Zuckerbrot oder Peitsche? – Open-Access im juristischen Publikationswesen

Von Julia Wildgans¹ (ORCID: 0000-0001-5554-0520)

Anlässlich der Tagung „Open Access für die Rechtswissenschaft – Pflicht oder Privatsache?“² stellt die Verfasserin die rechtlichen Rahmenbedingungen und Hintergründe für die derzeitige Open Access-Situation in Deutschland – insbesondere im rechtswissenschaftlichen Publikationswesen – dar. Dabei nimmt sie Bezug auf die Diskussion zur satzungsmäßigen Pflicht zur Wahrnehmung des Zweitverwertungsrechts, wie sie derzeit in einer Universitätssatzung auf Grundlage des baden-württembergischen § 44 VI LHG vorgesehen ist.

Seit nunmehr über 15 Jahren fordern namhafte Wissenschaftsorganisationen und Universitäten einen offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen – Open Access.³ Doch obwohl die technischen Rahmenbedingungen für die Verbreitung wissenschaftlicher Informationen noch niemals so ausgereift waren, wie dies derzeit der Fall ist, nutzen bisher nur wenige Publikationen die Möglichkeit des Open Access. Zwar beträgt seit 2015 der prozentuale Anteil der Online-Ressourcen im Bestand der Deutschen Nationalbibliothek an Dissertationen und Habilitationen erfreulicherweise insgesamt über 50 %.⁴ Allerdings scheint der Open Access-Durchbruch derzeit noch nicht in der „Papierwissenschaft“ Jura angekommen.

I. „Open Access“ – Was ist das eigentlich?

Die kurze Antwort auf diese Frage lautet: Open Access stellt den zukünftigen wissenschaftlichen Standard für Publikationen dar. Durch Open Access sollen weder das Papier noch die Verlage „abgeschafft“ werden. Ziel ist vielmehr die maximale Verbreitung wissenschaftlichen Erkenntnisse durch möglichst kostenfreie, technisch barrierefreie Verfügbarmachung von Forschungsergebnissen.⁵

¹ Die Verfasserin ist Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums sowie Deutsches und Europäisches Verfahrensrecht von Professorin Dr. Nadine Klass, Universität Mannheim. Sie beschäftigt sich im Rahmen ihres Dissertationsprojekts mit Rechtsfragen des Wissenschaftsurheberrecht, insbesondere Open Access.

² Die jurOA-Tagung fand am 18./19. Oktober 2018 am Exzellenzcluster Normative Ordnungen der Goethe-Universität Frankfurt/Main statt und wurde organisiert von Herrn Prof. Dr. Alexander Peukert, Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht (Schwerpunkt Immaterialgüterrecht) an der Goethe-Universität Frankfurt/Main, Hanjo Hamann, Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern (Bonn) und Daniel Hürlimann, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht (Schwerpunkt Informationsrecht) an der Universität St. Gallen.

³ Die Grundsteinlegung für die Definition der Open Access Bewegung, die Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities, erfolgte am 22. Oktober 2003.

⁴ Deutsche Nationalbibliothek, Statistik: Entwicklung des Anteils der Online-Form an den Dissertationen insgesamt, als PDF abrufbar unter <https://tinyurl.com/yclb82qb> (Letzter Abruf: 23.10.2018).

⁵ Georg-August-Universität Göttingen, Was bedeutet Open Access?, abrufbar unter <https://tinyurl.com/y8m6w3so> (Letzter Abruf: 24.10.2018).

Bereits an dieser Stelle könnte man einhaken und feststellen, dass Open Access mindestens die Hälfte der rechtswissenschaftlichen Publikationen gar nicht betreffe. Häufig handele es sich dabei um „Praktiker-Literatur“, die keine neuen rechtswissenschaftlichen Forschungsergebnisse, sondern lediglich die Anwendung des geltenden Rechts in der Praxis zum Gegenstand habe.⁶

Doch würde – wie Hürlimann im Rahmen des Impulsreferates „Recht und Open Access – was soll das?“ auf der jurOA-Tagung richtig erkannte – eine solche Ansicht wesentliche Aspekte verkennen: Einerseits ist das deutschsprachige Rechtswesen vergleichsweise stark wissenschaftsbasiert, weshalb eine Aufspaltung des juristischen Publikationswesens in Praktiker- und Wissenschaftsliteratur artifiziell erscheint. Andererseits zeigt die in den letzten Jahren verstärkte Medien- und insbesondere Gerichtsberichterstattung sowie die steigende Präsenz juristischer Blogs den ausgeprägten Öffentlichkeitsbezug der Rechtswissenschaften, weshalb eine weite Verbreitung qualitativ hochwertiger juristischer Literatur erforderlich erscheint.

Das Open-Access-Paradigma erfordert Publikationen, die gemäß der Übereinkünfte der Scientific Community (Bethesda Statement⁷ bzw. Berlin Declaration⁸) zwei Voraussetzungen erfüllen müssen:

1. Die Urheber und die Rechteinhaber von Veröffentlichungen gewähren allen Nutzern unwiderruflich das freie, weltweite Zugangsrecht zu diesen Veröffentlichungen und erlauben ihnen, diese Veröffentlichungen – in jedem beliebigen digitalen Medium und für jeden verantwortbaren Zweck – zu kopieren, zu nutzen, zu verbreiten, zu übertragen und öffentlich wiederzugeben sowie Bearbeitungen davon zu erstellen und zu verbreiten, sofern die Urheberschaft korrekt angegeben wird. [...] Weiterhin kann von diesen Beiträgen eine geringe Anzahl von Ausdrucken zum privaten Gebrauch angefertigt werden.
2. Eine vollständige Fassung der Veröffentlichung sowie aller ergänzenden Materialien [...] wird in einem geeigneten elektronischen Standardformat in mindestens einem Online-Archiv hinterlegt (und damit veröffentlicht), das geeignete technische Standards [...] verwendet und das von einer wissenschaftlichen Einrichtung, einer wissenschaftlichen Gesellschaft, einer öffentlichen Institution oder einer anderen etablierten Organisation in dem Bestreben betrieben und gepflegt wird, den offenen Zugang, die uneingeschränkte Verbreitung, die Interoperabilität und die langfristige Archivierung zu ermöglichen.

