

Michael Fehling

*Möglichkeiten und Grenzen für Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen einschließlich der Verpflichtung zum Einbehalt von Nutzungsrechten – Ein Update**

Übersicht

I. Neue Akzente durch veränderte Rahmenbedingungen

II. Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen für Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen

1. Unveränderte grundrechtsdogmatische Maßstäbe
 - a) Öffentliche Forschungsförderung auf nationaler Ebenen unter Art. 5 Abs. 3 GG
 - b) Weitgehende Übertragbarkeit auf die europäische Ebene trotz kleiner dogmatischer Unterschiede
 - c) Fehlende Bedeutung anderer Grundrechte im hiesigen Kontext
2. Gute wissenschaftliche Praxis als zunehmend zentrale Kategorie
 - a) Bedeutung für die Konturierung der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit
 - b) Verknüpfung von wissenschaftsethischen Standards und gelebter Praxis in einem rechtlichen Rahmen
3. Notwendigkeit vorsichtiger Neubewertung angesichts des disziplinspezifischen Wandels der relevanten Praktiken
4. Konsequenzen für zulässige Ausgestaltungsmöglichkeiten von Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen
 - a) Reichweite einer Verpflichtung zur Open Access-Publikation
 - b) Berücksichtigung der fachspezifisch unterschiedlichen Wissenschaftskulturen
 - c) Verbleibende freie Wahlmöglichkeiten des Autors
 - d) Vorschläge für Regelbeispiele
 - e) Steuerungsmöglichkeiten bei der faktischen Reichweite der Ausnahmen
 - f) Erweiterung der erfassten Publikationen durch zusätzliche Publikationszuschüsse

III. Verpflichtung in Förderbedingungen zum Einbehalt von Nutzungsrechten im Verlagsvertrag

1. Tendenziell geringer Eingriff in die Publikationsfreiheit
2. Verbleibende Bedeutung eines vertraglichen Rechte-Vorhalts trotz § 38 Abs. 4 UrhG
3. Unzumutbarkeit und subjektive Unmöglichkeit als Verhältnismäßigkeitsgrenze
4. Konsequenzen für zulässige Gestaltungen in den Förderbedingungen
 - a) „Comply or explain“-Verpflichtungen und Alternativen
 - b) Erleichterung durch Abschluss von Transformationsverträgen

IV. Zusammenfassung

I. Neue Akzente durch veränderte Rahmenbedingungen

Das Anliegen, öffentlich – etwa durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), aber auch durch Bundesministerien oder die Europäische Kommission – geförderte Wissenschaftler in den Förderbedingungen¹ zur Publikation der daraus entstandenen Aufsätze Open Access zu verpflichten, steht schon seit längerem im Raum und wurde in dieser Zeitschrift bereits ausführlich rechtlich analysiert.² Die Entwicklung ist dabei jedoch nicht stehen geblieben. Zwar hat sich Open Access in den meisten Fachdisziplinen noch nicht als regelmäßige oder vorherrschende Publikationsform durchgesetzt, doch werden mittlerweile immer mehr wissenschaftliche Artikel barriere- und kostenfrei im Internet zugänglich gemacht. Zudem verbreitet sich die Einschätzung,

* Erweiterte und überarbeitete Fassung eines Kurzgutachtens, das der Verfasser im Herbst 2023 für die DFG erstattet hat. – Alle Internetquellen wurden zuletzt am 19.11.2024 abgerufen.

¹ Nicht unmittelbar Gegenstand dieses Beitrags ist demgegenüber die Auferlegung einer Zweitveröffentlichungspflicht (i. S. einer Pflicht des Urhebers, von der Ermächtigung in § 38 Abs. 4 UrhG Gebrauch zu machen) durch staatliche Hochschulen, wie es die Universität Konstanz auf Grundlage der landesrechtlichen Sat-

zungsermächtigung in § 44 Abs. 6 LHG BW versucht hatte; dazu Frenzel, in: von Coelln/Haug (Hrsg.), BeckOK Hochschulrecht BW, Stand 33. Edition 1.3.2021, § 44 LHG BW Rn. 34 ff.; Höpfner/Amschewitz, Die Zweitveröffentlichungspflicht im Spannungsfeld von Open-Access-Kultur und Urheberrecht, NJW 2019, 2966 ff.; w.N. in Fn. 53.

² Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, 179 ff.

dass Creative-Commons-Lizenzen³ einen sinnvollen Ausgleich zwischen der urheberrechtlichen Absicherung des Autors und den Nutzungsinteressen der Allgemeinheit zu gewährleisten vermögen.⁴ Erste Ansätze gibt es dazu sogar schon in der Rechtswissenschaft,⁵ wo die Publikationslandschaft bislang mit wenigen Ausnahmen⁶ durch Subskriptionszeitschriften geprägt ist. Gestützt durch Rahmenvereinbarungen großer Wissenschaftsorganisationen mit großen Verlagen (sog. Transformationsvereinbarungen) gelingt es Autoren/-innen immer häufiger, eine für sie auch finanziell tragbare Open Access-Publikationsmöglichkeit zu sichern.

Vor diesem – noch näher zu analysierenden – Hintergrund soll hier der Schwerpunkt auf der Frage liegen, inwieweit sich die Rahmenbedingungen in der Scientific Community oder jedenfalls in bestimmten Disziplinen sowie in der urheberrechtlichen Praxis zwischenzeitlich dergestalt verändert haben, dass mittlerweile weiterreichende Verpflichtungen mit der negativen Publikationsfreiheit der Geförderten vereinbar sind als noch vor etwa zehn Jahren.

Dabei könnte der/die Förderungsempfänger/-in einer etwaigen Open Access-Verpflichtung grundsätzlich auf zwei Wegen nachkommen: entweder durch Erstveröffentlichung (Golden Road, idealerweise für den Autor/die Autorin ohne Publikationsgebühren – sogenannter Diamond Open Access) in einem Open Access Journal bzw. einem Repository, das für jedermann kostenfrei zugänglich ist, oder im Anschluss an die Publikation in einer Subskriptionszeitschrift bzw. in einem käuflich zu erwerbenden Buch – notfalls unter Einhaltung einer Embargofrist – durch eine entsprechende Zweitveröffentlichung (Green Road). Wiewohl die Golden Road aus Kostengründen bevorzugt wird, wäre „notfalls“ auch die Green Road ausreichend, um die barrierefreie Zu-

gänglichkeit der Forschungsergebnisse sicherzustellen. Die allgemeine Nutzbarkeit und Weiterverbreitungsmöglichkeit der Open Access-Publikation lässt sich durch die Verwendung einer Creative Commons-Lizenz absichern, doch sind auch andere Wege vorstellbar.

Eine wichtige Rolle spielt insoweit auch die Frage, inwieweit Geförderte verpflichtet werden können, sich bei Erstveröffentlichung in einer Subskriptionszeitschrift im Verlagsvertrag die Nutzungsrechte einzubehalten, damit ihnen eine Zweitpublikation Open Access (Green Road) möglich bleibt. Das unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG enthält so viele Restriktionen, dass damit ein vertraglich ausgehandelter Rechte-Vorbehalt nicht obsolet wird. Optimalerweise sollte die Zweitveröffentlichung aufgrund der einbehaltenen Nutzungsrechte sofort möglich sein, notfalls wäre aber auch eine – möglichst kurze – Embargofrist (wie bei § 38 Abs. 4 UrhG) zu akzeptieren. Das bloße Einbehalten der Nutzungsrechte wird den/die Autor/-in regelmäßig nicht dazu berechtigen, das Layout der kommerziellen Erstpublikation auch für die Zweitveröffentlichung Open Access zu nutzen. Doch sollten die Nutzungsrechte möglichst das Recht enthalten, in der Zweitveröffentlichung zumindest die Seitenzahlen der Erstpublikation anzugeben, um die einheitliche Zitierfähigkeit des Beitrags zu sichern.

II. Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen für Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen

Die zentralen (grund)rechtsdogmatischen Maßstäbe bleiben die gleichen wie in meinem früheren Aufsatz dargelegt (sogleich 1.). Doch erscheinen bei der objektivrechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit, also den

3 Dieses aus den USA stammende System soll eine Kultur des Teilens und der Weiterentwicklung fördern, indem den Autoren/-innen als Urhebern von Open Access publizierten Texten die Ausgestaltung der Dritten eingeräumten Nutzungsrechte erleichtert wird. Dazu bekommen die Urheber frei verfügbar verschieden weitreichende Lizenzen zur Verfügung gestellt. In einer Art Baukastensystem wird eine Grundversion mit verschiedenen Einschränkungsmöglichkeiten angeboten: In der Grundversion obliegt Dritten nur die Verpflichtung zur Namensnennung des Urhebers; Veränderungen und kommerzielle Nutzungen des Textes sind in den unabdingbaren Grenzen des Urheberpersönlichkeitsrechts zulässig. Einschränkend kann der Dritte verpflichtet werden, die Nutzung des von ihm verändert weiter verbreiteten Werks nur unter gleichen Bedingungen zu gestatten. Ferner kann die Nutzung zu kommerziellen Zwecken verboten oder können Bearbeitungen durch Dritte ausgeschlossen werden. Nähere Erläuterungen etwa unter <https://www.creativecommons.ch/wie-funktioniert/>.

4 Zur potentiellen Kollision mit einer Übertragung von Verwertungsrechten an die VG Wort siehe *Lauber-Rönsberg*, *Disponible Zugangsregeln? – Open Access als Testfall für das Verhältnis von individuellen, kollektiven und gesetzlichen Nutzungserlaubnissen*, ZUM 2023, 420 ff.

