

## Open-Access-Veröffentlichungspflicht für Dissertationen?

### Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung aus Anlass der Ergänzung von § 86 Abs 1 UG durch BGBI I 2017/129

Elisabeth Staudegger,\* Universität Graz

**Kurztext:** Der Beitrag untersucht die in § 86 Abs 1 UG den Universitäten eröffnete Möglichkeit, mittels Satzungsrecht die Veröffentlichung von Dissertationen in Open Access Form verpflichtend vorschreiben zu können, im System des universitäts- und urheberrechtlichen Rechtsrahmens und stellt erste Überlegungen zur Grundrechtskonformität solcher Regelungen an.

**Schlagworte:** Veröffentlichungspflicht; Universitätsrecht; Studienrecht; Urheberrecht; Bildungsausnahmen; Open Access; goldener Weg; grüner Weg; Publikationskosten; Repositorien; Data Economy; Drittmittelforschung; Plagiat; Grundrechte; Verhältnismäßigkeit; Lizenz; Betreuungsvereinbarung; Digitaler Binnenmarkt; European Open Science Cloud; gemeinsamer europäischer Datenraum.

### I. Einleitung

Die universitäre Forschung steckt mehrfach im Dilemma: Erstens sollen Forschungsergebnisse einer breiten (Fach-)Öffentlichkeit zugänglich sein, jedoch sind die Kosten für die in Fachverlagen erzeugten Produkte enorm und diese daher für Universitäten zunehmend unerschwinglich teuer. Zweitens sollen JungforscherInnen durch Veröffentlichungen in renommierten Fachverlagen ihre Qualifikation nachweisen, allerdings wird so die Karriere des Nachwuchses in die Hände einiger weniger (oft globaler) Player gelegt. Drittens sollen sich die Universitäten um die Akquirierung von Drittmittelprojekten bemühen, gleichzeitig fordern beteiligte Unternehmen häufig die Sperre der Forschungsergebnisse auf einige Jahre hinaus, was sich auf die Forschung im betroffenen Feld keineswegs förderlich, sondern hemmend und nachteilig auswirkt.

Dabei existiert mit dem Internet und dem World Wide Web inzwischen ein technologisches Umfeld, das es ermöglicht, zu vergleichsweise geringen Kosten digitalen Content global zu verbreiten.<sup>1</sup> Die Europäische Kommission (EK) lässt keinen Zweifel daran, dass Open Science ein wichti-

---

\* Univ.-Prof. Mag. Dr. Elisabeth Staudegger ist Professorin am Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen und Leiterin des Fachbereichs Recht und IT an der Universität Graz.

1 Zu den Herausforderungen, die die Digitalisierung an die Wissenschaft stellt, vgl zuletzt Storr, Der digitalisierte Forscher, ALJ 2017, 85 (86 ff) <http://alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/82> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

ger Teil des Digitalen Binnenmarkts<sup>2</sup> und damit der Europäischen Data Economy ist.<sup>3</sup> Die European Open Science Cloud (EOSC) ist ein erklärtes Ziel der Kommission.<sup>4</sup> Universitäten verfügen auch durchwegs über die erforderliche Infrastruktur, um Repositorien einzurichten, also digitale Archive, über die die Inhalte einer breiten Öffentlichkeit online zur Verfügung gestellt werden können. Es liegt daher nahe, die in § 86 UG ohnehin bereits normierte Veröffentlichungspflicht für wissenschaftliche Abschlussarbeiten künftig in Open Access Form vorzuschreiben. Der österr Gesetzgeber hat den Universitäten diese Möglichkeit unlängst durch eine entsprechende Änderung des Universitätsgesetzes 2002<sup>5</sup> eröffnet.<sup>6</sup>

Nun sind – bei aller Anerkennung der Beweggründe – wissenschaftliche Abschlussarbeiten als Werke der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste oder der Filmkunst urheberrechtlich geschützt. Das aber bedeutet, dass den AutorInnen als UrheberInnen (neben anderen Rechten) gerade das Recht der Veröffentlichung, aber auch der Vervielfältigung und online-Zurverfügungstellung des Werkes ausschließlich vorbehalten ist. Das Urheberrecht erfährt als (geistiges) Eigentum grundrechtlichen Schutz in Form der Eigentumsgarantie.<sup>7</sup> AutorInnen genießen Schutz durch die Kunstrechte (Art 17a StGG) und WissenschafterInnen stehen schließlich noch im Schutzkreis der Wissenschaftsfreiheit nach Art 17 StGG. Damit aber muss jede Einschränkung der Rechte der wissenschaftlichen oder künstlerischen UrheberInnen den hohen Anforderungen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechen.<sup>8</sup>

Der Beitrag untersucht die Open Access Veröffentlichungspflicht (iF: OA-Pflicht) nach geltender Rechtslage und stellt dafür die einschlägigen Bestimmungen des Urheberrechts und Universitätsrechts in ihrem Zusammenwirken dar. In Kenntnis von Zweck und Mittel einer solchen Pflicht sind in der Folge Aussagen zur grundrechtlichen Verhältnismäßigkeit der Verpflichtung möglich.

- 
- 2 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, KOM/2015/0192 final, 4, 8 und insb 16 f, wo unter Pkt 4.1. „Aufbau einer Datenwirtschaft“ der Übergang zu einer „effizienteren und schneller reagierenden, offenen Wissenschaft“ mittels einer „Forschungs-Cloud“ in Aussicht gestellt wird.
  - 3 Vgl dazu jüngst die Empfehlung der Europäischen Kommission, 25. 4. 2018 on access to and preservation of scientific information, C(2018) 2375 final mwN und Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Halbzeitüberprüfung der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt. Ein vernetzter digitaler Binnenmarkt für alle, KOM/2017/0228 final, die die Errichtung einer „research open science cloud“ als Teil der European Cloud Initiative vorsieht sowie die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, KOM/2018/232 final.
  - 4 Vgl bereits Empfehlung der Kommission vom 17. 7. 2012 über den Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und deren Bewahrung, 2012/417/EU sowie Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Europäische Cloud-Initiative – Aufbau einer wettbewerbsfähigen Daten- und Wissenswirtschaft in Europa“, KOM/2016/0178/final.
  - 5 Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz 2002 – UG) BGBl I 2002/120.
  - 6 Bundesgesetz, mit dem das Hochschulgesetz 2005, das Schulorganisationsgesetz und das Land- und forstwirtschaftliche Bundesschulgesetz geändert werden sowie das Hochschul-Studienberechtigungsgesetz aufgehoben wird und das Universitätsgesetz 2002, das Fachhochschul-Studiengesetz, das Privatuniversitätengesetz und das Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz geändert werden BGBl I 2002/120 idF BGBl I 2017/129; in Kraft seit 1. 8. 2017. Die jüngste Änderung des UG mit BGBl I 2018/8 berührt § 86 nicht.
  - 7 Insb Art 1 1. ZP EMRK, Art 5 StGG, explizit Art 17 Abs 2 GRC.
  - 8 Vgl Art 52 Abs 1 GRC: „*Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.*“

Dabei stehen Dissertationen als die qualitativ hochwertigsten Abschlussarbeiten im Fokus der Überlegungen. Die Ausführungen gelten im Grunde aber selbstverständlich für alle wissenschaftlichen Werke.

## II. Die Veröffentlichungspflicht an der Schnittstelle von Urheberrecht und Studienrecht

Die Pflicht zur Veröffentlichung von Dissertationen steht an der Schnittstelle von Urheberrecht und Studienrecht. Während das Studienrecht im Universitätsgesetz 2002 und, soweit dort delegiert, in den Satzungen der Universitäten die Voraussetzungen des Doktoratsstudiums regelt, zielt das Urheberrecht<sup>9</sup> auf den Schutz der AutorInnen und die Förderung der kulturellen Entwicklung ab. Beide Regelungsbereiche verfolgen daher zum einen gemeinsame, zum anderen aber auch selbständige, ja teilweise sogar widersprüchliche Ziele. Beide sind sowohl in Österreich (insb Art 5, 17 StGG<sup>10</sup>) als auch auf Ebene der Europäischen Union (Art 13, 17 GRC<sup>11</sup>) grundrechtlich garantiert.

Im Folgenden soll die Rechtslage zur Veröffentlichungspflicht für Dissertationen dargestellt werden, um die rechtliche Beurteilung einer allfälligen satzungsmäßigen Statuierung einer Open Access Verpflichtung zu ermöglichen.

### A. Das Urheberrecht: Veröffentlichungsrecht und weitere Verwertungsrechte sowie Ausnahmen

*„Aufgabe des Urheberrechtes ist es, den Urhebern innerhalb der durch ihre schutzwürdigen Interessen bestimmten Schranken die Verwertung ihrer Werke vorzubehalten und sie gegen deren Ausbeutung durch andere zu sichern. Außerdem hat das Urheberrechtsgesetz auch ideale oder geistige Interessen des Urhebers an der Benutzung des Werkes, an dessen Unversehrtheit, an der Achtung der Urheberschaft und an der Wahrung und Betonung der Verbundenheit des Werkes mit seinem Schöpfer zu schützen.“<sup>12</sup>*

Um die in den Materialien genannten Zwecke – Schutz vor Ausbeutung; Schutz geistiger Interessen des Urhebers wie insb Achtung der Urheberschaft und Wahrung der Verbundenheit des Werkes mit seinem Schöpfer – zu erfüllen, umfasst das österr Urheberrecht neben den vermögenswerten Verwertungsrechten (§§ 14 ff UrhG) auch Persönlichkeitsrechte (§§ 19 ff UrhG) sowie jedenfalls gerade auch das Recht der Entscheidung darüber, ob ein Werk überhaupt veröffentlicht werden soll.

Zwar ist das „Veröffentlichungsrecht“ im geltenden UrhG – im Gegensatz zur Vorgängernorm UrhG 1920<sup>13</sup> – nicht gesondert normiert,<sup>14</sup> dass aber die Erstveröffentlichung dem Urheber vorbehalten bleiben soll, ist nach hA unbestritten.<sup>15</sup> In den Materialien erläutert Lissbauer, der geistige

9 Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) BGBl 1936/111 idF BGBl I 2015/99.

10 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBI 1867/142.

11 Charta der Grundrechte der Europäischen Union ABl C 2016/202, 389.

12 Erläuternde Bemerkungen zum UrhG 1936: Peter, Das Österreichische Urheberrecht (1954) 473 (502).

13 Vgl §§ 23, 28 und 32 Urheberrechtsgesetz 1895 RGBI 197/1895, in denen das Veröffentlichungsrecht ausdrücklich genannt war.

14 Walter, Handbuch Urheberrecht I (2008) Rz 939 lehnt daher ein Veröffentlichungsrecht als solches auch ausdrücklich ab.

15 Statt aller Schumacher in Kucsko/Handig, urheber.recht<sup>2</sup> § 8 UrhG Rz 15 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at) mwN.

Vater des monolithisch konstruierten, heute noch geltenden UrhG 1936, der Entwurf verkenne nicht „*die Notwendigkeit, den Urheber dagegen zu schützen, daß das Werk ohne seine Einwilligung veröffentlicht wird*“.<sup>16</sup> Da ein ausschließliches Veröffentlichungsrecht aber mit anderen absoluten Werknutzungsrechten konfliktieren könnte, wurde es strukturell bei den einzelnen Verwertungsrechten mitberücksichtigt. Auch durch völkerrechtliche Vorgaben (insb Art 3 RBÜ<sup>17</sup>) ist das Veröffentlichungsrecht eindeutig klargestellt. Im Übrigen macht § 14 Abs 3 UrhG expressis verbis deutlich, dass die erste Mitteilung des Inhaltes eines Werkes dem Urheber vorbehalten sein soll.<sup>18</sup>

Neben der Veröffentlichung behält das Urheberrecht den UrheberInnen weitere Nutzungshandlungen in Form ausdrücklich gewährter Verwertungsrechte ausschließlich vor. Dazu zählen insb die Vervielfältigung des Werkes (§ 15 UrhG), die Verbreitung von Werkstücken (§ 16 UrhG), das Verleihen (§ 16a UrhG) und das interaktive Online-Zurverfügungstellen (§ 18a UrhG) des Werkes. Gleichzeitig regelt der Gesetzgeber Ausnahmen und Beschränkungen, in österr Terminologie „freie Werknutzungen“, die die Nutzung von Werken in bestimmtem Ausmaß und Umfang erlauben und so insb die Forschung<sup>19</sup> begünstigen.

