

# Michael Fehling

## *Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation\**

### ÜBERSICHT

#### I. Fragestellung

#### II. Gestaltungsoptionen bei den Open-Access-Förderbedingungen

1. Übereinstimmungsgrad der Zweitveröffentlichung mit der Druckversion
2. Arten und Aufarbeitungsgrad der zusätzlich zu publizierenden Forschungsdaten
3. Karenzzeit vor (Zweit-)Veröffentlichung
4. Strikte oder weniger strikte Ausgestaltung der Open-Access-Publikationspflicht
5. Förderung der Open-Access-Publikation im Zusammenspiel mit dem Urheberrecht

#### III. (Verfassungs-)Rechtliche Analyse

1. Urheberrechtliche Rahmenbedingungen
  - a) Urheberrecht und Zweitpublikation im Lichte des neuen § 38 Abs. 4 UrhG
  - b) Urheberrecht an Forschungsdaten und an deren wissenschaftlicher Verarbeitung
2. Datenschutz bei Forschungsdaten
  - a) Beschränkung auf personenbezogene Daten
  - b) Folgerungen für Rohdaten insbesondere bei medizinischer Forschung
3. Allgemeine Leitlinien aus Art. 5 Abs. 3 GG
  - a) Schutzbereich der Publikationsfreiheit
  - b) Keine immanenten Schutzbereichsbegrenzungen
  - c) Eingriff durch DFG-Förderbedingungen?
  - d) Verfassungsimmanente Schranken der Publikationsfreiheit
  - e) Vorbehalt des Gesetzes für Open-Access-Förderbedingungen?
  - f) Aspekte der Verhältnismäßigkeit
4. Verfassungsrechtliche Differenzierungsmöglichkeiten und -notwendigkeiten
  - a) Differenzierungspflichten wegen unterschiedlicher Rahmenbedingungen in verschiedenen Fächern gemäß Art. 3 Abs. 1 GG
  - b) Einzelne Differenzierungskriterien
  - c) Differenzierungsmöglichkeit zwischen Zeitschriften- und Buchpublikation

#### IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

### I. Fragestellung

Das wissenschaftliche Publikationswesen befindet sich im Wandel. Durch das Internet können Erkenntnisse schneller, umfassender, weltweit und über Fächergrenzen hinweg verfügbar gemacht werden. Oftmals werden dort nunmehr Zeitschriften und Datenbanken von Verlagen für die Nutzer (Subskribenten) entgeltpflichtig angeboten, wie dies auch bei traditionellen, gedruckten Journals der Fall ist. Bei diesem Geschäftsmodell bleiben jedoch für Bibliotheken und Leser die finanziellen Zugangshürden erhalten. Die Preise für wissenschaftliche Zeitschriften sind, freilich in fachspezifisch unterschiedlichem Ausmaß, in den letzten Jahren massiv gestiegen, womit die Bibliotheksetats nicht mithalten können. Daher wird aus der Wissenschaft und von staatlicher Seite immer stärker dafür geworben und darauf gedrungen, Publikationen für die Nutzer frei – und damit auch kostenfrei – im Internet zugänglich zu machen (Open Access), um den wissenschaftlichen Informationsfluss zu fördern.

Open Access kann auf zwei Wegen gesichert werden: Entweder dadurch, dass die Publikation in einer Open-Access-Zeitschrift veröffentlicht wird („golden road“), oder dadurch, dass der Beitrag im Nachgang zur Veröffentlichung in einer Subskriptionszeitschrift nach einer gewissen Karenzfrist in ein Internet-Repository o.ä. eingestellt wird („green road“). Eine solche Zweitveröffentlichung stieß bislang allerdings auf das Hindernis, dass sich Verlage regelmäßig von den Autoren ein ausschließliches Verwertungsrecht für die zur Veröffentlichung angenommenen Aufsätze übertragen ließen. Zwar gestatten manche Verlage in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter bestimmten Voraussetzungen bereits freiwillig eine Open-Access-Zweitpublikation, doch ist dies längst nicht immer der Fall.

Deshalb wurde nach längerem Streit im Herbst 2013 eine Urheberrechtsnovelle beschlossen,<sup>1</sup> worin be-

\* Gekürzte Fassung eines Rechtsgutachtens, das der Verfasser im Herbst 2013 der Deutschen Forschungsgemeinschaft erstattet hat, dort vor allem bei der Recherche unterstützt durch Dr. Mayeul Hièramente.

<sup>1</sup> BGBl I 2013, S 3728.

stimmten staatlich geförderten Wissenschaftlern ein vertraglich nicht abdingbares Zweitveröffentlichungsrecht garantiert wird (§ 38 Abs. 4 UrhG). Eine Pflicht zur entsprechenden Zweitpublikation ist damit jedoch nicht verbunden.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) hat bereits 2003 die „Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“ unterzeichnet. Die Allianz der Wissenschaftsorganisationen unter Einschluss der DFG hat sich seitdem immer wieder für eine Forcierung des Open-Access-Publizierens ausgesprochen. Von politischer Seite wird gefordert, die staatliche Finanzierung von Forschung vermehrt an die Bereitschaft zur Open-Access-Veröffentlichung der Ergebnisse zu koppeln. Zuletzt hat auch der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags in seiner Entschließung vom 26.06.2013 dafür plädiert, „Forscherinnen und Forscher zur Open-Access-Publikation durch entsprechende Klauseln in den Förderbestimmungen der öffentlichen Fördermittelgeber anzuhalten“ sowie „die dauerhafte digitale Archivierung und den Zugang zu Forschungsdaten, die aus überwiegend öffentlicher Forschung hervorgegangen sind, zu fördern“.<sup>2</sup> Dem treten Verlage und ihre Interessenvertretungen (namentlich der Börsenverein des Deutschen Buchhandels) mit der Befürchtung entgegen, dass bei einer Pflicht zur Open-Access-Publikation der Absatz ihrer Subskriptionszeitschriften einbrechen könnte und sie damit ihre Qualitätskontrollfunktion nicht mehr wirtschaftlich wahrnehmen könnten. Auch aus der Wissenschaft kommen Gegenstimmen, die in einer Open-Access-Veröffentlichungspflicht eine Verletzung ihrer Publikationsfreiheit sehen.

Die DFG beschränkt sich in ihren Verwendungsrichtlinien<sup>3</sup> bislang auf eine dringende Empfehlung, die „mit ihren Mitteln finanzierten Forschungsergebnisse [...] möglichst auch digital [zu veröffentlichen] und für den entgeltfreien Zugriff im Internet (Open Access) verfügbar [zu machen] [...]“. Im Ausland, namentlich in den USA und in Großbritannien, geht man teilweise schon dazu über, staatlich finanzierte Forschung im Grundsatz (mit mehr oder minder weitreichenden Ausnahmen) zur Open-Access-Publikation (zumindest im Wege der „green road“) zu verpflichten. Darauf steuert auch die Europäische Union für ihr nächstes Forschungsrahmenprogramm zu.

Auch in Deutschland wird erwogen, Empfänger von (semi-)staatlicher Forschungsförderung – besonders der DFG – in den Förderbedingungen zur Open-Access-

Veröffentlichung ihrer Forschungsergebnisse (Aufsätze und zugrunde liegende Forschungsdaten) zu verpflichten, Ob und unter welchen Voraussetzungen dies verfassungsrechtlich, insbesondere im Lichte der Wissenschaftsfreiheit, zulässig wäre, ist Gegenstand der folgenden Überlegungen.

## II. Gestaltungsoptionen bei den Open-Access-Förderbedingungen

### 1. Übereinstimmungsgrad der Zweitveröffentlichung mit der Druckversion

Die Zweitveröffentlichung des Aufsatzes im kostenfrei zugänglichen Internet könnte sowohl beim Inhalt als auch bei der Formatierung (Layout) in mehr oder minder weit reichendem Umfang von der Original(druck)version in der Subskriptionszeitschrift abweichen.

Am weitesten von der Druckversion entfernt – und damit für die Verlage als Konkurrenz prima facie am wenigsten gefährlich – bliebe die Zweitveröffentlichung, wenn sie sich auf die bei der Subskriptionszeitschrift eingereichte Manuskriptversion beschränkte. Da dadurch schon der Inhalt von Erst- und Zweitpublikation potentiell auseinander fielen – nämlich dann, wenn die eingereichte Version später aufgrund von Peer Review o.ä. noch überarbeitet wird – würde eine solche Zweitveröffentlichung dem Informationsinteresse der Scientific Community kaum nutzen, ja wegen des drohenden Versions-Wirrwarrs möglicherweise sogar schaden.

Der Druckversion näher kommt die Publikation des Manuskripts in der zur Erstveröffentlichung akzeptierten Fassung, also nach etwaiger Überarbeitung im Rahmen des Annahmeverfahrens der Subskriptionszeitschrift. Auf dieses *Peer Reviewed-Manuscript* bezieht sich nun auch das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 S. 1 UrhG.<sup>4</sup> Mangels Original-Formatierung wären dabei jedoch die einzelnen Seitenzahlen nicht mit denen der Erstpublikation identisch. Verwirrung bei der genauen Zitiertstelle<sup>5</sup> ließe sich freilich vermeiden, wenn – insoweit ähnlich wie bei Beck-Online – in der Formatierung der Zweitveröffentlichung *ergänzend die Seitenumbrüche der Original-Zeitschriftenversion vermerkt* würden.

Dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit wäre am meisten gedient, wenn die Zweitpublikation komplett mit der Erstversion in der Subskriptionszeitschrift identisch wäre. Doch ist eine Übernahme des Zeitschriften-Layouts nur mit Zustimmung des Verlags zulässig.

2 BT-Drs 17/14194, unter II, 1.4. und 1.6.

3 DFG-Vordruck 2.02 – 11/10, Ziffer 13

4 Siehe unten III. 1. a).

5 Dies kritisiert die „Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20. Februar 2013“, Rn 33 ff.

## 2. Arten und Aufarbeitungsgrad der zusätzlich zu publizierenden Forschungsdaten

Unter Forschungsdaten werden hier digital vorliegende oder zumindest digitalisierbare Ergebnisse aus Messreihen, empirischen Umfragen o.ä. verstanden.

Die Open-Access-Publikationspflicht könnte drei Arten von Forschungsdaten erfassen: Erstens solche, die unmittelbar Grundlage eines im DFG-Projekt erarbeiteten Aufsatzes sind (kurz: Aufsatz-Daten); diese werden freilich regelmäßig auch schon im Aufsatz selbst in Tabellen o.ä. enthalten sein. Zweitens solche, welche die im Aufsatz präsentierten Forschungsergebnissen zwar mittelbar stützen, in die Publikation aber nicht direkt, sondern allenfalls in stärker verarbeiteter und gegebenenfalls zusammengefasster Form eingeflossen sind (kurz: mittelbar aufsatzbezogene Daten). Drittens schließlich solche, die zwar in dem DFG-Projekt generiert worden sind, aber inhaltlich nicht mit den Aufsatzpublikationen, die aus dem Projekt hervorgegangen sind, zusammenhängen (kurz: aufsatzfremde Daten).

Gestaltungsoptionen bestehen außerdem bei der Frage, auf Daten welchen Verarbeitungsgrades sich die Open-Access-Publikationspflicht beziehen soll. Insoweit hat die „Association of Scientific, Technical & Medical Publishers“ gemeinsam mit dem EU-FP7 Projekt „Opportunities for Data Exchange“ ein vierstufiges Modell in Pyramidenform entwickelt: Auf der untersten Stufe (4) befinden sich die nicht bearbeiteten, d.h. nicht strukturierten Rohdaten. Es bedarf noch eines Filterungsprozesses, um sie wissenschaftlich verwerten zu können. Ob diese Rohdaten auch für Dritte nutzbar sind oder zu viel „Datenmüll“ enthalten, dürfte fachspezifisch höchst unterschiedlich sein. Nur in seltenen Fällen dürften diese Rohdaten bereits eine intellektuelle Schöpfungshöhe aufweisen, dass sie urheberrechtlich geschützt sind.<sup>6</sup> Auf der nächsten Stufe (3) handelt es sich um Forschungsdaten, die *bereits zumindest ansatzweise strukturiert und systematisch aufbereitet* worden sind. Diese werden in besonderem Maße für eine unmittelbare Nach- und Weiternutzung von Interesse sein. Urheberrechtlich ist hier auch das Datenbankrecht zu beachten.<sup>7</sup> Stufe (2) enthält bereits wissenschaftlich interpretierte Daten, die *zumindest mittelbar der (Aufsatz-)Publikation zugrunde liegen*, aber bislang nicht immer in Anhängen o.ä. mit veröffentlicht werden. Auf Stufe (1) schließlich finden

sich diejenigen Daten, die *direkt im Aufsatz enthalten* sind. Wird bereits der Aufsatz selbst Open-Access veröffentlicht, ist für diese Daten grundsätzlich keine zusätzliche Publikation mehr erforderlich. Anders aber möglicherweise dann, wenn für den Aufsatz selbst eine Ausnahme von der Open-Access-Zweitpublikationspflicht eingreift, für die bloßen Daten jedoch nicht.

## 3. Karenzzeit vor (Zweit-)Veröffentlichung

Erhebliche Spielräume existieren bei der Bemessung einer etwaigen Wartefrist vor der Open-Access-Veröffentlichung.

Bei Aufsätzen kann eine solche Karenzzeit dem Schutz der – zumindest mittelbar auch verfassungsrechtlich relevanten<sup>8</sup> – Verwertungsinteressen der Verlage hinsichtlich ihrer wissenschaftlichen Zeitschriften, wo die Erstveröffentlichung erfolgt, dienen. Diskutiert werden meist *Fristen zwischen sechs Monaten und einem Jahr*; in § 38 Abs. 4 UrhG ist nunmehr eine Jahresfrist vorgesehen.<sup>9</sup> Doch spricht einiges dafür, dass die *Spannbreite noch deutlich größer* ist.<sup>10</sup> In manchen Geisteswissenschaften sind grundlegende Aufsätze viele Jahre lang nahezu unvermindert aktuell. Es ist nicht auszuschließen, dass Bibliotheken, die längerfristige Aktualität antizipierend, bei großen Finanznöten tendenziell eher solche Zeitschriften abbestellen, bei denen nach vielleicht einem Jahr voraussichtlich die wichtigsten Aufsätze frei im Internet erhältlich sind. Umgekehrt können in manchen Life Sciences mit schneller Innovationsspirale Publikationen bereits nach sechs Monaten veraltet sein.

Auch für Forschungsdaten lassen sich Karenzfristen erwägen. Dort geht es weniger um den Schutz von Verlagen als des Förderungsempfängers selbst, der ein legitimes Interesse daran hat, die von ihm generierten Daten vorrangig selbst für Anschlussforschungen nutzen zu können.<sup>11</sup>

## 4. Strikte oder weniger strikte Ausgestaltung der Open-Access-Publikationspflicht

Open-Access-Veröffentlichungspflichten könnten mit einem unterschiedlichen Grad an rechtlicher Verbindlichkeit und daran anknüpfenden Sanktionsmöglichkeiten ausgestattet werden. Die Skala reicht von der bloßen Empfehlung bis hin zur strikten Vertragspflicht des Förderungsempfängers, wobei eine Vielzahl von Zwischenlösungen möglich ist.

6 Näher unten III. 3. b).

7 Siehe erneut unten III. 3. b).

8 Dazu unten III. 3. f) cc) (c).

9 Zur Problematik einer einheitlichen Frist siehe etwa Lutz, Zugang

zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, 2012, S 235 ff.

10 Zum Folgenden MPI-Stellungnahme (Fn 5), Rn 46.

11 Dazu unten III. 3. f) cc) (c).

Am schärfsten wirkte eine unbedingte vertragliche Rechtspflicht zur Open-Access-Publikation,<sup>12</sup> bei der dem Sachbeihilfeempfänger nur noch die Wahl zwischen „golden road“ und „green road“ übrig bliebe. Spielräume blieben dann noch bei den möglichen Sanktionen bei Nichterfüllung. Nach allgemeinem Vertragsrecht stünde es der DFG offen, den Förderungsempfänger auf Erfüllung zu verklagen. Der damit verbundene Aufwand lässt dies jedoch wohl nur in Ausnahmefällen als praktikabel erscheinen. Ähnliches gilt für die Rückforderung eines Teils der Fördermittel. Daher böte es sich an, in den Förderbedingungen die Auszahlung einer letzten Tranche vom Nachweis der Open-Access-Publikation abhängig zu machen. Zu guter Letzt ließe sich sogar erwägen, Verstöße ähnlich wie bei wissenschaftlichem Fehlverhalten und in Parallele zum Vergaberecht mit dem zeitlich befristeten Ausschluss von weiterer DFG-Förderung zu sanktionieren („Vergabesperre“).<sup>13</sup>

Auf die Forschungsdaten bezogen, wäre eine Pflichtverletzung allenfalls hinsichtlich des „ob“ der Publikation nachweisbar. Denn in welchem Umfang dem Empfänger der Sachbeihilfe tatsächlich publikationsfähige Forschungsdaten vorliegen, wird ein Außenstehender nicht beurteilen können.

Eine Rechtspflicht könnte selbstverständlich auch durch mehr oder minder weitreichende Ausnahmen abgemildert werden.

Weit weniger einschneidend würde es wirken, wenn die Open-Access-Publikationspflicht nur den Regelfall bildete. Nach ausländischen Vorbildern könnte dem Förderungsempfänger etwa im Abschlussbericht eine detaillierte Begründungspflicht auferlegt werden, wenn und warum er ausnahmsweise nicht oder erst nach einer längeren Karenzzeit als vorgesehen kostenfrei zugänglich im Internet publiziert.<sup>14</sup> Allerdings dürfte wohl fast jeder Forscher, der nicht Open Access publizieren möchte, in der Lage sein, eine hinreichend ausführliche und nicht evident substanzlose Begründung dafür vorzulegen.

## 5. Förderung der Open-Access-Publikation im Zusammenspiel mit dem Urheberrecht

Ganz im Vordergrund steht die Möglichkeit, den Förderungsempfänger in den Verwendungsrichtlinien zur Open-Access-Veröffentlichung anzuhalten. Urheberrecht wird dabei auf einer zweiten Ebene bedeutsam. Zum einen muss die „green road“ urheberrechtlich erst möglich gemacht werden. Zwar hat der deutsche Gesetzgeber nunmehr in § 38 Abs. 4 UrhG ein vertraglich nicht abdingbares Zweitveröffentlichungsrecht geschaffen, doch ist offen, inwieweit dies auch von ausländischen Gerichten bei Verträgen mit ausländischen Verlagen akzeptiert werden wird.<sup>15</sup> Zum anderen könnte die Verpflichtung zur Open-Access-Zweitveröffentlichung hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeiten für Dritte präzisiert werden. Zu denken wäre insbesondere daran, den Geförderten die Verwendung einer bestimmten Version etwa der „Creative Commons-Lizenz“ u.ä.<sup>16</sup> vorzuschreiben oder jedenfalls zu empfehlen.

Eine weitere Gestaltungsoption bestünde theoretisch darin, dass die Projektnehmer einfache Nutzungsrechte im Sinne des Urheberrechts mit Inanspruchnahme der Bewilligung auf die DFG übertragen. Dies würde der DFG allerdings beträchtlichen Mehraufwand verursachen. Außerdem würde die Publikationsfreiheit des Geförderten zusätzlich und deshalb wohl unverhältnismäßig beschnitten, weil der Sachbeihilfenempfänger damit auch die Möglichkeit verlöre, den Ort der Zweitveröffentlichung im Internet durch Wahl eines geeigneten Repositoriums selbst zu bestimmen. Die gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden gegen die Verpflichtung der Förderungsempfänger zur Übertragung eines einfachen Nutzungsrechts auf die jeweilige Universität oder Forschungseinrichtung.

Deshalb nimmt die nachfolgende Untersuchung nur die erstgenannte Option, also die Verpflichtung des Förderungsempfängers zur Open Access-Publikation, näher in den Blick.

12 In diese Richtung „RCUK Policy on Open Access and Supporting Guidance“ der Research Councils UK unter 3.1. (<http://www.rcuk.ac.uk/documents/documents/RCUKOpenAccessPolicy.pdf> - 28.7.2014). Siehe auch den Überblick bei *Krujatz*, *Open Access*, 2012, S 45 f.

13 DFG-Vordruck 80.01 – 7/11 sieht in Ziffer 3.c. die Möglichkeit vor, bei wissenschaftlichem Fehlverhalten für einen gewissen Zeitraum von der Antragsberechtigung ausgeschlossen zu werden. – Zum zeitlich befristeten Ausschluss von Bieter, die wegen Verstößen in der Vergangenheit als unzuverlässig eingestuft werden, aufgrund von § 97 Abs. 4 S 1 GWB siehe *Fehling*, in: *Pünder/*

*Schellenberg*, *Vergaberecht*, Handkommentar, 2011, § 97 GWB Rn 128 f mwN.

14 Ähnlich zB die „Revised Policy on Dissemination of Research Findings“ des National Health and Medical Research Council in Australien (<https://www.nhmrc.gov.au/grants/policy/nhmrc-open-access-policy-29.7.2014>); auf die Karenzfrist bezogen mit Beweislast des Verlages; *Hansen*, *Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze*, GRUR Int 2005, 378, 387.

15 Dazu unten III. 1. a).

16 Näher unten III. 3. a).

### III. (Verfassungs-)Rechtliche Analyse

Im Kern geht um die Frage, welche Möglichkeiten und Grenzen sich aus der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) in Gestalt der Publikationsfreiheit für DFG-Förderbedingungen ergeben, die Empfänger einer Sachbeihilfe zur Open-Access-Publikation zu verpflichten.

Doch kann von einem Zuwendungsempfänger vertraglich nur das verlangt werden, was dieser nach einfachem Recht überhaupt tun darf und ihn keinen unzumutbaren Haftungsrisiken aussetzt. Im Lichte des neuen § 38 Abs. 4 UrhG betrifft dies vor allem die Rahmenbedingungen, die das Urheberrecht für Onlinepublikationen bereit hält. Darüber hinaus ist – besonders bei Patientendaten in der Medizin – das Datenschutzrecht zu beachten.

#### 1. Urheberrechtliche Rahmenbedingungen

##### a) Urheberrecht und Zweitpublikation im Lichte des neuen § 38 Abs. 4 UrhG

Nach § 38 Abs. 4 UrhG ist nunmehr der Autor unter den dort geregelten Voraussetzungen zur Open-Access-Zweitpublikation von Aufsätzen – nicht aber von Forschungsdaten, die nicht in einem solchen Aufsatz selbst enthalten sind – auch dann berechtigt, wenn in dem von ihm abgeschlossenen Verlagsvertrag über die Erstpublikation in einer Subskriptionszeitschrift die Übertragung eines exklusiven Verwertungsrechts enthalten ist. Eine dem Zweitveröffentlichungsrecht entgegenstehende Vereinbarung ist nämlich ausdrücklich (Satz 3) unwirksam.

*aa) Die Voraussetzungen und Bedingungen des Zweitveröffentlichungsrechts gemäß § 38 Abs. 4 UrhG, die zuvor heftig umstritten waren, spielen für die hier in Rede stehenden DFG-Förderbedingungen nur eine geringe Rolle.*

Erstens gilt das Zweitveröffentlichungsrecht nur „im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit“. Dies wird jedoch bei DFG-Sachbeihilfen regelmäßig der Fall sein.<sup>17</sup>

Zweitens ist das Recht zur Zweitpublikation auf Beiträge „in einer periodisch mindestens zweimal jährlich

erscheinenden Sammlung“ beschränkt. Die Open-Access-Förderbedingungen der DFG sollen ohnehin nur Aufsätze erfassen und Buchpublikationen ausklammern. Die Beschränkung im Gesetz wird hier somit nur für Aufsatzpublikationen in Jahrbüchern<sup>18</sup> oder sogar nur einmalig erschienenen Sammelbänden relevant.

Drittens darf die Zweitveröffentlichung „keinem gewerblichen Zweck [dienen]“. Unabhängig von der konkreten Auslegung dieser Klausel liegt jedenfalls dann kein gewerblicher Zweck vor, wenn der Autor für die Open-Access-Publikation kein Entgelt erhält. Der Ersatz von Kosten, die ihm gegebenenfalls durch die Einstellung in ein Repositorium entstehen, schadet nicht.

Viertens ist die Zweitpublikation gesetzlich nur „in der [zur Erstveröffentlichung in der Subskriptionszeitschrift] akzeptierten Manuskriptversion“ gestattet. Durch den Zusatz „akzeptiert“ wird deutlich gemacht, dass nicht die eingereichte Aufsatzfassung, sondern die Version nach Peer Review gemeint ist;<sup>19</sup> so wird sichergestellt, dass Erst- und Zweitpublikation inhaltlich voll identisch sind. Dagegen erlaubt § 38 Abs. 4 S. 1 UrhG keine Übernahme des Verlags-Layouts, also eine Reproduktion der Zeitschriften-Fassung. Da aber ohnehin die Quelle der Erstveröffentlichung in der Zweitpublikation anzugeben ist (§ 38 Abs. 4 S. 2 UrhG), dürfte entgegen dem Bundesrat<sup>20</sup> auch der Hinweis auf die Original-Seitenzahlen, etwa durch Klammerzusätze bei den Original-Seitenumbrüchen,<sup>21</sup> gestattet sein, um die einheitliche Zitierfähigkeit auch über die Zweitpublikation zu sichern und eine Versions-Verwirrung zu vermeiden. Denn die Original-Seitenzahlen sind gegenüber einem solchen bloßen Hinweis wohl kaum urheberrechtlich geschützt. Zwar mag es zu Lasten der Verlage gehen, wenn der Rückgriff auf die Erstpublikation auch für die korrekte Zitierweise entbehrlich wird;<sup>22</sup> deren Interessen bleiben aber immerhin durch die Karenzfrist von einem Jahr geschützt.

*bb) Das Hauptproblem liegt in der unklaren internationalen Reichweite des § 38 Abs. 4 UrhG. Es fragt sich, inwieweit das neue Zweitveröffentlichungsrecht auch gegenüber ausländischen Verlagen geltend gemacht wer-*

17 Die im Gesetzgebungsverfahren besonders umstrittene Beschränkung auf die Projektförderung bei Ausklammerung der universitär finanzierten Forschung (zur Kritik Sandberger, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 466, 470) spielt im vorliegenden Kontext, wo es gerade um Projekt-Sachbeihilfen geht, ohnehin keine Rolle.

18 Hervorgehoben von Sandberger (Fn 17), ZUM 2013, 466, 471; Soppe, in Ahlberg/Götting (Hrsg), BeckOK Urheberrecht, § 38 UrhG Rn 68.

19 Sandberger (Fn 17), ZUM 2013, 466, 470; vgl auch Soppe, in BeckOK (Fn 18), § 38 UrhG Rn 68.

20 BR-Drs 257/06 (Beschluss), S 7; aufgegriffen von Heckmann/We-

ber, Open Access in der Informationsgesellschaft - § 38 UrhG de lege feranda, GRUR Int. 2006, 995, 999.