5 Insbesondere in der – freilich nicht allein juristische Beiträge enthaltenden – Zeitschrift „Medizinrecht“: dort Zweitpublikation neben der gedruckten Zeitschrift im Internet über „Creative Commons Namensnennung 4.0-Lizenz“, dabei „Open Access funding enabled and organized by Project DEAL“ (zu DEAL näher Fn. 51); anekdotisch-empirischer Überblick über frei verfügbare Volltextversionen von Beiträgen aus gängigen juristischen Fachzeitschriften bei *Radtke*, *Die Hintertür zu mehr Open Access?*, GRUR 2022, 1562, 1563 f.; *Hamann*, *Urheberrecht als Ermöglichsinfrastruktur für Open-Access-Publikationen*, ZUM 2023, 410.

6 Wie nicht zuletzt diese Zeitschrift; daneben etwa die (Ausbildungs-)„Zeitschrift für das juristische Studium -ZJS“.

Funktionsbedingungen des Wissenschaftssystems, einige Präzisierungen angezeigt. Zentrale Bedeutung gewinnen dabei die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis, die es deshalb zu konturieren gilt (2.). Da sich die relevanten Praktiken der Scientific Community bezüglich einer Open Access-Publikation jedenfalls in manchen Disziplinen weiterentwickelt haben (3.), erscheinen vorsichtige Neubewertungen dessen angezeigt, was zugunsten der Funktionsfähigkeit des Wissenschaftssystems von den Geförderten verlangt werden kann (4.).

1. Unveränderte grundrechtsdogmatische Maßstäbe

a) Öffentliche Forschungsförderung auf nationaler Ebenen unter Art. 5 Abs. 3 GG

Zur Vermeidung von Wiederholungen genügt es, hier die wesentlichen dogmatischen „Eckpunkte“ der verfassungsrechtlichen Analyse, die weiterhin maßgeblich bleiben, kurz in Erinnerung zu rufen:

Auch die DFG ist als semi-staatliche Forschungsförderungsorganisation an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG).⁷ Die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) schützt die positive wie negative Publikationsfreiheit unter Einschluss auch der Freiheit des Forschenden, selbst darüber zu entscheiden, wo und wie er/sie publiziert.⁸ Förderbedingungen bewirken einen faktischen Grundrechtseingriff, soweit Wissenschaftler/-innen auf Forschungsförderung angewiesen sind, weil die Grundausstattung für eine statusadäquate Forschung im jeweiligen Fach nicht ausreicht.⁹ Die individuelle Publikationsfreiheit ist durch kollidierendes Verfassungsrecht einschränkbar, worunter nicht zuletzt die Funktionsbedingungen der Wissenschaft als objektivrechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit fallen.¹⁰ Es bedarf eines verhältnismäßigen, möglichst schonenden Ausgleichs zwischen der individuellen und der objektivrechtlichen Seite von Art. 5 Abs. 3 GG.¹¹ Unverändert bleiben auch die in der Verhältnismäßigkeitsabwägung grundsätzlich zu berücksichtigenden Gesichtspunkte.¹² Erst bei deren Gewichtung ergeben sich potenziell Ver-

änderungen im Lichte der Entwicklungen in den letzten Jahren.

Diese aus Art. 5 Abs. 3 GG herzuleitenden Maßstäbe gelten gleichermaßen für die finanzielle Forschungsförderung durch (Bundes-)Ministerien wie besonders das BMBF, die für die Wissenschaftsfinanzierung jedenfalls in manchen Fächern praktisch ebenfalls äußerst relevant ist. Private Forschungsförderer wie die Thyssen-Stiftung und wohl auch die VolkswagenStiftung sind dagegen nicht grundrechtsgebunden; immerhin kann aber die Praxis auch dieser nichtstaatlichen Forschungsförderer mit herangezogen werden, wenn es um die zunehmende Verbreitung von Open Access-Förderungsbedingungen geht.

b) Weitgehende Übertragbarkeit auf die europäische Ebene trotz kleiner dogmatischer Unterschiede

Die EU-Kommission sowie das European Research Council haben für ihre Forschungsförderung nach Art. 51 Abs. 1 GrCh i.V.m. Art. 179 ff. AEUV das EU-Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 13 Satz 1 GrCh zu beachten.¹³

Im Verfassungskonvent wurde die Reichweite der Forschungsfreiheit nur ganz am Rande diskutiert. Letztlich spricht aber nichts dagegen, auch bei Art. 13 Satz 1 GrCh die negative Publikationsfreiheit als mit geschützt anzusehen.¹⁴

Angesichts der hohen Bedeutung, die auch der Forschungsförderung auf EU-Ebene für eine funktionsadäquate Forschung zukommt,¹⁵ namentlich im Programm „Horizon Europe“, kann auch auf dieser Ebene ein Grundrechtseingriff nicht mit der Erwägung in Abrede gestellt werden, der/die Wissenschaftler/-in lasse sich freiwillig auf entsprechende Forschungsbedingungen ein, weil er/sie ja auch auf die Förderung verzichten könne.¹⁶

Da in der EMRK eine Parallelbestimmung fehlt – die Wissenschaftsfreiheit ist dort allein als Teil der Meinungsfreiheit in Art. 10 EMRK garantiert¹⁷ –, greift Art. 52 Abs. 3 GrCh i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EMRK als Grund-

7 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 193 f.

8 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 190 ff.

9 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 194 ff.

10 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 197 f.

11 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 200.

12 Fehling (Fn. 2), OdW 2014, 179, 201 ff.

13 Bernsdorff, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 13 Rn. 14; Kempen, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechtecharta, 2016, Art. 13 Rn. 22 f.

14 So fast wörtlich Fehling/Tormin, Das Teilen von Forschungsda-

ten zwischen Wissenschaftsfreiheit und guter wissenschaftlicher Praxis, WissR 54 (2021), 281, 296.

15 Siehe etwa Massih-Tehrani/Baier/Gengnagel, EU-Forschungsförderung im deutschen Hochschulraum: Universitäten zwischen Wissensökonomie und akademischer Selbstbestimmung, Soziale Welt 66 (2015), 55.

16 Fehling/Tormin (Fn. 14), WissR 54 (2021), 281, 295.

17 Statt aller Grote/Wenzel, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG-Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Aufl. 2022, Kap. 18 Rn. 32; aus der Rspr. z.B. EGMR v. 8.6.2010 – 44102/04 – Sapan v. Turkey.

rechtsschranke nicht ein.¹⁸ Vielmehr ist nach der allgemeinen Regel des Art. 52 Abs. 1 GrCh¹⁹ auch die Forschungsfreiheit durch Gesetz einschränkbar, ohne dass es eines Nachweises kollidierender Rechtsgüter im Range des Primärrechts bedürfte. Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GrCh verweist auf die „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“, worunter sich auch die Funktionsfähigkeit eines gemeinsamen europäischen Raumes der Forschung fassen lässt, wie er in Art. 179 Abs. 1 AEUV beschworen wird. Dabei bestehen mindestens große Ähnlichkeiten zu den Funktionsbedingungen des Wissenschaftssystems, deren Schutz bei Art. 5 Abs. 3 GG aus der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit hergeleitet wird.²⁰

Im Abwägungsergebnis mag unter Art. 13 Satz 1 GrCh der Schutz der negativen Publikationsfreiheit vielleicht – einschlägige Rechtsprechung liegt insoweit nicht vor – etwas schwächer ausfallen als unter Art. 5 Abs. 3 GG.²¹ Denn in wohl keinem anderen EU-Mitgliedstaat wird der Wissenschaftsfreiheit ein so hoher Rang zugestanden wie in der deutschen Tradition.²² Allerdings sind die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis, auf die es wie noch zu zeigen hier zentral ankommt, aufgrund der internationalen Vernetzung der meisten Wissenschaftsdisziplinen grenzüberschreitend nahezu identisch;²³ dadurch dürften sich die Verhältnismäßigkeitsabwägungen auf der europäischen und der deutschen Rechtsebene letztlich doch mehr oder minder angleichen.

c) Fehlende Bedeutung anderer Grundrechte in hiesigen Kontext

Andere Grundrechte spielen hier keine wesentliche Rolle. Vereinzelt wird zwar zusätzlich die Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie bezweifelt, wenn der Urheber die Zweitveröffentlichung, wie in § 44 Abs. 6 LHG BW für die drittmittelunabhängige Hochschulforschung mit vorgeschriebener Nutzung eines Hochschul-Repository-

ums vorgesehen, ohne finanzielle Kompensation gestatten muss. Denn auch die vermögensrechtliche Seite des Urheberrechts ist durch Art. 14 GG grundsätzlich dem Urheber zur eigenen Verfügung zugeordnet. Doch darf der Gesetzgeber – nicht dagegen der Forschungsförderer – den Inhalt des Eigentums abweichend ausgestalten, wenn ein gesteigertes öffentliches Interesse am Ausschluss eines Vergütungsanspruchs zwecks allgemeiner Zugänglichkeit des Textes besteht.²⁴ Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung ließe sich möglicherweise darauf verweisen, dass das Open-Access-Zugangsmo- dell ansonsten durch erhebliche Zusatzkosten wesentlich erschwert würde.²⁵

Indes dürfte sich jedenfalls für die vorliegende Konstellation, wo es nicht um staatliche oder universitäre Vorgaben, sondern um Vorgaben in Förderbedingungen öffentlicher Forschungsförderorganisationen geht, das ganze Problem gar nicht erst stellen. Denn Organisationen wie die DFG sind allein an der Open Access-Zugänglichkeit, nicht aber am Ausschluss einer Vergütung für den Autor für eine solche Zweitpublikation im Rahmen der Green Road interessiert. Wenn nämlich der Forschungsförderer die Zweitveröffentlichung nicht selbst vornimmt, hat er vom einem Vergütungsausschluss keinen eigenen finanziellen Vorteil – anders als ein Bundesland, bei dem eine etwaige Vergütung, die seine Hochschulen für die Gestattung der Zweitveröffentlichung in einem hochschuleigenen Repository bezahlten, letztlich den Staatshaushalt zusätzlich belasten würde.