Während wissenschaftliche Erkenntnisse grundsätzlich gänzlich urheberrechtsfrei bleiben,<sup>20</sup> schützt das Urheberrecht das Werk, auch wenn es inhaltlich wissenschaftlich ist.<sup>21</sup> Dissertationen sind daher nach österr UrhG zweifelsohne als Werke der Literatur geschützt.<sup>22</sup> Das gilt im monistischen, am Menschen als Schöpfer ausgerichteten österr Urheberrecht völlig ohne Einschränkung, daher auch für im Zuge eines Drittmittelprojekts oder im Rahmen eines Dienstverhältnisses an einer Universität verfasste Dissertationen. Die Selbständigkeit der VerfasserInnen bekräftigt § 106 UG neuerlich.<sup>23</sup> Damit sind die AutorInnen berechtigt zu entscheiden, ob und wann ihr Werk veröffentlicht werden soll. Ihnen steht es nach § 24 iVm 31 UrhG aber frei, sich vertraglich (auch im Vorhinein) zu binden.

## B. Studienrecht: Zur Entwicklung der „Veröffentlichungspflicht“ (§ 86 UG)

Der II. Teil des geltenden UG ist dem Studienrecht gewidmet. Die Konzentration der zuvor in unterschiedlichen Gesetzen geregelten universitätsrechtlichen Bestimmungen – Organisationsrecht, Studienrecht und Personalrecht – in einem einzigen Bundesgesetz, war ein vom Gesetzgeber bewusst verfolgtes Ziel.<sup>24</sup> Im 5. Abschnitt, §§ 80–86 UG, sind die wissenschaftlichen und

16 ErläutRV UrhG 1936: Peter, Urheberrecht (1954) 473 (502 f).

17 Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9. 9. 1886, vervollständigt in Paris am 4. 5. 1896, revidiert in Berlin am 13. 11. 1908, vervollständigt in Bern am 20. 3. 1914 und revidiert in Rom am 2. 6. 1928, in Brüssel am 26. 6. 1948, in Stockholm am 14. 7. 1967 und in Paris am 24. 7. 1971 BGBI 1982/319.

18 Kucsko in *Kucsko/Handig, urheber.recht*<sup>2</sup> § 1 UrhG Rz 19 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at); Anderl in *Kucsko/Handig, urheber.recht*<sup>2</sup> § 14 UrhG Rz 5 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at). Auch Walter, Urheberrecht Teil I Rz 935 ff erkennt darin zu mindest den Ansatz eines eigenständigen Veröffentlichungsrechts.

19 Vgl insb insb § 42 Abs 2 und 7, § 42f sowie § 56b UrhG.

20 Walter, Urheberrecht I Rz 152 und 172 f; Ciresa, Urheberrecht § 2 UrhG Rz 8 (16. Lfg Dezember 2013).

21 Zur Unterscheidung der wissenschaftlichen Erkenntnis als solche von der Form ihrer Darstellung vgl OGH 4 Ob 274/02a (Felsritzbild) MR 2003, 162 (Walter) = ecolex 2004, 42 (Schumacher); aus der urheberrechtlichen Literatur dazu insb Walter, Urheberrecht I Rz 173 mwN.

22 OGH 4 Ob 274/02a (Felsritzbild) = MR 2003, 162 (Walter) = ecolex 2004, 42 (Schumacher); aus der Literatur statt aller Walter, Urheberrecht I Rz 172 f mwN.

23 Eine weitere Vertiefung des Themas soll hier nicht erfolgen; Vgl dazu Müller, Wie greifbar ist das geistige Eigentum an der Universität? in Hauser (Hrsg), Hochschulrecht Jahrbuch 2013 (2013) 379, und Titscher, Das Recht auf Veröffentlichung im Spannungsverhältnis zur Drittmittelforschung, zfhr 2008, 171 jeweils mwN.

24 ErläutRV 1134 BlgNR 21. GP 66.

künstlerischen Abschlussarbeiten einschließlich Dissertationen geregelt. § 86 trägt den Titel „Veröffentlichungspflicht“.

## 1. § 86 UG de lege lata

§ 86 UG lautet im Wortlaut wie folgt:<sup>25</sup>

§ 86. (1) Die Absolventin oder der Absolvent hat vor der Verleihung des akademischen Grades jeweils ein vollständiges Exemplar der positiv beurteilten wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeit oder der Dokumentation der künstlerischen Arbeit durch Übergabe an die Bibliothek der Universität, an welcher der akademische Grad verliehen wird, zu veröffentlichen. Für diese Übergabe kann in der Satzung festgelegt werden, dass diese ausschließlich in elektronischer Form zu erfolgen hat. Weiters kann in der Satzung festgelegt werden, dass die Veröffentlichung elektronisch in einem öffentlich zugänglichen Reppositorium erfolgen muss.

(2) Die positiv beurteilte Dissertation oder künstlerische Dissertation oder die Dokumentation der künstlerischen Dissertation ist überdies durch Übergabe an die Österreichische Nationalbibliothek zu veröffentlichen. Für diese Übergabe kann in der Satzung festgelegt werden, dass diese ausschließlich in elektronischer Form zu erfolgen hat. Weiters kann in der Satzung festgelegt werden, dass die Veröffentlichung elektronisch in einem öffentlich zugänglichen Reppositorium erfolgen muss.

(3) Von der Veröffentlichungspflicht ausgenommen sind die wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeiten oder deren Teile, die einer Massenvervielfältigung nicht zugänglich sind.

(4) Anlässlich der Übergabe einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeit oder der Dokumentation der künstlerischen Arbeit ist die Verfasserin oder der Verfasser berechtigt, den Ausschluss der Benützung der abgelieferten Exemplare für längstens fünf Jahre nach der Übergabe zu beantragen. Dem Antrag ist vom für die studienrechtlichen Angelegenheiten zuständigen Organ stattzugeben, wenn die oder der Studierende glaubhaft macht, dass wichtige rechtliche oder wirtschaftliche Interessen der oder des Studierenden gefährdet sind.<sup>26</sup>

Die Materialien weisen, soweit zu § 86 überhaupt Stellung bezogen wird, lapidar aus: „*Diese Bestimmung entspricht weitgehend der bisherigen Rechtslage.*“<sup>27</sup>

## 2. Zur Entwicklung von § 86 UG

Die Regelung war bereits in der Stammfassung des UG<sup>28</sup> im Jahr 2002 enthalten, trat 2004<sup>29</sup> in Kraft und sollte sowohl die Ablieferung, als auch die Veröffentlichung wissenschaftlicher Abschlussarbeiten<sup>30</sup> sicherstellen. Nach Abs 1 leg cit waren die AbsolventInnen grundsätzlich (nämlich soweit möglich)<sup>31</sup> verpflichtet, positiv beurteilte Arbeiten durch Übergabe an die Bibliothek

25 Hervorhebungen durch d Verf.

26 § 86 UG idF BGBl I 129/2017.

27 IA 2235/A BlgNR 25. GP 142; wortgleich AB 1705 BlgNR 25. GP 57.

28 Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz 2002 – UG) BGBl I 2002/120.

29 Vgl § 143 Abs 2 UG, wonach Teil II, also das Studienrecht, mit 1. 1. 2004 in Kraft tritt.

30 Das sind: Diplom- oder Magisterarbeit, Dissertation oder künstlerische Diplom- oder Magisterarbeit bzw die Dokumentation der künstlerischen Diplom- oder Magisterarbeit.

31 Die Ausnahme bezog sich auf wissenschaftliche Arbeiten oder deren Teile, die einer Massenvervielfältigung nicht zugänglich sind wie zB bei Herstellung bestimmter Unikate. Deren Dokumentationen und Beschreibungen waren von der Veröffentlichungspflicht allerdings nicht ausgenommen. In Zweifelsfällen entschieden die StudienInnen über die Veröffentlichung (vgl ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 99).

der Universität, an welcher der akademische Grad verliehen wurde, zu veröffentlichen und vor der Verleihung des akademischen Grades jeweils ein vollständiges Exemplar abzuliefern. Dissertationen waren überdies durch Übergabe an die Österreichische Nationalbibliothek zu veröffentlichen. Abs 2 leg cit eröffnete die Möglichkeit, den Ausschluss der Benützung der abgelieferten Exemplare der Arbeit für längstens fünf Jahre zu erwirken. Über den Zweck der Norm geben die Erläuterungen keine Auskunft, sie verweisen vielmehr wiederum darauf, die Bestimmung entspreche weitgehend der bisherigen Rechtslage, nämlich § 65 UniStG.<sup>32</sup>

§ 86 UG wurde in der Folge mehrfach zT terminologisch (Magisterarbeit wurde zu Masterarbeit)<sup>33</sup> adaptiert, zT durch Erweiterungen (wie insb um künstlerische Dissertationen) ausgebaut bzw strukturell geändert.<sup>34</sup> Der Versuch, eine zentrale Datenbank und ein digitales Repositorium für wissenschaftliche und künstlerische Arbeiten einzurichten,<sup>35</sup> musste letztlich aufgegeben werden.<sup>36</sup> Die Bestimmung blieb im hier interessierenden Zusammenhang damit im Grunde von der Stammfassung bis zum 1.8.2017 unverändert. Mit der jüngsten Änderung wurde § 86 UG jedoch insofern erweitert, als nun den Universitäten die Kompetenz eingeräumt ist, eine online Open Access Veröffentlichungspflicht in deren Satzung vorzusehen.

Dass die Erläuterungen zu § 86 UG über den Zweck der Norm schweigen und auf die frühere Fassung verweisen, sich die ErläutRV zur Stammfassung aber ihrerseits auf § 65 UniStG<sup>37</sup> beziehen, lenkt den Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm.

### **3. Von der „Ablieferungspflicht“ im AHStG (1981) zur „Veröffentlichungspflicht“ im UniStG (1997)**

Den Materialien zufolge<sup>38</sup> sollte mit § 65 UniStG von der bislang in § 25 Abs 4 AHStG<sup>39</sup> geregelten „Ablieferungspflicht“ abgegangen, und eine neue, ausdrücklich als solche bezeichnete „Veröffentlichungspflicht“ begründet werden.

Der Gesetzgeber nannte als Grund für die Einführung der Ablieferungspflicht im Jahr 1981, dass wissenschaftliche Arbeiten häufig nicht publiziert wurden und so der Forschung vorenthalten blieben. Um diese als vielfach äußerst wertvolle Texte des wissenschaftlichen Nachwuchses empfundenen Werke den Interessierten besser zugänglich zu machen, sollten die VerfasserInnen approbierter Diplomarbeiten und Dissertationen verpflichtet sein, je ein Freistück an die Bibliothek ihrer Hochschule und an die Österreichische Nationalbibliothek abzuliefern.<sup>40</sup> Der Zweck der Regelung

32 ErläutRV 1134 BlgNR 21. GP 94; lediglich die Pflicht zur Ablieferung eines positiv beurteilten Werkstückes an die Österreichische Nationalbibliothek wurde im UG auf Dissertationen eingeschränkt.

33 BGBl I 2006/74.

34 BGBl I 2015/131; vgl ErläutRV 797 BlgNR 25. GP 14.

35 Vgl § 85 UG 2002 idF BGBl 2009/81; es war vorgesehen, folgende Daten zu erfassen: Autorin oder Autor, Titel und an welcher Universität die Arbeit abgefasst wurde sowie eine Zusammenfassung des Inhalts; eine Volltextersfassung sollte nur „nach Möglichkeit“ erfolgen. Dieselben Daten sollten („zumindest“) nach Abs 2 leg cit im digitalen Repositorium gespeichert werden. Der Zweck der Erfassung war (nach den ErläutRV 225 BlgNR 24. GP 27) „festzustellen, ob eine zur Betreuung vorgeschlagene wissenschaftliche oder künstlerische Arbeit in der vorliegenden oder einer modifizierten Form bereits Gegenstand einer Betreuung in Österreich war“.

36 BGBl I 2010/111.

37 Bundesgesetz über die Studien an den Universitäten (Universitäts-Studiengesetz – UniStG), BGBl I 1997/48.

38 ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 98 ff; die Sonderregelungen für künstlerische Arbeiten in § 65d UniStG bleibt hier im Weiteren unberücksichtigt.

39 Bundesgesetz vom 15. 7. 1966 über die Studien an den wissenschaftlichen Hochschulen (Allgemeines Hochschul-Studiengesetz), BGBl 1966/177 idF BGBl 1981/332.

40 ErläutRV 253 15. GP 26.

lag also unbestreitbar in der Förderung wissenschaftlicher Forschung. Das Mittel sollte die Eröffnung des Zugangs zu approbierten Abschlussarbeiten durch die Ablieferungspflicht bilden.