21 Wie zB in der – freilich kommerziellen – juristischen Datenbank BeckOnline; siehe bereits oben 1.3.1.

22 Deshalb halten Sandberger (Fn 17), ZUM 2013, 466, 470 und Peifer, Die gesetzliche Regelung über verwaiste und vergriffene Werke, NJW 2014, 6, 7, einen solchen Rückgriff gerade für nicht entbehrlich. Zur Frage, ob die Original-Seitenzahlen (wie hier befürwortet) in der Zweitpublikation angegeben werden dürfen, nehmen beide direkt aber keine Stellung.

den kann, wenn diese sich in ihren typischerweise nicht nach deutschem Recht geschlossenen Verträgen ein ausschließliches Verwertungsrecht haben einräumen lassen oder darin einer Zweitveröffentlichung nur unter restriktiveren Bedingungen als in § 38 Abs. 4 UrhG zustimmen. Ein von der DFG geförderter Wissenschaftler sähe sich dann möglicherweise dem Risiko ausgesetzt, von dem ausländischen Verlag wegen Vertragsverletzung (im Ausland) verklagt zu werden. Die wenigen dazu bislang vorliegenden Stellungnahmen sind geteilt.<sup>23</sup> Da eine juristische Fundierung der unterschiedlichen Positionen noch fast gänzlich fehlt, können im Folgenden nur erste Leitlinien auf der Basis des deutschen Schrifttums zum Internationalen Privatrecht aufgezeigt werden. Eine zusätzliche Schwierigkeit besteht schon allgemein darin, dass jeder Staat (bzw. bei europäischer Regelung wie namentlich beim Vertragstatut in der Rom I-Verordnung die europäische Union) sein eigenes Internationales Privatrecht (IPR) anwendet, so dass die deutschen (bzw. europäischen) IPR-Grundsätze keineswegs ohne weiteres auf Drittstaaten und namentlich die USA übertragbar sind. Große Probleme bereitet ferner die Verortung der Rechtsfragen im Urheberschutzrecht (IPR-Schutzrechtsstatut) oder im Urhebervertragsrecht (IPR-Vertragsrechtsstatut).

Einerseits könnte man einen Streit zwischen Autor und ausländischem Verlag um das Zweitveröffentlichungsrecht als Problem der Schutzrechtsverletzung einordnen. Für Urheber-Schutzrechtsverletzungen wird nach heute auch über Deutschland hinaus herrschender Auffassung am Recht des Schutzlandes angeknüpft. Nach dem IPR-Schutzrechtsstatut gilt das Recht jeweils desjenigen Staates, für dessen Gebiet der Schutz durch ein solches Recht in Anspruch genommen wird.<sup>24</sup> Damit stellt sich hier die Frage, was bei einer Zweitveröffentlichung entgegen dem abgeschlossenen ausländischen Verlagsvertrag eigentlich das geschützte Recht ist. Inso-

weit wird man wohl nicht auf den Schutz des im Verlagsvertrag eingeräumten ausschließlichen Verwertungsrecht abzustellen haben, denn dies wäre der urhebervertragsrechtliche Blickwinkel. Vielmehr müsste, wenn man in § 38 Abs. 4 UrhG eine Ausgestaltung des Urheber-Persönlichkeitsrechts sieht,<sup>25</sup> konsequenterweise der Schutz des darin enthaltenen Zweitveröffentlichungsrechts, welches durch das Beharren eines ausländischen Verlages auf seinem Exklusivverwertungsrecht beeinträchtigt würde, in den Vordergrund gerückt werden. Da die Inhalte im Internet weltweit abrufbar sind, nimmt der Urheber sein geschütztes Zweitveröffentlichungsrecht weltweit in Anspruch; auf den Standort des Servers kommt es nicht an. Dann könnte – mit im Einzelnen schwer vorhersehbaren Konsequenzen – jedenfalls nach deutschem Internationalen Privatrecht bei Texten im Internet aufgrund des Schutzlandprinzips eine Vielzahl von Rechtsordnungen nebeneinander zur Anwendung kommen.<sup>26</sup>

Da das Schutzlandprinzip in weitem Umfang auch international anerkannt ist, dürfte es gute Chancen geben, dass man nach dem Internationalen Privatrecht (Schutzrechtsstatut) anderer Staaten zum gleichen Ergebnis kommt. In Bezug auf die USA mit ihrem äußerst schwer überschaubaren, je nach Einzelstaat unterschiedlichen IPR erschiene die Rechtslage im Hinblick auf den Schutz des Zweitveröffentlichungsrechts jedoch (noch) weit weniger klar.

Andererseits spricht auch einiges dafür, § 38 Abs. 4 UrhG als eine urhebervertragsrechtliche Regelung einzustufen, auf die zumindest primär das Vertragsrechtsstatut Anwendung findet. Danach können die Parteien grundsätzlich das anwendbare Vertragsrecht frei wählen.<sup>27</sup> Doch erscheint es angesichts der überlegenen Verhandlungsmacht der ausländischen Verlage höchst unwahrscheinlich, dass deutsches Vertragsrecht gewählt wird.<sup>28</sup>

23 Während die *Allianz der Wissenschaftsorganisationen* von einer uneingeschränkten Beachtung der neuen Vorschrift auch durch ausländische Gerichte ausgeht (Argumentationspapier zum Zweitveröffentlichungsrecht vom April 2013, <http://www.allianzinitiative.de/de-28.7.2014>), wird die Verbindlichkeit des Zweitveröffentlichungsrechts für ausländische Verlage vom Börsenverein bestritten (*Börsenverein des Deutschen Buchhandels*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 20.02.2013, unter 2. (c); weitgehend identisch *Sprang*, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs 4 UrhG-E, ZUM 2013, 461, 462). Das Max-Planck-Institut für Urheberrecht äußert zumindest Bedenken (*MPI-Stellungnahme* (Fn 5), Rn 49 f; ebenso *Peukert*, Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft – Auf die Perspektive kommt es an, Universität Frankfurt am Main, Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitspapier Nr 5/2013, S 21 f).

24 *Katzenberger*, in: Loewenheim/Schricker (Hrsg), UrhG-Kommentar, 4. Aufl 2010, Vor §§ 120 ff Rn 124 ff.

25 Darauf könnte die folgende allgemeine Aussage von *Katzenberger*, in: Loewenheim/Schricker (Fn 24), Vor §§ 120 ff Rn 150, hindeuten: „Stets nach dem Recht des Schutzlandes sind auch in Bezug auf Urheberrechtsverträge, die das Urheberrecht [...] betreffenden Fragen zu behandeln. Dies gilt auch für die Frage der Zulässigkeit der Übertragung oder Teilübertragung des Urheberrechts als solchem [...], der Einräumung von ausschließlichen oder einfachen Nutzungsrechten[...]“.

26 Zum ganzen speziell für § 38 Abs 4 UrhG *MPI-Stellungnahme* (Fn 5), Rn 50; vgl ferner allgemein *Katzenberger*, in: Loewenheim/Schricker (Fn 24), Vor §§ 120 ff Rn 126.

27 Erneut speziell auf § 38 Abs 4 UrhG bezogen *MPI-Stellungnahme* (Fn 5), Rn 50.

28 *Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2009, inter III. 1. c).

Ob und inwieweit zwingendes nationales Recht eventuell dennoch anwendbar ist und das fremde Vertragsrecht modifiziert, richtet sich nach dem vom jeweiligen Gericht zu Grunde gelegten IPR. Für die Europäische Union regelt Art. 9 der Rom I-Verordnung<sup>29</sup> die Anwendbarkeit von sogenannten „Eingriffsnormen“. Sie sind in Art. 9 Abs. 1 Rom I-Verordnung definiert als „zwingende Vorschrift[en], deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen und wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.“<sup>30</sup> § 38 Abs. 4 S. 3 UrhG macht den danach geforderten internationalen Geltungsanspruch und die überindividuelle Zielrichtung<sup>31</sup> wohl hinreichend deutlich.

Stets verbindlich – auch bei abweichender Rechtswahl – sind dabei nach Art. 9 Abs. 2 Rom I-Verordnung jedoch nur die inländischen Eingriffsnormen.<sup>32</sup> Wenn also ein deutsches Gericht von einem ausländischen Verlag wegen angeblicher Verletzung des vertraglich vereinbarten Exklusivverwertungsrechts angerufen würde, käme § 38 Abs. 4 UrhG auch dann zur Anwendung, wenn etwa britisches oder niederländisches Recht für den Verlagsvertrag vereinbart wurde. Hätte dagegen ein Gericht aus einem anderen EU-Staat über die Vertragsverletzung zu entscheiden, handelte es sich aus dessen Sicht bei § 38 Abs. 4 UrhG um eine fremde Eingriffsnorm, für die Art. 9 Abs. 3 S. 1 Rom I-Verordnung maßgeblich ist. Danach liegt es im Ermessen des ausländischen Gerichts („kann“),<sup>33</sup> ob es „Eingriffsnormen des

Staates, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind, Wirkung [verleiht], soweit diese Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrages unrechtmäßig werden lassen.“ Insoweit mögen die genannten (tatbestandlichen) Voraussetzungen dafür, dass das ausländische Gericht überhaupt eine Ermessensentscheidung zu treffen hat, hier erfüllt sein. Schon dies ist jedoch keineswegs ganz klar: Das vertraglich begründete Exklusivverwertungsrecht ist als Vertragspflicht auch in Deutschland als dem Staat, aus dem die Eingriffsnorm des § 38 Abs. 4 UrhG stammt, zu beachten, so dass wohl ein hinreichend enger Bezug des Lebenssachverhalts zur Rechtsordnung des Eingriffsstaats besteht.<sup>34</sup> Die durch die Eingriffsnorm ermöglichte Open-Access-Zweitveröffentlichung zwingt zur Modifizierung des Vertragsinhalts, so dass die vertragliche Verpflichtung zur Respektierung des Exklusivrechts des ausländischen Verlags unter diesem Aspekt möglicherweise<sup>35</sup> als unrechtmäßig im Sinne des § 38 Abs. 4 UrhG<sup>36</sup> eingestuft werden kann. Für die Ermessensausübung gibt Art. 9 Abs. 3 S. 2 Rom I-Verordnung einige Leitlinien vor: Es „werden Art und Zweck dieser [Eingriffs-]Normen sowie die Folgen berücksichtigt, die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung ergeben können“. Dabei dürfte hier auch zu berücksichtigen sein, dass die Förderung einer Open-Access-(Zweit-)Publikation von Forschungsergebnissen kein rein deutsches Anliegen ist (mag auch die Norm des § 38 Abs. 4 UrhG einzigartig sein), sondern einem europa-, ja sogar weltweiten Trend folgt. Im deutschen Schrifttum wird im Übrigen auch die Möglichkeit einer Reduzierung des Eingriffsnorm-Anwendungsermessens auf Null aus Gründen der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) erwo-

29 Verordnung (EG) Nr 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“).

30 Wichtig insoweit, dass nicht nur eine materiell-rechtlich zwingende Norm, sondern auch ein internationaler Anwendungsbefehl geschaffen wurde, vgl *von Welser*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg), *Urheberrecht*, 3. Aufl, 2009, § 32b Rn 2. Die internationale Dimension ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetzesentwurf, vgl BT-Drs 17/13423, S 14, tritt aber in den zahlreichen Debatten im Rahmen der Einführung und aufgrund des Zusatzes in § 38 Abs 4 S 3 hinreichend hervor.

31 So gilt das unabdingbare Zweitverwertungsrecht ausschließlich für staatlich geförderte Forschungsprojekte und soll eine kostenfreie Zugänglichmachung der Ergebnisse – auch im Inland – erleichtern und damit den Forschungsstandort Deutschland stärken. Demgegenüber ist für die überindividuelle Zielrichtung wohl unerheblich, dass der Autor zur Geltendmachung des Rechts nicht verpflichtet ist. Zu den Voraussetzungen allgemein eingehend *Thorn*, in: *Rauscher* (Hrsg), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EulPR*, Kommentar, Bearbeitung 2011, Art 9 Rn 8 ff – Bislang werden im Urheberrecht §§ 32, 32a iVm § 32b UrhG als solche Eingriffsnormen angesehen, aaO Rn

58; vgl auch *Hilty/Peukert*, *Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext*, GRUR Int 2002, 642, 647 ff.

32 Dazu näher erneut *Thorn* (Fn 31), Art 9 Rn 32 f.

33 *Thorn* (Fn 31), Art 9 Rn 69.

34 Zur entsprechenden wertenden Bestimmung des Erfüllungsorts vgl *Thorn* (Fn 31), Art 9 Rn 62 ff; zu der problematischen Möglichkeit einer vertraglichen Erfüllungsortbestimmung aaO Rn 64. Die Wirksamkeit einer derartigen Regelung bejahend *Spickhoff*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg), *Beck'scher Onlinekommentar BGB*, 28. Aufl, 2013, BeckOK VO EG 592/2008, Art 9 Rn 29.

35 Anders sähe es allerdings dann aus, wenn man in § 38 Abs 4 UrhG statt einer Verbotsnorm (im Hinblick auf die Übertragung eines absoluten Exklusivrechts) eine anspruchsbegründende Eingriffsnorm (wegen des unabdingbaren „Anspruchs“ auf Zweitveröffentlichung) sähe; vgl *Thorn* (Fn 31), Art 9 Rn 68.

36 Zur Unrechtmäßigkeit der Vertragserfüllung, wenn die Eingriffsnorm zur Modifizierung des Vertragsinhalts zwingt, *Thorn* (Fn 31), Art 9 Rn 66 f. Wohl anders *Schönbohm*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), *Beck'scher Onlinekommentar Arbeitsrecht*, BeckOK VO EG 592/2008, Art 9 Rn 16.

gen.<sup>37</sup> All dies sind jedoch kaum mehr als plausible Interpretationsansätze; letzten Endes kann nicht sicher vorausgesagt werden, wie ein Gericht aus einem anderen EU-Mitgliedstaat entscheiden würde.

Noch weit weniger prognostizieren lässt sich, ob ein außereuropäisches, namentlich US-amerikanisches Gericht das deutsche Zweitverwertungsrecht im Rechtsstreit eines amerikanischen Wissenschaftsverlags mit einem deutschen Autor anerkennen würde. Denn insoweit fände nicht die Rom I-Verordnung, sondern das US-amerikanische IPR Anwendung. Nach den allgemeinen Erfahrungen erscheint es sogar ziemlich wahrscheinlich, dass amerikanische Gerichte insoweit allein amerikanisches Recht und einen danach geschlossenen Verlagsvertrag anwenden würden. Dabei ist es allerdings nicht ausgeschlossen, dass die dortigen Gerichte in ihre Bewertung mit einbeziehen, inwieweit auch in den USA selbst eine Open-Access-Publikation in staatlichen Förderbedingungen verlangt wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG setzt sich gegenüber einem vertraglichen ausschließlichen Nutzungsrecht auch eines ausländischen Wissenschaftsverlags durch, wenn entweder für den Verlagsvertrag deutsches Recht gewählt oder, bei einem nach einer fremden Rechtsordnung geschlossenen Vertrag, ein deutsches Gericht angerufen worden ist. Hat ein Gericht eines anderen EU-Mitgliedstaates bei einem nach dessen Recht abgeschlossenen Verlagsvertrag über die Befugnis zur Zweitveröffentlichung zu entscheiden, besteht gemäß Art. 9 Abs. 3 Rom I-Verordnung bei der Anwendung des § 38 Abs. 4 UrhG Ermessen, dessen Ausübung durch das Gericht schwer zu prognostizieren ist. Dass dagegen ein US-Gericht das deutsche Zweitveröffentlichungsrecht aus § 38 Abs. 4 UrhG beachten würde, bleibt eher unwahrscheinlich.

cc) In der Diskussion steht auch die *Verfassungs- und Europarechtskonformität des § 38 Abs. 4 UrhG*.

Den Wissenschaftsverlagen wird durch § 38 Abs. 4 UrhG die Möglichkeit genommen, sich vertraglich vom Autor ein „absolutes“ Exklusivrecht einräumen zu lassen. Ihre Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) ist dadurch für künftige Verträge jedoch nicht betroffen. Das „geistige Eigentum“ an seinem Aufsatz steht nämlich ausschließ-

lich dem Autor zu; der Verlag erwirbt ein Verwertungsrecht von vornherein nur in dem Umfang, in dem der Autor dieses vertraglich übertragen kann.<sup>38</sup> Eingegriffen wird damit auf Seiten des Verlags allein in die durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit.<sup>39</sup> Die Berufsausübung wie auch die allgemeine Handlungsfreiheit sind jedoch im Rahmen des Verhältnismäßigen durch Gesetz und damit auch durch das Urheberrecht einschränkbar. Solange die Absatzchancen der Verlage für ihre Zeitschriften aufgrund der einjährigen Karenzfrist vor Zweitveröffentlichung sowie den weiteren Voraussetzungen des § 38 Abs. 4 UrhG nicht allzu sehr beeinträchtigt werden – wofür nicht zuletzt die Tatsache spricht, dass schon einige Verlage freiwillig in ihren Verträgen einer Open-Access-Zweitpublikation zustimmen –, erscheint die Verkürzung der Vertragsfreiheit von relativ geringem Gewicht und im Lichte der Informationsinteressen der Scientific Community<sup>40</sup> ohne weiteres verhältnismäßig. Nach allgemeinen Grundsätzen obliegt allerdings dem Gesetzgeber eine Beobachtungs- und gegebenenfalls Nachbesserungspflicht, wenn sich die einjährige Wartefrist namentlich für geisteswissenschaftliche Zeitschriften in manchen Bereichen als zu kurz erweisen sollte.

Auch die Vertragsfreiheit der Autoren wird insoweit eingeschränkt, als sie den Verlagen kein vollständiges Exklusivverwertungsrecht mehr übertragen können.<sup>41</sup> Dies mag sich (wohl eher selten) in für den Autor ungünstigeren Vertragsbedingungen (beim Honorar oder bei einem zu zahlenden Druckkostenzuschuss; eventuell auch bei Belegexemplaren) niederschlagen.<sup>42</sup> Auf der anderen Seite stärkt die Neuregelung jedoch die Rechtsstellung der Autoren gegenüber den Verlagen im Hinblick auf die zusätzlichen Open-Access-Verbreitungsmöglichkeiten. Insoweit ähnelt § 38 Abs. 4 UrhG Verbraucherschutzvorschriften, bei denen die Schutzwirkung in manchen Fällen über eine Einschränkung der Vertragsfreiheit beider Seiten hinaus auch eine gewisse Verteuerung der Waren oder Dienstleistungen nach sich ziehen kann. Da beim unabdingbaren Zweitveröffentlichungsrecht wegen der Karenzzeit und der weiteren Voraussetzungen solche spürbaren negativen ökonomischen Begleiterscheinungen zumindest vorerst wenig wahrscheinlich sein dürften, bleibt § 38 Abs. 4 UrhG wie viele andere Verbraucherschutznormen auch aus der

37 Thorn (Fn 31), Art 9 Rn 73, unter Verweis auf Leible (Hrsg), Das Grünbuch der Kommission zum Internationalen Vertragsrecht, 2004, S 167, 184; Fetsch, Eingriffsnormen und EG-Vertrag, 2002, S 319 ff.

38 Lutz, Zugang zu wiss. Informationen (Fn 9), S 244 f; Heckmann/Weber (Fn 20), GRUR Int. 2006, 995, 997.

39 Lutz, Zugang zu wiss. Informationen (Fn 9), S 245 mit Verweis

auf Heckmann/Weber (Fn 20), GRUR Int. 2006, 995, 997.

40 Dazu näher im Rahmen der Wissenschaftsfreiheit unter III. 3. d).

41 Dies betont etwa auch Peifer, Wissenschaftsfreiheit und Urheberrecht, Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22, 27.

42 Ähnlich Rieble, Autorenfreiheit und Publikationszwang, in: Reuß/Rieble (Hrsg), Autorenfreiheit als Werkherrschaft, 2010, S 29, 49.

Perspektive des geschützten Autors verhältnismäßig. Dies gilt umso mehr, als in die multidimensionale Verhältnismäßigkeitsabwägung<sup>43</sup> zusätzlich auch hier der Informationsnutzen für das Wissenschaftssystem mit einzustellen ist.

Die Publikationsfreiheit als Teil der Wissenschaftsfreiheit der Autoren ist durch ein bloßes Zweitveröffentlichungsrecht gar nicht berührt.<sup>44</sup> Art. 5 Abs. 3 GG gibt – unabhängig von der Frage, ob ökonomische Verwertungsinteressen von Wissenschaftlern überhaupt in den Schutzbereich fallen<sup>45</sup> – keinen Anspruch auf unveränderte ökonomische Rahmenbedingungen für wissenschaftliches Publizieren. Bloße potentielle mittelbare ökonomische Nebenwirkungen von wahrscheinlich geringem Gewicht führen bei der Wissenschaftsfreiheit ebenso wenig zu einem Eingriff wie bei der Berufsfreiheit mangels berufsregelnder Tendenz.<sup>46</sup>

Europarechtlich stellt sich die Frage, ob § 38 Abs. 4 UrhG mit den Rechten des Urhebers vereinbar ist, wie sie in der Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/20/EG<sup>47</sup>, die wiederum völkervertragliche Abkommen umsetzt, normiert sind. Teilweise wird behauptet, das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht sei eine nach Art. 5 RL 2001/20/EG unzulässige Schrankenregelung.<sup>48</sup> Doch müsste es sich dazu überhaupt um „Ausnahmen oder Beschränkungen“ im Sinne dieser Richtlinie handeln. Man mag diese nicht näher definierten Begriffe im Sinne einer effektiven europäischen Rechtsharmonisierung tendenziell weit auszulegen haben.<sup>49</sup> Doch erfasst Art. 5 RL 2001/20/EG nach Sinn und Zweck nur Regelungen, welche die Rechte des Urhebers zugunsten von Interessen Dritter und der Allgemeinheit einschränken, indem sie Dritten etwas erlaubnisfrei gestatten, was ansonsten nur mit Zustimmung des Urhebers zulässig wäre. Hier dagegen wird der Urheber durch § 38 Abs. 4

UrhG zur Zweitveröffentlichung nur berechtigt, aber keineswegs verpflichtet. Dritte dürfen auch nach der Neuregelung den Aufsatz nicht gegen den Willen des Urhebers Open-Access zugänglich machen. Allein die Tatsache, dass die neue Vorschrift nicht nur den Interessen des Urhebers selbst, sondern auch denen der Allgemeinheit bzw. Scientific Community an möglichst weitreichenden Verbreitungsmöglichkeiten für wissenschaftliche Erkenntnisse dient, macht die Regelung noch nicht zu einer unzulässigen Umgehung.<sup>50</sup> Selbst wenn man im Gegensatz zur herrschenden Auffassung in § 38 Abs. 4 UrhG doch eine „Beschränkung“ sähe, wäre dies nach dem Drei-Stufen-Test des Art. 5 Abs. 5 RL 2001/20/EG wohl rechtfertigbar.<sup>51</sup>

Resümierend verstößt § 38 Abs. 4 UrhG weder gegen Unions- noch gegen Verfassungsrecht.

b) Urheberrecht an Forschungsdaten und an deren wissenschaftlicher Verarbeitung

Gelegentlich wird diskutiert, ob Wissenschaftler als Urheber tatsächlich das alleinige Verwertungsrecht besitzen oder aber ihrem Arbeitgeber – typischerweise ihrer Hochschule oder außeruniversitären Forschungseinrichtung – Forschungsergebnisse (Daten, Aufsätze) zur Open-Access-(Zweit-)Veröffentlichung überlassen müssen. Für die DFG-Förderbedingungen hat dies allerdings unmittelbar keine Bedeutung, da der Förderungsempfänger selbst zur Open-Access-(Zweit-)Publikation verpflichtet werden soll und es nicht um Publikationsmöglichkeiten der Hochschulen geht. Mittelbar besteht aber doch ein gewisser Zusammenhang: Zum einen könnte der Zuwendungsempfänger seiner Open-Access-Publikationspflicht gegenüber der DFG nachkommen, indem er Aufsatz und Forschungsdaten seiner Hochschule zur entsprechenden Zweitpublikation

43 Mit weitem gesetzgeberischen Spielraum nicht zuletzt wegen gestörter Vertragsparität; insoweit übertragbar BVerfG 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 u 1843/11 – NJW 2014, 46 (Rn 68 ff); dazu kritisch Grassle, Die Kontrolle des gesetzgeberischen Zugriffs auf die Vertragsfreiheit, DÖV 2014, 382, 389.

44 Anders allerdings ohne nähere Begründung Rieble, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 49.

45 Dazu unten III. 3. a) aa).

46 Dazu statt vieler Wieland, in: Dreier (Hrsg), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl 2013, Art 12 Rn 71 ff.

47 Richtlinie 2001/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rats zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

48 So Hirschfelder, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, 2008, insbes S 135 ff; ders, Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbietungspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen, MMR 2009, 445, 446 ff. Bedenken auch bei der Bundesregierung, Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrats, Anlage 3 zum Gesetzentwurf der BReg, BT-Drs 16/1828, S 47.

49 Hirschfelder (Fn 48), MMR 2009, 444, 445 f.

50 Zum Ganzen Lutz, Zugang zu wiss. Informationen (Fn 9), S 246 f; Peifer (Fn 41), GRUR 2009, 22, 27; Hansen, Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder: Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open-Access Prinzips, GRUR Int 2009, 799, 801; Heckmann/Weber (Fn 20), GRUR Int 2006, 995, 998.

51 Denn es handelt sich richtigerweise – entgegen Ohly, Urheberrecht als Wirtschaftsrecht, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg), Geistiges Eigentum, 2008, S 141, 149 mit dortiger Fn 40; Hirschfelder (Fn 48), MMR 2009, 444, 445 f – zum ersten um einen „bestimmten Sonderfall“ mit einem selbst im Rahmen wissenschaftlicher Publikationen sehr begrenztem Anwendungsbereich. Die „normale Auswertung“ durch den Urheber wäre zum zweiten angesichts der unbeschränkten Erstveröffentlichungsmöglichkeit für eine Zweitveröffentlichung im Kern nicht beeinträchtigt und zum dritten wären durch die Beschränkung – angesichts der Karenzfrist sowie im Lichte der Informationsinteressen der Allgemeinheit in der Verhältnismäßigkeitsabwägung – „berechtigten Interessen nicht unzumutbar verletzt“, siehe Lutz, Zugang zu wiss. Informationen (Fn 9), S 247 f mwN.

überlässt. Zum anderen wäre eine urheberrechtliche Verpflichtung der Wissenschaftler, ihrer Hochschule oder Forschungseinrichtung eine Lizenz zur Publikation ihrer Forschungsergebnisse einzuräumen, ein gewisses (wegen des Vorrangs der Verfassung freilich nicht entscheidendes) Indiz dafür, dass ihre Publikationsfreiheit auch durch Open-Access-Förderbedingungen der DFG nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird.

Bei Primär- oder Rohdaten wird regelmäßig mangels persönlicher geistiger Schöpfung noch gar kein urheberrechtlich geschütztes „geistiges Werk“ im Sinne von § 2 Abs. 1 (insbes. Nr. 1, 5 und 7) UrhG vorliegen.<sup>52</sup> Selbst bei der Sammlung und Zusammenstellung ist dies gemäß § 4 UrhG meist noch nicht der Fall, wenn diese Zusammenstellung ohne (Relevanz-)Auswahl auf Vollständigkeit zielt.<sup>53</sup> Für eine Datenbank mit Forschungsdaten kann allerdings ein leistungsrechtlicher Schutz nach § 87a UrhG bestehen, der dann jedoch demjenigen – möglicherweise sogar der DFG – zusteht, der die Datenbank finanziert hat.<sup>54</sup> Dagegen liegt bei wissenschaftlicher Aufbereitung der Daten (nicht nur in Aufsatzform) zweifelsohne ein geistiges Werk vor, das Urheberschutz genießt.