Im übrigen erscheint es von vornherein fast durchweg ökonomisch illusorisch, dass ein Autor und Urheber für eine Open Access-Zweitpublikation eine Vergütung auszuhandeln im Stande wäre. Vielmehr bedarf es dafür gerade umgekehrt regelmäßig eines finanziellen Zuschusses, um die Kosten der Open Access-Publikation, etwa eines entsprechenden qualitätsgesicherten Reposi-

18 Vgl. *Bernsdorff* (Fn. 13), Art. 13 insb. Rn. 6 f.; a.A. allerdings. I. *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwartze/-Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht. Kommentar EUV/AEUV/GRC*, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 13 GRC Rn. 13 unter Verweis auf die Charta-Erklärungen, *Abl.* 2007 C 303/22, was jedoch mangels ausdrücklicher Garantie der Wissenschaftsfreiheit in Art. 10 EMRK nicht überzeugt; zum Meinungsstand m.w.N. auch *Thiele*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV*, 2. Aufl. 2023, Art. 13 Rn. 16 f.

19 Vgl. *Bernsdorff* (Fn. 13), Art. 13 Rn. 12; *Ruffert*, in: *Callies Ruffert, EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 13 GrCh Rn. 11.

20 Zum Ganzen teilweise wörtlich *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 295.

21 Vgl. – dort auf Data Sharing bezogen – *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 295 ff.

22 Siehe etwa den – im Detail freilich mittlerweile nicht mehr aktuellen – Überblick über die Verbürgungen in anderen europäischen Staaten bei *Fehling*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 110 Lfg. Mai 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 294 ff.

23 *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 310.

24 Verneint für das damals unentgeltliche Schulbuchprivileg von *BVerfGE* 31, 229, 243 ff.

25 Zweifelnd allerdings *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 1), *NJW* 2019, 2966, 2969 f.

toriums, abzudecken. Der Ausschluss einer Vergütung, die ohnehin nicht zu erzielen ist, ergibt keinen Sinn.

2. Gute wissenschaftliche Praxis als zunehmend zentrale Kategorie

a) Bedeutung für die Konturierung der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit

In ihrer objektiv-rechtlichen Funktion als „wertentscheidende Grundsatznorm für das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat“²⁶ statuiert die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) eine staatliche Gewährleistungsverantwortung für die organisatorischen Rahmenbedingungen eines funktionsfähigen Wissenschaftssystems.²⁷ Ähnliches gilt, wie soeben erläutert, auch für Art. 13 Satz 1 GrCh. Dies führt zu der Frage, wie diese Rahmen- und Funktionsbedingungen zu ermitteln und in der Abwägung mit gegenläufigen individuellen Freiheitsrechten zu gewichten sind.

Dass die Publikation Open Access die Zugänglichkeit der Forschungsergebnisse verbessert und damit den wissenschaftlichen Austausch erleichtert, ist evident. Daraus ergibt sich jedoch noch nicht automatisch, dass die Zugänglichkeit ohne Bezahlschranke für das Funktionieren des Wissenschaftssystem eine so hohe Bedeutung besitzt, dass dies grundrechtlich geschützte Interessen der Geförderten an der freien Wahl von Publikationsort und Publikationsweise überwiegt. Dies umso mehr, als sich sogar nach Einschätzung der DFG die Hoffnung, mit der Umstellung des Publikationswesens auf Open Access (und damit auf Publikationsförderung statt Förderung des Erwerbs der Publikationen) würde in der Summe Geld gespart, angesichts beträchtlicher Publikationsgebühren jedenfalls bislang kaum bewahrheitet hat.²⁸ Mehrkosten drohen besonders, aber nicht ausschließlich, bei der Green Road. Denn dann müssen die Autoren/-innen für die Publikation selbst bezahlen – was letztlich den finanziellen (Forschungs-)Förderungs-

bedarf erhöht. Nur beim Diamond Open Access, wenn also Wissenschaftsorganisationen bereits mit den Verlagen Open Access-Konditionen ausgehandelt haben, fallen bei den Autoren/-innen keine Publikationsgebühren an. Außerdem begünstigt in vielen Disziplinen der „Journal Impact Factor“ weiterhin die klassischen Subskriptionszeitschriften,²⁹ was die Golden Road für die geförderten Wissenschaftler weniger attraktiv macht. Demnach ist ein Wandel der Einstellungen in der Scientific Community zugunsten von Open Access zwar – in einem disziplinspezifisch unterschiedlichen Ausmaß – spürbar, geht aber jedenfalls in einigen Disziplinen nicht so schnell, wie sich dies manche erhofft hatten.³⁰

Die Dynamik der Entwicklung lässt sich verfassungsrechtlich in den sich wandelnden Anschauungen darüber abbilden, was zu den Grundsätzen guter wissenschaftlicher Praxis gehört und deshalb im Wissenschaftssystem selbst für geboten erachtet wird. Die Bedeutung des Open Access für das Wissenschaftssystem erscheint umso höher, je mehr sich – gegebenenfalls disziplinspezifisch – Open Access bereits zu einem Standard guter wissenschaftlicher Praxis entwickelt hat.

b) Verknüpfung von wissenschaftsethischen Standards und gelebter Praxis in einem rechtlichen Rahmen

Diese Standards vereinen rechtsethisch für geboten erachtete wissenschaftliche Vorgehensweisen mit den bereits akzeptierten Praktiken der jeweiligen Scientific Community und rechtlich normativer Wertung.³¹

Für die wissenschaftsethische Fundierung der guten wissenschaftlichen Praxis können die *Mertonschen* Grundsätze des Universalismus, Kommunismus, organisierten Skeptizismus und der Uneigennützigkeit³² als Ausgangspunkt dienen.³³ Sofern es sich nicht um eindeutiges wissenschaftliches Fehlverhalten handelt, lässt sich freilich über dasjenige, was in Konkretisierung dieser allgemeinen Leitlinien wissenschaftsethisch objektiv geboten erscheint, oftmals streiten. In Zweifelsfällen

26 BVerfGE 35, 79, 112; 93, 85, 95.

27 Im hiesigen Kontext *Fehling* (Fn. 2), *OdW* 2014, 179, 192; auf Data Sharing bezogen *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 290.

28 Stellungnahme der DFG, „Gründung von „cOAlition S“ zur Unterstützung von Open Access“, Information für die Wissenschaft Nr. 56 v. 4.9.2018, <https://www.dfg.de/de/aktuelles/neuigkeiten-themen/info-wissenschaft/2018/info-wissenschaft-18-56> [19.11.2024]; vgl. auch *Holzer*, Die Deutsche Forschungsgemeinschaft und Plan S, *Soziopolis* v. 1.4.2020, <https://www.sozio.polis.de/die-deutsche-forschungsgemeinschaft-und-plan-s.html> [19.11.2024].

29 Erneut Stellungnahme der DFG, „Gründung von „cOAlition S“

zur Unterstützung von Open Access“ (Fn. 28).

30 Ähnlich *Holzer*, Die Deutsche Forschungsgemeinschaft und Plan S (Fn. 28).

31 Dies klingt an auch in dem Kommentar von *Fisahn*, Wahrheit und Fußnote, *NJW* 2020, 743, 747. Hierzu und zum Folgenden näher – dort zu Data Sharing in der Wissenschaft – und hier teilweise wörtlich übernommen *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 303 ff.

32 *Merton*, *Social Theory and Social Structure*, 1957, S. 552 ff.

33 Vgl. *Hartmann*, Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis, 2005, S. 11 ff., 91 m.w.N. Demgegenüber kritisch zur Leistungsfähigkeit der *Mertonschen* Kriterien *Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, *VVDStRL* 65 (2006), 146, 155 f.

kann es deshalb als Richtschnur dienen, was die großen Wissenschafts(förder)organisationen in ihren Leitlinien und Verlautbarungen als geboten ansehen. Dies kann ein Stück weit über das hinausgehen, was sich bereits voll in der Praxis durchgesetzt hat.

Doch darf der Bezug zur gelebten Praxis in der jeweiligen Community nicht verlorengehen. Denn sonst bestünde zumindest theoretisch das Risiko, dass große Organisationen wie die DFG oder die Max-Planck-Gesellschaft, die trotz ihres Fundaments in der wissenschaftlichen Selbstverwaltung semi-staatlich und damit grundrechtsgebunden bleiben, mit zu idealisierenden Setzungen die (negative Publikations-)Freiheit der Wissenschaftler übermäßig einschränken. Die reale Praxis muss daher bei der Konturierung der guten wissenschaftlichen Praxis als Korrektiv gegen Fremdbestimmungsgefahren dienen und kann zugleich als empirisch fundierter „Anker“ der Gefahr zu großer Beliebigkeit entgegenwirken, wie sie bei subjektiv geprägten ethischen Wertungen nicht ganz auszuschließen ist.

Da es letztlich jedoch um Gemeinwohlanforderungen an die Wissenschaft geht, dürfen diese nicht gänzlich der Einschätzung der Scientific Community und der gelebten Praxis überlassen werden. Deshalb muss der äußerste Rahmen für die Konturierung der jeweiligen Standards dem Recht als normativem Bezugspunkt entnommen werden.³⁴ Teilweise wird die Verbindung schon dadurch hergestellt, dass Standards guter wissenschaftli-

cher Praxis die Rechtsqualität einer (Hochschul-)Satzung oder von Vereins-Binnenrecht erhalten.³⁵ Dabei wirkt die besondere Akzentuierung individueller Freiheit in Art. 5 Abs. 3 GG der Konstruktion eines allzu rigiden wissenschaftsethischen „Gemeinwohlkorsetts“ ebenso entgegen wie umgekehrt das (z.B. wissenschaftliche Urheber-)Recht zu laxen Gewohnheiten (etwa die Autorenschaft oder die Zitierweise betreffend), die sich als Fehlentwicklungen in der Scientific Community eingeschlichen hatten.

