

OPEN ACCESS

Prof. Dr. Ellen Euler*

Open Access in der Wissenschaft und die Realitäten des Rechts

I. Ausgangslage: Digitalisierung, Wissenschaft & Open Access

Digitalisierung und der digitale Wandel haben für die *Wissenschaft*, die von einem interdisziplinären und internationalen Austausch von Erkenntnissen lebt, unzählbare Chancen und Möglichkeiten sowie positive Veränderungen mit sich gebracht.¹ Technologisch gesehen kann mit Hilfe von Digitalisierung und Internet auf das gesamte Wissen der Welt zu jeder Zeit von jedem Ort aus unbeschränkt zugegriffen werden. Jedoch müssen dazu die Inhalte auch faktisch zugänglich sein. Die Forderung nach einem (kosten- & barriere-) ² freien Zugang zu wissenschaftlichen Ergebnissen und Erkenntnissen beschreibt den Kern der *Open Access* Bewegung und verhält sich damit komplementär zu den Eigengesetzlichkeiten und Kommunikationsbedingungen moderner Wissenschaft,³ “die sich als universeller, globaler, kooperativer und un abgeschlossener Zusammenhang” vollzieht und als solche einen möglichst umfassenden Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen voraussetzt.⁴ In der Wissenschaft gilt

* Die Verfasserin ist Professorin an der Fachhochschule Potsdam am Fachbereich Informationswissenschaften und lehrt dort mit Schwerpunkt Open Access/Open Data/Open Science.

1 Wobei sich nicht gleichermaßen auch die digitalen Kompetenzen der Menschen im Wissenschaftsbetrieb entwickelt haben, sodass hier ein struktureller Veränderungsprozess insgesamt anzustoßen ist, damit die Chancen und Potenziale auch ausgenutzt werden können.

2 Peter Suber hat das heruntergebrochen auf die Unterscheidung in “Gratis (= kostenfreier Zugang) und Libre (= Zugang mit Nutzungsmöglichkeiten) Open Access”; siehe: *Suber*, *Gratis and Libre Open Access*, SPARC Open Access Newsletter August 2008, abrufbar unter: <https://perma.cc/9A93-83DR>.

3 Wissenschaft als den planmäßigen Versuch zur Ermittlung der Wahrheit und geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen; vgl. auch: BVerfG, Urt. v. 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 u. 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79, 112 ff. – *Hochschulurteil*; BVerfG, Beschl. v. 1.3.1978 – 1 BvR 333/75 u.a., BVerfGE 47, 327, 367 – *Hessisches Universitätsgesetz*.

4 *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, in: Grünberger/Leible, *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten im Informationszeitalter*, 2014, S. 145, 145 ff., abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2268901>; *Fröhlich*, IWP

nicht "Wissen ist Macht", sondern "Wissen macht Wissen", denn wissenschaftliche Erkenntnisse bauen in der Regel auf vorangegangenen Erkenntnissen auf.

Open Access beschränkt sich aber nicht auf den Zugang zu Inhalten, also die Möglichkeit diese z.B. als Lesende zu rezipieren. Darüber hinaus sehen die drei B-Erklärungen zu Open Access (Budapest 2002, Bethesda 2003, Berlin 2003) erst dann einen barrierefreien Zugang realisiert, wenn neben dem Zugang auch weitergehende Nutzungsfreiheiten gegeben sind. So rekurriert die Erklärung der "Budapest Open Access Initiative" (BOAI) aus dem Jahr 2002 ausdrücklich auf freien Zugang und die freie Nutzung von wissenschaftlichen Publikationen.⁵ Das "Bethesda Statement on Open Access Publishing" weitet die Forderung nach freien Nutzungsmöglichkeiten aus der BOAI-Erklärung auf die Möglichkeit aus, Bearbeitungen herzustellen und teilen zu dürfen („license to make and distribute derivative works“).⁶ Die „Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“ umfasst die Forderungen nach offenem Zugang und freien Nutzungsmöglichkeiten von öffentlich finanziertem Wissen in Form von Publikationen einschließlich Forschungsdaten, Metadaten, Code, Schaubilder, Grafiken etc. aus allen Bereichen einschließlich dem Kulturerbebereich.⁷

Open Access beinhaltet also sowohl Zugang als auch weitergehende Nutzungsrechte an Inhalten aus öffentlich finanzierter Wissenschaft und Forschung, ist gleichzeitig medientypübergreifend und bezieht sich nicht nur auf wissenschaftliche Sprachwerke.

Erst wenn sowohl Zugang als auch umfassende Möglichkeiten der Nutzung medientypübergreifend gegeben sind, lassen sich die vollen Potenziale digitaler und vernetzter Medien ausschöpfen und können neue Methoden (wie z.B. quantitative Textanalysen in den Geistes- und Sozialwissenschaften) zu neuen Erkenntnissen führen. Denn während kollaborative und transdisziplinäre Zusammenarbeit im analogen Raum an ihre natürlichen Grenzen stößt, ermöglichen Digitalisierung und Vernetzung, dass Inhalte und Daten über Plattformen weltweit in Sekundenschnelle geteilt und genutzt werden können. Die Wirksamkeit arbeitsteiliger Forschung und des gemeinsamen Zugriffs auf offene Inhalte und Daten haben eindrücklich Projekte wie das Humangenomprojekt, die Studien zur EHEC-Epidemie, der Kampf gegen das Ebola-Virus, sowie die Erdoberflächenforschung mit Fernerkundungsdaten aus dem Landsat-Programm dargelegt.⁸ Der aktuelle Wettlauf um einen Impfstoff gegen COVID-19 zeigt beispielhaft,

2009, 253, 253 ff., abrufbar unter: http://eprints.rclis.org/13561/1/iwp2009_5_froehlich.pdf, zuletzt abgerufen am 27.1.2020.

5 Erklärung der Budapest Open Access Initiative (BOAI) aus dem Jahr 2002 ausdrücklich auf freien Zugang und die freie Nutzung von wissenschaftlichen Publikationen, abrufbar unter: <https://perma.cc/6V9N-7RJV>.

6 Bethesda Statement on Open Access Publishing, abrufbar unter: <https://perma.cc/GHB7-9KUK>.

7 Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen, abrufbar unter: <https://perma.cc/RE7C-CF6M>.

8 Zum Humangenomprojekt siehe SPARC Website, abrufbar unter: <https://perma.cc/M8WK-E EUP>. Demnach konnte durch Öffnung der Daten die Sequenzierung der menschlichen DNA vier Jahre vor dem Plan abgeschlossen werden und hat das Projekt zwischen 1988 und 2012

warum ein schneller und uneingeschränkter Zugang, Open Access, in Wissenschaft und Forschung wichtig ist und das in mehrfacher Hinsicht:

Einerseits ist Open Access vorliegend wichtig, um gemeinsam an Lösungen arbeiten zu können, denn aufgrund der Natur einer Pandemie und der Tatsache, dass COVID-19 vor dem Ausbruch WissenschaftlerInnen unbekannt war, ist es für nur eine einzelne Organisation, Institution oder/und Regierung unmöglich, diese Krise allein zu bewältigen.⁹ Als Reaktion auf die Bedrohung durch COVID-19 haben daher wissenschaftliche Berater aus zwölf Ländern (einschließlich Deutschland) einen offenen Brief unterzeichnet, in dem sie die wissenschaftlichen Verleger auffordern, der Öffentlichkeit über die Plattform PubMed Central oder die COVID-Datenbank der Weltgesundheitsorganisation alle COVID-19-Forschungsarbeiten frei zugänglich zu machen.¹⁰ Es handelt sich um einen dringenden Aufruf für eine offene Wissenschaft, also die freie Verfügbarkeit von Werkzeugen, Daten und Publikationen, die aus öffentlich finanzierter Forschung resultieren.¹¹

Andererseits ist Open Access vorliegend wichtig, um der Allgemeinheit einen einfachen Internetzugang zu Wissen zu ermöglichen, denn diese ist zu großen Teilen durch die zur Eindämmung des Virus notwendigen Maßnahmen wie Ausgangssperren oder zumindest die Aufforderung zu Hause zu bleiben und Kontaktverbote, sowie die Schließung öffentlicher Orte wie Bibliotheken und ganzer Hochschulen weitgehend vom gewohnten Informationszugang ausgeschlossen. Für Studierende wird mit einem Mal spürbar, in welchen Informationsoasen sie sich an den Hochschulen befinden und dass der Zugang zu Wissen über das Internet keinesfalls selbstverständlich ist.

insgesamt 965 Milliarden Dollar an Wirtschaftsleistung erwirtschaftet, wodurch mehr als 293 Milliarden Dollar an persönlichem Einkommen durch Löhne und Sozialleistungen und fast 4 Millionen Arbeitsplätze (direkt und indirekt) geschaffen werden konnten. Zum Landsat-Programm, abrufbar unter: <https://perma.cc/5QMZ-3ZXW>. In dem Beitrag bei ScienceDirect werden die vielfältigen Vorteile offener Daten und offenen Zugangs zu Wissen aufgezeigt. Neben den wissenschaftlichen Mehrwerten zeigt der Beitrag auf, dass die Landsat-Aufnahmen zu einem wirtschaftlichen Vorteil von 1,7 Billionen Dollar in den USA und 400 Millionen Dollar außerhalb der USA allein im Jahr 2011 geführt hat.

9 Wissenschaftliche Studien zum Coronavirus werden z.B. auf den Preprint Servern medRxiv (www.medrxiv.org) oder bioRxiv (www.biorxiv.org) veröffentlicht, sowie dazugehörige Forschungsdaten über die GISAID-Initiative (www.gisaid.org), einer Datenplattform für Influenzaviren-Daten. Darauf greift z.B. auch das interaktive webbasierte Dashboard des Johns Hopkins University's Center for Systems Science and Engineering (CSSE) zurück, das als Live-Kartenansicht die weltweite Ausbreitung des Virus visualisiert. Außerdem hat das Allen Institut für künstliche Intelligenz (AI2) zusammen mit anderen Forschungsgruppen ein COVID-19 Forschungsdatenset (CORD-19) mit über 29.000 Volltexten über COVID-19 und die Coronavirus-Virenfamilie zur Verwendung durch die globale Forschungsgemeinschaft veröffentlicht. Der Datensatz ist die bislang umfassendste maschinenlesbare Coronavirus-Literatursammlung, die für das Text-and-Data-Mining verfügbar ist und ständig aktualisiert wird, abrufbar unter: <https://perma.cc/CV4Q-NAWC>.

10 Siehe der offene Brief vom 13.03.2020 „Call for Open Access to COVID-19 Publications“, abrufbar unter: <https://perma.cc/AMN9-9BV4>.

11 Die beiden großen Wissenschaftsverlage Elsevier und Springer haben bereits angekündigt, für die Dauer der Coronavirus-Bedrohung diesbetreffende Artikel für die Wissenschaft frei zur Verfügung zu stellen.

Neben einem freien Zugang sind offene Formate, Standards, Schnittstellen und freie Lizenzen wichtig für Open Access Angebote, denn sie ermöglichen den Einsatz neuer Methoden (data science) zur Gewinnung neuer Erkenntnisse auch außerhalb der Wissenschaft und machen Inhalte und Daten für Citizen Science Projekte¹² verfügbar. Sie bereichern und ermöglichen andererseits Linked Open Data und das semantische Netz sowie entsprechende Suchanfragen, denn je umfassender offene Wissensdatenbanken wie Wikidata sind, desto besser sind die darauf aufbauenden Tools, die semantische Suchanfragen ermöglichen.¹³

Dieser Zusammenhang wird von Forschenden regelmäßig nicht gesehen oder verstanden, da sie von der Institution, an der sie affiliert sind, mit Zugängen zu Informationen versorgt werden und keine Versorgungs- oder Zugangsprobleme haben, oder/und auch keine digitalen Methoden für Analysen oder Aggregation und Auswertung von Daten vornehmen, sondern vom Szenario der klassischen textuellen Publikationen ausgehend denken. So kommt es, dass man selbst am Ende eines flammenden Plädoyers für Open Access mit der ernüchternden Frage konfrontiert werden kann: „Reicht es nicht aus, wenn wir unsere Beiträge über ResearchGate bereitstellen?“¹⁴ Dies zeigt auf, dass Open Access aus den unterschiedlichen Wissenschaftsbereichen heraus sehr verschieden wahrgenommen und gedacht wird.¹⁵

Gerne wird hierbei die allgemeine Öffentlichkeit aus dem Blick verloren, die – zumal da, wo Wissenschaft öffentlich finanziert wird – ein berechtigtes Interesse daran hat, dass die öffentlich finanzierten Erkenntnisse aus Wissenschaft und Forschung als Gegenwert für die öffentlichen Investitionen möglichst effizient und kostengünstig verbreitet werden und ein möglichst umfassender Zugang nicht nur innerhalb der Wissenschaft, sondern auch darüber hinaus gegeben ist.¹⁶ Auch und insbesondere dieses Ziel verfolgt die globale Open-Access-Bewegung, die mit dem Versprechen angetreten

12 Definition des Grünbuchs „Citizen Science Strategie 2020 für Deutschland“ von „Bürger schaffen Wissen“: „Citizen Science beschreibt die Beteiligung von Personen an wissenschaftlichen Prozessen, die nicht in diesem Wissenschaftsbereich institutionell angebunden sind. [...] Wichtig ist [...] die Einhaltung wissenschaftlicher Standards, wozu vor allem Transparenz im Hinblick auf die Methode der Datenerhebung und die öffentliche Diskussion der Ergebnisse gehören; siehe: *Bonn/Richter/Vohland u.a.*, Grünbuch Citizen Science Strategie 2020 für Deutschland, Berlin 2016, S. 13, abrufbar unter: <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:10:1:1-20160621985>, zuletzt abgerufen am 27.1.2020. So wird z.B. auch durch ehrenamtliche Ortschronisten, offene Werkstätten, FabLabs sowie Wissenschaftsläden u.v.m. Forschung betrieben.

13 Linked Open Data kann nur so gut sein wie die Datengrundlage und deren Vernetzung.

14 So geschehen z.B. nach einer Erläuterung der Voraussetzungen und Chancen von Open Access unter Hinweis darauf, dass Researchgate, ein soziales Netzwerk im Wissenschaftsbereich, welches eine Plattform bereitstellt, über die Inhalte unter den WissenschaftlerInnen ausgetauscht werden können, alle Bedarfe der Wissenschaft erfülle; abrufbar unter: <https://perma.cc/GWF6-RREH>.

15 Siehe zu den Bedarfen der unterschiedlichen Wissenschaftsbereiche die Übersicht bei Open Access Net, abrufbar unter: <https://open-access.net/informationen-fuer-verschiedene-faecher>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

16 Die Forderung „Öffentliches Geld = Öffentliches Gut“ (#ÖGÖG) ist auch die Überschrift einer Kampagne der Wikimedia e.V., abrufbar unter: <https://perma.cc/Y5SV-W7T5>. Die

ist, öffentlich finanziertes Wissen mittels der neuen digitalen Technologien für die Allgemeinheit vollumfassend zugänglich und nutzbar zu machen. Es hat seinen Niederschlag in zahlreichen Erklärungen und Empfehlungen auf globaler, europäischer und nationaler Ebene gefunden.¹⁷

Zumindest in Bezug auf die textuellen Publikationen darf man sich zu Recht fragen, wieso auch zwanzig Jahre nach Beginn der Open-Access-Bewegung diese größtenteils noch immer über zugangskontrollierte Datenbanken der Verlage nur bestimmten Zielgruppen und auch nur zur lesenden Rezeption zur Verfügung stehen. Denn technologisch gesehen ist der Traum eines freien und ungehinderten, umfassenden Zugangs zu Publikationen aus öffentlich finanzierter Wissenschaft und Forschung ohne Weiteres realisierbar. In einigen Bereichen von Wissenschaft und Forschung fehlt es jedoch noch immer an den passenden strukturellen, finanziellen und vor allem rechtlichen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen.

Im Ergebnis liegt der Anteil von Open-Access-Publikationen am Gesamtpublikationsaufkommen daher auch im Jahr 2020 erst bei ca. 31 % aller bei CrossRef verzeichneten Zeitschriftenartikel.¹⁸ In der Auswertung enthalten sind die Open-Access-Abstufungen Gold, Grün, Hybrid und Bronze, wobei Grün und Bronze mit über 10 % Anteil nur den kostenfreien Zugang umfassen, hingegen keine Nachnutzungsmöglichkeiten erlauben.¹⁹

Das strukturelle Problem und der langsame Zuwachs von Open Access liegen wohl vor allem darin begründet, dass die mit der Zeitschriftenkrise²⁰ begonnene Konzentration des Zeitschriftenmarktes auch durch die Open-Access-Bewegung keinen Abbruch gefunden hat.

Online Enzyklopädie Wikipedia ist mit 15 Mio. Seitenaufrufen pro Tag die wohl größte Wissensdatenbank weltweit. Leider sind die das von der Allgemeinheit hier zusammengetragenen Wissens referenzierenden wissenschaftlichen Beiträge wiederum größtenteils nicht zugänglich.

- 17 Vgl.: ROARMAP (Registry of Open Access Repository Mandates and Policies), abrufbar unter: <https://perma.cc/7TVZ-N5QS>, SHERPA Juliet, abrufbar unter: <https://perma.cc/59JV-WMUL> sowie die chronologische Liste „Declarations in support of OA“ des Open Access Directory, abrufbar unter: <https://perma.cc/manage/create?folder=56370-57741>.
- 18 Diese machen allerdings über die Hälfte (52 %) der weltweiten Leserschaft aus. Die Prognose für 2025 ist, dass 44 % im OA zur Verfügung stehen und 70 % der Leserschaft ausmachen; siehe: *Piowar/Priem*, The Future of OA: A large-scale analysis projecting Open Access publication and readership, veröffentlicht auf bioRxiv am 9.10.2019, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1101/795310>.
- 19 Gold = Publikationen in einer im Directory of Open Access Journals (DOAJ) gelisteten OA Zeitschrift, Green = kostenpflichtiger Zugang über den Verlag, zeitgleich oder zeitversetzt kostenfreier Zugang über ein Repositorium, Bronze = Kostenfreier Zugang über den Verlag, aber keine freie Lizenz, Hybrid = Kostenfreier Zugang mit freier Lizenz in einer ansonsten kostenpflichtigen Zeitschrift; vgl.: *Schmeja*, Gold, Grün, Bronze, Blau...: Die Open-Access-Farbenlehre, abrufbar unter: <https://perma.cc/9CW4-CS3V>.
- 20 Die „Zeitschriftenkrise“ beschreibt den Teufelskreis der Anfang der 2000er durch steigende Bezugspreise von Zeitschriften einsetzte, die bei sinkenden oder bestenfalls gleichbleibenden Bibliothekserwerbungssetats zu Abbestellungen führten, die wiederum zu Preiserhöhungen führten usw.

Das akademische Publikationswesen liegt heute global betrachtet mehrheitlich in den Händen von fünf großen Verlagen (Wiley & Sons; Elsevier (=RELX PLC), Taylor & Francis (=Informa PLC), Sage, Springer Nature), die zusammen über die Hälfte der publizierten Fachbeiträge herausgeben.²¹ Der europäische bzw. der deutsche Markt spielt für die genannten „Big Five“ eine untergeordnete Rolle. Gleichzeitig haben zumindest im globalen Norden bisherige Non-Profit-Organisationen wie Forschungsgesellschaften und Hochschulen in zunehmendem Maße ihre Marktanteile an Publikationsorganen und Verlagen an die Wirtschaft abgetreten.²²

Aufgrund ihrer Marktmacht können die Verlage ein faktisches Monopol in Bezug auf die durch sie vermittelten Inhalte aufbauen, indem sie sich von den UrheberInnen die ausschließlichen Rechte an Publikationen abtreten lassen. Im Ergebnis stehen die nicht substituierbaren Erkenntnisse öffentlich finanzierter Wissenschaft und Forschung somit auch weiterhin Forschung und Gesellschaft nur zu den Bedingungen der Verlage zur Verfügung, nämlich im Grundsatz über exklusive, zugangskontrollierte Online-Datenbanken, für deren Nutzung eine Pauschale (für die Nutzung der Datenbank oder Teilen davon) oder individuelle (für die Nutzung einzelner Beiträge via „Pay per Click“) Lizenzgebühr zu zahlen ist. Dabei können die großen Verlage aufgrund der starken Konzentration und des Anbietermonopols die Preise für den Zugang diktieren.²³

Das Interesse an der Realisierung eines möglichst hohen Gewinns der teilweise börsennotierten Aktiengesellschaften²⁴ widerspricht in Verbindung mit der marktbeherrschenden Stellung²⁵ dem Gemeinwohlinteresse.

Das zeigt sich zunächst in den realisierten Gewinnmargen, die mit bis zu 40 % jene von Wertschöpfenden aus der Industrie um ein Vielfaches übertreffen.²⁶ Während die Verlage vor Open Access ihre Marktmacht genutzt haben, um die Preise der Zugangsabonnements (sog. Subskriptionspreise) zu definieren, definieren sie heute die Publika-

21 Vgl.: *Larivière/Haustein/Mongeon*, The Oligopoly of Academic Publishers in the Digital Era, PLOS ONE 10(6): e0127502, 2016, abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pone.0127502>.

22 Anders im globalen Süden, wo Not-for-Profit-Plattformen und konsortiale Publikationsmodelle eine lange Tradition haben. Siehe z.B. AMELICA: <https://perma.cc/K6CN-KHV2>.

23 Lange Zeit gab es außerdem keine Transparenz und Vergleichbarkeit für die Abschlüsse und lag die Vermutung nahe, dass sich diese je nach Finanzkraft der Hochschulbibliothek unterschieden hat. Dies wird zunehmend durch Verhandlungskonsortien entkräftet.

24 Siehe Aktie John Wiley & Sons Inc. WKN: 909878 / ISIN: US9682232064, Aktie RELX PLC (ex Reed Elsevier) WKN: A0M95J / ISIN: GB00B2B0DG97, Informa PLC (Mediengruppe, die Taylor & Francis beinhaltet) WKN: A114PLJersey; ISIN: GB00BMJ6DW54, Sage Aktie WKN: A1WYYZ / ISIN: GB00B8C3BL03; zuletzt plant auch Springer Nature einen neuen Anlauf an die Börse, Nachricht bei Wirtschaftswoche vom 16.1.2020, abrufbar unter: <https://perma.cc/EJF2-TEZV>.

25 Vgl. die Beschwerde bei der EU-Generaldirektion „Wettbewerb“ gegen die RELX Gruppe von Brembs/Tennant: RELX referral to EU competition authority, 26.10.2018, abrufbar unter: <http://doi.org/10.5281/zenodo.2565052>.

26 Zu den Preissteigerungen auf dem Zeitschriftenmarkt, die bei sinkenden Kosten der digitalen Distribution nicht auf Mehrkosten basieren, siehe: *Eger/Scheufen*, The Economics of Open Access – On the Future of open Access Publishing, 2018, S. 23 ff.

tionsgebühren (sog. “Article Processing Charges”) und realisieren so weiterhin hohe Gewinne auch mit Open-Access-Publikationen.²⁷ Diese Publikationskostenmodelle lassen sich mit den Finanzierungsmodellen für den Zugang (Subskriptionskostenmodellen) kombinieren (zum Beispiel durch Hybridzeitschriften und Offsetting-Modelle sowie Paketpreise für Staffellungen von Zeitschriften) und werden meist ebenfalls an öffentliche Träger weitergegeben (sog. double dipping).

Dass die marktbeherrschende Stellung nicht zur Maximierung des Gemeinwohlinteresses, sondern zur Maximierung des Shareholder Value genutzt wird, zeigt sich jedoch auch darin, dass sich auch dreißig Jahre nach der Erfindung des World Wide Web, das als vernetzte Struktur den globalen, sofortigen digitalen Wissensaustausch überhaupt erst ermöglicht, die digitalen Konzepte offener Wissenschaft noch nicht vollumfänglich durchgesetzt haben,²⁸ sondern stattdessen das analoge Publikationswesen mit wenigen Innovationen, die vor allem den Verlagen nutzen (Scoring und Metriken), ins Digitale übertragen wurde.²⁹

Open Access in der Wissenschaft setzt dagegen neben dem Zugang zu Publikationen auch Strategien und Verfahren voraus, die darauf abzielen, die Chancen der Digitalisierung konsequent zu nutzen und innovative Publikationslösungen zu entwickeln.³⁰

Das Ziel ist hierbei immer, die Qualität und Bandbreite der Forschung zu verbessern und Forschungsförderung effizienter einzusetzen. Zusätzlich sollen durch Öffnung und Transparenz der Wissenstransfer in und der Dialog mit Gesellschaft, Wirtschaft und Politik verbessert werden.

Ein weiteres strukturelles Problem, das mit der zunehmenden Marktkonzentration der Verlagswelt zumindest mittelbar zusammenhängt, spielt den Verlagen ebenfalls in die Hände:

- 27 Um Transparenz im Hinblick auf die Publikationskosten zu schaffen, gibt es Projekte wie OpenAPC, abrufbar unter: <https://treemaps.intact-project.org/apcdata/openapc/#journal/>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020. Die tatsächlichen Kosten für die Veröffentlichung von Aufsätzen in Open-Access-Zeitschriften sind nach wie vor intransparent. Laut OpenAPC liegt der Mittelwert pro Aufsatz derzeit bei 1.979 EUR brutto (1.2.2020).
- 28 Das World Wide Web ist am 12.3.2019 dreißig Jahre alt geworden, siehe dazu: 30th Anniversary of the World Wide Web, abrufbar unter: <https://perma.cc/TE3Z-ZJAB>.
- 29 *Herb*, Steering science through Output Indicators & Data Capitalism, Proceedings of the 23rd Congress of the European Society of Veterinary and Comparative Nutrition, 2019, abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.3333395>.
- 30 Beim Publizieren sind wir gegenwärtig noch weit davon entfernt, das Potenzial der Digitalisierung auszuloten: “Auch wenn sich die Online-Publikation zumindest teilweise vom Papierdruck befreit, bleibt der wissenschaftliche Artikel bis auf wenige Ausnahmen wie seit mehr als drei Jahrhunderten konstruiert: formatierte Texte und Bilder. Überraschenderweise geht die bemerkenswerte erfinderische Fähigkeit der Forscher, immer ausgefeiltere Techniken in der eigenen Forschung zu entwickeln und anzuwenden, bei der Berichterstattung, Bekanntmachung und dem Austausch weitgehend verloren.”, so mit Beispielen: *Rentier*, Open Science, the Challenge of Transparency, 2019, S. 9, abrufbar unter: <https://perma.cc/Q7X8-3Z3T>.

Obwohl WissenschaftlerInnen, als ProduzentInnen und KonsumentInnen wissenschaftlicher Erkenntnisse Open Access als Idee mehrheitlich unterstützen,³¹ lehnen dieselben WissenschaftlerInnen die eigene Open-Access-Publikation ebenso selbstverständlich mehrheitlich ab und geben stattdessen der durch Peer Review begutachteten und verlagsseitig produzierten, hohen Impact versprechenden klassischen Zeitschriftenpublikation weiterhin den Vorzug.³²

Forschende stehen unter Publikationsdruck („publish or perish“) und in einer Reputationsökonomie auch unter Reputationsdruck („publish frequently in high impact factor journals or perish“), der darin begründet liegt, dass in den allermeisten Disziplinen die Veröffentlichung in möglichst anerkannten Zeitschriften über Karrierewege, d.h. den Verbleib in der Wissenschaft, ebenso entscheidet, wie über die Vergabe von Forschungsförderungsmitteln. Wissenschaftliche Karrieren hängen also davon ab, wie viel und wo veröffentlicht wurde und im Ergebnis vom Verlagsort.³³ Dies stärkt die Pfadabhängigkeit von den etablierten Fachverlagen und tendenziell geschlossenen Publikationswegen, denn nicht in allen Wissenschaftsbereichen ermöglichen die die größte Reputation garantierenden Zeitschriften eine Open-Access-Publikation. Der Zwang in den Zeitschriften etablierter Fachverlage zu publizieren, fußt auf der historisch gewachsenen Reputation einzelner Zeitschriften und reproduziert sie gleichzeitig.³⁴

Mit ihrem Publikationsverhalten bestimmen die Forschenden die Dynamik des Publikationsmarktes maßgeblich mit, ihre Erwartungen an eine Publikation und ihre strategische Überlegungen mit Blick auf Reputation und Impact können der Open-Access-Logik jedoch widersprechen. Der Wettbewerb um lange Publikationslisten und Reputation, die sich aus bibliometrischen Faktoren berechnet, die ursprünglich dazu dienten, Bibliotheken die Kaufentscheidung in Bezug auf Zeitschriften zu erleichtern, aber nie dazu gedacht waren, die Bedeutung oder Reichweite einzelner Artikel oder

31 Siehe eine Umfrage mit mehr als 2.000 Teilnehmenden: *Kramer/Bosman*, Support for Open Science in EU Member States, abrufbar unter: <https://perma.cc/VDV5-3LPF>; sowie: *Eger/Scheufen*, The Economics of Open Access – On the Future of open Access Publishing, 2018, S. 57 ff.

32 Das gilt zumindest in den meisten Fachgebieten und ergibt sich in seiner Pauschalität daraus, dass die OA-Quote in Bezug auf das gesamte Publikationsaufkommen noch unter 50 % liegt; siehe auch: *Baldwin*, Why are Universities Open Access Laggards?, Bulletin of the German Historical Institute, Bulletin 63, 2018, S. 67 ff., abrufbar unter: <https://perma.cc/DTT5-CZ2X>.

33 Siehe hierzu: *Fecher*, Eine Reputationsökonomie, 2017, S. 1 ff.

34 Siehe zur Disziplinierung der Wissenschaft durch Peer Review und Metriken die sehr guten Überlegungen von: *Hirschi*, Skandalexperthen, Expertenskandale: Zur Geschichte eines Gegenwartproblems, 2018, S. 295 ff.

Forschenden zu messen,³⁵ nutzt im Ergebnis wieder nur den Wissenschaftsverlagen³⁶. Er bringt jedoch gesamtgesellschaftlich gesehen keinen Mehrwert und macht weder die Beiträge besser noch das Publikationswesen.

Heutzutage werden jährlich ca. zwei Millionen wissenschaftliche Studien publiziert. Vor hundert Jahren, zur Zeit Einsteins, war es nicht mal ein Prozent dieser Menge. Trotzdem ist die Häufigkeit der Durchbrüche in der Wissenschaft etwa gleich geblieben.³⁷ Gleichzeitig triggert das heutige System, das auf Publikationen in High-Impact-Journals und auf Signifikanzniveaus basiert, “p-hacking” (das Zustandekommen von signifikanten Ergebnissen durch Einsatz fragwürdiger Auswertungsmethoden) und den “Publication Bias” (Null-Ergebnisse werden in der Regel nicht veröffentlicht),³⁸ die im Zusammenspiel die Aussagekraft von Metaanalysen verzerren³⁹ und zu einer Reproduzierbarkeitskrise führen.⁴⁰

Obwohl die genannten Probleme in der Wissenschaft bekannt sind, findet kein Umdenken statt. Wie beim Umweltschutz sind sich alle einig, dass etwas passieren muss, sehen sich aber individuell nicht in der Pflicht bzw. betreiben institutionell open-washing (in Anlehnung an green-washing) und verabschieden Open-Access-Policies, die dann aber nicht umgesetzt werden. Bei der Suche nach Gründen sind einige kognitionspsychologische Phänomene zu berücksichtigen,⁴¹ die dazu führen, dass die Herbei-

35 Zur Geschichte, Ausprägung und den Fehlanreizen von Impact unter Hinweis auf die 1998 im “High Impact Journal” Lancet erschienene Studie von Wakefield u.a., die den vermeintlichen Zusammenhang von ADHS und Impfungen nachweist, die später als falsch widerlegt wurde: Morrison, What counts in research? Dysfunction in knowledge creation & moving beyond, 19.2.2019, abrufbar unter: <https://perma.cc/57BX-YL2U>.

Eine Studie weist nach, dass auch in 2019 noch in fast der Hälfte der Fälle auf völlig ungeeignete Metriken zur Bewertung von Forschungsleistungen gesetzt wird, siehe: McKiernan u.a., Use of the Journal Impact Factor in academic review, promotion, and tenure evaluations, eLife 8, 31.7.2019, abrufbar unter: <https://doi.org/10.7554/eLife.47338>.

36 Zur Verteilung des Impact Factors auf die Wissenschaftsverlage siehe die auf dem Journal Citation Report gestützte Übersicht bei: Eger/Scheufen, The Economics of Open Access – On the Future of open Access Publishing, 2018, S. 17.

37 Dobelli, Die Kunst des guten Lebens, 2018, S. 288.

38 Der Grund dafür ist offensichtlich: Ohne Signifikanz lassen sich Studien kaum publizieren; Herrmann, Puzzle mit fehlenden Teilen, SZ Wissen, 14.1.2020, S. 14, abrufbar unter: <https://perma.cc/5LQ5-THQR>.

39 Friesel/Frankenbach, P-Hacking and Publication Bias interact to distort Meta-Analytic Effect Size Estimates, in: Psychological Methods, 2.12.2019, abrufbar unter: <https://perma.cc/7W2K-6BK8>.

40 Eine Studie der “Open Science Collaboration” hat dies im Jahr 2015 eindrucksvoll nachgewiesen: 100 publizierte psychologische Arbeiten wurden wiederholt. In den ursprünglichen Publikationen zeigten 97 Prozent signifikante Ergebnisse, bei den Wiederholungen nur noch 36 Prozent. Das beweist, dass die ForscherInnen offenbar ihre Daten zurechtgerückt haben, um signifikante Ergebnisse zu erzielen; siehe: Nosek u.a., Estimating the reproducibility of psychological science, Open Science Collaboration 2015, S. 349 (6251), abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.1126/science.aac4716>.

41 So z.B. “Verantwortungsdiffusion” (Wenn viele handeln müssen, warten alle erst mal ab, bis die anderen machen), “Pluralistische Ignoranz” (Wir orientieren uns in unserem Verhalten in ungewohnten Situationen automatisch und bevorzugt daran, wie sich die anderen verhal-

führung einer Verhaltensänderung bei den beteiligten Forschenden sehr schwierig bis unmöglich ist.

Aus den genannten Hintergründen sind gerade Ansätze, die nicht nur auf freiwillige Verhaltensänderung der Beteiligten setzen, sondern die Veränderung stark mandatie-⁴² ren oder durch Systemumstellung eine Veränderung ohne Verhaltensänderung herbeiführen, besonders erfolgversprechend. Die zuletzt genannte Strategie wird z.B. in dem durch die Hochschulrektorenkonferenz und Allianz der Wissenschaftsorganisationen koordinierten Projekt DEAL verfolgt, in dem bundesweite, transformative Rahmenverträge mit den großen Wissenschaftsverlagen Wiley, Springer Nature und Elsevier verhandelt werden. Diese enthalten als sogenannte “Publish and Read”-Ver-
einbarungen neben der Übernahme der Publikationskosten für Open Access außerdem noch eine Lesekomponente durch anteilige Finanzierung von Subskriptionskosten für die noch nicht im Open Access befindlichen Zeitschriften.⁴³ Analog verhandelt die von der AG „Wissenschaftliches Publikationssystem“ der Allianz der Wissenschaftsorganisationen etablierte 13+-Gruppe mit weiteren dreizehn Verlagen.⁴⁴

Anfang 2019 konnte mit dem Wissenschaftsverlag Wiley ein erster Vertragsabschluss realisiert werden.⁴⁵ Anfang 2020 mit Springer Nature ein weiterer.⁴⁶ Beide Verträge werden voraussichtlich zu einem kontinuierlich steigenden Anteil der Open-Access-Publikationen führen, ohne dass Forschende ihr Publikationsverhalten ändern müssen. Gleichzeitig verstärken diese Strategien jedoch die Pfadabhängigkeit der Wissenschaft von den kommerziellen Wissenschaftsverlagen⁴⁷ und bestätigen bestehende Marktkonzentrationen.⁴⁸ Diese Abhängigkeiten lassen sich verringern, wenn zusätzlich zu den aktuell bevorzugten Open-Access-Transformationsstrategien auch solche Ansätze etabliert werden, welche die Reputationsmechanismen und die damit verbundene Macht zur Preisgestaltung in die wissenschaftliche Verantwortung zurückholen. Ein Weg ist die Umstellung („Flipping“) etablierter Publikationskanäle auf Publikationsinfrastruk-

ten), “Beharrungsvermögen” (Menschen und Systeme tun sich schwer mit Veränderungen und gehen lieber bekannte Trampelpfade, selbst wenn sie von der Veränderung profitieren würden), sowie nicht zuletzt “Komplexitätsscheu” (Menschen wollen sich nicht mit Unbekannten zusätzlichen Dingen beschäftigen).

42 Was je nach Rechtsrahmen mit der grundrechtlich garantierten Wissenschaftsfreiheit kollidieren kann; siehe hierzu unter II.

43 Abrufbar unter: <https://perma.cc/LJ35-DA99>; siehe auch: *Pampel*, Zeitwende im Verhältnis zwischen Verlagen und Wissenschaft, Blog der Helmholtz-Gemeinschaft, 17.01.2019, abrufbar unter: <https://perma.cc/VL6D-CDCV>.

44 Siehe hierzu: <https://perma.cc/BP8G-NMTM>.

45 Pressemitteilung der Hochschulrektorenkonferenz vom 15.01.2019, abrufbar unter: <https://perma.cc/9QWL-ND8D>.

46 Pressemitteilung der Hochschulrektorenkonferenz vom 09.01.2020, abrufbar unter: <https://perma.cc/3ERL-3LPS>.

47 Vgl.: *Blythe u.a.*, The Dark Side of Transformation: Latent Risks in Contemporary Sustainability Discourse, *Antipode* 50, 2019, S. 1206 ff., abrufbar unter: <https://doi.org/10.1111/anti.12405>.

48 *Brembs/Holcombe*, Open Access in Germany: The best DEAL is no deal, in: *The Times Higher Education*, 27.12.2017, abrufbar unter: <https://perma.cc/EW5L-YY3K>.

turen, die den Prinzipien des „Fair Open Access“⁴⁹ folgen.⁵⁰ Gelingt es nicht, geltende Preismechanismen zu durchbrechen, kann auch nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Transformation kostenneutral bleibt, bzw. sogar mit Einsparungen verbunden ist.⁵¹

Ob Open Access zeitnah den „Tipping Point“, also den einen Punkt oder Moment, an dem eine vorher gradlinige Entwicklung die Richtung wechselt („qualitativer Umschlagspunkt“), erreichen wird, hängt im Ergebnis der aufgezeigten Rahmenbedingungen davon ab, ob es den verschiedenen Transformationsstrategien gelingt, die strukturellen, finanziellen und rechtlichen Barrieren abzubauen und Open Access zu einem Selbstläufer zu machen. Die Transformation zu gestalten heißt daher, Strategien und Instrumente zu entwickeln, welche die Bedürfnisse der Forschenden und des Wissenschaftssystems erfüllen, ohne dabei jedoch deren Abhängigkeit von einem gewinnorientierten kommerziellen Verlagsmarkt, der sich weiter verdichtet und in dem es wenig Wettbewerb gibt, weiter zu verstärken. Initiativen und Projekte zur systematischen Förderung der Transformation müssen sich daran messen lassen, wie überzeugend sie diese Aufgabe angehen, ohne neue Verlierer zu produzieren.⁵²

Strukturelle Rahmenbedingungen gestalten, heißt mithin Wege zu finden, die aus der Reputations- und Publikationsfalle herausführen und die Abhängigkeit von kommerziellen Akteuren verringern, die ihre Marktherrschaft halten wollen und ihre Strategien am Wohle der Anteilseigner und nicht der Wissenschaft ausrichten müssen. Neben Strategien, welche die marktbeherrschenden Verlage dazu bringen sollen, Open Access zu realisieren, kann der Aufbau nicht-kommerzieller Plattformen und Konsortialmodelle die Abhängigkeit von den Verlagen verringern.

Voraussetzung ist hier, dass es gelingt, im System der geltenden bibliometrischen Verfahren die nötige Reputation aufzubauen oder neue Bewertungssysteme zu etablie-

49 Zu den Prinzipien der Fair Open Access Alliance (FOAA) siehe: <https://perma.cc/SBT3-WXCL>.

50 Dieses Ziel unterstützt z.B. das DFG-Programm „Open-Access-Transformationsverträge“, siehe unter: <https://perma.cc/M7VL-CBKM>. Vgl. die erfolgreichen Beispiele: Lingua/Glossa (2015), hierzu Greenberg, J.: „Editors of the Journal LINGUA Protest-Quit in Battle for Open Access“, WIRED, 11.5.2015, Volltext: <https://perma.cc/3AFX-LJ6V>; JACo/AICo (2017), hierzu Wilson, M. et al.: „Flipping JACo“, EMS Newsletter, September 2018, Issue 109, S. 38–41, Volltext: <https://perma.cc/7WFE-ZBFP>; JOI/QSS (2019), hierzu Sugimoto, C.R.: „New open-access journal Quantitative Science Studies“, ISSI Post, 14. Januar 2019, Volltext: <https://perma.cc/V9KH-JURU>.

51 Dies bejahend: Schimmer/Geschuhn/Vogler, Disrupting the subscription journals business model for the necessary large-scale transformation to open access, 2015, abrufbar unter: <https://doi.org/10.17617/1.3>; siehe zur weiteren Differenzierung aber den APC Finanzierbarkeits-Methodenbericht von Taubert, Open-Access-Transformation: Abschätzung der zur Verfügung stehenden Mittel für Publikationsgebühren in Forschungsorganisationen, 2019, abrufbar unter: <https://pub.uni-bielefeld.de/record/2933620>, zuletzt abgerufen am 30.01.2020.

52 Die Transformation von Subskriptions- zu Publikationskosten bedeutet für viel Publizierenden Mehrkosten.

ren.⁵³ Entsprechend der San Francisco Declaration on Research Assessment (DORA)⁵⁴ und dem Leiden Manifest⁵⁵ sind die Bewertung einer einzelnen Publikation, der Forschungsleistung einer Person oder einer Gruppe auf Basis des „Journal Impact Factors“ zu vermeiden.

Die finanziellen Rahmenbedingungen gestalten heißt, dafür Sorge zu tragen, dass nicht nur das „Zugangsproblem“, also des verknappenden Zugangs durch „pay per view“ Modelle mit dem Ziel einer Kostensenkung durch Open Access adressiert wird, sondern auch das „Publikationsproblem“, also das Problem, dass bei einem globalen Umstieg auf Gold Open Access⁵⁶ die Kosten im „pay to publish“ Modell unkontrolliert weiter steigen könnten,⁵⁷ mit der Folge, dass sich dann nicht mehr alle Forschenden das Publizieren leisten können, mit negativen Folgen für ihren Impact.⁵⁸ Tatsächlich gibt es innerhalb der Wissenschaft sowie aufgrund der Schattenbibliotheken, die einen zwar illegalen⁵⁹ aber einfachen Zugang bieten, auch außerhalb der Wissenschaft keine Zugangsprobleme mehr.⁶⁰ Fast alle Informationen sind über das Internet zu beschaffen. Demgegenüber entstehen, wo die Open-Access-Publikation nicht aus ideellen, deliberativen Gründen erfolgt, sondern um eine noch größere Reichweite zu erzielen, ohne Impact einzubüßen, im kostenpflichtigen Gold oder Hybrid Open Access erfolgt, durchaus Verteilungs- und diskriminierende Finanzierungsprobleme. Nicht zuletzt steigen die Anreize für sogenannte „Raubverlage“, welche die Einhaltung wissenschaftlicher Standards nur vorgeben und gegen Gebühren auch solche missachtende Beiträge veröffentlichen (Predatory Publishing).⁶¹ Die Umstellung auf Publikationsgebühren finanziertes Gold Open Access würde zu einem benachteiligenden und diskri-

53 Digitales wissenschaftliches Publizieren bedarf neuer Zuschreibungsformen für Reputation, die in den wissenschaftlichen Communities entwickelt werden müssen.

54 Abrufbar unter: <https://perma.cc/6SGV-DDM9>.

55 *Hicks u.a.*, Bibliometrics: The Leiden Manifesto for research metrics, *Nature* 520, 429 ff., abrufbar unter: <https://doi.org/10.1038/520429a>.

56 Übernahme der Publikationskosten für die Publikation in reinen Open-Access-Zeitschriften.

57 Hinweise dafür liefert: *Khoo*, Article Processing Charge Hyperinflation and Price Insensitivity: An Open Access Sequel to the Serials Crisis, *LIBER Quarterly* 29, S. 1 ff., abrufbar unter: <https://doi.org/10.18352/lq.10280>.

58 Das betrifft vor allem WissenschaftlerInnen an Institutionen ohne Mittel und aus Entwicklungsländern.

59 Ob bereits das bloße Lesen ohne Download von Beiträgen über Schattenbibliotheken rechtswidrig ist, ist in der Literatur umstritten; bejahend: *Bartlakowski*, Urheberrecht für wissenschaftliche Bibliotheken, 2018, S. 151 ff.; *Steinhauer*, Die Nutzung einer „Schattenbibliothek“ im Licht des Urheberrechts, 2016, S. 1 ff., abrufbar unter: https://ub-deposit.fernuni-hagen.de/receive/mir_mods_00000825, zuletzt abgerufen am 30.01.2020.

60 Einer Studie zufolge, die im Oktober 2017 veröffentlicht wurde, vermittelt Sci-Hub insgesamt Zugriff auf 85,2 % aller wissenschaftlicher Aufsätze. Der Anteil schwankt zwischen den Fächern und den betroffenen Verlagen. Siehe: *Himmelstein et al.*, Sci-Hub Provides Access to Nearly All Scholarly Literature, *eLife* 2018, abrufbar unter: <https://doi.org/10.7554/eLife.32822>.

61 Siehe zum Thema Predatory Publishing die FAQ des Helmholtz Open Science Kompetenzzentrums, abrufbar unter: <https://perma.cc/JF22-RMCH>.

minierenden System führen, in dem der Matthäus-Effekt vor allem etablierten Forschenden in die Hände spielt, was wiederum Innovation behindert.

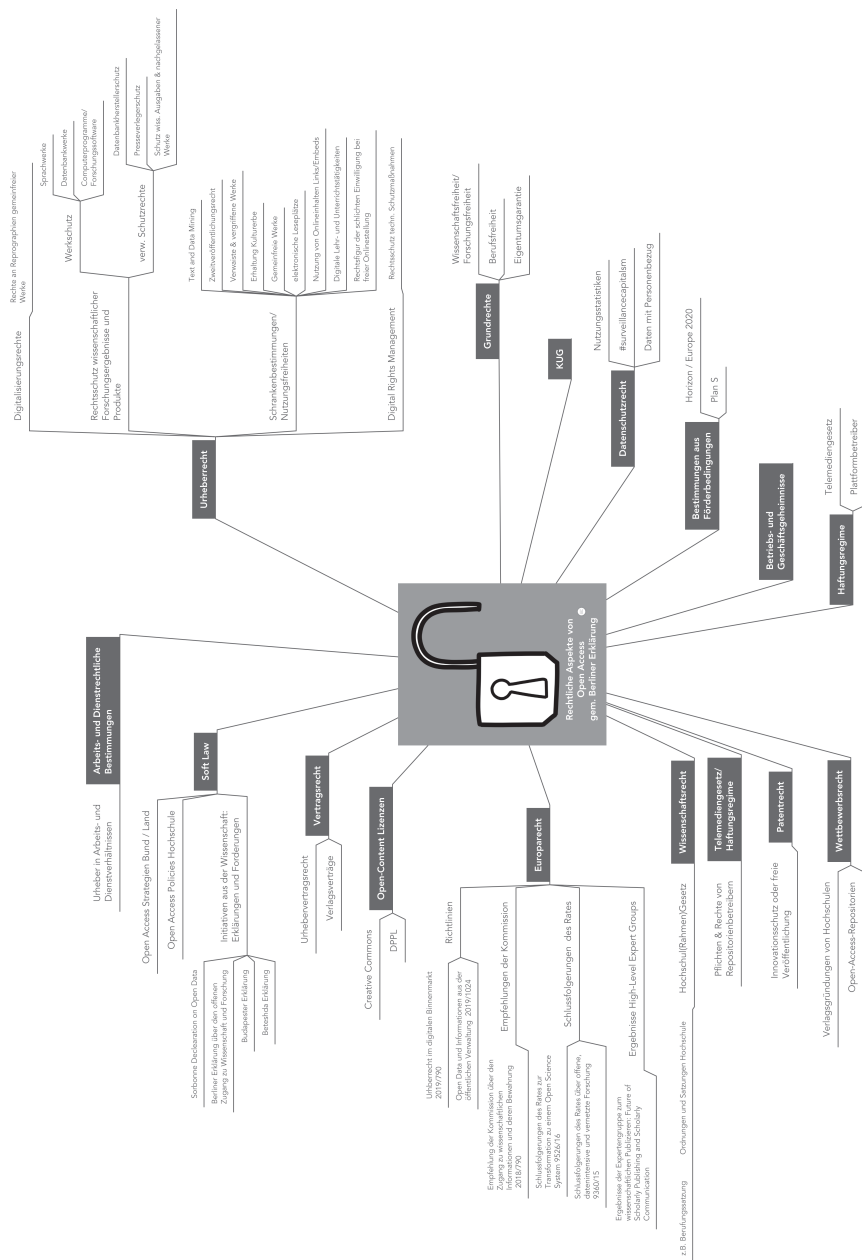
Rechtlich die Rahmenbedingungen gestalten bedeutet, dass der Rechtsrahmen als normative Ordnung so ausgestaltet wird, dass er das Publizieren im Open Access erleichtert, bis dahingehend, dass er diese Form des Publizierens vorschreibt. Welche Rechtsgebiete für Open Access Relevanz haben und welche Möglichkeiten der Gestaltung existieren, soll im folgenden Abschnitt aufgezeigt werden.

II. Open Access und Recht sowie Ausblick auf Beiträge in dieser Rubrik

Wird Open Access im obigen Sinne als Zugangsrecht verstanden und darüber hinaus als das Recht, bestimmte Nutzungshandlungen in Bezug auf die Inhalte vornehmen zu dürfen, streift es eine Vielzahl von Rechtsgebieten und betrifft als Querschnittsthema auch das in dieser Zeitschrift in einer eigenen Rubrik verortete Urheberrecht, das Datenschutz- und das Wissenschaftsrecht. Angesprochen sind zusammenfassend alle rechtlichen Bestimmungen, die unmittelbar oder mittelbar das wissenschaftliche Kommunikationssystem mit allen seinen Facetten (textuelle Publikation, aber auch Forschungsdatenmanagement etc.) betreffen.⁶²

Die folgende Übersicht stellt ohne Anspruch auf Vollständigkeit die Vielschichtigkeit der betroffenen Rechtsgebiete dar:

⁶² Siehe zu möglichen Fragen die Zusammenfassung von: *Kreutzer/Lahmann*, Rechtsfragen bei Open Science. Ein Leitfaden, Hamburg University Press 9.7.2019, abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.15460/HUP.195>.



Euler, Übersicht zu den rechtlichen Aspekten von Open Access gem. Berliner Erklärung.
 Gerne ergänzen od. bearbeiten! Abrufbar & editierbar unter: <https://mm.tt/1393751938?z=1ZrREqZJH1>

An dieser Übersicht lässt sich die besondere Bedeutung des Urheberrechts für Open Access in der Wissenschaftskommunikation ablesen. „Das Urheberrecht macht wissenschaftliche Kommunikation in weitem Umfang zu einem exklusiven, handelbaren Wirtschaftsgut, das als einzelnes, isoliertes Element („Werk“) einer bestimmten Person („Urheber“) individuell zugeordnet wird und nur nach Maßgabe der Zahlungsfähigkeit der Interessen verfügbar ist“.⁶³

Durch die Zuerkennung von ausschließlichen Verfügungsrechten an den regelmäßig schutzfähigen Produkten wissenschaftlicher Erkenntnisse,⁶⁴ hängen die Nutzungshandlungen innerhalb der wissenschaftlichen Kommunikation davon ab, ob entweder das Gesetz eine Ausnahme für die jeweilige Nutzungshandlung vorsieht (wie z.B. das Zitatrecht aus § 51 UrhG), oder aber die UrheberInnen ausdrücklich oder durch schlichte Einwilligung⁶⁵ zugestimmt haben. Das Zustimmungserfordernis erschwert die Wissenschaftskommunikation im digitalen Bereich, in dem jede Handlung zugleich mindestens eine Vervielfältigungshandlung darstellt, zusätzlich zu den Zugangsproblemen erheblich und verlangsamt und verteuert sie durch erforderliche Transaktionskosten (Rechteklärung) im Einzelfall.

Ein steuerungspolitischer, wenn auch sehr radikaler, Ansatz wäre, das Urheberrecht für wissenschaftliche Beiträge abzuschaffen. Aber abgesehen davon, dass dieser Vorschlag nicht mit völkerrechtlichen Konventionen zum Urheberrecht vereinbar wäre, wäre damit nicht automatisch eine Open-Access-Welt realisiert, da UrheberInnen wissenschaftlicher Beiträge weiterhin mit Verlagen Verträge schließen könnten, deren Verwertungsmodelle durch urheberrechtliche Verwertungsrechte zwar nicht mehr zusätzlich gestützt würden, die aber weiterhin auf der Grundlage von mit Digital Rights Management geschützten Datenbanken, die ihrerseits rechtlichen Schutz im Urheberrecht erfahren,⁶⁶ erfolgreich wirtschaften können. Eine weitere Problematik ist, dass Wissenschaftsverlage mit Hilfe dieser Systeme wissenschaftsrelevante Schranken außer Kraft setzen können, denn die Regelungen, nach denen Forschende die notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen sind, damit sie von den Schranken (z.B. Kopien zu Zwecken der Wissenschaft) Gebrauch machen können, gelten ausdrücklich nicht für Online-Datenbanken.⁶⁷

63 Peukert/Sonnenberg, Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems, in: Weingart/Taubert (Hrsg.), Wissenschaftliches Publizieren, 2006, S. 211, 230, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1515/9783110448115-008>.

64 Z.B. als Sprachwerke, Darstellungen wissenschaftlicher Art, Computerprogramme, Datenbankwerke oder Datenbanken, wissenschaftliche Ausgaben oder nachgelassene Werke.

65 Zum Instrument der schlichten Einwilligung, vgl.: BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder I*; BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10, GRUR 2012, 602 – *Vorschaubilder II*.

66 Gem. §§ 95a ff. UrhG ist es verboten, wirksame technische Maßnahmen zu umgehen und dies durch die Herstellung und das Anbieten von Umgehungswerkzeugen zu ermöglichen. DRM-Systeme, mit denen die Nutzung einzelner wissenschaftlicher Werke und insbesondere wissenschaftlicher Datenbanken kontrolliert wird, sind somit urheberrechtlich geschützt.

67 § 95b Abs. 3 UrhG.

Das Problem der Verknappung durch zugangsgeschützte Datenbank-Angebote ist daher losgelöst von der Transaktionskosten verursachenden Urheberrechtsproblematik zu sehen. Wirtschaftlich lukrative, verknappende Zugänge zu nicht substituierbaren, wissenschaftlichen Aufsätzen schaffende Datenbankmonopole lassen sich prinzipiell auch ohne Urheberrecht aufbauen und unterhalten. Das sehen wir z.B. im Kulturbereich, wo Kulturerbeinrichtungen mit kommerziellen Agenturangeboten zwar auf dem Urheberrecht aufbauen,⁶⁸ dieses aber nur ihre Rechtsposition zusätzlich stützt, sodass z.B. Nutzungen Dritter weitgehend untersagt werden können.⁶⁹ Dagegen können Kulturerbeinrichtungen ihr Geschäftsmodell der verknappenden Zugänglichmachung von Digitalisaten und deren kommerziellen Vertrieb an die Medienwirtschaft sehr wohl auch mit urheberrechtlich nicht geschützten, gemeinfreien Materialien betreiben,⁷⁰ indem sie diese eben nur bei Zustimmung zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen zugänglich machen. Dass allein, weil kein Rechtsschutz an Inhalten besteht, diese frei zugänglich sind, ist kein Automatismus. So bestand zum Beispiel in der Schweiz bis vor Kurzem mangels Lichtbildschutz kein Rechtsschutz an Reprografien und trotz alledem sind die Digitalisate aus Schweizer Museen nicht frei verfügbar, sondern betreiben diese Museen ein lukratives Geschäft mit den Digitalisaten/Reprografien „ihrer“ Kunst.⁷¹

Ähnlich könnten wissenschaftliche Fachverlage selbst dann, wenn sie sich nicht die ausschließlichen Rechte an den wissenschaftlichen Aufsätzen (geschützten Sprachwerken) einräumen lassen (können), sich zumindest von den AutorInnen die Zusicherung geben lassen, dass eine weitere Veröffentlichung an anderer Stelle unterbleibt und dann allen Forschenden, die Zugang über die eigene Datenbank erhalten, vorher die Zustimmung zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen abbedingen, in denen das Verbot der weiteren Verbreitung festgehalten ist. In diesem nicht maßgeblich auf Urheberrechten fußenden Oligopol der Verlagswelt laufen auch Ansätze ins Leere, die einen urheber-

68 So z.B. das Bildarchiv für Kunst, Kultur und Geschichte bpk der Stiftung Preußischer Kulturbesitz Berlin, abrufbar unter: <https://www.bpk-bildagentur.de/>, zuletzt abgerufen am 30.1.2020.

69 Bis hin zur Untersagung eines Scans und der Nutzung des Scans von eigens angefertigten Abbildern digitaler Reprografien, die über Sammlungskataloge allgemein zugänglich sind, siehe: BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 – *Museumsfotos*.

70 Die Vermarktung gemeinfreier Reprografien macht sogar den Großteil der Einnahmen einer Bildagentur aus. Zur Problematik der Verknappung gemeinfreier Werke durch Kulturerbeinrichtungen, siehe: Euler, Open Access, Open Data und Open Science als wesentliche Pfeiler einer (nachhaltig) erfolgreichen digitalen Transformation der Kulturerbeinrichtungen und des Kulturbetriebes, in: Herrmann/Pöhlmann, Digitaler Kulturbetrieb, 2019, S. 55, 55 ff., abrufbar unter: https://doi.org/10.1007/978-3-658-24030-1_3.

71 Nach langen Jahren erfolgreicher Lobbyarbeit wird aber auch in der Schweiz in Kürze ein Lichtbildschutz eingeführt werden; siehe hierzu die Pressemitteilung der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Bild-Agenturen und -Archive, SAB, 4.6.2019, abrufbar unter: <https://perma.cc/L932-2A77>.

rechtlich begründeten Kontrahierungszwang oder Zwangslizenzen vorsehen und hierdurch mehr Vielfalt auf dem Verlagsmarkt erreichen wollen.⁷²

Die Verknappung des Zugangs zu wissenschaftlichen Beiträgen ist damit nicht unmittelbar auf das Urheberrecht zurückzuführen, sondern auf die darauf aufbauende Praxis von Kulturerbeeinrichtungen und Wissenschaftsverlagen, die sich den Umstand zu Nutze machen, dass digitale und vernetzte Medien maximale Verbreitung und Zugänglichkeit ermöglichen, zugleich aber auch maximale Kontrolle. Forschende können mit dem Instrument des Urhebervertragsrechts auf diese Kontrolle weitestgehend verzichten und maximale Verbreitung und Zugänglichkeit dadurch ermöglichen, dass sie mit Open-Content-Lizenzen der Allgemeinheit unwiderruflich einfache Rechte an ihren Beiträgen einräumen. Das bekannteste Open-Content-Lizenzmodell sind die Lizenzen der gemeinnützigen Organisation Creative Commons.⁷³ Open Access publizierende AutorInnen verzichten bewusst auf Teile der durch das Urheberrecht gewährten und der verwertungsrechtlichen Kontrolle dienenden Verfügungsrechte.⁷⁴

Open Access ist somit nicht konträr zum Urheberrecht, sondern baut auf dem Urheberrecht auf!

Wo die Forschenden aus dargestellten Gründen Open Access durch Verwendung urhebervertragrechtlicher Werkzeuge nicht selbst zur Realität verhelfen, stellt sich die Frage, ob sie rechtlich zu Open Access gezwungen werden können, ob sich mithin der Rechtsrahmen durch legislative Maßnahmen so ausgestalten lässt, dass Open Access stark mandatiert wird. Dagegen spricht zunächst, dass eine Bewegung in dem Moment tot ist, in dem sie erzwungen wird.⁷⁵ Aber auch rechtlich lassen sich solche Gebote nicht ohne Weiteres umsetzen.

Das gilt jedenfalls für die Verpflichtung zur Open-Access-Erstveröffentlichung. Weder durch Anpassung von § 43 UrhG,⁷⁶ noch durch eine hochschulrechtliche Regelung, die vorsieht, dass Aufsätze und Monografien, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit ent-

72 Hilty, GRUR 2009, 633, 641 ff.; abgesehen davon, dass solche Regelungen sich auf das Territorium begrenzen, wo sie implementiert werden und den globalen Charakter von Wissenschaftskommunikation verfehlen.

73 Abrufbar sind die Lizenzen unter: <https://creativecommons.org/licenses/>, zuletzt abgerufen am 2.2.2020.

74 Krujatz, Open Access – Der offene Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und die ökonomische Bedeutung urheberrechtlicher Ausschlussmacht für die wissenschaftliche Informationsversorgung, 2012, S. 1 ff.

75 Eger/Scheufen, The Economics of Open Access – On the Future of Open Access Publishing, 2018, S. 106.

76 Die Anbietungspflicht würde einen verfassungsrechtlichen Eingriff in die individuelle Wissenschaftsfreiheit in Gestalt der freien Entscheidung über die Erstveröffentlichung darstellen; siehe auch: Schmidt, Open Access – Hochschulrechtliche Veröffentlichungs- und urheberrechtliche Anbietungspflichten des Hochschulprofessors, 2016, S. 1 ff.; sowie: Götting/Lauber-Rönsberg, OdW 2015, 137, 143 und 145.

standen sind, nach Open-Access-Grundsätzen erstveröffentlicht werden sollen.⁷⁷ Open-Access-Mandate, die nicht nur appellativen oder empfehlenden, sondern verpflichtenden Charakter haben, können, solange die dargelegten strukturellen Probleme noch keiner Lösung zugeführt wurden, wissenschaftliche Karrierewege massiv gefährden. Wissenschaftsinadäquate verpflichtende Maßnahmen stellen einen verfassungswidrigen Eingriff in den Kern der individuellen Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG dar. Erst wenn die im gegenwärtigen wissenschaftlichen Kommunikationssystem geltenden strukturellen Probleme (Reputationslogik, Zitationslogik, Peer-Review u.a.) behoben sind, könnte die verpflichtende Mandatierung zur Open-Access-Erstveröffentlichung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.⁷⁸

Ob Hochschulangehörige durch eine auf der Grundlage eines Landesgesetzes erlassene Hochschulsatzung zur Open-Access-Zweitveröffentlichung durch Ausübung des Zweitveröffentlichungsrechts aus § 38 Abs. 4 UrhG verpflichtet werden können, ist eine Rechtsfrage, die gegenwärtig das Bundesverfassungsgericht beschäftigt.⁷⁹ Die verfassungsrechtliche Legitimität des Zweitveröffentlichungsrechts ergibt sich derzeit daraus, dass seine Ausübung freiwillig ist und dass durch das zwingende Recht nur das Verfügungsrecht der UrheberInnen beschränkt wird, wodurch die Freiwilligkeit von Open Access nicht in Frage gestellt wird, sondern nur die Position der UrheberInnen gegenüber den verhandlungsstärkeren Verlagen gestärkt wird.⁸⁰ Eigentlich soll auch das satzungsrechtlich vorgesehene Mandat zur Zweitveröffentlichung die Position der UrheberInnen gegenüber den Verlagen stärken, beschränkt andererseits aber die soeben benannte Freiwilligkeit.

Wie aufgezeigt, ist sowohl die Beschränkung des Schutzbereiches im Urheberrecht (und Herausnahme von Beiträgen aus der öffentlich finanzierten Wissenschaft und Forschung aus diesem Schutzbereich) schwierig, als auch solche rechtlichen Maßnahmen, die Zwang auf Forschende ausüben und damit ihre grundrechtlich verbrieftete Wissenschaftsfreiheit beschneiden. Damit lassen sich rechtliche Steuerungsmaßnahmen zur Förderung von Open Access im Ergebnis vor allem durch Ausweitung der wissenschaftsrelevanten Schranken bzw. Nutzungsfreiheiten des Urheberrechts realisieren. Dabei ist der nationale Gesetzgeber in seinen Gestaltungsmöglichkeiten durch internationale Staatsverträge, vor allem aber europäische Richtlinien, weitgehend einge-

77 Zu diesem Vorschlag und seiner rechtlichen Bewertung umfassend, siehe: *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, in: Grünberger/Leible, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten im Informationszeitalter, 2014, S. 145, 145 ff., abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2268901>.

78 *Peukert/Sonnenberg*, Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems, in: Weingart/Taubert (Hrsg.), Wissenschaftliches Publizieren, 2006, S. 211, 240, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1515/9783110448115-008>.

79 Siehe zum bisherigen Verfahrenshergang: *Hartmann*, Zwang zum Open Access-Publizieren? Der rechtliche Präzedenzfall ist schon da!, *LIBREAS Library Ideas*, 32 (2017), abrufbar unter: <https://doi.org/10.18452/19097>.

80 *Peukert/Sonnenberg*, Das Urheberrecht und der Wandel des wissenschaftlichen Kommunikationssystems, in: Weingart/Taubert (Hrsg.), Wissenschaftliches Publizieren, 2006, S. 211, 237, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1515/9783110448115-008>.

schränkt. Letztere haben einen entscheidenden Einfluss auf die Verbreitung, den Zugang und die gemeinsame Nutzung und Verwertung von verfügbarem Wissen in Europa.⁸¹ Der deutsche Gesetzgeber hat hier mit dem Urheberwissenschaftsgesellschaftsgesetz (UrhWissG), welches am 01.03.2018 in Kraft getreten ist, den nationalen Handlungsspielraum weitestgehend ausgeschöpft und die Erlaubnistatbestände zugunsten von Bildung und Forschung reformiert. Mit dem Ziel materieller Verbesserungen, aber auch der besseren Verständlichkeit, Nutzungsfreundlichkeit und Schaffung von Rechtssicherheit (z.B. bei Text und Data Mining (TDM) oder Ersetzung unklarer Rechtsbegriffe durch klare Obergrenzen) sind alle Schranken in Bezug auf Bildung und Wissenschaft zusammengefasst worden.⁸² Mit der Anpassung an die Vorgaben der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL)⁸³ werden diese zunächst befristeten Vorschriften zu entfristen sein.⁸⁴ Die DSM-RL beinhaltet eine Reihe von Nutzungsfreiheiten zu Gunsten von Bildung und Forschung. Aus bildungs- und forschungspolitischer Sicht von hervorgehobener Bedeutung sind hier die Themen TDM für wissenschaftliche Forschung in Art. 3 und allgemein in Art. 4, sowie die Nutzung von Werken für digitale und grenzüberschreitende Unterrichts- und Lehrzwecke in Art. 5. Auch die Bestimmungen über die Erhaltung des Kulturerbes in Art. 6 und die Nutzung von vergriffenen Werken in Art. 8⁸⁵ sowie insbesondere zu gemeinfreien Werken der Bildenden Kunst in Art. 14 kommen Bildung und Forschung zu Gute. Bei der Umsetzung hat der nationale Gesetzgeber gewisse Spielräume. Wie er diese nutzt, wird entscheidend den Grad der Offenheit bzw. von Open Access bestimmen.⁸⁶

81 In einem Positionspapier vom 17.01.2017 (Future-proofing European Research Excellence - A Statement from European Research Organisations on Copyright in the Digital Single Market) hat Science Europe (Verbund großer Forschungsförderer und Forschungsverbände aus Europa) zusammen mit wichtigen europäischen Hochschul- und Bibliotheksverbänden (u.a. LIBER, LERU, EUA) die Mitglieder des Europäischen Parlaments daher dazu aufgefordert, den Rahmen für das Urheberrecht in Europa so auszugestalten, dass Europa die Potentiale der digitalen & vernetzten Medien für die datengestützten Forschung und Innovation voll ausschöpfen kann, abrufbar unter: <https://perma.cc/VV2V-ZR24>.

82 §§ 60a–60h UrhG.

83 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt.

84 Die DSM-RL untermauert nationales Recht, denn indem die Richtlinie verbindliche Regelungen insbesondere im Bereich der Schrankenregelungen/Nutzungsfreiheiten trifft, darf der nationale Gesetzgeber nicht hinter den Vorgaben der Richtlinie zurückbleiben und müssen die Mitgliedstaaten die Vorgaben der Richtlinie dauerhaft umsetzen, mit dem Ergebnis, dass die im UrhWissG bislang befristeten Vorschriften zu entfristen sind. Die befristeten Regelungen des UrhWissG sind – soweit nun von der DSM-RL betroffen, an die Richtlinienvorgaben anzupassen und zu entfristen. Siehe auch die Forderung der Allianz der Wissenschaftsorganisationen vom 6.2.2020, abrufbar unter: <https://perma.cc/9PJ6-8XHT>.

85 Zwar existiert auf nationaler Ebene schon eine Regelung zu den vergriffenen Werken, diese erfährt nun aber Rechtssicherheit durch ausdrückliche Gestattung der “extended collective License” Lösung über das Verwertungsgesellschaftengesetz.

86 Hierzu siehe den Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, vom 15.1.2020, abrufbar unter: <https://perma.cc/D6BN>

Ebenfalls mit Mitteln des Rechts steuerungspolitisch umsetzbar sind Maßnahmen an Hochschulen. Das geht von Open-Access-Policies und Transformationsstrategien bis hin zu institutionellen freiwilligen Selbstverpflichtungen, in denen Forschende sich verpflichten, der Institution nicht-ausschließliche Rechte zur Open-Access-Publikation der eigenen Beiträge auf dem Repositorium einzuräumen. Diesen sogenannten “Soft-Law”-Ansätzen kommt jedoch reiner Appellcharakter zu. Denkbar ist es auch, Regelungen in den Hochschulförderbedingungen zu schaffen, wie z.B. die Berücksichtigung von Open Access in den Zielvereinbarungen oder bei der Zuteilung von besonderen Leistungsbezügen.⁸⁷

Weitere rechtliche Steuerungsansätze ergeben sich aus Zuwendungsverträgen im Rahmen der Forschungsförderung. Europarechtlich schreiben Horizon 2020 und auch das Nachfolgeprogramm Europe 2020 die Open-Access-Publikation zwingend vor. Darüber hinaus werden hier auch weitere Maßnahmen zugunsten nicht nur der Zugänglichkeit, sondern auch der Nachnutzung mandatiert und insbesondere auch andere Inhalte als nur textuelle Publikationen angesprochen.⁸⁸ Bedeutende Forschungsförderer weltweit haben sich, koordiniert und initiiert durch die Europäische Kommission und den Europäischen Forschungsrat, zusammengeschlossen und einen Plan veröffentlicht (Plan S),⁸⁹ welcher der Förderung von Open Access in Bezug auf wissenschaftliche Erkenntnissen, die mit öffentlichen Mitteln erarbeitet wurden, dient und den laufenden Strukturwandel im wissenschaftlichen Publikationssystem in Richtung Open Access weiter vorantreiben und beschleunigen soll.⁹⁰ Der Plan legt fest, dass alle durch die unterzeichnenden Einrichtungen geförderten (Forschungs-) Ergebnisse ab dem Jahr 2021 in für die Öffentlichkeit frei zugänglichen Open-Access-Zeitschriften oder -Repositorien publiziert werden müssen.⁹¹ Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat Plan S zwar nicht explizit unterschrieben, zählt aber zu den unterstützenden Organisationen und hat eine eigene Empfehlung zu Open Access publiziert.⁹² Das

-XGU7; sowie die Implementierungsempfehlungen zu Art. 14 DSM-RL von Wallace/Euler, *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, im Erscheinen.

87 Siehe z.B. die Open-Access-Strategie des Landes Brandenburg, die dies den Hochschulen ausdrücklich empfiehlt: Euler u.a., *Open-Access-Strategie des Landes Brandenburg*, herausgegeben durch das Land Brandenburg am 8.8.2019, abrufbar unter: <http://doi.org/10.5281/zenodo.2581783>.

88 Siehe Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 30.11.2011, *Horizont 2020 – das Rahmenprogramm für Forschung und Innovation*, abrufbar unter: <https://perma.cc/25G9-3BGS>, zuletzt abgerufen am 2.2.2020; sowie Factsheet zu Europe 2020, abrufbar unter: <https://perma.cc/U3GF-F3JH>.

89 Zu den Unterzeichnern von Plan S zählen z.B. die Bill & Melinda Gates Stiftung, der Wellcome Trust und viele nationale Forschungsförderer, abrufbar unter: <https://perma.cc/WTM4-J7QC>.

90 Siehe zu den Hintergründen von Plan S, abrufbar unter: <https://perma.cc/4PJ9-ECAW>.

91 Siehe zu den 10 Prinzipien von Plan S, abrufbar unter: <https://perma.cc/QR82-EHG2>.

92 Siehe Stellungnahme der DFG zur Gründung von „cOAlition S“ und zur Unterstützung von Open Access vom 4.9.2018, abrufbar unter: <https://perma.cc/H4NU-BUM8>.

Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) hat 2016 eine eigene Open-Access-Strategie publiziert und Open Access seither konsequent in die BMBF Förderung integriert.⁹³

Förderbedingungen in Europa und Deutschland verfolgen darüber hinaus das Ziel, echtes Open Access zu ermöglichen und adressieren auch die Nachnutzungsmöglichkeiten: Texte wie Daten sollen über das Urhebervertragsrecht und Lizenzregelungen darauf ausgerichtet sein, die Verbreitung und Weiterverwendung wissenschaftlicher Veröffentlichungen zu erleichtern. Bei Open-Access-Veröffentlichungen wird eine freie und maschinenlesbare Lizenzierung und ihre Angabe in den Metadaten empfohlen.⁹⁴

Den Grad der Offenheit bzw. von Open Access bestimmen aber nicht nur rechtsetzende, sondern auch rechtsprechende Maßnahmen. Daher ist von besonderem Interesse, wenn Verbände oder Hochschulen strategische Prozessführung als Instrument einsetzen, um Open Access zu stärken. Strategische Prozessführung (*strategic litigation*) hat das Ziel, weitreichende gesellschaftliche Veränderungen über die Einzelklage hinaus zu bewirken. Es geht darum für Politik und Gesetzgeber die Schwächen und Lücken im Gesetz sichtbar zu machen, indem durch begleitende Öffentlichkeitsarbeit der Kontext eines Verfahrens dargestellt und juristische Vorgehensweisen erklärt werden. Idealerweise gelingt es, nachhaltige politische, wirtschaftliche oder soziale Veränderungen anzustoßen und das Recht fortzubilden.⁹⁵ So können Verfahren eine bahnbrechende oder/und richtungweisende Wirkung erlangen. Das gilt etwa für das Verfahren zum Zweitveröffentlichungsrecht.⁹⁶ Das von der Universität Konstanz geführte Verfahren wird über den Fall hinaus wirken, denn andere Hochschulen warten nur darauf, ob sie Satzungen erlassen können, die WissenschaftlerInnen verpflichten, ihr Zweitveröffentlichungsrecht wahrzunehmen. Letzteres würde Open Access (Mandate) stärken.

Mit Blick auf die Vielfalt der rechtlichen Fragestellungen sind unter der Rubrik Open Access in der RuZ alle Beiträge willkommen, die sich mit den rechtlichen Bezü-

93 Siehe zur Open-Access-Strategie des BMBF, Open Access in Deutschland, abrufbar unter: <https://perma.cc/6K25-X9D6>.

94 Siehe hierzu die Lizenzempfehlung der Europäischen Union, abrufbar unter: <https://perma.cc/c/GT2F-WVYM>, bzw. die auf Digitalisierungsprojekte heruntergebrochenen Lizenzempfehlung der Deutschen Forschungsgemeinschaft, abrufbar unter: <https://perma.cc/L8FV-975N>.

95 So etwa die strategische Prozessführung der Deutschen Digitalen Bibliothek in Sachen Framing/Embedding; siehe hierzu: Euler, Deutsche Digitale Bibliothek ./ VG Bild-Kunst Musterverfahren zum "Framing", Onlinepublikation vom 15.06.2016, abrufbar unter: <https://perma.cc/47A5-X64R>; Euler, Kultur & Wissen online: Google darf – und die Kulturerbeinstitutionen?, Onlinepublikation vom 19.05.2016, abrufbar unter: <https://doi.org/10.17176/20180718-154148-0>; Euler, Digitale Bibliotheken müssen Embedding nicht verhindern, Onlinepublikation vom 10.07.2018, abrufbar unter: <https://doi.org/10.17176/20180718-145839-0>; Euler, Bilderloses Europa?! – Kulturpolitische Konsequenzen der Rechtsprechung zum Framing, JurPC Web-Dok. 151/2018, Abs. 1 – 79, abrufbar unter: <https://doi.org/10.7328/jurpcb2018311151>.

96 Siehe: Schmidt, Open Access – Hochschulrechtliche Veröffentlichungs- und urheberrechtliche Anbieterspflichten des Hochschulprofessors, 2016, S. 1 ff.; sowie: Götting/Lauber-Rönsberg, OdW 2015, 137, 143 und 145.

gen zur Wissenschaftskommunikation mit allen ihren Facetten befassen. Dabei soll im Vordergrund stehen, wie bestimmte rechtliche Maßnahmen (inkl. strategischer Prozessführung) dazu beitragen können, Open Access zu realisieren, bzw. solche rechtlichen Fragen, die bei der Realisierung von Open Access auftreten. Da nach gegenwärtigem Stand und struktureller Rahmenbedingungen vor allem die Forschenden selbst tätig werden und Open Access umsetzen müssen, helfen auch und insbesondere (rechtliche) Kompetenz vermittelnde Beiträge.⁹⁷

III. Open Access in den Rechtswissenschaften und Einordnung der RuZ

Welche und warum die vorliegende Option für die Publikation gewählt wurde, wird im Folgenden durch Einordnung in den juristischen Zeitschriftenmarkt erläutert. Damit ist der Beitrag zugleich ein Leitfaden für zukünftige RuZ-AutorInnen.

Die Anzahl der Open-Access-Veröffentlichungen aus der Rechtswissenschaft ist überschaubar. Sie beläuft sich auf unter 1 % des Gesamtaufkommens der Open-Access-Veröffentlichungen in der Kategorie "Recht" (Law) innerhalb der im Directory of Open Access Journals (DOAJ) registrierten Zeitschriften (Stand 5.1.2020).⁹⁸ Auch die Anzahl der juristischen Open-Access-Zeitschriften ist überschaubar. Von insgesamt 14252 im DOAJ registrierten Zeitschriften sind nur 260 dem Fachgebiet hinzuzurechnen (Stand 5.1.2020). Nur zwei der insgesamt 260 juristischen Zeitschriften, die im Directory of Open Access Journals (DOAJ) gelistet sind, kommen aus Deutschland (Stand: Januar 2020).⁹⁹ Im aktuellen Web of Science (WoS) Journal Citation Report (JCR) aus 2018 sind insgesamt 148 juristische Zeitschriften gelistet, eine davon aus Deutschland.¹⁰⁰ Insgesamt vier der im WoS gelisteten juristischen Zeitschriften sind Open-Access-Zeitschriften,¹⁰¹ keine davon aus Deutschland. Einen Überblick über die nicht im WOS oder bei DOAJ gelisteten juristischen Zeitschriften in Deutschland bietet eine Informationsseite bei open-access.net.¹⁰² Eine weitergehende Übersicht über

97 Rechtssicherheit und Kompetenz wurde z.B. gerade von der League of European Research Universities (LERU) beim "Data Summit" in Paris eingefordert und die Sorbonne Erklärung zu Forschungsdaten Rechten veröffentlicht, 28.1.2020, abrufbar: <https://perma.cc/9MZA-5MWP>.

98 Die Gesamtzahl der Open-Access-Artikel innerhalb der im DOAJ gelisteten Zeitschriften beträgt 4.540.638. Davon zählen 34.272 zur Kategorie Recht, Stand: 5.1.2020.

99 Göttingen Journal of International Law, abrufbar unter: <http://www.gojil.eu>, zuletzt abgerufen am 2.2.2020; sowie Rechtsgeschichte – Legal History, abrufbar unter: <http://rg.rg.mpg.de/en/>, zuletzt abgerufen am 2.2.2020.

100 Laut Suchparameter die von Springer auf Englisch herausgegebene "Hague Journal on the Rule of Law" (HJRL).

101 Die mit einem JIF von 3.682 am höchsten gerankte juristische Zeitschrift ist die von der Universität Santiago de Compostela (USC) herausgegebene Zeitschrift "European Journal of Psychology Applied to Legal Context".

102 Hier sind z.B. JurPC genannt (seit 1997 erscheinende Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht), sowie JIPITEC (seit 2010 erscheinende Zeitschrift zum Immaterialgüterrecht, Informationsrecht und Recht des elektronischen Rechtsverkehrs), abrufbar unter: <https://perma.cc/R29T-954X>.

juristische Open-Access-Zeitschriften bietet das Handbuch Open Science / Rechtswissenschaft bei Wikibooks.¹⁰³

Für JuristInnen als AutorInnen ist es in Deutschland schon vor diesem Hintergrund schwierig, im Open Access zu publizieren.¹⁰⁴ Hinzu kommt die Besonderheit, dass auf dem juristischen Publikationsmarkt zahlreiche Wettbewerber aktiv sind und es bei renommierten Zeitschriften mit hohen Auflagen nicht unüblich ist, den Publizierenden ein Honorar zu zahlen. Dieses variiert, kann aber durchaus mehrere hundert Euro betragen.¹⁰⁵ Die Offenlegung der Nebeneinkünfte von RichterInnen oberster Bundesgerichte zeigt, dass mit Publikationen fünfstelligen Beträge erzielt werden können.¹⁰⁶ Der Anreiz, sich für alternative Publikationsmodelle zu engagieren, ist dementsprechend gering.

Für die Rechtswissenschaften in Deutschland haben die im ersten Abschnitt benannten weltweit marktführenden Verlage, welche den wissenschaftlichen Publikationsmarkt zu großen Anteilen unter sich aufteilen, keine Bedeutung. Hier gibt es ein spezifisches Monopol von Fachverlagen, welche die Verfügbarkeit von offenen Publikationsformaten bestimmen. Die führenden juristischen Wissenschaftsverlage sind Wolters Kluwer, Mohr Siebeck, Duncker&Humblot, Otto Schmidt, De Gruyter und natürlich C.H. Beck. Diese publizieren die für die rechtswissenschaftliche Fachcommunity in Deutschland relevanten monografischen Reihen, Lehrbücher, Kommentare, sowie die Fachzeitschriften für die verschiedenen Teildisziplinen und Qualifikations-

103 Wikibooks (<https://de.m.wikibooks.org/wiki/Hauptseite>) – Die freie Bibliothek“ für Lehr-, Fach- und Sachbücher wurde 2003 als Lehrbuchabteilung der Wikipedia eingerichtet. Seither haben viele Freiwillige 27.334 Buchkapitel in 740 Büchern geschrieben. Das Handbuch für Open Science / Rechtswissenschaft ist abrufbar unter: https://de.m.wikibooks.org/wiki/Handbuch_Open_Science/_Rechtswissenschaft, zuletzt abgerufen am 2.2.2020.

104 Die Disziplin setzt sich nur zögerlich mit dem Thema auseinander. Innerhalb der Tagungsreihe Jur-OA, die bislang zweimal stattgefunden hat, ist 2018 eine ausführliche Dokumentation entstanden, welche die Themen gut dokumentiert. Im Open Access verfügbar über die e-library von Nomos, abrufbar unter: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748903659/open-access-in-der-rechtswissenschaft>, zuletzt abgerufen am 31.1.2020.

105 Eigener Erfahrungswert.

106 Siehe z.B. die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Katja Keul, Dr. Gerhard Schick, Luise Amtsberg, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 18/10435 – aus 2016 auf S. 11; oder: *Suliak*, Karlsruher Richter legen Nebeneinkünfte offen, LTO 15.2.2019, abrufbar unter: <https://perma.cc/manage/create?folder=56370-75772>.

profile aus der Fachanwaltsordnung.¹⁰⁷ Eigenen Reputationslogiken folgend publizieren JuristInnen in den Medien, von denen sie abhängig sind.¹⁰⁸

Das Monopol der benannten juristischen Fachverlage wird dadurch untermauert, dass die Datenbankangebote den Zugriff auf Urteilstexte und Besprechungen umfassen, die obwohl urheberrechtlich gem. § 5 Abs. 1 UrhG eigentlich gemeinfrei und damit im Open Access veröffentlichbar, sonst nur über kostenpflichtige Datenbankangebote wie Juris oder Mehrwertdienste wie den Informationsdiensteanbieter Lexis Nexis zugänglich sind, an denen als Anteilseigner wiederum Verlage beteiligt sind.¹⁰⁹ Gehandelt wird an dieser Stelle nicht der Inhalt, sondern der Datenbankzugriff, welcher eine umfassende, elektronisch aufbereitete, strukturierte Informationsdienstleistung ermöglicht, wofür es anders als für die Distribution und Bereitstellung von Aufsatztexten in Form von Repositorien noch keine kostenfreie und im besten Falle offene Wiki Struktur oder ein öffentlich finanziertes Angebot gibt.¹¹⁰

Die benannten Verlage sind im Hinblick auf offene Publikationsmodelle und Open Access unterschiedlich experimentierfreudig. De Gruyter hat gerade das erste Open-Access-Lehrbuch im Verwaltungsrecht verlegt. Als Open Educational Ressource kann es im Internet kostenfrei heruntergeladen werden und steht unter einer CC BY-SA Lizenz zur Verfügung. Der Autor lädt „ProfessorInnen, AnwendungskursleiterInnen, Studierende, aber auch alle darüber hinaus Interessierten [sind] herzlich dazu ein[geladen], das Lehrbuch zu ihren Zwecken zu nutzen, zu bearbeiten und weiterzuentwickeln“.¹¹¹ Zuvor hat De Gruyter im Jahr 2017 schon das Skript zum Internetrecht, welches vom Institut für Informations- Telekommunikations- und Medienrecht in der jeweils aktuellen Fassung im Internet kostenfrei zum Download angeboten wird, ver-

107 Die Zeitschriftenlandschaft in der Rechtswissenschaft ist breit gefächert. Hier ist zwischen den Ausbildungs-, Praktiker-, Teildisziplin- und Archivzeitschriften zu unterscheiden. Die Zeitschriften der Teildisziplinen sind stark wissenschafts- und/oder forschungsbasiert, während die Praktiker-Zeitschriften den Fokus eher auf aktuelle Rechtsprechung und Rechtsentwicklungen sowie prozessuale Fragen legen und die Ausbildungszeitschriften auf Prüfungsthemen fokussieren sowie von NachwuchswissenschaftlerInnen für das Publizieren erster wissenschaftlicher Artikel genutzt werden.

108 Statt über Impactfaktoren greifen individualisierte Zuschreibungsmechanismen und wird Qualität über das Prestige der HerausgeberInnen/AutorInnen sowie Alter eines Verlages bzw. einer Fachzeitschrift und Marken vermittelt.

109 An diesem Beispiel zeigt sich, dass allein die Allgemeinfreiheit noch keine allgemeine Zugänglichkeit garantiert, sondern darüber hinaus Informationsdienstleistungen nötig sind, die finanziert werden müssen.

110 Eine spannende Frage ist es, inwieweit die Open Data Richtlinie der EU (RICHTLINIE EU 2019/1024 vom 20. Juni 2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors) die Bereitstellung von Rechtsurteilen z.B. über www.GovData.de (Datenportal für Deutschland) verlangt. Melden Sie gerne einen Beitrag hierzu bei der RUZ an!

111 *Eisentraut*, Verwaltungsrecht in der Klausur, DeGruyter 2019, alle Links zu finden bei: https://de.m.wikibooks.org/wiki/Verwaltungsrecht_in_der_Klausur/_Das_Lehrbuch, zuletzt abgerufen am 09.03.2020.

legt.¹¹² Bei den geschilderten Beispielen handelt es sich um Monografien, die in der Regel ein „Zuschussgeschäft“ darstellen und für die sich erst langsam ein Open-Access-Markt und Publikationsworkflow außerhalb der etablierten Verlage an Hochschulen entwickelt.¹¹³

Was den Zeitschriftenmarkt angeht, handelt es sich bei den benannten juristischen Open-Access-Zeitschriften ausschließlich um (konsortiale) Projekte von Hochschuleinrichtungen. Die bei Nomos (zu Beck gehörig) verlegte Zeitschrift RuZ ist die erste Open-Access-Zeitschrift bei einem etablierten juristischen Fachverlag in Deutschland. Damit ist sie ein großes und großartiges Experiment, dessen Modalitäten im Folgenden beschrieben werden sollen.

Nomos hat erkannt, dass Open Access auch und gerade in den Rechtswissenschaften (schnelle Informationshalbwertszeit & Aktualitätsbedarf) den Bedarfen der Wissenschaftscommunity weit entgegenkommt. Der Verlag versteht sich außerdem als Brückenbauer in unterschiedliche Fachcommunities hinein. Das erklärt, wieso sich Nomos angeboten hat, mit einem HerausgeberInnengremium aus JuristInnen, die zu verschiedenen Aspekten des Themas „Recht und Zugang“ forschen und publizieren, eine Zeitschrift zu etablieren, die nicht nur den Diskurs innerhalb der Rechtswissenschaften zu diesem Thema motiviert, sondern auch darüber hinaus den interdisziplinären Austausch mit einer Fachcommunity aus den verschiedenen kulturellen Einrichtungen und auch der Verlegerseite. Leitend für die vorliegende Zeitschrift – Recht und Zugang (RuZ) – war der Gedanke, einen Austausch zu Open Access innerhalb der Rechtswissenschaft und mit den beteiligten Akteuren aus Politik und Verlagswelt zu etablieren und nicht nur das Zugangsproblem und Nachnutzungsproblem zu adressieren, sondern auch das Reputations- und Aufmerksamkeitsproblem.

Nomos gibt einige angesehene juristische Fachzeitschriften heraus,¹¹⁴ mit gutem Standing in der Fachcommunity und hoher Reichweite. Damit ist der Verlag ein guter Partner, um den beabsichtigten Diskurs zu führen und gerade die etablierten und noch nicht pro Open Access gestimmten AkteurInnen zu erreichen. Angesichts der geringen Zahl juristischer Open-Access-Zeitschriften und der Eigenschaft von JuristInnen, Beiträge zunächst über das Medium bzw. den Verlag als Marke und nicht primär die AutorInnen und HerausgeberInnen zu bewerten, war die Neugründung eines Open-Access-Journals über ein Bibliothekskonsortium oder einen Hochschulverlag nicht nur aus Zeit- und Kapazitätsgründen hingegen keine Option.

RuZ adressiert neben dem Reputationsproblem sowohl das Zugangs- und Nachnutzungsproblem, als auch das Publikationsproblem.

112 *Hoeren*, Internetrecht, Stand Oktober 2019 abrufbar unter: <https://www.itm.nrw/lehre/materialien/>, zuletzt abgerufen am 09.03.2020. Als Printexemplar ist das Buch mit Stand 2017 für den Preis von 49,95 EUR als Verlagsprodukt von De Gruyter zu erwerben.

113 Siehe hierzu die Ergebnisse des HTWK Forschungsteams unter der Leitung von Grossmann: <https://perma.cc/D5V6-TR3J>.

114 Insgesamt veröffentlicht Nomos 43 juristische Fachzeitschriften; siehe bei www.nomos-shop.de unter dem Reiter Recht/Zeitschriften. Hierzu zählt z.B. die angesehene ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht).

Kostenfrei zugänglich sind die Inhalte direkt über die e-Library von Nomos. Nutzbar sind sie unter einer sehr freien Lizenz (CC BY-SA 4.0),¹¹⁵ welche der Allgemeinheit weitergehende Nutzungen erlaubt, wie z.B. die Übersetzung in andere Sprachen, immer unter der Bedingung, dass Bearbeitungen die Originalquelle referenzieren und ebenfalls unter einer freien Lizenz bereitgestellt werden.¹¹⁶ Indem die Beiträge vom Verlag unmittelbar im Open Access bereitgestellt werden, ist das Zugangs- und Nachnutzungsproblem behoben.

Um gleichzeitig auch das Publikationsproblem zu adressieren und sicherzustellen, dass bei der Publikation nicht die Abhängigkeiten des Authors-Pay-Modells entstehen, also auch AutorInnen aus kleinen Gedächtnisinstitutionen in der RuZ ohne Kosten publizieren können, war eine Lösung für die Finanzierung zu finden.

Der Verlag verlässt sich an dieser Stelle auf die aufgebaute Reputation und darauf, dass genügend juristische Fach-/Hochschulbibliotheken die Zeitschrift in ihr Portfolio übernehmen und abonnieren. Das Abonnement deckt sowohl die Printausgabe, als auch den Zugang über die e-Library ab.¹¹⁷ Da der Zugang über die e-Library im Open Access allen Beteiligten aus der Öffentlichkeit, einschließlich den Hochschulangehörigen, auch ohne Zahlung einer Subskriptionsgebühr freisteht und Vereinbarungen einer konsortialen Finanzierung nicht existieren, wird die Finanzierung nur gelingen, wenn, trotz dass keine Verknappung des Informationszugangs gegeben ist, genug Abonnements abgeschlossen werden. Da gerade in den Rechtswissenschaften immer noch erwartet wird, dass Fachzeitschriften auch gedruckt zur Verfügung stehen, bzw. in der Umlaufmappe durch die Institute wandern, spricht vieles dafür, dass dieses Ziel erreicht wird. Nun muss sich in der Praxis beweisen, ob das beschriebene Modell die Finanzierung sicherstellen kann. Da das beschriebene Open-Access-Finanzierungsmodell für Bibliotheken vieles vereinfacht und etwa die Verwaltung von Publikationskosten und dazugehöriges Management entfallen, könnte das Modell bei Funktionieren eine Blaupause auch für andere Open-Access-Zeitschriften sein. Nomos ist stark wissenschaftsorientiert und hat als wissenschaftlicher Fachverlag nicht das Problem, das die vor allem Praktikerzeitschriften herausgebenden juristischen Fachverlage haben, bei denen sich die Inhalte nicht aus der öffentlich finanzierten Wissenschaft rekurrieren, sondern aus der die Publikation durch Subskription finanzierenden Praxis.¹¹⁸ Jedoch entstehen für Informationsaufarbeitung, Vertrieb und Werbung weiterhin Kosten und soweit nicht die für die Finanzierung dieser Kosten notwendigen Abonnements abgeschlossen werden, müssen leider andere Wege der Finanzierung, bis hin zur ggfs.

115 Abrufbar unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>, zuletzt abgerufen am 2.2.2020.

116 So ist jüngst das CC BY 4.0 lizenzierte Buch: *Euler/Klimpel*, Der Vergangenheit eine Zukunft, 2015, abrufbar unter: <https://doi.org/10.17176/20180716-114912-0> ins serbische übersetzt worden: <https://twitter.com/EllenEuler/status/1233424841669332998?s=20>.

117 79 EUR Jahresabo Print inkl. Onlinenutzung über die e-Library bei Nomos für Einzelkunden bzw. 89 EUR für Firmen/Institutionen bei 2 Ausgaben pro Jahr.

118 Wobei auch hier mit Transformationsstrategien über „article processing charges“ und Hybrid-Modellen experimentiert werden könnte.

notwendigen Informationsverknappung durch zeitverzögerte Open-Access-Publikation (Embargofrist) gefunden werden.

Open Access bleibt spannend. Die One-fits-it-all Open-Access-Publikationslösung wird es auch auf lange Sicht nicht geben. Die Wege hin zu #openaccess sind im besten Falle vielfältig, bunt, von einer Kultur der Bibliodiversität geprägt, so offen wie möglich und nur so geschlossen wie nötig und schließen Verlage mit ein. Wir AutorInnen und der Verlag hoffen, dass das hier beschriebene Experiment aufgeht, also auf zahlreiche Abonnements durch (Fach-) Bibliotheken, interessierte Kulturerbeeinrichtungen und Einzelpersonen, damit RuZ ein offenes Angebot sein kann, auf das weltweit nachhaltig offen zugegriffen werden kann.