Nach § 43 UrhG ist ein Arbeitnehmer, der „in Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten“ ein urheberrechtlich geschütztes Werk geschaffen hat, verpflichtet, dem Arbeitgeber eine Lizenz zur Verwertung dieses Pflichtwerkes einzuräumen. Ob es sich um eine einfache oder ausschließliche Lizenz handelt, bestimmt sich danach, was der Arbeitgeber nach Lage der Umstände benötigt (Zweckübertragungslehre). Bei Hochschullehrern muss § 43 UrhG jedoch im Lichte der Wissenschaftsfreiheit einschränkend ausgelegt werden: Zwar sind Professoren zur Forschung und allgemein wohl auch zur Publikation von Ergebnissen verpflichtet, doch ihre Dienstpflichten umfassen nicht die Veröffentlichung konkreter

Aufsätze oder Daten. Dies selbst dann nicht, wenn diese Werke während der Dienstzeit und mit universitären Mitteln geschaffen worden sind.<sup>55</sup> Bei Publikationen agiert der Professor wie allgemein in der Forschung von Verfassung wegen gänzlich weisungsfrei. Die Hochschule oder Forschungseinrichtung kann daher von einem wissenschaftlich selbstständig arbeitenden Urheber grundsätzlich<sup>56</sup> keine Einräumung einer Lizenz (Verwertungsrecht) verlangen.<sup>57</sup>

Im Fall „Grabungsmaterialien“ hat der Bundesgerichtshof<sup>58</sup> ausnahmsweise eine Pflicht des Hochschullehrers angenommen, der Hochschule den dauernden Besitz an den Materialien und die Nutzungsrechte zu deren wissenschaftlicher Auswertung einzuräumen; dabei wurde auch darauf hingewiesen, dass die entsprechende Institutsarbeit von der DFG gefördert worden war und die Richtlinien der DFG vorsahen, dass die Arbeitsergebnisse in geeigneter Form der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen waren. Damit wird zugleich deutlich, dass für die hier in Rede stehenden DFG-Förderbedingungen aus dieser Entscheidung jedenfalls für die Aufsatzpublikation keine Schlussfolgerungen gezogen werden können. Denn hier geht es der DFG um die spezifische Open-Access-(Zweit-)Publikation und nicht allein darum, dass, wie bei den Grabungsmaterialien, Forschungsergebnisse in irgendeiner Form der Öffentlichkeit zugänglich gemacht (publiziert) werden. Die negative Publikationsfreiheit für Aufsätze will die DFG mit den Open-Access-Förderbedingungen ohnehin nicht einschränken.

Dagegen erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, die Grabungsmaterialien-Entscheidung auf Forschungsdaten (soweit sie ausnahmsweise Urheberschutz genießen) zu übertragen, die sonst gar nicht veröffentlicht würden. Auch insoweit kann allerdings die Hochschule allenfalls insoweit Rechte eingeräumt verlangen, als es um die weitere wissenschaftliche Auswertung der Daten geht. De-

52 Spindler, KoLaWiss-Projekt. Arbeitspaket 4: Recht, 27.2.2009, Manuskript S 23 ff mwN, zusammenfassend S 27; *De Cook Buning ua*, The legal status of research data in Germany, Annex 3 to the Knowledge Exchange Report „The legal status of research data in the Knowledge Exchange partner countries, 2011, S 11 f (<http://www.knowledge-exchange.info/Default.aspx?ID=461> - 28.7.2014).

53 Spindler, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 27 ff mwN, zusammenfassend S 32; mit Beispielen für Schutz *De Cook Buning ua*, The legal status of research data (Fn 52), S 13 f.

54 Spindler, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 32 ff mwN, zusammenfassend S 39; vgl auch *De Cook Buning ua*, The legal status of research data (Fn 52), S 20 ff.

55 Grundlegend BGH 27.9.1990 – I ZR 244/88 – GRUR 1991, 523 ff – Grabungsmaterialien; vgl auch OLG Karlsruhe 27.1.1988 – 6 U 101/86 – GRUR 1988, 536 – Hochschulprofessor; BGH 6.2.1985 – I ZR 179/82 – GRUR 1985, 529, 530 – Happening.

56 Ausnahmen werden diskutiert für die Einbindung in längerfristige, übergreifende Forschungsprojekte, sofern deren Erfolg

gefährdet wäre, wenn der einzelne Beteiligte seine Ergebnisse den anderen Beteiligten nicht (über die Hochschule) zur Verfügung stellt (*Mönch/Nödler*, Hochschulen und Urheberrecht – Schutz wissenschaftlicher Werke, in: Spindler (Hrsg), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen, 2006, S 39 ff, insbes S 41). Nach der Zweckübertragungslehre müsste die der Hochschule dann zu erteilende Lizenz jedoch nur soweit gehen, dass die Weiterverwendung der Ergebnisse im Forschungsprojekt und damit dessen Fortgang gesichert blieben. Eine Open-Access-Publikation konkreter Aufsätze oder Daten auf einem Hochschulserver wäre dafür kaum erforderlich (*Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010, S 33 f; *Pflüger/Ertsmann*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436, 440).

57 Zum Ganzen näher etwa *Haberstumpf*. Wem gehören Forschungsergebnisse, ZUM 2001, 819, 825 ff.

58 BGH (Fn 55) GRUR 1991, 524, 528.

ren Open-Access-Publikation ist dazu zwar förderlich, aber im Regelfall keineswegs unumgänglich.

## 2. Datenschutz bei Forschungsdaten

Das deutsche allgemeine Datenschutzrecht findet sich teilweise im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), teilweise in den Datenschutzgesetzen der Länder. Welches Gesetz anzuwenden ist, richtet sich im Wesentlichen danach, von welcher Institution und an welchem Ort die Daten verarbeitet – im vorliegenden Kontext also in einem Repositorium o.ä. langzeitarchiviert – werden. In den hier interessierenden Grundstrukturen und sogar in den meisten Einzelheiten stimmen die Gesetze jedoch überein, so dass im Folgenden auf eine Differenzierung verzichtet wird. An diesen Grundstrukturen würde sich im Übrigen auch durch die beabsichtigte EU-Datenschutzgrundverordnung nichts Wesentliches ändern.

### a) Beschränkung auf personenbezogene Daten

Das Datenschutzrecht gilt nur für personenbezogene Daten. Diese sind definiert als „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse von bestimmten oder bestimmbar natürlichen Personen“ (so z.B. § 3 Abs. 1 BDSG).

Datenschutz spielt daher von vornherein keine Rolle, wo naturwissenschaftlich-technische Rohdaten ohne Bezug zum einzelnen Menschen betroffen sind. Wohl nur in Ausnahmefällen erfasst sind bloße Stellungnahmen von Personen zu nichtpersonenbezogenen Themen, etwa in Meinungsumfragen o.ä. Schließlich besteht dort kein Datenschutz mehr, wo ein früherer Personenbezug durch Anonymisierung endgültig – d.h. ohne Möglichkeit, die Verknüpfung zu einzelnen Personen mit zumutbarem Aufwand zu rekonstruieren (Reanonymisierung)<sup>59</sup> – beseitigt worden ist, etwa indem diese Daten in Statistiken eingeflossen sind.

Damit wird der Datenschutz bei Forschungsdaten nur in wenigen Bereichen eingreifen, namentlich bei medizinischen Daten,<sup>60</sup> die sich auf einen bestimmten oder im Wege der Reanonymisierung bestimmbar einzelnen Patienten beziehen.

b) Folgerungen für Rohdaten insbesondere bei medizinischer Forschung

Das Datenschutzrecht stellt Anforderungen sowohl an die Weitergabe der Daten an ein Repositorium o.ä. als auch an die dortige Speicherung. Vorliegend interessiert der Datenschutz indes allein mit seinen Anforderungen an den Förderungsempfänger, denn diesem darf in DFG-Förderbedingungen nur insoweit eine Open-Access-Publikationspflicht auferlegt werden, wie er sie ohne Verstoß gegen das Datenschutzrecht erfüllen kann.<sup>61</sup>

Nicht nur die Erhebung und Nutzung von personenbezogenen Daten (durch den behandelnden Arzt und publizierenden Forscher), sondern auch deren weitere Verarbeitung bedarf der schriftlichen Einwilligung des Betroffenen (Patienten). Zur „Verarbeitung“ zählt (etwa nach § 3 Abs. 4 BDSG) auch das „Speichern“ und das „Übermitteln“ dieser Daten. Stellt der Forscher die Daten selbst in das Repositorium ein, so speichert er diese; leitet er die Daten an den Betreiber weiter, so liegt ein Übermittlungsvorgang vor.<sup>62</sup>

Die Einwilligung muss nach hinreichender Information über die Sachlage (vgl. z.B. § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG) auf freier Entscheidung beruhend (z.B. § 4 Abs. 1 S. 1 BDSG) schriftlich (z.B. § 4a BDSG) vorliegen, die Art der betroffenen Daten erkennen lassen und sich auf die konkrete Verarbeitung (dauerhafte Archivierung in einem bestimmten Repositorium mit Open Access) beziehen.<sup>63</sup> Dass der Patient zuvor der Erhebung und Nutzung seiner Daten für das Forschungsprojekt zugestimmt hat, rechtfertigt also nicht zugleich deren Open-Access-Publikation. Die dafür zusätzlich erforderliche Einwilligung ist unabdingbar für die Zukunft frei widerruflich,<sup>64</sup> so dass für diesen Fall mit dem Betreiber des Repositoriums eine spätere Löschung vereinbart werden müsste.

Es ist recht unwahrscheinlich, dass Betroffene in größerer Zahl einwilligen, medizinische Daten von ihnen für die Allgemeinheit zugänglich im Internet bereitzustellen. Selbst bei grundsätzlich anonymisierten Daten, welche aber mit vertretbarem Aufwand reanonymisiert

59 *Gola/Schomerus*, BDSG-Kommentar, 11. Aufl 2012, § 3 Rn 43 ff. Dabei kann der Personenbezug relativ sein, weil dem einen die Reanonymisierung mit weniger, dem anderen nur mit mehr Aufwand möglich ist, aaO Rn 10.

60 *Spindler*, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 118.

61 Die Verpflichtungen, die den Betreiber des Repositoriums (der Datenbank) bei der Speicherung der Daten treffen, können hier

nicht untersucht werden; dazu *Spindler*, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 120 ff.

62 Vgl *Spindler*, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 118 f.

63 Näher dazu *Spindler*, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 116 ff, zusammenfassend S 126.

64 *Spindler*, KoLaWiss-Projekt (Fn 52), S 127 f; allgemein *Gola/Schomerus*, BDSG (Fn 59), § 4a Rn 38f.

werden können, erscheint eine Einwilligung nicht allzu wahrscheinlich, weil und wenn sich der Betroffene davon keinen eigenen Vorteil versprechen kann.

Vor diesem Hintergrund darf die DFG ihre Förderungsempfänger nicht zur Open-Access-Publikation personenbezogener Forschungsdaten verpflichten, da die Geförderten dem rechtlich regelmäßig nicht werden nachkommen können. In solchen Konstellationen kann sich eine Open-Access-Publikationspflicht allenfalls auf Daten einer höheren Verarbeitungsstufe<sup>65</sup> beziehen, bei denen jeder Personenbezug endgültig aufgelöst worden ist.

### 3. Allgemeine Leitlinien aus Art. 5 Abs. 3 GG

#### a) Schutzbereich der Publikationsfreiheit

Die Freiheit der Forschung als Teil der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) schützt die freie Wahl von Fragestellung und Methodik, die gesamte praktische Durchführung eines Forschungsprojekts sowie die Bewertung der Forschungsergebnisse und ihre Verbreitung.<sup>66</sup> Dabei ist der Forscher grundsätzlich frei, über Ort, Zeitpunkt und Modalitäten der Publikation seiner Forschungsergebnisse selbst zu entscheiden.<sup>67</sup> Wissenschaft ist ein Kommunikationsprozess, in dem neue Forschung immer mehr oder weniger auf zuvor erzielten Erkenntnissen aufbaut und selbst als Grundlage für wieder neue Forschungen dienen muss. Dies erklärt den hohen Stellenwert, der der Publikationsfreiheit im Rahmen der individuellen Wissenschaftsfreiheit durchweg zu Recht beigemessen wird.<sup>68</sup>

aa) Bei Aufsätzen geht es hier um das „wo“ der Publikation. Geschützt ist unstreitig die positive Publikationsfreiheit. Diese umfasst zum einen die freie Entscheidung des Wissenschaftlers, in welcher inhaltlichen und äußeren

Gestaltung er seine Forschungsergebnisse veröffentlicht („wie“ der Publikation). Zum anderen bleibt dem Autor die freie Auswahl eines Publikationsmediums, sei es eine bestimmte gedruckte wissenschaftliche Zeitschrift, ein Online-Journal mit oder ohne Open Access oder ein Internet-Repository („wo“ der Veröffentlichung<sup>69</sup>). Denn auch der Ort der Publikation kann von hoher Bedeutung für die wissenschaftliche Verbreitung und Rezeption der Forschungsergebnisse<sup>70</sup> und damit auch für das Renommee des Forschers sein; in vielen Fächern spielt dabei der Impact-Faktor der Zeitschriften eine wichtige Rolle.

Damit fällt die Wahl zwischen einer Veröffentlichung in einem kostenpflichtigen Journal oder umgekehrt im Open-Access unter die positive Publikationsfreiheit des Wissenschaftlers. Ginge man sogar so weit, schon eine Erstveröffentlichung Open-Access („golden road“) zu verlangen, so wäre – von der Frage eines Eingriffs durch bloße Förderbedingungen<sup>71</sup> zunächst noch abgesehen – zweifelsohne der Schutzbereich der positiven Publikationsfreiheit berührt. Zwar klingt gelegentlich die Vorstellung an, der Forscher habe von vornherein ein grundrechtlich schutzwürdiges Interesse nur an möglichst weitreichender „wissenschaftsadäquater“ Verbreitung,<sup>72</sup> wobei er vom weltweit zugänglichen Internet nur profitieren könne. Doch kann eine traditionelle (gedruckte) Zeitschrift im jeweiligen Fach<sup>73</sup> trotz zahlenmäßig geringerer Verbreitung und mühsamerer Zugänglichkeit ein wissenschaftlich deutlich höheres Renommee (Impact-Faktor) besitzen. Gerade in manchen Geisteswissenschaften bevorzugen zudem viele (vor allem, aber nicht nur ältere) Wissenschaftler weiterhin gedruckte Texte sowohl als Autoren als auch bei der Lektüre.<sup>74</sup> Es geht dem Wissenschaftler im Kommunikationsprozess keineswegs abstrakt um den nominell höchsten Verbrei-

65 Vgl. oben II. 2.

66 Grundlegend BVerfG 29.5.1973 – 1 BvR 424/71 – E 35, 79 – Hochschulurteil.

67 Statt vieler BVerfG 14.2.1987 – 2 BvR 523/75 – E 47, 237 – Wahlwerbespot; BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 333/75 – E 47, 383 – Hessisches Universitätsgesetz; *Fehling*, in: Bonner Kommentar zum GG, 110. Lfg, 2004, Art 5 Abs 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn 74; *Britz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd 1, 3. Aufl 2013, Art 5 III (Wissenschaft) Rn 26; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl 2001, Art 5 Rn 122; *Denninger*, in: AK-GG, 3. Aufl 2001, Art 5 Abs 3 Rn 25 u. Rn 47; *Kimminich*, Das Veröffentlichungsrecht des Wissenschaftlers, WissR 18 (1985), 116 ff.

68 Dabei spielt es im Ergebnis keine Rolle, ob man, wie wohl die hM, die Publikation der Forschung (*Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd 1, 6. Aufl 2010, Art 5 Abs 3 Rn 361; *Britz*, in: Dreier [Fn 67], Art 5 III [Wiss.] Rn 26; *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 54 f mwN) oder aber der (Schrift-)Lehre (so *Classen*, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, 1994, S 90 f; *Denninger*, in: AK-GG [Fn 67], Art 5 Abs 3 Rn 47), zuordnet.

69 Bezeichnung von *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 55 f im Anschluss an den sog „Heidelberger Appell“.

70 Insoweit zutreffend, auf den Charakter der Wissenschaftsfreiheit als Kommunikationsfreiheit rekurrierend, *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 57 ff.

71 Siehe unten III. 3. c) bb).

72 In diese Richtung *Pflüger/Ertmann*, (Fn 56), ZUM 2004, 436, 44, wonach das „wo“ der Publikation bei verbleibenden wissenschaftsadäquaten Publikationsmöglichkeiten gar nicht in den Schutzbereich falle; *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Goethe Universität Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitspapier Nr 6/2013, S 20 ff.

73 Hier könnten Differenzierungen notwendig werden, siehe unten III. 4.

74 Auf die Autoren bezogen *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 41: „Das hat ästhetische Gründe, wurzelt auch in der Eitelkeit und dient der Karriere. Ein Buch zum Anfassen hat einen anderen Wert.“

tungsgrad, sondern um die bestmögliche Erreichung seiner konkreten Zielgruppe; wenige Spezialisten sind für ihn dabei oft wichtiger als ein großes weniger fachkundiges Publikum.

Weit höher ist der Begründungsaufwand für die Verknüpfung mit der Publikationsfreiheit, wenn, wie von der DFG angestrebt, eine Open-Access-Zweitpublikation („green road“) ausreicht. Darin scheint auf den ersten Blick nur ein Zugewinn an Verbreitung zu liegen.<sup>75</sup> Eine zusätzliche Veröffentlichung im Internet wirkt heutzutage wohl in keiner Wissenschaftsdisziplin rufschädigend.<sup>76</sup> Nicht gänzlich von der Hand zu weisen sind allerdings Missbrauchs- und Verwirrungspotentiale. Elektronisch zugängliche Texte können technisch leichter willkürlich verändert und an anderer Stelle im Netz in derart „gefälschter“ Version erneut publiziert werden; dies kann dann fälschlicherweise den Ruf des echten Autors schädigen. Stimmt die Open-Access-Zweitveröffentlichung nicht vollständig (einschließlich der Seitenzahlen) mit der Erstpublikation überein, droht es auch insoweit zu Versions-Verwirrung zu kommen.<sup>77</sup> Bis vor kurzem stand freilich eine andere Befürchtung im Vordergrund: Die zusätzliche Verpflichtung zur Open Access-Publikation könne es erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen, die gewünschte Erstpublikation zu verwirklichen, sofern die ausgewählte Zeitschrift den Artikel nur gegen Übertragung des ausschließlichen Publikationsrechts abdruckbar bereit sei.<sup>78</sup> Mit der Einführung eines unabdingbaren Zweitveröffentlichungsrechts (§ 38 Abs. 4 UrhG) ist nunmehr allerdings den (deutschen) Verlagen die Möglichkeit genommen, die Annahme eines Aufsatzes wegen der beabsichtigten Open-Access-Zweitveröffentlichung zu verweigern. Die Auswirkungen entsprechender DFG-Förderbedingungen auf die negative Publikationsfreiheit werden dadurch ganz erheblich abgemildert, allerdings nicht gänzlich beseitigt. Denn erstens ist es zweifelhaft, ob § 38 Abs. 4 UrhG nach Internationalem Privatrecht auch auf Verträge mit ausländischen Verlagen nach ausländischem

Recht von ausländischen Gerichten angewandt werden muss und wird.<sup>79</sup> Es stellt eine grundrechtsrelevante Belastung des Wissenschaftlers dar, wenn er sich mit der Open-Access-Zweitveröffentlichung Rechtsstreitigkeiten im Ausland mit unklarem Ausgang ausgesetzt sieht oder aber zur Vermeidung dieses Risikos gar nicht in ausländischen Journals veröffentlichen kann, bei denen der Verlag im nach dortigem Recht abgeschlossenen Verlagsvertrag weiterhin auf ein uneingeschränktes Exklusivverwertungsrecht besteht. Zweitens erscheint es möglich, dass das vom Autor ausgewählte (Print-)Journal bei fehlender Exklusivität nur zu für den Autor schlechteren finanziellen Konditionen (kein oder geringeres Autorenhonorar<sup>80</sup> oder höherer finanzieller Druckkostenzuschuss des Autors) zur Veröffentlichung bereit ist. Zwar ist umstritten, ob die wirtschaftliche Verwertung von der Wissenschaftsfreiheit mit geschützt ist<sup>81</sup> oder aber nur Art. 12 GG unterfällt.<sup>82</sup> Dieser Streit betrifft jedoch nur das Einnahmerezierungsinteresse. Da Zahlungspflichten potentiell von der Veröffentlichung abschrecken, ist das Interesse des publikationswilligen Wissenschaftlers, von zusätzlichen eigenen (Publikations-)Kosten verschont zu bleiben, zweifellos von der Publikationsfreiheit erfasst. Anders als beim bloßen Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG geht es in den DFG-Förderbedingungen um eine Zweitveröffentlichungspflicht, so dass hier nicht von einer bloßen ganz mittelbaren Beeinflussung der Marktbedingungen gesprochen werden kann, auf deren Beibehaltung der Publizierende keinen grundrechtlichen Anspruch hat.<sup>83</sup> Diese drei letztgenannten Aspekte führen dazu, dass auch bei der „green road“ die Publikationsfreiheit des Wissenschaftlers zumindest potentiell – wenn auch nach Einführung des unabdingbaren Zweitveröffentlichungsrechts nur noch mit geringerer Intensität – betroffen ist.

bb) Eine Verpflichtung zur Open-Access-Publikation von *Forschungsdaten*, die nicht als Anhang o.ä. in (Aufsatz-)Veröffentlichungen eingeflossen sind, beträfe

75 So für die Autorenperspektive betont etwa von *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 18, vgl aber einschränkend S 59 f im Hinblick auf ein eventuell unerwünschtes Zuviel an (Laien-)Öffentlichkeit.

76 Entgegen *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 60 ff; *ders*, Freier Zugang zu unfreien Autoren – Open Access aus juristischer Sicht, FuL 2009, 648, 650 f.

77 In diese Richtung *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 30 ff; zur Gefahr von Datenmanipulationen auch *ders* (Fn 76), FuL 2009, 648; zum reputationsgefährdenden Fälschungsrisiko aus dem Blickwinkel des Urheberrechts *Knauf*, Schutz von Open Access-Dokumenten und Datenbanken, in: Spindler (Hrsg), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, S 105 f.

78 Hervorgehoben etwa von *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 60.

79 Dazu oben III. 1. a) bb).

80 *Peifer* (Fn 22), NJW 2014, 6, 11.

81 ZB *Hailbronner*, Forschungsreglementierung und Grundgesetz, WissR 13 (1980), S 218; *Kamp*, Forschungsfreiheit und Kommerz, 2004, S 219 ff, zusammenfassend S 333 ff.

82 So die wohl hM, zB *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar (Loseblatt), 69. Aufl, 2013, Art 5 Abs 3 Rn 84; *Losch*, Wissenschaftsfreiheit, Wissenschaftsschranken, Wissenschaftsverantwortung, 1993, S 119 f Differenzierend *Fehling*, in: BK-GG, (Fn 66) Art 5 Abs 3 (Wiss.freiheit) Rn 105 iVm Rn 68 f und im Anschluss daran auch *Jarass*, in: *ders*/Pieroth (Fn 67), Art 5 Rn 122 sowie *Wendt*, in: von Münch/Kunig (Hrsg), GG-Kommentar, Bd 1, 6. Aufl 2012, Art 5 Rn 100, wonach die Ausstrahlungswirkung der Wissenschaftsfreiheit ggf bei Art 12 GG in der Verhältnismäßigkeitsprüfung schutzverstärkend wirken kann.

83 Dazu oben III. 1. a) cc) bei der Erörterung der Verfassungsmäßigkeit des Zweitveröffentlichungsrechts.

bereits das „ob“ der Publikation. Denn der Forscher würde diese Daten als solche sonst gar nicht veröffentlichen.

Hier geht es um die negative Publikationsfreiheit im Sinne der Freiheit, Forschungsergebnisse nicht zu publizieren. Dass diese von Art. 5 Abs. 3 GG geschützt ist, wird allerdings gelegentlich bestritten. Da Wissenschaft auf Kommunikation ausgerichtet sei, verdiene Schweigen als Verweigerung wissenschaftlicher Kommunikation keinen Schutz.<sup>84</sup> Außerdem sei die Validität von Forschungsergebnissen, die nicht veröffentlicht werden, im Diskurs nicht überprüfbar.<sup>85</sup> Die ganz herrschende Auffassung weist zutreffend darauf hin, dass es in der Verantwortung des Forschers liegen muss, ob er bestimmte Forschungsergebnisse als hinreichend gesichert und bereits veröffentlichungswürdig einstuft.<sup>86</sup> Gerade bei wenig oder gar nicht aufbereiteten (Roh-)Daten kann der Wissenschaftler der Auffassung sein, diese würden „Uneingeweihte“ zu Fehldeutungen einladen und stifteten nur Verwirrung. Außerdem will der Forscher womöglich diese in mühsamer Arbeit generierten Daten selbst noch in einer späteren Veröffentlichung verarbeiten, statt die aufsatzfremden Forschungsdaten im Internet konkurrierenden Wissenschaftlern frei zur Verfügung zu stellen. Es geht hier eben nicht darum, dass sich ein Wissenschaftler mit seinem Forschungsprojekt dem wissenschaftlichen Diskurs entziehen will, sondern darum, dass der Geförderte den Umfang dessen, was er als Resultat seiner Arbeit der (Fach-)Welt präsentiert, selbst bestimmen möchte. Dieses Selbstbestimmungsrecht ist nach wohl fast einhelliger Auffassung von Art. 5 Abs. 3 GG geschützt.

#### b) Keine immanenten Schutzbereichsbegrenzungen

Teilweise klingt bei Befürwortern einer weitreichenden Rechtspflicht zur Open-Access-Publikation die Vorstellung an, die Wissenschaftsfreiheit und namentlich die

Publikationsfreiheit könne nicht das eigennützig-subjektive Belieben des individuellen Wissenschaftlers schützen, sondern müsse von vornherein jedenfalls beim staatlich alimentierten Wissenschaftler als treuhänderische, dienende Freiheit im Interesse der Scientific Community oder gar der Allgemeinheit verstanden werden. Aus diesem Blickwinkel würde die Publikationsfreiheit von vornherein nur ein Verhalten schützen, dass auf objektiv adäquate Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs ausgerichtet ist.<sup>87</sup> Diese Argumentationslinie überschneidet sich mit Ansätzen, welche Art. 5 Abs. 3 GG weniger als individuelles Abwehrrecht denn als objektive (institutionelle) Garantie freier Wissenschaft<sup>88</sup> oder als Funktionsgrundrecht<sup>89</sup> verstehen. Wird die Wissenschaftsfreiheit solchermaßen als „dienende Freiheit“ eingestuft,<sup>90</sup> stellen Regelungen, die der Einbindung des Wissenschaftlers in der Scientific Community Rechnung tragen, keine rechtfertigungsbedürftigen Eingriffe, sondern eine bloße Ausgestaltung des Schutzbereichs dar.