3. Notwendigkeit vorsichtiger Neubewertung angesichts des disziplinspezifischen Wandels der relevanten Praktiken

Mittlerweile haben immer mehr deutsche Wissenschafts(förder)organisationen zu vermehrtem Open Access-Publizieren aufgerufen.³⁶ Einige legen dies den geförderten Wissenschaftlerinnen nur nahe (wie zum Beispiel bislang die DFG³⁷ und wohl auch die Max-Planck-Gesellschaft³⁸ sowie die Thyssen-Stiftung³⁹), andere sehen dies als Regel vor, von der aber in begründeten Einzelfällen Ausnahmen gemacht werden können (wie etwa die VolkswagenStiftung⁴⁰), wieder andere machen die Veröffentlichung Open Access sogar zur zwingenden Fördervoraussetzung. Letzteres gilt insbesondere für die Mitglieder der „cOAlition S“.⁴¹ Allerdings stammen die meisten Mitglieder aus anderen Staaten, in denen die individuelle Wissenschafts- und Publi-

34 Ein ähnliches Argument ist aus der Verfassungsrechtsprechung zu Art. 12 GG bekannt: Berufsausübungsregelungen mit statusbildendem Charakter dürfen auch deshalb nicht allein den Kammern als Selbstverwaltungsorganisationen im Satzungswege überlassen werden, weil sonst reine Standesinteressen zulasten externer Gemeinwohlbelange zu dominieren drohten; vgl. BVerfGE 76, 171, 185.

35 Vgl. *Apel*, Verfahren und Institutionen zum Umgang mit Fällen wissenschaftlichen Fehlverhaltens, 2009, S. 228 ff.

36 Gesamtüberblick bei *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Transformation des wissenschaftlichen Publizierens zu Open Access v. 21.1.2022, <https://www.wissenschaftsrat.de/download/2022/9477-22.html>, insb. Anhang.

37 DFG-Vordruck 2.00/1/23 sowie die Erläuterung dazu auf der Webseite „Aufforderung zur Open-Access-Veröffentlichung“, <https://www.dfg.de/de/foerderung/foerdermoeglichkeiten/programme/infrastruktur/lis/open-access/unterstuetzung-forschende>. Da die DFG Open Access bislang „nur“ unterstützt und unverbindlich dazu auffordert, ist sie auch nicht Mitglied der cOAlition S, dazu Stellungnahme der DFG, „Gründung von „cOAlition S“ zur Unterstützung von Open Access“ (Fn. 28); *Holzer*, Die Deutsche Forschungsgemeinschaft und Plan S (Fn. 28); zur Förderung vgl. auch DFG, DFG unterstützt „Action Plan for Diamond Open Access“, Information für die Wissenschaft Nr. 26 v. 19.3.2022, <https://www.dfg.de/de/aktuelles/neuigkeiten-themen/info-wis->

[wissenschaft/2022/info-wissenschaft-22-26](https://www.dfg.de/de/aktuelles/neuigkeiten-themen/info-wissenschaft/2022/info-wissenschaft-22-26).

38 Die MPG gehört zu den Unterzeichnern der „Berliner Erklärung“ und sucht Open Access besonders durch Verträge mit renommierten Wissenschaftsverlagen („transformation agreements“) zu fördern. Vgl. „Open Access Initiativen der Max-Planck-Gesellschaft“, <https://openaccess.mpg.de/de> [19.11.2024].

39 In den dortigen Förderbedingungen findet sich nichts zu Open Access, es können aber spezifische Druckbeihilfen für Open-Access-Publikationen beantragt werden. https://www.fritz-thyssenstiftung.de/cms/wp-content/uploads/2020/04/FTS_de_Druckbeihilfen_April2020.pdf.

40 *VolkswagenStiftung*, Open Science. Open Access – Open Data – Open Source, S. 3, https://www.volkswagenstiftung.de/sites/default/files/documents/Open_Science_Policy_und_Umsetzung_VolkswagenStiftung.pdf.

41 *cOAlition S*, Accelerating the transition to full and immediate Open Access to scientific publications, https://www.coalition-s.org/wp-content/uploads/Plan_S.pdf [19.11.2024]: „With effect from 2021, all scholarly publications on the results from research funded by public or private grants provided by national, regional and international research councils and funding bodies, must be published in Open Access Journals, on Open Access Platforms, or made immediately available through Open Access Repositories without Embargo.“

kationsfreiheit tendenziell etwas weniger stark geschützt ist als in Deutschland nach Art. 5 Abs. 3 GG.⁴² Die Europäische Kommission verpflichtet in ihrem Horizon-Programm die Geförderten ebenfalls zur Publikation Open Access,⁴³ Auch soweit Open Access zwingend gefordert wird, bleibt den Geförderten durchweg die Wahl zwischen Golden Road und Green Road; die „cOAlition S“ ist bei der Green Road allerdings insoweit besonders streng, als sie keinerlei Embargofrist vor der Open Access-Zweitveröffentlichung mehr zulässt.⁴⁴ Eine spezifische finanzielle Förderung der Publikation Open Access (Druckbeihilfen u.Ä.) wird hingegen teilweise auf die Golden Road beschränkt.⁴⁵ Was die Finanzierung angeht, so strebt man darüber hinaus teilweise einen Diamond Open Access an,⁴⁶ wobei bei der Open Access Erstpublikation weder für die Publizierenden noch für die Lesenden Gebühren anfallen und die Publikationsinfrastruktur von wissenschaftlichen Einrichtungen oder Wissenschaftsverbänden auf deren Kosten bereitgestellt wird. Leitlinien bzw. Standards zur guten wissenschaftlichen Praxis nennen die Open Access-Veröffentlichung der Forschungsergebnisse dagegen, soweit ersichtlich, nirgendwo ausdrücklich; dies gilt auch für die entsprechenden Leitlinien der DFG,⁴⁷ obwohl sie sich an anderer Stelle explizit zugunsten von Open Access ausspricht.⁴⁸

In der gelebten Praxis zeichnet sich wohl⁴⁹ ebenfalls eine deutliche Tendenz zu vermehrtem Open Access-Publizieren ab, allerdings von Fach zu Fach in unterschiedlichem Ausmaß und in unterschiedlicher Geschwindigkeit. Um einen weitestgehend akzeptierten allgemeinen Standard handelt es sich (noch) nicht. In vielen Disziplinen scheint der Transformationsprozess hin

zu Open Access eher langsamer als erwartet voranzugehen.⁵⁰

Der Abschluss von Transformation Agreements mit renommierten Wissenschaftsverlagen, wie vermehrt anzutreffen,⁵¹ könnte diesen Prozess allerdings deutlich beschleunigen, wenn dann auch der „Impact Faktor“ einer Open Access-Publikation nicht mehr oder jedenfalls deutlich weniger im Wege steht.

Zusammenfassend lässt sich – mit aller Vorsicht mangels empirischer Daten – festhalten: Open Access in seinen verschiedenen Erscheinungsformen (mit Wahl des Geförderten zwischen Golden Road und Green Road) scheint in immer mehr Disziplinen auf dem Weg, sich als gute, wenn auch in den meisten Disziplinen längst (noch) nicht zwingende, wissenschaftliche Praxis zu etablieren. Je stärker Forschung und Publikationswesen in einer Disziplin internationalisiert sind, umso weiter hat sich Open Access auch für deutsche Forscherinnen und Forscher bereits etabliert. Besonders im Ausland und auf EU-Ebene, zunehmend aber auch im Inland, entwickelt sich Open Access zu einer Funktionsbedingung des Wissenschaftssystems, ohne dass dieser Publikationsweg jetzt schon als durchweg unverzichtbar wahrgenommen würde. Dabei bleiben die Unterschiede zwischen den einzelnen Wissenschaftsdisziplinen groß.

Mit dem Bedeutungsgewinn von Open Access im Hinblick auf die Funktionsbedingungen des Wissenschaftssystems wächst auch das Gewicht, das der objektiv-rechtlichen Seite der Wissenschaftsfreiheit in der Abwägung mit der negativen wie positiven Publikationsfreiheit der Geförderten zukommt. Allerdings erscheint umgekehrt die Entscheidungsfreiheit, Forschungsergeb-

42 Vgl. für die Free Speech-Garantie im First Amendment zur US-Verfassung – dort auf Data Sharing bezogen – *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 297 ff., insb. 302.

43 European Commission, Horizon Europe. Program Guide, Stand 2023, S. 41 f, https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/guidance/programme-guide_horizon_en.pdf. Zum Hintergrund etwa *Winkler*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Stand 83. EL Juli 2024, Art. 180 AEUV Rn. 42 ff.

44 Nachweis oben Fn. 41.

45 Vgl. *cOAlition S*, *Accelerating the transition to full and immediate Open Access to scientific publications* (Fn. 41), S. 3 unten: „cOAlition S urges individual researchers, research institutions, other funders, and governments not to financially support ‘hybrid’ Open Access publishing when such fees are not part of transformation agreements“.

46 Siehe *DFG*, *DFG unterstützt „Action Plan for Diamond Open Access“* (Fn. 37).

47 *DFG*, *Kodex „Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher*

Praxis“, Stand April 2022, https://zenodo.org/records/6472827/files/kodex_leitlinien_gwp_dfg.1.1.pdf?download=1: Zu der dortigen Leitlinie 13 (Herstellung von öffentlichem Zugang zu Forschungsergebnissen) heißt es: „Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler entscheiden in eigener Verantwortung – unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des betroffenen Fachgebiets – ob, wie und wo sie ihre Ergebnisse öffentlich zugänglich machen“ (S. 18).

48 Nachweis oben Fn. 37.

49 Mangels empirischer Daten kann es sich bei dieser und den folgenden Aussagen freilich nur um plausible Schätzungen handeln.

