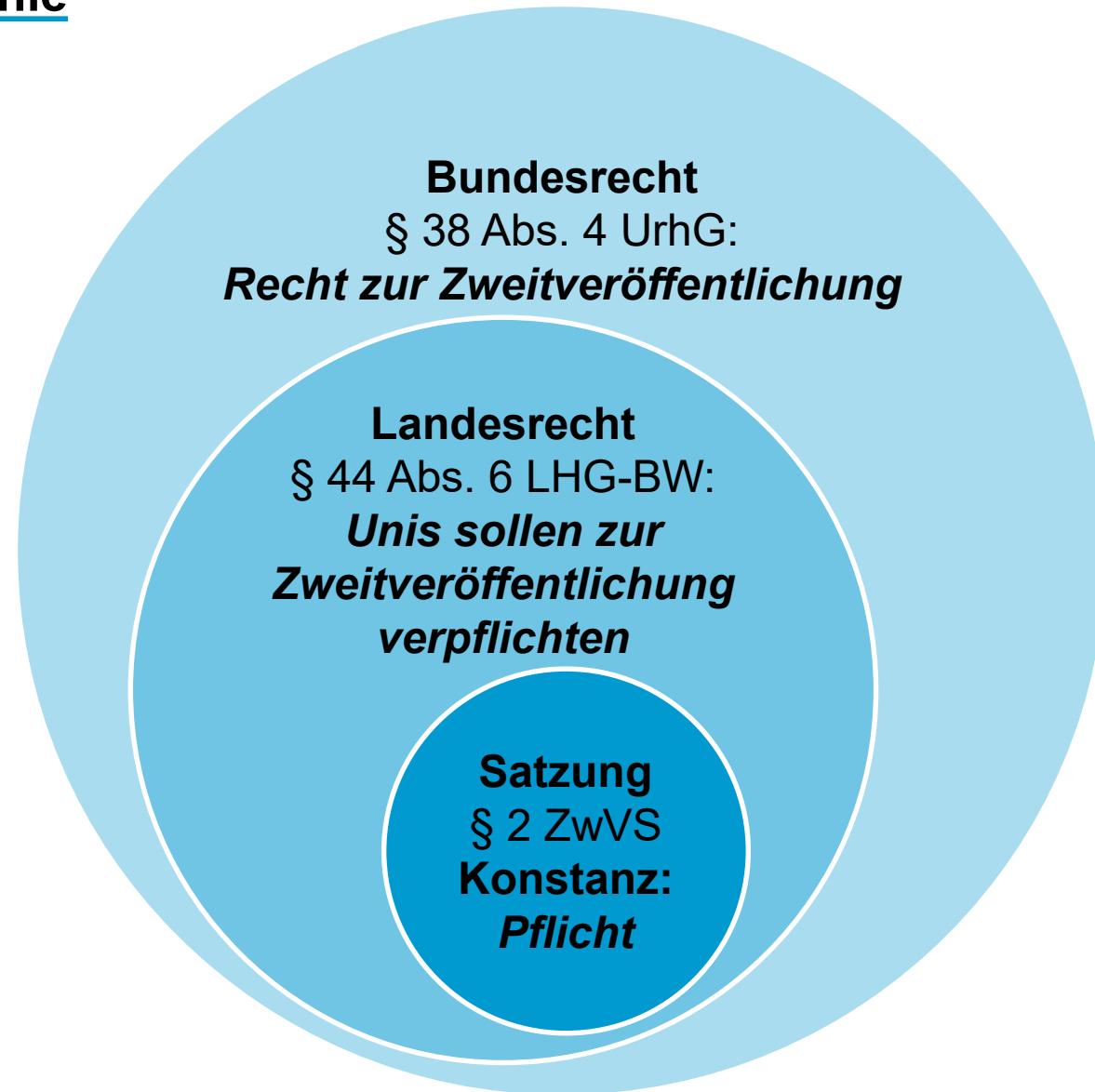
Eingriff in Verlageigentum aufgrund von § 38 Abs. 4 UrhG, nicht aufgrund des LHG-BW

Folgeargument der Antragsteller*innen:

