Open Access zwischen Zwang und Anreiz

Die verfassungsrechtlichen Grenzen gesetzlicher Zweitveröffentlichungspflichten

Ellen Euler

30.04.2026 doi: 10.59704/e39eae0d69d843a7

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat mit Beschluss vom 24.03.2026 die Regelung über eine sogenannte Zweitveröffentlichungspflicht im Gesetz über die Hochschulen in Baden-Württemberg (LHG BW) für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig erklärt. § 44 Abs. 6 LHG BW sei eine Regelung auf dem Gebiet des Urheberrechts und unterfalle damit der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG. Eine materiellrechtliche Bewertung der Zweitveröffentlichungspflicht hat das BVerfG dagegen nicht vorgenommen.

Der Beschluss beendet die jahrelange Rechtsunsicherheit über die Zulässigkeit gesetzlicher Zweitveröffentlichungspflichten im Hochschulrecht. Ausgelöst durch den Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 26. September 2017 (9 S 2056/16) zu § 44 Abs. 6 LHG BW, der Hochschulen zur Einführung entsprechender Verpflichtungen ermächtigte, markiert die Entscheidung zugleich die Grenzen rechtlicher Steuerung der Open-Access-Transformation.

Die Entscheidung verweist damit auf ein tieferliegendes Strukturproblem: Während das strukturelle Ziel von Wissenschaft und wissenschaftlicher Kommunikation in der Verbreitung und Fortschreibung wissenschaftlicher Erkenntnisse liegt, sieht das Urheberrecht auch für wissenschaftliche Beiträge Ausschließlichkeitsrechte und Exklusivität vor. Diese Exklusivität ermöglicht die Bündelung und faktische Monopolisierung wissenschaftlicher Inhalte bei großen Fachverlagen, denen Autor:innen regelmäßig ausschließliche Rechte für die Erstveröffentlichung einräumen.

Wirkt das Zweitveröffentlichungsrecht aus § 38 Abs. 4 UrhG insoweit als minimalinvasives Korrektiv, stellen Zweitveröffentlichungspflichten ein systemtransformierendes Instrument dar, das allerdings nach der jüngsten Bewertung des Bundesverfassungsgerichts nur in sehr engen verfassungsrechtlichen Grenzen umsetzbar ist.

Im Ergebnis markiert die Entscheidung keinen vollständigen Ausschluss gesetzlicher Zweitveröffentlichungspflichten, wohl aber deren strukturelle Begrenzung. Als flächendeckendes Steuerungsinstrument der Open-Access-Transformation sind sie damit ungeeignet. Erforderlich ist daher ein Paradigmenwechsel: Nicht rechtlicher Zwang, sondern die gezielte Veränderung wissenschaftlicher Anreizstrukturen ist der entscheidende Hebel für die Open-Access-Transformation.

Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Zweitveröffentlichungspflichten

Im Zentrum der Entscheidung steht die Einordnung der Zweitveröffentlichungspflicht als Regelung des Urheberrechts. Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG fällt das Urheberrecht in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Das BVerfG stellt klar, dass diese Kompetenz nicht auf wirtschaftliche Verwertungsfragen beschränkt ist, sondern auch die ideellen Befugnisse des Urhebers umfasst.

Nach Auffassung des Gerichts stellt die Zweitveröffentlichungspflicht aus § 44 Abs. 6 LHG BW eine urheberrechtliche Regelung dar, weil die Norm die Ausübung einer urheberrechtlichen Befugnis – des Zweitveröffentlichungsrechts nach § 38 Abs. 4 UrhG – steuert. Die betroffenen Autor:innen werden verpflichtet, von ihrem Recht Gebrauch zu machen; ihnen werden „das Ob, das Wann und […] das Wie“ der Zweitverwertung verbindlich vorgegeben (Rn. 50).

Damit wird die urheberrechtliche Entscheidungsfreiheit aufgehoben und durch eine Verpflichtung

ersetzt. Die Regelung betrifft somit unmittelbar die Nutzung des Werkes und die rechtliche Beziehung des Urhebers zu seinem Werk und fällt in den sachlichen Bereich des Urheberrechts (Rn. 51).

Eine Regelung, die die Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse steuert oder beschränkt, ist unabhängig von ihrer formalen Ausgestaltung dem Urheberrecht zuzuordnen.

Der Einwand, es handele sich lediglich um eine an Hochschulen gerichtete organisationsrechtliche Sollensnorm, greift nach Auffassung des Gerichts nicht durch. Entscheidend ist nicht die formale Adressierung, sondern die materielle Wirkung der Norm (Rn. 49, 59). Auch eine mittelbare Verpflichtung über Hochschulen stellt einen Eingriff in urheberrechtliche Befugnisse dar, wenn sie faktisch auf eine verpflichtende Zweitveröffentlichung hinausläuft (Rn. 50, 59).

Da § 44 Abs. 6 LHG BW die Wahrnehmung des Zweitveröffentlichungsrechts nach § 38 Abs. 4 UrhG verbindlich vorgibt, wird aus einer gesetzlichen Befugnis eine Verpflichtung. Dies stellt eine Beschränkung der urheberrechtlichen Dispositionsfreiheit der Autor:innen dar und nähert sich funktional einer urheberrechtlichen Schranke an (Rn. 55). Für eine solche Regelung fehlt dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz.

Da das Urheberrecht gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterliegt und eine Ermächtigung der Länder nach Art. 71 GG nicht vorliegt, ist § 44 Abs. 6 LHG BW kompetenzwidrig (Rn. 36 f.).

Die hochschul- und dienstrechtlichen Bezüge der Vorschrift vermögen daran nichts zu ändern. Das Gericht stellt klar, dass der Schwerpunkt der Regelung im Urheberrecht liegt und nicht durch ihre Einbettung in das Hochschulrecht verdrängt wird (Rn. 58–60).

Das BVerfG hat damit klargestellt, dass Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG eine landesgesetzliche Verpflichtung von Hochschulangehörigen zur Inanspruchnahme nichtkommerzieller Zweitverwertungsrechte versperrt und landesgesetzliche Open-Access-Pflichten in Form verpflichtender Regelungen mit urheberrechtlichem Gehalt für kompetenzwidrig erklärt.

Eine eigenständige Prüfung der Vereinbarkeit der Zweitveröffentlichungspflicht mit Grundrechten – insbesondere mit der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG oder der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG – nimmt das Bundesverfassungsgericht nicht vor. Die Entscheidung beschränkt sich auf die kompetenzrechtliche Einordnung der Regelung.

Geklärt ist damit lediglich, dass landesgesetzliche Regelungen, die eine verpflichtende Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse vorsehen, dem Kompetenzbereich des Bundes zuzuordnen sind und daher nicht durch die Länder getroffen werden können.

Offen bleibt hingegen, in welchem Umfang gesetzliche Zweitveröffentlichungspflichten auf Bundes- oder europäischer Ebene materiell-rechtlich zulässig ausgestaltet werden könnten.

Die lange Dauer des Verfahrens hat zugleich dazu geführt, dass rechtliche Steuerungsansätze zur Förderung von Open Access auf Landesebene über Jahre hinweg zurückgestellt wurden. Die Entscheidung schafft nun Klarheit über die kompetenzrechtlichen Grenzen einer Landesregelung und eröffnet damit den Raum für eine weitergehende Diskussion über zulässige Ausgestaltungen auf Bundes- und Unionsebene.

Handlungsspielräume auf Bundes- und Unionsebene

Auch auf Bundesebene bestehen erhebliche rechtliche Grenzen für gesetzliche Zweitveröffentlichungspflichten. § 38 Abs. 4 UrhG gewährt den Urheber:innen lediglich ein fakultatives Zweitveröffentlichungsrecht nach Ablauf einer Embargofrist, begründet jedoch keine Verpflichtung zur Wahrnehmung.

Eine gesetzliche Verpflichtung zur Zweitveröffentlichung würde demgegenüber unmittelbar in die urheberrechtliche Dispositionsfreiheit eingreifen und wäre an der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG sowie an der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG zu messen. Solche Eingriffe bedürfen einer besonderen Rechtfertigung und müssen insbesondere verhältnismäßig ausgestaltet sein.

Zwar sind Beschränkungen urheberrechtlicher Befugnisse im Interesse der Allgemeinheit grundsätzlich zulässig. Ob und in welchem Umfang eine verpflichtende Zweitveröffentlichung wissenschaftli-

cher Beiträge diesen Anforderungen genügen könnte, ist jedoch bislang ungeklärt und erscheint angesichts der Intensität des Eingriffs nur in eng begrenzten, insbesondere nicht zwingenden Ausgestaltungen denkbar.

Zusätzlich werden mögliche Gestaltungsspielräume durch das Unionsrecht begrenzt. Die InfoSoc-Richtlinie (2001/29/EG) enthält in Art. 5 einen weitgehend harmonisierten und in sich geschlossenen Katalog zulässiger Schrankenregelungen, der den Mitgliedstaaten nur begrenzte Erweiterungsmöglichkeiten eröffnet.

Eine verpflichtende Zweitveröffentlichung, die über eine bloße Nutzungserlaubnis hinausgeht und auf eine aktive Veröffentlichungspflicht gerichtet ist, lässt sich in dieses System nur schwer einordnen. Nach dem BVerfG wirkt eine solche Verpflichtung funktional wie eine Beschränkung urheberrechtlicher Befugnisse und nähert sich damit einer Schrankenregelung an. Ihre Einführung würde daher eine Weiterentwicklung des unionsrechtlichen Rahmens voraussetzen.

Denkbar wäre insoweit eine unionsrechtliche Regelung, die den Mitgliedstaaten aufgibt, Maßnahmen zur Sicherstellung der Zweitveröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge vorzusehen oder entsprechende Modelle zumindest zu ermöglichen.

Die derzeit geführte Diskussion auf europäischer Ebene beschränkt sich jedoch bislang im Wesentlichen auf die EU-weite Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts, nicht aber auf verpflichtende Modelle.

Während Zweitveröffentlichungsrechte als vergleichsweise zurückhaltendes, die Dispositionsfreiheit der Urheber wahrendes Instrument ausgestaltet sind, stellen Zweitveröffentlichungspflichten ein deutlich intensiveres und auf Systemveränderung gerichtetes Steuerungsinstrument dar. Gerade in Disziplinen mit stark verfestigten Publikationsstrukturen könnte ein solcher Ansatz eine höhere Wirksamkeit entfalten als rein freiwillige Modelle.

Zugleich zeigt sich ein strukturelles Spannungsverhältnis: Verpflichtende Regelungen entfalten ihre größte Steuerungswirkung gerade in Phasen, in denen ein Problembewusstsein noch nicht flächendeckend vorhanden ist, stoßen dann jedoch auf erhebliche Akzeptanzprobleme. Mit zunehmender Sensibilisierung für die Problematik eingeschränkter Zugänglichkeit wissenschaftlicher Ergebnisse und Anpassung des Publikationsverhaltens sinkt demgegenüber der Bedarf für verpflichtende Eingriffe.

Im Ergebnis könnten verpflichtende Modelle zwar einen wirksamen Beitrag zur notwendigen Sicherung von Zugang und Sichtbarkeit wissenschaftlicher Erkenntnisse leisten. Ihre Umsetzung setzt jedoch voraus, dass der unionsrechtliche Rahmen entsprechend weiterentwickelt wird.

Freiwillige Alternativen und Anreizsysteme

Die engen rechtlichen Grenzen verpflichtender Modelle verweisen auf die zentrale Bedeutung freiwilliger Mechanismen und institutioneller Anreizsysteme für die Open-Access-Transformation. Diese verläuft bislang deutlich langsamer als politisch intendiert. Während die Open-Access-Bewegung eine umfassende Öffnung öffentlich finanzierter Forschung anstrebt, liegt die tatsächliche Open-Access-Quote insgesamt nur im mittleren Bereich und variiert erheblich zwischen den Disziplinen.

Die Rechtswissenschaft nimmt beim Thema Open Access eine Schlusslichtposition ein und zeichnet sich durch eine besondere strukturelle Beharrlichkeit aus. Initiativen wie der Verfassungsblog, OpenRewi, der Open-Access-Kommentar und Open-Access-Zeitschriften bilden die Ausnahme. Die wissenschaftliche Kommunikation ist hier stark auf etablierte Verlagsformate und wenige zentrale Publikationsorgane konzentriert, die für Sichtbarkeit und Anschlussfähigkeit an Rechtsprechung und Praxis maßgeblich sind. Zugleich prägen konservative Karrierestrukturen das Publikationsverhalten: In Berufungs- und Evaluationsverfahren werden Beiträge in traditionellen Verlagszeitschriften regelmäßig höher gewichtet als frei zugängliche Publikationen. Hinzu treten Vorbehalte gegenüber der Qualitätssicherung offener Publikationsformate sowie ein insgesamt gering ausgeprägtes Problembewusstsein für Fragen der Zugänglichkeit wissenschaftlicher Erkenntnisse.

Diese strukturellen Bedingungen führen dazu, dass bestehende rechtliche Möglichkeiten – insbeson-

dere das Zweitveröffentlichungsrecht – nur begrenzt genutzt werden. Freiwilligkeit allein erweist sich unter diesen Umständen als nicht hinreichend, um eine flächendeckende Transformation herbeizuführen. Gleichzeitig zeigen die rechtlichen Grenzen verpflichtender Modelle, dass ein unmittelbarer normativer Zugriff auf das Publikationsverhalten ebenfalls nur eingeschränkt möglich ist.

Der entscheidende Ansatzpunkt liegt daher in der Veränderung der wissenschaftlichen Anreiz- und Bewertungssysteme. Solange wissenschaftliche Reputation maßgeblich über etablierte, nicht frei zugängliche Publikationsformate vermittelt wird, bleiben Open-Access-Angebote strukturell benachteiligt. Eine wirksame Transformation setzt deshalb eine Reform der Forschungsbewertung voraus. Open-Access-Publikationen müssen in Berufungsverfahren, Leistungsbewertungen und Förderentscheidungen systematisch gleichwertig berücksichtigt werden. Erst wenn Sichtbarkeit und wissenschaftliche Anerkennung unabhängig vom Publikationsmodell gewährleistet sind, können sich offene Formate nachhaltig durchsetzen.

Flankierend hierzu sind institutionelle Maßnahmen erforderlich, die Open Access praktisch erleichtern und sichtbar machen. Dazu zählen insbesondere der Ausbau von Diamond Open-Access-Publikationsumgebungen, die Übernahme von Publikationskosten, die Etablierung klarer Zitierstandards sowie gezielte Informations- und Fortbildungsangebote. Auch die Förderpolitik kann steuernd wirken, indem sie Open Access stärker zur Voraussetzung für die Vergabe von Drittmitteln macht oder entsprechende Publikationsformen gezielt unterstützt. Kompetenzstellen können auf Ebene der Bundesländer das Thema strategisch entwickeln und Hochschulen bei der Open-Access-Transformation beraten.

Schlussfolgerung

Im Ergebnis erweist sich das Recht insgesamt als nur begrenzt geeigneter Steuerungsmechanismus für die Open-Access-Transformation. Verpflichtende Modelle stoßen schnell an kompetenz-, grund- und unionsrechtliche Grenzen und können – wenn überhaupt – nur in engen Ausgestaltungen umgesetzt werden. Eine nachhaltige Transformation des wissenschaftlichen Publikationssystems wird daher maßgeblich von institutionellen und wissenschaftspolitischen Anreizstrukturen abhängen.

Besonders die Rechtswissenschaft steht hierbei vor einer besonderen Verantwortung. Als Disziplin, die das Rechtssystem gestaltet und maßgeblich die Gesellschaft beeinflusst, sollte sie auch beim Zugang zu Wissen eine Vorreiterrolle übernehmen – statt als Schlusslicht zu fungieren. Mit ihrer besonderen Nähe zur Rechtspraxis hat sie eine Schlüsselrolle für die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaats. Wenn zentrale Akteure der Rechtsanwendung keinen freien Zugang zu aktueller Forschung haben, beeinträchtigt dies nicht nur den wissenschaftlichen Fortschritt, sondern auch die Qualität der Rechtsanwendung selbst. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Öffnung wissenschaftlicher Publikationen über die Wissenschaft hinaus eine besondere gesellschaftliche Bedeutung. Die beharrliche Haltung vieler rechtswissenschaftlicher Akteure gegenüber Open Access ist angesichts der gesellschaftlichen Verantwortung der Disziplin nicht mehr zeitgemäß.

Der Weg zu mehr Open Access erfordert ein Umdenken auf allen Ebenen – von der individuellen Entscheidung der Wissenschaftler:innen über die institutionellen Strategien der Fakultäten bis hin zur Förderpolitik von Bund und Ländern. Nur wenn alle Akteure gemeinsam an einem Strang ziehen, kann die Transformation gelingen und der freie Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen verwirklicht werden. Die Rechtswissenschaft muss hier ihren Teil beitragen und aus ihrer konservativen Haltung herausfinden.

AUTOR*IN

Ellen Euler

Prof. Dr. jur. Ellen Euler, LL.M. ist Professorin für Bibliothekswissenschaft mit Lehrschwerpunkt Open Access und Open Data an der Fachhochschule Potsdam.

EMPFOHLENE ZITATION

Euler, Ellen: Open Access zwischen Zwang und Anreiz: Die verfassungsrechtlichen Grenzen gesetzlicher Zweitveröffentlichungspflichten, Verfassungsblog, 30.04.2026, doi: 10.59704/e39eae0d69d843a7.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20260501-173607-0.