Das BVerfG ist diesen Ansätzen jedoch nicht gefolgt und hat gerade in jüngerer Zeit die Funktion der Wissenschaftsfreiheit als individuelles Abwehrrecht wieder stärker in den Vordergrund gerückt.<sup>91</sup> Die Einbindung des einzelnen Wissenschaftlers in verschiedenste Netzwerke und einen arbeitsteiligen Wissenschaftsbetrieb nötigt nicht dazu, die individuelle Schutzrichtung der Wissenschaftsfreiheit schon tatbestandlich „über Bord zu werfen“.<sup>92</sup> Zwar genießt der Wissenschaftler im Staatsdienst seine Freiheit auch bei der Drittmittelforschung nicht privatnützig,<sup>93</sup> sondern aufgrund und im Rahmen seines amtlichen Auftrags. Deshalb muss jedoch nicht bereits im Schutzbereich die abwehr- und individualrechtliche Prägung von vornherein durch objektive Bindungen massiv relativiert werden. Eine tatbestandliche Verdrängung individueller Freiheit durch den Amtsauftrag stünde nicht zuletzt im Widerspruch zu den historischen Fundamenten der Wissenschaftsfreiheit, bei der

84 So z.B. *Dickert*, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, 1991, insbes S 271.

85 So für geheimgehaltene Industrieforschung *A. Blankenagel*, Wissenschaftsfreiheit aus Sicht der Wissenschaftssoziologie, AöR 125 (2000), 94 und 97, vertiefend *M. Blankenagel*, Wissenschaft zwischen Information und Geheimhaltung, 2001, S 158 ff.

86 *Classen*, Wissenschaftsfreiheit (Fn 69), S 89 f; ähnlich *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S 106 f; iE auch *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss.freiheit) Rn 74.

87 Tendenzen dazu bei *Pflüger/Ertmann* (Fn 56), ZUM 2004, 436, 444; *Peukert*, Wissenschaftliches Kommunikationssystem (Fn 72), S 20 f.

88 Zurückgehend auf *Köttgen*, Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg), Grundrechte, Bd. 2, 1954, S 302 ff; vgl auch *Burmeister*, „Dienende“ Freiheitsgewährleistungen, in: ders (Hrsg) FS Klaus Stern, 1997, S 867 ff.

89 Dazu grundlegend, mit etwas anderer Konnotation, *Hailbronner*, Die Freiheit der Forschung und der Lehre als Funktionsgrundrecht, 1979, S 73 ff.

90 In diese Richtung etwa *Kleindiek*, Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft, 1998, S 313 ff.

91 BVerfG 26.10.2004 – 1 BvR 911/00 – E 111, 333, 354 – Brandenburgisches Hochschulgesetz: „Die Garantie [der Teilhabe der Grundrechtsträger an der Organisation des Wissenschaftsbetriebs] ist für jeden Wissenschaftler auf solche hochschulorganisatorischen Entscheidungen beschränkt, die seine eigene Freiheit, zu forschen und zu lehren, gefährden können“; zur entsprechenden Interpretation dieser Rechtsprechung statt vieler *Britz*, in: Dreier (Fn 67), Art 5 III (Wiss) Rn 103 iVm Rn 90.

92 Zum Ganzen *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 20 ff; ausdrücklich gegen immanente Schutzbereichsbegrenzungen auch *Britz*, in: Dreier (Fn 67), Art 5 III (Wiss) Rn 28.

93 So aber übersteigernd *Klein*, Fremdnützige Freiheitsgrundrechte, 2003, S 134 ff.

man sich einen besonderen Kreativitätsschub und damit Gemeinwohlutzen gerade von der individuellen Entscheidungsmacht des einzelnen Wissenschaftlers – auch in Publikationsfragen – versprach.<sup>94</sup>

Nur die Hochschulorganisation einschließlich der Selbstverwaltung will das Verfassungsgericht nicht als Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit verstehen, solange damit keine strukturelle Gefährdung der individuellen Freiheit in Forschung und Lehre verbunden und ein hinreichendes Niveau der Partizipation gewährleistet sei.<sup>95</sup> Dahinter steht die Überlegung, dass das Zusammenwirken in solchen arbeitsteiligen Wissenschaftsorganisationen unentrinnbar eine institutionelle Verschränkung der Freiheiten bedingt. Auf die gleichsam virtuelle Organisation der jeweiligen Wissenschaftsgemeinschaft in fachbezogenen Netzwerken u.ä. lässt sich diese – ohnehin umstrittene<sup>96</sup> – dogmatische Konstruktion des BVerfG indes nicht übertragen.<sup>97</sup> Denn hier sind die Forscher, anders als an der Universität, nicht institutionell in feste Organisationsstrukturen eingebunden, sondern können und sollen über ihre Einbindung in Netzwerke u.ä. sowie über ihre Kommunikationswege grundsätzlich selbst entscheiden. Einschränkungen im Allgemeininteresse sind zwar nicht ausgeschlossen, aber als Grundrechtseingriffe besonders rechtfertigungsbedürftig.<sup>98</sup>

#### c) Eingriff durch DFG-Förderbedingungen?

Insoweit stellt sich zunächst das Problem der Grundrechtsbindung der DFG als privatrechtlichem Verein und im Kern Selbstverwaltungsorganisation der Wissenschaft. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob solche Förderbedingungen Eingriffscharakter besitzen oder nur eine Leistung einschränkend konkretisieren, auf die grundrechtlich kein Anspruch besteht.

aa) Nach Art. 1 Abs. 3 GG ist die gesamte öffentliche Gewalt *an Grundrechte gebunden*, auch wenn sie sich Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts

bedient. Die Tatsache allein, dass die DFG als Verein organisiert ist und ihre Förderung mittels privatrechtlicher Verträge durchführt, kann sie deshalb nicht von der Grundrechtsbindung befreien.

DFG-Vereinsmitglieder sind Hochschulen und andere staatlich finanzierte Wissenschaftseinrichtungen, mittelbar steht dahinter also durchweg der grundrechtsgebundene Staat. Hinzu kommt, dass die Mittel der DFG zur Wissenschaftsförderung zu über 90% aus staatlichen Haushalten stammen und Vertreter des Bundes und der Länder im Hauptausschuss der DFG, wenn auch in der Minderheit, mit über die Bewilligung konkreter Forschungsprojekte – auf Grundlage wissenschaftlicher Gutachten zu den beantragten Projekten – entscheiden. Zwar ist die DFG selbst als Selbstverwaltungseinrichtung der Wissenschaftsorganisationen konzipiert; in ihrem Senat, der u.a. für die strategische Ausrichtung zuständig ist, finden sich deshalb auch keine Vertreter des Staates. Die Entscheidung über Förderungsanträge in gewisser Staatsferne in einem wissenschaftsgetriebenen Entscheidungsverfahren soll gerade einer unzulässigen indirekten staatlichen Steuerung wissenschaftlicher Wahrheitsfragen vorbeugen. Insoweit wird die DFG selbst, gleichsam als „verlängerter Arm der Wissenschaftler“, zu Recht verbreitet auch als Trägerin der Wissenschaftsfreiheit eingestuft.<sup>99</sup> Die Grundrechtsträgerschaft gegenüber dem Staat schließt eine gleichzeitige Grundrechtsbindung in einem anderen Rechtsverhältnis (Antragsteller bzw. Förderempfänger gegenüber der DFG) jedoch nicht aus. Insoweit spricht man von einer janusköpfigen Grundrechtskonstellation.<sup>100</sup>

Es bleibt noch ein letztes Argument gegen die Grundrechtsbindung der DFG zu erwägen. Als Selbstverwaltungsorganisation repräsentiere die DFG auch den jeweiligen Antragsteller und Förderungsempfänger. Da dieser über die Selbstverwaltungsstrukturen (insbesondere die Wahl der Fachvertreter) die Förderungspraxis selbst beeinflussen könne, fehle es an einer grundrechtstypischen Gefährdungslage. Selbstverwaltung wirke auch

94 Fehling, in: Fehling/Ruffert (Hrsg), Regulierungsrecht, 2010, § 17 Rn 27; insoweit im Ausgangspunkt noch überzeugend Rieble, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 55 f; ders (Fn 77), FuL 2009, 648, 650.

95 BVerfG 20.7.2010 – 1 BvR 748/06 – E 127, 114 ff – Hamburgisches Hochschulgesetz.; vgl auch BVerfGE 111, 333, 353 ff (Fn 91).

96 Wagner, Zur Stellung der Forschungsfreiheit im Gefüge der Grundrechte, in: ders (Hrsg), Rechtliche Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung, 2000, S 241 ff; im Anschluss Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 152: „Die zur Freiheitssicherung gebotene Vorsicht verlangt, auch die organisatorischen Normen in der Art zu prüfen, wie es bei der Legitimation von Grundrechtsschranken geboten ist“; als Reaktion auf den Brandenburg-Beschluss Geis, Universitäten im

Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), 364.

97 Dies vernachlässigt Peukert, Wissenschaftliches Kommunikationssystem (Fn 72), S 21 ff.

98 Näher unten II. 3. d) und f).

99 Statt vieler Trute, Die Forschung (Fn 86), S 690 ff; Meusel, Außenuniversitäre Forschung in der Verfassung, in: Flämig ua (Hrsg) Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd 2, 2. Aufl, 1996, Rn 168; zusammenfassend Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 141.

100 Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss freiheit) Rn 19; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn 68), Art 5 Abs 3 Rn 409; Schmidt-Aßmann, Wissenschaftsrecht als systematische Disziplin, in: Winkler (Hrsg), FS Meusel, 1997, S 224 f.

hier freiheitsschützend und -erweiternd, nicht freiheitsverkürzend.<sup>101</sup> Doch bleiben der Einfluss des Einzelnen und seine individuelle Freiheit in Selbstverwaltungsorganisationen notwendig mediatisiert. Von einem Verständnis der Wissenschaftsfreiheit als individuelles Abwehrrecht aus lässt sich daher die Schutzbedürftigkeit des einzelnen Forschers auch gegenüber einer selbstverwalteten Forschungsförderungsorganisation nicht leugnen.<sup>102</sup> Darüber hinaus wirken im Hauptausschuss der DFG auch Staatsvertreter mit, so dass gerade keine reine Selbstverwaltungsorganisation, sondern eine gemischte Einrichtung zwischen Staat und selbstverwalteter Wissenschaft (freilich mit klarem Übergewicht der Wissenschaft) vorliegt.<sup>103</sup> Der potentielle Staatseinfluss auf Förderungsentscheidungen, auch wenn er im Haushaltsgesetz sehr abstrakt bleibt und bei der konkreten Förderung in Selbstverwaltungsstrukturen eingebettet und solchermaßen „verdünnt“ ist, lässt die Antragsteller im Verhältnis zur DFG als grundrechtlich schutzbedürftig erscheinen.

bb) Auf den ersten Blick muss an der *Eingriffsqualität bloßer Förderbedingungen* gezweifelt werden. Denn die DFG-Förderung stellt insgesamt eine Leistung dar, wirkt sich also freiheitserweiternd aus.<sup>104</sup> Diese Erweiterung der Forschungsmöglichkeiten wird durch die Bedingung der Open-Access-Publikation vielleicht etwas weniger attraktiv gemacht. Zu einer Belastung wird die Förderung dadurch jedoch in keiner Weise.

Die Publikationsfreiheit scheint bei solchen Förderbedingungen daher allenfalls in ihrer schwachen Ausprägung als Leistungsrecht aktiviert, nicht dagegen als Eingriffsabwehrrecht. Ein originäres Leistungsrecht auf besondere staatliche Förderung von Forschungsvorhaben lässt sich Art. 5 Abs. 3 GG nicht entnehmen; es bleibt grundsätzlich bei einem Anspruch auf chancengleiche Teilhabe an Verfahren zur Vergabe von staatlich für die

Forschung zur Verfügung gestellten Mitteln.<sup>105</sup> Aus diesem Blickwinkel sind einschränkende Förderbedingungen gleichsam bloße „Spielregeln“, welche den Gegenstand des Teilhaberechts und des Vergabewettbewerbs konkretisieren, nicht aber Beschränkungen. Dementsprechend besitzt der Staat bei Förderungsentscheidungen einen erheblich weiteren Gestaltungsspielraum als bei wissenschaftsbezogenen Ge- und Verboten: Sogar inhaltliche Schwerpunktsetzungen bei der Förderung – dann erst recht inhaltsneutrale Open-Access-Verpflichtungen – greifen als solche noch nicht in die Wissenschaftsfreiheit ein.<sup>106</sup> Wenn die bloße Zweitveröffentlichung im frei zugänglichen Internet („green road“) ausreicht, liegt darin auch keine eingriffsbegründende „Abstrafung“ von Wissenschaftlern mit traditionellen Publikationspräferenzen.<sup>107</sup> Zwar müssen sich auch Open-Access-Förderbedingungen, die sich nur als Modifizierung einer überobligationsmäßigen Finanzierungsleistung auswirken, durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen. Doch bedarf es dafür weder einer gesetzlichen Grundlage noch einer über das Verbot objektiver Willkür hinausreichenden Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Allerdings hat der Hochschullehrer aus der Wissenschaftsfreiheit dem Grunde nach einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf eine personelle und finanzielle Grundausrüstung, welche ihm diejenige Forschung erst ermöglicht, für die er sein Amt erhalten hat. „Bei der Verteilung der verfügbaren Mittel müssen jedenfalls die Personal- und Sachmittel zugewiesen werden, die es überhaupt erst ermöglichen, wissenschaftliche Forschung und Lehre zu betreiben.“<sup>108</sup> Verwehrt man dem Hochschullehrer diese Grundausrüstung oder knüpft sie an einschränkende Bedingungen, so wird dieses „Teilhabe[recht] an öffentlichen Ressourcen“<sup>109</sup> in einer Art und Weise verkürzt, die einem Eingriff in das Abwehrrecht der Forschungsfreiheit nahekommt.<sup>110</sup> Der genaue Umfang der durch Art. 5 Abs. 3 GG garantierten

101 In diese Richtung wohl *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 76 f.

102 Allgemeiner auf Selbstverwaltungsorgane bezogen *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 19; speziell auf Kollegialorgane an den Hochschulen bezogen statt vieler *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn 82), Art 5 Abs 3 Rn 128.

103 Eingehend *Salaw-Hansmaier*, Die Rechtsnatur der Deutschen Forschungsgemeinschaft, 2003, S 161 ff.

104 Plastisch dazu *Bumke*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 69 (2010), 479, 480 f.

105 Vgl BVerwG 22.4.1977 – VII C 48.74 – E 52, 339, 348 ff; deshalb unzulässigerweise den Unterschied zwischen Teilhabe- und Abwehrrecht negierend *Mönch/Nödler*, in: Spindler (Fn 56), S 21, 46.

106 *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn 82), Art 5 Rn 118 u 194, vgl auch

Rn 14; *Kimminich* (Fn 67), WissR 18 (1985), 116, 133; *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 45 u 151.

107 Anders ohne Differenzierung zwischen „golden“ u „green road“ *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 62 f.

108 BVerfGE 111, 333, 362 (Fn 91); der Sache nach bereits BVerfG 8.2.1977 – 1 BvR 79/70 – E 43, 242, 282 – Berufsvereinsvereinbarung; BVerfG 8.7.1980 – 1 BvR 1472/78 – E 54, 363, 390 – Akademische Selbstverwaltung; BVerfG 15.9.1997 – 1 BvR 406/96 – NVwZ-RR 1998, 175.

109 Zuletzt bekräftigt in BVerfGE 127, 87, 115 (Fn 95).

110 Angedeutet bei *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn 82), Art 5 Abs 3 Rn 196; *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 151.

Grundausrüstung lässt sich freilich nicht aus der Verfassung ablesen; insoweit hat der Haushaltsgesetzgeber einen gewissen, vom Untermaßverbot begrenzten Einschätzungsspielraum.<sup>111</sup>

Mittlerweile verfließen teilweise die Grenzen zwischen der durch Art. 5 Abs. 3 GG gebotenen Grundausrüstung und darüber hinausgehender Finanzleistungen, so dass auch die DFG-Förderung mittelbar grundausrüstungsrelevant werden kann.<sup>112</sup> In den vergangenen Jahren ist zwecks Verschärfung des wissenschaftlichen (Exzellenz-)Wettbewerbs eine spürbare Verlagerung der Mittelausrüstung von der vorbehaltlos gewährleisteten Grundausrüstung hin zu staatlichen Drittmitteln, gerade auch der DFG, zu verzeichnen.<sup>113</sup> Das Drittmittelaufkommen ist fachspezifisch sehr unterschiedlich. Dabei liegt die Vermutung nahe, dass sich auch der Anteil der Drittmittel an den Forschungsausgaben im Verhältnis zur Grundausrüstung fach(gruppen)spezifisch deutlich unterscheidet. Sicherlich gibt es in vielen Fächern wichtige Forschungsprojekte, die sich ohne Drittmittel, allein mittels der Grundausrüstung, nicht realisieren lassen; in manchen Fächern wird dies höchstwahrscheinlich sogar sehr häufig, wenn nicht gar regelmäßig der Fall sein.<sup>114</sup>

In einer solchen Situation ist der Forscher vom Zugang zu Drittmitteln derart abhängig, dass sich Publikationsbedingungen, welche an eine solche Förderung geknüpft werden, ähnlich auswirken wie eine Verpflichtung zur Veröffentlichung von Forschungsergebnissen, die mit der Grundausrüstung erzielt worden sind.<sup>115</sup> Für diese Schlussfolgerung fehlen zwar unmittelbare Vorbilder in Rechtsprechung und Literatur, doch finden sich ähnliche Wertungen bei der Frage, ob ein faktischer, mit-

telbarer Grundrechtseingriff vorliegt.<sup>116</sup> Insoweit soll es nämlich darauf ankommen, ob „die vorliegende Beeinträchtigung Ausdruck derjenigen Gefahr ist, gegen die das Grundrecht gerade Schutz bieten will“;<sup>117</sup> in diese Wertung können neben der „Grundrechtsbezogenheit der Beeinträchtigung“ (d.h. Schutzzweckerwägungen im engeren Sinne) die „Dichte der Erfolgsbeziehung“ (d.h. die Länge der Kausalkette und die Zielgerichtetheit des staatlichen Handelns) sowie die „Intensität der Gefährdung bzw. Beeinträchtigung“ mit einfließen.<sup>118</sup> Diese Kriterien lassen sich auf die Frage der Eingriffsähnlichkeit von Förderbedingungen übertragen. Je unverzichtbarer Drittmittel für die effektive Forschungsfreiheit sind, desto mehr zwingen Schutzzweckerwägungen<sup>119</sup> dazu, Open-Access-Bedingungen einem Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit gleichzustellen.<sup>120</sup> Dies ist jedoch längst nicht überall so und wohl auch nicht der Regelfall: wie bereits ausgeführt, sind verschiedene Fächer(gruppen) in ganz unterschiedlichem Maße auf Drittmittel angewiesen. Die eingriffsähnliche Wirkung von DFG-Förderbedingungen kann noch unter einem weiteren Aspekt in Zweifel gezogen werden. Die DFG ist zwar ein quantitativ und qualitativ besonders wichtiger, aber keineswegs der einzige Drittmittelgeber. Ein Forscher mag auf Drittmittel angewiesen sein, doch nicht notwendig auf solche der DFG. Hat der Wissenschaftler substantielle, nicht nur theoretische Wahlmöglichkeiten, von welcher (semi-)staatlichen oder auch privaten Institution er Mittel beantragt, kann die DFG-Förderung womöglich als rein zusätzliches Leistungsangebot eingestuft werden, so dass bloße DFG-Förderbedingungen keine eingriffsähnliche Wirkung entfalten.

111 Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 41; Britz, in: Dreier (Fn 67), Art 5 III (Wiss) Rn 84; Gärditz, Evaluationsbasierte Forschungsförderung im Wissenschaftsrecht, WissR 42 (2009), 353, 369 ff.

112 Dies erwähnt am Rande auch Steinhauer, Sichtbarkeit (Fn 56), S 74.

113 So auch DFG, Förderatlas 2012, S 29 f und dort Abbildung 2.6. mit Daten bis einschließlich 2009. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum hervorgehoben etwa von Trute, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998, S 231 f; Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 41; Fehling, in: Fehling/Ruffert (Fn 94), § 17 Rn 13 f u 51; kritisch Löwer, Vom Beruf des Staates zur Wissenschaft, WissR 32 (1999), 257.

114 Näher unten III. 3. a).

115 In diese Richtung wohl auch Rieble, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 42 f.

116 Zusammenfassend Rönna/Faust/Fehling, Kausalität und objektive Zurechnung, JuS 2004, 113, 118. Auf die Wissenschaftsfreiheit bezogen stellt Geis (Fn 96), VVDStRL 69 (2010), 364, 397 ab auf die „funktionale Vergleichbarkeit der Intensität der Steuerung mit einem Eingriff in den Freiheitsbereich“, dies müsse „auch für

das Zusammenspiel in einem vom Staat initiierten Governance-System gelten“. Allerdings will er bei finanzieller Steuerung einen „grundrechtswidrigen Effekt“ nur annehmen, wenn es um Belohnungen durch Gehalts- oder Lohnbestandteile geht, nicht aber bei der Mittelausrüstung, weil „jenseits der ohnehin umstrittenen ‚Mindestausrüstung‘ kein Anspruch gegen negative Ressourcenallokation besteht“; für eine Erweiterung auf Forschungsförderung auch jenseits der Grundausrüstung Sachs, Diskussionsbeitrag: VVDStRL 69 (2010), 475, 476.

117 Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, VerwArch 72 (1981), 89, 102; dazu kritisch mwN Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, 1992, S 265 ff.

118 Eingehend Ramsauer (Fn 117), VerwArch 72 (1981), 89 (103 ff); teilweise andere Zurechnungskriterien bei Eckhoff, Der Grundrechtseingriff (Fn 117), S 270 ff, insbes S 285 ff; Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S 85 f.

119 In dies Richtung deutet, wenngleich auf hoher Abstraktionsebene, Trute, Die Forschung (Fn 86), S 634, 635 u S 636, siehe ferner S 437; vgl auch Britz, in: Dreier (Fn 67), Art 5 III (Wiss.) Rn 84; Gärditz (Fn 111), WissR 42 (2009), 353, insbes 360 u 380 u 384 f.

120 Angedeutet von Steinhauer, Sichtbarkeit (Fn 56), S 73 f; siehe auch schon oben Fn 115.

Inwieweit Forscher speziell auf die DFG angewiesen sind, wird einmal mehr wohl nach Fächergruppen, Fächern oder sogar konkreten Forschungsgegenständen differieren. Doch sprechen unabhängig davon mehrere Überlegungen dagegen, die DFG-Förderung bloß als „eine unter vielen“ anzusehen und ihr deshalb eine hinreichende Relevanz für die Verwirklichung der Forschungsfreiheit abzusprechen: Erstens wird man für die Frage der Abhängigkeit der Wissenschaftler von zusätzlicher Finanzierung die staatlich finanzierte Forschungsförderung in ihrer Gesamtheit und nicht nach Förderungsorganisationen und -programmen differenziert zu betrachten haben. Denn sonst könnte sich die öffentliche Hand (wobei wegen Art. 91a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GG hier nicht zwischen Bund und Ländern differenziert werden muss) durch Aufteilung ihrer Forschungsförderung auf unterschiedliche, jeweils für sich genommen nicht „marktbeherrschende“ Förderungsinstitutionen aus der grundrechtlichen Verantwortung stehlen. Zweitens trifft die Verpflichtung zur Grundausstattung seiner Professoren die öffentliche Hand und nicht Private. Wenn der Staat Mittel von der Grundausstattung in die Forschungsförderung umschichtet, kann er seiner Gewährleistungsverantwortung für eine ausreichende Grundfinanzierung der Forschung nicht durch Verweis auf alternative private Quellen entkommen. Drittens sind für längst nicht alle Forschungsprojekte private Finanzquellen in nennenswertem Umfang verfügbar; diese fehlen weitgehend für die Grundlagenforschung, welche wiederum besonders im Fokus der DFG steht. Viertens genießt die DFG-Förderung wegen hoher fachlicher Anforderungen in vielen Bereichen der Wissenschaft ein besonderes Renommee und ist deshalb nicht ohne weiteres durch andere Drittmittelquellen substituierbar. Fünftens schließlich besitzt die DFG bei der Forschungsförderung wegen ihres besonders hohen prozentualen Anteils<sup>121</sup> und ihres Renommee eine gewisse Vorbildfunktion für andere staatliche und gemeinnützige Forschungsförderungsorganisationen, so dass wahrscheinlich viele von ihnen ihre Förderbedingungen auch hinsichtlich Open-Access-Verpflichtungen sukzessive denen der DFG anpassen werden. Diese indirekte – aber wohl durchaus beabsichtigte – Vorbild-Steuerungswirkung wird man bei der Frage der eingriffsähnlichen Wirkung, was wie allgemein bei Grundrechtseingriffen einen Akt wertender Zurechnung der Beeinträchtigung zum Staat erfordert,<sup>122</sup> mit berücksichtigen müssen.

Somit sprechen die besseren Gründe dafür, bei der Eingriffsähnlichkeit solcher Förderbedingungen allein darauf abzustellen, ob alle semi-staatlichen Drittmittel zusammen genommen für die Verwirklichung amtsangemessener Forschung unverzichtbar sind und dadurch eine grundausstattungsgleiche Bedeutung für die Gewährleistung realer Forschungsfreiheit gewinnen. Inwieweit dabei nach Fächern o.ä. differenziert werden kann und muss – auch im Hinblick darauf, dass die Publikationsfreiheit bei Aufsätzen wegen des neuen § 38 Abs. 4 UrhG nur noch bei der Publikation in ausländischen Zeitschriften in größerem Maße betroffen ist –, bedarf unten noch näherer Prüfung. Nicht entscheidend ist dagegen, ob speziell DFG-Mittel dazu benötigt werden oder auch andere Möglichkeiten zur Beschaffung der erforderlichen Drittmittel existieren. Die Förderbedingungen können freilich einem klassischen Grundrechtseingriff unterschiedlich nahe kommen, so dass bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Open-Access-Förderbedingungen womöglich doch noch weiter differenziert werden muss.<sup>123</sup>

cc) Bei der Frage der *Eingriffsähnlichkeit* muss ferner zwischen *unterschiedlich weitreichenden Open-Access-Verpflichtungen* unterschieden werden.<sup>124</sup> Die bisherige Fassung der entsprechenden Förderbedingungen besitzt als bloße dringende Empfehlung eindeutig keine Eingriffsqualität,<sup>125</sup> weil sie es letztlich doch dem geförderten Wissenschaftler überlässt, ob er seine Forschungsergebnisse im Internet frei zugänglich macht.

Wird dem Förderungsempfänger für den Abschlussbericht eine detaillierte Begründungslast auferlegt, wenn er ausnahmsweise auf eine Open-Access-Publikation verzichtet, so ist die Einordnung schon weniger eindeutig. Wenn die Begründung gegebenenfalls eine gerichtliche Überprüfung ermöglichen soll, ob im konkreten Einzelfall die Verweigerung der Open-Access-Veröffentlichung eine Vertragsverletzung darstellt, spricht – unter den obigen Voraussetzungen – einiges für die Annahme einer freilich schwachen eingriffsähnlichen Wirkung. Diese erscheint selbst dann nicht gänzlich ausgeschlossen, wenn eine gerichtliche Überprüfung der Tragfähigkeit der Gründe ausscheidet, aber die Erfolgsaussichten bei etwaigen späteren (Folge-)Anträgen wesentlich vom entsprechenden „Wohlverhalten“ des Geförderten abhängen. Die Eingriffsähnlichkeit wäre indes derart gering, dass eine Verhältnismäßigkeitsrechtfertigung wohl keine besonderen Schwierigkeiten machte. Die Auferle-

121 Nach DFG, Förderatlas 2012, S 30 f betrug dieser im Jahr 2009 beim Drittmittelaufkommen von 35%, gefolgt von Industrie und Wirtschaft mit 23% sowie dem Bund mit 21%.