§ 44 Abs. 6 LHG-BW widerspreche zudem § 38 Abs. 4 UrhG:

- Zweitveröffentlichungsrecht eröffne eine Freiheit
- Zweitveröffentlichungspflicht nehme diese Freiheit wieder
- „Bundesrecht bricht Landesrecht.“ (Art. 31 GG)

Erinnerung: Normenhierarchie



Exkurs: Legislativzuständigkeit

- „Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.“ (Art. 70 Abs. 1 GG)
- „Der Bund hat die **ausschließliche Gesetzgebung** über den gewerblichen Rechtsschutz, das **Urheberrecht** und das **Verlagsrecht**.“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG)
- (Hochschulrecht bleibt fast vollständig Ländersache)

Argumente der Antragsteller*innen:

§ 44 Abs. 6 LHG-BW formell verfassungswidrig:

- § 44 Abs. 6 treffe urheber-/verlagsrechtliche Regelung
- Land hat keine Kompetenz für Urheberrecht

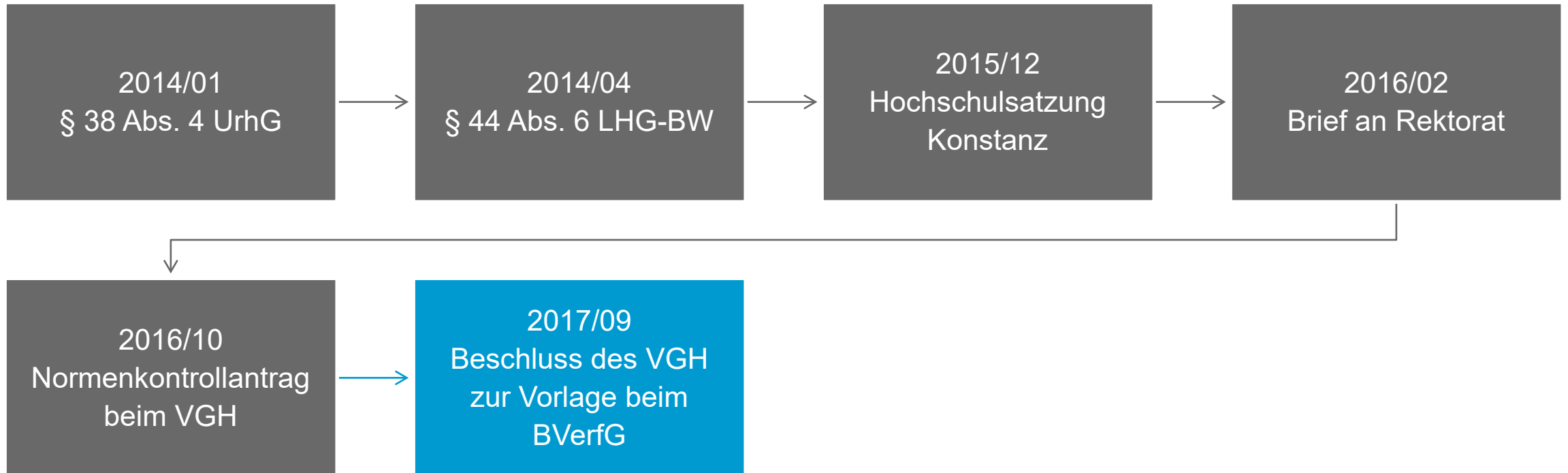
Argumente der Antragsgegner*innen:

- Land hat Kulturhoheit (also auch Hochschulrecht)
- Land finanziert die Forschung; der Umgang damit sei Dienst- und Hochschulrecht
- Urheber- und Verlagsrecht nur mittelbar betroffen

