

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden
der Piraten-Fraktion
Herrn Torge Schmidt, MdL

im Hause

Ihre Nachricht vom: 04.12.2012

Mein Zeichen: L 201 – 44/18

Bearbeiter/-in:
Dr. Anika D. Luch
Frank Platthoff

Telefon (0431) 988-1103
Telefax (0431) 988-1250
frank.platthoff@landtag.ltsh.de

30. Mai 2013

Open Access

Sehr geehrter Herr Schmidt,

der ehemalige Fraktionsvorsitzende Dr. Breyer hatte den Wissenschaftlichen Dienst gebeten, Fragestellungen im Zusammenhang mit „Open Access“ zu prüfen. Dieser Bitte kommen wir im Folgenden gern nach.

Frage 1: Ob und inwieweit könnte der Landtag Hochschullehrer, wissenschaftliche Mitarbeiter, andere Landesbedienstete gesetzlich verpflichten, im Rahmen ihrer öffentlich finanzierten Tätigkeit erstellte Werke der Öffentlichkeit über das Internet unentgeltlich zugänglich zu machen (Open Access)?

Im Alltagssprachgebrauch von Bibliothek und Wissenschaft wird unter „Open Access“ schlicht die freie und ungehinderte Zugänglichkeit von wissenschaftlichen Publikationen im Internet verstanden. In der Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22. Oktober 2003 wird über den freien Zugang hinaus auch die Befugnis, das im Internet frei zugängliche Werk weiterzuverbreiten und zu bearbeiten, als Merkmal von Open Access definiert.¹ Da sich die Frage ersichtlich auf den unentgeltlichen Informationszugang beschränkt, legen wir den folgenden Ausführungen das enge Verständnis von Open Access zugrunde.

¹ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 12 f. m.N.

I. Landesbedienstete im Allgemeinen

Durch die Formulierung der Frage wird deutlich, dass urheberrechtlich geschützte Werke im Sinne des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) gemeint sind.

Bei der Tätigkeit der Landesbediensteten ist insbesondere auf eine Abgrenzung zu den nicht geschützten „**amtlichen Werken**“ zu achten. Die Vorschrift des § 5 Abs. 1 UrhG erklärt bestimmte Äußerungen der drei Staatsgewalten für gemeinfrei. Sowohl Rechtsnormen und Bekanntmachungen als auch Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen dürfen im Gemeinwohlinteresse frei vervielfältigt, bearbeitet und veröffentlicht werden.² Das Urheberrecht gewährt darüber hinaus keine Rechte an einzelnen Informationen, sondern nur an persönlichen geistigen Schöpfungen. Die Information als solche ist (urheberrechtlich) frei.³ Bei Sachtexten wird nicht der Inhalt, sondern allein die Ausdrucksform, manchmal auch die Gedankenführung geschützt.⁴ Zu den Werken, die den Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes eröffnen, zählen nach § 2 UrhG letztlich nur solche, die einen individuellen geistigen Gehalt und eine gewisse **Gestaltungshöhe** aufweisen.⁵ Soweit diese Voraussetzungen im konkreten Einzelfall vorliegen, genießt der Urheber die folgenden Rechte:

1. Urheberrechte

Gemäß § 13 Satz 1 UrhG steht dem Urheber das Recht auf Anerkennung seiner Urheberschaft am Werk zu. Auch der Beamte hat sich nach ganz überwiegender Auffassung gerade nicht in die Anonymität seines Amtes einzuordnen.⁶ Das Veröffentlichungsrecht nach § 12 UrhG räumt dem Urheber das ausschließliche Recht ein, dar-

² *Schmid/Wirth*, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 5 Rn. 2. Gleiches gilt mit einer gewissen Einschränkung nach § 5 Abs. 2 UrhG für andere amtliche Werke, die im amtlichen Interesse zur allgemeinen Kenntnisnahme veröffentlicht worden sind. Hierzu zählen Gesetzesmaterialien, Merkblätter, patentamtliche Veröffentlichungen oder topografische Karten mit besonders gekennzeichneten Gefahrenquellen, a.a.O. Rn. 3. Die Zugänglichmachung auf Antrag nach dem IFG oder IZG bedeutet keine Veröffentlichung zur allgemeinen Kenntnisnahme i.S.d. § 5 Abs. 2 UrhG. *Raue*, JZ 2013, 280 (284).

³ Im Rahmen von Informationszugangsbegehren der Bürger könne die Behörde daher unter Berufung auf das Urheberrecht (§ 6 Satz 1 IFG des Bundes) einem Antragsteller allenfalls das konkrete Schriftstück, nicht aber die darin enthaltenen Informationen vorenthalten. *Raue*, JZ 2013, 280 (283).

⁴ *Raue*, JZ 2013, 280 (281) m.w.N. Zu den unterschiedlich hohen Hürden für urheberrechtlichen Schutz, die für Gebrauchstexte, wissenschaftliche Gutachten, Briefe und Anwaltsschriftsätze gestellt werden, a.a.O., S. 283 m.w.N. An die Schutzfähigkeit technischer Konstruktionszeichnungen, medizinischer Schaubilder, von Landkarten, Bebauungsplänen und ähnlichen wissenschaftlichen und technischen Darstellungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG) werden keine hohen Anforderungen gestellt. Es ist nur ein geringes Maß an eigenschöpferischer Prägung für den Schutz notwendig, der bereits angenommen wird, wenn dem Zeichner auch nur ein geringer Gestaltungsspielraum zur Verfügung stand und er diesen genutzt hat. *Raue*, JZ 2013, 280 (283) m.w.N.

⁵ *Schmid/Wirth*, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 2 Rn. 4. zum Ganzen ausf. *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 33 f. m.w.N.

⁶ *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 84 sowie S. 62. BGH, GRUR 1972, 713 ff.

über zu bestimmen, wann und in welcher Form sein Werk der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.⁷

Gemäß § 15 Abs. 2 hat der Urheber das ausschließliche Recht, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben. Dieses Recht der öffentlichen Wiedergabe umfasst insbesondere das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG.⁸ Open Access ist insofern mit dem geltenden Urheberrecht kompatibel und jederzeit möglich, wenn der Urheber dies will.⁹ Diese dem Urheber zustehenden Verwertungsrechte kann dieser auch Dritten als Nutzungsrechte am Werk nach den §§ 31 ff. UrhG einräumen.

2. Einräumung von Nutzungsrechten – insbesondere § 43 UrhG

Da das Urheberrecht als solches nur in den Ausnahmefällen des § 29 Abs. 1 UrhG übertragen werden kann, kann es wirtschaftlich nur durch die Einräumung von Nutzungsrechten verwertet werden.¹⁰

§ 43 UrhG stellt klar, dass die Vorschriften des Unterabschnitts über die Nutzungsrechte (§§ 31 ff. UrhG) auch anzuwenden sind, wenn der Urheber das Werk in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen hat, soweit sich aus dem Inhalt oder dem Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses nichts anderes ergibt. Nach herrschender Meinung ist unter Dienstverhältnis im Sinne des § 43 UrhG auch ein Beamtenverhältnis zu verstehen,¹¹ so dass die vorliegend angesprochenen Landesbediensteten – unabhängig von der Frage, ob Angestellte oder Beamte – in den Anwendungsbereich der Norm fallen.

Das in § 7 UrhG fixierte Schöpferprinzip kommt auch in § 43 UrhG zur Geltung. Der Beamte oder Angestellte des öffentlichen Dienstes, der in Erfüllung seiner Verpflich-

⁷ Leuze, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 81.

⁸ § 19a UrhG: „Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.“ Es handelt sich bei der öffentlichen Zugänglichmachung im Netz nicht um einen Eingriff in das Verbreitungsrecht aus § 17 UrhG, da es hier stets um die Verbreitung der *Verkörperungen* des Werks geht.

⁹ Steinhauer, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 16 m.N.

¹⁰ Leuze, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 105.

¹¹ Leuze, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 61 mit zahlreichen Nachweisen. Da § 43 UrhG nicht auf „Beamtenverhältnisse“ Bezug nimmt, sondern lediglich allgemein auf Dienstverhältnisse, fallen darunter auch die Richter und Soldaten. Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 63 Rn. 11 m.w.N.

tungen aus dem Dienstverhältnis ein Werk geschaffen hat, ist dessen Urheber. Die prinzipielle Wahrung der Position des beamteten Urhebers wird allerdings durch die Formulierung „soweit sich aus dem Inhalt oder dem Wesen des ... Dienstverhältnisses nichts anderes ergibt“ erheblich relativiert.¹² Denn die Regelung des § 43 UrhG bedeutet positiv formuliert eine Nutzungsrechtseinräumung zugunsten des Dienstherrn, soweit ihm aufgrund des Dienstverhältnisses bzw. aus dem Wesen des Beschäftigungsverhältnisses heraus die Nutzungsrechte an den von seinen Beschäftigten geschaffenen Werken zustehen.¹³

Voraussetzung hierfür ist allerdings zunächst, dass es sich dabei um Werke handelt, die in Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Dienstverhältnis (sog. „Dienst- oder Pflichtwerke“) geschaffen worden sind (a); ist dies der Fall, ist auf Rechtsfolgende die Zweckübertragungslehre zu beachten (b).

a) Pflichtwerke

Im Rahmen des § 43 UrhG ist zwischen „Pflichtwerken“ (oder auch „Dienstwerken“), die in Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen werden, und „freien Werken“ zu unterscheiden, die nur „bei Gelegenheit“ der Beschäftigung oder ganz außerhalb derselben entstehen.¹⁴

Setzt ein Beamter seine bei seiner dienstlichen Tätigkeit gewonnenen Erkenntnisse ein, um ein Schriftwerk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG zu schaffen – ein Ministerialbeamter kommentiert ein Gesetz, dessen Erarbeitung zu seinen Dienstpflichten gehört – so handelt es sich bei diesem Kommentar nicht um ein dienstliches Werk.

Soweit jedoch Pflichtwerke entstehen, ist zu beachten, dass sich Beamte hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ der Durchführung ihrer dienstlichen Aufgaben grundsätzlich auf keine Grundrechtsposition berufen können; die Erledigung dienstlicher Aufgaben ist nicht grundrechtsfähig. Dies gilt auch für das „Wann“ der Erledigung. Wird also ein Beamter mit der Erstellung eines Gutachtens innerhalb eines bestimmten Zeitfensters beauftragt, entscheidet der Vorgesetzte, ob das Gutachten veröffentlicht werden soll,

¹² Leuze, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 61 m.w.N.

¹³ Steinhauer, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 27.

