

Bericht der Arbeitsgruppe Urheberrechtsnovelle vom 24. November 2004

zur

Veröffentlichung der von Hochschulbeschäftigten verfassten Werke

- Konsequenzen für Hochschulen und Länder -

Zusammenfassung:

Aus verschiedenen Gründen wurde in den letzten Jahren der Zugang zu wissenschaftlichem Wissen an Hochschulen und Forschungseinrichtungen zunehmend selektiert und quantitativ eingeschränkt. Gleichzeitig wird „Open Access“ im Sinne eines möglichst ungehinderten Zugangs hierzu gefordert. Zur Problemlösung schlägt die Arbeitsgruppe nach eingehender Prüfung der in Frage kommenden Lösungsmöglichkeiten vor, das Urheberrecht im Rahmen des „2. Korbs“ wie folgt zu ändern:

§ 43 Abs. 2 UrhG (neu)

- (1) Den Hochschulen und Forschungseinrichtungen steht an den von ihren Beschäftigten im Rahmen ihrer Lehr- und Forschungstätigkeit entstandenen und zur Veröffentlichung vorgesehenen wissenschaftlichen Werken ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht zu.*
- (2) Die Beschäftigten sind verpflichtet, der Hochschule oder Forschungseinrichtung die Absicht zur Veröffentlichung unverzüglich anzuzeigen und diese in digitaler Form zur Verfügung zu stellen.*

Mit dieser Ergänzung des § 43 UrhG wird es den Hochschulen und Forschungseinrichtungen ermöglicht, die im Rahmen ihrer Lehr- und Forschungstätigkeit entstandenen und zur Veröffentlichung vorgesehenen wissenschaftlichen Publikationen der dort Beschäftigten im Wege der Zweitveröffentlichung, etwa zur Einstellung in den eigenen Hochschulserver, nicht kommerziell zu nutzen¹. Gleichzeitig sind sie über sämtliche Publikationen der bei ihnen Beschäftigten auf eine für die leistungsorientierte Mittelvergabe relevanten Art und Weise informiert.

I. Ausgangslage

¹Pflüger/Ertmann ZUM 2004, 436

Die Versorgung von Hochschulen und Forschungseinrichtungen mit wissenschaftlichen Zeitschriften, insbesondere in den STM²-Fächern, ist in den vergangenen Jahren zunehmend in eine Schieflage geraten. Die im Rahmen ihrer Lehr- und Forschungstätigkeit an Hochschulen und Forschungseinrichtungen entstehenden wissenschaftlichen Werke der dort Beschäftigten werden weitgehend von der öffentlichen Hand finanziert (Personalkosten, Sachausstattung, Infrastruktur). Auch der Bezug von einschlägigen Publikationen (Zeitschriften, Monographien) geht im Rahmen der Budgets auf Kosten des Staates.

Hintergrund für diesen Tatbestand ist, dass jedenfalls bei dem weisungsunabhängig tätigen wissenschaftlichen Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen, die Nutzungsrechte an den im Rahmen ihrer Dienstaufgaben in Forschung und Lehre entstandenen Werken den Hochschulen bzw. anderen wissenschaftlichen Einrichtungen als deren Arbeitgeber mangels einschlägiger gesetzlicher, tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Regelung in der Regel nicht zustehen³. Die nach Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Freiheit in Forschung und Lehre führt dazu, dass insbesondere Professoren in freier, eigenverantwortlicher Stellung forschen können. Die Erarbeitung von Forschungsergebnissen und Unterrichtsmaterialien gehört nicht zu den weisungsgebundenen Dienstaufgaben (sog. zweckfreie Forschung). Entsprechend sollen - so die allgemeine Ansicht - die Urhebernutzungsrechte allein bei ihnen verbleiben. Bei der Entscheidung über Veröffentlichungen könnten dagegen durchaus Verpflichtungen gegenüber der Hochschule bzw. Forschungseinrichtung entstehen. Dies hat der BGH in seiner viel zitierten Entscheidung zu Grabungsmaterialien aus dem Jahr 1990 bei einer Projektförderung durch die DFG bestätigt und bezogen auf Forschungsunterlagen und -gegenstände eine Anbieterspflicht des Wissenschaftlers gegenüber der Universität nach § 986 Abs. 1 BGB, insbesondere aber auch nach den Bestimmungen des Urheberrechts angenommen⁴.