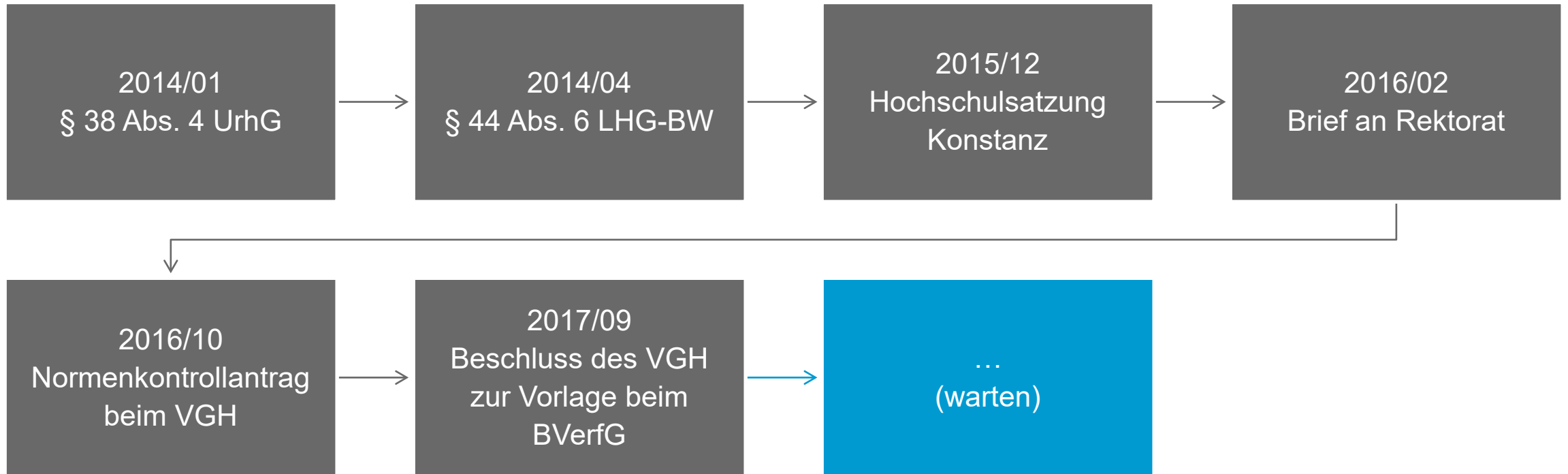
Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs

- „Schwerpunkt der Vorschrift auf dem Gebiet des Urheberrechts“
(Rn. 87)
- § 44 Abs. 6 LHG-BW somit vermutlich verfassungswidrig
- Aussetzung des Verfahrens, Vorlage ans
Bundesverfassungsgericht

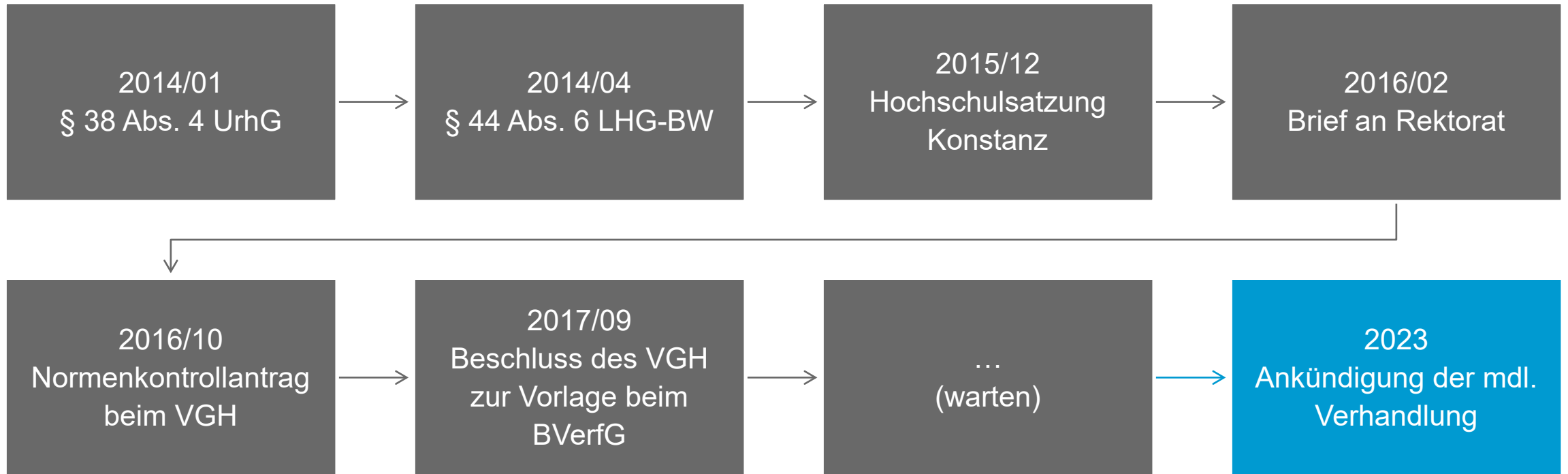
Zeitachse



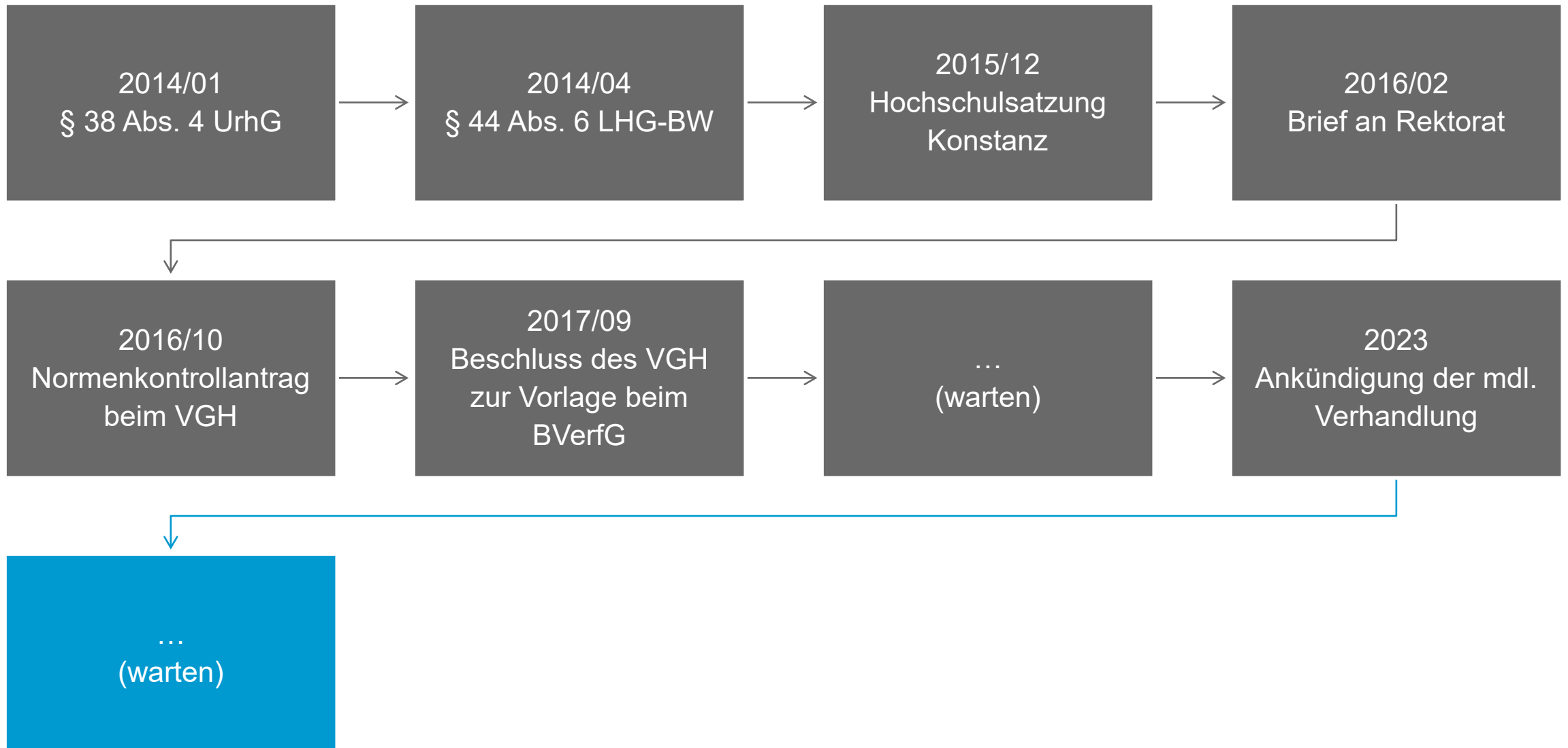
Zeitachse



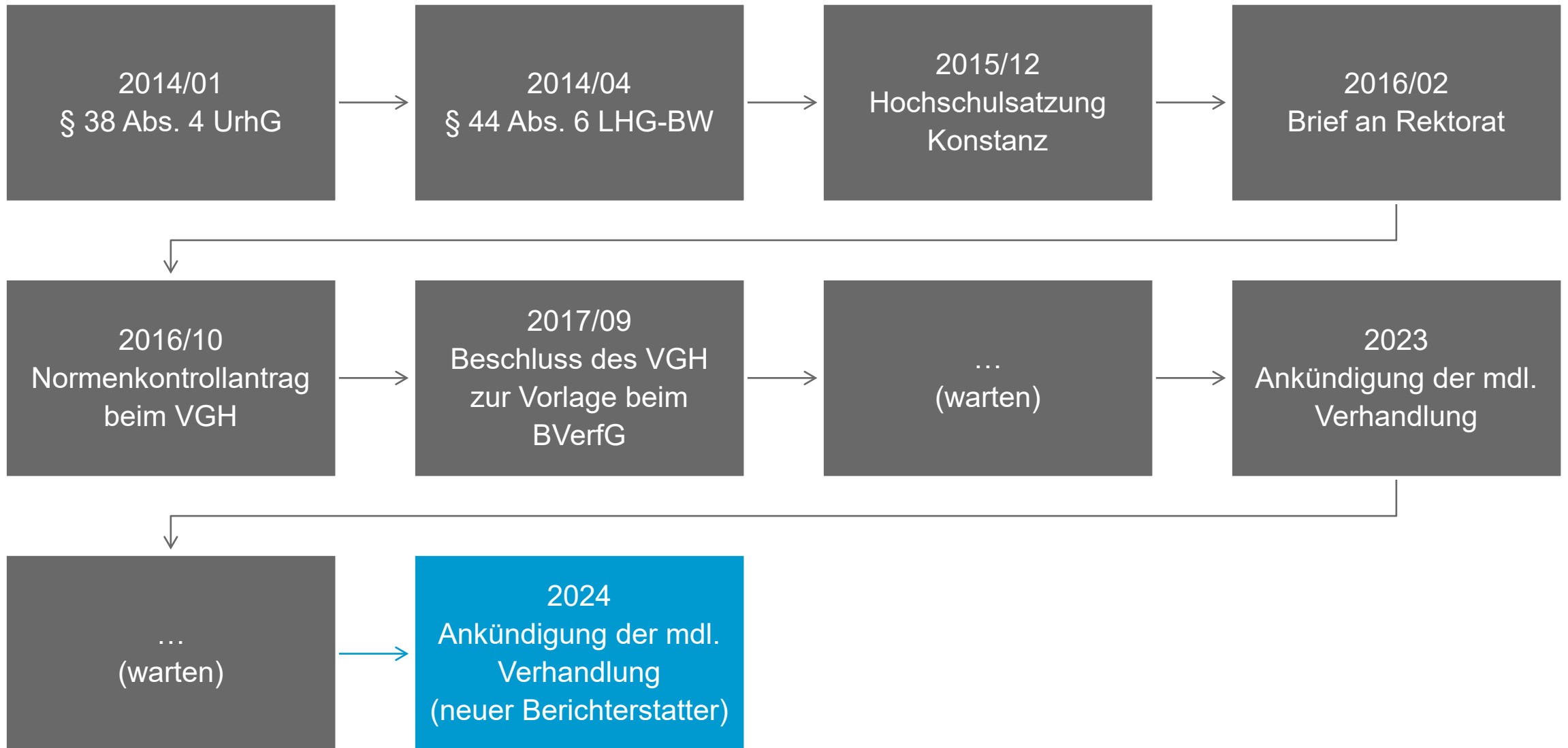
Zeitachse



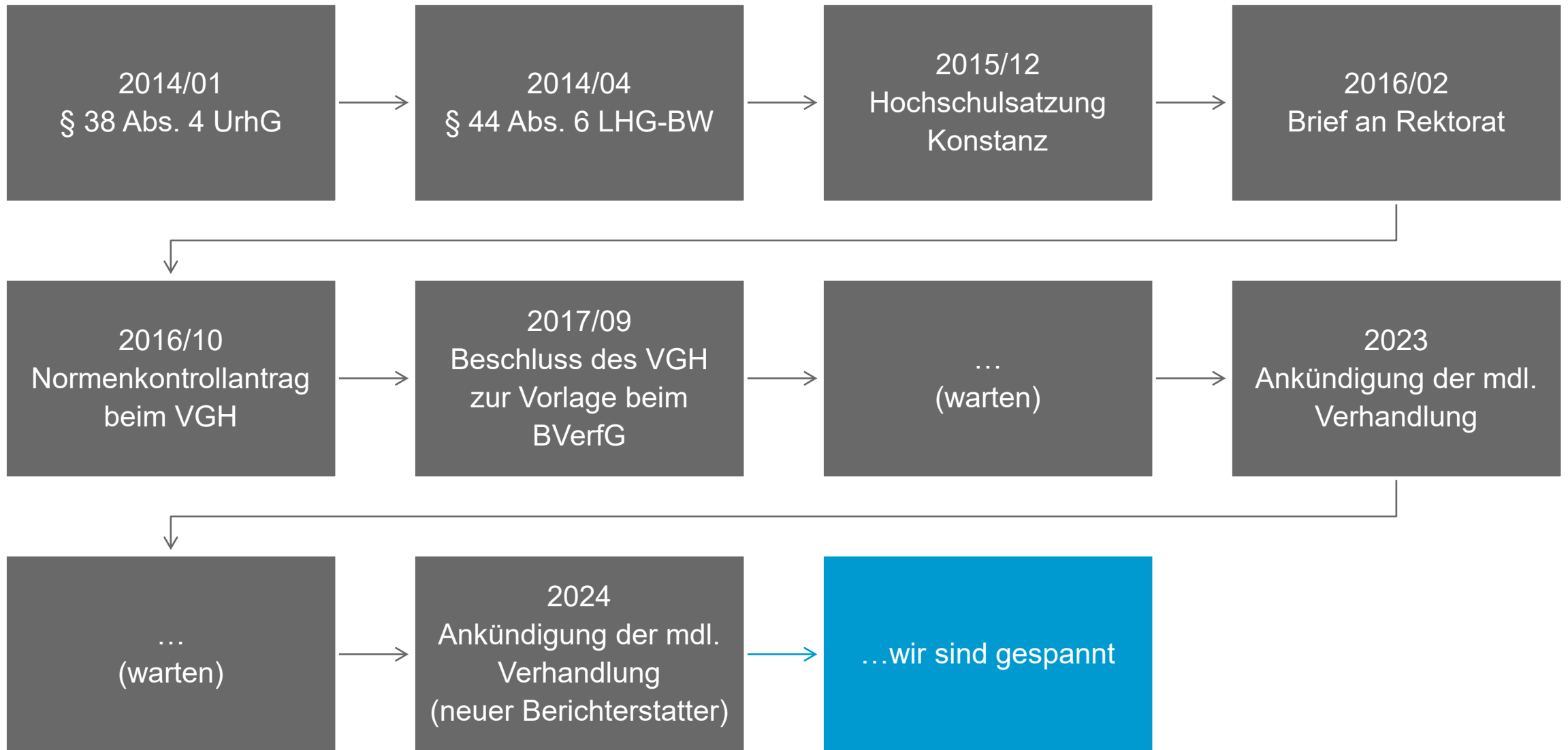
Zeitachse



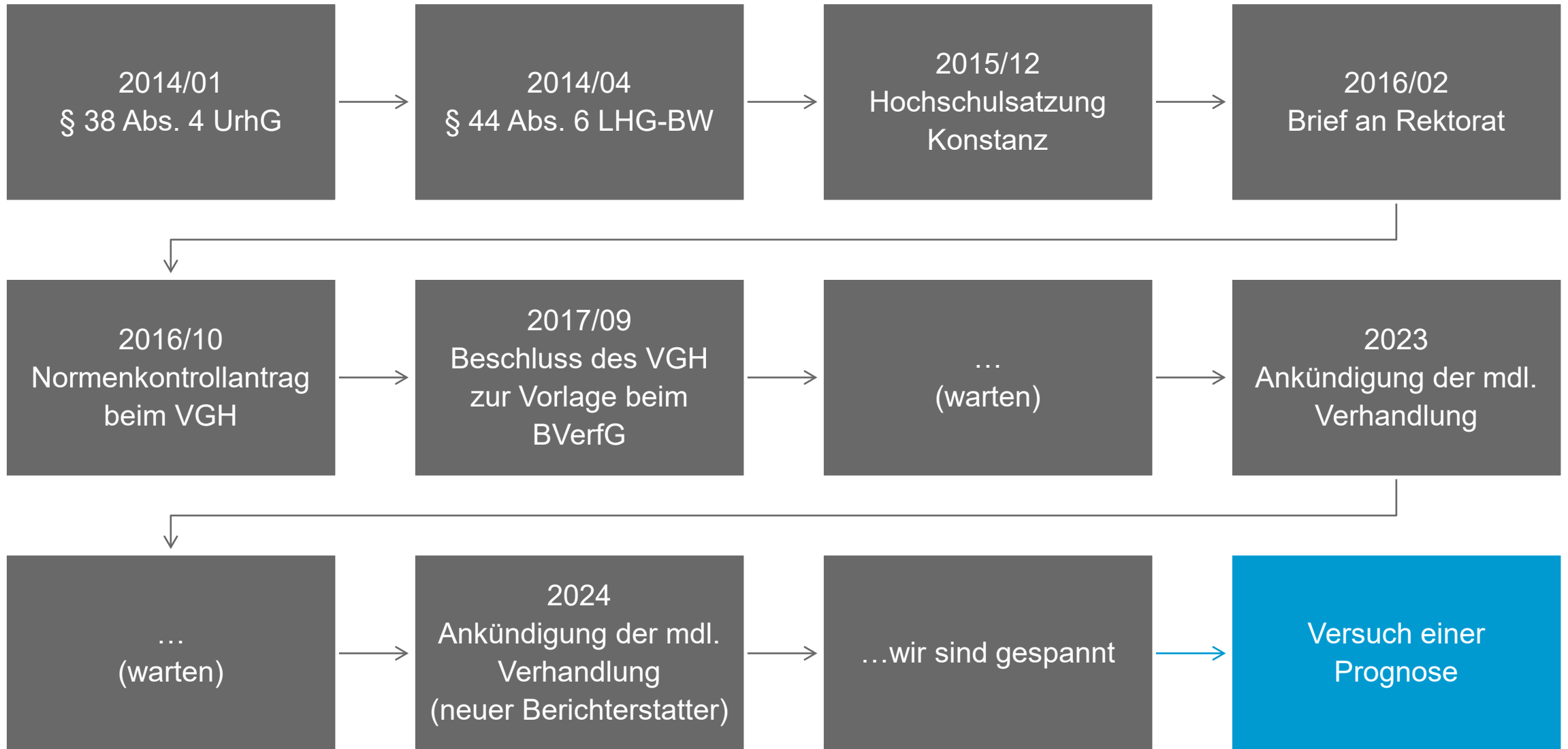
Zeitachse



Zeitachse



Zeitachse



Versuch einer Prognose (private Ansicht)

- BVerfG wird § 44 Abs. 6 LHG-BW für formell verfassungswidrig erklären,
- aber keine Stellung zur materiellen Verfassungsmäßigkeit beziehen

Diskussion

- Was halten Sie von einem (unabdingbaren) Zweitveröffentlichungsrecht?
- Was halten Sie von einer Zweitveröffentlichungspflicht?
- Wäre das nach schweizerischem Recht zulässig?

Quellen:

Bundesverfassungsgericht (2023): „Übersicht für das Jahr 2023“.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresvorausschau/vs_2023/vorausschau_2023.html (abgerufen am 2.5.2024)

Bundesverfassungsgericht (2024): „Übersicht für das Jahr 2024“.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresvorausschau/vs_2024/vorausschau_2024.html (abgerufen am 2.5.2024)

Fischer, Georg (2023): „Zweitveröffentlichungsrecht und Causa Konstanz: Bundesverfassungsgericht vor Entscheidung“. *irights.info*, 17.04.2023,

<https://irights.info/artikel/zweitveroeffentlichungsrecht-bundesverfassungsgericht-konstanz/31878> (abgerufen am 2.5.2024)

Hamann, Hanjo / Graf, Fabienne (2017): „Müssen Wissenschaftler ihre Ergebnisse frei zugänglich machen? VGH Mannheim verhandelt über Open Access“. *Legal Tribune*

Online, 27.9.2017, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vgh-mannheim-normenkontrollantrag-9-s-2056-16-professoren-universitaet-konstanz-open-access-wissenschaft-urheberrecht/> (abgerufen am 2.5.2024)

Hamann, Hanjo (2022): „Die unklare Zukunft der Wissenschaftstransparenz“. *Verfassungsblog*, 22.8.2022, <https://verfassungsblog.de/wissenschaftstransparenz/> (abgerufen am 2.5.2024)

Hartmann, Thomas (2017): „Zwang zum Open Access-Publizieren? Der rechtliche Präzedenzfall ist schon da!“. *LIBREAS (Library Ideas)*, 32 (2017),

<https://doi.org/10.18452/19097>

Haux, Dario / Fischer, Georg (2023): „Kommt das Zweitveröffentlichungsrecht in der Schweiz? – (Nicht nur) rechtliche Überlegungen auf dem Weg zu Open Access –“. *Recht*

und Zugang (RuZ), 4, 116–134. <https://doi.org/10.5771/2699-1284-2023-2-116>

Löwisch, Manfred (2016): „Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung“. *Ordnung der Wissenschaft* 2/2016, 135–136,

https://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2020/03/Ordnung_der_Wissenschaft_2016_02.pdf (abgerufen am 2.5.2024)

Pachali, David (2017): „Verfassungsgericht prüft Open-Access-Pflicht“. *irights.info*, 6.11.2017, <https://irights.info/artikel/verfassungsgericht-prueft-open-access-pflicht/28820> (abgerufen am 2.5.2024)

Universität Konstanz (2015): „Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG : Vom 10. Dezember 2015“. Amtliche

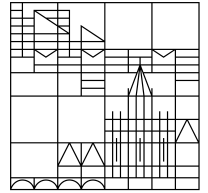
Bekanntmachung der Universität Konstanz Nr. 90/2015, <https://www.uni-konstanz.de/universitaet/leitung-organisation-und-verwaltung/struktur-prozesse-und-rechtliches/satzungen-ordnungen-und-richtlinien/> (abgerufen am 2.5.2024)

Universität Konstanz (2016): „Open Access-Satzung auf juristischem Prüfstand“. Pressemitteilung Nr. 90/2016 vom 21.11.2016, [https://www.uni-](https://www.uni-konstanz.de/universitaet/aktuelles-und-medien/aktuelle-meldungen/aktuelles/open-access-satzung-auf-juristischem-pruefstand/)

[konstanz.de/universitaet/aktuelles-und-medien/aktuelle-meldungen/aktuelles/open-access-satzung-auf-juristischem-pruefstand/](https://www.uni-konstanz.de/universitaet/aktuelles-und-medien/aktuelle-meldungen/aktuelles/open-access-satzung-auf-juristischem-pruefstand/) (abgerufen am 2.5.2024)

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (2017): Beschluss vom 26.9.2017 – Az.: 9 S 2056/16 - ECLI:DE:VGHBW:2017:0926.9S2056.16.00, [https://www.landesrecht-](https://www.landesrecht-bw.de/bsbw/document/NJRE001322540)

[bw.de/bsbw/document/NJRE001322540](https://www.landesrecht-bw.de/bsbw/document/NJRE001322540) (abgerufen am 2.5.2024)



**Vielen
Dank!**

Felix Magin

Subject librarian for law · Communication,
Information, Media Centre

Tel.: +49 (0) 75 31/88 - 4787
felix.magin@uni-konstanz.de