„Ablieferung“ bedeutet aber nicht schon per se auch die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse. *Dillenz*<sup>41</sup> wies im Jahr 1992 mit guten Gründen darauf hin, dass die Ablieferungspflicht aus § 25 Abs 4 AHStG die Öffentlichkeit nicht zugleich zum Zugang berechtige; dieser werde vielmehr in den Bibliotheksordnungen geregelt. Dort war auch die Möglichkeit einer Sperrre der Benutzung abgelieferter Werke unter näher bestimmten Bedingungen vorgesehen. Insgesamt bewirke die Ablieferung damit nur die Benutzung im Rahmen der freien Werknutzungen (damals insb Zitat und Katalogfreiheit), keineswegs aber ein allgemeines Benützungsrecht.<sup>42</sup>

Dieses Spannungsverhältnis der Neuregelung in § 65 UniStG zum Eigentums- und Urheberrecht greift der Gesetzgeber in den Materialien zum UniStG direkt auf. Der Eingriff in die urheberrechtliche Position der VerfasserInnen wissenschaftlicher Abschlussarbeiten war ihm also durchaus bewusst. Mit der vorgeschlagenen Neufassung der studienrechtlichen Bestimmungen sollte der als „rechtspolitisch unbefriedigend“ empfundene Zustand bereinigt werden.<sup>43</sup>

#### 4. Die urheberrechtliche Voraussetzung: UrhG-Novelle 1996

Tatsächlich ging der Neuregelung des UniStG eine Änderung des UrhG<sup>44</sup> voraus, die in § 42 Abs 4<sup>45</sup> die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von Sammlungen normierte. Die studienrechtliche Veröffentlichungspflicht lege daher, so die Regierungsvorlage zum UniStG,<sup>46</sup> nunmehr „die Veröffentlichungspflicht und die Art und Weise der Veröffentlichung fest“; die Bestimmungen des UrhG sollten dabei unberührt bleiben.<sup>47</sup>

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass in den Materialien zum UniStG auch der Zweck der Veröffentlichungspflicht neu (und weiter) beschrieben wird, als zuvor zum AHStG:

*„Wissenschaftliche Arbeiten haben sich ihrem Wesen nach der Konfrontation zu stellen. Dazu ist es notwendig, daß sie veröffentlicht werden. Vereinzelt kommt es aber auch vor, daß Studierende Plagiate anderer Arbeiten einreichen. Die Veröffentlichung beugt in wirksamer Weise gegen derartige Bestrebungen vor und erleichtert die Aufdeckung solcher Verfehlungen. Es gibt Staaten, die für Dissertationen eine Veröffentlichung durch Drucklegung verlangen. Dieser Weg soll in Österreich auf Grund seiner bisherigen Tradition und zur Vermeidung der daraus für die Studierenden entstehenden finanziellen Belastungen weiterhin nicht eingeschlagen werden.“<sup>48</sup>*

Neben den Zugang der Fachöffentlichkeit zu den Forschungsergebnissen tritt hier als wesentlicher neuer Aspekt, mit der Veröffentlichung wirksame Maßnahmen gegen Plagiate setzen zu wollen. Auch die in der Praxis ebenfalls sehr relevante Frage der Kostentragung wurde ange schnitten; sie sollte jedenfalls hins einer Drucklegung nicht zulasten der Studierenden gehen.

41 *Dillenz*, Rechtsfragen des Urheberrechts, in *Strasser* (Hrsg), Organisations-, europa- und immaterialgüterrechtliche Probleme der Universitäten (1992) 108 (110).

42 *Dillenz* in *Strasser* (1992) 108 (111).

43 ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 99.

44 Bundesgesetz, mit dem das Urheberrechtsgesetz und die Urheberrechtsgesetznovelle 1980 geändert werden (Urheberrechtsgesetz-Novelle 1996 – UrhG-Nov 1996) BGBl 1996/151.

45 IdF BGBl 1996/151.

46 ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 98 ff.

47 ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 99.

48 ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 99.

Und schließlich wurde den AbsolventInnen zugleich mit der gesetzlichen Veröffentlichungspflicht expressis verbis die Möglichkeit der Sperre der Nutzung einer Arbeit ex lege eingeräumt.

Flankiert von den im UrhG geregelten freien Werknutzungen zugunsten der Bibliotheken war durch die studienrechtliche Veröffentlichungspflicht sichergestellt, dass der verfolgte Zweck auch tatsächlich erreicht werden konnte. Die Möglichkeit um zeitlich befristete Sperren anzusuchen, milderte potentielle Nachteile für die AutorInnen deutlich ab.

### 5. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Entscheidung über die Veröffentlichung einer Dissertation nach UrhG zwar grundsätzlich den AutorInnen als UrheberInnen vorbehalten ist, vom Gesetzgeber aber im Jahr 1997 im Studienrecht eine gesetzliche Veröffentlichungspflicht normiert wurde, die eine Sperrmöglichkeit im Einzelfall vorsah. Der Zweck dieser Pflicht – die eine Ablieferungspflicht an bestimmte, exakt ausgewiesene Bibliotheken inkludiert – wurde zweifach benannt: Erstens sollte die Förderung der Forschung durch Zugang der Fachöffentlichkeit zu den Forschungsergebnissen erreicht werden; zweitens sollte mit der Veröffentlichung eine wirksame Maßnahme gegen Plagiate gesetzt werden.

Ergänzend wurden im Urheberrecht mit der UrhG-Nov 1996 freie Werknutzungen geschaffen, die den Bibliotheken die Nutzung der Dissertationen für Forschungszwecke eröffnete.

Die Frage, ob eine Veröffentlichungspflicht im Sinne der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung geeignet bzw. überhaupt erforderlich ist, um die angestrebten Zwecke zu verwirklichen, erfordert im nächsten Schritt die Analyse der urheberrechtlichen Ausnahmen.

## III. Urheberrecht und Forschung: Freie Werknutzungen für „nicht erschienene Werke“

Das Urheberrecht schützt wissenschaftliche Werke wie insb Dissertationen.<sup>49</sup> Es eröffnet aber gleichzeitig freie Werknutzungen gerade zugunsten der Forschung, um die wissenschaftliche, nicht-kommerzielle Nutzung dieser Werke zu ermöglichen. Dazu zählt neben dem Zitat<sup>50</sup> vor allem die Möglichkeit, Vervielfältigungsstücke eines Werkes anzufertigen. Nach § 42 Abs 2 UrhG darf *de lege lata* jedermann von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke auf analogen und digitalen Trägern „zum eigenen Gebrauch zu Zwecken der Forschung“ herstellen, „soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist“. Den Bibliotheken kommt dabei als Plattformen für die Vermittlung einschlägiger Werke besondere Bedeutung zu.

Das UrhG unterscheidet von Beginn an das „veröffentlichte“ Werk (§ 8 UrhG), welches „mit Einwilligung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist“, vom „erschienenen“ Werk (§ 9 UrhG), das „mit Einwilligung der Berechtigten der Öffentlichkeit dadurch zugänglich gemacht worden ist, daß Werkstücke in genügender Anzahl feilgehalten oder in Verkehr gebracht worden sind“. An diese Unterscheidung knüpfen unterschiedliche Rechtsfolgen an. So war bereits in der Stamm-

49 Aus der Rsp vgl OGH 4 Ob 274/02a (Felsritzbild) = MR 2003, 162 (Walter) = ecolex 2004, 42 (Schumacher); aus der urheberrechtlichen Literatur dazu insb Walter, Urheberrecht I Rz 173 mwN.

50 Bereits in der Stammfassung war in § 46 Z 2 UrhG an Werken der Literatur das sog wissenschaftliche Großzitat erlaubt; seit der Urh-Nov 2015 ist das Zitat für alle Werkkategorien einheitlich in § 42 f UrhG idF BGBl I 2015/99 geregelt.

fassung in § 42 UrhG die freie Werknutzung der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch vorgesehen (Abs 1 leg cit). Sie durfte sogar entgeltlich auf Bestellung zum Gebrauch eines anderen durchgeführt werden, soweit es sich um ein „*nicht erschienenes Werk*“ der Literatur oder Tonkunst handelte (Abs 3 leg cit).<sup>51</sup> Abs 2 stellte jedoch schon damals sicher, dass eine Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch dann nicht vorliegt, wenn das Werk mit Hilfe des Vervielfältigungsstückes der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.

#### A. Die „Dissertationsausnahme“: Vervielfältigung auf Bestellung zum Gebrauch eines Dritten (1936)

Bereits in der Stammfassung sah § 42 Abs 3 UrhG die Möglichkeit der Vervielfältigung auf Bestellung zum Gebrauch eines anderen vor. Soweit Werke der Literatur oder Tonkunst vervielfältigt wurden, war Entgeltlichkeit lediglich für die Vervielfältigung durch Abschreiben bzw mit der Schreibmaschine erlaubt; alle anderen Verfahren wurden hingegen auf die Vervielfältigung kleiner Teile eines Werkes beschränkt. Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber aber schon damals die Vervielfältigung nicht erschienener oder vergriffener Werke gestattete, und zwar auch gegen Entgelt (§ 42 Abs 3 letzter Halbsatz UrhG 1936). Die Materialien erläutern, dass die Norm auf die Lösung der „Photokopierfrage“ abzielte und ein Interessenausgleich mit dem Verlagsbuchhandel bezweckt war.<sup>52</sup> Daher sollte die entgeltliche Vervielfältigung mittels technischer Verfahren auf kleine Teile bzw nicht erschienene oder vergriffene Werke eingeschränkt werden. Noch bemerkenswerter ist, dass Peter<sup>53</sup> in seinem Kommentar aus dem Jahr 1954 schon damals Dissertationen ausdrücklich als nicht erschienene Werke beispielhaft anführt.

Man kann damit festhalten, dass nach Urheberrecht das Vervielfältigen nicht erschienener Dissertationen von Anfang an zum eigenen Gebrauch zulässig war und Kopien schon in den 1950er Jahren auch auf Bestellung für einen Dritten mittels neuer technischer Verfahren gegen Entgelt angefertigt werden durften. Diese Ausnahme kann und soll daher als „*Dissertationsausnahme*“ bezeichnet werden. Dissertationen waren damit bereits vor der Neuregelierung im UniStG zugänglich, allerdings lediglich eingeschränkt, nämlich über konkrete Anfragen im Zuge einer Vervielfältigung auf Bestellung. Eine breitere Zugänglichmachung in Form des Ausstellens oder Verleibens der Dissertation seitens der Bibliothek war damit jedoch (noch) nicht verbunden.

#### B. Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von Sammlungen (1996)

Mit der UrhG-Nov 1996 sollte, wie bereits oben erwähnt, die „*zeitgemäße Neuordnung des Urheberrechts*“ insb durch die Erweiterung der Regelung der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch fortgesetzt werden.<sup>54</sup> Neben der allgemeinen freien Werknutzung zum eigenen Gebrauch nach § 42 Abs 1, die weiterhin jedem die Möglichkeit eröffnete, von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke herzustellen, wurden in § 42 Abs 3 Spezialbestimmungen für den Schulgebrauch und in § 42 Abs 4 die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von öffentlich zugänglichen Einrichtungen, die Werkstücke sammeln („*Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von Sammlungen*“), geschaffen.

51 Die Bestimmung umfasste auch vergriffene Werke, auf die hier aber nicht weiter eingegangen werden soll.

52 ErläutRV UrhG 1936: Peter, Urheberrecht (1954) 473 (560).

53 Urheberrecht (1954) § 42 Rz 11 lit c.

54 ErläutRV 3 BlgNR 20. GP 10, 20.

Die bestehende freie Werknutzung für Bibliotheken wurde erweitert, sodass Vervielfältigungsstücke seither auch hergestellt werden dürfen, um sie unter bestimmten Voraussetzungen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Neben der Möglichkeit, von erschienenen Werken jeweils eine Sicherungskopie herzustellen und diese anstelle der Vorlage zu nutzen (Z 1), sah Z 2 leg cit drei weitere Nutzugshandlungen vor, die dezidiert auf „*veröffentlichte, aber nicht erschienene Werke*“, also die hier interessierenden Dissertationen, abstellten. Die Bibliothek wurde berechtigt, einzelne (also mehrere) Vervielfältigungsstücke herzustellen und diese „*solange das Werk nicht erschienen beziehungsweise vergriffen ist*“, nach § 16 Abs 2 auszustellen, nach § 16a zu verleihen und nach § 56b<sup>55</sup> zu benützen. Die Materialien stellen bzgl der Kategorie der „*veröffentlichten, aber nicht erschienenen Werke*“ ausdrücklich klar, dass darunter gerade auch Dissertationen zu verstehen seien.<sup>56</sup> Allerdings wird diese freie Werknutzung insgesamt nur gewährt, „*solange das Werk nicht erschienen ist.*“