¹⁴ Sosnitza, RW 2010, 225 (241) m.w.N.

es obliegt nicht dem Urheber, die Veröffentlichungsreife abzustreiten; allenfalls kann dies im Rahmen eines Vermerks als Remonstration festgehalten werden.¹⁵

b) Zweckübertragungslehre

Die Vorschrift des § 43 UrhG ermöglicht den Übergang von Nutzungsrechten vor dem Hintergrund der Zweckübertragungslehre¹⁶ gemäß § 31 Abs. 5 UrhG nur in dem Maße, wie es das konkrete Dienstverhältnis erfordert.¹⁷ Der Dienstherr bekommt im Falle einer auf das Dienstverhältnis gestützten Nutzungsrechtseinräumung nicht sämtliche Nutzungsrechte, sondern nur jene, die mit dem Dienstverhältnis in einem gewissen Zusammenhang stehen.¹⁸

Der Zweck des jeweiligen Beschäftigungsverhältnisses ist im Ansatz bei Arbeits- und Dienstverhältnissen durchaus unterschiedlich: Während der privatwirtschaftliche Arbeitgeber ein Interesse daran hat, die von seinen Angestellten geschaffenen Werke im Rahmen seiner wirtschaftlichen Betätigung möglichst gewinnbringend einzusetzen, ist der Zweck des öffentlichen Dienstverhältnisses primär auf die Erfüllung staatlicher Aufgaben gerichtet.¹⁹ Die freie und ungehinderte Publikation im Internet im Sinne von

¹⁵ *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 62 f. Weitere Beeinträchtigungen können sich z.B. in Bezug auf das Rückrufrecht aus § 42 UrhG, das in erster Linie urheberpersönlichkeitsrechtlichen Charakter hat, ergeben. Hier ist jedoch streitig, ob dies überhaupt im Kontext des § 43 UrhG Anwendung findet. Ausf. dazu *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 102 ff. m.w.N.

¹⁶ Soweit Urheber und Nutzungsberechtigte keine ausdrücklichen Vereinbarungen über den Umfang der Rechts-einräumung getroffen haben, richtet sich dieser nach dem mit der Einräumung des Nutzungsrechts verfolgten Zweck (Zweckübertragungstheorie), die ihren Niederschlag in § 31 Abs. 5 UrhG gefunden hat. *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 105.

¹⁷ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 67 m.N.

¹⁸ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 33 f. m.w.N. Siehe zum Betriebsbezug auch *Rehbinder*, Urheberrecht, 15. Aufl. 2008, Rn. 642. Rechtstechnisch wird vertreten, dass der Beamte mit dem Dienstherrn einen privatrechtlichen Vertrag zur Einräumung der erforderlichen Nutzungsrechte abschließt (Vgl. *Kraßer*, Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnissen, Festgabe Schrickler, 1995, S. 77 [98]). Andere sind der Auffassung, die Pflicht zur Nutzungseinräumung folge unmittelbar aus der Pflicht zur vollen Berufshingabe; die Konstruktion eines gesonderten privatrechtlichen Vertrages sei gekünstelt und weltfremd (*Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 81 f. m.w.N.). Dieses Ergebnis soll sich nicht ändern, wenn Werke zur Diskussion stehen, die ein Angestellter im öffentlichen Dienst in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis geschaffen hat. Hier biete allerdings der in schriftlicher Form abzuschließende Arbeitsvertrag hinreichende Möglichkeiten, die vom Angestellten zu erledigenden Tätigkeiten zu konkretisieren. *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 82 unter Verweis auf *Kellerhals*, Urheberpersönlichkeitsrechte im Arbeitsverhältnis, 2000, S. 171 ff. Das Schriftformerfordernis des § 40 UrhG spielt insoweit keine Rolle, da es auf den freien Urheber zugeschnitten ist, der durch die Notwendigkeit der Schriftform vor einer langfristigen Bindung gewarnt werden soll. Beim Arbeitnehmerurheber trägt aber allein der Arbeitgeber das Werkverwertungsrisiko, so dass der Arbeitnehmer, dessen Existenzgrundlage die Arbeitsvergütung ist, sich insoweit keine Sorgen zu machen braucht. *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 107.

¹⁹ *Nordemann*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 63 Rn. 29 m.N.

Open Access dürfte von der Natur des Dienstverhältnisses bislang kaum gedeckt sein.²⁰

Maßgeblich ist also im Zusammenhang mit der Anwendung des § 43 UrhG, wie das konkrete Dienstverhältnis ausgestaltet ist. Bei Arbeitnehmern (und auch Angestellten) kann in den Arbeitsvertrag eine Regelung aufgenommen werden, die klarstellt, welche Nutzungsrechte dem Arbeitgeber zustehen sollen. Da das Beamtenrecht einseitig durch Rechtsnormen und nicht durch Arbeitsverträge geregelt wird, besteht der Vorteil, dass das Dienstverhältnis grundsätzlich durch den Landesgesetzgeber geregelt werden kann, dem insoweit die Gesetzgebungskompetenz zusteht.²¹ Eine Änderung im Beamtenrecht als Modifizierung der Pflichten des Dienstverhältnisses im Sinne von § 43 UrhG ist folglich Ländersache, mag das Urheberrecht selbst auch eine bundesrechtliche Regelung darstellen.²²

Um die Frage der tatsächlichen Erforderlichkeit einer neuen Ausgestaltung der Dienstverhältnisse zu beantworten (bb), stellt sich zunächst die Frage der aktuellen Ausgestaltung (aa).

aa) Zweck des Behördenbetriebs de lege lata

Mitarbeiter räumen ihrem Arbeitgeber konkludent die Nutzungsrechte an ihren Werken ein, die dieser benötigt, um die Arbeitsergebnisse im Rahmen seines Geschäfts- oder Behördenbetriebs zu verwerten (siehe § 31 Abs. 5 UrhG).²³ Das gilt ebenfalls für Werke, die Dritte im Auftrag der Behörde anfertigen. Zu den eingeräumten Rechten gehören vor dem Hintergrund des bestehenden Informationszugangsgesetzes (IZG) auch die Nutzungsrechte, die für den Informationszugang im konkreten Fall erforderlich sind.²⁴ Der Gesetzgeber hat mit dem IZG das Aktengeheimnis abgeschafft und die

²⁰ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 33 f. m.w.N.

²¹ Str. ist, ob das aus dem Beamtenstatus resultierende Sonderrechtsverhältnis eine urheberrechtliche Schlechterstellung im Verhältnis zum Arbeitnehmer zur Folge hat (*Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 62 m.w.N.). Eindeutig ist, dass die Grundrechtsbindung aus Art. 1 Abs. 3 GG auch gegenüber Beamten gilt. Das Ausmaß der Grundrechtsbegrenzung ist im Einzelfall im Hinblick auf den Aufgabenbereich und die Dienststellung des Beamten unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen (*Battis*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 33 Rn. 74; *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 65, 72 f.: „Urheber im Beamtenverhältnis sind mit im öffentlichen Dienst tätigen Urhebern vergleichbar, die als Angestellte in Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus ihrem Arbeitsverhältnis urheberrechtsfähige Werke schaffen.“ Sie sind „... im Rahmen des § 43 UrhG gleich zu behandeln ...“).

²² Vgl. *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 34 f. m.w.N.

²³ *Raue*, JZ 2013, 280 (287) unter Verweis auf *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 600; *Berger*, in: Berger/Roth/Scheel, IFG, 2006, § 6 Rn. 11.

²⁴ Vgl. VG Berlin, Urteil vom 2. Oktober 2010, Az. 2 K 89.09, Rn. 37 f. (zitiert nach juris).

Trennung zwischen staatlicher und öffentlicher Sphäre grundsätzlich aufgeben.²⁵ Insofern wird vertreten, dass urheberschutzfähige Werke von Behördenmitarbeitern bereits deshalb weitergegeben werden dürfen, weil diese der Behörde die entsprechenden Nutzungsrechte konkludent übertragen haben. Nach § 45 UrhG dürfen einzelne Kopien auch von solchen Aktenstücken angefertigt werden, die urheberrechtlich geschützt sind. Mit dem IZG geht jedoch keine Befugnis einher, die erlangten Kopien danach weiterzuverwenden (§ 53 Abs. 6 UrhG).²⁶

Aus dem bestehenden IZG ergibt sich allerdings nichts für die Ausgestaltung des Dienstverhältnisses, das eine Internetveröffentlichung rechtfertigen würde. Die unterschiedlichen Informationsfreiheitsgesetze regeln typischerweise den Zugang zu Informationen; sie treffen regelmäßig keine Aussage darüber, wie diese Informationen weiterverwendet werden dürfen; dies ist systematisch im Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) geregelt.²⁷ Dieses gestattet insbesondere nicht, urheberrechtliche geschützte Werke ohne eine Lizenzvereinbarung zu vervielfältigen, zu veröffentlichen oder sonst in urheberrechtlich relevanter Weise zu nutzen, soweit dies nicht von den Schranken des Urheberrechts gedeckt ist.²⁸

Folglich ist der Zweck des Behördenbetriebs im Allgemeinen bislang nicht ausreichend, um über § 43 UrhG eine Veröffentlichung der Werke von Landesbediensteten in allgemein zugänglicher Form im Internet vorzunehmen.

²⁵ So für das IFG: *Raue*, JZ 2013, 280 (285).

²⁶ *Raue*, JZ 2013, 280 (287) unter Verweis auf VG Frankfurt a.M., ZIP 2008, 2138 (2143); *Berger*, in *Berger/Roth/Scheel*, IFG, 2006, § 6 Rn. 11; *Wendt*, ZD 2011, 166 (171). *Raue*, JZ 2013, 280 (285, 288) m.w.N., weist darauf hin, bei öffentlich Bediensteten komme hinzu, dass bei deren Werken nicht das Veröffentlichungsrecht aus § 12 UrhG verletzt werde, weil dem Urheber nur das Recht der erstmaligen Veröffentlichung zustehe. Sobald es mit seiner Zustimmung veröffentlicht werde, sei das Recht verbraucht. Spätere Veröffentlichungen seien dann nicht zustimmungsbedürftig. Wer ein Gutachten oder eine Stellungnahme an eine Behörde übergebe, liefere keinen Entwurf ab. Ab diesem Moment liefere er sich vielmehr bewusst dem kritischen Urteil Dritter aus. Ohne besondere Geheimhaltungsstufe habe in der Folge grundsätzlich jeder Behördenmitarbeiter Zugriff auf die Akte. Andere Behörden könnten die Akten im Wege der Amtshilfe anfordern. Die reine Möglichkeit der Kenntnisnahme reiche für die Annahme der Veröffentlichung aus. Dabei könne es sich auch um einen begrenzten Personenkreis handeln. Es müsse sich letztlich nur um einen größeren Personenkreis handeln, mit dem der Urheber persönlich nicht verbunden sei und bei dem er auf Veröffentlichungsreife bedacht sein müsse. Dies gelte umso mehr, seitdem der Gesetzgeber mit dem IZG entschieden habe, dass alle amtlichen Informationen aus der privaten in die öffentliche Sphäre übergehen (Wechsel vom Amtsgeheimnis zum Grundsatz der Aktenöffentlichkeit). A.A. wohl VG Berlin, Urteil vom 14. September 2012, Az. 2 K 185.11, Rn. 36 ff. (zitiert nach juris).