²Science, Technologie und Medicine

³ Nach verbreiteter Ansicht steht dagegen beim weisungsabhängig tätigen wissenschaftlichen Personal die Nutzungsbefugnis der Hochschule oder ihrem Träger zu (Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Auflage, § 43 Rn. 2 mwN).

⁴BGH I ZR 244/88 vom 27.9.1990 (BGHZ 112, 243, 257 f)

Vor diesem Hintergrund ergibt sich für Hochschulen und Forschungseinrichtungen folgende Situation:

- Der Staat alimentiert als Arbeitgeber die beamteten und angestellten Professoren unter Einschluss weit reichender Zusatzleistungen wie etwa Forschungsfreisemester und die Zulassung von Nebentätigkeiten. Ferner trägt er die Kosten des weiteren Personals (Assistenten, Sekretariat, Labor-Personal) und unterhält die notwendige Infrastruktur.
- Staat und Hochschulen haben ein Interesse daran, dass möglichst gute Veröffentlichungen als Ausdruck qualitativ hochwertiger Forschung entstehen. An den Werken der Professoren und weiteren wissenschaftlichen Mitarbeiter, die im Dienst entstanden sind, erwirbt die Arbeitgeberseite *de lege lata* keine urheberrechtlichen Nutzungsrechte.
- Die Professoren veröffentlichen wissenschaftliche Artikel in Zeitschriften, erhalten dafür teilweise auch Honorare. Die Hochschule erwirbt die entsprechenden Zeitschriften.
- Der Staat zahlt dafür, dass die Werke in den Bibliotheken genutzt werden, Lizenzgebühren an die Urheberrechtsgesellschaft(en).

II. Folgen

Die Kosten für die Zeitschriften sind in den letzten Jahren enorm angestiegen, so etwa bei der Universität Regensburg in der Zeit von 1995 bis 2003 von 1,25 Mio. € auf 2,35 Mio. €, obwohl in dieser Zeit der Betrag entsprechend dem Verbraucherpreis-Index lediglich von 1,25 Mio. € auf 1,40 Mio. € hätte klettern dürfen.

Einzelne Zeitschriftenverlage haben die Preise im STM-Bereich exorbitant erhöht. Der Verlag Elsevier z. B. hat in der Zeit von 1993 bis 2003 die Preise einzelner seiner Zeitschriften in diesem Bereich vervier- und verfünffacht. Elsevier Science & Medical hat 2003 bei einem Umsatz von zwei Milliarden Euro einen Gewinn von 677 Mio. Euro (34%)

erzielt. Der Springer-Verlag hat bereits angekündigt, seine Umsatzrendite von 15% auf mehr als 20% steigern zu wollen⁵.

Die Universität Konstanz⁶ hat ihre 10 teuersten Zeitschriften mit den jeweiligen Preissteigerungsraten ermittelt. Sie weisen für die Zeit von 1998 bis 2004 Preissteigerungsraten zwischen 56,8 % und 62,4% auf. Dies hat zum Beispiel bei der Universität Basel bereits dazu geführt, dass sie ihr Zeitschriftenpaket bei Elsevier gekündigt hat⁷. Den von den internationalen Marktführern (Elsevier, Wiley, Kluwer/Springer und Blackwell) verlegten ca. 3.000 wissenschaftlichen Zeitschriften stehen ca. 150 wissenschaftliche Zeitschriften großer deutscher Wissenschaftsverlage (Mohr/Siebeck, De Gruyter, Urban und Heymann) gegenüber. Dies entspricht in etwa einem Verhältnis von 95 % zu 5 %. Da die Wissenschaft in den Fächern der Schlüsseltechnologien international ausgerichtet ist, spielen die deutschen Verlage in diesem Marktsegment eine nur noch randständige Rolle.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Wertschöpfung weitgehend auf Basis öffentlicher Mitteln erfolgt⁸ während andererseits die weit überdurchschnittlichen Gewinne privat und vor allem im Ausland abgeschöpft werden. Ohne Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen ist bereits jetzt absehbar, dass auch an den Hochschulen in Deutschland in bisher nicht bekanntem Ausmaß Abbestellungen umfangreicher Zeitschriftenportfolios stattfinden werden, mit allen sich für Studium und Lehre, die Nachwuchsförderung sowie die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Wissenschaftsstandorts Deutschland ergebenden nachteiligen Folgen.