122 Siehe allgemein *Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57, (1998), S 53; zusammenfassend *Rönnau/Faust/Fehling* (Fn 116), JuS 2004, 113, 118.

123 Siehe unten III. 4. a).

124 Zu diesen verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten siehe näher oben II. 4.

125 Allgemein für bloße Empfehlungen *Rieble*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 42; *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 69.

gung bloßer Begründungslasten erscheint damit verfassungsrechtlich noch weitgehend unproblematisch.

Wird dagegen eine vertragliche Rechtspflicht begründet, verliert sie ihren eingriffsähnlichen Charakter nicht dadurch, dass allgemein formulierte Ausnahmen vorgesehen oder Härtefallregelungen aufgenommen werden. Diese können nach allgemeinen Grundsätzen<sup>126</sup> womöglich die Verhältnismäßigkeit einer solchen Bedingung sichern, nicht aber ihren belastenden Charakter gänzlich beseitigen.

#### d) Verfassungsimmanente Schranken der Publikationsfreiheit

Art. 5 Abs. 3 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Eine Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit einschließlich der Publikationsfreiheit ist daher nur aufgrund verfassungsimmanenter Schranken zum Schutz kollidierender Rechtsgüter von Verfassungsrang zulässig.<sup>127</sup>

Diese strengen Anforderungen gelten zwar grundsätzlich nur im Rahmen der Abwehrfunktion, nicht im Bereich von Teilhabe und Leistung und damit auch nicht für die bloße Forschungsförderung.<sup>128</sup> Soweit allerdings entsprechende Mittel als unverzichtbar für reale Forschungsfreiheit erscheinen, weil die Grundausrüstung dazu nicht ausreicht, und deshalb beigefügte Förderbedingungen eingriffsähnliche Wirkung entfalten, müssen konsequenterweise auch für die Rechtfertigung einer solchen Verkürzung der Forschungsmöglichkeiten zumindest ähnliche Voraussetzungen gelten wie für Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit als Abwehrrecht. Verbleibende Unterschiede bei der Eingriffsintensität sind bei der späteren Verhältnismäßigkeitsabwägung zu berücksichtigen, rechtfertigen aber nicht ohne weiteres eine Reduzierung der Schrankenbehörde als solcher.

Allein die Tatsache, dass man bestimmte Ziele als gewichtige Gemeinwohlinteressen einstufen kann, reicht für eine Einschränkung des Art. 5 Abs. 3 GG nicht aus.<sup>129</sup>

Stets muss eine Verankerung in der Verfassung selbst nachgewiesen werden. Teilweise ist die Verfassungsrechtsprechung dabei recht kreativ,<sup>130</sup> aber keineswegs immer großzügig. Richtigerweise darf eine Verankerung bestimmter Schutzgüter in der Verfassung nicht vorschnell unterstellt, sondern muss mit anerkannten Methoden der Verfassungsinterpretation hergeleitet werden.

Vor diesem Hintergrund darf man sich nicht mit der pauschalen Erwägung begnügen, Open-Access erleichtere den Zugang zu Aufsätzen und Forschungsdaten und verbessere damit die wissenschaftliche Kommunikation als Kernanliegen freier Wissenschaft.<sup>131</sup> Ebenso wenig darf allerdings der Charakter der Forschungsfreiheit als Individualrecht dahingehend übersteigert werden, dass bloße Allgemeininteressen am Wissenschaftssystem von vornherein als nachrangig, ja grundrechtlich irrelevant abgetan werden.<sup>132</sup> Kollidierendes Verfassungsrecht muss sich nicht notwendig auf Grundrechte und sonstige Verfassungsgüter außerhalb der Wissenschaft beziehen. Dies zeigt sich am Beispiel des wissenschaftlichen Fehlverhaltens, wo der objektiv-rechtliche Gehalt der Wissenschaftsfreiheit in engen Grenzen<sup>133</sup> ein Tätigwerden zum Schutz des Wissenschaftssystems rechtfertigt.<sup>134</sup> Insoweit kann „zugunsten höherrangiger verfassungsrechtlicher Belange“ sogar „ein Publikationsgebot“ zulässig sein.<sup>135</sup>

aa) Bei der Suche nach Verfassungswerten, die Open-Access-Förderbedingungen rechtfertigen können, ist zunächst an die *Wissenschaftsfreiheit* selbst in ihrer *objektiv-rechtlichen Dimension* zu denken. Nach ständiger Rechtsprechung wirkt Art. 5 Abs. 3 GG auch als „wertentscheidende Grundsatznorm für das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat“.<sup>136</sup> Der wissenschaftliche „Freiraum ist nicht nur im Interesse der individuellen Entfaltung des einzelnen Wissenschaftlers garantiert, sondern auch im Interesse eines dem Wohl des Einzelnen und der Gesellschaft dienen-

126 Vgl den Überblick (allerdings primär unter dem Gleichbehandlungsgesichtspunkt) bei Osterloh, in: Sachs (Hrsg), GG-Kommentar, 5. Aufl 2009, Art 3 Rn 111 mN aus der Rspr.

127 Grundlegend begründet in BVerfGE 47, 327, 368 ff (Fn 67); aus dem Schrifttum statt vieler Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss freiheit) Rn 159 mwN.

128 Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn 82), Art 5 Rn 117 u. 194, vgl auch Rn 14; Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 45 u 151.

129 Vgl, nicht auf Art 5 Abs. 3 GG bezogen, BVerfG 14.7.1998 – 1 BvE 1640/97 – E 98, 218, 251 – Rechtschreibreform.

130 Kritik bei Pieroth/Schlink, Grundrechte, 28. Aufl 2012, Rn 345 unter Verweis auf BVerfG 26.6.2002 – 1 BvR 670/91 – E 105, 279, 301 ff – Osho.

131 Ähnlich aber Peukert, Wissenschaftliches Kommunikationssystem (Fn 72), S 21.

132 In diese Richtung Rieble, in: Reuß/Rieble (Fn 42), 29, 55 f u 63 f; besonders deutlich Gärditz (Fn 111), WissR 42 (2009), 353, 364.

133 Nach BVerfG 11.12.1996 – 6 C 5.95 – E 102, 304, 314 (bestätigt durch BVerfG 8.8.2000 – 1 BvR 653/97 – DVBl. 2000, 1781) besitzt der gute Ruf einer Universität als solches keinen Verfassungsrang und vermag deshalb eine Einschränkung der individuellen Wissenschaftsfreiheit nicht zu rechtfertigen.

134 Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 167; Muckel, Der Ombudsmann zur Anhörung von Vorwürfen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, in: Hanau/Leuze/Löwer/Schiedermaier (Hrsg), Wissenschaftsrecht im Umbruch. Gedenkschrift für Hartmut Krüger, 2001, S 291; zur grundrechtsschonenden Selbstregulierung der Wissenschaft in solchen Fällen Schmidt-Aßmann, Fehlverhalten in der Forschung – Reaktionen des Rechts, NVwZ 1998, 1232 ff.

135 Britz, in: Dreier (Fn 67), Art 5 III (Wiss) Rn 26, im Anschluss an Bäuerle, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen?, in: Britz (Hrsg) Forschung in Freiheit und Risiko, 2012, S 1 ff u insb S 10 ff.

136 Grundlegend BVerfGE 35, 79, 112 (Fn 66); ferner z.B. BVerfG 31.5.1995 – 1 BvR 1379/94 – E 93, 85, 95.

den Wissenschaft. Daher schützt die Wissenschaftsfreiheit nicht vor Beschränkungen, die für den einzelnen Grundrechtsträger aufgrund des Zusammenwirkens mit anderen Grundrechtsträgern im Wissenschaftsbetrieb unvermeidbar sind.<sup>137</sup> Diese und ähnliche Aussagen finden sich allerdings durchweg bezogen nur auf die Hochschulorganisation und sind kaum ohne weiteres auf die regelmäßig weniger intensive Vernetzung in der Scientific Community übertragbar.

Darüber hinaus wird die Wissenschaftsfreiheit oft als institutionelle Garantie freier Wissenschaft verstanden. Löst man sich dabei von der historisch überfrachteten und deshalb problematischen Figur der institutionellen Garantie, so verbirgt sich auch hinter dieser Formulierung letztlich die objektiv-rechtliche Seite der Wissenschaftsfreiheit.<sup>138</sup> Im Schutzbereich wird das Abwehrrecht nicht von vornherein durch objektiv-rechtliche Bindungen verdrängt. Wohl aber rechtfertigen die spezifische sozio-ökonomische Gemeinwohlerwartung an die wissenschaftliche Betätigung und die darauf abzielende staatliche Finanzierung in der Verhältnismäßigkeitsabwägung tendenziell weitreichendere Autonomie-Einschränkungen, als dies bei anderen Freiheitsrechten, bei denen die individuelle Entfaltung als solche stärker im Vordergrund steht, möglich wäre.<sup>139</sup> Dies trifft sich mit einem Verständnis des Art. 5 Abs. 3 GG, wonach der Staat die Voraussetzungen wissenschaftlicher Kreativität zu schützen<sup>140</sup> und forschungsfreundliche Rahmenbedingungen im einfachen Recht zu schaffen hat.<sup>141</sup>

Gerade im internationalen Kontext ist die Wissenschaft als Kommunikationszusammenhang auf erleich-

terten Zugang zu Forschungsergebnissen mehr und mehr angewiesen, was wiederum durch Open-Access-Publikation sehr gefördert wird.<sup>142</sup> Zwar wird in der Rechtsprechung immer wieder grundsätzlich zu Recht betont, dass die objektiv-rechtliche Seite der Wissenschaftsfreiheit das individuelle Abwehrrecht verstärken und nicht konterkarieren solle.<sup>143</sup> Doch sind in diesem Punkt bei bloßen Förderbedingungen<sup>144</sup> weniger strenge Anforderungen zu stellen als bei das Abwehrrecht betreffenden Ge- oder Verboten.

bb) Ähnliche Erwägungen lassen sich auf Basis der *Informationsfreiheit* als kollidierendem Verfassungsrecht anstellen.<sup>145</sup> Zwar gewährleistet sie als Abwehrrecht nur, dass sich der Einzelne aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert informieren kann. Ein (Leistungs-) Recht darauf, bestimmte Informationen (erleichtert) allgemein zugänglich zu machen, lässt sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nicht herleiten.<sup>146</sup> Doch hat man in jüngerer Zeit auch eine objektiv-rechtliche Seite der Informationsfreiheit herausgearbeitet. Denn für die Teilhabe an der viel beschworenen Informationsgesellschaft gewinnt der freie Zugang zu Informationen immer mehr an Bedeutung.<sup>147</sup> Wie weit eine etwaige staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Ermöglichung des Zugangs zu bestimmten Informationsquellen reicht, ist noch weitgehend ungeklärt. Im vorliegenden Zusammenhang lassen sich aber Erwägungen des BVerfGs in seiner Entscheidung zum Kurzberichterstattungsrecht im Fernsehen<sup>148</sup> nutzbar machen. Danach ist die Gewährleistung freien Informationszugangs ein wesentliches Anliegen des Grundgesetz-

137 Zuletzt BVerfGE 127, 87, 115 (Fn 95); grundlegend BVerfGE 35, 79, 122 u 128 (Fn 66), ferner BVerfGE 111, 333, 354 (Fn 91).

138 So bereits *Oppermann*, Praktische Konsequenzen der Entscheidung des BVerfG zur Wissenschaftsfreiheit, JZ 1973, 434 f; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn 68), Art 5 Abs 3 Rn 382; *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 32.

139 So wörtlich *Fehling*, in: *Fehling/Ruffert* (Fn 94), § 17 Rn 20; siehe auch *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss freiheit) Rn 20 mwN. Kritisch *Gärdtitz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S 506 ff.

140 A. *Blankenagel* (Fn 85), AöR 105 (1980), 65 ff u 70.

141 Auf den Zugang zu Akten, Archiven uä bezogen *Mayen*, Der grundrechtliche Informationsanspruch des Forschers gegenüber dem Staat, 1992, S 218 ff, 295, *Wyduckel*, Archivgesetzgebung im Spannungsfeld von informationeller Selbstbestimmung und Forschungsfreiheit, DVBl. 1989, 327, 354 ff; abgeschwächt *Bizer*, Forschungsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung, 1992, S 56 ff; verallgemeinernd *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss.freiheit) Rn 50.

142 Zusammenfassend mwN. *Peukert*, Wissenschaftliches Kommunikationssystem (Fn 72), S 3 f; im Ansatz auch *Dorschel*, Open Access und Urheberrecht: Open Source in neuem Gewand, in: Hagenhoff (Hrsg), Internetökonomie der Medienbranche, 2006, S 235, 243, allerdings mit dem Zusatz, dass „man hieraus Konsequenzen allenfalls auf der leistungsstaatlichen Ebene ziehen könne [...]“.

143 *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss.freiheit) Rn 24; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn 68), Art 5 Abs 3 Rn 384. Klassisch zum Verhältnis der abwehrrechtlichen und der

objektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktionen *Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff. 144 Selbst dort, wo der Grundrechtsträger auf Drittmittel angewiesen ist, vgl oben III. 3. c) cc).

145 Hierzu und zum Folgenden instruktiv *Lutz*, Zugang zu wiss. Informationen (Fn 9), S 35 ff; kurz erwähnt in der *MPI*-Stellungnahme (Fn 5), Rn 31 f.

146 Vgl BVerfG 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95 – E 103, 44, 59 – Gerichtsfernsehen.

147 Vgl etwa in Kontext des Urheberrechts *Krüger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, 2002, S 202 ff; *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, 2009, S 63, 81 ff. Dies deutet sogar *Rieble an*, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 50: „Der niedrigschwellige Zugang zu Wissen und Information ist wünschenswert und macht die Informationsfreiheit des Art 5 Abs 3 GG effektiv – indem es mehr allgemein zugängliche Quellen schafft.“ *Rieble* zieht daraus indes keine verfassungsrechtlichen Konsequenzen, sondern behauptet zuvor (aaO S 50) ohne weitere Begründung, ein „Belang von Verfassungsrang“ zur „Beschränkung der Publikationsfreiheit des wissenschaftlichen Autors“ „fehl[e]“; an späterer Stelle (aaO S 63) stellt er darauf ab, dass „es kein Verfassungsrecht der Öffentlichkeit auf ‚Publikationsvorsorge‘ gibt“.

148 BVerfG 17.2.1998 – 1 BvF 1/91 – E 97, 228, 256 f.

zes und rechtfertigt insbesondere Regelungen zur Verhinderung von Informationsmonopolen und zur Sicherung der Pluralität von Sichtweisen und Darbietungen.

Vor diesem Hintergrund können auch Förderbedingungen, welche die Allgemeinzugänglichkeit von Forschungsergebnissen gewährleisten sollen, auf die objektiv-rechtliche Seite der Informationsfreiheit als kollidierendem Verfassungsrecht gestützt werden. Zwar ist fraglich, ob man selbst bei sehr teuren (gedruckten) Fachzeitschriften schon von Informationsmonopolen im engeren Sinne sprechen kann<sup>149</sup> – schließlich gibt es regelmäßig auch auf diesem Markt Konkurrenz und die entgeltlich vertriebenen Zeitschriften sind für die Wissenschaftler im Grundsatz (notfalls über Fernleihsysteme) auch weltweit zugänglich.

Außerdem hat das Monopol-Problem bei Publikationen im Gegensatz zum Rundfunk eine internationale Dimension und ist deshalb national nur eingeschränkt lösbar. Auch spielt die Pluralitätsgewährleistung keine zentrale Rolle, soweit es um die Open-Access-Verbreitung des gleichen Aufsatzes geht. Die Online-Publikation ergänzender (mittelbar aufsatzbezogener oder aufsatzfremder<sup>150</sup>) Forschungsdaten vermag allerdings unter Umständen die wissenschaftliche Perspektive zu erweitern. Vor allem aber können extrem hohe Zeitschriftenpreise die Zugänglichkeit deutlich erschweren und verzögern, was im immer schnelllebigeren Wissenschaftsbetrieb zu spürbaren Behinderungen führen kann. Letztlich geht es in beiden Konstellationen – Kurzberichterstattung und Open-Access-Förderbedingungen<sup>151</sup> – um die Durchbrechung bzw. Verhinderung einer Exklusivvermarktung zugunsten erweitertem und erleichtertem Informationszugang. Dass die Forderung nach Open-Access immer häufiger gerade auch aus Rei-

hen der (Natur-)Wissenschaftler selbst erhoben wird, spricht dafür, dass es sich jedenfalls in Teilbereichen der Wissenschaft um ein dringendes Anliegen handelt.

Auch zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewinnt die dargestellte Argumentation noch an Überzeugungskraft, wenn man die Anforderungen an kollidierendes Verfassungsrecht bei bloßen Förderbedingungen niedriger ansetzt als bei gesetzlichen Open-Access-Geboten. Wird zudem in Rechnung gestellt, dass mit der objektiv-rechtlichen Dimension von Wissenschaftsfreiheit und Informationsfreiheit zwei – freilich eng verwandte – Anknüpfungspunkte für kollidierendes Verfassungsrecht zur Verfügung stehen, kann von einer grundsätzlichen Einschränkung der Publikationsfreiheit durch Open-Access-Förderbedingungen ausgegangen werden.

e) Vorbehalt des Gesetzes für Open-Access-Förderbedingungen?

Bei der Wissenschaftsfreiheit als Abwehrrecht unterliegen Einschränkungen aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts in vollem Umfang dem Vorbehalt des Gesetzes.<sup>152</sup> Anders dagegen grundsätzlich dort, wo es allein um Leistungen oder Teilhabe geht. Deshalb ist traditionell die Forschungsförderung – nicht anders als die Vergabe von Wirtschaftssubventionen<sup>153</sup> – selbst dort, wo sie (un-)mittelbar durch den Staat und mit staatlichen Mitteln erfolgt, gesetzlich nicht geregelt.<sup>154</sup> Einer gesetzlichen Normierung der Forschungsförderung bedarf es allenfalls, soweit mit den Bedingungen (potentiell) eine inhaltliche Lenkung der Forschung einhergeht.<sup>155</sup> Open-Access-Publikationsbedingungen sind jedoch gänzlich inhaltsneutral.

Soweit freilich die Förderung funktional Teile der verfassungsrechtlich garantierten Grundausstattung er-

149 Von „abträglichen Informationsmonopolen“ spricht aber *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 70.

150 Zu diesen Kategorien siehe oben II. 2.

151 Die Literatur bezieht dies aus der Sicht des Urheberrechts auf gesetzliche Eingriffe in das Exklusivvermarktungsrecht.

152 Beiläufig *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs. 3 (Wiss freiheit) Rn 160.

153 Grundlegend BVerwG 21.3.1958 – VII C 6.57 – E 6, 282, 287 f; kritischer Überblick bei *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl 2011, § 6 Rn 19 ff; *Trute*, Die Forschung (Fn 86), S 235 ff, 649 ff.

154 Deshalb besitzt auch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art 74 Abs 1 Nr 13 GG wenig praktische Bedeutung; siehe schon *Bode*, Möglichkeiten und Grenzen einer Gesetzgebung des Bundes zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, *WissR* 5 (1972), 222, 224 und *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn 82), Art 74 Rn 178; *Nolte*, Die Zuständigkeit des Bundes für das Hochschulwesen, *DVBl* 2010, 84, 85; *Schmidt-Aßmann*, Die Bundeskompetenz für die Wissenschaftsförderung nach der Föderalismusreform, in: *Deppenheuer* (Hrsg), *FS Isensee*, 2007, S 405, 419. Hierzu und zu den folgenden allgemeinen Leitlinien auch *Fehling*, in: *Bonner Kommentar zum*

GG (Loseblatt Mai 2013), Art 74 I Nr 13, Rn 19. – Das neue Wiss. freiheitsgesetz (WissFG) vom 18.12.2010, BGBl I S 2457) betrifft nur den Haushalt außeruniversitärer Forschungseinrichtungen.

155 Ähnlich für Pressesubventionen OVG Berlin 25.4.1975 – II B 86.74 – DVBl. 1975, 905; die Frage im Ergebnis offen lassend BVerfG 6.6.1989 – 1 BvR 727/84 – E 80, 124, 131 ff – Postzeitungsdienst. Deshalb entgegen der Praxis für eine Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes bei der Wissenschaftsförderung *Trute*, Die Forschung (Fn 86), S 461 ff; aus jüngerer Zeit *Trute*, in: *Hufen/Gerlit/Dreier* (Hrsg), *Verfassungen zwischen Recht und Politik*, FS H.-P. Schneider, 2008, S 302, 317 ff; *Sieweke*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Fortsetzung der Exzellenzinitiative, *DÖV* 2009, 946, 950; dagegen *Wilden*, Die Erforderlichkeit gesetzlicher Regelungen für die außeruniversitäre Forschung und die Forschungsförderung, *Frankfurt aM*, 2009, S 110 ff; *Wagner*, Die Verfassungsmäßigkeit der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder, *DÖV* 2011, 427, 429 ff, weil keine strukturelle Gefährdung der Wissenschaftsfreiheit der Geförderten selbst oder von Konkurrenten bestünde; dagegen wiederum *Sieweke*, Die Verfassungswidrigkeit der Exzellenzinitiative des Bundes und der Länder, *DÖV* 2011, 435, 436 f.

setzt und Open-Access-Förderbedingungen deshalb ein-griffsähnliche Wirkung gewinnen,<sup>156</sup> könnte man folgern, dass konsequenterweise dafür dann auch eine gesetzliche Ermächtigung zu fordern sei. Doch sprechen die besseren Gründe gegen eine solche Schlussfolgerung: Erstens vollzieht sich die DFG-Förderung überwiegend in Selbstverwaltungsstrukturen; eine Regelung durch staatliches Gesetz würde den externen Staatseinfluss auf die Förderbedingungen erhöhen und damit dem Grundrechtsschutz der Wissenschaftsfreiheit durch Organisation und Verfahren gerade entgegenwirken.<sup>157</sup> Zwar könnte sich eine gesetzliche Grundlage darauf beschränken, die DFG zu solchen Open-Access-Publikationsbedingungen zu ermächtigen,<sup>158</sup> so dass die Entscheidung, inwieweit die DFG davon Gebrauch macht, weiterhin ihren (Selbstverwaltungs-)Gremien überlassen bliebe. Letztlich hätte aber auch eine bloße gesetzliche Erlaubnis eine erhebliche faktische Steuerungswirkung. Zweitens sind Open-Access-Förderbedingungen, wie ausgeführt,<sup>159</sup> keineswegs durchgängig als eingriffsähnlich einzustufen. In weiten Bereichen bedürfte es also schon mangels Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit keines Gesetzes. Der parlamentarische Gesetzgeber könnte aber schwerlich derart differenzieren; allein die sachnähere DFG mit ihren Strukturen wissenschaftlicher Selbstverwaltung erscheint in der Lage, die Belastungen durch Open-Access-Bestimmungen fach(gruppen)spezifisch einzuschätzen und daran anknüpfend gegebenenfalls differenzierte Lösungen zu erarbeiten. Für die Frage des Gesetzesvorbehalts – anders als möglicherweise beim Eingriff und bei der Verhältnismäßigkeitsabwägung – muss dagegen die Eingriffsähnlichkeit und Grundrechtswesentlichkeit einheitlich und damit pauschalierend beurteilt werden. Aus dieser übergreifenden Perspektive bleibt die Grundrechtswesentlichkeit von Open-Access-Förderbedingungen, welche in vielen Fällen eben doch nur eine zusätzliche und nicht zwingend erforderliche Finanzquelle betreffen, deutlich hinter derjenigen von Ge- und Verboten zurück. Durch das neue

unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht (§ 38 Abs. 4 UrhG) ist die Publikationsfreiheit von Förderungsempfängern für Aufsätze in deutschen Zeitschriften – anders als bei darin nicht enthaltenen Forschungsdaten sowie bei Aufsatzpublikationen in ausländischen Zeitschriften mit Verlagsvertrag nach ausländischen Recht – ohnehin nur so schwach berührt,<sup>160</sup> dass mangels Grundrechtswesentlichkeit keine gesetzliche Ermächtigung für entsprechende Open-Access-Förderbedingungen der DFG erforderlich wäre. Aus der Tatsache, dass Open-Access-Förderbedingungen in manchen, aber eben längst nicht allen Bereichen eingriffsähnlich wirken, ergibt sich daher kein Vorbehalt des Gesetzes.

Richtigerweise bedürfen Open-Access-Förderbedingungen daher, selbst dort, wo Wissenschaftler auf die Förderung grundausrüstungsähnlich angewiesen sind, keiner gesetzlichen Ermächtigung, sondern können auch ohne gesetzliche Grundlage (in den noch zu erörternden Grenzen der Verhältnismäßigkeit und mit eventuell notwendigen fachspezifischen Differenzierungen) unmittelbar von der DFG beschlossen werden.

#### f) Aspekte der Verhältnismäßigkeit

Soweit Open-Access-Förderbedingungen eingriffsähnlich wirken, muss der Konflikt der individuellen Publikationsfreiheit mit der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit und der Informationsfreiheit „nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses Wertsystems durch Verfassungenauslegung“ – im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz (*Hesse*) bzw. des nach beiden Seiten hin schonendsten Ausgleichs (*Lerche*) – „gelöst werden“.<sup>161</sup> Dazu bedarf es einer Verhältnismäßigkeitsabwägung der kollidierenden Verfassungsbelange.<sup>162</sup> Je weiter solche Bedingungen in ihrer Wirkung von einem „echten“ Grundrechtseingriff entfernt bleiben, desto weniger streng darf insbesondere die Angemessenheitsprüfung ausfallen.

156 Siehe oben III. 3. c) bb).

157 Vgl. *Trute*, Die Forschung (Fn 86), S 687 f. „Wohl aber erlaubt die autonome Legitimation eine Reduktion inhaltlicher Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens, das weitgehend der DFG überlassen werden kann“; zum Verfahren zählt er wohl auch zumindest inhaltsneutrale Förderbedingungen.

158 Vgl. allgemeiner *Fehling*, in: BK-GG (Fn 154), Art 74 Abs 1 Nr 13 GG, Rn 19: „Solche Forschungsförderungsgesetze müssen sich freilich zur Wahrung der Wissenschaftsfreiheit weitgehend auf Verfahrensregelungen beschränken und die projektbezogene Förderung in weitem Umfang der Selbstprogrammierung der Wissenschaft und deren Organisationen (wie insbesondere die Deutsche Forschungsgemeinschaft) überlassen“; eingehend zur notwendigen Beschränkung auf Rahmenregelungen *Groß/Karaalp/Wilden*, Regelungsstrukturen der

Forschungsförderung, 2010, insbes S 47 ff.

159 Oben unter III. 3. c) bb).

160 Siehe oben III. 3. a) aa).

161 Wörtliches Zitat (allgemein zur Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit) aus BVerfGE 47, 327, 369 (Fn 67); BVerwGE 102, 304, 308 (Fn 133); mit den eingeschobenen Zusätzen *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 160; *Wendt*, in: v Münch/Kunig (Fn 82), Art 5 Rn 104a.

162 *Fehling*, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 161; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn 68), Art 5 Abs 3 Rn 415; *Schulze-Fielitz*, in: Benda ua (Hrsg), Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl 1994, § 27 Rn 10; vgl auch *Hailbronner* (Fn 81), WissR 13 (1980), 222 ff.

aa) Um als verfassungsrechtlich *geeignet zur Verwirklichung der Wissenschafts- und der Informationsfreiheit* eingestuft werden zu können, müssten die Open-Access-Förderbedingungen den wissenschaftlichen Kommunikationsprozess und den Informationszugang für Interessierte zumindest spürbar erleichtern.

Daran fehlte es zum einen, wenn es mittels solcher Förderbedingungen wahrscheinlich gar nicht zu vermehrten hochwertigen Open-Access-(Aufsatz-)Publikationen käme. Wenn sich Forscher von solchen Bedingungen aus Überzeugung oder wegen befürchteter Mehrkosten in nennenswerter Zahl abschrecken ließen, eine Förderung bei der DFG zu beantragen, schliege sich dies zwar nicht notwendig in der Zahl der von der Open-Access-Veröffentlichungspflicht erfassten Forschungsvorhaben nieder. Bei weniger Anträgen würde aber der Wettbewerb geringer und es wäre zu befürchten, dass im Schnitt qualitativ weniger Hochwertiges gefördert werden müsste. Gewiss ist nicht auszuschließen, dass der eine oder andere anerkannte Wissenschaftler, der Open-Access-Publikationen sehr kritisch gegenübersteht, auf einen DFG-Antrag verzichten würde. In so großer Zahl, dass dies auch Konsequenzen für die Qualität der geförderten Projekte zeitigte, ist eine Bewegung weg von der DFG jedoch schon wegen des besonderen Renommées der DFG-Förderung nicht zu erwarten. Im Übrigen liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Quasi-Eingriffsakt ohnehin nur vor, wo Forscher mangels hinreichender Grundausstattung auf semi-staatliche Drittmittel angewiesen sind. Sofern eine höhere Kostenbelastung des Autors bei Open-Access-Zeitschriften – die ja für wegfallende Verkaufspreise eine andere Einnahmequelle benötigen und deshalb wahrscheinlich Autorenbeiträge verlangen werden – diesen abzuschrecken droht, müsste die DFG freilich die dem Autor entstehenden Mehrkosten in die Berechnung ihrer Fördersummen einpreisen. Letztlich kommt es nur darauf an, dass die Gesamtförderung auch die Veröffentlichungskosten abdeckt; soweit dies durch einen „Overhead“ bei der Sachbeihilfe gesichert ist, bedarf es keines Zuschlags.

Vor diesem Hintergrund sind die geschilderten kontraproduktiven Nebenwirkungen recht unwahrscheinlich – graduell wohl umso unwahrscheinlicher, je „schoener“ solche Bedingungen ausgestaltet würden –, so

dass sie die Eignung der Open-Access-Förderbedingungen zur vermehrten Open-Access-Publikation hochwertiger Forschungsleistungen nicht in Frage stellen. In Übertragung der Grundsätze, die das BVerfG gegenüber dem Gesetzgeber anwendet,<sup>163</sup> trifft die DFG eine Beobachtungs- und gegebenenfalls Korrekturpflicht für den Fall, dass sich wider Erwarten doch negative Nebenwirkungen von Open-Access-Förderbedingungen bemerkbar machen.

Zum anderen müsste die Eignung bezweifelt werden, wenn Open-Access gegenüber klassischen Publikationsformen gar keine Verbesserung oder gar eine Verschlechterung beim wissenschaftlichen Informationsfluss mit sich brächte. Bei aufsatzfremden oder nur mittelbar aufsatzbezogenen Forschungs(roh)daten, die bislang gar nicht veröffentlicht werden, wäre freilich die Verbesserung durch eine Open-Access-Publikationspflicht evident. Bei Aufsatz-Publikationen bezweifeln dagegen manche Kritiker, ob Open-Access tatsächlich die Auffindbarkeit und damit Zugänglichkeit verbessert.<sup>164</sup> Diese Kritik könnte aber nur dann überzeugen, wenn durch Open-Access etablierte Subskriptions-Zeitschriften als Garanten für Qualität zugunsten von mehr oder minder obskuren und fragmentierten Internet-Repositoryn o.ä. vom Markt verdrängt würden. Ein solches Szenario fußt jedoch auf äußerst unwahrscheinlichen Prämissen. Wird dem Geförderten die Wahl zwischen „golden road“ und „green road“ freigestellt, so wird er eine Veröffentlichung ausschließlich im Internet ohnehin nur wählen, wenn in seinem Fach dafür ein hinreichend renommiertes Open-Access-Journal zur Verfügung steht. Dann aber sind Qualitätskontrolle und Auffindbarkeit ähnlich gesichert wie bei klassischen Publikationswegen und es bleibt für die Nutzer der Vorteil der kostenfreien unmittelbaren weltweiten Abrufbarkeit. Wählt der Autor dagegen eine Zweitveröffentlichung im Internet, so bleibt definitionsgemäß die klassische Erstveröffentlichung wie zuvor greifbar.

Allerdings besteht die Möglichkeit, dass das eine oder andere etablierte ausländische Journal weiterhin auf die Übertragung exklusiver Verwertungsrechte besteht. Sofern dies in gewissen Fächern regelmäßig der Fall ist, wird für den Autor entweder eine Zweitveröffentlichung im frei zugänglichen Internet rechtlich ris-

163 ZB BVerfG 13.2.2008 – 2 BvK 1/07 - E 120, 82, 108 – 5%-Klausel; verallgemeinernd *Merten*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte, Band III, 2009, § 68 Rn 45.

164 Grundsätzliche Bedenken wegen befürchteter Versionsverwirrung und Problemen mit Datensicherheit und längerfristiger Verfügbarkeit *Rieble*, in: *Reuß/Rieble* (Fn 42), S 29, 35 ff; diese Probleme werden auch von denjenigen gesehen, die Open Access

positiv gegenüber stehen, aus der Perspektive des Urheberrechts *Mantz*, Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open-Access-Werken, in: *Spindler* (Hrsg), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, 2006, S 55, 72. Grundsätzlich optimistischer *Peukert*, Wissenschaftliches Kommunikationssystem (Fn 72), S 24, der jedoch auch betont, dass die große Google Scholar Suchanfrage an das gesamte Netz zu wenig präzise sei.

kant<sup>165</sup> oder umgekehrt die gewünschte Hauptveröffentlichung faktisch unmöglich, wenn er dafür nicht auf eine zweitklassige Zeitschrift ausweichen will. Darüber hinaus kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die zunehmende Verbreitung von Open-Access – namentlich dann, wenn die entsprechenden DFG-Förderbedingungen in Deutschland und darüber hinaus viele Nachahmer finden – längerfristig zu einem Sterben klassischer Zeitschriften führt. In beiden Szenarien wird für den Geförderten die „golden road“ zunehmend alternativlos. Es ist aber denkbar, dass in einer Übergangszeit noch keine oder zu wenige renommierte Open-Access-Journals im jeweiligen Fachgebiet existieren, so dass sich die Publikationsmöglichkeiten für den Geförderten dann in der Summe zu verschlechtern drohen. Die erstgenannte Gefahr (Blockadehaltung etablierter Fachzeitschriften gegenüber einer Open-Access-Zweitpublikation) besteht gemäß § 38 Abs. 4 UrhG ohnehin nur noch bei ausländischen Verlagen und lässt sich auch dort durch hinreichende Abmilderung der Bedingungen, besonders eine fachspezifisch angemessene Karenzzeit vor der Zweitpublikation,<sup>166</sup> minimieren. Das zweite skizzierte Risiko (Zeitschriftensterben) entstände ohnehin erst auf längere Sicht, so dass man mit einer Marktbeobachtungspflicht und gegebenenfalls rechtzeitiger Nachbesserung der Förderbedingungen wohl hinreichend gegensteuern könnte.

Im Übrigen darf das Risiko, eine geeignete Plattform für die Open-Access-Zweitpublikation zu finden, nicht beim Geförderten verbleiben. Zumindest hat die DFG auf geeignete Zweitveröffentlichungsmöglichkeiten hinzuweisen. Wo Universitäten, Fachorganisationen o.ä. kein adäquates Repositorium bereitstellen, kann und muss<sup>167</sup> subsidiär sogar die DFG selbst oder ein von ihr beauftragter Partner mit einer eigenen Open-Access-Plattform gewährleisten, dass ein hinreichend prominenter und durch Verlinkung sowie Suchmaschinen leicht auffindbarer Ort für eine Internetpublikation zur Verfügung steht.

bb) Im Hinblick auf die *Erforderlichkeit* lassen sich bei DFG-geförderten Forschungsprojekten zweifelsohne viele Strategien zur Förderung der Open-Access-Publikation vorstellen, die den Förderungsempfänger weniger belasten als verpflichtende Förderbedingungen – selbst

wenn wie hier vorgesehen dem Geförderten die Wahl zwischen „golden road“ und „green road“ offen bleibt. Doch sind „weichere“ Lösungen, wie bloße Empfehlungen und zusätzliche finanzielle Anreize, prima facie weniger geeignet, das Ziel möglichst flächendeckender Open-Access-Zugänglichkeit solcher Forschungsergebnisse zu erreichen. So hat die bisherige bloße Empfehlung nicht erkennbar zu einem deutlichen Anstieg freiwilliger Veröffentlichungen der Ergebnisse mit Open-Access geführt.<sup>168</sup> Das neue unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG mag zwar manchen Förderungsempfänger auch ohne zusätzlichen Druck zur Open-Access-Zweitpublikation motivieren. Doch geht schon der Rechtsausschuss des Bundestages davon aus, dass es ergänzender Verpflichtungen in Förderbedingungen bedarf, um die Open-Access-(Zweit-)Publikation tatsächlich zum Standard zu machen.<sup>169</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit begegnen daher selbst strengste Rechtspflichten und an Verstöße geknüpfte Sanktionen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

cc) Die Probleme verschieben sich damit auf die *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*. Um eine Abwägung zwischen Publikationsfreiheit einerseits und objektiv-rechtlicher Seite von Wissenschaftsfreiheit und Informationsfreiheit andererseits vornehmen zu können, müssen in einem ersten Schritt die dahinter stehenden Interessen aufgefächert und auf ihre Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit untersucht werden.

(1) Bei den von der *Publikationsfreiheit geschützten Interessen* ist zunächst die positive Publikationsfreiheit, wie sie für die Aufsatzpublikation trotz § 38 Abs. 4 UrhG einschlägig ist,<sup>170</sup> in den Blick zu nehmen:

- Dahinter steht in erster Linie das Interesse des Forschers an für ihn optimaler Verbreitung seiner Forschungsergebnisse. Dies hat eine quantitative und eine qualitative Seite. Quantitativ geht es nicht so sehr um die weitestmögliche Zugänglichkeit für die Allgemeinheit, sondern um die bestmögliche Erreichung der jeweiligen Zielgruppe. Diese besteht typischerweise aus Wissenschaftlern, wenn auch vielleicht nicht nur aus Fachkollegen im engeren Sinne. Qualitativ wird der Wissenschaftler an einem möglichst renommierten Verbreitungsmedium interessiert sein.<sup>171</sup> Beide Aspekte greifen insoweit

165 Zur offenen Frage der Anwendung des § 38 Abs. 4 UrhG durch ausländische Gerichte oben III. 1. a) bb).

166 Siehe unten III. 2. f) cc).

167 Siehe näher unten III. 3. f) cc) (c).

168 Der DFG liegen dazu nach eigener Auskunft allerdings keine genauen Daten vor.

169 BT-Drs 17/14194, unter II, 1.4. und 1.6. Dazu schon oben 1.1.

170 Siehe oben III. 3. a) aa).

171 Zum Ganzen ähnlich *Steinhauer*, Sichtbarkeit (Fn 56), S 61 f; Krutzat, Open Access (Fn 12), S 26 f. Die empirische Untersuchung (Befragung von Wissenschaftlern) von *Eger/Scheufen/Meierrieks*, The Determination of Open Access Publishing: Survey Evidence from Germany (<http://ssrn.com/abstract=2232675> - 28.7.2014), S 19 ff, 22, bestätigt dies: Im Durchschnitt – mit großen Differenzen zwischen Fächern – ist der Mangel an Reputation mit Abstand der wichtigste Grund für die Entscheidung von Forschern, nicht Open Access zu publizieren.

ineinander, als eine renommierte Zeitschrift typischerweise von den Kollegen auch mehr wahrgenommen wird. Eine Zweitpublikation Open Access kann als solche den Verbreitungsgrad nur verbessern, schadet aber dann, wenn dadurch trotz § 38 Abs. 4 UrhG<sup>172</sup> die Möglichkeiten zu einer Erstpublikation in einer renommierten ausländischen Fachzeitschrift verschlechtert werden.<sup>173</sup> Dieses Risiko lässt sich freilich mit Karenzfristen (wie nun als Jahresfrist in § 38 Abs. 4 S. 1 UrhG vorgesehen) reduzieren, wenn auch nicht gänzlich beseitigen.

- Zweitens, aber nachrangig,<sup>174</sup> wird dem Förderungsempfänger an einer für ihn finanziell möglichst vorteilhaften Publikation gelegen sein. Autorenhonorare für Zeitschriftenbeiträge werden zwar nur in wenigen Wissenschaftsdisziplinen bezahlt. Doch müssen diese Honorare dort in die geschützten Interessen schutz(bereichs)verstärkend<sup>175</sup> mit einbezogen werden.<sup>176</sup> Ihr Gewicht dürfte aber schon deshalb äußerst gering sein, weil es gerade bei den prestigeträchtigen Zeitschriften um eher symbolische Beträge geht.<sup>177</sup> Größeres Gewicht besitzt das Anliegen des Forschers, eigene Zuzahlungen für die Veröffentlichung zu vermeiden oder jedenfalls möglichst gering zu halten. Insoweit kann es bei Open-Access-Journals, die mit dem Geschäftsmodell des „author pays“ betrieben werden, auch um höhere Summen gehen. Diese rein finanziellen Interessen lassen sich durch entsprechende Aufstockung der DFG-Förderung<sup>178</sup> kompensieren.

- Drittens dürften die meisten Wissenschaftler daran interessiert sein, entsprechend den Geflogenheiten ihres Faches zu publizieren.<sup>179</sup> Je nach Fach(gruppe) kann dabei etwa eine spezifische Form der Open-Access-(Zweit-) Publikation üblich sein, etwa die Vorabveröffentlichung eines „working papers“ oder ein nachträgliches Einstellen des Manuskripts oder auch der formatierten Erstveröffentlichung in ein Repositorium. Zwar verdient bloßer Strukturkonservatismus als solcher keinen Schutz. Doch steht dahinter das legitime Anliegen, sich in der eigenen „Zunft“ nicht zum Außenseiter machen, weil dies mittelbar die Durchsetzungschancen der eigenen Forschungsergebnisse verringern könnte.

- Viertens wird dem Geförderten daran gelegen sein, einen Missbrauch der Open-Access publizierten Aufsatzversion zu verhindern. Dabei können und müssen Gefahren der Manipulation der Datei u.ä. durch technische Sicherungen minimiert werden.

- Unter Verhältnismäßigkeitsaspekten schutzunwürdig ist nur eine von Sachargumenten gänzlich losgelöste prinzipielle Ablehnung „neumodischer Open-Access-Trends“ oder gar des Internets als Verbreitungsmedium für wissenschaftliche Publikationen insgesamt.

Hinter der negativen Publikationsfreiheit, wie sie für die Veröffentlichung aufsatzfremder oder nur mittelbar aufsatzbezogener Forschungsdaten einschlägig ist,<sup>180</sup> verbergen sich potentiell folgende Interessen:

- Der Forscher will womöglich (Roh-)Daten selbst für ein späteres Folgeprojekt nutzen oder will jedenfalls prüfen, ob sie sich für Anschlussforschungen eignen. Dieses Forschungsinteresse im engsten Sinne fällt in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit und erscheint deshalb im Grundsatz besonders schutzbedürftig. Die konkrete Schutzwürdigkeit hängt sodann von der Wahrscheinlichkeit ab, dass die Daten tatsächlich für eigene weitere Arbeiten nützlich sein könnten.

- Nicht schutzwürdig wäre dagegen ein bloß abstraktes Interesse am Schutz vor wissenschaftlicher Konkurrenz, ohne dass dahinter ernsthafte eigene Verwertungsabsichten bezüglich der gesammelten Daten stehen.

- Geht es um unbearbeitete Rohdaten ohne Bezug zum publizierten Aufsatz, so mag der Wissenschaftler je nach Konstellation auch Fehldeutungen und Missverständnisse befürchten, welche – wie etwa beim Vorwurf unsauberer Messungen o.ä. – seinen Ruf gefährden könnten. Möglicherweise hat er bestimmte Daten bislang gerade deshalb nicht verwertet, weil er deren Validität selbst bezweifelt bzw. diese noch näher untersuchen müsste. Art. 5 Abs. 3 GG schützt den Forscher auch davor, dass er aus seiner Sicht uninteressante (von Wichtigerem abhaltende) weitere Erkundungen anstellen muss, um etwas der Öffentlichkeit präsentieren zu können, was er selbst dafür gar nicht für wert hält.

172 Zu dessen wohl nur beschränkter internationaler Wirkung oben III. 1 a) bb).

173 Vgl auch schon oben III. 1. a) aa).

174 So das empirische Ergebnis, bezogen auf Autoren-Publikationszuschüsse, von Eger/Scheufen/Meierrieks, *The Determination of Open Access Publishing* (Fn 171), S 19; siehe auch Krujatz, *Open Access* (Fn 12), S 25 f.

175 Zur Schutzbereichsverstärkung Fehling, in: BK-GG (Fn 66), Art 5 Abs 3 (Wiss freiheit) Rn 69 f, 105.

176 Dieser Aspekt wird – freilich übermäßig – für die Rechtswissenschaft betont von Beck, *Verlagsfunktionen und Open Access*, in:

Reuß/Rieble (Hrsg), *Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit*, 2009, S 21, 26 f.

177 Dies betont auch Peukert, *Wissenschaftliches Kommunikationssystem* (Fn 72), S 30 f.

178 Siehe oben III. 3. f) aa).

179 Eger/Scheufen/Meierrieks, *Open Access Publishing* (Fn 171), zusammenfassend S 19, erkennen darin einen potentiellen Beweggrund gegen Open Access-Publizieren, doch erwies sich dieser Gesichtspunkt als deutlich nachrangig gegenüber dem alles beherrschenden Reputationsargument.

180 Siehe oben III. 3. a) bb).

- Keinen Schutz verdiente dagegen die von solchen Fehldeutungsrisiken losgelöste Absicht, sich möglichst wenig „in die Karten schauen zu lassen“. Dies wäre denkbar bei mittelbar aufsatzbezogenen Daten, die in dem publizierten Aufsatz nur in weiter verarbeiteter (zusammengefasster) Form wiedergegeben sind. Eine solche „Abschottungs“-Intention wäre sogar dem Verdacht ausgesetzt, die Nachvollziehbarkeit der eigenen wissenschaftlichen Arbeit erschweren zu wollen, um eigene Fehler schlechter nachweisbar zu machen.

(2) Mit der Publikationsfreiheit kollidierend, repräsentieren Wissenschaftsfreiheit und Informationsfreiheit in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension die *Interessen der Scientific Community* und mittelbar auch des Staates an der Verbesserung des wissenschaftlichen Informations- und Kommunikationsflusses.

Die damit verbundenen Belange lassen sich für die Aufsatzpublikation folgendermaßen auffächern und gewichten:

- In zentralen Punkten scheinen hier die Präferenzen der Scientific Community mit denen des einzelnen DFG-geförderten Forschers identisch.<sup>181</sup> Auch die jeweilige Wissenschaftsgemeinde wird eine möglichst optimale Verbreitung und damit zugleich Zugänglichkeit solcher Aufsätze wünschen.<sup>182</sup> Allerdings haben die Kollegen bei fremden Forschungsergebnissen kein direktes Eigeninteresse an einer besonders renommierten Publikationsplattform. Inwieweit Open-Access-Publikation die Zugänglichkeit von Aufsätzen nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ verbessern kann, hängt fach(gruppen)spezifisch<sup>183</sup> zum einen von der Funktionsfähigkeit der etablierten Publikationslandschaft und zum anderen von der Etablierung von Open-Access-Publikationsformen ab. Insoweit dürfte das neue Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG mittelfristig auch die Akzeptanz von Repositorien u.ä. in der Scientific Community fördern.

- In zweiter Linie ist die Wissenschaftlergemeinschaft an möglichst kostengünstigem Zugang zu Forschungsergebnissen interessiert. Dadurch besitzt für sie, anders als für den einzelnen publizierenden Wissenschaftler, Open

Access einen Eigenwert. Da die Wissenschafts- und speziell Hochschulhaushalte gerade in Zeiten staatlicher Finanzknappheit insgesamt eng begrenzt sind, werden Zusatzausgaben für Bibliotheken u.ä. letztlich auch zu geringerer Forschungsausstattung von Lehrstühlen und Instituten führen.

- Beim Staat, der die Finanzmittel zur DFG-Forschungsförderung bereitstellt, gewinnen die finanziellen Interessen eine noch höhere Bedeutung. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass das neue Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG im Gesetzgebungsverfahren gerade nicht mit fiskalischen Interessen gerechtfertigt worden ist. Befürworter von Open Access bringen immer wieder vor, der Staat solle sich nicht nötigen lassen, für Forschungsergebnisse zweifach zu bezahlen, nämlich über die (DFG-)Forschungsförderung und noch einmal über den Erwerb überverteuerter Fachzeitschriften durch staatlich finanzierte Bibliotheken.<sup>184</sup> Anders als manche Kritiker behaupten,<sup>185</sup> erscheint dieses fiskalische Interesse durchaus verfassungsrechtlich schutzwürdig. Zwar ist die Wissenschaftsfreiheit, auch in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension, auf selbstbestimmte wissenschaftliche Kommunikation und nicht auf finanzielle Nützlichkeit ausgerichtet; zudem kauft der Staat auch keine Forschungsergebnisse ein, sondern fördert nur die individuelle Freiheitsbetätigung. Doch beeinflussen solche (Zeitschriften-)Kosten über die (Hochschul-)Etats letztlich auch die dem einzelnen Wissenschaftler zur Verfügung stehenden Ressourcen als Rückgrat individueller Forschungsfreiheit. Die Problematik des Kostenarguments liegt an anderer Stelle: Es ist keineswegs gesichert, dass Open Access für den Staat durchweg kostengünstiger ist.<sup>186</sup> Bei einer Zweitveröffentlichung („green road“) bleiben die Ausgaben für den Erwerb der traditionellen Subskriptionszeitschriften, in denen die Erstveröffentlichung erfolgt, grundsätzlich gleich; es kommen nur weitere Kosten für die dauerhafte Bereithaltung und Pflege von Repositorien o.ä. im Internet hinzu.<sup>187</sup> Nur bei exklusiver Open-Access-Publikation („golden road“) lassen sich die Kosten für traditionelle Zeitschriften womöglich einsparen, freilich nur unter der Prämisse, dass diese gedruckten Journals nicht we-

181 Ähnlich aus dem Blickwinkel des europäischen Urheberrechts Hilty/Krujatz/Bajon/Früh/Kur/Drexl/Geiger/-Klaas, European Commission – Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy – Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, in: IIC 2009, 309, 313.

182 Statt vieler Krujatz, Open Access (Fn 12), S 27.

183 Zur Frage, ob insoweit differenziert werden kann und muss, siehe unten III. 4.

184 ZB Pflüger/Ertmann (Fn 56), ZUM 2004, 436, 437; Steinhauer, Sichtbarkeit (Fn 56), S 23.

185 Vgl Rieble, in: Reuß/Rieble (Fn 42), S 29, 45 ff, der den Befürwortern

eines Zweitveröffentlichungsrecht die Vernachlässigung persönlichkeitsrechtlicher zugunsten ökonomischer Gesichtspunkte vorwirft.

186 Vgl Börsenverein des Deutschen Buchhandels (Fn 23), S 2 f; weitgehend identisch Sprang (Fn 23), ZUM 2013, 461, 463. Nach der Allianz der Wissenschaftsorganisationen, Eine Handreichung für die parlamentarischen Beratungen über ein unabdingbares Zweitveröffentlichungsrecht (<http://www.allianzinitiative.de> - 28.7.2014), unter (a), gehe es deshalb bei Open Access gar nicht um die Einsparung von Haushaltsmitteln, sondern ausschließlich um besseren Zugang zu Forschungsergebnissen.

187 Dies hebt die MPI-Stellungnahme (Fn 5), Rn 15, zu Recht hervor.

gen anderer dort weiterhin zu findender Beiträge – zumindest bei Forschungen, welche nicht besonders staatlich gefördert worden sind, bestünde ja kein Zwang zur Open-Access-Veröffentlichung – weiterhin unverzichtbar bleiben. Selbst wenn sich aber die „golden road“ mittelfristig als dominanter Publikationsstandard etablieren sollte, würden dem Staat andere Kosten, nämlich in Form von Zuschüssen an Open-Access-Zeitschriften (die ja mangels Abonnenten eine andere Einnahmequelle benötigen), entstehen.

- Von Seiten des Staates kommt, mehr noch als seitens der in den meisten Fächern ohnehin international zusammengesetzten Scientific Community, noch das Interesse hinzu, in der deutschen Wissenschaftslandschaft und Forschungsförderung nicht hinter Open-Access-Standards zurückzubleiben, welche sich in den USA, Großbritannien und künftig wohl auch auf EU-Ebene schon etwas weiter entwickelt haben.<sup>188</sup> Man befürchtet vielleicht nicht ganz zu Unrecht, der deutschen Wissenschaftslandschaft könnten andernfalls Abschottungstendenzen vorgeworfen werden, wenn nicht gar die Unterstellung Platz griffe, deutsche Forschung scheue qualitativ das Licht der Internet-Öffentlichkeit. Allzu wahrscheinlich sind solche negativen Folgen für den Wissenschaftsstandort Deutschland indes wohl nicht. Deshalb besitzt das staatliche Interesse an internationaler Anschlussfähigkeit bei der Open-Access-Förderung in der Abwägung nur einen geringen Stellenwert.

- Eng mit den beiden letztgenannten Punkten verbunden ist ein letztes Ansinnen des Staates als Wissenschafts-Financier. Wenn sich schon international ein Trend zur Open-Access-Publikation abzeichnet, dann sollte der Wandel tendenziell beschleunigt werden, um eine lange Übergangsphase zu vermeiden, in der der Staat für herkömmliche und neue Publikationsformen gleichzeitig und damit tatsächlich doppelt zahlen müsste. Dazu müsste aber die „golden road“ forciert werden; die bloße Zweitveröffentlichung Open Access institutionalisiert gerade die befürchtete „Hängepartie“ mit doppelten Kosten.

Für die Publikation sonstiger Forschungsdaten ergeben sich im Interessengeflecht gegenüber Aufsätzen gewisse Verschiebungen:

- Bei sonstigen, nicht direkt in die Aufsatzpublikation eingeflossenen Forschungsdaten ist dem einzelnen Forscher aus den oben genannten Gründen tendenziell mehr an Exklusivität und Vertraulichkeit gelegen, während die Scientific Community auch insoweit an möglichst umfassenden Zugang interessiert sein wird. Deren Interesse an

Open Access ist hier weit größer als bei Aufsätzen, weil diese Forschungsdaten ohne entsprechende Internet-Publikation gar nicht für Dritte und deren Anschlussforschungen zugänglich wären. Dazu müssten die Daten in den meisten Fällen aber wohl in bereits aufbereiteter Form publiziert werden, weil nackte Rohdaten als solche schwerer interpretier- und nutzbar sind.

- Der Staat, aber auch die Wissenschaftlergemeinschaft mag an zusätzlichen Forschungsdaten in manchen Konstellationen auch zur Qualitätssicherung interessiert sein, nämlich dort, wo sie (mittelbar) dem Aufsatz zugrunde liegen und deshalb helfen, die Validität der in Aufsatzform publizierten Forschungsergebnisse zu überprüfen.

- Die bei der Aufsatzpublikation angestellten Kostenvergleiche spielen in dieser Form hier keine Rolle, da ja diese allenfalls mittelbar aufsatzbezogenen Daten bislang gar nicht veröffentlicht werden. Allerdings können im Einzelfall durch Open-Access-Publikation von Forschungsdaten die Kosten für eine neue Datensammlung durch Experimente oder empirische Studien o.ä. vermieden werden.

(3) Bei der *Herstellung praktischer Konkordanz* muss zwischen der Aufsatzpublikation und der Veröffentlichung sonstiger Forschungsdaten unterschieden werden.

(a) Bei *Aufsätzen* hat die Analyse der Schutzzwecke der Publikationsfreiheit die zentrale Bedeutung des Interesses der Wissenschaftler an möglichst optimaler Verbreitung ihrer Forschungsergebnisse deutlich gemacht. Da dieses Interesse mit kleinen Modifikationen spiegelbildlich (als Zugangsinteresse) auch im Rahmen der objektiv-rechtlichen Garantien von Wissenschaftsfreiheit und Informationsfreiheit anerkannt wird, lässt sich als erste Leitlinie für einen verhältnismäßigen Interessenausgleich festhalten: Open-Access-Förderbedingungen für die Aufsatzpublikation sind auch dort, wo sie sich (trotz § 38 Abs. 4 UrhG) ausnahmsweise eingriffähnlich auswirken,<sup>189</sup> rechtfertigungsfähig, soweit diese Bedingungen die Möglichkeiten des geförderten Wissenschaftlers zur adäquaten Verbreitung seiner Ergebnisse nicht beeinträchtigen. Zwar schränken die Förderbedingungen das individuelle Belieben des Forschers bei der Publikation ein. Dies erscheint jedoch zugunsten verbesserter Rahmenbedingungen für wissenschaftliche Kommunikation hinnehmbar, wenn die geförderten Forschern nicht zu einer Publikationsweise gezwungen werden, welche für sie objektiv hinsichtlich Renommee oder Zugänglichkeit gegenüber bisherigen Publikationsgewohnheiten nachteilig ist.

<sup>188</sup> Zusammenfassend dazu mwN Peukert, *Wissenschaftliches Kommunikationssystem* (Fn 72), S 5; ders, *Urheberrecht und*

*Wissenschaft* (Fn 23), S 30 f.  
<sup>189</sup> Siehe oben III. 3. c) bb).

Finanzielle Interessen haben sich bei der Publikationsfreiheit als deutlich nachrangig, aber doch als noch mit zu berücksichtigen erwiesen. Auf der anderen Seite der Waagschale bleibt weitgehend offen, ob und inwieweit Open-Access-Publikationen für den Staat als Financier in der Summe kostengünstiger sind. Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass finanzielle Verluste oder Mehrbelastungen des geförderten Forschers durch Open-Access-Veröffentlichung jedenfalls in gewissem Umfang durch die DFG oder den Staat ausgeglichen werden müssen. Die Verwendung von Open-Access-Förderbedingungen aktiviert gleichsam aus Ingerenz eine entsprechende Gewährleistungsverantwortung. Dabei erscheint es freilich durchaus angemessen, die Darlegungs- und Beweislast für konkrete finanzielle Nachteile dem jeweiligen Förderungsempfänger aufzuerlegen.<sup>190</sup>

Zwar dürften der Staat und mittelbar die Scientific Community finanziell am ehesten Vorteile von der Open-Access-Publikationsweise haben, wenn diese ausschließlich frei zugänglich im Internet erfolgt („golden road“). Doch erscheinen die öffentlichen Interessen an der Beschleunigung des damit verbundenen Wandels der wissenschaftlichen Publikationskultur als zu schwach, um den Eingriff in die Publikationsfreiheit zu rechtfertigen, der mit einer Forcierung speziell der „golden road“ potentiell (je nach Fach und Abhängigkeit von Fördermitteln) verbunden wäre. Wollte die DFG innerhalb der verschiedenen Open-Access-Veröffentlichungsmöglichkeiten für Aufsätze noch einmal speziell die „golden road“ durchsetzen, so wäre dies, über unverbindliche Empfehlungen hinaus, derzeit nur indirekt mit zusätzlichen finanziellen Anreizen, nicht aber mit vertraglichen Rechtspflichten möglich. Dies würde sich erst dann ändern, wenn später – fachspezifisch – in annähernd gleichem Maße wie traditionelle Zeitschriften auch ebenso renommierte Online-Journals zur Verfügung stehen.

Verlangt die DFG in ihren Förderbedingungen eine Open-Access-Publikation, so trifft sie – insoweit wohl auch dort, wo die Förderbedingungen keine eingriffsähnliche Wirkung entfalten – eine Gewährleistungsverantwortung für eine entsprechende (Zweit-)Publikationsmöglichkeit, welche dauerhafte Zugänglichkeit, Ver-

lässlichkeit und einen Schutz gegen Verfälschungen u.ä. bietet. Die DFG muss zumindest Listen mit geeigneten Repositorien oder anderen Veröffentlichungsmöglichkeiten vorhalten. Sofern in einzelnen Fächern noch keine geeigneten institutionellen oder Fach-Repositorien zur Verfügung stehen,<sup>191</sup> spricht viel dafür, dass die DFG subsidiär eine entsprechende Open-Access-Plattform selbst bereitzustellen hat<sup>192</sup> (was selbstverständlich auch in Kooperation mit Dritten möglich wäre). Zum Schutz vor Verfälschungen kann und muss der Autor als Urheber (bzw. in Vertretung der Betreiber des Repositoriums) die Veränderung oder Ergänzung (im Gegensatz zur bloßen computergesteuerten Auswertung) seines Open Access gestellten Beitrags durch Dritte in den Nutzungsbedingungen ausschließen;<sup>193</sup> vorsätzlicher Rechtsbruch bleibt natürlich immer möglich, doch dürfte dieses Risiko vertretbar gering sein.

Letztlich müssen die Auswirkungen von Open-Access-Veröffentlichungspflichten auf die realen Publikationsmöglichkeiten prognostiziert und darauf aufbauend die Förderbedingungen so ausgestaltet werden, dass sich keine unverhältnismäßigen nachteiligen Folgewirkungen ergeben. Ob in- oder ausländische Verlage mit einer Open-Access-Zweitpublikation (ökonomisch) überhaupt ein Problem haben, hängt zum ersten wohl von der fach(gruppen)spezifischen Publikationskultur ab,<sup>194</sup> zum zweiten aber auch von den Rahmenbedingungen hinsichtlich der Karenzfrist für die Zweitveröffentlichung und der Übereinstimmung der Zweit- mit der Erstveröffentlichung. Dabei droht ein Zielkonflikt: Auf der einen Seite werden Verlage eine Open-Access-Zweitpublikation um so eher akzeptieren (wegen § 38 Abs. 4 UrhG haben allerdings nur noch ausländische Verlage dabei einen Entscheidungsspielraum) und längerfristig ökonomisch verkraften können, als sie davon keine ernsthafte Konkurrenz erwarten, insbesondere nicht zu befürchten haben, dass Bibliotheken u.ä. ihre Zeitschriften abbestellen, weil wichtige Beiträge auch kostenlos im Netz zugänglich sind. Auf der anderen Seite rechtfertigen sich Open-Access-Förderbedingungen gerade durch die Verbesserung des Zugangs zu Forschungsergebnissen. Je unattraktiver die Zweitpublikation für die Leser gemacht wird, desto weniger kann sie dieses Ziel för-

190 In einem zu stellenden Antrag, siehe oben III. 3. f) aa).

191 Die *MPI*-Stellungnahme (Fn 5), Rn 17 bemängelt, den vorhandenen institutionellen Repositorien fehle oftmals „eine gewisse Garantie“, „dass ein Beitrag in wissenschaftlicher Hinsicht unzweifelhafte Qualität aufweist“; auch auf Fachrepositorien bezogen *Peukert*, *Wissenschaftliches Kommunikationssystem* (Fn 72), S 23 f, zur Problem der Qualitätskontrolle S 26.

192 So schon *Bargheer/Bellem/Schmidt*, *Open Access und Institutionale Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen*, in: Spindler

(Hrsg), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen*, 2006, S 1, 16.

193 Diese Möglichkeit ist selbst bei der besonders weitreichenden Creative-Commons-Lizenz in Ziffer 4 vorgesehen; siehe etwa *Mantz*, in: Spindler (Fn 164), S 55, 63 f; vgl auch *Krujatz*, *Open Access* (Fn 12), S 129 f.

194 Zu etwaigen Differenzierungsnotwendigkeiten siehe unten III. 4. b) bb).

dern.<sup>195</sup> Aus beiden Richtungen droht eine Verletzung der in Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Publikationsfreiheit: Bei für die Leser zu attraktiven Zweitpublikationsmöglichkeiten, weil renommierte ausländische Subskriptionszeitschriften dann womöglich die Manuskripte nicht mehr akzeptieren und eine adäquate Veröffentlichung dadurch verbaut oder unzumutbar erschwert wird; ein solch schwerwiegender Eingriff in die individuelle Publikationsfreiheit wäre nicht rechtfertigbar. Bei für Rezipienten zu wenig attraktiver Zweitveröffentlichung, weil die Einschränkung der Publikationsfreiheit (auch wenn sie in dieser Konstellation weniger schwer wiegt) nicht mehr durch kollidierendes Verfassungsrecht legitimierbar ist. Dieser Konflikt lässt sich aber durch eine Kompromisslösung bei der Karenzfrist oder mittels Ausnahmen von der Open-Access-Publikationspflicht entschärfen. Dafür spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass viele – auch ausländische – Zeitschriften schon heute in ihren AGBs nach einer gewissen Wartezeit eine Open-Access-Zweitpublikation gestatten. Die in § 38 Abs. 4 UrhG vorgesehene Karenzfrist von einem Jahr betrifft unmittelbar nur das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht des Autors. Sie kann aber als Leitlinie auch für die Open-Access-(Zweit-)Publikationspflicht in DFG-Förderbedingungen dienen. Doch bleibt zu prüfen, ob für bestimmte (Geistes-)Wissenschaften wegen der dortigen längeren Rezeptionszeiträume eine längere Frist angemessen ist.<sup>196</sup>

(b) Bei sonstigen, mittelbar aufsatzbezogenen oder aufsatzfremden *Forschungsdaten* ist eine gemeinsame Basis für einen verhältnismäßigen Interessenausgleich schwerer zu finden, weil sich hier die negative Publikationsfreiheit im Hinblick auf eigene Folgeprojekte oder Fehldeutungsrisiken und das öffentliche Interesse an Zugänglichkeit deutlicher gegenüber stehen. Soweit sich Förderbedingungen eingriffsähnlich auswirken,<sup>197</sup> haben beide Rechtspositionen prima facie ähnlich hohes Gewicht. Will man sich nicht auf bloße dringende Empfehlungen beschränken, erscheint als vermittelnde Lösung eine Open-Access-Veröffentlichungspflicht mit relativ weitreichenden Ausnahmen und Einschränkungen angemessen:

Dem Interesse des Förderungsempfängers an vorrangig eigener Nutzung der von ihm generierten Forschungsdaten, die nicht mit dem publizierten Aufsatz zusammen hängen, ließe sich schwerlich allein durch starre Karenzfristen Rechnung tragen. Es dürfte nämlich große Unterschiede dabei geben, wie schnell ein Forscher die Daten selbst ver-

werten kann und möchte. Deshalb bedarf es einer flexiblen Lösung: Der geförderte Forscher darf nach Ablauf der Karenzfrist vorerst weiterhin auf eine Veröffentlichung von aufsatzfremden Forschungsdaten verzichten, wenn er substantiell und plausibel darlegt, dass er die Daten selbst für ein Folgeprojekt nutzen will oder ein solches Projekt sogar bereits läuft.

Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann von dem geförderten Wissenschaftler eine Veröffentlichung der Forschungsdaten (gleichgültig, ob sie mit seiner Aufsatzpublikation zusammenhängen oder nicht) grundsätzlich wohl nur in der Form verlangt werden, wie sie ihm ohnehin vorliegen. Eine arbeitsaufwändige (weitere) Aufbereitung dieser Daten,<sup>198</sup> damit anderen Wissenschaftlern deren Nutzung erleichtert wird, wäre – jedenfalls ohne Kostenübernahme durch die DFG – kaum zumutbar.

Ein weiterer Vorbehalt – insoweit sogar auch dann, wenn die Förderbedingungen keine eingriffsähnliche Wirkung entfalten – betrifft Aspekte des Datenschutz- und des Urheberrechts. Der Förderungsempfänger muss die Open-Access-Publikation der (Roh-)Daten verweigern können, soweit die Publikation ausnahmsweise gegen den Datenschutz oder gegen das Urheberrecht oder Geheimhaltungspflichten zu verstoßen droht. Insoweit müsste bereits das substantielle Risiko von Rechtsverstößen ausreichen, da von einem Forscher keine – u.U. aufwändige – abschließende rechtliche Klärung erwartet werden kann. Darüber hinaus ist sogar an eine vertragliche (anteilige) Haftungsübernahme der DFG im Innenverhältnis zum geförderten Autor zu denken; dies beträfe den Fall, dass die Open-Access-Publikation der Daten entgegen dem ersten Anschein dennoch Rechte Dritter verletzt und dem von diesem Dritten in Anspruch genommenen Wissenschaftler bei der Vorabprüfung keine grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Einiges spricht sogar dafür, dass neben diesen benannten Ausnahmen bzw. Weigerungsgründen noch eine Generalklausel dergestalt erforderlich ist, dass eine Veröffentlichung aus sonstigen wichtigen Gründen unterbleiben darf.

Im Übrigen müsste der Aufwand des Forschers für die Open-Access-Publikation der sonstigen Forschungsdaten möglichst gering gehalten werden. Insbesondere wäre es ihm nicht zumutbar, intensiv nach einer geeigneten Plattform für die Veröffentlichung zu suchen oder diese gar selbst erst zu schaffen. Deshalb müsste die DFG auf geeignete Publikationsplattformen hinweisen und notfalls hilfsweise eine solche Open-Access-Plattform,

195 Ein Auseinanderfallen von Erst- und Zweitveröffentlichungsversion, wie es wegen § 38 Abs 4 S 1 UrhG bei deutschen Verlagen nur noch bezüglich der Seitenzahlen zu befürchten ist, kann zudem zu Verwirrung führen; siehe *MPI-Stellungnahme* (Fn 5), Rn 35, und *Hansen* (Fn 50), GRUR Int 2009, 799, 803.

196 Unten III. 4. b) bb).

197 Siehe oben III. 3. c) bb); ansonsten sind strengere Regelungen zulässig.

198 Zu den unterschiedlichen Stufen siehe oben II. 2.

derer sich Wissenschaftler bedienen können (nicht müssten), sogar selbst zur Verfügung stellen oder durch beauftragte Dritte zur Verfügung stellen lassen. Dies ließe sich mit einer Plattform für die Open-Access-Veröffentlichung der Aufsätze<sup>199</sup> verbinden.

#### 4. Verfassungsrechtliche Differenzierungsmöglichkeiten und -notwendigkeiten

a) Differenzierungspflichten wegen unterschiedlicher Rahmenbedingungen in verschiedenen Fächern gemäß Art. 3 Abs. 1 GG

Wenn Art. 5 Abs. 3 GG die Schaffung adäquater (Organisations-)Strukturen für die Wissenschaft verlangt, müssen dabei auch die Unterschiede zwischen den verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen berücksichtigt werden. Wo zwischen Fächern oder Fächergruppen fundamental unterschiedliche und damit wesentlich ungleiche Rahmenbedingungen existieren, verbietet sich wegen Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich eine Gleichbehandlung. Gerade für finanzrelevante Evaluationen haben deshalb Rechtsprechung<sup>200</sup> und Literatur<sup>201</sup> eine Differenzierung zwischen verschiedenen Wissenschaftskulturen eingefordert, wie sie besonders Naturwissenschaften einerseits und Kulturwissenschaften andererseits zugeschrieben werden. Dies lässt sich auf die grundausrüstungsrelevante Drittmittelvergabe übertragen. „Aufgrund des weithin anerkannten Gebots zur Wissenschaftsförderung sollte es möglich sein, das Verbot, wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln, über das niedrige Maß einer Willkürkontrolle zum Angemessenheitsgebot zu schärfen.“<sup>202</sup>

Weitestmögliche Individualisierung zwecks Einzelfallgerechtigkeit ist freilich von Art. 3 Abs. 1 GG schon deshalb nicht gefordert, weil abstrakt-generelle Regelungen – seien es Gesetze oder wie hier nur Förderbedingungen – stets eine mehr oder minder weitgehende Generalisierung und dadurch auch typisierende Abstrahierung von den jeweiligen konkreten Gegebenheiten bedingen. Deshalb behält der Gesetzgeber notwendig eine

Einschätzungsprärogative, welche Unterschiede in der Wirklichkeit als so wesentlich eingestuft werden, dass sie eine rechtliche Differenzierung notwendig machen.<sup>203</sup>

Die genannten Leitlinien hat die Rechtsprechung für Typisierungsspielräume des Gesetzgebers entwickelt. Sie lassen sich im Ansatzpunkt aber auf allgemeine Regelungen durch die Verwaltung<sup>204</sup> und hier die DFG übertragen, weil diese in ihren Förderbedingungen notwendig ebenfalls abstrakt-generelle Regelungen zu treffen hat. Zwar ist die wissenschaftliche Selbstverwaltung innerhalb der DFG fachlich eher als der Gesetzgeber in der Lage, sachgerechte Differenzierungen vorzunehmen, doch auch hier stellt sich – etwas abgeschwächt – ein Praktikabilitätsproblem. Bei der Ausdifferenzierung der Open-Access-Publikationspflichten in den DFG-Förderbedingungen geht es nicht nur um die stets notwendige Typisierung durch Generalisierung. Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwieweit aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität auf theoretisch sachnotwendige Differenzierungen verzichtet werden darf. Voraussichtlich unterscheiden sich nämlich die hier relevanten wirtschaftlichen und wissenschaftskulturellen Rahmenbedingungen nicht nur zwischen Fächergruppen und einzelnen Fächern, sondern sogar innerhalb von schon eng definierten Fachgebieten je nach Forschungsgegenstand so erheblich, dass „eigentlich“ Differenzierungen bei den Open Access-Förderbedingungen angemessen wären. Das BVerfG formuliert die Grenzen praktikabilitätsorientierter Typisierung eher eng: „Die Typisierung setzt allerdings voraus, dass die durch sie eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist. Wesentlich ist ferner, ob die Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären; hierbei sind auch praktische Erfordernisse der Verwaltung von Gewicht.“<sup>205</sup> So kann es erforderlich sein, dass eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen eingeräumt wird und zunächst eine gröbere Typisierung erfolgt.<sup>206</sup> Welcher Prozentsatz an – nicht intendierten<sup>207</sup> – Grenz- und Härtefällen dabei noch

199 Siehe oben II. 3. f) aa) sowie soeben unter (1).

200 BVerfGE 111, 333, 359 (Fn 91), mit der Forderung „darauf Rücksicht zu nehmen, dass diese [Evaluations-]Kriterien in den verschiedenen Disziplinen unterschiedlich sein können und gegebenenfalls auch sein müssen“.

201 Besonders deutlich *Bumke*, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), 407, 448 f.

202 *Bumke* (Fn 201), VVDStRL 69 (2010), 407, 449. Er will dabei freilich die Forschungsförderung ausnehmen, „[s]olange [...] eine ausreichende Grundfinanzierung gewährleistet ist, um in tradierter Weise disziplinar zu forschen“; gerade diese Voraussetzungen sind aber nicht mehr in allen Fächern erfüllt (siehe oben 2.1.3.2. und unten 2.3.2.1.).

203 *Osterloh*, in: Sachs (Fn 126), Art 3 Rn 108.

204 *Heun*, in: Dreier (Hrsg), GG-Kommentar, Bd 1, 3. Aufl 2013, Art 3 Rn 34 mit dortiger Fn 232.

205 BVerfG 8.10.1991 – 1 BvL 50/86 – E 84, 348, 360 – Einkommenssteuer; ähnlich BVerfG 7.5.2013 – 2 BvR 909, 1981/06, 288/07 – E 133, 377, 412 f – Ehegattensplittung und eingetragene Lebenspartnerschaften; hervorgehoben von *Osterloh*, in: Sachs (Fn 126), Art 3 Rn 109 mwN aus der Rspr In der Formulierung eingangstendenziell etwas großzügiger, doch am Ende mit ähnlichen Anforderungen BVerfG 23.6.2004 – 1 BvL 3/98 – E 111, 115, 137 – DDR-Sonderrente.

206 So auch *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S 294.

207 Zum Argument der Nebenfolge in Abgrenzung zur intendierten Differenzierung *Huster*, Rechte und Ziele (Fn 206), S 294 ff.

hinnehmbar ist, lässt sich nur bereichs- und situationspezifisch ermitteln., Gegebenenfalls bedarf es einer Härtefallklausel.<sup>208</sup> Dies spricht bei den Open Access-Publikationspflichten für entsprechende Ausnahmen, wenn sich die fachspezifischen Besonderheiten nicht hinreichend differenzierend in den Förderungsbedingungen selbst abbilden lassen.

Je komplexer und schwerer überschaubar sich die Sachverhalte gestalten, umso größere Spielräume gesteht das Verfassungsgericht dem Gesetzgeber zu; zunächst „gröbere“ Regelungen können und müssen aufgrund der gesammelten Erfahrungen gegebenenfalls später verfeinert werden.<sup>209</sup> Die Ausdifferenzierung der Fachkulturen im Wissenschaftssystem weist eine extrem hohe Komplexität auf, so dass nach diesen Maßstäben auch der DFG beim Differenzierungsgrad der Förderbedingungen erhebliche Einschätzungsspielräume bleiben.

#### b) Einzelne Differenzierungskriterien

Es liegt in der Logik wissenschaftlicher Autonomiegewährleistung, verstärkt auf Grundrechtsschutz durch Verfahren zu setzen und dabei dem fachspezifischen Sachverstand in den Fachkollegien der DFG bei der konkreten Ausgestaltung eine Schlüsselrolle einzuräumen. Somit kann es im Folgenden nur darum gehen, die Richtung für eventuell notwendige Differenzierungen oder Härtefallregelungen aufzuzeigen.

Für den empirischen Hintergrund stützen sich die folgenden Ausführungen besonders auf zwei recht aktuelle<sup>210</sup> deutsche<sup>211</sup> Quellen: auf eine vom Verfasser

durchgeführte – in keiner Weise repräsentative und erst recht nicht annähernd flächendeckende – Befragung von Repräsentanten verschiedener Fächer<sup>212</sup> und auf eine weitaus breiter angelegte, die hier interessierenden Fragen allerdings nur teilweise abdeckende Studie von *Eger/Scheufen/Meier-Rieks*.<sup>213</sup>

Bei der Angewiesenheit auf staatliche und besonders DFG-Forschungsförderung sowie bei der Publikationskultur nebst ökonomischen Rahmenbedingungen zeigen sich zwischen verschiedenen Fächern und Forschungsformen erhebliche Unterschiede. Für konkretere Folgerungen kann man sich jedoch nur auf wenige aktuelle empirische Daten stützen.<sup>214</sup>

Die ohnehin nur punktuellen Auskünfte und die publizierten Datensätze ermöglichen kaum belastbare verallgemeinernde Aussagen, die als Grundlage für fach(gruppen)spezifisch ausdifferenzierte Open-Access-Förderbedingungen dienen könnten. Zwar deutet einiges darauf hin, dass die Angewiesenheit auf Drittmittel in den empirisch und experimentell arbeitenden Disziplinen tendenziell höher ist als in den hermeneutisch arbeitenden (Geistes-)Wissenschaften. Aus dieser allgemeinen Tendenz lassen sich jedoch kaum trennscharf konkrete Fächer(gruppen) herausdestillieren, bei denen mangels Grundausrüstungsrelevanz der Förderung von vornherein nicht in Art. 5 Abs. 3 GG eingegriffen wird und deshalb keine oder zumindest weniger Einschränkungen bei den Verpflichtungen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten wären. Ebenso erscheint es sehr schwierig, einen konkreten Fächerkanon auszuma-

208 *Osterloh*, in: Sachs (Fn 126), Art 3 Rn 111. Dazu auch ausführlich *Pernice*, Billigkeit und Härteklausele im öffentlichen Recht, 1987, S 266 ff und auch *Huster*, Rechte und Ziele (Fn 206), S 289 f und *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S 42.

209 So zusammenfassend *Osterloh*, in: Sachs (Fn 126), Art 3 Rn 108.

210 Ältere Untersuchungen – z.B. DFG, Publikationsstrategien im Wandel? Ergebnisse einer Umfrage zum Publikations- und Rezeptionsverhalten unter besonderer Berücksichtigung von Open Access, 2005 ([http://www.dfg.de/download/pdf/dfg\\_im\\_profil/evaluation\\_statistik/programm\\_evaluation/studie\\_publicationsstrategien\\_bericht\\_dt.pdf](http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/evaluation_statistik/programm_evaluation/studie_publicationsstrategien_bericht_dt.pdf) - 28.7.2014) – sind angesichts der dynamischen Entwicklung bei der Open-Access-Publikation wenig aussagekräftig

211 Studien mit ausländischer oder internationaler Ausrichtung – für Großbritannien namentlich der *Finch Group Report* nebst Reaktionen (Nachweise bei *Peukert*, Wissenschaftliches Kommunikationssystem [Fn 72], dortige Fußnoten 5 und 13); für die EU-Forschungsförderung *European Commission*, Survey on open access in FP7, 2012 ([http://ec.europa.eu/research/science-society/document\\_library/pdf\\_06/survey-on-open-access-in-fp7\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/science-society/document_library/pdf_06/survey-on-open-access-in-fp7_en.pdf) - 28.7.2014) – lassen sich nicht ohne weiteres auf die deutsche Wissenschaftslandschaft übertragen.

212 Auf meinen Fragebogen inhaltlich geantwortet haben: für die Biologie (Pflanzenwissenschaft) Prof. Dr. Ekkehard *Neuhaus*, Universität Kaiserslautern; für die Deutsche Sprachwissenschaft Prof. Dr. Rüdiger *Harnisch*, Universität Passau; für die Bildungsforschung Prof. Dr. Dr. h.c. Detlev *Leutner*, Universität Duisburg-Essen; für die Archäologie Prof. Dr. Ortwin *Dally*, Deutsches Archäologisches In-

stitut; für die Baustofftechnologie Prof. Dr.-Ing. Harald *Budelmann*, TU Braunschweig; für die Kunstgeschichte Prof. Dr. Hubertus *Kohle*, Universität München; für die Angewandte diskrete Mathematik Dr. Thomas *Koch*, Konrad-Zuse-Zentrum für Informationstechnik, Berlin; für die Linguistik Prof. Dr. Regine *Eckardt*, Universität Göttingen; für die Chemie Prof. Dr. Dieter *Enders*, RWTH Aachen, jeweils mit E-Mail im August/September 2013; Dr. Michael *Lautenschläger*, Deutsches Klimazentrum Hamburg, im persönlichen Gespräch.

213 *Eger/Scheufen/Meierrieks*, Open Access Publishing (Fn 171). – Zwar gibt es zu Open-Access eine Vielzahl weiterer Befragungen und empirischer Arbeiten, doch viele davon haben im Schwerpunkt die Akzeptanz dieser Publikationsform zum Gegenstand und beschäftigen sich nicht differenziert mit den fachspezifischen Rahmenbedingungen; hervorgehoben seien: *Dallmeier-Tiessen/Lengenfelder*, Open Access in der deutschen Wissenschaft – Ergebnisse des EU-Projekts „Study of Open Access Publishing“ (SOAP), 2011 (<http://www.egms.de/static/en/journals/mbi/2011-11/mbi000218.shtml> - 28.7.2014); *Dallmeier-Tiessen ua*, Highlights from the SOAP project survey. What Scientists Think about Open Access Publishing, 2011, arXiv 1101.5260 (knapp 18.000 Befragte); *Fry ua*, PEER Behavioural Research: Authors and Users vis-à-vis Journals and Repositories, Final Report 2001 ([http://cdn.elsevier.com/assets/pdf\\_file/0013/112126/PEER\\_D4\\_final\\_report\\_29SEPT11.pdf](http://cdn.elsevier.com/assets/pdf_file/0013/112126/PEER_D4_final_report_29SEPT11.pdf) - 28.7.2014).

214 Auf den Abdruck der detaillierten Auseinandersetzung mit den genannten beiden Untersuchungen wird im Folgenden verzichtet.

chen, bei dem fast durchweg in deutschen Verlagen publiziert wird, so dass das Zweitveröffentlichungsrecht durch § 38 Abs. 4 UrhG abgesichert und daher die Auswirkungen auf die Erstpublikationsmöglichkeiten gering erscheinen. Allenfalls ließe sich insoweit an die Deutsche Sprachwissenschaft und an die Rechtswissenschaft denken, doch auch dort gibt es Ausnahmen (besonders im Völker- und im Europarecht). Ferner ist, über eine grobe Tendenz zur Differenzierung zwischen Natur- und Geisteswissenschaften hinaus, keine hinreichend genau abgrenzbare Gruppe von Fächern zu identifizieren, in der bereits hinreichend renommierte Open-Access-Journals zur Verfügung stehen, so dass schon die „golden road“ eine verhältnismäßige Option darstellen würde. Und schließlich bleiben auch die Angaben bezüglich einer Zweitpublikationsmöglichkeit recht diffus; weder bei der freiwilligen Zulassung solcher Open-Access-Zweitpublikationen durch ausländische Verlage noch bei zur Verfügung stehenden qualitätsgesicherten Repositorien erlauben die vorliegenden spärlichen Daten eine belastbare Kategorienbildung. Einzig bei der Karenzzeit scheint sich eine Regelfrist von einem Jahr in der bisherigen Praxis der (auch ausländischen) Verlage, die schon freiwillig eine solche Zweitpublikation gestatten, heraus zu bilden.

In Bezug auf die Forschungsdaten bleiben die Befunde ebenfalls zu unklar, um Verallgemeinerungen zuzulassen. Zwar werden meist verarbeitete Daten und nicht „echte“ Rohdaten benötigt. Doch gibt es auch Gegenbeispiele, die sich nicht in einer klaren Fächerstruktur verorten lassen. Datenschutzprobleme sind zwar besonders in der Medizin zu vermuten, lassen sich aber auch in anderen Fächern nicht gänzlich ausschließen. Der Wunsch schließlich, selbst generierte Daten auch selbst in Anschluss-Forschungsprojekten zu nutzen, dürfte wohl fächerübergreifend groß sein; dafür einzuräumende Karenzfristen sind wahrscheinlich eher einzelfall- als von der Wissenschaftsdisziplin abhängig.

Vor diesem Hintergrund erscheint es weder geboten noch sinnvoll, die disziplinär oder in differierenden Forschungsformen begründeten Unterschiede in fach(gruppen)spezifisch ausdifferenzierten DFG-Förderbedingungen abzubilden. Ohne zusätzliche empirische Erkenntnisse sähe sich eine fachbezogene Differenzierung von Open-Access-Regularien sogar dem Vorwurf einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung ausgesetzt. Daher sollte mit Härtefallklauseln u.ä. operiert werden, um im Ausgangspunkt allgemeine Open-Access-Förderbedingungen, die vor allem die „green road“ im Blick haben, auch in atypischen Konstellationen verhältnismäßig zu machen. Soweit für bestimmte Wissenschaftszweige (Teile der Rechtswissenschaft) gar keine besonderen Verhältnismäßigkeitsanforderungen

gelten, führte dies dazu, dass es bei den relativ strengen Förderbedingungen bliebe und eben keine Härtefall-Erleichterungen eingriffen. Gleiches würde (in etwas abgeschwächter Form) für Disziplinen oder Konstellationen gelten, in denen renommierte Open-Access-Journals für die „golden road“ existieren. Wenn dagegen überzeugend begründet wird, dass in einer bestimmten (geisteswissenschaftlichen) Disziplin deutlich längere Verwertungszeiträume als ein Jahr für Aufsatzpublikationen üblich sind, könnte über eine entsprechende Klausel eine Verlängerung der Karenzfrist bis zu zwei Jahren beantragt und bewilligt werden. Zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit der Regelung ist für Härtefälle darüber hinaus sogar eine weiterreichende, gegebenenfalls sogar komplette Befreiungsmöglichkeit von der Open-Access-(Zweit-)Publikationspflicht empfehlenswert. Diese Ausnahme kann aber auf Auslandspublikationen beschränkt und zusätzlich daran gekoppelt werden, dass die für die Erstpublikation ausgesuchte Zeitschrift darauf besteht und (kumulativ) auch für die dortige Forschungsförderung keine entsprechende Open-Access-Publikationspflicht vorgesehen ist. Diese Voraussetzungen hätte der Geförderte in seinem Antrag auf Befreiung überzeugend darzulegen.

Bezüglich der Forschungsdaten erscheint ein Hinweis ausreichend, dass diese Publikationspflicht entfällt, wenn in dem geförderten Projekt keine entsprechenden Daten generiert worden sind. Wenngleich wohl primär bereits verarbeitete Daten benötigt werden, sollte es angesichts dennoch bestehender Unterschiede zur Sicherung der Zumutbarkeit dem einzelnen Förderungsempfänger überlassen bleiben – u.U. kombiniert mit einer Pflicht zur kurzen Begründung –, Daten welchen Verarbeitungsgrades er im Internet veröffentlicht. Datenschutzprobleme lassen sich mittels einer entsprechenden Ausnahmeklausel mit Begründungspflicht entschärfen. Einem Förderungsempfänger, der die von ihm generierten Daten zuerst selbst nutzen möchte, sollte auf begründetem Antrag hin dafür eine – gegebenenfalls verlängerbare – Karenzfrist für die Online-Publikation der Forschungsdaten eingeräumt werden.

#### c) Differenzierungsmöglichkeit zwischen Zeitschriften- und Buchpublikation

Die Auflagen zur Open-Access-(Zweit-)Publikation in DFG-Förderbedingungen sollen nur für Aufsätze, nicht für Bücher gelten. Auf den ersten Blick scheint dies grundrechtlich gänzlich unbedenklich, weil dadurch die Publikationsfreiheit der Förderungsempfänger geschont und nicht eingeschränkt wird. Doch verbietet Art. 3 Abs. 1 GG auch einen „gleichheitswidrige[n] Begünstigungs-

ausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird“<sup>215</sup> Hier ließe sich die Ausnahme für Bücher als eine Begünstigung verstehen, welche den Autoren von Aufsätzen (insbesondere in ausländischen Zeitschriften, wo die Anwendbarkeit von § 38 Abs. 4 UrhG zweifelhaft ist<sup>216</sup>) vorenthalten bleibt. Anders ausgedrückt: Es könnte gegen das Gebot der Folgerichtigkeit<sup>217</sup> (oder, mit etwas anderer Akzentsetzung, Systemgerechtigkeit) verstoßen, wenn Open-Access-(Zweit-)Veröffentlichungen nicht konsequent von grundsätzlich allen Förderungsempfängern verlangt werden, unabhängig davon, ob sie Aufsätze oder Bücher verfasst haben.

Dem muss hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden. Denn auch das BVerfG geht davon aus, dass sich ein Begünstigungsausschluss zumindest<sup>218</sup> dann rechtfertigen lässt, wenn für die Ungleichbehandlung Gründe von hinreichendem Gewicht vorliegen.<sup>219</sup> Bei der Open-Access-Publikation ist dafür zunächst auf § 38 Abs. 4 UrhG zu verweisen, worin das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht ausdrücklich auf „periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinende Sammlungen“ beschränkt ist, einzelne Bücher (insbesondere Monographien) also ausgeklammert bleiben.<sup>220</sup> Darüber hinaus unterscheiden sich die ökonomischen Rahmenbedingungen für Aufsatz- und Buchproduktionen typischerweise mehr oder minder deutlich: Bei Büchern muss der Autor meist einen höheren (Druckkosten-)Zuschuss leisten, bei Aufsätzen sind nur in wenigen Fachgebieten „submission fees“ üblich. Demzufolge würde eine Open-Access-Publikationspflicht bei Büchern den Förderungsempfänger im Ausgangspunkt ökonomisch stärker belasten<sup>221</sup> als bei Aufsätzen. Dieser ökonomische Nachteil ließe sich freilich durch eine erhöhten DFG-Publikationspauschale ausgleichen. Doch schon die Begrenzung des § 38 Abs. 4 UrhG auf periodische Publikationen lässt es auf keinen Fall als willkürlich und mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit auch als verhältnismäßig erscheinen, wenn die DFG-Förderbedingungen diesem Vorbild folgen und ebenfalls Buchpublikationen von der Pflicht zur Open-Access-(Zweit-)Veröffentlichung ausnehmen.

Der Begünstigungsausschluss für alle Arten von Aufsätzen im Gegensatz zu Büchern verstößt daher nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Im Gegenteil erschiene es im Lichte von Art. 3 Abs. 1 GG, der auch die ungerechtfertigte Gleichbe-

handlung von wesentlich Ungleichem verbietet, äußerst bedenklich (wenn auch nicht evident verfassungswidrig), wenn die Open-Access-Publikationspflicht auch Monographien einbeziehen würde. Denn es wäre sehr zweifelhaft, ob sich die Autoren ohne urheberrechtliche „Rückendeckung“ im Verlagsvertrag ein Zweitveröffentlichungsrecht herausverhandeln könnten.

#### IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

(1) Möglichkeiten und Grenzen von Open-Access-Publikationsverpflichtungen werden wesentlich durch die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen beeinflusst. Denn von einem DFG-Förderungsempfänger kann verfassungsrechtlich nur das verlangt werden, was er ohne unzumutbare Nachteile oder Risiken urheberrechtlich tun darf. § 38 Abs. 4 UrhG verschafft dem Autor ein im (deutschen) Verlagsvertrag nicht abdingbares Open-Access-Zweitveröffentlichungsrecht für Aufsätze in mindestens zweimal jährlich erscheinenden Zeitschriften o.ä.. Im Hinblick auf die einschränkenden Bedingungen – Karenzfrist von einem Jahr, keine Originalformatierung – verletzt diese Norm nicht die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit der Verlage. Deutsche Verlage können die Annahme eines Aufsatzes zur Erstveröffentlichung nun nicht mehr davon abhängig machen, dass der Autor auf eine entsprechende Zweitpublikation verzichtet; daher kann eine Open-Access-(Zweit-)Publikationspflicht die Chancen eines DFG-Förderungsempfängers, den Aufsatz in der von ihm gewählten Subskriptionszeitschrift zu veröffentlichen, nun nicht mehr verschlechtern. Ob dagegen das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG auch bei Verlagsverträgen nach ausländischem Recht bei Rechtsstreitigkeiten im Ausland durchsetzbar ist, bleibt nach internationalem Privatrecht ungewiss.

Bei Forschungsdaten handelt es sich in der Rohform mangels persönlicher geistiger Schöpfung regelmäßig – Ausnahmen sind möglich – noch gar nicht um ein urheberrechtlich schützenswertes „geistiges Werk“ im Sinne von § 2 Abs. 1 UrhG. Selbst bei der Sammlung und Zusammenstellung ist dies gemäß § 4 UrhG meist noch nicht der Fall, wenn diese Zusammenstellung ohne (Relevanz-)Auswahl auf Vollständigkeit zielt. Für eine Datenbank mit Forschungsdaten kann allerdings ein leistungsrechtli-

215 BVerfG 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07 - E 121, 317, 370 – Rauchverbot; vgl auch BVerfG 21.6.2006 – 2 BvL 2/99 – E 116, 164, 180.

216 Siehe oben III. 1. a) bb).

217 Beiläufig aufgegriffen von BVerfGE 121, 317, 374 (Fn 215).

218 In anderen Entscheidungen hat das Gericht, eher im Sinne eines bloßen Willkürverbots, bereits „plausible“ oder „hinreichende“

Gründe ausreichen lassen; siehe *Osterloh*, in: Sachs (Fn 126), Art 3 Rn 100.

219 Vgl BVerfGE 121, 317, 371 (Fn 215).

220 Siehe dazu auch oben III. 1. a) aa).

221 Unabhängig davon, ob man diese finanziellen Interessen in Art 5 Abs 3 GG oder in Art 12 GG geschützt sieht; dazu oben III. 3. a) aa).

cher Schutz nach § 87a UrhG bestehen, der dann jedoch demjenigen – möglicherweise sogar der DFG – zusteht, der die Datenbank finanziert hat. Dagegen liegt bei wissenschaftlicher Aufbereitung der Daten (nicht nur in Aufsatzform) zweifelsohne ein geistiges Werk vor, das Urheberrecht genießt.

Das Urheber(persönlichkeits)recht und damit auch die Entscheidung über die Publikation steht bei Aufsätzen wie bei ausnahmsweise geschützten Forschungsdaten stets dem oder den Wissenschaftler(n) zu, der oder die das Forschungsprojekt verantwortlich durchführen; (Teil-)Ergebnisse von Mitarbeitern sind ihnen regelmäßig arbeitsrechtlich zuzurechnen. Bei den Arbeiten der Hochschullehrer handelt es sich in verfassungskonformer Auslegung nicht um Pflichtwerke, an denen nach § 43 UrhG die jeweilige Hochschule als Arbeitgeber eine Zwangslizenz beanspruchen könnte. Ein Recht auf Open-Access-Zweitpublikation lässt sich auch aus der Grabungsmaterialien-Entscheidung des BGH nicht herleiten.

(2) *Datenschutz*-Restriktionen greifen nur dort ein, wo es sich bei publikationswürdigen Forschungsdaten ausnahmsweise – am ehesten wohl in der Medizin – um personenbezogene Daten handelt. Dies ist auch dann der Fall, wenn eine Reanonymisierung mit zumutbarem Aufwand möglich bleibt. Dann bedürfte es für die Veröffentlichung der Zustimmung der Betroffenen, was für eine Open-Access-Publikation, die dem Betroffenen selbst keinen direkten Vorteil bringt, kaum zu bewerkstelligen sein wird. Da sich ein Personenbezug wohl allenfalls bei Rohdaten herstellen lässt, dürften die Datenschutzprobleme oftmals dadurch lösbar sein, dass die Forschungsdaten erst in einer höheren Verarbeitungsstufe publiziert werden.

(3) Eine *Open-Access-Publikationspflicht* greift unter bestimmten, aber nur in Teilbereichen erfüllten Voraussetzungen in das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) ein und schafft dort entsprechende Rechtfertigungslasten.

Bei *Aufsätzen* berührt die Open-Access-Publikationspflicht bei der „golden road“ direkt, bei der „green road“ zumindest potentiell mittelbar die freie Entscheidung über das „Wo“ der Publikation und damit die positive Publikationsfreiheit. Denn es besteht eine realistische, nicht nur ganz entfernte Möglichkeit, dass die Open-Access-Zweitveröffentlichung negative Rückwirkungen auf die die Rahmenbedingungen (insbesondere vom Autor zu tragender Druckkostenzuschuss) der Erstpublikation (auch im Inland) oder bei ausländischen Verlagen sogar auf die Annahme zur Veröffentlichung (weil die internationale Durch-

setzbarkeit des § 38 Abs. 4 UrhG fraglich bleibt) zeitigt. Bei *Forschungsdaten*, soweit bereits im Aufsatz veröffentlicht, ist schon die Entscheidungsfreiheit über das „Ob“ der Publikation und damit die negative Publikationsfreiheit betroffen.

Die Förderungstätigkeit der DFG ist ungeachtet ihrer Selbstverwaltungsstrukturen insbesondere wegen der staatlichen Finanzierung und auch der Beteiligung von Vertretern des Bundes und der Länder im Hauptausschuss der DFG gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden. Grundsätzlich handelt es sich bei den DFG-Förderbedingungen jedoch um bloße Leistungsmodalitäten. Nur unter bestimmten Voraussetzungen kann man ihnen eingriffsähnliche Wirkung zusprechen. Dafür muss der Förderungsempfänger für eine amtsangemessene Forschung auf semi-staatliche Drittmittel angewiesen sein, weil seine voraussetzungslos zu gewährende Grundausrüstung dazu nicht ausreicht. In dieser Konstellation verkürzt die Open-Access-Publikationspflichten die Freiheit des Förderungsempfängers, in einem durch die Grundausrüstung – bzw. hier durch die grundausrüstungersetzenden Drittmittel – definierten Kernbereich bedingungsfrei forschen zu können. In die Betrachtung einzubeziehen sind dabei nicht nur Drittmittel der DFG, sondern auch anderer (semi-)staatlicher Organisationen und Förderprogramme; außer Betracht bleiben dagegen private Drittmittel, da ausschließlich der grundrechtsgebundene Staat zur grundsätzlich bedingungsfreien Gewährung einer finanziellen Grundausrüstung verpflichtet ist.

(4) Wo die Open-Access-Förderbedingungen der DFG nicht eingriffsähnlich wirken, gilt nur das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Willkürverbot. Sofern dagegen die positive bzw. negative Publikationsfreiheit eingriffsähnlich beeinträchtigt werden, lässt sich dies durch kollidierendes Verfassungsrecht *rechtfertigen*. Dieses findet sich in der objektiv-rechtlichen Dimension sowohl der Wissenschafts- als auch der Informationsfreiheit; darin wird nämlich auch das Interesse der Scientific Community an verbesserter Zugänglichkeit forschungsrelevanter Informationen und der Allgemeinheit an innovationsfördernden Rahmenbedingungen für die Forschung abgebildet. Einer gesetzlichen Grundlage bedarf es dazu nicht. In der Verhältnismäßigkeitsabwägung ist sowohl für Aufsätze als auch für Forschungsdaten ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen den kollidierenden grundrechtlich geschützten Interessen möglich.

Bei *Aufsätzen* geht es vor allem darum, die Informationsinteressen der Scientific Community sowie das im wesentlichen gleichgerichtete Verbreitungsinteresse des Förderungsempfängers durch entsprechende Ausgestaltung der Open-Access-Publikationsbedingungen effek-

tiv zu fördern und zugleich negative Nebenwirkungen auf die (Erst-) Publikationsmöglichkeiten der Geförderten weitestmöglich zu vermeiden. Zwar ist die Erstveröffentlichung im frei zugänglichen Internet („golden road“) bislang nur in Teilbereichen eine zumutbare Option, weil oftmals noch hinreichend renommierte Open Access-Journals fehlen. Doch kann die Verhältnismäßigkeit der Open-Access-Zweitpublikationspflicht („green road“) durch Rahmenbedingungen gesichert werden, die grundsätzlich denen des Zweitveröffentlichungsrechts in § 38 Abs. 4 UrhG entsprechen: keine Original-Formatierung, doch mit Verweis auf die Original-Seitenumbrüche; Karenzfrist von grundsätzlich einem Jahr. Zusätzlich sind allerdings Modifikationen oder Härtefallregelungen geboten, um die Verhältnismäßigkeit auch bei Auslandspublikationen zu sichern, bei denen die Durchsetzbarkeit des Zweitveröffentlichungsrechts aus § 38 Abs. 4 UrhG zweifelhaft erscheint.

Bei *Forschungsdaten* existiert ein schärferer Interessengegensatz zwischen dem Geförderten, der meist kein Eigeninteresse an einer keinen Reputationsgewinn versprechenden und für ihn zusätzlichen Aufwand bedeutenden Veröffentlichung solcher „nackter“ Daten besitzt und diese gegebenenfalls noch für Anschlussprojekte exklusiv selbst nutzen möchte, und den anderen Wissenschaftlern sowie der Allgemeinheit, die sich von der Allgemein zugänglichkeit der Daten eine Belebung von Forschung und Innovation erhoffen. Doch kann auch hier ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen den kollidierenden Interessen und Verfassungsgütern mittels einer flexibel auszugestaltenden und im Einzelfall auf begründeten Antrag verlängerbaren Karenzfrist hergestellt werden, Ferner ist eine Ausnahme dafür vorzusehen, dass die Veröffentlichung der Forschungsdaten gegen den Datenschutz verstoßen würde. Um die Publikationspflicht für den Förderungsempfänger zumutbar zu halten, muss ihm die Open-Access-Veröffentlichung der Forschungsdaten grundsätzlich in der Verarbeitungsstufe (Rohdaten oder bereits „veredelte“ Daten) gestattet werden, in dem sie ihm bereits vorliegen.

Ferner trifft die DFG eine *Gewährleistungsverantwortung* dafür, dass ein für Aufsatzweitpublikation und für die Veröffentlichung der Forschungsdaten geeignetes qualitätsgesichertes Repositorium in allen betroffenen Wissenschaftsdisziplinen vorhanden ist. Notfalls muss die DFG eine solche Plattform selbst oder in Kooperation mit Dritten schaffen.

(5) Verschiedene Forschungsmodalitäten, Fächer oder Fächergruppen weisen unterschiedliche „Kulturen“ und sonstige (ökonomische) Rahmenbedingungen auf. Diese müssen vor Art. 3 Abs. 1 GG gegebenenfalls zu differenzie-

renden Regelungen in den Open-Access-Förderbedingungen führen. Soweit aus Praktikabilitätsgründen unverzichtbar, bestehen jedoch Typisierungsmöglichkeiten. Gegebenenfalls kann und muss die Verhältnismäßigkeit durch Härtefallklauseln u.ä. gesichert werden. Inwieweit differenziert oder typisiert wird, ist von den Selbstverwaltungsgremien (insb. Fachkollegien) der DFG, die den entsprechenden Sachverstand besitzen und deshalb Grundrechtsschutz auch durch Verfahren gewährleisten, zu entscheiden.

*Fach(gruppen)bezogene Differenzierungen* sind vor allem in folgender Hinsicht zu erwägen: bezüglich der Angewiesenheit auf (semi-)staatliche Drittmittel, weil nur dann Art. 5 Abs. 3 GG eingreift; hinsichtlich des Vorhandenseins renommierter Open-Access-Journals, weil nur dann die „golden road“ eine zumutbare Alternative zur Erfüllung der Publikationspflicht im frei zugänglichen Internet bilden kann; im Hinblick auf die Bedeutung ausländischer Verlage, weil bei Erstpublikation in ausländischen Zeitschriften nicht auf das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Abs. 4 UrhG vertraut werden kann; bei den typisierend üblichen Rezeptionszeiträumen, weil davon die Länge der gebotenen Karenzfrist bis zur Zweitveröffentlichung abhängt. Das spärliche einschlägige und hinreichend aktuelle empirische Datenmaterial erlaubt indes auch typisierend keine hinreichend klaren Unterscheidungen entlang unterschiedlicher Forschungsmodalitäten, Fächern oder Fachgruppen.

Vorzugswürdig erscheint deshalb eine typisierend-allgemeine Regelung für zunächst alle Wissenschaftsdisziplinen, die jedoch über *Ausnahmen und Härtefallklauseln* Raum lässt für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Fach und sogar des Einzelfalls. Soweit für bestimmte Wissenschaftszweige gar keine besonderen Verhältnismäßigkeitsanforderungen gelten, führte dies dazu, dass es bei den relativ strengen Förderbedingungen bliebe und eben keine Härtefall-Erleichterungen eingriffen. Ähnliches würde für Disziplinen oder Konstellationen gelten, in denen renommierte Open-Access-Journals für die „golden road“ existieren. Wenn dagegen ein Förderungsempfänger überzeugend begründet, dass in einer bestimmten (vor allem geisteswissenschaftlichen) Disziplin deutlich längere Verwertungszeiträume als ein Jahr für Aufsatzpublikationen üblich sind, könnte über eine entsprechende Klausel auf Antrag die Karenzfrist bis zu zwei Jahren verlängert werden. Zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit der Regelung ist für Härtefälle darüber hinaus sogar eine weiterreichende, gegebenenfalls sogar komplette Befreiungsmöglichkeit von der Open-Access-(Zweit-)Publikationspflicht empfehlenswert. Diese Möglichkeit kann aber von vornherein auf Auslandspublikationen beschränkt und zusätzlich daran gekoppelt werden, dass die für die Erstpublikation ausge-

suchte Zeitschrift darauf besteht und (kumulativ) auch für die dortige Forschungsförderung keine entsprechende Open-Access-Publikationspflicht vorgesehen ist. Bei Forschungsdaten sollte es zur Sicherung der Zumutbarkeit wohl dem einzelnen Förderungsempfänger überlassen bleiben – u.U. kombiniert mit einer Pflicht zur kurzen Begründung –, Daten welchen Verarbeitungsgrades er im Internet veröffentlicht. Datenschutzprobleme lassen sich mittels einer entsprechenden Ausnahmeklausel mit Begründungspflicht entschärfen. Einem Förderungsempfänger, der die von ihm generierten Daten zuerst selbst nutzen möchte, sollte auf begründetem Antrag dafür eine – gegebenenfalls

verlängerbare – Karenzfrist für die Online-Publikation der Forschungsdaten eingeräumt werden.

Es verstößt nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), wenn die Open-Access-Publikationspflicht in den DFG-Förderbedingungen *auf Aufsätze beschränkt* wird, Monographien also nicht erfasst werden. Die Unterschiede in den ökonomischen Rahmenbedingungen sind dafür ein hinreichender sachlicher Grund.

Der Autor ist Professor an der Bucerius Law School Hamburg und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, III: Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung.