

# Open Access-Frage auf dem Weg zum BVerfG?

## Was ist passiert?

Zum 01.01.2014 schuf der Bundesgesetzgeber durch die Einführung des § 38 IV Urheberrechtsgesetz (UrhG) für den Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags ein sogenanntes Zweitveröffentlichungsrecht (ZVR). Dieses soll dem Autor, wenn der Beitrag die in § 38 IV UrhG genannten Voraussetzungen erfüllt, ermöglichen, ebenjenes öffentlich zugänglich zu machen, sofern seit der Erstveröffentlichung zwölf Monate vergangen sind. Dies stellt ohne Frage einen wichtigen Schritt in Richtung Open Access dar.

Im Zuge dessen ging das Land Baden-Württemberg sogar noch weiter und legte mit Wirkung vom 09.04.2014 in § 44 VI Landeshochschulgesetz Baden Württemberg (LHG BW) fest, dass die Hochschulen im Land das wissenschaftliche Personal durch Satzung dazu verpflichten sollen, das ihm durch § 38 IV UrhG gewährte ZVR auch tatsächlich auszuüben, wenn der Beitrag im Rahmen der Dienstpflicht des Hochschulangehörigen entstanden ist.

Als erstes kam dem die Universität Konstanz nach, indem sie am 10. Dezember 2015 eine „Satzung zur Ausübung des wissenschaftlichen Zweitveröffentlichungsrechts“ beschloss, deren § 2 II die Zweitveröffentlichung verbindlich vorschreibt. Dagegen wendete sich zunächst der Fachbereich Rechtswissenschaft mit einem offenen Brief an die Universitätsleitung, in dem Verletzungen der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III Grundgesetz (GG)) und des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 GG) gerügt werden und die Aufhebung der Satzung gefordert wird.<sup>1</sup> Schließlich stellten im November letzten Jahres 17 Hochschullehrende der Universität Konstanz beim Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim einen Antrag auf Normenkontrolle gemäß § 47 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) gegen die erlassene Satzung.<sup>2</sup>

## Was sagen die Beteiligten und das Gericht?

Die mündliche Verhandlung zur Sache fand am 26.09.2017 vor dem VGH Mannheim statt. In dieser wurde erkennbar, dass der zuständige Senat die Problemstellung hauptsächlich im formellen Bereich verortet.<sup>3</sup> Er zweifelt an der formellen Verfassungsmäßigkeit des § 44 VI LHG BW als

---

<sup>1</sup> Der Brief wurde unter anderem veröffentlicht von *Loewisch, Manfred*, Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung. In: *Ordnung der Wissenschaft* 2 (2016), 135 (135f.).

<sup>2</sup> Pressemitteilung Universität Konstanz Nr. 90/2016, abrufbar unter <https://www.uni-konstanz.de/universitaet/aktuelles-und-medien/aktuelle-meldungen/aktuelles/aktuelles/open-access-satzung-auf-juristischem-pruefstand/> - letzter Aufruf am 19.10.2017.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden die Schilderung der mündlichen Verhandlung von *Hamann, Hanjo/ Graf Fabienne*, VGH Mannheim verhandelt über Open Access: Müssen Wissenschaftler ihre Ergebnisse frei zugänglich machen?. In: *Legal Tribune Online*, 27.09.2017, [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/24747/](https://www.lto.de/persistent/a_id/24747/) - letzter Aufruf am 19.10.2017.

Ermächtigungsgrundlage für die Satzung im Hinblick auf die grundgesetzlichen Kompetenzregelungen. Gemäß Art. 71, 73 I Nr. 9 GG hat der Bund nämlich die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Urheberrechts, was zur Folge hat, dass die Regelung des § 44 VI LHG BW kompetenzwidrig erlassen wäre, wenn sie im Kern eine urheberrechtliche Fragestellung behandelt. Anders wäre das Ergebnis, wenn man in § 44 VI LHG BW eine dienstrechtliche Vorschrift erblickt, weil dann tatsächlich das Land zuständig wäre. Allerdings sei aus Sicht des Senats der enge Zusammenhang zu § 38 IV UrhG deutlich erkennbar und fehle es an einem Bezug zum sonstigen Dienstrecht. Bleibt es bei dieser Ansicht der erkennenden Richter, werden sie das Verfahren aussetzen und nach Art. 100 I GG eine konkrete Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) anstrengen, weil nur dieses die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes feststellen kann.

Von der vorläufigen Ansicht des VGH Mannheim sind auch die 17 antragstellenden Professoren überzeugt.

Demgegenüber führt die Universität Konstanz an, dass nach dieser Auffassung jede Norm, die in irgendeiner Form Auswirkungen auf urheberrechtlich geschütztes Material hat, in die Kompetenz des Bundes fallen würde und so etwa das Land die Lehrenden auch nicht zur Abhaltung von Vorlesungen verpflichten dürfe, was jedoch unzweifelhaft möglich sei (vgl. § 46 II LHG BW). Gegen die vorläufige Ansicht des Senats spreche zudem der Fakt, dass der Bund für eine dem § 44 VI LHG BW vergleichbare Norm in keiner denkbaren Formulierung die Gesetzgebungskompetenz hätte, denn durch diese würden landesbediensteten Lehrenden dienstrechtliche Vorgaben gemacht, für die gemäß Art. 70 I GG die Länder zuständig sind.

## **Ausblick**

Wie sich der VGH Mannheim entscheiden wird ist nach den Vorträgen der Parteien offen. Allerdings erscheint es nach der vom Senat geäußerten Rechtsauffassung als am wahrscheinlichsten, dass das Verfahren ausgesetzt wird und eine Vorlage an das BVerfG erfolgt. Dabei wird interessant sein, ob der VGH seine Vorlage auf formelle Gesichtspunkte beschränkt, oder auch materielle Erwägungen einbezieht und eine Abwägung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Eigentumsgrundrecht einerseits und der Informationsfreiheit andererseits stattfinden muss.

## **Update vom 06.12.2017**

Seit 06.11.2017 liegt nun der Vorlagebeschluss des VGH Mannheim in der Sache vor. Das Verfahren wird ausgesetzt und hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des § 44 VI LHG BW eine Entscheidung

des Bundesverfassungsgerichts im Wege der konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 I GG eingeholt. Der erkennende Senat des VGH Mannheim lässt in seinem Beschluss deutlich werden, dass er von einer Verfassungswidrigkeit des § 44 VI LHG BW als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der streitbefangenen Satzung ausgeht, weil die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 73 I Nr. 9 GG iVm Art. 71 GG verletzt sei. Nun hängt die Entscheidung des VGH Mannheim maßgeblich davon ab, wie das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit des § 44 VI LHG BW beurteilt, je nachdem wird der erkennende Senat die Satzung aufrechterhalten oder gemäß § 47 V 2 VwGO für unwirksam erklären.

Thomas Seltmann, OERSax, [CC-BY-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)