Auch vor diesem Hintergrund haben die großen Wissenschaftsorganisationen in der Bundesrepublik Deutschland - zusammen mit weiteren nationalen und internationalen Unterzeichnern - das Thema unter dem Aspekt des „Open Access“ aufgegriffen und in den

⁵FAZ vom 2. 7. 2004, S. 17;

⁶<http://www.ub.uni-konstanz.de/openaccess/zeitschriftenkrise.htm>; http://www.ub.uni-konstanz.de/openaccess/10_teuersten_zs.htm.

⁷<http://www.ub.unibas.ch/whatsnew/ubn00153.htm>;

⁸ HRK-Empfehlungen „Zur Neuausrichtung des Informations- und Publikationssystems der deutschen Hochschulen“ vom 5. November 2002

Mittelpunkt ihrer gemeinsamen Erklärung vom 22. Oktober 2003, der „Berliner Erklärung über offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“, gestellt. Dabei sollten Mittel und Wege gefunden werden, um für die „Open Access“-Beiträge und Online-Zeitschriften die wissenschaftliche Qualität zu sichern. Die Wissenschaftsorganisationen streben dabei nach Lösungen, die die Weiterentwicklung der gegenwärtigen rechtlichen und finanziellen Rahmenbedingungen unterstützen, um so den bestmöglichen Gebrauch des Wissens zu erleichtern. Diese Position wurde in der „Göttinger Erklärung“ vom 5. Juli 2004 bekräftigt und konkret gefordert, die Möglichkeiten für elektronische Archive zu verbessern sowie zuzulassen, dass öffentlich geförderte wissenschaftliche Einrichtungen digitale Dokumente für den internen Gebrauch elektronisch archivieren dürfen⁹. Die verbreitete Praxis der Wissenschaftsverlage und die Bereitschaft der Wissenschaftler, die exklusive Rechteübertragung einzufordern und einzuräumen, sind mit „Open Access“ nicht zu vereinbaren.

⁹ www.urheberrechtsbuendnis.de/index.html

III. Aufgaben der Hochschulen/Schutzpflicht des Staates

Die oben beschriebenen Sachlage zeigt, dass ein Zentralbereich der Infrastruktur an Hochschulen und Forschungseinrichtungen zunehmend gefährdet ist. Damit ist jedoch die Verpflichtung des Staates den Hochschulen gegenüber, die insoweit ebenfalls Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG sind, berührt, durch geeignete organisatorische Maßnahmen dafür zu sorgen, dass das Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung soweit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist¹⁰. Verletzungen dieser Förderungs- und Ausgestaltungspflicht können von den Trägern des Grundrechts trotz der objektiven Grundlage eingeklagt werden¹¹. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass den Hochschulen nach § 2 Abs. 7 HRG sowie den einschlägigen Regelungen in den Hochschulgesetzen der Länder neben anderen die Aufgabe des Wissenstransfers übertragen ist. Hierzu zählt auch, dass die an den Hochschulen mit erheblichem Einsatz von Steuergeldern generierten wissenschaftlichen Erkenntnisse einer breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden.

Es handelt sich somit um ein erstrangiges und drängendes hochschul- und wissenschaftspolitisches Problem, das die Frage stellt, ob ein gesetzgeberisches Unterlassen mit der Förderungs- und Ausgestaltungspflicht des Staates den institutionellen Trägern des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG gegenüber vertreten werden kann. Wenn es staatliche Aufgabe ist, im Rahmen der finanziellen Möglichkeiten für eine angemessene Ausgestaltung der Ausübung dieser Freiheit Sorge zu tragen, gehört dazu auch, dass als zentraler Teil der Infrastruktur einer Hochschule oder Forschungseinrichtung der Bibliotheksbereich umfassend ausgestattet und einen möglichst unbeschränkten Zugriff auf Bücher und Zeitschriften erlaubt.

Aus dieser Darstellung lassen sich folgende Schlussfolgerungen ableiten:

- Für Lehre und Forschung wie für das Studium hat die Entwicklung der Preise für Zeitschriften-Abonnements einerseits und die der öffentlichen Finanzmittel

¹⁰BVerfG in ständiger Rechtsprechung (E 35, 79/115; 85 360/384)

¹¹BVerfGE 35, 79/116.

andererseits zu einem erheblichen Angebotsverlust bei den Universitätsbibliotheken geführt.

- Die deutliche Reduzierung beim Erwerb von Lehrbüchern und Monografien dürfte bisher vorwiegend zu Lasten der Geisteswissenschaften gehen.
- Die Kürzung der Anzahl der Zeitschriftenabonnements entwickelt sich im Wesentlichen zu Lasten der STM-Fächer.
- Es besteht die Gefahr, dass in einer auf die nächsten Jahre hochgerechneten Entwicklung der deutsche Wissenschaftsstandort international an Wettbewerbsfähigkeit einbüßt. Bekanntlich sind die Bibliotheksausstattungen eines von 4 - 5 Kriterien, die für die Rankings der Hochschulen national wie international herangezogen werden. Dies macht es im Übrigen erforderlich, dass die Hochschulen und Forschungseinrichtungen einen verlässliche Überblick über die Publikationen der bei ihnen Beschäftigten haben müssen.

IV. Lösungsmöglichkeiten

Die Arbeitsgruppe sieht es nicht als ihre Aufgabe an, Vorschläge außerhalb der normativen Ebene zu erarbeiten. Dennoch ist zu bemerken, dass weder die Erhöhung der Etats noch das Auflegen einschlägiger Förderprogramme - so wünschenswert und sinnvoll dies im Einzelnen auch sein mag - an der grundsätzlichen Problematik etwas ändern. Mit der - bei der derzeitigen Haushaltslage von Bund und Ländern nur theoretisch denkbaren - Erhöhung der Beschaffungsetats würde eine weitere Erhöhung der Preise für Zeitschriftenabonnements einhergehen. Die Erfahrung aus anderen Bereichen zeigt, dass einschlägigen Förderprogrammen ohne belastbare rechtliche Rahmenbedingungen meist die Nachhaltigkeit fehlt.

Für eine gesetzliche Regelung zur Verbesserung der Position der Hochschulen und Forschungseinrichtungen hinsichtlich der wissenschaftlichen Publikationen des dort beschäftigten Personals kommen grundsätzlich das Dienst-, Urheber- oder Verlagsrecht in Betracht. Als Lösungswege sind die Option auf ein Erstverwertungsrecht, ein nicht

exklusives Zweitveröffentlichungsrecht der Hochschulen sowie eine Karenzregelung („Freigabe“ der Publikationen nach Ablauf einer bestimmten Frist) denkbar¹². Letztere ist nach Auffassung der AG keine sinnvolle Lösung des Problems, da sie nicht mit der Notwendigkeit einer schnellen Verfügbarkeit der Veröffentlichung in Einklang gebracht werden kann.

Die Arbeitsgruppe hat sich bei der Prüfung der Alternativen entsprechend ihrem Auftrag insbesondere mit dem Urheberrecht befasst.

1. Urheberrecht

Im Rahmen des Gesetzes über Urheber und verwandte Schutzrechte gibt es gesetzessystematisch zwei Ansätze einer gesetzlichen Regelung:

- a) *Ergänzung des § 43 UrhG* im Unterabschnitt 2 (Nutzungsrechte) des 5. Abschnitts (Rechtsverkehr im Urheberrecht) des 1. Teils des UrhG

§ 43 UrhG beschäftigt sich - wenngleich kursorisch und unter pauschalem Verweis auf die §§ 31 bis 42 - mit dem Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen. Entsprechend den hochschulspezifischen Vorschriften des § 42 des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen in der Fassung vom 6. Februar 2002 bietet es sich an, § 43 UrhG durch Einfügung eines neuen Absatzes 2 Regelungen bezüglich der Urheber zu treffen, die in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis zu Hochschulen oder Forschungseinrichtungen stehen. Damit würde auch deutlich gemacht, dass es sich nicht um eine „Schrankenregelung“ im Sinne des Abschnitts 6 des UrhG handelt, da es vorliegend nicht darum geht, bestehendes Urheberrecht in spezifischer Hinsicht und in Sonderfällen einzuschränken, sondern darum, die Reichweite des Urheberrechts im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses mit Hochschulen und Forschungseinrichtungen gesetzlich festzulegen.

¹²

Mit diesen Fragen hat sich auf Initiative der KMK das BMJ am 20.10.2004 im Rahmen einer 12. Arbeitsgruppe zum „2. Korb“ befasst. Auf das Protokoll des BMJ vom 18.11.2004 (III B 3 - 3600/19 III - 2 - 34 518/2004 wird verwiesen.

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben des individuellen und institutionellen Rechts aus Art. 5 Abs. 3 GG ist es möglich, sowohl eine auch exklusiv ausübbare Zugriffsoption der Hochschulen und Forschungseinrichtungen auf wissenschaftliche Publikationen der bei ihnen Beschäftigten (*Option zur Erstveröffentlichung*) wie auch ein nicht exklusives gesetzliches Nutzungsrecht (*Zweitveröffentlichung*) zu normieren. § 12 Abs. 1 UrhG steht dem nicht entgegen, wie die Praxis in einem anderen, durch Art. 5 GG geschützten Bereich zeigt. Im Bereich des Journalismus - also bei Rundfunk und Verlagen - ist die Ausformung des § 43 UrhG durch Tarifverträge und einzelvertragliche Absprachen die Regel. Die Urhebernutzungsrechte an den Werken dieser Arbeitnehmer werden in einem weit reichenden Umfang dem jeweiligen Arbeitgeber eingeräumt; und zwar auch bei Chefredakteuren.

- b) *Einfügung einer „Schrankenregelung“* in den 6. Abschnitt des UrhG (Schranken des Urheberrechts)

Wie bereits oben (a)) dargelegt, besteht der Lösungsansatz nicht darin, einem konkreten Urheberrecht „Schranken“ zu setzen, sondern darin, die Reichweite des Urheberrechts im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses in der Wissenschaft gesetzlich festzulegen. Einem als „Schrankenregelung“ gefassten Lösungsansatz stünde im Übrigen Art. 5 Abs.5 der EU-Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft entgegen. In diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit einer Anpassung dieser Richtlinie zu verweisen, würde auf eine unbestimmte Vertagung des Problems hinauslaufen.

Die AG hält daher eine normative Regelung im Abschnitt 6 des 1. Teils des UrhG weder sachlich vertretbar noch Erfolg versprechend.

2. Verlagsrecht

Im Verlagsgesetz könnte den Verlegern die gesetzliche Verpflichtung auferlegt werden, den Hochschulen und Forschungseinrichtungen ein nicht exklusives Recht an wissenschaftlichen Publikationen der dort Beschäftigten einzuräumen. Die Reichweite einer solchen gesetzlichen „Zwangslizenz“ wäre jedoch auf deutsche Verlage beschränkt, die in den prioritären Problembereichen der STM-Fächer allenfalls noch eine randständige Rolle bei der Distribution wissenschaftlicher Ergebnisse aus Deutschland spielen.

Da die Regelung somit im Ergebnis ins Leere ginge, ist die AG der Auffassung, dass diese Erwägung als für die Problemlösung keineswegs zielführend nicht weiter verfolgt werden sollte.

3. Dienstrecht

Im Bereich des öffentlichen Dienstrechts ist einerseits zwischen vertraglichen und gesetzlichen Regelungen und andererseits zwischen dem Beamten- und Tarifbereich zu unterscheiden.

Individualrechtliche Regelungen mit entsprechendem Inhalt sind zwar grundsätzlich im Rahmen von Berufungsvereinbarungen zwischen Professoren und Land/ Hochschulen denkbar (§§ 31 Abs. 1, 40 UrhG). Mit Blick auf die gängige Praxis der Wissenschaftler, ihre Rechte exklusiv an Verlage zu übertragen, ist es ohne bundesweit einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen unwahrscheinlich, dass Professoren in nennenswerter Zahl überhaupt bereit sind, sich zur Übertragung ihrer Nutzungsrechte an urheberrechtlich geschützten Werke im Rahmen von Berufungsvereinbarungen zu verpflichten. Soweit nicht tarifvertraglich eine vergleichbare Regelung zum Gegenstand des BAT gemacht würde, würde entsprechendes auch für den Tarifbereich gelten.

Zwar ist es grundsätzlich denkbar, eine gesetzliche Regelung ins HRG oder BRRG aufzunehmen. Dagegen spricht allerdings nach Auffassung der AG, dass dieser Weg bei der Novellierung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen (Abschaffung des Hochschullehrerprivilegs) u.a. auch wegen der Notwendigkeit einer bundeseinheitlichen Regelung nicht gegangen worden ist. Hinzu kommt, dass nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2004¹³ die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für eine solche Detailregelung im Rahmenrecht nicht mehr gegeben ist.

Die AG ist daher der Auffassung, dass eine dienstrechtliche Lösung des Problems nicht zielführend ist.

V. Vorschlag der AG Urheberrechtsnovellierung

¹³ 2 BvF 2/02 zum 5. HRGÄndG vom 16. Februar 2002 („Juniorprofessur“)

Aufgrund einer Bewertung des für und wider sowie einer entsprechenden Priorisierung der normativen Handlungsmöglichkeiten, wie sie oben unter IV. dargestellt sind, ist die AG der Auffassung, dass § 43 UrhG sedes materiae für die angestrebte Verbesserung der Situation der Hochschulen und Forschungseinrichtungen hinsichtlich der Veröffentlichungen der bei ihnen Beschäftigten ist.

Die AG ist daher der Auffassung¹⁴, dass § 43 des Urhebergesetzes um folgenden Absatz 2 ergänzt werden sollte:

§ 43 Abs. 2 UrhG (neu)

- (1) Den Hochschulen und Forschungseinrichtungen steht an den von ihren Beschäftigten im Rahmen ihrer Lehr- und Forschungstätigkeit entstandenen und zur Veröffentlichung vorgesehenen wissenschaftlichen Werken ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht zu.*
- (2) Die Beschäftigten sind verpflichtet, der Hochschule oder Forschungseinrichtung die Absicht zur Veröffentlichung unverzüglich anzuzeigen und diese in digitaler Form zur Verfügung zu stellen.*

Dieser Vorschlag entspricht der Stellungnahme der KMK zum Referentenentwurf des BMJ zu einem Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, die dem BMJ mit Schreiben vom 11.11.2004 übermittelt und die in der 180. AK vom 18.11.2004 zustimmend zur Kenntnis genommen worden ist.

Mit dieser Ergänzung des § 43 UrhG wird es den Hochschulen und Forschungseinrichtungen ermöglicht, die im Rahmen ihrer Lehr- und Forschungstätigkeit entstandenen und zur Veröffentlichung vorgesehenen wissenschaftlichen Publikationen der dort Beschäftigten im Wege der Zweitveröffentlichung, etwa zur Einstellung in den eigenen

¹⁴

Die Vertreterin Nordrhein-Westfalens erklärt zu Protokoll:

Die von dem Vertreter Bayerns in der Arbeitsgruppe vorgebrachten rechtlichen Bedenken werden von der nordrhein-westfälischen Vertreterin geteilt und unterstützt. Sie weist ferner darauf hin, dass der Vorschlag keine rechtliche Grundlage für ein „Open Access“ - Publikationsmodell im Wissenschaftsbereich - wie es beispielsweise von den großen Forschungsgesellschaften in der sog. Berliner Erklärung gefordert wird - darstellt. „Open Access“ setzt rechtlich voraus, dass Rechte jedermann eingeräumt und übertragen werden können. Dies wird mit der intendierten Regelung des § 43 II nicht erreicht.

Hochschulserver, nicht kommerziell zu nutzen¹⁵. Gleichzeitig sind sie über sämtliche Publikationen der bei ihnen Beschäftigten auf eine für die leistungsorientierte Mittelvergabe relevanten Art und Weise informiert.

Dieser Vorschlag ist mit dem Grundgesetz konform, da mit der Formulierung „zur Veröffentlichung vorgesehen“ dem negativen Publikationsrecht des wissenschaftlichen Autors Rechnung getragen wird. Er ist inhaltlich geboten, da eine Schutzpflicht des Staates besteht, die zentralen Funktionen der Infrastruktur an den Hochschulen und öffentlichen Forschungseinrichtungen zu gewährleisten. Bezüglich des Abwehrrechts der subjektiven Rechtsträger von Art. 5 Abs. 3 GG ist festzustellen, dass dieses nicht tangiert ist, da dem Autor weiter das Erstveröffentlichungsrecht zusteht.

Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, der Schutzbereich des Artikels 5 Abs. 3 GG sei eröffnet, ist die Neuregelung gleichwohl unter dem Gesichtspunkt kollidierenden Verfassungsrechts gerechtfertigt. Vergleichbar zu der Regelung in § 42 des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen kommt als zu berücksichtigendes Rechtsgut mit Verfassungsrang hier namentlich das Grundrecht der Hochschule selbst aus Artikel 5 Abs. 3 GG in Betracht. In diesem Sinne hat sich seinerzeit der Unterausschuss Recht des Bundesrates (Niederschrift vom 4. September 2001, S. 71 f.) zu BR-Drucks. 583/01 geäußert.

Ferner können als hier relevante Gemeinwohlgesichtspunkte von Verfassungsrang noch die Dienstpflichten der beamteten Hochschullehrer und allgemein die Funktionsfähigkeit der Hochschulen herangezogen werden (vgl. hierzu auch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. März 2004, 1 BvL 7/04, www.bverfg.de, Rn. 17, zu § 42 des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen vom 6. Februar 2002). Mit der vorgeschlagenen Ergänzung des § 43 UrhG wird die Funktionsfähigkeit der hochschuleitigen Infrastruktur gesichert, ohne dass die Urheber aus Hochschulen und Forschungseinrichtungen in ihren Möglichkeiten zur Erstveröffentlichung beschränkt würden. Entsprechend könnte auch im Rahmen der Artikel 12 Abs. 1 (Berufsfreiheit) und 14 Abs. 1 GG (Eigentumsfreiheit) argumentiert werden.

¹⁵Pflüger/Ertmann ZUM 2004, 436

Mit der vorgeschlagenen Ergänzung des § 43 UrhG könnten im Übrigen auch die für die Hochschulen und Forschungseinrichtungen in besonderem Maße nachteiligen Folgen aus § 53 a des Referentenentwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27.09.2004 etwas abgeschwächt werden. Danach ist vorgesehen, den Kopierendirektversand durch Bibliotheken dann nicht mehr zuzulassen, wenn die Verlage selbst entsprechende Angebote der Öffentlichkeit anbieten (pay per view).

Allerdings stellt die vorgeschlagene Ergänzung des § 43 UrhG für die langfristige Option der Hochschulen, eigene Hochschulverlage zu gründen, keine hinreichende gesetzliche Grundlage dar. Diese könnte allerdings ebenfalls in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise über ein zeitlich befristetes und optional ausgestaltetes auch exklusive ausübbares Zugriffsrecht der Hochschulen und Forschungseinrichtungen auf wissenschaftliche Publikationen des bei ihnen beschäftigten Personals geschaffen werden. Bezüglich des Abwehrrechts der subjektiven Rechtsträger von Art. 5 Abs. 3 GG ist festzustellen, dass die vorgesehene Regelung nur den Schutzbereich von Artikel 12 GG, nicht aber denjenigen von Artikel 5 Abs. 3 GG berührt¹⁶, da es nur um Fragen der wirtschaftlichen Verwertung wissenschaftlicher Publikationen geht¹⁷.

¹⁶Pflüger/Ertmann aaO Fn. 10.

¹⁷ Der Vertreter Bayerns erklärt gegen Ziffer V des Berichts folgenden Vorbehalt: Nach seiner Auffassung fällt die beabsichtigte Regelung in den Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Vor diesem Hintergrund sind die Tatbestandsmerkmale präzise zu fassen und die Rechtsfolgen für den Forschungsbereich der Betroffenen zu berücksichtigen.