Die neue Bibliotheksausnahme ermöglichte Sammlungen, Dissertationen intensiver als bisher zu nutzen und anderen zugänglich zu machen: Es durften nun mehrere Kopien angefertigt werden und diese – solange die Dissertation nicht im Handel erschienen war – durch Ausstellen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht<sup>57</sup>, verliehen<sup>58</sup> und auf Speichermedien in den Räumen der Bibliothek genutzt werden.<sup>59</sup> Da keine Beschränkung vorgesehen wurde, woher die öffentliche Sammlung die Vorlage für die Vervielfältigung nimmt, können Bibliotheken auch Dissertationen von anderen Bibliotheken ausleihen und vervielfältigen sowie in der Folge selbst ausstellen, verleihen und auf Lesearbeitsplätzen zur Verfügung stellen.<sup>60</sup> Zusätzlich erlaubte die freie Werknutzung zum „*eigenen Gebrauch*“ nach § 42 Abs 1 jedermann, „*von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke zum eigenen Gebrauch*“ herzustellen. Die Erlaubnis zur Anfertigung von Kopien zum Gebrauch eines anderen wurde von § 42 Abs 3 in § 42a<sup>61</sup> verschoben und erlaubte fortan entgeltliche Vervielfältigungen auch dann, wenn die Vervielfältigung mit Hilfe reprographischer oder ähnlicher Verfahren vorgenommen wird. Die Einschränkung auf nicht erschienene Werke<sup>62</sup> scheint nicht mehr auf. Die ErläutRV führen dazu aus, diese sei „*in leicht geänderter Form zur allgemeinen Be-*

55 § 56b UrhG wird oft als „*Leseplatzausnahme*“ iSv Art 5 Abs 3 lit n InfoSoc-RL 2001/29/EG bezeichnet, wonach die Mitgliedstaaten Ausnahmen bzgl des Vervielfältigungsrechts und des Rechts der öffentlichen Wiedergabe vorsehen können „[...] für die Nutzung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen, für die keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten und die sich in den Sammlungen der Einrichtungen gemäß Absatz 2 Buchstabe c befinden, durch ihre Wiedergabe oder Zugänglichmachung für einzelne Mitglieder der Öffentlichkeit zu Zwecken der Forschung und privater Studien auf eigens hierfür eingerichteten Terminals in den Räumlichkeiten der genannten Einrichtungen“; dass § 56b UrhG den unionsrechtlichen Vorgaben tatsächlich entspricht, darf – wegen der fehlenden Einschränkung auf Forschungszwecke – mit Recht bezweifelt werden (so auch Walter, Urheberrecht I Rz 1106; vgl zur Terminalausnahme EuGH 11. 9. 2014, C-117/13, Eugen Ulmer = MR-Int 2014, 78 (Walter) = ZTR 2015, 44 (Treitl)).

56 ErläutRV 3 BlgNR 20. GP 21.

57 § 16 Abs 2 führt idZ an: „*durch öffentliches Anschlagen, Auflegen, Aushängen, Ausstellen oder durch eine ähnliche Verwendung von Werkstücken*“.

58 § 16a Abs 3 führt wörtlich die „*zeitlich begrenzte, nicht Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung (Bibliothek, Bild- oder Schallträgersammlung, Artothek und dergleichen)*“ an.

59 § 56b Abs 1 erlaubt „*Bild- oder Schallträger zu öffentlichen Vorträgen, Aufführungen und Vorführungen der darauf festgehaltenen Werke für jeweils nicht mehr als zwei Besucher der Einrichtung [zu] benützen, sofern dies nicht zu Erwerbszwecken geschieht*“.

60 So ausdr ErläutRV 3 BlgNR 20. GP 21.

61 § 42a UrhG (1996) lautete: „*Auf Bestellung dürfen unentgeltlich einzelne Vervielfältigungsstücke auch zum eigenen Gebrauch eines anderen hergestellt werden. Eine solche Vervielfältigung ist jedoch auch entgeltlich zulässig,*

- 1. wenn die Vervielfältigung mit Hilfe reprographischer oder ähnlicher Verfahren vorgenommen wird;*
- 2. wenn ein Werk der Literatur oder Tonkunst durch Abschreiben vervielfältigt wird.“*

62 Erfasst weiterhin auch vergriffene Werke; das nur der Vollständigkeit halber.

*schränkung der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch im § 42 Abs. 5 Z 1 geworden".<sup>63</sup>* Tatsächlich fordert § 42 Abs 5 Z 1 nun generell für alle Formen der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch bei technikunterstützter Vervielfältigung<sup>64</sup> ganzer Bücher oder Zeitschriften die Einwilligung des Berechtigten, nimmt aber nicht erschienene Werke davon wieder aus. Damit stand im Rahmen aller freien Werknutzungen nach § 42 – der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch (Abs 1), zum eigenen Schulgebrauch (Abs 3) und zum eigenen Gebrauch von Sammlungen (Abs 4) – die Vervielfältigung auch ganzer Dissertationen offen, sobald diese veröffentlicht waren.

Die Bibliotheksausnahme nach § 42 Abs 4 UrhG wurde im Zuge der UrhG-Nov 2003 in § 42 Abs 7 UrhG verschoben, blieb aber inhaltlich bis zur UrhG-Nov 2015<sup>65</sup> unverändert. Seit 1. 10. 2015 ist die Bestimmung um die Möglichkeit der Anfertigung von Vervielfältigungsstücken für ein eigenes Archiv der Sammlung erweitert. Z 2 leg cit, der die oben beschriebene Nutzung unveröffentlichter Werke wie Dissertationen normiert, wurde davon jedoch nicht berührt. Die Erlaubnis zur Anfertigung von Kopien auf Bestellung für Dritte blieb inhaltlich weitgehend bestehen.<sup>66</sup>

Festzuhalten ist, dass die UrhG-Nov 1996 weitgehende Nutzungsmöglichkeiten für Bibliotheken eröffnete, die die Veröffentlichung (nicht aber das Erscheinen) des Werkes voraussetzen. Das Modell der studienrechtlichen „Veröffentlichungspflicht“ basierte in der Folge auf dieser vorangehenden Änderung des Urheberrechts: § 42 UrhG idF BGBl 1996/151 erlaubte die Nutzung „veröffentlichter, aber nicht erschienener“ Werke im engen Rahmen der näher ausformulierten freien Werknutzung; erst § 65 UniStG normierte aber, dass AbsolventInnen durch Übergabe eines Werkstückes an die Bibliothek dieses Werk auch tatsächlich – im urheberrechtlichen Sinne – veröffentlichen.

### C. Vervielfältigung zum eigenen Forschungsgebrauch (2003)

Die Info-Soc-RL 2001/29/EG<sup>67</sup> zielt auf den Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte im Rahmen des Binnenmarkts, insb in Bezug auf die Informationsgesellschaft, ab.<sup>68</sup> Sie harmonisiert unter Abstellen auf die erweiterten Nutzungsmöglichkeiten der Digitaltechnologie das Vervielfältigungsrecht (Art 2), das Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken inkl dem Recht der öffentlichen online-Zugänglichmachung (Art 3) sowie das Verbreitungsrecht (Art 4) unionsweit und eröffnet einen taxativen Katalog von Ausnahmen und Beschränkungen (Art 5).

Im Zuge ihrer Umsetzung<sup>69</sup> in Österreich wurde iZm den freien Werknutzungen die Unterscheidung zwischen analogen und digitalen Speichermedien nötig sowie die Differenzierung zwischen „eigenem“ und „privatem“ Gebrauch. Die Materialien weisen aus, dass bezweckt war, die bestehenden freien Werknutzungen soweit wie möglich aufrecht zu erhalten.<sup>70</sup>

---

63 ErläutRV 3 BlgNR 20. GP 21, 22.

64 Verstanden als „mit Hilfe regraphischer oder ähnlicher Verfahren“ hergestellt.

65 BGBl I 2015/99.

66 Sie wurde lediglich im Zuge der UrhG-Nov 2003 zugunsten erleichterter Medienbeobachtung um Z 3 (Vervielfältigung nach § 42 Abs 3, Berichterstattung über Tagesereignisse) ergänzt.

67 RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABI L 2001/167, 10.

68 Anwendungsbereich nach Art 1 RL 2001/29/EG.

69 BGBl I 2002/32, Urheberrechtsgesetz-Novelle 2003 – UrhG-Nov 2003 auf Basis von RV 40 BlgNR 22.GP.

70 ErläutRV 40 BlgNR 22.GP 32.

Da Art 5 Abs 3 lit a RL 2001/29/EG<sup>71</sup> zugunsten nicht-kommerzieller Forschung weitgehende Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe erlaubt, konnte der österr Gesetzgeber für die Forschung die freie Werknutzung des „eigenen“, analoge wie digitale Speichermedien umfassenden Gebrauchs beibehalten. Dies führte zur Normierung einer eigenständigen Ausnahme „zum eigenen Gebrauch zu Zwecken der Forschung“. Art 42 Abs 2 UrhG erlaubt seither ausdrücklich „[j]edermann [...] von einem Werk einzelne Vervielfältigungstücke auf anderen als den in Abs. 1 genannten Trägern [nämlich Papier oder ähnliche „analoge“ Träger;] zum eigenen Gebrauch zu Zwecken der Forschung her[zu]stellen, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.“

Daneben blieb die oben beschriebene, 1997 eingeführte „Bibliotheksausnahme“ bestehen. Sie wurde zwar in Abs 7 verschoben und um die sog „Archivausnahme“ erweitert, blieb bzgl der hier interessierenden Nutzung unveröffentlichter Werke aber unverändert aufrecht.

#### **D. Urh-Nov 2015: Archiv, Zitat, Zweitverwertungsrecht und Kopienversand auf Bestellung**

Die umfassende Urh-Nov 2015 diente der Modernisierung dringend überarbeitungsbedürftiger urheberrechtlicher Bestimmungen.<sup>72</sup> Sie brachte im hier interessierenden Zusammenhang der Forschungsprivilegierung insb die Ausweitung des eigenen Gebrauchs von Sammlungen auf die sog „Archivausnahme“ (§ 42 Abs 7 Satz 1)<sup>73</sup> sowie die Neuregelung des Zitats (§ 42f). Sie führte aber auch zur Ausweitung der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch eines anderen (§ 42a Abs 2) und zur Einführung eines Zweitverwertungsrechts für UrheberInnen wissenschaftlicher Beiträge (§ 37a<sup>74</sup>).

Die Urh-Nov 2015 weitet die in § 42a normierte Möglichkeit der Anfertigung und Übermittlung auch digitaler Kopien auf die Bestellung zum Forschungsgebrauch eines anderen (und damit ein zeitlich unbefristetes Überlassen der Kopie) erheblich aus. Danach dürfen „[d]er Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen, die Werkstücke sammeln, [...] auf Bestellung unentgeltlich oder gegen ein die Kosten nicht übersteigendes Entgelt Vervielfältigungsstücke auf beliebigen Trägern zum eigenen Schulgebrauch oder zum eigenen oder privaten Gebrauch für Zwecke der Forschung herstellen.“ Die

71 Art 5 Abs 3 lit a RL 2001/29/EG lautet: „Die Mitgliedstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 und 3 vorgesehenen Rechte vorsehen: a) für die Nutzung ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, sofern – außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist – die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, wann immer dies möglich ist, angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist“.

72 ErlRV 687 BlgNR 25.GP, Vorblatt und WFA.

73 § 42 Abs 7 1. Satz lautet nunmehr: „Der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen, die Werkstücke sammeln, dürfen Vervielfältigungsstücke zur Aufnahme in ein eigenes Archiv herstellen (Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von Sammlungen), wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist. Dies ist auf anderen als den im Abs. 1 genannten Trägern [Papier o.Ä. Anm der Verf] aber nur dann zulässig, wenn sie damit keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen.“

74 § 37a UrhG lautet: „Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der von diesem als Angehörigem des wissenschaftlichen Personals einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungseinrichtung geschaffen wurde und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein Werknutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

Berechtigung zur Anfertigung der Kopien inkludiert die Erlaubnis, diese dem Besteller zu übermitteln.<sup>75</sup>

Unklar ist, inwiefern die Bestimmung auch nicht erschienene Dissertationen umfasst. Die Materialien stellen eher allgemein gehalten klar, dass der Kopienversand auf Bestellung nunmehr ausdrücklich gestattet sein soll.<sup>76</sup> Die Bestimmung erlaube schon bislang die unentgeltliche (und für bestimmte Fälle auch entgeltliche) Herstellung einzelner Vervielfältigungsstücke zum eigenen Gebrauch eines anderen auf Bestellung, wobei der Verweis auf den „eigenen Gebrauch“ iZm dem eigenen Forschungsgebrauch nach § 42 Abs 2 auch Vervielfältigungen auf digitalen Trägern gestatte. Weder der Wortlaut der Bestimmung, noch die Erläuterungen geben aber einen Hinweis darauf, ob davon auch die unter § 42 Abs 7 Z 2 genannten „veröffentlichten, aber nicht erschienenen Werke“, wie insb die hier interessierenden Dissertationen, umfasst sind. Die Materialien klären zwar durch Verweis auf § 42 Abs 2, dass auch ganze Werke in digitaler Form erfasst sein sollen und verdeutlichen durch Hinweis auf § 42 Abs 7, wer die Begünstigten (nämlich die dort genannten Sammlungen) sind. Ob aber auch nicht erschienene Dissertationen auf Bestellung in digitaler Form übermittelt werden dürfen, wird daraus nicht abschließend deutlich. Denn § 42 Abs 7 Z 2 UrhG schränkt die Nutzbarkeit ja ausdrücklich auf das Ausstellen, das zeitlich befristete Verleihen und die Nutzung am Lesearbeitsplatz in den Räumlichkeiten der Bibliothek ein und auch die im Zuge der Urh-Nov 2015 eingeführte Möglichkeit, mehrere Sicherungskopien für das eigene Archiv anzufertigen, erlaubt jedenfalls nur interne Nutzungen.<sup>77</sup> Ist damit die Nutzung nicht erschienener Dissertationen durch Sammlungen in § 42 Abs 7 UrhG abschließend geregelt?