²⁷ *Raue*, JZ 2013, 280 (283 f.)

²⁸ Zudem gilt das IWG gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4 nicht für solche amtlichen Informationen, die von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten Dritter erfasst sind. Dazu *Raue*, JZ 2013, 280 (288).

bb) Zweck des Behördenbetriebs de lege ferenda

Das Hamburgische Transparenzgesetz (HmbTG) statuiert eine proaktive Veröffentlichungspflicht. Während der Zugang zu Informationen auch in Hamburg zuvor – wie auch im IZG – nur auf Antrag möglich war, wurde dies nun durch ein generelles Transparenzgebot (Veröffentlichungspflicht) ersetzt; zu diesem Zweck wurde ein Informationsregister eingeführt.²⁹

Würde auch der schleswig-holsteinische Gesetzgeber eine entsprechende Weiterentwicklung des IZG vornehmen, könnte – je nach Ausgestaltung der vorgesehenen Ausnahmetatbestände – eine umfassende Veröffentlichungspflicht der jeweiligen Behörden und damit auch eine entsprechende Modifizierung des Dienstverhältnisses der Beschäftigten erreicht werden, die eine Nutzungsrechtseinräumung nach § 43 UrhG auch für eine allgemein zugängliche Internetveröffentlichung nach sich zöge. Besonderheiten gelten für die Hochschulen (dazu sogleich).

c) Ergebnis

Über § 43 UrhG³⁰ steht grundsätzlich ein bundesgesetzlicher Hebel bereit, der zur Nutzung von im Rahmen der Dienstpflichten erstellter Werke berechtigt. Durch die individuelle (bspw. Arbeitsvertrag) oder eine allgemein wirkende landesgesetzliche Anpassung (bspw. Transparenzgesetz) des Betriebs- oder Behördenzwecks könnte eine Zugänglichmachung von Werken im Internet ermöglicht werden.

II. Bedienstete im Hochschulbereich

Eine Sonderstellung nehmen im öffentlichen Dienst die Hochschulangehörigen ein. Sie werden in der Regel im Rahmen ihrer Forschungs- und Lehrtätigkeit urheberrechtsfähige Werke schaffen;³¹ der Hochschulbereich weist damit sicherlich eine der höchsten Werkschöpfungsdichten auf. In diesem Bereich sind jedoch die folgenden Besonderheiten zu beachten.

²⁹ Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drs. 20/4466, S. 12, 13.

³⁰ Hinzuzufügen ist insofern, dass das Nutzungsrecht aus § 43 UrhG zeitlich prinzipiell nicht auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses beschränkt ist, denn der Arbeitslohn, der als Entgelt mit dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis wegfällt, bezieht sich auf die Schaffung des Werkes als Arbeitsleistung und nicht auf die Nutzungsmöglichkeit durch den Arbeitgeber als Arbeitserfolg (*Rehbinder*, Urheberrecht, 15. Aufl. 2008, Rn. 644). Die h.M. entnimmt der über § 43 UrhG eröffneten Einflussnahme des Arbeitsverhältnisses, dass dem Arbeitnehmer für die Einräumung der Nutzungsrechte an den Arbeitgeber an diesen Werken grundsätzlich kein zusätzlicher Lohn zusteht, sog. Abgeltungstheorie (*Leuze*, GRUR 2006, 552 [557] unter Verweis auf *Kuckuk*, Die Vergütungsansprüche der Arbeitnehmerurheber zwischen Arbeitsrecht und neuem Urheberrecht, 2005, S. 121 ff. m.w.N.).

³¹ Vgl. *Rojahn*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 43 Rn. 63 m.w.N.

1. Anwendbarkeit bzw. Anwendung des § 43 UrhG – de lege lata

Prinzipiell gilt § 43 UrhG auch für wissenschaftliches Personal. Allerdings unterscheidet sich die rechtliche Stellung von Hochschulprofessoren in aller Regel von derjenigen eines angestellten Forschers und sonstigen Dienstverpflichteten.³²

a) Hochschulprofessoren

Die Tätigkeit der beamteten Wissenschaftler an staatlichen Hochschulen steht in einem verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschützter Freiheit von Forschung und Lehre einerseits sowie statusrechtlichen Dienstpflichten andererseits.³³

Die Rechtsprechung folgert aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, dass sich der zur Forschung verpflichtete Hochschullehrer um freie und eigenverantwortliche Kenntnisse im Interesse der Allgemeinheit bemühen soll, er aber selbst unabhängig darüber entscheidet, ob und in welcher Weise er Forschungen weiterführt und ihre Ergebnisse auswertet.³⁴ Andererseits legt der beamtenrechtliche Status dem Hochschullehrer Verpflichtungen auf, die – soweit sie im verfassungsrechtlichen Rahmen des Art. 33 Abs. 5 GG angelegt sind – seine Wissenschaftsfreiheit nach näherer Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes tangieren können.³⁵

Nach der Rechtsprechung zählt auch die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen zu den Dienstpflichten eines Universitätsprofessors.³⁶ Gefolgert wird dies aus der Erforderlichkeit der Publizität der Forschungstätigkeit, weshalb die Verpflichtung des Hochschullehrers zur Forschung auch die Veröffentlichung seiner Forschungsergebnisse umfassen soll.³⁷

³² Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 43 Rn. 12 m.w.N.

³³ Scholz in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 67 Lieferung 2013, Art. 5 Rn. 141, 172 ff.

³⁴ BGH, GRUR 1991, 523 (527) – Grabungsmaterialien. Siehe auch Czychowski, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 65 Rn. 5; Heermann, GRUR 1999, 468 (472).

³⁵ Scholz in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 67 Lieferung 2013, Art. 5 Rn. 178.

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 1. März 1978, Az. 1 BvR 333/75 u.a., Rn. 176 (zitiert nach juris) unter Hinweis auf VG Berlin, Urteil vom 31. März 1977, Az. VII A 96/76.

³⁷ VG Berlin, Urteil vom 31. März 1977, Az. VII A 96/76, Rn. 12 (zitiert nach juris).

Nach wohl überwiegender Auffassung im Schrifttum soll das wissenschaftliche Publizieren hingegen keine Dienstaufgabe sein. Eine dienstliche Verpflichtung besteht hiernach zwar zur Forschung und Lehre, nicht jedoch zum Publizieren.³⁸

§ 60 HSG regelt die Aufgaben der Hochschullehrerinnen und -lehrer dahingehend, dass diese die ihrer Hochschule jeweils obliegenden Aufgaben in Wissenschaft und Kunst, Forschung, Lehre, Weiterbildung sowie Wissens- und Technologietransfer in ihren Fächern nach näherer Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses selbständig wahrnehmen. Zu den Aufgaben der Hochschulen zählt es gemäß § 3 Abs. 1 HSG, der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften und Künste durch Forschung, Lehre, Studium und Weiterbildung zu dienen.

Hochschullehrer betreiben zwar keine private Forschung, sie forschen aber auch nicht für die Hochschule oder den Dienstherrn. Inhalt der Dienstpflicht zur Forschung ist vielmehr, dass sich der Hochschullehrer um freie und eigenverantwortliche wissenschaftliche Erkenntnisse im Interesse der Allgemeinheit bemüht.³⁹ Es besteht keine Rechtspflicht zur Schaffung konkreter Forschungsergebnisse und deren Veröffentlichung.⁴⁰ Dieser Befund spiegelt sich in § 4 Abs. 3 Satz 1 HSG wider, wonach die Freiheit der Forschung insbesondere die Fragestellung, die Methode und das Forschungsergebnis sowie dessen Bewertung und die Entscheidung über die Verbreitung umfasst.

Nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes folgen aus der dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Verwaltungsgerichts Berlin, wonach die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen als Dienstpflicht anzusehen ist, und der wohl herrschenden Lehre, wonach keine dienstliche Verpflichtung zum Publizieren besteht, für die hier zu beurteilende Fragestellung keine Unterschiede. Aus dem Wortlaut der gerichtlichen Entscheidungen ergibt sich nach hiesigem Verständnis weder, dass (unabhängig vom ggf. entgegenstehenden Willen des Hoch-

³⁸ *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436 (439 f.) unter Verweis auf OLG Karlsruhe, GRUR 1988, 536 (538); *Schricker*, in: *Kraßer/Schricker*, S. 127; *Thieme*, in: *Hailbronner*, § 43 Rn. 46; *Leuze*, *WissR* 2001, 156 ff.; *Haberstumpf*, ZUM 2001, 825; *Westen*, JR 1967, 401 ff., 405; *Frieling*, GRUR 1987, 408; *Leuze*, *Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl. 2003, S. 122 f. m.w.N. A.A. *Epping*, ZBR 1997, 385; *Fahse*, GRUR 1996, 336.

³⁹ OLG Karlsruhe, GRUR 1988, 536 (537); *Leuze*, *Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl. 2003, S. 125 f.

⁴⁰ *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436 (440) unter Verweis auf OLG Karlsruhe, GRUR 1988, 536 (538).

schullehrers) jedes Forschungsergebnis zu veröffentlichen ist⁴¹, noch statuiert die Rechtsprechung ein dienstliches Weisungsrecht hinsichtlich der Modalitäten (insbesondere bzgl. Zeitpunkt und Medium) der Veröffentlichung. Bezogen auf das Urteil des VG Berlin ist insofern zu berücksichtigen, dass die Entscheidung zugunsten des betroffenen Hochschullehrers ergangen ist, um die von der Hochschule geltend gemachte Forderung nach Kostenersatz für die Inanspruchnahme von Personal und Räumlichkeiten der Hochschule im Zusammenhang mit einer Veröffentlichung des Professors abzuwehren. Insofern ist die Rechtsprechung wohl einschränkend in dem Sinne zu interpretieren, dass die Erfüllung der Dienstpflicht zur Forschung grundsätzlich durch die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen zu dokumentieren ist, das Letztentscheidungsrecht über das „Ob“, das „Wann“ und das „Wie“ der Veröffentlichung im Einzelfall de lege lata jedoch grundsätzlich den Hochschullehrern im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Freiheit obliegt.

Die Wissenschaftsfreiheit garantiert ohne äußeren Zwang und Vorgaben – weisungsfrei⁴² – wissenschaftlich tätig zu sein. Die Statuierung von (sanktionsbewehrten) Pflichten im Schutzbereich dieses vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts ist daher heikel. Die Nichteinhaltung des Lehrdeputats ist insofern sanktionierbar; eine Publikationspflicht würde hingegen in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit eingreifen. Daher werden die von beamteten Wissenschaftlern geschaffenen Werke nicht als Dienstwerke, sondern als freie Werke eingestuft, die nicht in den Anwendungsbereich des § 43 UrhG fallen.⁴³ Selbst dann also, wenn die Hochschullehrer ihre wissenschaftlichen Werke während ihrer Dienstzeit und unter Inanspruchnahme universitärer Personal- und Sachmittel erstellen, besteht keine Verpflichtung zur Nutzungs-

⁴¹ Ein anderes Verständnis der genannten Rechtsprechung des BVerfG und des VG Berlin hat offenbar *Reich*, Hochschulrahmengesetz, 11. Aufl. 2012, § 4 Rn. 14.

⁴² BVerfGE 35, 126 f.; 47, 327 (388); *Czychowski*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 65 Rn. 5.

⁴³ *Nordemann*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 63 Rn. 11; *Rojahn*, in: Schri-cker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 43 Rn. 63; *Heermann*, GRUR 1999, 468 (472); *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 27 ff. m.w.N. *Nordemann*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 63 Rn. 20 unter Verweis auf BGH, ZUM 1991, 580 (582) – Grabungsmaterialien; *von Moltke*, Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft, S. 225 ff.; *Rehbinder*, Festschrift für Hubmann, S. 365; *Sandberger*, WissR 1988, 225 (245 ff.); BGH, NJW 1991, 1480 (1482); *Schricker*, Das Recht des Hochschullehrers an seinen wissenschaftlichen Papieren, Festschrift für W. Lorenz, S. 233 ff.; *Schricker*, Das Recht des Hochschullehrers an seinen wissenschaftlichen Papieren, Festschrift für W. Lorenz, S. 242; *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 125; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 43 Rn. 12 mit zahlreichen Nachweisen; *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 125. *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 120: Da das Dienstverhältnis der Hochschulprofessoren durch die Wissenschaftsfreiheit geprägt wird, ist einsichtig, dass die uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 43 UrhG ein klarer Eingriff in die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Freiheit der Forschung wäre.

rechtseinräumung.⁴⁴ Es gehört nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich „auch nicht zum üblichen Inhalt einer *Lehr*verpflichtung, dem Auftraggeber an den schutzfähigen Werken, die der Lehrende zur Erreichung des Lehrziels geschaffen hat (Vorlesungsskripte, Anschauungsmaterial u.a.) Nutzungsrechte einzuräumen“.⁴⁵

Etwas anderes kann sich aus besonderen ausdrücklichen urhebervertragsrechtlichen Vereinbarungen mit dem Hochschulträger oder Drittmittelgebern ergeben (dazu unten).⁴⁶ Ausnahmsweise kann es auch im Hochschulbereich Werke geben, die § 43 UrhG unterfallen, und zwar dann, wenn die Schaffung bestimmter Werke zu den universitären Aufgaben gehört. So trifft Professoren eine Verpflichtung zur Schaffung von Dienstwerken wie die Erstellung von Lehrmaterial für die Studierenden an einer Fernuniversität oder Klausuren für die universitäre Prüfungsaufgabe. § 43 UrhG ist insoweit uneingeschränkt anwendbar. Die Nutzungsrechte stehen in diesen Fällen dem Dienstherrn zu.⁴⁷ Um ein Dienstwerk kann es sich auch handeln, wenn die Publikation eines bestimmten Werkes von Anfang an Ziel und Aufgabe einer besonders geschaffenen Stelle eines Universitätsinstituts war.⁴⁸

Darüber hinaus kann nach der Rechtsprechung des BGH die Treuepflicht aus dem Dienstverhältnis des Hochschullehrers in Einzelfällen gebieten, dass er seiner Anstellungskörperschaft urheberrechtliche Nutzungsrechte (unentgeltlich) einräumen muss. Der BGH stellte im Fall „Grabungsmaterialien“ im Jahr 1990 fest, dass eine derartige Anbietungspflicht zu Lebzeiten des Hochschullehrers wohl nur ausnahmsweise zu bejahen sein dürfte, dessen Erben sich dem jedoch in der Regel nicht entziehen könnten, wenn an den nicht veröffentlichten Arbeitsergebnissen die Allgemeinheit ein wissenschaftliches Interesse habe und diese Ergebnisse unter erheblichem Einsatz von Personal- und Sachmitteln der Universität und anderer öffentlicher Einrichtungen zustande gekommen seien.⁴⁹

⁴⁴ Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 63 Rn. 21 unter Verweis auf Heermann, GRUR 1999, 468 (472).

⁴⁵ BGH, GRUR 1985, 529 (530), Hervorhebung durch den Verfasser. Bei den von Hochschullehrern im Dienst geschaffenen Werken ist die urheberrechtliche Lage im Prinzip mit der vergleichbar, die bei in Nebentätigkeit geschaffenen Werken besteht. Schrickler, in: Kraßer/Schricker, S. 130; Leuze, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 127.

⁴⁶ Czychowski, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 65 Rn. 5; Heermann, GRUR 1999, 468 (472).

⁴⁷ LG Köln, GRUR 2001, 152; Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 63 Rn. 20; Rojahn, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 43 Rn. 63; Leuze, GRUR 2006, 552 (557) m.w.N.; ders., Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 128 m.w.N.

⁴⁸ Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 63 Rn. 13 unter Verweis auf LG Köln, ZUM 2000, 597 (598); KG, ZUM-RD 1997, 175 (179).

⁴⁹ BGH, GRUR 1991, 523 (528); Czychowski, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 65 Rn. 6.

Die genannten Fälle sind allerdings singuläre Ausnahmen, die die Regeleinstufung im Übrigen als freie Werke untermauern. Insbesondere bei der Entscheidung des BGH handelt es sich um eine – zudem mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 GG⁵⁰ umstrittene⁵¹ – Einzelfallentscheidung, die deutlich macht, dass es ohne eine gesetzliche Änderung der Rechtslage nicht möglich sein wird, Veröffentlichungen von Hochschulprofessoren als Dienstwerke einzuordnen.⁵² Fraglich bleibt jedoch, ob dies verfassungsgemäß umsetzbar wäre (dazu sogleich).

b) Andere Hochschulangehörige

Andere Grundrechtsberechtigte der Wissenschaftsfreiheit (beispielsweise Hochschuldozenten, wissenschaftliche Assistenten und Mitarbeiter sowie künstlerische Mitarbeiter in Bezug auf ihre eigene wissenschaftliche Arbeit, für die sie den Schutz von Art. 5 Abs. 3 GG genießen) sind ebenso wie die Hochschulprofessoren zu behandeln.⁵³

Arbeitet der wissenschaftliche Mitarbeiter innerhalb des ihm zustehenden oder gewährten Freiraums, kommt die auf abhängige Tätigkeit zugeschnittene Vorschrift des § 43 UrhG nicht zum Zug. Erarbeitet der wissenschaftliche Mitarbeiter also im Rahmen des § 53 Abs. 2 HRG bzw. § 68 Abs. 2 und 3 HSG seine Dissertation oder verfasst er zur Vorbereitung der angestrebten wissenschaftlichen Karriere Beiträge in Fachzeitschriften, stehen ausschließlich ihm die Urheberpersönlichkeitsrechte und die Verwertungsrechte zu.⁵⁴ Will die Hochschule Nutzungsrechte an solchen Werken erwerben, ist dafür eine vertragliche Vereinbarung notwendig.⁵⁵

⁵⁰ Entgegen einem Teil der Lehre ist auch bei den sonstigen Beamten bzw. bei Beschäftigten im öffentlichen Dienst eine Anbietungspflicht zu verneinen, wenn sie freie Werke schaffen. *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 126 m.w.N.

⁵¹ Siehe insofern *Sosnitzka*, RW 2010, 225 (242) mit zahlreichen Nachweisen; *Schricker*, in: Festschrift für W. Lorenz, 1991, S. 233 (243); vgl. ferner *Schricker*, in: Hartmer/Detmer, S. 437f. Rn. 79 f.; *Rojahn*, in: *Schricker*, Komm. z. UrheberR, 2. Aufl. (1999), § 43 Rn. 131; *Fahse*, GRUR 1996, 331 (337); *Schacht*, Die Einschränkungen des Urheberpersönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis, 2004, S. 53; *Wandtke*, in: *Wandtke/Bullinger*, Praxiskomm. z. UrheberR, 2. Aufl. 2006, § 43 Rn. 34, der sich ebenso wie *Schacht* generell gegen die Verpflichtung des Arbeitnehmerherbers ausspricht, dem Arbeitgeber freie Werke anzubieten und *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 125 f.; *Leuze*, GRUR 2006, 552 (553).

⁵² *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436 (440).

⁵³ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 43 Rn. 12 m.w.N. Ebenso wenig wie die Professoren sind die wissenschaftlichen Mitarbeiter bei ihren nicht § 43 UrhG unterfallenden Werken einer Anbietungspflicht unterworfen. *Leuze*, GRUR 2006, 552 (553). Siehe dazu Näheres unten.

⁵⁴ vgl. *A. Schmidt*, Die Rechtsverhältnisse in einem Forscherteam, 1998, S. 145 ff.; *Schricker*, in: *Hartmer/Detmer*, HochschulR, 2004, S. 419 (441 Rn. 97), und *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 133 f.

⁵⁵ Vgl. *A. Schmidt*, Die Rechtsverhältnisse in einem Forscherteam, 1998, S. 146 f.; *Haberstumpf*, Hdb. d. UrheberR, 2. Aufl. 2000, S. 235 f. Rn. 456; *Wandtke*, in: *Wandtke/Bullinger*, Praxiskomm. z. UrheberR, 2. Aufl. 2006, § 43 Rn. 27; *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 134. Zum Ganzen *Leuze*, GRUR 2006, 552 (553).

Soweit jedoch die wissenschaftlichen Mitarbeiter zu wissenschaftlichen Dienstleistungen verpflichtet sind, die sie in abhängiger Tätigkeit und weisungsgebunden zu erbringen haben, kommt demgegenüber § 43 UrhG grundsätzlich zur Anwendung.⁵⁶ Dabei macht es keinen Unterschied, ob der wissenschaftliche Mitarbeiter Beamter ist oder ob er im Angestelltenverhältnis steht.⁵⁷

Wenn dagegen für die Assistenten und Mitarbeiter eine dienstliche Verpflichtung in Betracht kommt, im Rahmen von Zuarbeiten für den sie betreuenden Hochschullehrer schöpferische Leistungen zu erbringen, so sind sie Miturheber neben diesem mit der Folge, dass ihr Werkbeitrag an der urheberrechtlichen Verfügungsfreiheit des Hochschullehrers teilnimmt, die andernfalls faktisch aufgehoben wäre. Keinesfalls gehört der Werkbeitrag dem Dienstherrn.⁵⁸

2. Anwendbarkeit des § 43 UrhG – de lege ferenda

Wie sich aus den Ausführungen ergibt, scheidet die Anwendung des § 43 UrhG in der Regel bei Werken von Hochschullehrern sowie der wissenschaftlichen Mitarbeiter aus. Fraglich ist, ob eine Erweiterung sowohl der Dienstpflichten des wissenschaftlichen Hochschulpersonals (a) als auch des Betriebszwecks der Hochschulen (b) verfassungsrechtlich sowohl in formeller (aa) als auch in materieller Hinsicht (bb) umsetzbar wäre.

a) Keine Erweiterung der Dienstpflichten

Denkbar wäre zunächst eine entsprechende Ergänzung der Hochschulgesetze, die wissenschaftliche Publikationen in den Kreis der § 43 UrhG unterfallenden Dienstwerke einbezieht.⁵⁹

Die Wissenschaftsfreiheit hängt untrennbar mit der Publikationsfreiheit zusammen, weil Wissenschaft ohne Mitteilung nicht denkbar ist.⁶⁰ Die Wissenschaftsfreiheit um-

⁵⁶ *Leuze*, GRUR 2006, 552 (553). Vgl. dazu auch z.B. *Spautz*, in: Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Aufl. 2000, § 43 Rn. 7; *Haberstumpf*, Hdb. d. UrheberR, 2. Aufl. 2000, S. 232 Rn. 449; *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 106 i.V. mit S. 97; *Schacht*, Die Einschränkungen des Urheberpersönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis, 2004, S. 50 ff.; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 43 Rn. 12 m.w.N.; Dazu LG Köln, ZUM 2000, 579; *Rojahn*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 43 Rn. 63 m.w.N.

⁵⁷ *Leuze*, GRUR 2006, 552 (554).

⁵⁸ *Nordemann*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 63 Rn. 22.

⁵⁹ Vgl. *Rehbinder*, Zu den Nutzungsrechten an Werken von Hochschulangehörigen, in: Forkel/Kraft, Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, S: 359 (360).

fasst das Recht des Wissenschaftlers zur Veröffentlichung seines Werkes, durch die allein es wirken, der wissenschaftlichen Kritik ausgesetzt, als Grundlage weiterer Forschungen dienen und damit den Fortgang der Wissenschaft anregen kann.⁶¹ Von daher könnte die Rechtfertigung einer grundsätzlichen Pflicht zum Veröffentlichenden (nicht im Sinne einer strikten Dienstpflcht)⁶² möglicherweise mit der Wissenschaftsfreiheit Dritter (als kollidierendes Grundrecht) gerechtfertigt werden, weil die sog. „scientific community“ auf den Austausch angewiesen ist und Wissenschaft nicht um ihrer selbst, sondern um des Fortschritts willen gewährleistet wird. Die aus der Wissenschaftsfreiheit erwachsende Publikationsfreiheit steht der ebenfalls in Art. 5 Abs. 3 GG wurzelnden Recherehfreiheit gegenüber.⁶³ Einschränkend ist allerdings zu bemerken, dass die Recherchierbarkeit auch gegeben ist, wenn der Urheber einer wissenschaftlichen Publikation diese ausschließlich in gedruckter Form veröffentlicht.⁶⁴ Fraglich ist insofern, ob es der Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen und Lebensumstände bewirken kann, dass eine Druckfassung nicht mehr als ausreichend angesehen werden kann.⁶⁵

Abgesehen davon herrscht aber weitestgehend Einigkeit, dass die Entscheidung des Wissenschaftlers über die Publikationsreife jedes einzelnen Werkes stets geachtet werden muss.⁶⁶ Von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist auch die negative Freiheit umfasst, nämlich das Recht, bestimmte Forschungen nicht anzustellen oder auch bestimmte erzielte Ergebnisse nicht zu veröffentlichen, ungeachtet der jeweiligen Motivation.⁶⁷

Selbst wenn eine allgemeine Veröffentlichungspflicht als Dienstpflcht statuiert würde, gilt demnach, dass stets die Entscheidung über die Veröffentlichungsreife ausschließ-

⁶⁰ *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 122 m.N. Grundsätzlich ist nicht nur die Lehre, sondern auch die Forschung an den öffentlichen Universitäten aufgrund der engen Verbindung von Forschung und Lehre auf Publizität und Veröffentlichung der Forschungsergebnisse hin angelegt. In der Rechtsprechung wird dementsprechend die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen zu den Dienstpflchten eines Universitätsprofessors gerechnet. BVerfGE 47, 327 (375 f.) unter Verweis auf VG Berlin, DÖV 1977, 643.

⁶¹ *Pernice*, in: Dreier, GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 28; siehe auch BVerfGE 35, 79 (113) sowie § 4 Abs. 2 Satz 1 HRG.

⁶² So *Schmidt-Aßmann*, Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, S. 76-82 und *Schulze-Fielitz*, Forschung, S. 191 f.

⁶³ Vgl. *Mager*, in: HStR, Bd. VIII, 2009, § 166 Rn. 31; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 71.

⁶⁴ So auch *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 72.

⁶⁵ Zu den weiteren grundrechtlichen Erwägungen gleich unter Gliederungspunkt 2. b) bb.

⁶⁶ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 57.

⁶⁷ *Pernice*, in: Dreier, GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 31 m.N., der im Anschluss darauf hinweist: „Wenn die Veröffentlichung von vornherein nicht beabsichtigt, systematisch gemieden wird, fällt die Forschung allerdings wegen der Isolierung von der *scientific community* und dem in ihr gegebenen kritischen Diskurs nicht mehr unter Art. 5 III 1 GG“. Siehe auch *Pflügerl Ertmann*, ZUM 2004, 436 (441).

lich dem höchstpersönlichen Fachurteil des forschenden Professors zuzugestehen wäre.⁶⁸

b) Erweiterung des Betriebszwecks der Hochschulen

Darüber hinaus ermöglicht § 43 UrhG aber ohnehin nur den Übergang der Nutzungsrechte in dem Maße, wie es das konkrete Dienstverhältnis erfordert (Zweckübertragungslehre). Soll hingegen der freie und ungehinderte Zugang zu den wissenschaftlichen Publikationen einer Hochschule gewährt werden, wären wohl weitergehende Regelungen erforderlich als die bloße Qualifizierung der wissenschaftlichen Veröffentlichungen als Dienstwerke. Hier wäre auch zu prüfen, ob dies im Hochschulrecht als Landesgesetz erfolgen kann oder ob dafür nicht auch eine Regelung im Urheberrechtsgesetz selbst erforderlich wäre.⁶⁹

aa) Gesetzgebungskompetenz

In formeller Hinsicht ist zu beachten, dass vorliegend grundsätzlich urheberrechtlich geschützte Werke und deren Nutzungsrechte reglementiert werden sollen. Das Urheberrecht unterfällt gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes.⁷⁰ Die Regelungskompetenz des Landesgesetzgebers ist hingegen eröffnet, soweit das Hochschulrecht betroffen ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürfen bei der Zuordnung einzelner Teilregelungen eines Regelungskomplexes zu einem Kompetenzbereich die Teilregelungen nicht aus ihrem Regelungszusammenhang gelöst und für sich betrachtet werden. „Kommt ihre Zugehörigkeit zu verschiedenen Kompetenzbereichen in Betracht, so ist aus dem Regelungszusammenhang zu erschließen, wo sie ihren Schwerpunkt haben. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, wie eng die fragliche Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung verbunden ist. Eine enge Verzahnung und ein dementsprechend geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung spricht regelmäßig für ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamt-

⁶⁸ Leuze, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 122 f. m.w.N.

⁶⁹ Steinhauer, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 67 f., der darauf hinweist, dass sich eine Kompetenz neben Art. 73 Nr. 9 (Urheberrecht) auch auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 (Forschungsförderung) stützen ließe, vgl. Schmidt-Aßmann, Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, in: Dreier, Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe, 2005, S. 67 (87).

⁷⁰ „Das Urheberrecht i. S. d. Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 (2. Alt.) GG umfasst jene Bestimmungen, die den Urheber literarischer, künstlerischer und wissenschaftlicher Werke in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zu den von ihm geschaffenen Werken und deren Nutzung schützen.“ Uhle, in: M/D, Art. 73 Rn. 200 m.w.N. – beck-online.

regelung.“⁷¹ Im Rahmen der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Regelung des Pflichtexemplarwesens stellte das Bundesverfassungsgericht fest, „die Frage der Zuständigkeit des Gesetzgebers beantworte sich (...) nicht nach dem gewählten Anknüpfungspunkt, sondern nach dem Gegenstand des Gesetzes. Hiernach berührt die zur Prüfung vorgelegte Norm nicht den Kompetenzbereich des Urheber- und Verlagsrechts. (...); das Recht des Urhebers, zu bestimmen, ob und wie sein Werk veröffentlicht wird (§ 12 UrhG), bleibt demnach unangetastet.“⁷²

Bei der Frage der Regelung der Dienstpflichten der Hochschulprofessoren und des wissenschaftlichen Personals kann der Regelungsschwerpunkt noch im Hochschulrecht – oder genauer gesagt im Hochschuldienstrecht – gesehen werden. Bei der Erweiterung des „Betriebszwecks“ der Hochschulen in dem Sinne, dass diese auf die Veröffentlichung sämtlicher Forschungsergebnisse und des Lehrmaterials ausgerichtet sind, kann der engere Regelungszusammenhang dagegen durchaus zum Urheberrecht geknüpft werden,⁷³ so dass bereits die formelle Verfassungsmäßigkeit einer entsprechenden landesgesetzlichen Regelung in Frage stünde.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Materiell müsste eine entsprechende Modifizierung des Dienstverhältnisses zudem mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Problematisch ist insofern insbesondere⁷⁴ die Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG, soweit wissenschaftliche Publikationen betroffen sind.⁷⁵

Nicht nur die Entscheidung über die Publikationsreife bzw. das „Ob“ der Veröffentlichung ist geschützt, sondern auch die Frage des bestgeeigneten Publikationsweges – welcher Verlag, welches Medium, welcher Verbreitungsgrad und angesprochene Zielgruppe etc. zu wählen ist (vgl. auch § 4 Abs. 2 Satz 1 HRG).⁷⁶ Die obligatorische Ein-

⁷¹ BVerfGE 97, 228 (251 f.); BVerfGE 98, 265 (299).

⁷² BVerfGE 58, 137 (145 f.).

⁷³ Unterstrichen wird dieses Ergebnis auch durch den Umstand, dass sich die Kultusministerkonferenz stets im Rahmen von Urheberrechtsreformvorhaben für die Schaffung eines bildungs- und wissenschaftsfreundlichen Urheberrechts für die sich herausbildende globale Wissens- und Informationsgesellschaft als für die Länder zentrales bildungs- und forschungspolitisches Ziel eingesetzt hat. So: *Peifer*, ZUM 2010, 938 (938).

⁷⁴ Als Maßstab kommt bspw. auch der Eigentumsschutz i.S.d. Art. 14 GG in Betracht.

⁷⁵ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 30 f.

⁷⁶ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 30 f.; *Reich*, Hochschulrahmengesetz, 11. Aufl. 2012, § 4 Rn. 14.

räumung von Nutzungsrechten stellt insofern einen Eingriff in den Gewährleistungsgehalt des Grundrechts dar.⁷⁷

Durch die Übertragung der Nutzungsrechte wird es dem Wissenschaftler verwehrt, das Maß an öffentlicher Sichtbarkeit zu bestimmen.⁷⁸ Der Wissenschaftler kann gerade die unbegrenzte Öffentlichkeit des Internet als ungeeignet für seine konkrete Publikation einschätzen (Selbstbestimmung der Öffentlichkeit).

Sofern der Wissenschaftler den Ort seiner Publikation nicht mehr frei wählen könnte, wäre ihm dadurch möglicherweise auch eine Veröffentlichung in einem Fachorgan mit hoher Reputation verwehrt.⁷⁹ Der Ort der Veröffentlichung hat erhebliche Bedeutung für das Renommee eines Wissenschaftlers. Die Einräumung von Nutzungsrechten zugunsten des Dienstherrn birgt insofern auch die Gefahr, dass dieser sie in einer Weise ausübt, die dem wissenschaftlichen Ansehen des Autors nicht gerecht wird. Zudem wird darauf hingewiesen, dass der Hochschullehrer gerade nicht um hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung willen Beamter ist, sondern um aus der Sicherheit des Amtes heraus die Wissenschaftsfreiheit ausleben zu können. Dieses Dienstverhältnis könne insofern gerade nicht in gegenteiliger Richtung dazu herangezogen werden, die Wissenschaftsfreiheit zu beschränken.⁸⁰

Da die Wissenschaftsfreiheit von Verfassungs wegen vorbehaltlos gewährleistet wird, kann sich ein Eingriff nur auf kollidierendes Verfassungsrecht stützen.⁸¹ Ob eine Rechtfertigung im konkreten Fall tatsächlich gelingen könnte, ist fraglich. Zwar scheint sich mit § 42 Arbeitnehmererfindungsgesetz (ArbnErfG) ein patentrechtliches Vorbild⁸² für eine entsprechende Regelung anzubieten, durch die im Arbeitnehmererfindungsrecht im Jahr 2002 das Hochschullehrerprivileg abgeschafft wurde,⁸³ das es

⁷⁷ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 30 f.

⁷⁸ *Kuhlen*, Erfolgreiches Scheitern – Eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, 2008, S. 525; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 71.

⁷⁹ *Kuhlen*, Erfolgreiches Scheitern – Eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, 2008, S. 525; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 71.

⁸⁰ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 30 f.

⁸¹ Vgl. BVerfGE 57, 99.

⁸² Die Hochschulen sind nunmehr dazu berechtigt, alle wirtschaftlich nutzbaren Erfindungen der Professoren, Dozenten und wissenschaftlichen Assistenten für sich in Anspruch zu nehmen und einer industriellen Verwertung zuzuführen. Die Hochschul-Erfinder, die nach früherem Recht ihre Erfindungen selbst und ohne Beteiligung der Hochschulen verwerten konnten, erhalten – wie alle anderen Arbeitnehmer auch – nur noch die im ArbErfG vorgesehenen Vergütungen. *Nordemann*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 63 Rn. 29 m.N.

⁸³ Gesetz über Arbeitnehmererfindungen zur Patentierung und Verwertung von Hochschulerfindungen, BGBl. I 2002, S. 414.

den Hochschullehrern zuvor gestattete, die im Rahmen ihrer Forschung gemachten Erfindungen frei und selbständig zu verwerten.⁸⁴ Allerdings gilt es zu bedenken, dass die wirtschaftliche Verwertung von Forschungsergebnissen unter einem anderen verfassungsrechtlichen Schutzregime steht als die Entscheidung, ob und wie eine wissenschaftliche Publikation erfolgt. Die Freiheit von Forschung und Lehre gebietet es nicht, dass der Hochschullehrer auch Inhaber der Verwertungsrechte an seinen Forschungsergebnissen zu sein oder zu bleiben hat. „Die wirtschaftliche Zuordnung von geistigen Leistungen des Hochschullehrers fällt in den Normbereich des Art. 14 I 1 GG, nicht des Art. 5 III GG“.⁸⁵ Hingegen schützt die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG in der Person des Wissenschaftlers insbesondere die Verbreitung, Publikation und sonstige Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse.⁸⁶

Bezeichnenderweise hat der Dienstherr bei der Erfindung eines Hochschullehrers lediglich ein Verwertungsrecht an der Erfindung selbst, nicht jedoch ein Nutzungsrecht an den über diese Erfindung möglicherweise erscheinenden wissenschaftlichen Publikationen. Damit bestätigt § 42 ArbNErfG sogar die herkömmliche Einordnung der wissenschaftlichen Publikation als freies Werk. Die gesetzliche Änderung im Erfindungswesen hat jedoch schon wegen der das Urheberrecht prägenden persönlichkeitsrechtlichen Bindung keine Konsequenzen für die urheberrechtliche Bewertung.⁸⁷ Vor diesem Hintergrund wird eine gesetzliche Nutzungsrechtseinräumung für die freie Publikation im Internet im Hochschulbereich verfassungsrechtlich nur schwer zu rechtfertigen sein.⁸⁸

Dies spiegelt sich auch im Hamburgischen Transparenzgesetz wider, wenn gemäß § 5 Nr. 7 HmbTG die Grundlagenforschung oder anwendungsbezogene Forschung aus der Informationspflicht ausgenommen wird.⁸⁹ Diese Ausnahme soll laut Geset-

⁸⁴ Diesen Umstand werten bspw. Schmid/Wirth, *UrhG*, 2004, § 43 Rn. 10, als Hinweis, dass der Gesetzgeber im Arbeitnehmererfindungsrecht die gegenteilige Richtung zu der Ansicht, dass § 43 *UrhG* im Bereich von Wissenschaft und Forschung nicht anwendbar sei, eingeschlagen habe. Siehe auch *Pflüger/Erntmann*, *ZUM* 2004, 441.

⁸⁵ BGH, *NJOZ* 2008, S. 4787 (4791). Vgl. Ferner *BVerfG*, *NVwZ* 2004, S. 974 sowie die Begründung zum Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen, *BT-Drs.* 14/5975, S. 5. *Scholz* in: *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz-Kommentar*, 67 Lieferung 2013, Art. 5 Rn. 84.

⁸⁶ *Scholz* in: *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz-Kommentar*, 67 Lieferung 2013, Art. 5 Rn. 83.

⁸⁷ *Rojahn*, in: *Schricker u.a.*, *Urheberrecht*, 3. Aufl. 2006, § 43 Rn. 131; *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5. Aufl. 2010, Rn. 1117; *Sosnitzer*, *RW* 2010, 225 (241).

⁸⁸ *Steinhauer*, *Das Recht auf Sichtbarkeit*, 2010, S. 33 ff. m.w.N.

⁸⁹ Nach § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG unterliegen jedoch Gutachten und Studien, soweit sie von Behörden in Auftrag gegeben wurden, in die Entscheidung der Behörde einfließen oder ihrer Vorbereitung dienen, ebenfalls der Veröffentlichungspflicht.

zesbegründung sicherstellen, „dass in Würdigung der Wissenschaftsfreiheit Forschungsprozesse und -ergebnisse geschützt werden“.⁹⁰

c) Ergebnis

Eine Modifizierung der Dienstpflichten und des Dienstverhältnisses des wissenschaftlichen Hochschulpersonals, um die Anwendbarkeit des § 43 UrhG im Wissenschaftsbereich auszuweiten, begegnet im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken; daneben wäre die Frage der Gesetzgebungskompetenz des Landes abschließend zu klären.

3. Anhaltende Reformdebatte im Urheberrecht

Im Zuge der letzten Änderung des Urheberrechtsgesetzes (sog. „2. Korb“) sowie der Debatte um eine weitere Fortentwicklung (sog. „3.Korb“) wurden bzw. werden unterschiedliche Möglichkeiten diskutiert, um den Open-Access-Gedanken im Urheberrecht Rechnung zu tragen. Der Fokus liegt hierbei stets auf dem Hochschul- und Wissenschaftsbereich. Die Zuständigkeit in diesem Bereich liegt allerdings beim Bundesgesetzgeber.⁹¹

4. Hochschulrecht

Im Hochschulrecht sind zwei Ebenen der Regelsetzung auseinander zu halten. Dem Landesgesetzgeber obliegt die Änderung des Hochschulgesetzes, die Hochschule kann ihrerseits im Wege ihrer Hochschulautonomie Satzungsrecht erlassen.⁹²

a) Regelungen in den bestehenden Hochschulgesetzen der Länder

Eine Pflicht zu Open Access kann man – wohl aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen – in den Hochschulgesetzen der Länder nicht finden, wohl aber politische Grundaussagen und Bestimmungen für eine auf Open Access bezogene Publikationsinfrastruktur.⁹³

⁹⁰ Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drs. 20/4466, S. 18.

⁹¹ Weiterführend hierzu bspw.: Dritter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“ zum Urheberrecht, BT-Drs. 17/7899; *Sosnitza*, RW 2010, 225; *Peifer*, ZUM 2010, 938; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 15 ff.; *Bullinger*, MittDtschPatAnw 2009, S. 373; *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378; *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436.

⁹² Vgl. *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 36.

⁹³ *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 36 f.

In den unterschiedlichen Hochschulgesetzen sind einige Beispiele enthalten:

Insbesondere in § 24 Abs. 3 des Hochschulgesetzes des Landes **Sachsen-Anhalt** ist eine entsprechende Aufgabenzuweisung an die Hochschule vorgesehen:

„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.“

In der zugehörigen Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass mit dem Aufbau von Servern für elektronische Publikationen durch die Hochschulen ein durchgängiges Informationssystem geschaffen werden könne und eine breite wissenschaftliche Grundinformation gesichert werde. Voraussetzung sei, dass möglichst viele Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen der Hochschule Beiträge auf dem Server ihrer Hochschule publizieren. Dazu seien entsprechende Anreize (auch gesetzlicher Art) für die Wissenschaftler zu schaffen. Mittelfristig könnten so Ergebnisse des wissenschaftlichen Arbeitens durch die Hochschule auf ihrem Server per Internet zur Verfügung gestellt werden; die Hochschulen erhielten so ein eigenes „Publikationsprofil“.⁹⁴

Demgegenüber findet sich in mehreren Hochschulgesetzen eine Pflicht der Hochschulbibliotheken, Open Access Strategien zu fördern:

In § 68 Abs. 1 des **Brandenburgischen** Hochschulgesetzes heißt es:

„**Die Hochschulbibliothek** ist eine zentrale Betriebseinheit der Hochschule. Sie versorgt Lehre, Forschung und Studium mit Literatur und anderen Informationsträgern. Sie berät und unterstützt die Fachbereiche bei der Versorgung mit Informationsträgern und berücksichtigt deren Vorschläge bei der Beschaffung. Sie fördert durch Schulungs- und Lehrangebote die Informations- und Medienkompetenz an der Hochschule. Sie **fördert den freien Zugang zu wissenschaftlichen Informationen.**“⁹⁵

Ähnliches sieht auch § 100 Abs. 2 Satz 1 des Hochschulgesetzes des Landes **Sachsen-Anhalt** vor:

⁹⁴ Gesetzentwurf der Landesregierung Sachsen-Anhalt vom 13. November 2003, Drs. 4/1149, S: 104.

⁹⁵ Hervorhebungen durch die Verf.

„Die Hochschulbibliotheken ermöglichen den öffentlichen Zugang zu wissenschaftlicher Information und sichern die Versorgung mit Literatur und anderen Medien durch ein koordiniertes Bibliotheks- und Informationsmanagement.“

In § 38 Abs. 1 Satz 4 des **Thüringer** Hochschulgesetzes findet sich folgende Formulierung:

„Sie [die Hochschulbibliotheken] fördern durch die Bereitstellung einer geeigneten Infrastruktur das elektronische Publizieren und den Aufbau digitaler Bibliotheken.“

Allgemein finden sich häufig nur Sollensvorschriften zu der allgemeinen Frage der Veröffentlichung von Forschungsergebnissen. In vielen Hochschulgesetzen sind § 25 Abs. 2 des Hochschulrahmengesetzes (HRG) entsprechende Bestimmung vorgesehen, wonach Forschungsergebnisse aus Forschungen mit Mitteln Dritter „in absehbarer Zeit veröffentlicht werden sollen“.⁹⁶ Teilweise wird die Sollvorschrift zur Veröffentlichung von Forschungsergebnissen auch auf sämtliche Forschungstätigkeiten an den Hochschulen (auch rein öffentlich finanzierte) ausgeweitet.⁹⁷ Dass hierbei nicht in das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit eingegriffen werden soll, wird besonders deutlich, wenn es in § 35 Abs. 3 Satz 1 Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen heißt, dass die Hochschullehrer an Universitäten „nach Maßgabe der Ausgestaltung ihres Dienstverhältnisses berechtigt und verpflichtet [sind], in ihren Fächern zu forschen und die Forschungsergebnisse unbeschadet des § 4 [einfachgesetzliche Konkretisierung der Wissenschaftsfreiheit] öffentlich zugänglich zu machen“.

Ansonsten macht bspw. § 41 Abs. 1 des Landeshochschulgesetzes Baden-Württemberg deutlich, dass durch Bestimmungen im Hochschulgesetz nicht das in Bundeskompetenz erlassene Urheberrecht oder Arbeitnehmererfindungsrecht tangiert werden soll:⁹⁸

⁹⁶ So in § 41 Abs. 1 Satz 2 Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg; Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Bayerisches Hochschulgesetz; § 77 Abs. 2 Hamburgisches Hochschulgesetz; § 29 Abs. 2 Satz 2 Hessisches Hochschulgesetz; § 71 Abs. 2 Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen; § 14 Abs. 2 Satz 2 Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz sowie § 59 Abs. 2 Satz 2 Thüringer Hochschulgesetz. In § 74 Abs. 2 des Bremischen Hochschulgesetzes wird die Möglichkeit der Veröffentlichung in absehbarer Zeit als Voraussetzung für die Berechtigung des Hochschulmitglieds zur Durchführung des Forschungsvorhabens formuliert, wobei die Möglichkeit der Veröffentlichung nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden darf (§ 75 Abs. 5 Satz 2).

⁹⁷ So in § 41 Abs. 2 Berliner Hochschulgesetz; § 48 Abs. 2 Satz 1 Landeshochschulgesetz Mecklenburg-Vorpommern; § 70 Abs. 3 Satz 1 Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen; § 66 Abs. 2 Satz 1 Universitätsgesetz Saarland; § 47 Satz 2 Sächsisches Hochschulfreiheitsgesetz sowie § 57 Abs. 3 Satz 1 Thüringer Hochschulgesetz.

⁹⁸ § 25 Abs. 2 Satz 2 Hochschulgesetz Sachsen-Anhalt nimmt auch Bezug auf das ArbNErfG: „Die Forschungsergebnisse sollen in der Regel in angemessener Zeit veröffentlicht werden, sofern Verwertungsinteressen der Hochschulen entsprechend § 42 des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen dem nicht entgegenstehen.“

„(...) Die Ergebnisse der Forschung sollen in der Regel in absehbarer Zeit veröffentlicht werden. Für die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen gilt im Übrigen § 40 Abs. 2; Vorschriften des Urheber- und Arbeitnehmererfindungsrechts bleiben unberührt. (...)“

Es handelt sich bei den genannten Regelungen um Programmsätze,⁹⁹ die keine abschließende Verpflichtung darstellen.¹⁰⁰ Im Bereich des Open Access handelt es sich um gesetzliche Thematisierungen, die das elektronische Publizieren an der Hochschule aufwerten, ohne dazu zu verpflichten. Es wird anstelle der Verpflichtung der Autoren die Schaffung der Infrastruktur des elektronischen Publizierens an der Hochschule normiert.¹⁰¹

b) Satzungsrecht der Hochschulen

Im Satzungsrecht der Hochschulen gibt es ebenfalls Möglichkeiten, den Open-Access-Gedanken zu verankern. Soweit dies nicht aus eigenem Antrieb geschieht, könnten im Hochschulgesetz in den Grenzen der Wissenschaftsfreiheit eine gesetzliche Vorgabe für bestimmte Mindestgehälter des Satzungsrechts vorgesehen werden.

So wird vorgeschlagen im Rahmen der Benutzungsordnungen von (Hochschul-) Bibliotheken Open Access in Form einer Beschreibung von Infrastruktur zu regeln. Ferner könne die Benutzung des Hochschulschriftenservers selbst satzungsförmig ausgestaltet sein. Hier könnten Modalitäten von Open Access geregelt werden, etwa die Verwendung bestimmter Lizenzmodelle bei der Publikation auf dem Server. Weiterhin denkbar wäre eine eigene Publikationsordnung der Hochschule, die zwar die Veröffentlichung von Dokumenten im Internet nicht verbindlich vorschreibt, jedoch bestimmt, dass im Domain-Raum der Hochschule keine Publikationen abgelegt werden

⁹⁹ Sosnitza, RW 2010, 225 (241) m.w.N.; Denninger, Hochschulrahmengesetz, 1984, § 25 Rn. 10. Andere gehen davon aus, dass der Forscher in seiner Entscheidung, ob er überhaupt veröffentlichen will, gebunden wird, so dass es sich um eine Einschränkung der Forschungsfreiheit handelt. Reich, Hochschulrahmengesetz, 11. Aufl. 2012, § 25 Rn. 6 sowie § 4 Rn. 14 unter Verweis auf Laubinger, in: Hdb WissR, 1982, S. 401, 410; Heckmann, Hdb-WissR, 1982, S. 966, 967. Die so verstandene Veröffentlichungspflicht ist als Appell zu verstehen, sich nicht aus der wissenschaftlichen Gemeinschaft auszuklinken und als „Geheimrat“ zu verkümmern.

¹⁰⁰ Dazu Leuze, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2003, S. 123 m.w.N.

¹⁰¹ So Steinhauer, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 38, 39 f. Vgl. auch Arbeitsgruppe Open Access der Schwerpunktinitiative *Digitale Information* der Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen (Hrsg.), Open-Access-Strategien für öffentliche Einrichtungen, abrufbar unter: http://allianz-initiative.de/fileadmin/user_upload/open-access-strategien.pdf# (Stand: 27.03.2013). Die Universität Zürich kann sicherlich als beispielhaft für eine vorbildliche Open-Access Infrastruktur bezeichnet werden, siehe unter <http://www.oai.uzh.ch/de/ueber-open-access/prinzip> (Stand: 27.03.2013).

dürfen, dass in diesem Fall vielmehr das entsprechende online-Archiv der Hochschule für die Veröffentlichung im Internet zu nutzen ist.¹⁰²

Einen weiteren Anknüpfungspunkt bildet das Prüfungsrecht. Doktorarbeiten sind zu veröffentlichen. Hierzu ist zu bemerken, dass durch eine Änderung von Promotions- oder Studienordnungen selbstverständlich jeweils sämtliche Promovierende und Studierende erfasst würden. Eine Konzentration auf solche, die gleichzeitig auch wissenschaftliche Mitarbeiter sind oder ggf. durch öffentliche Mittel (öffentliches Stipendium etc.) gefördert werden, wäre damit nicht verbunden.

Frage 2: Ob und inwieweit könnte das Land die Bewilligung von Fördermitteln davon abhängig machen, dass Bewerber im Rahmen der geförderten Tätigkeit erstellte Werke der Öffentlichkeit über das Internet unentgeltlich zugänglich machen?

I. Ausgangslage

Soweit die Fragestellung darauf abzielt, ob die Bewilligung von Fördermitteln für Forschungsprojekte von einer Verpflichtung der Begünstigten zur Veröffentlichung der erstellten Werke abhängig gemacht werden kann, ist zunächst ein Blick auf den Rechtsrahmen der Finanzierung von (Hochschul-) Forschung zu werfen.

Die staatlichen Hochschulen des Landes Schleswig-Holstein sind nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HSG rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit mit dem Recht der Selbstverwaltung. Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit sind nach § 37 Abs. 1 LVwG rechtsfähige, mitgliedschaftlich organisierte Verwaltungseinheiten, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen. Die Hochschulen nehmen insofern sowohl Landesaufgaben als auch Selbstverwaltungsaufgaben wahr (§ 6 HSG). Zu den wahrgenommenen Landesaufgaben zählt u. a. die Bewirtschaftung der zugewiesenen Finanzmittel (§ 6 Abs. 3 Nr. 2 HSG). Die Finanzierung der Hochschulen des Landes ist in § 8 Abs. 1 Satz 1 HSG dahingehend geregelt, dass das Land den Hochschulen zur Erfüllung ihrer Aufgaben Finanzmittel nach Maßgabe des Landeshaushalts als Globalzuweisungen zur Verfügung stellt. Darüber hinaus tragen die Hochschulen zur Finanzierung ihrer Aufgaben durch Einwerbung von Mitteln Dritter und durch sonstige Einnahmen bei (§ 8 Abs. 1 Satz 2 HSG). Angaben der

¹⁰² *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 40 f., der vorschlägt, eine solche Regelung als Ausübung eines digitalen Hausrechts einzustufen.

Hochschulrektorenkonferenz zufolge¹⁰³ finanzieren die Hochschulen ihre Bedarfe zu etwa 80% aus Mitteln der Länder, zu etwa 10% aus Mitteln des Bundes¹⁰⁴ und zu weiteren etwa 10% aus Mitteln privater Quellen¹⁰⁵.

II. Globalzuweisungen des Landes

Mit den Globalzuweisungen schafft das Land die wesentlichen finanziellen Grundlagen, damit die Hochschulen des Landes ihre öffentlichen Aufgaben erfüllen können. Das Hochschulgesetz des Landes enthält spezielle und insofern abschließende Regelungen zur Hochschulfinanzierung.

Nach § 8 Abs. 1 Satz 3 HSG bemisst sich die Höhe der Globalzuweisung nach den Aufgaben und Leistungen der Hochschule. Sie wird im Wege von Ziel- und Leistungsvereinbarungen im Sinne des § 11 Abs. 1 HSG festgelegt. Eine Steuerung erfolgt demnach nicht mittels Förderrichtlinien, sondern durch Ziel- und Leistungsvereinbarungen über Aufgabenwahrnehmung und Entwicklung der Hochschule. In diesen Vereinbarungen werden die Zuweisungen im Rahmen des Haushaltsrechts, messbare und überprüfbare Ziele, die Prüfung des Umsetzungsstandes der Vereinbarungen sowie die Folgen von nicht erreichten Zielen festgelegt.¹⁰⁶

Auch im Rahmen von Ziel- und Leistungsvereinbarungen gelten letztlich die bereits unter Frage 1 festgestellten Beschränkungen. Dies gilt zumindest, soweit die staatliche Mittelzuweisung die Grundausstattung des Wissenschaftssystems gewährleistet. Ist hingegen die auflagenunabhängige Finanzierung für den „Normalbetrieb“ der Forschung ausreichend und handelt es sich bei einer staatlichen Förderung nur um ein Hinzutreten über das Maß der aus Art. 5 Abs. 3 GG erwachsenden Gewährleistungspflicht/Schutzpflicht des Staates hinaus, dann könnte eine Verletzung der Wissenschaftsfreiheit ausgeschlossen werden, solange ein Wissenschaftler im „Normalbetrieb“ vollkommen freie Publikationsentscheidungen treffen kann.¹⁰⁷ Auch im Bereich

¹⁰³ Online abrufbar unter: <http://www.hrk.de/themen/hochschulsystem/arbeitsfelder/hochschulfinanzierung/> (Stand: 6. Mai 2013). Für die CAU in Kiel betragen die Landesmittel im Jahr 2011 insgesamt 154,3 Mio. €, während die Drittmittel 74,3 Mio. € ausmachten („Die Christian-Albrechts-Universität in Zahlen – Der Kurzüberblick 2011“, online abrufbar (Stand: 6. Mai 2013) unter: <http://www.uni-kiel.de/ueberblick/statistik/GB/cauinzahlen2011-flyer.pdf>).

¹⁰⁴ Einbindung des Bundes über die Finanzierung von Forschungsprojekten, über Sonderprogramme (Exzellenzinitiative, Hochschulpakt, Professorinnenprogramm) sowie über so genannte Forschungsbauten.

¹⁰⁵ Im Wesentlichen durch Auftragsforschung, Wissenschaftsförderung durch private Spender und Sponsoring.

¹⁰⁶ Vgl. beispielsweise die Zielvereinbarung zwischen dem Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein und der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel für die Jahre 2009 bis 2013, online abrufbar (Stand: 7. Mai 2013) unter: <http://www.uni-kiel.de/sy/mitteilungen/zielvereinbarung-cau-2009-2013.pdf> sowie den Bericht der Landesregierung Drs. 18/407.

¹⁰⁷ *Kominich*, WissR (1985); 116 (133); *Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 474; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 75.

der staatlichen Mittelzuweisung gilt, dass desto weniger Bedenken bestehen, je weicher die Auflagen formuliert werden.

III. Drittmittelfinanzierung

Auch die Drittmittelforschung ist Teil der Hochschulforschung (§ 25 Abs. 2 Satz 2 HRG, § 37 Abs. 1 Satz 2 HSG). § 25 HRG und § 37 Abs. 2 HSG bringen zum Ausdruck, dass Forschungsergebnisse aus Vorhaben, die mit Mitteln (öffentlicher oder privater) Dritter gefördert werden, veröffentlicht werden sollen. Eine unmittelbare Einflussnahmemöglichkeit des Landes in diesem Bereich besteht indes nur, sofern das Land selbst als Drittmittelgeber auftritt. Vom Professor geschaffene, urheberrechtlich geschützte und mit Drittmitteln finanzierte Werke sind keine Dienstwerke, sondern freie Werke.¹⁰⁸

Im Schrifttum ist umstritten, ob § 25 HRG als Veröffentlichungspflicht zu verstehen und ob diese Pflicht verfassungskonform ist.¹⁰⁹ Kritiker geben mit Blick auf eine etwaige Förderauflage zu bedenken, dass wissenschaftliches Arbeiten stark von Förderprogrammen abhängig ist und Auflagen, die dort gemacht werden, eine faktische Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit bedeuten.¹¹⁰ Die Vergabe von Fördermitteln von der Zusage des Wissenschaftlers zu Open Access abhängig zu machen, bewirke in Zeiten, da Drittmittel auch den Umfang der Zuweisung allgemeiner Lehrstuhlmittel bestimmen, einen nicht unbedenklichen mittelbaren Druck auf die Wissenschaftsfreiheit in Form „goldener Zügel“.¹¹¹

Das Problem entschärft sich bei privater Drittmittelförderung, da die Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen sind.¹¹² Da Drittmittel und deren Bedingungen nicht angenommen werden müssen, unterliegt die Ausgestaltung weitgehend der privatautonomen Ausgestaltung – insofern werden auch Publikationsbeschränkungen aus wirtschaftlichen Interessen der Förderer akzeptiert.¹¹³ Im Allgemeinen ist anerkannt, dass sich der Drittmittelgeber umfassende Nutzungsrechte am

¹⁰⁸ Leuze, GRUR 2006, 552 (559).

¹⁰⁹ Nach *Schricker* in: Hartmer/Detmer, HochschulR, 2004, S. 436 Rn. 74 würde eine solche Interpretation die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verletzen. *Löwer* in: Hailbronner/Geis, HRG (Stand: Sept. 2004), § 25 Rn. 45 ff. ist hingegen der Auffassung, dass die Vorschrift mit der Verfassung vereinbar ist.

¹¹⁰ *Reuß*, Eine heimliche technokratische Machtergreifung, FAZ vom 11. Februar 2009 – zit. nach *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 69.

¹¹¹ *Sosnitza*, RW 2010, 225 (246).

¹¹² *Lux*, Rechtsfragen der Kooperation zwischen Hochschulen und Wirtschaft, Diss. Köln, 2002, S. 119 ist der Ansicht, dass Grundrechte privater Kooperationspartner nach Abwägung mit dem Publizitätserfordernis des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG das Absehen von einer Publikation rechtfertigen.

¹¹³ Vgl. dazu *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S. 73.

Forschungsergebnis ausbedingen und insbesondere die Veröffentlichung von seiner Zustimmung abhängig machen kann.¹¹⁴ So stellt es grundsätzlich kein Problem dar, wenn sich Hochschulprofessoren vertraglich wegen ihres Urheberrechts bzw. etwaiger Nutzungsrechte binden. Der Urheber kann die Entscheidung über das Ob und das Wie der Veröffentlichung anderen Personen überlassen und eine solche Überlassung rechtlich durch eine schuldrechtliche Gestattung oder eine gebundene Übertragung regeln.¹¹⁵ Dies gilt auch bei den von Universitätsprofessoren geschaffenen freien Werken.¹¹⁶ Im Bereich der wirtschaftsnahen Förderung muss jedoch gewährleistet sein, dass vertrauliche Projektdaten, die durch Kooperation mit Wirtschaftspartnern entstanden sind, hinreichend geschützt bleiben und die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft im eigenen Land nicht beeinträchtigen.¹¹⁷

Dem Staat ist hingegen eine Flucht in das Privatrecht verwehrt, soweit die Drittmittelförderung die „Grundversorgung“ im Hochschulbereich erst sicherstellt. Deshalb sind Bedingungen, die gesetzlich nicht getroffen werden dürften, auch nicht in Drittmittelnverträgen der öffentlichen Hand möglich. Der Staat ist unmittelbar grundrechtsgebunden und darf sich seiner Verpflichtungen nicht durch eine privatrechtliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen entledigen.

Frage 3: Ob und ggf. welche anderen kostenneutralen Möglichkeiten hat das Land, urheberrechtlich geschützte Ergebnisse öffentlich finanzierter Tätigkeiten der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen?

Diese Frage kann mit den zur Verfügung stehenden Mitteln des Wissenschaftlichen Dienstes nicht beantwortet werden.

¹¹⁴ Vgl. *Schricker*, in: *Hartmer/Detmer HochschulR*, 2004, S. 435 Rn. 74.

¹¹⁵ Vgl. *Haberstumpf*, *Hdb. d. UrheberR*, 2. Aufl. 2000, S. 111 Rn. 202; zum Ganzen *Leuze*, *GRUR* 2006, 552 (559).

¹¹⁶ *Leuze*, *Urheberrechte der Beschäftigten im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl. 2003, S. 124.

¹¹⁷ *Landtag Baden-Württemberg*, *Drs. 15/2343*, S. 3 f.

Zusammenfassend lässt sich festhalten:

- Soweit Landesbedienstete dem Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG unterfallen, erweist sich eine Modifizierung der Dienstpflichten im Sinne einer unentgeltlichen Veröffentlichungspflicht im Internet als verfassungsrechtlich problematisch.
- Für die übrigen Landesbediensteten ist eine Modifizierung der Dienstpflichten – bspw. durch eine Erweiterung des Zwecks des Behördenbetriebs (vgl. Hamburgisches Transparenzgesetz) – grundsätzlich denkbar.
- Die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Urheberrecht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG) ist zu beachten. Ein Großteil der Diskussion im Zusammenhang mit Open Access betrifft Regelungsvorschläge innerhalb dieser Rechtsmaterie.
- Eine Steuerung über die Bewilligung von Fördermitteln kommt im Hochschulbereich lediglich für Drittmittelprojekte in Betracht. Die Höhe der Globalzuweisungen des Landes an die Hochschulen (§ 8 Abs. 1 HSG), die den wesentlichen Teil der Hochschulfinanzierung ausmachen, bemisst sich hingegen nach den Aufgaben und Leistungen der jeweiligen Hochschule und wird im Wege von Ziel- und Leistungsvereinbarungen (§ 11 Abs. 1 HSG) festgelegt.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Frank Platthoff

gez. Anika Luch