50 Siehe bereits oben 2. a) mit Fn. 30.

51 Zuletzt *MPG*, „It’s a deal! Das DEAL-Konsortium und der Fachverlag Elsevier haben eine deutschlandweite Open-Access-Vereinbarung beschlossen“ v. 6.9.2023, <https://www.mpg.de/20819529/open-access-vereinbarung-mit-elsevier>; Überblick über weitere frühere Vereinbarungen in *Wissenschaftsrat*, *Empfehlungen zur Transformation des wissenschaftlichen Publizierens zu Open Access* v. 21.1.2022 (Fn. 36), Anhang, S. 90 ff.

nisse in einer Subskriptionszeitschrift statt Open Access zu veröffentlichen, dann besonders schutzwürdig, wenn die Open Access-Publikation für den Geförderten mit höheren (Publikations-)Kosten verbunden ist, ohne dass er diese Mehrkosten refinanziert bekommt. Schließlich ist bei der Herstellung eines schonenden Ausgleichs zwischen den konfligierenden Rechtsgütern immer mit zu berücksichtigen, inwieweit im jeweiligen Fach Open Access-Publikationsmöglichkeiten mit gleichen (oder sogar höherem) Renommee zur Verfügung stehen als (bei Aufsätzen) die dortigen Subskriptionszeitschriften oder als (bei Buchpublikationen) entgeltlich vertriebene Bücher oder eBooks.

4. Konsequenzen für zulässige Ausgestaltungsmöglichkeiten von Open Access-Verpflichtungen in Förderbedingungen

Vor diesem Hintergrund erscheinen in der grundrechtlichen Abwägung zwischen individueller Publikationsfreiheit und den objektiv-rechtlichen Funktionsbedingungen des Wissenschaftssystems etwas strengere Open Access-Vorgaben in den (DFG-)Förderbedingungen zulässig, als dies noch 2013/14 der Fall war. Bei den folgenden Ausführungen handelt es sich allerdings allein um meine wissenschaftliche Einschätzung; mangels einschlägiger Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur⁵² kann ich mich dabei auf keinerlei Autoritäten stützen.

a) Reichweite einer Verpflichtung zur Open Access-Publikation

Da sich die Publikationskultur noch im Wandel befindet und Open Access jedenfalls in Deutschland noch kein zwingendes Gebot guter wissenschaftlicher Praxis ist, lässt sich eine *strikte Verpflichtung* zur Veröffentlichung der Forschungsergebnisse aus einem öffentlich geför-

dernten Projekt im Open Access *weiterhin (noch) nicht rechtfertigen*.⁵³ Auch die – in anderem Kontext bereits genannten⁵⁴ – Gründe dafür, dass sich die DFG der „cOAlition S“ nicht als Mitglied angeschlossen hat, sondern diese nur von außen unterstützt,⁵⁵ bleiben weiter valide. Andererseits ist die Entwicklung sowohl aus wissenschaftsethischer Perspektive als auch in der gelebten Praxis schon so weit fortgeschritten, dass sich die DFG und andere öffentliche Förderer nicht mehr mit einer bloßen unverbindlichen Aufforderung sowie begleitenden Fördermaßnahmen begnügen müssen.

Als Mittelweg erscheint eine „*comply or explain*“ Regelung gangbar, wie sie anscheinend schon bei der VolkswagenStiftung vorherrscht:⁵⁶ Danach bestünde grundsätzlich eine Verpflichtung zur Veröffentlichung Open Access, doch bliebe mit einer tragfähigen Begründung ein opt-out möglich. Dadurch würden die Betroffenen zur Reflexion angehalten; zugleich würde ein moderater, aber doch spürbarer tatsächlicher Befolungsdruck aufgebaut, weil eine Begründung zusätzlichen Aufwand bedeutet und damit möglicherweise sogar ein Reputationsverlust verbunden sein kann.⁵⁷ Um insoweit etwas mehr Rechtssicherheit zu schaffen, könnten ergänzend einige als hinreichend eingestufte Gründe angeführt werden. Sie ließen sich etwa als (nicht abschließende und im atypischen Einzelfall wiederum widerlegbare) sogenannte Regelbeispiele⁵⁸ ausgestalten.⁵⁹ Zwecks möglichst grundrechtsschonender Ausgestaltung sollte die Entscheidung darüber, ob ein opt-out im konkreten Fall gerechtfertigt ist, Strukturen wissenschaftlicher Selbstverwaltung übertragen werden, etwa unter Einbeziehung der jeweiligen Fachvertreter in der DFG oder der Gutachter/-innen, die zur Beurteilung der Förderungswürdigkeit eingeschaltet werden. Dem/der Geförderten muss dabei zur Wahrung der Publikationsfreiheit ein gewisser Beurteilungsspielraum zugestanden werden, wenn man die

52 Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg), GG-Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 105 (Lfg. 88 August 2019), spricht allgemein davon „die Frage der Publikationsbereitschaft [könne] legitimes Kriterium bei der Verteilung knapper Ressourcen sein“, doch ist damit keine Aussage über einen konkreten Publikationsmodus (Open Access) getroffen. An anderer Stelle (a.a.O. Rn. 113) statuiert er, „auch die Form der Veröffentlichung (z.B. online, als Buch oder in Aufsatzform) [sei] geschützt“.

53 Eine (gesetzliche) Zweitveröffentlichungspflicht wie in § 44 Abs. 6 LHG BW halten mehr oder weniger pauschal für unverhältnismäßig Gärditz, in Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 52), Art. 5 Abs. 3 Rn. 158; Haug, Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht, OdW 2019, 89, 93 f.; etwas vorsichtiger Frenzel, in: von Colln/Haug (Fn. 1), § 44 LHG BW Rn. 35. Dieses Verdikt ist freilich

nicht ohne Weiteres auf Förderbedingungen, die mit zusätzlichen Finanzmitteln verbunden sind, übertragbar.

54 Zu den objektiven Gründen, die den Trend zu Open Access (noch) verlangsamen, siehe oben 2. a).

55 Nachweis oben Fn. 37.

56 Nachweis oben Fn. 40.

57 Vgl. zu diesen Mechanismen am Beispiel von Art. 63 DSA, aber insoweit verallgemeinerungsfähig, Marsch, in: Hofmann/Raue (Hrsg), Digital Service Act, 2023, Art. 63 Rn. 23

58 Zum Begriff und dessen – im Text in Klammern vorangestellten – Bedeutung statt vieler: F. Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 134: „Konkretisierung mit bloßer Indizwirkung, so dass nicht zwingend das jeweilige Tatbestandsmerkmal oder der jeweilige Tatbestand erfüllt ist bzw. die Rechtsfolge eintritt“.

59 Näher, auch zum möglichen Inhalt, unten d).

Überprüfung der Begründung nicht von vornherein auf eine bloße Plausibilitätskontrolle beschränkt.

Als Alternative könnte man daran denken, die vorab erklärte Bereitschaft zur späteren Publikation Open Access oder auch bereits vorzuweisende Open Access-Publikationen als ein – gegenüber der fachlichen Qualität allerdings *nachrangiges* – Kriterium für die Bewilligung von Förderanträgen zu verwenden. Die Einbeziehung eines sogenannten „Open Science-Scores“ in die Auswahlentscheidung bei Förderanträgen wird anscheinend von der Europäischen Kommission angedacht.⁶⁰ Allerdings haben diese beiden Wege erhebliche Nachteile,⁶¹ die bei derzeitigem Stand auch die grundrechtliche Rechtfertigungsfähigkeit ernsthaft in Frage stellen. Die Einbeziehung eines Open Science-Score in Förderentscheidungen begünstigt strukturell erfahrene(re) Forscher/-innen und geht damit zu Lasten der Jüngeren, die noch nicht so viele Publikationen vorweisen können und damit auch noch nicht so viele Möglichkeiten zur Open Access-Publikation und zur Bereitstellung von Forschungsdaten hatten. Gewiss lässt sich diese Schiefelage ein Stück weit ausgleichen, doch verkompliziert dies die Auswahlentscheidung zusätzlich.

Das Problem der strukturellen Benachteiligung Jüngerer stellt sich zwar von vornherein nicht, wenn *nur die vorab erklärte Bereitschaft* zur Publikation der Ergebnisse aus dem konkret beantragten Forschungsprojekt berücksichtigt wird. Doch würde es große Schwierigkeiten machen, das Gewicht dieser Bereitschaft bei der Auswahlentscheidung überzeugend und transparent zu bestimmen. Es erscheint sehr zweifelhaft, ob sich die Bevorzugung eines inhaltlich (etwas) weniger überzeugenden Forschungsprojekts bei der Förderung nur deshalb rechtfertigen ließe, weil der/die Antragsteller/-in Open Access zu publizieren bereit ist, der- oder diejenige des eigentlich (etwas) gehaltvolleren Konkurrenzprojekts dagegen nicht. Würde man die Bereitschaft zur Veröffentlichung der Ergebnisse Open Access nur dann als (letztes) Hilfskriterium entscheiden lassen, wenn die um Förderung konkurrierenden Forschungsprojekte inhaltlich (exakt) gleich förderungswürdig erscheinen, so ist eine solche Gleichheit wiederum sehr schwer feststellbar.

Ähnliches ist von Klauseln bekannt, wonach bei Bewerbungen um eine Beamtenstelle das unterrepräsentierte Geschlecht bei (exakt) gleicher Qualifikation den Vorzug erhält.⁶² Im Übrigen ist eine Auswahlentscheidung ohnehin nur zu treffen und wäre deshalb die aktuelle Open Access-Bereitschaft bzw. das frühere Open Science-Verhalten nur von Belang, soweit die verfügbaren Finanzmittel für die Förderung aller wissenschaftlich förderungswürdiger Anträge nicht ausreichen, also eine echte Konkurrenzsituation besteht.

b) Berücksichtigung der fachspezifisch unterschiedlichen Wissenschaftskulturen

Wegen der immer wieder (zu Recht) betonten großen Unterschiede zwischen den Gepflogenheiten und Publikationsstandards der verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen wäre grundsätzlich an fächerspezifische Regelungen zu denken. Doch stößt dies wohl schnell an die Grenze des Machbaren; schon die Abgrenzung der Disziplinen wäre alles andere als einfach. Doch böte eine *opt out-Möglichkeit* ein hinreichendes Ventil *auch zur Berücksichtigung solcher fachspezifischen Unterschiede*.

c) Verbleibende freie Wahlmöglichkeiten des Autors

Der durchgängigen Praxis in der Scientific Community entsprechend, muss den Geförderten die *freie Wahl zwischen Golden Road und Green Road* verbleiben, auch wenn die Green Road wegen der Doppelveröffentlichung kostspieliger ist; ansonsten würde die freie Wahl des Publikationsorgans unverhältnismäßig eingeschränkt. Dies schließt es freilich nicht aus, dass die öffentlichen Forschungsförderer zusätzliche finanzielle Anreize für die Wahl der Golden Road setzen.