Der Grundsatz des hohen Schutzniveaus für UrheberInnen<sup>78</sup> und entsprechend enger Auslegung von Ausnahmen legt eine Interpretation nahe, nicht erschienene Dissertationen von § 42a UrhG auszunehmen.<sup>79</sup> Auch die systematische Auslegung führt zum selben Ergebnis, da die Nutzbarkeit nicht erschienener Werke nach § 42 Abs 7 Z 2 UrhG als *lex specialis* ausdrücklich auf die drei genannten Nutzungshandlungen zum eigenen Gebrauch einer Sammlung eingeschränkt ist. Denn die Vervielfältigung für den eigenen Gebrauch einer Sammlung umfasst eben gerade nicht auch die Vervielfältigung zum Gebrauch eines Dritten, die eine dauerhafte Überlassung bezieht. Dem entspricht, dass die in § 42 Abs 7 Z 2 zugestandenen Nutzungen nur so lange eingeraumt sind, bis die Dissertation zB im Verlagshandel erscheint. Solange eine Dissertation nicht erschienen ist, kann sie zwar von einer Bibliothek an eine andere verliehen und von der entlehenden Bibliothek vervielfältigt sowie zum eigenen Sammlungsgebrauch genutzt werden, eine Übermittlung nach § 42a UrhG, die auf eine dauerhafte Überlassung abzielt, scheint aber verwehrt.<sup>80</sup>

---

75 ErläutRV 687 BlgNR 25. GP 6.

76 So ausdr ErläutRV 687 BlgNR 25. GP 6.

77 Die Änderung von § 42 Abs 7 durch die Urh-Nov 2015 ist in diesem Zusammenhang irrelevant; durch sie sollte, so die Materialien zu § 42 Abs 7 und 8, lediglich die Möglichkeit gesichert werden, mehrere Sicherungskopien für den eigenen Gebrauch einer Sammlung anzufertigen, „die lediglich internen Zwecken und nicht der Weitergabe an die Besucher der Einrichtung dienen sollen“ (vgl ErläutRV 687 BlgNR 25. GP 5 f).

78 Das hohe urheberrechtliche Schutzniveau wurde unionsrechtlich in einschlägigen Richtlinien (wie zB in ErwGr 9 RL 2001/29/EG) formuliert und in der Folge in stRsp entwickelt und gefestigt (vgl zuletzt EuGH 14. 6. 2017, C-610/15, *Stichting Brein* Rz 22 mwN).

79 Dazu auf *Staudegger in Staudegger/Thiele* (Hrsg), Geistiges Eigentum: Jahrbuch 2017 (2017) 15 (72 f).

80 Vgl zum Erfordernis der faktischen Befristung des Verleihs auch bei digitalen Werken EuGH 16. 11. 2016, C-301/15, *Soulier und Doke* = jusIT 2017/3, 11 (Maier) = MR 2017, 39 (Walter).

Gerade der Umstand, dass nicht erschienene Dissertationen (noch) nicht „am Markt“ sind, bestätigt dieses Ergebnis enger Auslegung: Eben weil nicht erschienene Dissertationen nicht am Markt erhältlich sind, sollte eine über die eingeschränkte Nutzung in Bibliotheken hinausgehende Verbreitung des Werkes, die noch dazu ohne Rücksicht auf ein allfälliges späteres Erscheinen eine unbefristete Überlassung der Kopie bewirkt,<sup>81</sup> unterbunden werden. Dem entspricht die ausdrückliche Beschränkung der freien Werknutzung nach § 42 Abs 7 UrhG auf den Zeitraum „*solang das Werk nicht erschienen ist*“. Davon unberührt steht es freilich den ForscherInnen und Forschungseinrichtungen frei, Vervielfältigungen der (zB entlehnten) Dissertation nach § 42 Abs 2 UrhG für eigene Forschungszwecke selbst vorzunehmen.

## E. Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber stellt wissenschaftliche Werke wie insb Dissertationen unter urheberrechtlichen Schutz. Er normiert aber korrespondierend im Urheberrecht freie Werknutzungen, die gerade die Forschung fördern sollen. Dazu zählt insb die „*Vervielfältigung zum Gebrauch von Sammlungen*“, die es bestimmten Institutionen ausdrücklich erlaubt, Dissertationen der Forschung zugänglich zu machen (§ 42 Abs 7 UrhG). Danach dürfen öffentliche Bibliotheken – ohne unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck – abgelieferte Werkstücke von Dissertationen vervielfältigen, ausstellen, auf Lesearbeitsplätzen zur Verfügung stellen sowie Kopien davon anfertigen und zu Forschungszwecken verleihen, solange die Dissertation nicht im Verlagshandel erscheint. Unklar ist, ob Sammlungen Kopien von Dissertationen auch unbefristet überlassen dürfen. Jedenfalls aber können analoge und digitale Vervielfältigungen seitens der ForscherInnen zu Zwecken des eigenen Forschungsgebrauchs (§ 42 Abs 2 UrhG) angefertigt werden. Insgesamt besteht damit kein Zweifel, dass die urheberrechtlichen Ausnahmen Mittel zur Verfügung stellen, die die bezweckte Forschungsförderung umfassend bewirken – auch wenn diese nicht ganz so komfortabel sind, wie es eine weltweite Open Access Zurverfügungstellung wäre.

## IV. Grundrechtliche Überlegungen

AutorInnen wissenschaftlicher Werke sind in Österreich sowohl durch die Wissenschaftsfreiheit als auch durch die Freiheit der Kunst auf Grundrechtsebene geschützt (Art 17, 17a StGG bzw Art 13 GRC). Hinzu kommt der vermögensrechtlich ausgerichtete Schutz des Eigentums in Art 5 StGG bzw – ausdrücklich auch „geistiges Eigentum“ erfassend – Art 17 Abs 2 GRC.<sup>82</sup>

Das Ziel dieses Beitrags ist es nun nicht, eine umfassende, detaillierte Grundrechtsprüfung der einzelnen Rechte, gar unter Berücksichtigung der zu den verschiedenen europäischen und nationalen Regelungskreisen entwickelten, unterschiedlichen Methodiken<sup>83</sup> vorzunehmen. Unstrittig ist ja, dass ein gesetzlicher Eingriff in ein Grundrecht jedenfalls voraussetzt, dass dieser Eingriff zu

81 Zur Terminisierung des Verleihs elektronischer Werke vgl EuGH 10. 11. 2016, C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken* = MR-Int 2016, 99 = (AppI) = ÖBI-LS 2017, 86 (Handig); auf Schmitt, Digitale Inhalte in der Vermiet- und VerleihRL, ecolex 2017, 435; Walter, Das EuGH-Urteil „Stichting Leenrecht“: Das Vermiet- und Verleihrecht und die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei E-Books, MR 2016, 333.

82 Wie bereits eingangs festgehalten, bleibt die EMRK hier außer Betracht. Zu Prinzipien und Schranken der EMRK instruktiv Badenhop, Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention; Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF) XXXIII (2010) 424 ff.

83 Zu den vom VfGH entwickelten Spruchformeln vgl Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1058 und Rz 1254 ff; mit Fokus auf die Wissenschaftsfreiheit nach Art 13 GRC instruktiv Carmen Thiele in Mohr, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV I: EUV und GRC (2017) 1187 ff.

einem legitimen Zweck erfolgt und das zur Zweckerreichung geeignete, am wenigsten eingriffensive Mittel gewählt werden muss.<sup>84</sup> Es geht daher hier im Folgenden darum, Zweck und Mittel eine OA-Pflicht mit Blick auf das bestehende System studien- und urheberrechtlicher Bestimmungen zu analysieren. Zur Einleitung werden tragende Aspekte der betroffenen Grundrechte zusammenfassend kurz skizziert.

### A. Eigentumsgarantie, Kunstfreiheit und Wissenschaftsfreiheit im Überblick

Das Urheberrecht genießt die grundrechtliche Eigentumsgarantie und zählt damit zu den Grundrechten des Wirtschaftslebens.<sup>85</sup> Eigentum kann aber unter bestimmten Voraussetzungen weitgehend, bis hin zur (materiellen) Enteignung, eingeschränkt werden.<sup>86</sup> Weniger offen für Eingriffe ist dagegen die Kunstfreiheit, die als vorbehaltloses Grundrecht garantiert wird<sup>87</sup> und als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gilt.<sup>88</sup> Diese zweite, wesentliche Ausrichtung findet im monistischen Verständnis des Urheberrechts seine Entsprechung, das alle Einzelbefugnisse – insb die Verwertungsrechte, die Urheberpersönlichkeitsrechte und die Vergütungsansprüche – als untrennbare Einheit versteht.<sup>89</sup> Auch wenn die Sozialbindung des Urheberrechts wie beim Eigentum breit anerkannt ist,<sup>90</sup> führt sie doch nicht zur Annahme, dass die Allgemeinheit Anspruch auf weitgehenden, vergütungsfreien Zugang zu geschützten Werken hat. Ihr wird vielmehr durch die begrenzte Schutzdauer und die freien Werknutzungen Rechnung getragen.<sup>91</sup> Der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit schließlich umfasst die wissenschaftliche Lehre und wissenschaftliche Forschung ebenso wie die freie Selbstbestimmung über den Inhalt der wissenschaftlichen Lehre und die Gegenstände und Methoden.<sup>92</sup> Der OGH hat den Schutzgegenstand der Freiheit der Wissenschaft unlängst zusammengefasst als „*die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihre Deutung und Weitergabe*“.<sup>93</sup> Die Wissenschaftsfreiheit wird wie die Kunstfreiheit vorbehaltlos garantiert, was für die Begründung zulässiger Schranken besondere dogmatische Probleme aufwirft und insb entgegenstehende Grundrechte oder „nicht-allgemeine“ Gesetze erfordert.<sup>94</sup>

Zentral für die Frage ob, wie und wieweit in Grundrechte eingegriffen werden darf, sind stets der verfolgte Zweck und das gewählte Mittel. Ihnen gilt in der Folge die Aufmerksamkeit.

---

84 Die Frage, wie Grundrechtseingriffe respektive die dahinterliegenden konfigierenden Interessen rational abgewogen werden können, erarbeitete Alexy aus der Rsp insb des BVerfG das sog „Abwägungsgesetz“ (vgl Alexy, Theorie der Grundrechte [1994] 143 ff; zusf in Stellungnahme zu Habermas; Kritik Alexy, Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, Ratio Juris 2003, 131). Darauf aufbauend das fünf Schritte umfassende Methodenwerkzeug von Klatt/Meister, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus, JuS 2014, 193.

85 Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1540.

86 Details bei Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1546 ff; zur urheberrechtlichen Dimension vgl Walter, Urheberrecht I Rz 69 ff und Kucsko-Stadlmayer in Kucsko/Handig, urheber.recht<sup>2</sup> Vor §§ 41 ff UrhG Rz 1 ff (Rz 5) mwN (Stand 1. 4. 2017, rdb.at).

87 Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1493.

88 RIS-Justiz RS0009009.

89 Vgl Walter, Urheberrecht I Rz 514 mwN.

90 Vgl Walter, Urheberrecht I Rz 27 ff mwN.

91 So zutreffend Walter, Urheberrecht I Rz 30.

92 Statt aller Mayer/Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht: B-VG; F-VG; Grundrechte; Verfassungsgerichtsbarkeit; Verwaltungsgerichtsbarkeit; Kurzkommentar (2015) 667 ff mwN.

93 OGH 6 Ob 182/15f („Die Malkunst“ von Jan Vermeer) = ZIIR 2016,105 (Thiele); Herv d d Verf.

94 Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1316 ff (1319, 1320).

## B. Zweck und Mittel der Veröffentlichungspflicht nach § 86 UG

Eingangs ist zunächst festzuhalten, dass die in den Materialien formulierten Zwecke der studienrechtlichen Bestimmungen, den Zugang zu Forschungsergebnissen zu fördern und Plagiate<sup>95</sup> zu unterbinden, jedenfalls im legitimen, öffentlichen Interesse liegen. Auch scheint das Mittel, die oben im Detail dargelegte einfachgesetzlich normierte Ablieferungs- und Veröffentlichungspflicht, zur Zweckerreichung grundsätzlich legitim. Zur Beantwortung der Frage, ob die Veröffentlichungspflicht das geeignete Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist, müssen auch die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen, nämlich die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch für Forschungszwecke und zum eigenen Gebrauch einbezogen werden. AbsolventInnen gesetzlich zu verpflichten, ihre Forschungsergebnisse in Form der Ablieferung der approbierten Dissertation bei ausgewählten Bibliotheken zu veröffentlichen, ist mE vor allem deshalb ein geeignetes Mittel, weil durch die genannten urheberrechtlichen freien Werknutzungen eine Weiterverbreitung der Werke an die interessierte Fachöffentlichkeit möglich und gewährleistet ist.

Es bleibt jedoch zu prüfen, ob die Veröffentlichungspflicht auch erforderlich ist, ob nämlich kein anderes, gleich geeignetes Mittel möglich wäre, das weniger intensiv in das Urheberrecht der VerfasserInnen wissenschaftlicher bzw künstlerischer Abschlussarbeiten eingreift. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den UrheberInnen uneingeschränkt die Möglichkeit bleibt, die Nutzung des abgelieferten Werkes mit plausiblen Gründen (Glaubhaftmachung genügt) zu unterbinden und die Dissertation zumindest für einen bestimmten, fünf Jahre nicht übersteigenden Zeitraum sperren zu lassen. Damit ist insb die Möglichkeit der Verwertung des Werkes durch Publikation in einem Fachverlag gewahrt. Eine solche Publikation macht postwendend die weitere Nutzung iSd Sammlungsgebrauchs unzulässig. Unter Berücksichtigung dieser Sperrmöglichkeit scheint ein in gleichem Maße wirksames, weniger eingeschneidiges Mittel zur Erfüllung des intendierten Zwecks der Forschungsförderung schwer vorstellbar. Zwar bliebe noch die Möglichkeit, die Veröffentlichung jeweils im Einzelfall im Wege einer Betreuungsvereinbarung sicherzustellen, diese könnte sich aber als weitaus weniger effizient herausstellen. Hier könnten allenfalls vertiefende Studien entsprechender Veröffentlichungsmodelle in anderen Staaten die für eine abschließende Beurteilung nötige Klarheit schaffen.

Wägt man nun noch die Eingriffsintensität gegen den verfolgten Zweck ab, so scheint die Pflicht zur Ablieferung einzelner Werkstücke an Bibliotheken, welche die Werke in begrenztem Ausmaß für Forschungszwecke nutzbar machen dürfen sowie die Erlaubnis der Vervielfältigung zu nicht-kommerziellen Forschungszwecken, insb unter Berücksichtigung der Sperrmöglichkeit, die RechteinhaberInnen mE lediglich minder intensiv zu beeinträchtigen. Hingegen ist der Gewinn für die Forschung, über die Vermittlung von Bibliotheken auf alle approbierten Dissertationen zugreifen zu können und ggf Kopien für Forschungszwecke anfertigen zu dürfen, durchaus hoch zu gewichten. Auch die Abwägung im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn fällt daher zugunsten der Veröffentlichungspflicht *de lege lata* aus.

95 Der Zweck der Plagiatsbekämpfung soll hier im Folgenden nicht näher ausgeführt werden. Schon die Eignung des Mittels (nämlich der Veröffentlichungspflicht) ist in diesem Zusammenhang keineswegs erwiesen, da es für die Überprüfung genügt, die Werke auf – nicht öffentlich zugängliche (!) – Plattformen, sog „Plagiatsserver“, hochzuladen. Ob die oft idZ erwähnte, aber nicht näher qualifizierte „Transparenz“ aus dem Blickwinkel der Plagiatsverhinderung sinnvoll und zweckmäßig ist, sei ebenfalls nur erwähnt, soll aber nicht vertiefend untersucht werden. Pöschl jedenfalls hält in ihrer Glosse (RdM 2013/48, 60 [65]) zurecht dagegen, dass ange-sichts der allgemeinen Publikationsflut Plagiate immer schwerer aufzudecken seien und spricht von einem „überreizten Forschungsklima“.

Zusammenfassend ist festzuhalten: § 86 UG in der geltenden Fassung verfolgt legitime, im öffentlichen Interesse gelegene Zwecke (insb Forschungsförderung). Das gewählte Mittel (die Ablieferung einzelner Werkstücke an die Bibliothek der Alma Mater bzw an die Nationalbibliothek) ist vor allem in Verbindung mit den seit der UrhG-Nov 1996 den Sammlungen gewährten, exakt definierten freien Werknutzungen durchaus geeignet, den verfolgten Zweck zu erfüllen. Auch ist mit Ausnahme einer die Veröffentlichung vertraglich regelnden Betreuungsvereinbarung, die aber insgesamt als jeweils zu verhandelnde Einzelvereinbarung weniger effizient erscheint, kein minder eingriffsintensives Mittel vorstellbar. Insgesamt kann – unter Berücksichtigung der vorgenommenen Sperrmöglichkeit – im konkreten Fall ein adäquates Verhältnis zwischen den beeinträchtigten Interessen der UrheberInnen einer Dissertation und den Interessen der Forschungsgemeinschaft an der Zugänglichkeit wissenschaftlicher Werke (nämlich der Dissertationen) festgestellt werden, sodass die Veröffentlichungspflicht als gerechtfertigt erscheint.

### C. Zur Ermächtigung, mittels Satzungsrecht die elektronische Ablieferung/Veröffentlichung verpflichtend in einem öffentlich zugänglichen Repository vorzuschreiben

Seit der Änderung des § 86 UG mittels BGBl I 2017/129 werden die Universitäten ermächtigt, in der Satzung festzulegen, dass die Veröffentlichung „*elektronisch in einem öffentlich zugänglichen Repository erfolgen muss*“.<sup>96</sup> Urheberrechtlich greift diese Pflicht über die Veröffentlichung hinaus in das Zurverfügungstellungsrecht nach § 18a UrhG ein. § 86 Abs 1 UG räumt diese Kompetenz für alle wissenschaftlichen<sup>97</sup> Arbeiten ein,<sup>98</sup> Abs 2 leg cit sieht Entsprechendes für die Ablieferung von Dissertationen bei der Österreichischen Nationalbibliothek vor.

Auch wenn der österr Gesetzgeber den Universitäten echte, über Art 18 B-VG hinausreichende Rechtssetzungsautonomie zugestehen wollte,<sup>99</sup> bleibt fraglich, ob diese Ermächtigungsnorm ausreichend bestimmt ist. Selbst wenn man dies bejahte, wäre zu prüfen, welche Anforderungen die Satzung einer Universität, die entsprechend der Ermächtigung tatsächlich eine OA-Pflicht vorsieht, erfüllen muss, um grundrechtlich zulässig zu sein. Ihr ist im Folgenden das Hauptaugenmerk gewidmet. Die Ausführungen zur Bestimmtheit gelten aber gleichermaßen für die Ermächtigungsnorm selbst.

Die Satzung der Universität ist nach Art 81a B-VG iVm § 19 Abs 1 UG *ex lege* als Verordnung qualifiziert. Die Kompetenz zur Regelung studienrechtlicher Belange in der Satzung gründet unmittelbar auf § 19 Abs 2 Z 4 UG, die zur Einführung einer OA-Pflicht in der Satzung auf § 86 UG. Dabei sind Universitäten zweifellos an die Vorgaben der Verfassung gebunden,<sup>100</sup> unterliegen aber ganz allgemein dem Legalitätsprinzip iSv Art 18 B-VG und so selbstverständlich auch dem Unionsrecht. Selbst wenn der Bundesgesetzgeber die Universitäten in § 86 UG ermächtigt, eigenständig eine

96 Die Satzung der Universität Graz, § 41 Satzungsteil Studienrechtliche Bestimmungen idF Mitteilungsblatt 34. Sondernummer Studienjahr 2017/2018, 23.a Stück vom 14. 3. 2018, sieht explizit vor, dass die/der StudiendirektorIn nach Anhörung der Leitung der Universitätsbibliothek sowie der Studierendenvertretung in einer Verordnung nähere Details der Einreichung, Archivierung und Bereitstellung wissenschaftlicher Arbeiten in elektronischer Form festzulegen hat.

97 Als „wissenschaftlich“ gelten Diplom- und Masterarbeiten, nicht aber Bachelorarbeiten; vgl *Perthold-Stoitzner* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG<sup>3</sup> § 80 Rz 2 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

98 Auch die künstlerischen Arbeiten sind erfasst; auf sie soll hier aber nicht näher in Detail eingegangen werden.

99 *Kucsko-Stadlmayer* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG<sup>3</sup> Art 81c B-VG Rz 11 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

100 So ausdrücklich *Perthold-Stoitzner* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG<sup>3</sup> § 19 Rz 3 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

OA-Pflicht für Abschlussarbeiten bzw Dissertationen vorzusehen, bleibt die Universität als Verordnungsgeber im Rahmen ihrer Rechtssetzungsautonomie verpflichtet, die grundrechtliche Zulässigkeit der konkreten Bestimmung zu gewährleisten.<sup>101</sup> Die Argumentationslast wird so zusätzlich auf die Universitäten überbürdet.

Schon der erste Anschein macht deutlich, dass eine „*Veröffentlichungspflicht in einem öffentlich zugänglichen Repertorium*“ zweifellos stärker in das grundrechtlich garantierte Urheberrecht der AutorInnen eingreift, als das bisherige Modell. Will man die (grund-)rechtliche Zulässigkeit einer entsprechenden Satzungsbestimmung untersuchen, ist zunächst das Vorhaben genau zu beschreiben.

### **1. Grundlegende Anforderungen an eine OA-Pflicht: Bestimmtheitsgebot**

Recht, Gesetze wie Verordnungen, zu denen insb die Satzung einer Universität zählt,<sup>102</sup> muss Zweck und Mittel eines Grundrechtseingriffs ausreichend erklären. Wollte man eine OA-Pflicht an Universitäten tatsächlich umsetzen, wäre zunächst abzuklären, was unter „Open Access“ konkret verstanden wird und welches Modell verfolgt werden soll.

#### **a. Open Access**

Die technischen Möglichkeiten der Informations- und Kommunikationstechnologie, vor allem die Infrastruktur des Internet und der darauf aufsetzenden Dienste, wie insb das World Wide Web, ermöglichen die Veröffentlichung und weltweite Verbreitung von digitalem Content jeglicher Art zu vergleichsweise geringen Kosten auf unterschiedlichste Weise. „Open Access“ ist eine Bewegung, die sich der möglichst umfassenden Dissemination wissenschaftlicher Ergebnisse auf digitalem Weg widmet.<sup>103</sup> Unterschieden wird hier bekanntlich der sog „grüne Weg“ (Primärveröffentlichung traditionell in einem Fachverlag mit anschließender Zurverfügungstellung in einem offenen Repertorium) vom sog „goldenen Weg“ (bei dem bereits die Primärveröffentlichung frei zugänglich ist); bekannt sind auch Zwischenlösungen, sog „hybrider Weg“.<sup>104</sup>

In Österreich hat sich insb der FWF als Unterzeichner der sog „Berliner Deklaration“<sup>105</sup> aus 2003 dazu bekannt, „[...] den freien und nachhaltigen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen und

---

101 Es soll daran erinnert werden, dass Verstöße gegen Unionsrecht, Sekundärrecht gleich wie GRC, der Republik Österreich zugerechnet werden und so Gegenstand der Staatshaftung sein können (dazu auf K. Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH. Eine rechtsmethodische Untersuchung ausgehend von der deutschen und französischen Methodenlehre (2009) 107 ff (109) und 174 f mwN aus der Rsp des EuGH). Die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABI C 2007/303, 17 (32), verweisen auf die Rsp (insb EuGH 13. 4. 2000, C-292/97, Kjell Karlsson ua mwN), wonach die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der unionsrechtlichen Regelungen auch die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes beachten müssen und erklären dies wie folgt: „*Diese in der Charta verankerte Regel gilt natürlich sowohl für die zentralen Behörden als auch für die regionalen oder lokalen Stellen sowie für die öffentlichen Einrichtungen, wenn sie das Unionsrecht anwenden.*“ Kein Zweifel besteht schließlich, dass die Staatsgewalten inkl öffentlich-rechtlicher Körperschaften (wie eben die Universitäten) zu den Grundrechtsverpflichteten zählen (dazu statt aller Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 1248 ff).

102 Vgl § 19 Abs 1 UG.

103 Vgl zu den Anfängen der Open-Access-Bewegung zB die Informationen auf der Plattform <https://open-access.net>; hier finden sich auch auf Informationen über Gründe für und gegen das Modell (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

104 Zu den Details vgl <https://www.fwf.ac.at/de/forschungsfoerderung/open-access-policy/> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

105 <https://openaccess.mpg.de/Berlin-Declaration> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

*Forschungsdaten zu unterstützen*<sup>106</sup>. Dazu verpflichtet der FWF alle ProjektleiterInnen und ProjektmitarbeiterInnen vertraglich, ihre finanziell geförderten Forschungsergebnisse im Internet frei zugänglich zu machen. Unmittelbares Resultat daraus ist die Open Access Veröffentlichungspflicht für FWF-geförderte wissenschaftliche Publikationen und deren langfristige Archivierung in Repositorien. Einen weiteren Anhaltspunkt könnte das 2015 mit § 37a UrhG neu geschaffene Zweitverwertungsrecht der UrheberInnen wissenschaftlicher Arbeiten liefern. Die Materialien begründen die Norm damit, verhindern zu wollen, „*dass überwiegend mit öffentlichen Geldern geförderte Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung ein zweites Mal durch entsprechende Vergütungen für die Wissenschaftsverlage durch die öffentliche Hand bezahlt werden müssen.*“ Erklärtes Ziel ist, den AutorInnen Rechtssicherheit zu gewähren, ihre Publikationen im Wege des Open Access einer breiteren Fachöffentlichkeit zugänglich machen zu können.<sup>107</sup> Im Fokus beider genannten Open Access Veröffentlichungsinitiativen steht damit jeweils die Finanzierung von Forschungsleistungen durch die öffentliche Hand. Das wäre bei einer satzungsmäßigen OA-Pflicht nach § 86 UG aber keineswegs Voraussetzung. Hier scheint die Pflicht vielmehr ohne externe Finanzierung der Tätigkeiten vorgeschrieben werden zu können und trifft somit insb auch gänzlich selbst- bzw privatfinanzierte Forschungsarbeiten.

#### b. Kosten

Jedenfalls wäre zu klären, wer die anfallenden Kosten der OA-Publikation zu tragen hat. Dies betrifft zum einen die Bereitstellung des Publikationsorgans (wie insb Repositorien), zum anderen aber auch die Aufbereitung des Textes. Denn eine herkömmliche Dissertation entspricht meist noch nicht den Anforderungen, die an eine publizierbare Fassung (Import in Satzprogramm inkl Lektorat, ggf Übersetzungen etc) gestellt werden. Dazu darf daran erinnert werden, dass sich der österr Gesetzgeber anlässlich der Einführung der Veröffentlichungspflicht im UniStG ausdrücklich gegen die Überwälzung der Publikationskosten auf die AbsolventInnen ausgesprochen hat.<sup>108</sup>

#### c. Rechte/Lizenzen

Anzugeben wäre auch, welche Rechte durch die Open Access Veröffentlichung den AutorInnen verbleiben, welche Lizenzmodelle also Verwendung finden sollen.<sup>109</sup> Gerade auch für die grundrechtliche Beurteilung ist ausschlaggebend, ob in die Rechte der AbsolventInnen im geringsten Maß eingegriffen wird. Hier bieten sich verschiedene Möglichkeiten an, die von einer Werknutzungsbewilligung mit bloßer Verpflichtung zur Namensnennung bei im Übrigen unbeschränkter Verwertungserlaubnis,<sup>110</sup> über die Zustimmung zu eingeschränkter (insb nicht-kommerzieller) Nutzung, bis hin zu sehr engen, dem traditionellen (closed access) nahekommenden Modellen

106 <https://www.fwf.ac.at/de/forschungsfoerderung/open-access-policy/> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018); Hervorhebung im Original.

107 ErläutRV 687 BlgNR 25. GP 4.

108 Vgl ErläutRV 588 BlgNR 20. GP 99.

109 Neben den bereits bekannten Lizzenzen der Creative Commons (<https://www.creativecommons.at/>) werden weitere Modelle angeboten; dazu instruktiv die Plattform open-access.net (<https://open-access.net/AT-DE/informationen-zu-open-access/rechtsfragen/lizenzen/>), die im Rahmen eines DFG-Projekts kooperativ von der Freien Universität Berlin und den Universitäten Göttingen, Konstanz und Bielefeld aufgebaut wurde und Anfang Mai 2007 online ging (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

110 ZB mittels einer CC-BY Lizenz, Attribution 4.0 International (CC BY 4.0), <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

reichen.<sup>111</sup> Die Formulierung in § 86 UG, „*in einem öffentlich zugänglichen Repotorium*“, schweigt dazu. Eine völlig unbeschränkte Freigabe der Arbeit käme aber einer „Enteignung“ gleich, die jedenfalls überschießend wäre und gerade im wissenschaftlichen Bereich neben Vermögensverlusten enorme karrierehindernde Folgen haben könnte.

#### d. Sperre

Weiters wäre abzuklären, wie bei Dissertationen verfahren werden soll, die nach geltender Rechtslage mit einer Sperre versehen werden könnten (vgl § 86 Abs 4 UG). Dies betrifft insb Drittmittelprojekte, in denen von den finanziierenden Stellen oft eine befristete Unzugänglichkeit verlangt wird. Dass eine Veröffentlichung mit globaler Zugänglichkeit zur Dissertation von den Drittmittelgebern als unerwünscht abgelehnt werden könnte, liegt auf der Hand. Damit aber wäre der verfolgte Zweck, die Zugänglichkeit der Forschungsergebnisse sicherzustellen, in praxi häufig wieder vereitelt.

#### e. Zusammenfassung

Soll eine OA-Veröffentlichungspflicht für Dissertationen eingeführt werden, muss deren Ausgestaltung im Hinblick auf Inhalt, Kosten, verbleibende Rechte und Lizenzen sowie mögliche Ausnahmen ausreichend bestimmt sein. „*Veröffentlichungspflicht in einem öffentlich zugänglichen Repotorium*“ ist zweifellos zu unbestimmt.

### 2. Zur Verhältnismäßigkeit einer satzungsmäßig statuierten OA-Pflicht

Zunächst fällt auf, dass in den Materialien kein Hinweis darauf auffindbar ist, welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Ermächtigung zur Verpflichtung zur Zurverfügungstellung von Dissertationen in öffentlich zugänglichen Repositoryn verfolgt. Mit dem lapidaren Satz, die Bestimmung sei praktisch unverändert geblieben, wird vielmehr sachlich unzutreffend auf die ältere Fassung der Regelung verwiesen, die eine solche Möglichkeit aber gerade nicht vorsah. Mangels konkreterer Zweckbenennung könnte wieder die Förderung der Forschung als übergeordneter, vom Gesetzgeber verfolgter Zweck angenommen werden.<sup>112</sup> Dieser wäre mE wie oben als legitim zu qualifizieren.

Die Legitimität des Mittels, eine OA-Pflicht in der Satzung vorzusehen, ist zweifellos im Sinne der Satzungskompetenz der Universitäten ebenso zu bejahen, wie die prinzipielle Eignung des Mittels – nämlich Forschungsförderung durch unmittelbare, weltweite online-Zugänglichkeit approbierter Dissertationen über ein universitäres Repotorium.<sup>113</sup>

Die Erforderlichkeit des Mittels müsste jedoch differenziert geprüft werden. Wollte eine Universität nämlich von der Möglichkeit Gebrauch machen, in der Satzung eine über die gesetzlich normierte Veröffentlichungspflicht durch Abgabe von Werkstücken hinausgehende OA-Pflicht für Dissertationen festzulegen, wäre mE zunächst festzustellen, ob bzw warum die bisherige gesetzliche Lösung – insb in Anbetracht der eingeräumten freien Werknutzungen – nicht genügt, den

---

111 Der FWF sieht für Gold Open Access Publikationen vor, die *Creative Commons Attribution CC-BY* Lizenz (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>) oder gleichwertige offene Lizenzen zu verwenden (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

112 Der Zweck der Plagiatsbekämpfung soll auch hier nicht weiterverfolgt werden.

113 Zumindest wenn man nicht schon auf dieser grundlegenden Stufe in Anbetracht der Informationsflut, die inzwischen gerade auch in den Wissenschaften zur Realität wurde, Qualität vor Quantität stellt.

avisierten Zweck zu erreichen. „Bequemlichkeit“ des Zugangs kann jedenfalls kein Argument sein, das den weitgehenden Eingriff rechtfertigt.<sup>114</sup>

Denn der Eingriff in das Urheberrecht ist jetzt – in Anbetracht der weltweiten Zugänglichkeit (arg: „*öffentlich zugängliches Repotorium*“) – als enorm zu qualifizieren, was im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung ieS ebenso schwergewichtige Zwecke erfordert. Während das traditionelle Modell „lediglich“ ins Veröffentlichungsrecht eingreift und die gewünschte Dissemination im Wesentlichen im Rahmen zweier freier Werknutzungen für Forschungszwecke und Sammlungen eingeschränkt zulässt, hätte eine OA-Publikation zur Folge, dass die Arbeit weltweit ohne erkennbare Restriktionen, ohne Anfrage, ohne Registrierung oÄ genutzt werden kann. Dazu kommt, dass eine nachfolgende Publikation in Fachverlagen problematisch sein wird, was bei unbedachter Einwilligung gerade junger ForscherInnen postwendend eine massive Beeinträchtigung der Karriere zur Folge haben könnte. Erfahrenere AbsoventInnen, denen die Konsequenzen einer Einwilligung klar sind, werden sich hingegen wahrscheinlich für die Sperre entscheiden, was gerade qualitativ hochwertige Arbeiten der Publikation entziehen dürfte und damit dem verfolgten Zweck der Forschungsförderung diametral zuwiderliefe. Spätestens hier wird man auch anmerken müssen, dass die Situation nicht mehr mit jener der frühen 1980er Jahre vergleichbar ist. Fachpublikationen sind heute nicht mehr rar, im Gegenteil führt die kostengünstige Technologie zu einer großen Zahl an Veröffentlichungen und in der Folge zu deutlichem Mehraufwand in Bezug auf die qualitative Analyse der Texte. Das spricht jedenfalls gegen die Notwendigkeit oder auch nur Zweckmäßigkeit, alle – und somit auch durchschnittliche und unterdurchschnittliche – Arbeiten veröffentlichen zu müssen. Vertiefende Untersuchung verlangt mE vor allem auch noch die Auswirkung einer OA-Veröffentlichungspflicht auf die Möglichkeit der Publikationen in einem renommierten Fachverlag des jeweiligen Wissenschaftszweigs. Jedenfalls solange Open-Access-Repositorien keine vergleichbare Reputation wie einschlägige Fachverlage haben, könnte die Veröffentlichungspflicht potentiell eine schwere, karrierehindernde Beeinträchtigung der Interessen der WissenschafterInnen als UrheberInnen zur Folge haben – oder aber, wie oben bereits aufgezeigt, in der Praxis vermehrt zur Sperre gerade hochwertiger Dissertationen führen.

#### **D. Die Betreuungsvereinbarung als rechtliche Alternative sowie rechtspolitische Anregungen zu einer „universitären Publikationskultur“**

Auch über erst zu schaffende Werke kann im Voraus gültig verfügt werden (§ 31 Abs 1 UrhG). Das eröffnet die Möglichkeit, mit DissertantInnen einschlägige Publikationsvereinbarungen schon vor Aufnahme der Arbeit im Zuge der Betreuungsvereinbarung zu treffen. Hier wären insb Details wie zB Lizenzmodell, Kostentragung für Lektorat und Satz etc, aber auch die seitens der Universität zu erbringenden Leistungen zu regeln.

In Kenntnis dieses rechtlichen Umfelds könnten (Standard-)Vereinbarungen situationsangemessen ausformuliert werden, die die Open Access Publikation hervorragender Arbeiten gewährleisten. Die Diskussion sollte aber auch dazu bewegen, die an manchen Universitäten geübte Praxis aufzugeben, im Zuge der Einreichung der Prüfungsarbeit die „Zustimmung“ zu einer OA-Veröffentlichung im universitätseigenen Repotorium einzuholen. Diese Praxis widerspricht mehrfach den rechtlichen Grundsätzen: Nicht nur verlangt § 86 UG unbestreitbar die Veröffentlichung der approbier-

---

114 Für eine abschließende Beurteilung wären vertiefende Analysen nötig.

ten (!) Arbeit (also nach Abschluss des Prüfungsaktes); auch ist die Situation unmittelbar vor Beurteilung der Arbeit schlecht geeignet, eine Willenserklärung „frei von Zwang“ abzugeben.<sup>115</sup>

Eine top down normierte OA-Veröffentlichungspflicht ist letztlich nicht nur juristisch kritisch, sie scheint auch im akademischen Umfeld ethisch unangemessen. Ziel sollte vielmehr sein, durch den Ausbau qualitativ hochwertiger Repositorien eine universitäre Publikationskultur zu entwickeln, die den Interessen der VerfasserInnen der Abschlussarbeiten ebenso Rechnung trägt wie den Interessen der Universität und der Forschungsgemeinschaft insgesamt. Damit könnte die Akademia sowohl die Dissemination wesentlicher Forschungsergebnisse autonom steuern, als auch die Karriere des Nachwuchses maßgeblich mitbestimmen.

## E. Addendum

### 1. Vom Zweitverwertungsrecht zu einer Pflicht zur Zweitverwertung?

Dass den urheberrechtlichen Interessen bei aller Anerkennung der Intention, Forschung durch bestmögliche Verbreitung der Ergebnisse aktiv zu fördern, ausreichend Rechnung zu tragen ist, macht ein aktueller Fall aus Deutschland deutlich. Dort wurde bereits 2014 das schon oben kurz erwähnte sog. „Zweitverwertungsrecht“ eingeführt.<sup>116</sup> Inhaltlich beinahe gleichlautend mit der österr. Bestimmung,<sup>117</sup> normiert § 38 Abs. 4 dUrhG das unverzichtbare Recht der UrheberInnen wissenschaftlicher Beiträge, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung publiziert wurden, den Text nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen. Nichtgewerbliche Zwecke und Quellennachweis sind verpflichtend vorgeschrieben. Dieses Recht besteht ausdrücklich auch dann, wenn dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wurde.

Wie die Stuttgarter Nachrichten vom 26. 9. 2017 meldeten,<sup>118</sup> wandelte eine Satzungsänderung der Universität Konstanz, die auf Landesrecht gestützt wurde, dieses Recht in eine Pflicht der Universitätsangehörigen um, Zeitschriftenbeiträge zwölf Monate nach dem Erscheinen auf dem universitätseigenen Repository hochzuladen. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg äußerte verfassungsrechtliche Bedenken gegen das auf studien- und dienstrechtl. Kompetenz gestützte Landesgesetz. Dieses habe aus dem neuen Recht der UrheberInnen eine Pflicht gemacht und damit die mit dem Urheberrecht verfolgte Intention des Bundesgesetzgebers verkehrt.

Auch wenn die Details des primär kompetenzrechtlich gelagerten Falles für das hier behandelte Thema nicht unmittelbar verwertbar sind, ist die grundlegende Bedeutung der urheberrechtlichen Aspekte im universitären Umfeld jedenfalls vergleichbar: Aus einem Recht der wissenschaftlichen UrheberInnen soll keine Pflicht werden. Zu berücksichtigen ist dabei noch, dass Universi-

115 Zur Anwendung des allgemeinen Zivilrechts bzw. Schuldrechts auf Urheberrechtsverträge mangels eines eigenständigen umfassenden „Urhebervertragsrechts“ vgl. Büchele in Kucsko/Handig (Hrsg.), *urheber.recht<sup>2</sup>* § 24 UrhG Rz 15 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at).

116 BGBl I 2013, 3728; in Kraft seit 1. 1. 2014; dazu auf Bruch/Pflüger, *Das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Absatz 4 UrhG – Möglichkeiten und Grenzen bei der Anwendung in der Praxis*, ZUM 2014, 389.

117 ErläutRV 687 BlgNR 25. GP 4 betonen die Ähnlichkeit mit dem expliziten Hinweis: „[...] in enger Anlehnung an den Wortlaut des § 38 Abs. 4 dUrhG [...].“

118 <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.streit-recht-zur-zweitveroeffentlichung-professoren-klagen-gegen-ihre-uni.34b84cee-2f26-4cec-9b08-24f8313ec935.html> (zuletzt abgefragt am 28. 5. 2018).

tätsangehörige Entgelt für ihre Forschungstätigkeiten erhalten, was bei DissertantInnen keineswegs immer der Fall sein muss.

## 2. VwGH zur Wissenschaftsfreiheit von UniversitätsprofessorInnen

Auch soll nicht verschwiegen werden, dass der VwGH in Österreich eine Anordnung zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Werke für Bedienstete der Universität ausdrücklich unter Verweis auf die Wissenschaftsfreiheit ganz grundlegend abgelehnt hat: „*Es bleibt einem Universitätsprofessor als Grundrechtsträger der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 17 StGG vorbehalten zu entscheiden, ob er seine Forschungsarbeit der Öffentlichkeit zugänglich macht oder nicht [...].*“<sup>119</sup>

Pöschl,<sup>120</sup> die darin eine in Zeiten des *publish or perish* verblüffende Feststellung verortet, wertet das Ergebnis als „*etwas sehr Entspanntes*“. Die dieser Entscheidung zugrundeliegende Wertung sollte bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Veröffentlichungspflicht für (allenfalls nicht angestellte) DissertantInnen ebenfalls berücksichtigt werden.

## 3. Open-Access-Maßnahmen der Europäischen Kommission

Eingangs<sup>121</sup> wurde erwähnt, dass die Europäische Union mit dem Digitalen Binnenmarkt ein Anliegen verfolgt, das gerade auch wissenschaftliche Informationen miteinbezieht. Im April 2018 veröffentlichte die EK ein Maßnahmenpaket mit einem klaren Bekenntnis zu Open Science und Open Access.<sup>122</sup> Sosehr die European Open Sciences Cloud (EOSC) gefördert werden soll, indem Mitgliedstaaten aufgefordert werden, sicherzustellen, dass „research funding institutions“ und „academic institutions receiving public funding“ entsprechende Open Access Policies und Aktionspläne implementieren,<sup>123</sup> wird doch wiederholt betont, dass Urheberrecht und verwandte Schutzrechte zu respektieren sind.<sup>124</sup> Die Kommission lässt dabei keinen Zweifel an der Selbstbestimmtheit der WissenschaftlerInnen:

„*Open access is a means of dissemination for researchers who may decide to publish their work, in particular in the context of publicly-funded research. Licensing solutions should aim at facilitating the dissemination and re-use of scientific publications.*“<sup>125</sup>

WissenschaftlerInnen, die sich für Open Access entscheiden, sollen nach den Vorgaben der EK beraten, unterstützt, motiviert und belohnt werden.<sup>126</sup> Eine gesetzlich/satzungsmäßig vorgeschriebene OA-Veröffentlichungspflicht würde das Konzept konterkarieren.

---

119 VwGH 2011/12/0172 RdM 2013,48 (60) (Pöschl).

120 Pöschl, RdM 2013/48, 60 (65).

121 Vgl FN 2 und 3.

122 Commission Recommendation of 25. 4. 2018 on access to and preservation of scientific information, C (2018) 2375 final.

123 Vgl C (2018) 2375 final, 3 f.

124 Vgl C (2018) 2375 final, 4: „*Member States should ensure, in compliance with the EU acquis on copyright and related rights, that as a result of these policies or action plans: - all scientific publications resulting from publicly-funded research are made available in open access as from 2020 at the latest; [...] taking into account technological developments, licensing terms used on the market do not unduly restrict text and data mining of publications resulting from publicly funded research, in accordance with and without prejudice to applicable copyright legislation.*“

125 In C (2018) 2375 final, 2 FN 9 definiert wie folgt: „*Open access refers to the possibility to access and re-use digital research outputs with as few restrictions as possible.*“

126 Vgl C (2018) 2375 final, 8 f, Pkt 8 „Skills and competences“ sowie Pkt 9: „Incentives and rewards“.

## V. Fazit

Forschung braucht den öffentlichen Diskurs.

Nach § 86 UG sind daher die VerfasserInnen von Dissertationen verpflichtet, nach positiver Bewertung die Arbeit durch Übergabe jeweils eines vollständigen Exemplars an die Bibliothek der den akademischen Grad verleihenden Universität (Abs 1 leg cit) sowie an die Österreichische Nationalbibliothek (Abs 2 leg cit) zu veröffentlichen. Die AutorInnen sind aber auch berechtigt, den Ausschluss der Benützung der abgelieferten Exemplare für längstens fünf Jahre nach der Übergabe zu beantragen. Dem Antrag ist vom für die studienrechtlichen Angelegenheiten zuständigen Organ stattzugeben, wenn die Studierenden glaubhaft machen, dass wichtige rechtliche oder wirtschaftliche Interessen gefährdet sind (Abs 4 leg cit).

Urheberrechtlich ist es im Rahmen der freien Werknutzung zulässig, einzelne, auch digitale Kopien von Dissertationen für nicht-kommerzielle Forschungszwecke anzufertigen. Darüber hinaus sind Bibliotheken privilegiert, im Rahmen der freien Werknutzung nach § 47 Abs 7 Z 2 UrhG von veröffentlichten, aber nicht erschienenen oder vergriffenen Werken einzelne Vervielfältigungsstücke herzustellen, diese iSv § 16 Abs 2 leg cit auszustellen, nach § 16a zu verleihen und nach § 56b, also auf Lesearbeitsplätzen, benützen zu lassen, solange das Werk nicht erschienen bzw wenn es vergriffen ist.

Wissenschaftliche und künstlerische AutorInnen genießen den Schutz der Wissenschaftsfreiheit, der Kunstfreiheit und des Urheberrechts als Teil des geistigen Eigentums. Die im UG normierte Veröffentlichungspflicht der UrheberInnen und die im UrhG flankierend gewährten freien Werknutzungen zugunsten des eigenen Gebrauchs bestimmter privilegierter Sammlungen stellen zweifellos einen schwerwiegenden gesetzlichen Eingriff in die grundrechtlich garantierte Eigentumsfreiheit sowie die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit der AutorInnen dar. Dieser Eingriff kann beim derzeit geltenden Modell einer grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung insb aus Effizienzerwägungen standhalten.

Hingegen ist die ohne weitere Erklärung gesetzlich eingeräumte Satzungskompetenz der Universitäten, die Veröffentlichung wissenschaftlicher Abschlussarbeiten „*in einem öffentlich zugänglichen Repotorium*“ verpflichtend vorzusehen, rechtlich kritisch. Zunächst ist die Ermächtigungs-norm selbst äußerst vage, sodass fraglich ist, ob sie dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheits-gebot genügt. Inhaltlich würde mit einer OA-Veröffentlichungspflicht tief in persönlichkeits-rechtliche und verwertungsrechtliche Interessen der wissenschaftlichen bzw künstlerischen UrheberInnen eingegriffen und karrierebestimmende, unwiderrufliche Maßnahmen gesetzt, die die VerfasserInnen der Werke einseitig belasten und nachhaltig beeinträchtigen können. Sollte eine Universität tatsächlich entsprechende Satzungsbestimmungen vorsehen wollen, wäre jedenfalls eine ausreichend deutliche Beschreibung des Modells unter ausreichender Berücksichtigung der Interessen der UrheberInnen erforderlich.

Europa braucht Daten.

Datengesteuerte Innovation gilt als wichtige Triebkraft für Wachstum und Beschäftigung in der Europäischen Union und damit für allgemeinen Wohlstand und sozialen Frieden. Der intensiv verfolgte Aufbau des gemeinsamen europäischen Datenraums wird dabei explizit an die Wah- rung der Grundrechte und europäischen Werte gebunden. Die Europäische Kommission ver-

pflichtet die Mitgliedstaaten, nationalen Förderstellen und öffentlich finanzierten Forschungsinstitutionen, am Aufbau einer umfassenden European Open Science Cloud (EOSC) mitzuwirken. Ein tragender Pfeiler der EOSC ist die Open Access Publikation wissenschaftlicher Ergebnisse. Dabei bleibt aber das Urheberrecht der ForscherInnen unangetastet; sie sollen vielmehr durch „incentives“ und „rewards“ motiviert werden, sich aktiv einzubringen.

Der Aufbau renommierter universitärer Open Access Publikationsorgane bzw Repositorien und deren Vernetzung liegt in Anbetracht der vorhandenen technischen Infrastrukturen und des wissenschaftlichen wie wirtschaftlichen Potenzials eines gemeinsamen Datenraums nahe. ForscherInnen sollten von den Universitäten ermuntert werden, ihre Ergebnisse so offen wie möglich auf diesen Plattformen zu publizieren. Gleichermanßen sollte die Veröffentlichung erstklassiger Dissertationen in der EOSC im Zuge der Betreuungsvereinbarung sichergestellt werden. Beides wird die Entwicklung einer qualitativ hochwertigen akademischen Publikationskultur fördern, die auch die Karrierechancen der ForscherInnen angemessen berücksichtigt. Für eine top-down normierte OA-Veröffentlichungspflicht bleibt in diesem Konzept kein Raum.