Nur Publikationen, die diesen Anforderungen entsprechen, sind tatsächlich „Open Access“. Die Veröffentlichung einer Read-Only-Version einer juristischen Monographie über Google Books⁹ kann ebenso wenig unter Open Access subsumiert werden wie die Abrufbarkeit eines Aufsatzes über ein kostenpflichtiges, aber (von der jeweiligen Einrichtung bzw. Kanzlei) lizenziertes Modul einer Fachdatenbank wie beispielsweise beck online. Gleiches gilt für alle

⁶ So die These von Hamann im Impulsreferat „Recht und Open Access – was soll das?“ der jurOA-Tagung.

⁷ In englischer Sprache abrufbar unter <https://tinyurl.com/j26ed52> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

⁸ In englischer Sprache abrufbar unter <https://openaccess.mpg.de/Berliner-Erklaerung> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

⁹ Laut Herberger's Aussage in der Keynote der jurOA-Tagung ist inzwischen 90 % der juristischen Literatur mit mehr oder minderen Einschränkungen in Google Books verfügbar.

Publikationen, die mit CC-BY-NC-ND-Lizenz¹⁰, einer von Verlagen im Rahmen von Open Access-Services häufig genutzten Standardlizenz, versehen sind. Unter dem Dach der beliebten Creative-Commons-Lizenzen spiegelt sie freie Zugänglichkeit vor, während die nach o.g. Definition erforderlichen Bearbeitungen und auch die Nutzung zu kommerziellen Zwecken trotz „freier“ Lizenzierung dem Urheber vorbehalten bleiben.

Unterschieden werden mehrere Strategien des Open Access, die jeweils mit Farben deklariert werden: So erfasst die sog. Golden Road die Erstveröffentlichungen von Beiträgen in einer Open Access-Zeitschrift. Darunter wird eine für Nutzer gebührenfrei zugängliche, akademische Zeitschrift in elektronischer Form verstanden.¹¹ Strittig ist, ob die eingesandten Beiträge vor Veröffentlichung einen Begutachtungsprozess durchlaufen müssen, die Zeitschrift sich Creative-Commons-Lizenzen o.ä. bedienen muss oder in bestimmten Fällen die Verwertungsrechte an Beiträgen auch bei den Autoren verbleiben können.¹² Meist werden von den Autoren Veröffentlichungsgebühren (sog. *article processing charges*, kurz: APC) erhoben, um die bei der Anfertigung anfallenden Kosten zu decken.¹³

In der deutschsprachigen Rechtswissenschaft existieren zum jetzigen Zeitpunkt ca. 20 reine Open Access-Journals,¹⁴ viele davon mit Peer-Review-Prozess, darunter sowohl Ausbildungs- als auch Fachzeitschriften für bestimmte Rechtsgebiete. Eine mit einer Printzeitschrift vergleichbare Reputation konnte aufgrund des jüngeren Entstehungsdatums, der teilweise hohen APC¹⁵ sowie der mangelnden Bedeutung von Open Access-Artikeln in Berufungsverfahren an Universitäten keines der Journals erwerben.¹⁶ Die bislang vor allem auf internationaler Ebene starke Wahrnehmung der Open Access-Journals bestätigt jedoch den Erfolg ihrer Einführung.¹⁷

Die Green Road des Open Access dient dem sog. *Self-Archiving*: Ein Beitrag, der bereits in einer Printzeitschrift veröffentlicht wurde, wird dabei – ggf. nach Ablauf einer gewissen Embargofrist – für jedermann frei zugänglich auf eigene Websites, disziplinspezifische oder institutionelle Repositorien eingestellt.

II. § 38 IV UrhG – Die geeignete gesetzliche Grundlage für Open Access?

¹⁰ = Die restriktivste Creative Commons (CC)-Lizenz, die unter Namensnennung (BY) lediglich den Download und die Weiterverteilung eines Werkes, nicht jedoch die Bearbeitung (ND) oder die kommerzielle Nutzung (NC) erlaubt. Siehe <https://tinyurl.com/y9pvwruy> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

¹¹ Bailey in: Jacobs (Hrsg.), Open Access, 2006, S. 13, 23.

¹² Bailey in: Jacobs (Hrsg.), Open Access, 2006, S. 13, 23.

¹³ Gradmann in: Deutsche UNESCO-Kommission, Open Access – Chancen und Herausforderungen, 2007, S. 42, 43.

¹⁴ Hamann, Blogpost: Open Access in German legal academia: Challenges and Perspectives by Hanjo Hamann, 30.10.2017, abrufbar unter <https://tinyurl.com/ya29d5um> (Letzter Abruf: 07.11.2018). Eine Auflistung der derzeitigen Journals ist abrufbar im Wikibook Handbuch Open Science unter <https://tinyurl.com/y9o2fp4c> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

¹⁵ Zimmermann, NJW 2014, 3000, 3001.

¹⁶ So Spindler in seinem Vortrag auf der jurOA-Tagung.

¹⁷ Vgl. dazu beispielsweise die Stellung der Open Access-Zeitschrift „German Law Journal“ in der Kategorie „European Law“ in den Google Scholar Metrics (abrufbar unter <https://tinyurl.com/yde9z2jg>; letzter Abruf: 07.11.2018).

Mit Einführung des § 38 IV UrhG im Jahr 2014 beabsichtigte der deutsche Gesetzgeber, die Implementierung der „Green Road“ im Publikationswesen zu unterstützen.¹⁸

Diese erstmals von *Hansen* vorgeschlagene, urhebervertragsrechtliche Regelung¹⁹ ergänzt § 38 I UrhG²⁰ und gestattet dem Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, den Beitrag unter Angabe der Quelle der Erstveröffentlichung nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient.

Der lange und umständlich formulierte § 38 IV UrhG ermöglicht also seit vier Jahren in der Theorie die freie Veröffentlichung bereits kommerziell publizierter wissenschaftlicher Beiträge. Er erlaubt dem Urheber unter gewissen Voraussetzungen die öffentliche Zugänglichmachung von Zeitschriftenaufsätzen gem. § 19a UrhG zu nicht-gewerblichen Zwecken, obwohl bereits zuvor z.B. durch Verlagsvertrag eine vollständige Rechteübertragung an den Verleger stattgefunden hat.

Was genau unter einem „wissenschaftlichen Beitrag“, einer „Forschungstätigkeit“ oder einer „periodischen Sammlung“ zu verstehen ist, definiert der Gesetzgeber nicht. Dies veranlasste die Rechtswissenschaften zu teils wilden Spekulationen. Auch führen diese unklaren Formulierungen für Laien – trotz der Zielsetzung des Gesetzgebers²¹ – in der Praxis zu erheblichen Anwendungsschwierigkeiten.²²

Daneben erscheint insbesondere vor dem Hintergrund des internationalen Rechts fraglich, ob § 38 IV UrhG tatsächlich die Implementierung der Green Road des Open Access fördern kann: Das Verlagswesen ist sehr international geprägt, eine Anwendung von § 38 IV UrhG kann allerdings nur erfolgen, wenn der Vertrag deutschem Recht unterliegt.²³ Diese räumliche Begrenzung erscheint zwar vor dem Sinn und Zweck der Norm – der Ermöglichung der Nutzung von mit deutschen Steuergeldern geförderten wissenschaftlichen Publikationen durch in Deutschland arbeitenden Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern – geboten.²⁴ Allerdings hat dies eine enorme Rechtsunsicherheit für die von der Vorschrift betroffenen Wissenschaftlerinnen bzw. Wissenschaftlern zur Folge.²⁵ Haben die Parteien nicht ausdrücklich die Geltung deutschen Rechts vertraglich vereinbart, müssen diese juristischen Laien anhand der unbekannten Normen des internationalen Kollisionsrechts bestimmen, ob ihnen das Zweitveröffentlichungsrecht aus § 38 IV UrhG zusteht.

Zur Förderung des Open Access bräuchte es hier eine klare internationale Regelung, die allerdings derzeit nicht erreichbar erscheint.

¹⁸ BT-Drs. 17/13423, S. 9f sowie zum gesamten Gesetzgebungsprozess *Peukert*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 38 Rn. 13f.

¹⁹ *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 387f.

²⁰ *Nordemann-Schiffel*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014, § 38 UrhG Rn. 4.

²¹ BT-Drs. 17/13423, S. 9f.

²² Dies ergaben nicht-repräsentative Befragungen. Detaillierte empirische Untersuchungen zu § 38 IV UrhG fehlen bisher.

²³ *Nordemann-Schiffel*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014 und *Peukert*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 38 Rn. 41.

²⁴ *Peukert*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 38 Rn. 42.

²⁵ *Fehling*, OdW 2014, 179, 183.

Insbesondere der Kompromiss der „akzeptierten Manuskriptversion“²⁶ in § 38 IV UrhG findet in der Praxis berechtigterweise seine Kritiker: Zwar kann mittels der akzeptierten Manuskriptversion der – urheberrechtlich ohnehin nicht geschützte – Inhalt, d.h. die tatsächlichen Erkenntnisse, wahrgenommen werden. Allerdings ist die akzeptierte Manuskriptversion ohne zusätzlichen Aufwand des Urhebers nicht zitierfähig. Sie ist sehr selten mit einer selbstständig zitierfähigen Digital Object Identifier (DOI) versehen; häufig wird am Anfang der Manuskriptversion lediglich auf die Fundstelle der durch Paywall geschützten Originalversion verwiesen. Eine Kennzeichnung der mit der Originalpublikation übereinstimmenden Seitenumbrüche – wie beispielsweise bei der Online-Verfügbarmachung von Zeitschriftenaufsätzen auf beck online – fehlt. Würde eine solche Kennzeichnung erfolgen, könnte eine aufgrund Versionsverschiedenheit entstehende Verwirrung verhindert und eine ordnungsgemäße Zitierung sichergestellt werden. Das Fehlen dieser Kennzeichnung ist auf zwei Gründe zurückzuführen: Mangels eines entsprechend leicht zu bedienenden Tools stellt eine derartige Anpassung der akzeptierten Manuskriptversion einen unverhältnismäßig hohen Aufwand für den Urheber dar. Jedes Dokument müsste nach Erhalt der finalen Druckfahnen manuell mit Seitenumbrüchen ergänzt werden. Zudem müsste auf juristischer Ebene für jeden Vertrag individuell überprüft werden, ob eine derartige Anpassung durch den ursprünglichen Urheber nach der Rechteübertragung an den Verleger noch zulässig ist. Für den Fall, dass es sich bei dieser formalen Anpassung um eine Bearbeitung i.S.d. § 23 UrhG handelt, erscheint dies problematisch, da viele Verlagsverträge die Einräumung des ausschließlichen Rechts zur Bearbeitung an den Verleger vorsehen. Ist dieses Recht einmal eingeräumt, hilft auch § 38 IV UrhG nicht weiter. Denn dieser erlaubt dem Urheber nur die nachträgliche öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG, nicht aber die hierfür erforderliche Bearbeitung gem. § 23 UrhG. Dies bedeutet, dass der Urheber nach der Rechteeinräumung den Verleger um Zustimmung zu einer entsprechenden Bearbeitung seines Werkes bitten müsste, welche – aufgrund finanzieller Interessen des Verlags – häufig versagt werden dürfte.

Zudem stimmt der Bezug auf die akzeptierte Manuskriptversion in § 38 IV UrhG nicht mit dem überein, was in der Wissenschaft als Open Access weitverbreitete Praxis ist. So werden – dem Beispiel von Arxiv für physikalische Publikationen folgend – immer mehr „Preprints“ über Open Access Repositorien veröffentlicht, bevor sie den Peer Review Prozess durchlaufen haben.

III. Die Anwendung des § 38 IV UrhG in der Rechtswissenschaft

Letztgenanntes trifft allerdings für die deutschsprachige Rechtswissenschaften überwiegend nicht zu. Kaum eine juristische Publikation wird vor offizieller Veröffentlichung als Preprint veröffentlicht. Man könnte argumentieren, dass dies darauf zurückzuführen sei, dass die als „Preprint“ noch ungeprüfte Version des Dokuments – ohne entsprechende Kennzeichnung²⁷ – die Gefahr der Verbreitung falscher Inhalte birgt. Anders als in den Naturwissenschaften, in denen die Überprüfung von Forschungsergebnissen vor Veröffentlichung von herausragender Wichtigkeit ist, geht es in den Rechtswissenschaften jedoch häufig lediglich um den Austausch von Argumenten. Da hierbei faktisch nicht zwischen „richtig“ und „falsch“ unterschieden

²⁶ BT-Drs. 17/13423, S. 14 bzw. BT-Drs. 17/5053, S. 4.

²⁷ Eine Erläuterung der notwendigen Angaben befindet sich auf <https://tinyurl.com/ybxmlmon> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

werden kann, sollte in Zukunft verstärkt eine Veröffentlichung als frei zugänglicher Preprint ins Auge gefasst werden. Dies würde eine schnellere argumentative Auseinandersetzung sowie die förderungswürdige Open Peer Review²⁸ in den Rechtswissenschaften ermöglichen. Urhebervertragsrechtliche Probleme stellen sich bei dieser Herangehensweise nicht, da Preprints gar nicht von Verlagsverträgen bzw. § 38 IV UrhG erfasst werden.

Das Merkmal der „periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung“ in § 38 IV UrhG gewinnt in den Rechtswissenschaften besondere Bedeutung.

Zweifelsohne wäre der vorliegende Zeitschriftenartikel Gegenstand des § 38 IV UrhG. Dieser Artikel dürfte – ohne Verhandlung mit dem Verleger – nach Ablauf der Embargofrist von zwölf Monaten u.a. auf der eigenen Website der Verfasserin, in einem institutionellen²⁹ oder einem disziplinspezifischen³⁰ Repositorium abgelegt werden. Er wäre – im Sinne des „echten“ Open Access mit einer CC-BY-Lizenz versehen – frei im Internet abrufbar und könnte so theoretisch (!) von einer großen, auch internationalen und nicht-juristischen Community wahrgenommen werden.

Diese Vorgehensweise erscheint trotz ihrer vielen Vorteile im Vergleich zur traditionellen Zeitschriftenveröffentlichung problematisch: Insbesondere die zwölfmonatige Embargofrist ist für das Thema der Digitalisierung der Rechtswissenschaft durch Open Access zu lang bemessen. Es ist beispielsweise zu erwarten, dass die Forschungsergebnisse zu Anzahl und Verfügbarkeit von Open Access-Journals und Repositorien aufgrund der Schnelllebigkeit des Internets in einem Jahr nicht mehr aktuell sind – vielmehr bedarf es zeitnah einer Information der breiten Öffentlichkeit.

Ganz ähnlich verhält es sich mit einer Vielzahl von Aufsätzen, deren Anlass eine aktuelle Gerichtsentscheidung ist. Internetnutzer – und somit auch potentielle Mandanten – können derzeit zur Information über neue, interessante Urteile lediglich auf – leider selten juristisch fundierte – Berichterstattungen in analoger und digitaler Presse zurückgreifen. Ein Zugang zu aktuellen, rechtssicheren Informationen ist für sie aufgrund der häufig in kostenpflichtigen Zeitschriften und Datenbanken versteckten Aufsätzen derzeit nicht möglich.

Insbesondere in öffentlichkeitsrelevanten Themengebieten (Arbeitsrecht, Mietrecht, Verbraucherschutzrecht, Steuerrecht, Medienrecht u.v.a.) sollten Aufsätze daher im Interesse des Gemeinwohls verstärkt Open Access publiziert werden.

In der juristischen Literatur stehen der klassischen Aufsatzliteratur allerdings – anders als in anderen Wissenschaftsdisziplinen – umfangreiche Kommentar- und Handbuchliteratur sowie monographisch verfasste Dissertationen und Habilitationen gegenüber. All diese fallen bisher jedenfalls mangels Beitragseigenschaft nicht unter die Regelung des § 38 IV UrhG. Es wären also nach Zusendung des Standardvertrags durch den Verleger zeitintensive Vertragsverhandlungen notwendig, um die Einräumung eines einfachen Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung zu erreichen und folglich die Information einer breiten Öffentlichkeit zu ermöglichen.

²⁸ Ford, Defining and Charakterizing Open Peer Review: A Review of the Literature, 2013, abrufbar unter https://pdxscholar.library.pdx.edu/ulib_fac/1 (Letzter Abruf: 07.11.2018).

²⁹ Eine vollständige Liste der derzeit verfügbaren Repositorien ist abrufbar unter: <https://tinyurl.com/y8px4wxm> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

³⁰ Für die Rechtswissenschaft existieren derzeit nach Kenntnis der Verfasserin drei deutsche Repositorien (Dokumentenserver): <Int>2Dok als virtuelle Fachbibliothek für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung (abrufbar unter <https://tinyurl.com/ycb4sfnu>), Opinioluris – Die freie juristische Bibliothek (<https://opinioiuris.de>) sowie die Saarbrücker Bibliothek des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität des Saarlandes (abrufbar unter <https://tinyurl.com/ybunxy3n>).

In Bezug auf die erstgenannte „Praktiker-Literatur“ wird – wie auch im Rahmen der Paneldiskussion „Die Perspektive der Verlage“ während der jurOA-Tagung – in diesem Zusammenhang eingewandt, dass eine Open Access-Verfügbarkeit vor dem Hintergrund der kommerziellen Orientierung der Anwaltschaft nicht gerechtfertigt erschiene. Das Gewinnstreben der ohnehin schon gut verdienenden Anwälte sollte nicht durch die freie Verfügbarkeit von Literatur weiter angeheizt werden.³¹ Diese pauschale Ablehnung von Open Access zu Praktiker-Literatur vernachlässigt allerdings einerseits die Eigenschaft der Anwälte als Steuerzahler und somit „Mit-Finanziers“ der aus wissenschaftlicher Forschung resultierenden Kommentare und Handbücher, andererseits den starken Wissenschaftsbezug des deutschen Rechtswesens.

Eine Einbeziehung von Hochschulschriften in Regelungen betreffend Open Access wurde bisher weniger kontrovers diskutiert; vielmehr erscheint sie nach Meinung der auf der jurOA-Tagung Anwesenden überwiegend erstrebenswert, da Monographien häufig von höchster wissenschaftlicher Qualität sind.³² Wären sie für eine breitere Öffentlichkeit verfügbar, würden sie nicht mehr als Pflichtexemplare in der grauen Ecke einer Universitätsbibliothek verstauben, sondern könnten sowohl die Rechtswissenschaft als auch die Praxis mit ihren Erkenntnissen einen erheblichen Schritt voran bringen.³³ Autoren erbringen in diesem Bereich ohnehin durch Druckkostenzuschüsse erhebliche finanzielle Eigenleistungen, die – den finanziellen Strom umgelenkt – eine größere Verbreitung ermöglichen.

Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtslage erscheint es jedoch nicht verwunderlich, dass bisher mit 674 lediglich ein Bruchteil aller 23550 rechtswissenschaftlichen Hochschulschriften als Online-Ressourcen im Sinne des Open Access frei zugänglich im Katalog der Deutschen Nationalbibliothek verzeichnet sind.³⁴

Diese Situation wird bestätigt durch die publikationsartübergreifende Analyse der Scopus Datenbank im Rahmen des Open Science Monitors der Europäischen Kommission, die für die Rechtswissenschaften derzeit noch 90,9 % der Publikationen als „not OA“ verzeichnet.³⁵

IV. Warum sollte sich die derzeitige Situation im juristischen Publikationswesen (nicht) ändern?

Die Idee des Open Access entstand ursprünglich als Reaktion auf die „Publikationskrise“ um die Jahrtausendwende: Unter Ausnutzung ihrer Monopol- bzw. Oligopolstellung und als Reaktion auf notwendige Investitionen in den Aufbau von Online-Datenbanken drehten Verlage zumindest in Bezug auf naturwissenschaftliche Zeitschriften an der Preisschraube, sodass sich Bibliotheken wegen begrenzter Etats in großen Maße gezwungen sahen, Abonnements abzubestellen. Ein Großteil des Wissens, das durch die Forschung öffentlich finanzierter Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler geschaffen worden war, war nunmehr lediglich hinter einer „Paywall“ mittels Einzelkäufen verfügbar. Diese Situation beförderte einen jahrzehntelang praktizierten Missstand zu Tage: So wurde in der Scientific Community kritisiert, dass der Staat im bisherigen System zweifach bezahle – zunächst als Arbeitgeber für

³¹ Kritisch zu diesem Einwand *Hamann* im Impulsreferat „Recht und Open Access – was soll das?“ der jurOA-Tagung.

³² So auch *Steinhauer* in seinem Vortrag zur Perspektive einer Universitätsbibliothek als Akteur in der akademischen Infrastruktur während der jurOA-Tagung.

³³ A.A. *Rux* in der Paneldiskussion „Die Perspektive der Verlage“ während der jurOA-Tagung, der lediglich Universitäten, nicht Anwältinnen und Anwälte als Abnehmer für Monographien ansieht.

³⁴ Der Katalog ist abrufbar unter <https://tinyurl.com/ycbcr75h> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

³⁵ Der Open Science Monitor ist abrufbar unter <https://tinyurl.com/y8mbho63> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

die Forschungstätigkeit und anschließend als Mittelgeber der Bibliotheken für den Zugang zur daraus entstandenen Publikation. Einziger Profiteur schienen die Verlage zu sein, denen grundsätzlich unentgeltlich Beiträge zur Veröffentlichung eingereicht wurden, bevor diese nach grundsätzlich unentgeltlichem Peer-Review durch andere öffentlich finanzierte Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in einem kostenpflichtigen Journal wiederum in der Scientific Community verbreitet wurden.

Man könnte nun argumentieren, dass die Publikationskultur in der Rechtswissenschaft sich erheblich von der anderer Disziplinen unterscheidet:

Keiner der Verlage im juristischen Markt kann eine mit den „großen Playern“ im naturwissenschaftlichen Bereich (STM) vergleichbare Monopolstellung vorweisen.³⁶

Gründe für eine ablehnende Haltung gegenüber Open Access könnten in der Natur der Rechtswissenschaft an sich liegen: So sind beispielsweise Gesetze als Forschungsgegenstände der Rechtswissenschaft seit jeher³⁷ gem. § 5 UrhG urheberrechtlich nicht schutzfähig und daher frei zugänglich.³⁸ Kaum eine andere Wissenschaftsdisziplin kann auf so umfangreiches, frei verfügbares Quellenmaterial zurückgreifen. Und doch ist auch die Rechtswissenschaft für aktuelle Forschung auf Zeitschriftenpublikationen angewiesen, da insbesondere Gerichtsentscheidungen bis heute – anders als auf europäischer Ebene³⁹ – nicht kostenlos digital zugänglich sind. Ein freier Zugang würde nicht nur die Rechtswissenschaft voranbringen; auch die allgemeine Öffentlichkeit könnte zum Zwecke der Verifikation der Medienberichterstattung davon profitieren.

Zudem wird argumentiert, die Rechtswissenschaft sei drittmittelfern und komme – dank anderer Gatekeeper – ohne Metriken aus.⁴⁰ Dies hat zur Folge, dass die meisten rechtswissenschaftlichen Publikationen von den Open Access-Publikationsvorschriften der Drittmittelgeber gar nicht betroffen sind. Allerdings zeigt ein Blick auf die Anzahl der bewilligten Förderungsanträge der großen deutschen Forschungsförderer, dass die Rechtswissenschaften einen Top 10-Platz einnehmen und daher auch von Open Access-Pflichten, die mit Drittmittelförderung einhergehen, betroffen sind.⁴¹ Auf Seiten der Forschungsförderer erfolgt – wie sich auch im Rahmen des interaktiven Forums „Perspektiven auf Open Access im Recht: Bibliotheken, Verlage, Wissenschaft, Rechtspraxis“ der jurOA-Tagung herausstellte – bisher allerdings selten eine konsequente Durchsetzung dieser Regelungen. Um eine breite Verfügbarmachung juristischer Erkenntnisse zu gewährleisten, sollte hierauf seitens der Forschungsförderer ein verstärktes Augenmerk gelegt werden.

Auch bisherige Publikationsgewohnheiten könnten die bestehende ablehnende Haltung begründen:

Anders als in anderen Wissenschaftsdisziplinen erhalten juristische Autorinnen und Autoren in der Regel Honorare für ihre Zeitschriftenbeiträge. Dies wird seltener; mit einer verstärkten Nutzung von Open Access würden Honorarzahungen wohl der Vergangenheit angehören.

³⁶ So Hamann in seinem im Impulsreferat „Recht und Open Access – was soll das?“ der jurOA-Tagung.

³⁷ Bereits gem. §§ 16, 26 KUG von 1901 war die freie Nutzung von amtlichen Werken zulässig.

³⁸ Schmidt, Open Access, 2016, S. 26.

³⁹ Die amtliche Veröffentlichung der Rechtsprechung der Gerichte, aus denen sich der Gerichtshof der Europäischen Union zusammensetzt, ist seit 01.01.2012 vollständig auf der Website EUR-Lex (<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>) verfügbar (Letzter Abruf: 07.11.2018).

⁴⁰ So die Thesen von Hürlimann im Impulsreferat „Recht und Open Access – was soll das?“ der jurOA-Tagung.

⁴¹ So Hürlimann im Impulsreferat „Recht und Open Access – was soll das?“ der jurOA-Tagung.

Existenzgefährdend wäre eine solche Veränderung allerdings wohl für keinen juristischen Autor.

Vielmehr würde dieser durch nicht-monetäre Vorteile „entschädigt“ werden: Es ist inzwischen empirisch belegt, dass Open Access-Artikel häufig rezipiert werden als entsprechende Non-Open Access-Publikationen.⁴² In einer amerikanischen Studie explizit für den juristischen Bereich wurde sogar belegt, dass Open Access-Publikationen gegenüber Artikeln in herkömmlichen Non-OA-Journals einen Zitationsvorteil von 53 % besitzen.⁴³ Ähnliche Ergebnisse verzeichnet die Studie auch für die Zitation von Open Access-Publikationen in Gerichtsurteilen.⁴⁴ Zwar existieren bisher keine Studien für den deutschen juristischen Bereich; verwandte Studien in anderen Wissenschaftsbereichen bestätigen diese Ergebnisse jedoch für das deutsche Hoheitsgebiet.⁴⁵

Die verstärkte Rezeption von Open Access-Inhalten ist vor allem darauf zurückzuführen, dass Publikationen bei freier Verfügbarkeit von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern gelesen werden, auch wenn sie auf den ersten Blick nicht hundertprozentig relevant erscheinen.⁴⁶

Für den juristischen Publikationsmarkt hätte eine vermehrte Open Access-Nutzung den besonderen Effekt, dass ein erweitertes Publikum erreicht werden könnte: Die vielen Anwältinnen und Anwälte, die zur Mandantenakquise publizieren, würden mittels Open Access einen viel größeren Kreis an Interessierten erreichen. Bis heute leisten lediglich die existierenden juristischen Blogs diesen wichtigen Beitrag zur Öffnung der Rechtswissenschaften. Sie decken aber nur thematische Teilbereiche ab.⁴⁷

Häufig wird angeführt, dass die Rechtswissenschaft eine rein nationale und geschlossene Wissenschaft sei.⁴⁸ Unter dem Deckmantel des Arguments, Text und Publikum müssten zusammenpassen, beabsichtige man meist gar keine allgemeine Zugänglichkeit, sondern präferiere den abgeschlossenen Leserkreis einer Archivzeitschrift gegenüber dem Hebeleffekt der digitalen, vor allem sozialen Medien.⁴⁹ Für wenige Publikationen, die höchstjuristische Probleme betreffen, mag diese mangelnde Relevanz außerhalb der Rechtswissenschaft zutreffen. Ein Großteil der juristischen Publikationen regelt allerdings Sachverhalte, die Berührungspunkte zu anderen Disziplinen aufweisen,⁵⁰ weshalb eine weitere Verbreitung der Inhalte wünschenswert wäre. Neben der Kommunikation mit Fachvertretern, der Karriereförderung und der Reputationssteigerung⁵¹ sollte daher heute das Herstellen einer Öffentlichkeit, die durchaus auch Mehrwert im juristischen Exkurs bringen könnte, eine wichtige Publikationsmotivation darstellen.

⁴² Ottoviani, The Post-Embargo Open Access Citation Advantage, 2016, abrufbar unter <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0159614> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

⁴³ Donovan/Watson/Osborne, The Open Access Advantage for American Law Reviews, 3A Edison L. & Tech. 1 (2015), abrufbar unter: http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/989, S. 8 (Letzter Abruf: 07.11.2018).

⁴⁴ Donovan/Watson/Osborne, The Open Access Advantage for American Law Reviews, 3A Edison L. & Tech. 1 (2015), abrufbar unter: http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/989, S. 16ff (Letzter Abruf: 07.11.2018).

⁴⁵ Tunger, in: Söllner/Mittermaier, Praxishandbuch Open Access, 2017, S. 43.

⁴⁶ So auch Hürlimann im Impulsreferat „Recht und Open Access – was soll das?“ der jurOA-Tagung.

⁴⁷ Z.B. www.voelkerrechtsblog.org oder <https://verfassungsblog.de/> (Letzter Abruf jeweils 07.11.2018).

⁴⁸ So die Thesen von Hürlimann im Impulsreferat „Recht und Open Access – was soll das?“ der jurOA-Tagung.

⁴⁹ So Steinhauer während der Diskussion nach Herberger's Keynote der jurOA-Tagung.

⁵⁰ So auch Hürlimann in seinem Impulsreferat „Recht und Open Access – was soll das?“ der jurOA-Tagung.

⁵¹ So auch Herberger in seiner Keynote auf der jurOA-Tagung.

Eine flächendeckende Umstellung auf Open Access würde dies auf einfache Art verwirklichen, ohne zwingend neue Infrastruktur aufbauen zu müssen. Denn es existieren bereits zahlreiche Open Access Journals und Repositorien, in die eine Einstellung der Publikation möglich wäre.

Häufig wird der pauschale Einwand der geringen Qualität⁵² sowie der mangelnden Reputation von Open Access Publikationen⁵³ geäußert. Beide Argumente zeigen aber lediglich, dass es bei rechtswissenschaftlichen Autoren und Autorinnen genau wie in vielen anderen Wissenschaftsdisziplinen⁵⁴ vielfach an der Kenntnis und dem Verständnis für das Open-Access-System mangle.

V. Wodurch sollte die Situation in der Rechtswissenschaft verändert werden?

Es muss Aufklärungsarbeit betrieben und die einfache Umsetzung von Open Access-Publikationen gefördert werden: So waren sich auch während des interaktiven Forums „Perspektiven auf Open Access im Recht: Bibliotheken, Verlage, Wissenschaft, Rechtspraxis“ der jurOA-Tagung alle einig, dass dies effektiv nicht durch Absichtserklärungen (wie z.B. die Berliner Erklärung), Leitlinien (wie z.B. die der DFG seit 2006 oder deutschen Wissenschaftsorganisationen) oder Open Access Strategien (wie z.B. die des BMBF) geschehe; vielmehr sollten wie bei cOALition S⁵⁵ terminierte Implementierungsziele gesetzt werden, um einen Wandel im Publikationssystem herbeizuführen.

Zu denken wäre erstens daran, die Autoren bereits in Verlagsverträgen über das gesetzliche Zweitverwertungsrecht gem. § 38 IV UrhG zu informieren. Zweitens sollten an einem gut auffindbaren Ort im Internet Möglichkeiten zur Open Access-Veröffentlichung dargestellt werden, indem über einzelne Themenschwerpunkte der bestehenden Open Access-Journals und Open Access-Repositorien und die jeweiligen Voraussetzungen einer Veröffentlichung darin informiert wird. Denn bei geringen Transaktionskosten und gleichem Nutzen ist ein potentieller „Kunde“ gewillt, etwas Neues auszuprobieren.⁵⁶

Dem Bedürfnis nach Information sollte drittens bereits die juristische Hochschulausbildung durch eine verstärkte Vermittlung von Open Access-Publikationsmöglichkeiten und einer gelebten offenen Wissenschaftskultur Rechnung tragen.

Gedacht werden könnte auch an einen generellen Zwang zur Open Access-Publikation: Hierauf hat der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2014 wohl aus verfassungsrechtlichen Gründen bewusst verzichtet.⁵⁷ Dagegen wagte der baden-württembergische Gesetzgeber mit § 44 VI LHG einen Schritt in die richtige Richtung:⁵⁸ § 44 VI LHG ermächtigt die Hochschulen des Landes zur Einführung einer satzungsmäßigen Pflicht der Open Access-Veröffentlichung auf

⁵² Kritisch dazu *Steinhauer* während des Dinner Talks der jurOA-Tagung.

⁵³ So *Schönberger* in *Wagner*, Professoren klagen gegen kostenfreie Artikel-Zweitnutzung, Deutschlandfunk-Artikel vom 25.01.2017 (Abrufbar unter <https://tinyurl.com/ybhnt47x>; letzter Abruf: 07.11.2018). Kritisch dazu *Herberger* in der Keynote der jurOA-Tagung.

⁵⁴ *Severin*, Der Weg zu Open Access in den Geistes- und Sozialwissenschaften: Publikationspraktiken, Hindernisse und Potenziale, Vortrag auf den Open Access-Tagen Graz 2018, abrufbar unter DOI: 10.5281/zenodo.1441034 (Letzter Abruf: 07.11.2018).

⁵⁵ cOALition S ist eine europäische Initiative öffentlicher Forschungsförderer, allerdings derzeit ohne deutsche Beteiligung. Details unter <https://www.scienceeurope.org/coalition-s/> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

⁵⁶ *Dreze/Stern*, The Theory of Cost-Benefit Analysis, 1987, abrufbar unter <http://personal.lse.ac.uk/sternn/040NHS.pdf> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

⁵⁷ BT-Drs. 17/13423, S. 9f.

⁵⁸ Gleiches ist mit Einführung des § 86 I UG zur Open Access-Veröffentlichungspflicht für Dissertationen zu beobachten.

der Green Road nach Ablauf der zwölfmonatigen Embargofrist.⁵⁹ Die Universität Konstanz –
führend in Fragen des Open Access – nutzte sogleich diese Möglichkeit.⁶⁰ Doch diese Öffnung
der Wissenschaft dauerte nicht lange: 17 – (für viele überraschenderweise) vor allem aus den
Rechtswissenschaften stammende – Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler der
Universität stellten beim Verwaltungsgerichtshof Mannheim Normenkontrollantrag gem. § 47
I VwGO und rügten einen Eingriff in ihr Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III GG).
Das Verfahren wurde mit Beschluss vom 26.09.2017 allerdings ausgesetzt, um die
Entscheidung des BVerfG darüber einzuholen, ob § 44 VI LHG gegen die grundgesetzliche
Kompetenzordnung (Art. 71, 73 I Nr. 9 GG) verstoße.⁶¹ Daher wird auch nach Abschluss des
Verfahrens erst einmal ungeklärt bleiben, ob eine entsprechende Open Access-Verpflichtung
mit den Grundrechten der Autoren (Art. 5 III GG, Art. 14 I GG) sowie den Grundrechten der
Verleger (Art. 12 I, 14 I GG) vereinbar ist.⁶² Fest steht: Das Argument, dass sich eine
Verfassungswidrigkeit bereits vor dem Hintergrund der fehlenden Infrastruktur für Open
Access (Repositorien etc.)⁶³ herleiten lässt, zählt im Jahr 2019 nicht mehr: Die Infrastruktur
wäre vorhanden. Die Ampeln stehen folglich auf „grün“ bzw. „gold“⁶⁴ – vielmehr bedarf es
jetzt eines Dialogs darüber, wie das rechtswissenschaftliche Publikationswesen die
Möglichkeiten der Digitalisierung zur juristischen Auseinandersetzung und zur
Verfügbarmachung von Wissen nutzen soll. Wie soll in der Zukunft in den
Rechtswissenschaften kommuniziert werden?

⁵⁹ Drittes Hochschulrechtsänderungsgesetz – 3. HRÄG vom 01.04.2014, GBl. S. 99, 140.

⁶⁰ Amtliche Bekanntmachung der Universität Konstanz Nr. 90/2015 – Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts gem. § 38 Abs. 4 UrhG vom 10. Dezember 2015, abrufbar unter <https://tinyurl.com/y9976uxu> (Letzter Abruf: 07.11.2018).

⁶¹ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.9.2017 – 9 S 2056/16, ZUM 2018, 211-224.

⁶² Für eine Grundrechtskonformität: *Bäuerle*, in Britz (Hrsg.), *Forschung in Freiheit und Risiko*, 2012, S. 11f und *Peukert/Sonnenberg*, *Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems*, DOI 10.1515/9783110448115-008. Für eine Verfassungswidrigkeit: *Rieble* in: *Reuß/Rieble* (Hrsg.), *Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit*, 2009, S. 29ff.

⁶³ *Peukert*, in: *Grünberger/Leible* (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer im Informationszeitalter*, 2014, S. 171.

⁶⁴ *Vogel, I.* in seinem Vortrag zu Perspektiven aus der akademischen Infrastruktur auf der jurOA-Tagung.