Wie der Autor/die Autorin die *Nutzungsmöglichkeiten des Open Access publizierten Beitrags* gestaltet, ob er/sie sich dabei etwa den Creative Commons Lizenzen bedient,⁶³ muss ihm/ihr überlassen bleiben. Es ist nur sicherzustellen, dass die Nutzer die nach allgemeinem Urheberrecht zugelassenen Verwendungsmöglichkeiten zum Lesen und Zitieren sowie Kopieren bzw. Herunterladen zum privaten Gebrauch in gleichem Umfang wie bei Subskriptionszeitschriften (beim Open Access natür-

60 Vgl. *European Commission*, Horizon Europe. Program Guide, Stand 2023 (Fn. 43), S. 41 oben.

61 Parallel für „Open Data“ angedeutet von *Fehling/Tormin* (Fn. 14), *WissR* 54 (2021), 281, 316 f.; vgl. auch *Overkamp/Tormin*, Staatliche Steuerungsmöglichkeiten zur Förderung des Teilens von Forschungsdaten, *OdW* 2022, 39, 48.

62 Vgl. dazu hier nur *Langenfeld*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.),

GG-Kommentar, Art. 3 Abs. 2 Rn. 97 (Lfg. 74 Mai 2015).

63 Zur Bedeutung im Rahmen von Open Access-Modellen vgl. im Überblick m.w.N. *Fehling*, Von der kommerziellen Verlagsproduktion zum Open Access – zur Rolle des Rechts beim Wandel wissenschaftlicher Publikationskanäle, in: *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovationen im Recht*, 2016, S. 337, 342 f., 347, 348, 350 f.

lich ohne Bezahlschranke) erhalten. Eine zwingende Erweiterung der Nutzungsrechte Dritter – etwa mit einem Recht zur gekürzten Weiterverbreitung oder Weiterverbreitung mit beigefügter eigener Kommentierung, gar mit einem Recht zur mittelbar kommerziellen Nutzung, wie von der besonders weitreichenden Grundversion der Creative Commons-Lizenzen eingeschlossen⁶⁴ – würde die Wissenschaftler- und Autorenrechte weiter einschränken; dafür ist bei der Ausgestaltung des Open Access keine hinreichende Notwendigkeit für das Wissenschaftssystem und damit keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ersichtlich. Im Gegenteil: Kürzungen oder kommentierende Zusätze bergen ein nicht zu unterschätzendes Verfälschungsrisiko; mittelbar kommerzielle Nutzungen können die Glaub- und Vertrauenswürdigkeit der wissenschaftlichen Aussagen des Textes beschädigen.⁶⁵

d) Vorschläge für Regelbeispiele

Als nicht abschließende, aber eine Vermutung für die Zulässigkeit eines opt-out (mit Widerlegungsmöglichkeit im Einzelfall) begründende *Regelbeispiele* ließe sich an Folgendes denken:

- Die Veröffentlichung Open Access schiebe aus, wenn für die Golden Road ein hinreichend renommiertes Open Access-Journals fehlt und gleichzeitig auch die Green Road unzumutbar ist. Letzteres kann sich zum einen daraus ergeben, dass kein hinreichend qualitätsgesichertes Repositorium o.Ä. für die Zweitpublikation zur Verfügung steht, oder zum anderen daraus, dass sich der Fachverlag der Erstpublikation weigert, dem Autor/der Autorin ein Zweitveröffentlichungsrecht einzuräumen. Bei Aufsatzpublikationen garantiert allerdings § 38 Abs. 4 UrhG gesetzlich ein vertraglich nicht abdingbares Zweitveröffentlichungsrecht nach einer einjährigen Embargofrist, doch zumindest bei Buchpublikationen bleibt das Problem erhalten (dazu unten II. 2).
- Auch wegen zu hoher und nicht anderweitig (etwa

durch einen erhöhten Publikationszuschuss des Forschungsförderers oder der jeweiligen Wissenschaftseinrichtung) ersetzter Publikationsgebühren kann eine Open Access-Publikation unzumutbar erscheinen.

- Um den Gleichklang mit dem gesetzlichen Zweitveröffentlichungsrecht in § 38 Abs. 4 UrhG zu sichern, erscheint in den Förderbedingungen die pauschale Einräumung einer einjährigen Karenzfrist für die Zweitveröffentlichung bei der Green Road erwägenswert, aber wohl nicht zwingend geboten. Andernfalls muss es aber als hinreichender Grund für den verzögerten Open Access anerkannt werden, wenn es sich als nicht möglich erweist, im Verhandlungsweg vom gewählten Verlag den Verzicht auf diese Embargofrist zu erreichen.⁶⁶ Die freie Auswahlmöglichkeit einer Zeitschrift und eines Verlags und damit die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Publikationsfreiheit würden unverhältnismäßig stark eingeschränkt, wollte man von dem/der Geförderten verlangen, für die Erstpublikation in einer Subskriptionszeitschrift einen aus seiner/ihrer Sicht suboptimalen Verlag zu wählen, nur weil dieser auf die Embargofrist ganz oder jedenfalls teilweise zu verzichten bereit ist. Im Gegenteil lässt sich aus § 38 Abs. 4 UrhG das gesetzliche Leitbild entnehmen, dass eine einjährige Karenzfrist einen grundsätzlich zumutbaren Interessenausgleich darstellt.

e) Steuerungsmöglichkeiten bei der faktischen Reichweite der Ausnahmen

Die großen Forschungsförderorganisationen (namentlich die DFG) sowie die wissenschaftlichen Einrichtungen (Hochschulen, wissenschaftliche Gesellschaften und Forschungsinstitute) und Fachgesellschaften haben es zu einem gewissen *Teil selbst in der Hand, in welchem Umfang opt-out-Gründe* anzuerkennen sind. Denn sie können, sofern das entsprechende Geld dafür zur Verfügung

64 All dies wäre bei Namensnennung des Autors/Urhebers mit dem von der DFG empfohlenen („Appell zur Nutzung offener Lizenzen in der Wissenschaft“, Information für die Wissenschaft Nr. 68 v. 20.11.2014, <https://www.dfg.de/de/aktuelles/neuigkeiten-themen/info-wissenschaft/2014/info-wissenschaft-14-6,8>) und von der Europäischen Kommission sogar generell (European Commission, Horizon Europe, Program Guide, Stand 2023 [Fn. 43], dort S. 51) und der „cOAlition S“ mit Ausnahmen geforderte (cOAlition S, Accelerating the transition to full and immediate Open Access to scientific publications [Fn. 41], S. 3 u. 4) Grundmodell der CC-BY-SA-Lizenz jedenfalls in gewissem Umfang möglich. Die Nutzung zu kommerziellen Zwecken kann durch den Zusatz „-NC“ („Non Commercial“) und die Bearbeitung

durch Dritte mit dem Zusatz „-ND“ („No Derivations“) ausgeschlossen werden; dazu Kurzüberblick bei *Fehling*, in: Hoffmann-Riem (Fn. 63), S. 337, 342 f. Allerdings ist es wohl umstritten, inwieweit jedenfalls unmittelbare(re) kommerzielle Nutzungen bereits durch den „-SA“-Zusatz ausgeschlossen sind, vgl. einerseits *Kreutzer*, Open Content Lizenzen – Ein Leitfaden für die Praxis, herausgegeben von der deutschen Unesco-Kommission e.V., 2011, S. 46, andererseits *Müller*, Freiheit mit Fallstricken: Creative-Commons-NC-Lizenzen und ihre Folgen, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), Open Source Jahrbuch 2006, S. 271, 279.

65 Dazu *Fehling*, in: Hoffmann-Riem (Fn. 63), S. 337, 359 ff.

66 Näher dazu unten II. 3.

steht, durch eigene (Förder-)Maßnahmen zumutbare Open Access-Publikationsmöglichkeiten schaffen oder zumindest (finanziell) unterstützen:

- Zum ersten betrifft dies Aufbau und Pflege von – gegebenenfalls fachspezifischen – Repositorien oder sonstigen Publikationsinfrastrukturen für eine Open Access-(Zweit)Veröffentlichung, bei denen eine Qualitätskontrolle und die dauerhafte Zugänglichkeit gewährleistet sind. Der von der DFG unterstützte „Action Plan for Diamond Open Access“ dient genau diesen Zielen.⁶⁷ Die Europäische Kommission hat über ihr Programm Horizon Europe die Open-Access-Publikationsplattform „Open Research Europe“ zur Verfügung gestellt.⁶⁸ Da alles, was den Aufwand für die Geförderten verringert, auch die Eingriffsintensität von Open Access-Förderbedingungen mindert, empfehlen sich darüber hinaus Hinweise (etwa in Merkblättern, wie schon teilweise vorhanden) und bei Bedarf sogar eine individuelle Beratung zu einem konkret geeigneten Open Access-Publikationsort; dies gilt nicht nur für die Green Road, sondern auch für die Golden Road.
- Zusätzliche Kosten für die Geförderten lassen sich auf zweierlei Wegen vermeiden oder jedenfalls verringern. Zum einen kann der Forschungsförderer für die Open Access-Veröffentlichung anfallende Publikationsgebühren pauschal oder gedeckelt durch Aufstockung der Förderung übernehmen oder jedenfalls die Beantragung entsprechender zusätzlicher Publikationszuschüsse ermöglichen. Das DFG-Programm „Open-Access-Publikationskosten“⁶⁹ geht in diese Richtung. Die Volkswagen-Stiftung übernimmt sogar ohne Deckelung die vollen verlagsseitig geforderten „Article bzw. Book Processing Charges“.⁷⁰ Zum anderen sollten die Förderorganisationen und wissenschaftlichen Einrichtungen in noch weiterem Umfang als bisher⁷¹ mit den Verlagen Transformationsvereinbarungen aushandeln, idealerweise mit dem Ziel eines Diamond Open Access.
- Vereinbarungen der Förderer und wissenschaftlicher Einrichtungen mit den Verlagen erscheinen zudem als probates Mittel, um den Verzicht auf eine

Embargofrist zu erreichen und die Einbehaltung einfacher Nutzungsrechte durch die Autoren zu erleichtern.⁷²

f) Erweiterung der erfassten Publikationen durch zusätzliche Publikationszuschüsse

Selbstverständlich könnte die DFG die Veröffentlichung Open Access *auch dort unterstützen* (z.B. durch die Vergabe entsprechender Publikationszuschüsse), *wo die Ergebnisse nicht aus DFG-geförderten Forschungsprojekten resultieren*. Damit ließe sich womöglich die Transformation in Richtung Open Access, gegebenenfalls sogar spezifisch zur Golden Road, in der Scientific Community beschleunigen. Wenn sich dadurch die gute wissenschaftliche Praxis noch deutlich weiter in Richtung Open Access oder gar spezifisch der Golden Road entwickelt, könnte dies in der Zukunft noch strengere Vorgaben in den Förderbedingungen rechtfertigen. Denn die gelebte wissenschaftliche Praxis ist ein wesentlicher Anhaltspunkt dafür, was für die Bedingungen eines gut funktionierenden Wissenschaftssystems angemessen oder gar erforderlich ist und demnach auch die objektiv-rechtliche Seite von Art. 5 Abs. 3 GG prägt.⁷³

III. Verpflichtung in Förderbedingungen zum Einbehalt von Nutzungsrechten im Verlagsvertrag

In einer solchen Verpflichtung läge ein zusätzlicher Eingriff in die Publikationsfreiheit, der aber für sich genommen weit weniger schwer wiegen würde (sogleich 1.). Trotz § 38 Abs. 4 UrhG verbleibt dafür ein gewisses Bedürfnis (2.). Die Verhältnismäßigkeits-Grenze bildet die etwaige subjektive Unmöglichkeit, sich als einzelner Autor gegenüber einem Verlag ein solches Recht herauszuverhandeln (3.). Dementsprechend erscheint ein opt-out-Modell auch hier als verhältnismäßiger Interessenausgleich (4.).

1. Tendenziell geringer Eingriff in die Publikationsfreiheit

Zur grundrechtlich geschützten Publikationsfreiheit gehört auch die Freiheit des/der Forschers/-in, den Inhalt eines Verlagsvertrags einschließlich der Nut-

67 Siehe DFG, DFG unterstützt „Action Plan for Diamond Open Access“ (Fn. 37).

68 *European Commission*, Horizon Europe. Program Guide, Stand 2023 (Fn. 43), S. 53; dazu *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Transformation des wissenschaftlichen Publizierens zu Open Access v. 21.1.2022 (Fn. 36), Anhang, S. 95.

69 DFG, Förderprogramm „Open-Access-Publikationskosten“, <https://www.dfg.de/de/foerderung/foerdermoeglichkeiten/>

programme/infrastruktur/lis/lis-foerderangebote/open-access-publikationskosten.

70 *VolkswagenStiftung*, Open Science. Open Access – Open Data – Open Source (Fn. 40), S. 3.

71 Vgl. oben Fn. 51.

72 Dazu unter III) 3. b).

73 Näher oben 3.

zungsrechte mit dem Verlag frei auszuhandeln. Zwar berührt dies nicht unmittelbar das Kerninteresse an der aus eigener Sicht optimalen wissenschaftlichen Verbreitung der Forschungsergebnisse. Im Ausgangspunkt kann es dem Förderungsempfänger nur Recht sein, möglichst umfangreiche eigene Nutzungsrechte zu behalten. Doch könnten dem/der Geförderten gegebenenfalls höhere Kosten entstehen, wenn er/sie sich im Vergleich zu den Standardverträgen (die das abdingbare Zweitveröffentlichungsrecht aus § 38 Abs. 1 UrhG oft ausschließen) mehr Nutzungsrechte vorbehalten will; verweigert der gewählte Verlag gänzlich eine solche Vertragsgestaltung, müsste sich der Autor/die Autorin bei einer „absoluten“ Verpflichtung in den Förderbedingungen sogar einen anderen Verlag suchen, was einen schwerwiegenden Eingriff bedeutete.

Unterhalb der Schwelle einer unabdingbaren Verpflichtung bleibt dagegen die Eingriffsintensität für sich genommen gering, weil wie geschildert die Interessenlage des Geförderten und der DFG bzw. der Scientific Community hier in die gleiche Richtung weisen.

2. Verbleibende Bedeutung eines vertraglichen Rechte-Vorbehalts trotz § 38 Abs. 4 UrhG

Zur Ermöglichung der Green Road enthält § 38 Abs. 4 UrhG ein vertraglich nicht abdingbares⁷⁴ Zweitveröffentlichungsrecht (nicht automatisch auch eine -pflicht)⁷⁵ des Autors. Dieses Recht setzt aber erstens voraus, dass eine Forschungstätigkeit zugrunde liegt, die mindestens zur Hälfte mit öffentlichen (Dritt-)Mitteln gefördert wurde; aus dem allgemeinen Hochschulhaushalt finanzierte Forschung wird richtigerweise nicht erfasst⁷⁶ und ebensowenig die Forschungsförderung auf EU-Ebene, da diese schon nicht aus dem deutschen Staatshaushalt finanziert wird. Zweitens besteht das Zweitveröffentlichungsrecht erst nach einer Embargofrist von einem Jahr, was im schnelllebigen Wissenschaftsbetrieb teilweise als

nicht mehr zeitgemäß erachtet wird.⁷⁷ Drittens bezieht es sich nur auf Aufsätze „in einer periodisch mindestens zweimal im Jahr erscheinenden Sammlung“, also nicht auf Aufsätze in einmaligen oder jährlichen Sammelbänden und erst recht nicht auf Monografien. Schließlich erfasst das Zweitveröffentlichungsrecht vier-tens nur die Manuskriptfassung nach Peer Review. Dabei ist es nicht zu kritisieren, ja geradezu selbstverständlich, dass der Autor das Verlags-Layout für seine eigene Zweitveröffentlichung nicht nutzen darf. Doch ist, soweit ersichtlich, immer noch nicht abschließend geklärt, ob der Autor mittels Klammerzusätzen o.Ä. die Seitenumbrüche und Seitenzahlen aus der Printversion aufnehmen darf, was zur Sicherung einer einheitlichen Zitierfähigkeit von Erst- und Zweitpublikation höchst wünschenswert ist.⁷⁸

Auch die internationale Reichweite des § 38 Abs. 4 UrhG ist umstritten. Dies betrifft besonders dessen Anwendbarkeit auf von in Deutschland geförderten Wissenschaftlern/-innen bei Publikation im Ausland bei einem ausländische Verlag. Denn Vertragsstatut wird dann regelmäßig – aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder subsidiär Art. 4 Rom I-VO – das materielle Recht desjenigen Staates sein, in dem der Verlag seinen Sitz hat. Ob § 38 Abs. 4 UrhG eine dennoch anwendbare Eingriffsnorm i.V.v. Art. 9 Rom I-VO darstellt, erscheint zweifelhaft. Außerdem weckt das auch im Urheberrecht geltende Territorialprinzip Zweifel daran, ob der Internet-Abruf des Aufsatzes aus dem Ausland erfasst ist, wenn der Aufsatz (etwa weil englischsprachig) die Absicht erkennen lässt, gerade auch Ausländer im Ausland anzusprechen.⁷⁹

Vor diesem Hintergrund gibt es ein schutzwürdiges, in der objektiv-rechtlichen Seite von Art. 5 Abs. 3 GG abgebildetes Interesse der Scientific Community, die Green Road durch vertraglichen Vorbehalt von Nutzungsrechten – einschließlich der notwendigen Vorkeh-

74 Anders als beim nicht auf die Manuskriptversion beschränkten vertraglich oftmals abbedungenen § 38 Abs. 1 Satz 2 UrhG, zu den Voraussetzungen einer solchen abweichenden Vereinbarung *Radtke* (Fn. 5), GRUR 2022, 1562, 1564 ff.; *Hamann* (Fn. 5), ZUM 2023, 410, 412 f.

75 Zur Möglichkeit, eine solche aufgrund landesgesetzlicher Ermächtigung durch Hochschulsetzung anzuordnen, kritisch (im Anschluss an den Vorlagebeschluss des VGH BW, ZUM 2018, 211) wegen Verstoßes gegen Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 i.V.m. Art. 71 GG, außerdem wegen angelegentlichem – dazu oben II. 1 c) – Verstoß gegen Art. 14 GG aufgrund der Unentgeltlichkeit der Zweitveröffentlichung *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 1), NJW 2109, 2966 ff.

76 Vgl. BT-Drs. 17/13423, S. 9. Die teilweise (etwa von *Sandberger*, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 466, 470; *Wandtke/Grunert/König*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 38 UrhG Rn. 19; *Peukert*, in: *Schricker/Loewenheim* (Hrsg.), Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 38 UrhG Rn. 45 ff.; vgl. auch *Götting/Lauber-Rönsberg*, Open Access und Urheberrecht, OdW 2015, 137,

144 f.; BR-Drs. 643/13, 2) geforderte analoge Anwendung des § 38 Abs. 4 GG wegen im Lichte von Art. 5 Abs. 3 GG vermeintlich nicht zu rechtfertigender Ungleichbehandlung überzeugt nicht, weil im Anbetracht des doch recht klaren (anders *Peukert*, a.a.O.) Begrenzungswillens des Gesetzgebers die Grenzen der zulässigen Analogie sprengend (dazu *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 1), NJW 2109, 2966, 2267.

77 Besonders streng gegen jegliche Embargofrist die „cOAlition S“ (Fn. 41).

78 Dafür m.w.N. zu den (damaligen) Auffassungen *Fehling* (Fn. 2), OdW 2014, 179, 183; aus jüngerer Zeit unklar etwa *Schulze*, in *Dreier/Schulze* (Hrsg.), UrhG, 7. Aufl. 2022, § 38 Rn. 33; *Wandtke/König*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 76), § 38 Rn. 26; dagegen beiläufig *Radtk*e (Fn. 5), GRUR 2022, 1562, 1564; vgl. auch *Wildgans*, Zuckerbrot oder Peitsche? – Ein Plädoyer für Open Access im juristischen Publikationswesen, ZUM 2019, 21, 24.

79 Zum ganzen näher *Höpfner/Amschewitz* (Fn. 1), NJW 2109, 2966, 2968 f. m.w.N.

rungen für die einheitliche Zitierfähigkeit – durch den Geförderten weiter zu erleichtern.

3. Unzumutbarkeit und subjektive Unmöglichkeit als Verhältnismäßigkeitsgrenze

Schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen darf Unmögliches nicht verlangt werden, auch nicht in Förderbedingungen einer semi-staatlichen Förderorganisation wie der DFG, auf deren Förderung Wissenschaftler/-innen in vielen Disziplinen wegen unzureichender Grundausstattung mehr oder weniger angewiesen sind. Die Frage ist aber, wann es als unmöglich angesehen werden kann, dass sich ein Geförderter weitergehende Zweitveröffentlichungsrechte im Verlagsvertrag vorbehalten kann. Ganz allgemein ist dies wohl bei einem erfolglosen Versuch, eine entsprechende Änderung der sonst bei dem jeweiligen Verlag üblichen Bedingungen zu erreichen, der Fall.

Wie viel Verhandlungsaufwand und -versuche dem Einzelnen dabei zumutbar sind, lässt sich kaum trennscharf allgemeingültig umschreiben. Dies dürfte auch von der gegebenenfalls bekannten allgemeinen „Politik“ des jeweiligen Verlags abhängen: Wenn sich dieser schon in der Vergangenheit als nicht verhandlungsbereit erwiesen hatte, wäre mehr als eine einfache einmalige „Bitte“ kaum zumutbar; umgekehrt sind sehr viel umfangreichere Bemühungen angezeigt, wenn der Verlag in der Vergangenheit bereits Autorenverträge mit erweitert vorbehaltenen Nutzungsrechten abgeschlossen hatte.

Geht es „nur“ um etwaige Mehrkosten (z.B. einen höheren Druckkostenzuschuss des Autors an den Verlag) als Gegenleistung für die „unvollständigere“ Abtretung der Rechte, so dürfte es an der Zumutbarkeit dann fehlen, wenn die Mehrkosten spürbar und nicht anderweitig durch Zuschüsse finanzierbar sind. Einmal mehr obliegt es Forschungsförderern wie der DFG, solche Mehrkosten ganz oder jedenfalls zum Großteil zu übernehmen, soll daran nicht die Zurückbehaltung der zur Ermöglichung der Green Road notwendigen oder jedenfalls zur Erleichterung wünschenswerten Nutzungsrechte scheitern.

4. Konsequenzen für zulässige Gestaltungen in den Förderbedingungen

Bislang begnügen sich jedenfalls die DFG und die VolkswagenStiftung,⁸⁰ anders als anscheinend die Europäische Kommission,⁸¹ mit bloßen Empfehlungen, sich entsprechende Nutzungsrechte in Verlagsverträgen vorzubehal-

ten. Dies ist ersichtlich der Tatsache geschuldet, dass es eben nicht immer möglich erscheint, solches in Vertragsverhandlungen zu erreichen. Auch wenn demnach solch eine Rechtevorbereitung noch nicht zur weitgehend konsentierten guten wissenschaftlichen Praxis in Deutschland gehört – sofern man diese bei einer derartigen nur mittelbar wissenschaftsrelevanten Frage überhaupt als berührt ansieht –, erscheint es jedenfalls angesichts der geringen Eingriffsintensität grundsätzlich zulässig, ein Stück weit über eine bloße Empfehlung hinauszugehen.

Vor diesem Hintergrund erscheint Folgendes rechtlich möglich und sinnvoll:

a) „Comply or explain“-Verpflichtungen und Alternativen

Auch hier ist eine *grundsätzliche Verpflichtung der Geförderten mit opt-out-Möglichkeit* erwägenswert. In diesem „comply or explain“-Modell wäre als hinreichende Begründung für ein opt-out anzuerkennen, wenn der/die Förderungsempfänger/-in darlegen kann, dass er die ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, den von ihm/ihr ausgewählten Verlag zu einer solchen Vertragsgestaltung zu bewegen.

Alternativ ließe sich an eine von vornherein abgeschwächte Verpflichtung der Förderungsempfänger denken, alles Zumutbare zu unternehmen, um sich entsprechende Nutzungsrechte vorzubehalten. Dies wäre jedoch kein Gewinn gegenüber der „comply or explain“-Lösung. Denn auch hier müsste letztlich beurteilt werden, was den Geförderten zumutbar war. Das Ausweichen auf einen anderen (suboptimalen) Publikationsort wäre jedenfalls nicht zumutbar, da mit einer massiven Einschränkung der individuellen Publikationsfreiheit verbunden.

b) Erleichterung durch Abschluss von Transformationsverträgen

Erneut hätten es Forschungsförderer und Wissenschaftseinrichtungen zu einem guten Teil selbst in der Hand, Hürden zu beseitigen. Neben dem Ersatz eventuell erhöhter Publikationskosten⁸² ist hier ganz besonders an den vermehrten Abschluss von Transformationsverträgen mit Wissenschaftsverlagen zu denken. Forschungsförderer und große wissenschaftliche Gesellschaften wie die Max-Planck-Gesellschaft besitzen gegenüber den Verlagen eine ungleich größere Verhandlungsmacht als der/die einzelne Wissenschaftler/-in.

80 Stellungnahme der DFG, „Gründung von „cOAlition S“ zur Unterstützung von Open Access“ (Fn. 28); VolkswagenStiftung, Open Science. Open Access – Open Data – Open Source (Fn. 40), S. 3.

81 European Commission, Horizon Europe. Program Guide, Stand 2023 (Fn. 43), S.51.

82 Siehe oben 3.

Wo selbst den großen Organisationen kein Abschluss eines „echten“ Transformationsvertrags gelingt, so wäre als Notlösung eine Vereinbarung anzustreben, in der der Wissenschaftsverlag zumindest zusichert, in seinen Verträgen den Autoren/-innen ein Zweitveröffentlichungsrecht in dem oben beschriebenen erweiterten Umfang einzuräumen.

IV. Zusammenfassung

Die – freilich fachspezifisch unterschiedlich weit reichenden – Veränderungen im Publikationswesen hin zu mehr Open Access gestatten es nunmehr öffentlichen Forschungsförderorganisationen wie der DFG, beim Open Access in Förderbedingungen über bloße dringende Empfehlungen und Fördermaßnahmen hinauszugehen. Allerdings kann es im Einzelfall weiterhin valide Gründe dafür geben, eine Publikation Open Access zu verweigern. Deshalb erscheint eine „comply or explain“-Lösung angemessen. Die Geförderten werden in den Förderbedingungen grundsätzlich zur Publikation Open Access verpflichtet (nach seiner/ihrer freien Wahl in der Golden Road oder der Green Road), behalten aber bei tragfähiger Begründung im Einzelfall die Befugnis zum opt-out. Dies ist in Strukturen wissenschaftlicher Selbstverwaltung zu prüfen, wobei dem Geförderten ein Beurteilungsspielraum verbleiben muss. Dabei sind auch Unterschiede zwischen den verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen zu berücksichtigen. Zwecks erhöhter Rechtssicherheit ließen sich typische Verweigerungsgründe in Regelbeispielen festlegen. Forschungsförderer und Wissenschaftseinrichtungen haben es dabei ein

Stück weit selbst in der Hand, durch Förderung einer qualitätsgesicherten Open Access-Publikationsinfrastruktur sowie durch den Ersatz von Publikationsgebühren oder den Abschluss von Transformationsverträgen mit den Wissenschaftsverlagen opt-out-Gründe zu minimieren.

Eine Verpflichtung der Geförderten in den Förderbedingungen, sich die für eine über § 38 Abs. 4 UrhG hinausgehende (vor allem schnellere und auch Buchpublikationen erfassende) Zweitveröffentlichung vorzubehalten, stellte ebenfalls einen Eingriff in die individuelle Publikationsfreiheit dar. Dieser Eingriff bliebe für sich genommen angesichts der Parallelität der Interessen von Autoren/-innen und Scientific Community jedoch isoliert betrachtet von relativ geringem Gewicht, sofern auch hier eine opt-out Möglichkeit im Einzelfall verbleibt. Dafür wäre als hinreichende Begründung anzuerkennen, wenn es dem/der Geförderten im Einzelfall unmöglich ist, einen Vorbehalt entsprechender Nutzungsrechte bei dem von ihm frei gewählten Verlag herauszuverhandeln. Auch hier haben Forschungsförderer durch Ersatz eventueller Mehrkosten und den Abschluss von Transformationsvereinbarungen mit den Verlagen (unter Nutzung der weit größeren Verhandlungsmacht dieser Organisationen im Vergleich zu den einzelnen Geförderten) die Gelegenheit, Hindernisse zu beseitigen oder jedenfalls zu minimieren.

Michael Fehling ist Professor an der Bucerius Law School Hamburg, und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung.