

Prof. Dr. Reto M. Hilty / Dr. Matthias Seemann

Open Access – Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht

Rechtsgutachten im Auftrag der Universität Zürich

Zürich, November 2009

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	6
Abkürzungsverzeichnis	10
A. Fragestellung	13
B. Grundlagen.....	13
I. Begriff und Zweck von Open Access	13
1. Begriff.....	13
2. Zweck.....	15
II. Strategien der Open-Access-Bewegung.....	16
1. Veröffentlichungsstrategien	16
a) Goldener Weg	16
b) Grüner Weg	16
2. Finanzierungsstrategien	17
III. Rechtsgrundlagen von Open Access.....	18
1. Urheberrecht	18
2. Wettbewerbsrecht.....	20
3. Vertragsrecht	20
4. Internationales Privatrecht	21
5. Weitere Aspekte.....	22
a) Verfassungsrecht.....	22
b) Strafrecht	23
c) Öffentliches Recht	23
IV. Aufbau des Rechtsgutachtens	23
C. Aus der Sicht des Urhebers.....	24
I. Übersicht	24
II. Urheberrechtliche Ausgangslage.....	24
1. Schöpferprinzip	24
2. Werkvermittlung	26
III. Zustandekommen einer Bindung gegenüber dem Verlag	27
1. Verlagsvertrag.....	27
a) Vertragsschluss	27

b)	Vertragszusatz.....	28
2.	Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB).....	29
IV.	Umfang der Rechtseinräumung an den Verlag	31
1.	Grundlagen	31
a)	Unterscheidung zwischen Übertragung und Lizenzierung.....	31
b)	Abtrennbarkeit einzelner Teilbefugnisse des Urheberrechts	32
c)	Beim Urheber verbleibende Rechte	33
2.	Gesetzliche Regelung.....	34
a)	Grundsatz	34
b)	Übertragung der Online-Rechte	36
c)	Ausübung der Online-Rechte	38
d)	Verwendung des Verlags-PDF?	41
e)	Ergebnis.....	43
3.	Vertragliche Regelung	44
a)	Grundsatz	44
b)	Regelung betreffend Online-Rechte	45
c)	Regelung betreffend persönliche Internet-Seite.....	46
d)	Regelung betreffend Autorenversion/Verlags-PDF	47
e)	Weitere Regelungen.....	48
f)	Ergebnis.....	49
4.	Musterklausel.....	49
V.	Mehrzahl von Urhebern.....	52
VI.	Internationale Verhältnisse.....	53
1.	Gerichtsstand	53
a)	Im Geltungsbereich des Lugano-Übereinkommens	53
b)	Ausserhalb des Geltungsbereichs des Lugano-Übereinkommens	54
2.	Anwendbares Recht.....	55
a)	Vertragsrecht	56
b)	Immaterialgüterrecht.....	57
c)	Ergebnis.....	59
VII.	Fazit.....	59
D.	Aus der Sicht des Repositoriumbetreibers.....	61
I.	Übersicht	61
II.	Urheberrechtliche Ausgangslage.....	61
1.	Hinterlegung von Werkkopien.....	61
2.	Verweisung auf Werkkopien	62

a)	Hyperlinks	62
b)	„Request a copy“-Funktion	63
III.	Berechtigung an den erforderlichen Urheberrechten.....	64
1.	Berechtigung durch Zustimmung des Urhebers	64
a)	Tragweite der Zustimmung.....	64
b)	Durch Verlagsvertrag gebundener Urheber	64
c)	Durch Arbeitsvertrag gebundener Urheber	66
2.	Berechtigung durch Zustimmung des Verlags.....	67
3.	Berechtigung durch gesetzliche Schrankenregelung	68
a)	Schranke des betriebsinternen Gebrauchs	68
b)	Schranke für Archivierungs- und Sicherungsexemplare	73
c)	Weitere Schranken	74
4.	Berechtigung durch Kartellrecht?	75
IV.	Rechtsfolgen bei fehlender Berechtigung	77
1.	Rechtsfolgen für Repositoriumbetreiber	77
2.	Abwälzung der Rechtsfolgen	78
a)	Regress auf den Urheber	78
b)	Regress auf Arbeitnehmer.....	80
V.	Internationale Verhältnisse.....	81
1.	Gerichtsstand	81
2.	Anwendbares Recht.....	81
VI.	Fazit.....	81
E.	Aus der Sicht des Nutzers	83
I.	Übersicht	83
II.	Urheberrechtliche Ausgangslage.....	83
1.	Grundsatz des urheberrechtsfreien Werkgenusses	83
2.	Einschränkungen bei Internet-Nutzung	83
III.	Berechtigung an den erforderlichen Urheberrechten.....	84
1.	Berechtigung durch gesetzliche Schrankenregelung	84
a)	Vorübergehende Vervielfältigungen	84
b)	Privater und betriebsinterner Gebrauch	84
c)	Schrankenregelungen und Zugang zum Werkexemplar	86
2.	Berechtigung durch Zustimmung des Urhebers	87
3.	Berechtigung durch Zustimmung des Verlags oder des Repositoriumbetreibers ..	89
IV.	Rechtsfolgen bei fehlender Berechtigung	89

V.	Internationale Verhältnisse.....	90
VI.	Fazit.....	90
F.	Ansätze de lege ferenda.....	91
I.	Übersicht	91
II.	Urheberrechtliche Schrankenregelung	91
1.	Zugunsten des Nutzers.....	91
2.	Zugunsten des Repositoriumbetreibers.....	92
a)	Gesetzliche Lizenz	92
b)	Zwangslizenz	96
III.	Zwingendes Vertragsrecht	97
1.	Zugunsten des Urhebers	97
2.	Zugunsten des Repositoriumbetreibers.....	99
IV.	Kartellrecht	100
V.	Fazit.....	100
G.	Zusammenfassung	101
I.	Fragestellung	101
II.	Grundlagen	101
III.	Aus der Sicht des Urhebers	101
IV.	Aus der Sicht des Repositoriumbetreibers.....	104
V.	Aus der Sicht des Nutzers.....	105
VI.	Ansätze de lege ferenda	106

Literaturverzeichnis

- ALTENPOHL, MARTINA: Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen, Bern 1987
- AMSTUTZ, MARC/VOGT, NEDIM PETER/WANG, MARKUS: Art. 113, 117, in: Honsell et al. (Hg.): Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. A., Basel 2007 (zit.: BSK)
- ANDRE, FRANCIS: Libre accès aux savoirs. Open Access to Knowledge, Paris 2005
- AUF DER MAUR, ROLF: Art. 39, in: Müller/Oertli (Hg.): Urheberrechtsgesetz (URG), Bern 2006
- BAILEY, CHARLES W.: What is open access?, in: Jacobs (Hg.): Open Access: Key Strategic, Technical and Economic Aspects, Oxford 2006, S. 13 ff.
- BÄR, ROLF: Das Internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrechts, in: von Büren/David (Hg.): SIWR Bd. I/1, 2. A., Basel 2002, S. 123 ff.
- BARGHEER, MARGO/BELLEM, SASKIA/SCHMIDT, BIRGIT: Open Access und Institutional Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen, in: Spindler (Hg.): Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006, S. 1 ff.
- BARRELET, DENIS/EGLOFF, WILLI: Das neue Urheberrecht, 3. A., Bern 2008
- BAUDENBACHER, CARL: Lauterkeitsrecht, Basel 2001
- BECKER, HERMANN: Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. VI/2 (zit.: ZK)
- BU, YUANSI: Die Schranken des Urheberrechts im Internet, Bern 2004
- BÜHLER, LUKAS: Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Freiburg 1999
- BÜREN, ROLAND VON/MEER, MICHAEL A.: Der Urheber, in: von Büren/David (Hg.): SIWR Bd. II/1, 2. A., Basel 2006, S. 141 ff.
- CHERPILLOD, IVAN: Art. 380–393, in: Thévenoz/Werro (Hg.): Commentaire Romand, Code des obligations I, Basel 2003 (zit.: CR)
- CHERPILLOD, IVAN: Schranken des Urheberrechts, in: von Büren/David (Hg.): SIWR Bd. II/1, 2. A., Basel 2006, S. 259 ff. (zit.: Schranken)
- COCKERILL, MATTHEW: Business models in open access publishing, in: Jacobs (Hg.): Open Access: Key Strategic, Technical and Economic Aspects, Oxford 2006, S. 111 ff.
- DORSCHER, JOACHIM: Open Access und Urheberrecht: Open Source in neuem Gewand?, in: Hagenhoff (Hg.): Internetökonomie der Medienbranche, Göttingen 2006, S. 235 ff.
- EGLOFF, WILLI: Das Urheberrecht und der Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen, sic! 2007, S. 705 ff.
- FRECH, PHILIPP: Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Zürich/Basel/Genf 2009
- GASSER, CHRISTOPH: Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997 (zit.: Eigengebrauch)
- GASSER, CHRISTOPH: Art. 19, in: Müller/Oertli (Hg.): Urheberrechtsgesetz (URG), Bern 2006 (zit.: URG)
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008

- GOUNALAKIS, GEORGIOS: Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Tübingen 2003
- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2008
- HANSEN, GERD: Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, S. 378 ff.
- HECKMANN, JÖRN/WEBER, MARC PHILIPP: Open Access in der Informationsgesellschaft – § 38 UrhG de lege ferenda, GRUR Int. 2006, S. 995 ff.
- HILTY, RETO M.: Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, in: Forstmoser et al. (Hg.): Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (Festschrift Roger Zäch), Zürich 1999, S. 325 ff. (zit.: KG)
- HILTY, RETO M.: Lizenzvertragsrecht, Bern 2001 (zit.: Lizenzvertragsrecht)
- HILTY, RETO M.: Zur Zulässigkeit des „Link“ – Rechtliches Damoklesschwert für die Internettechnologie?, in: Weber/Hilty/Auf der Maur (Hg.): Geschäftsplattform Internet III, Zürich 2002, S. 123 ff. (zit.: Link)
- HILTY, RETO M.: Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Schweizer Modell vs. Europäische Vorgaben, sic! 2004, S. 966 ff. (zit.: Informationsgesellschaft)
- HILTY, RETO M.: Urheberrecht und Wissenschaft, in: Sieber/Hoeren (Hg.): Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – Anforderungen an das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Bonn 2005, S. 174 ff. (zit.: Urheberrecht und Wissenschaft)
- HILTY, RETO M.: Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, S. 179 ff. (zit.: Wissenschaftler)
- HILTY, RETO M.: Der Verlagsvertrag, in: von Büren/David (Hg.): SIWR Bd. II/1, 2. A., Basel 2006, S. 557 ff. (zit.: Verlagsvertrag)
- HILTY, RETO M.: Sündenbock Urheberrecht?, in: Ohly/Klippel (Hg.): Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 107 ff. (zit.: Sündenbock Urheberrecht?)
- HILTY, RETO M.: Art. 380–393 OR, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007 (zit.: BSK)
- HILTY, RETO M.: Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht?, GRUR 2009, S. 633 ff. (zit.: Zwangslizenzen)
- HILTY, RETO M./BAJON, BENJAMIN: Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (Zweiter Korb) – ein Beitrag aus Wissenschaftssicht, ZfBB 2008, S. 257 ff.
- HOCHREUTENER, INGE: Urhebervertragsrecht im Verlagsbereich, in: Streuli-Youssef (Hg.): Urhebervertragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 35 ff.
- JEGHER, GION: Art. 109 f., in: Honsell et al. (Hg.): Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. A., Basel 2007 (zit.: BSK)
- JEGHER, GION/VASELLA, DAVID: Art. 122, in: Honsell et al. (Hg.): Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. A., Basel 2007 (zit.: BSK)
- JONES, RICHARD/ANDREW, THEO/MACCOLL, JOHN: The Institutional Repository, Oxford 2006
- KATZENBERGER, PAUL: Vor §§ 120 ff., in: Schricker (Hg.): Urheberrecht, 3. A., München 2006

- KELLER, MAX/KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA: Art. 113, 117, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2004 (zit.: ZK)
- KRAMER, ERNST A.: Juristische Methodenlehre, 2. A., Bern 2005
- KROPHOLLER, JAN: Europäisches Zivilprozessrecht, 8. A., Frankfurt am Main 2005
- KUHLEN, RAINER: Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, Boizenburg 2008
- LOSSAU, NORBERT: Der Begriff „Open Access“, in: Deutsche UNESCO-Kommission (Hg.): Open Access, Bonn 2007, S. 18 ff.
- LUCIUS, WULF D. VON: Welche urheberrechtlichen Konzepte sind dem Wissenschaftssystem wirklich dienlich?, in: Schmitz/von Becker/Hrubesch-Millauer (Hg.): Probleme des neuen Urheberrechts für die Wissenschaft, den Buchhandel und die Bibliotheken, Wiesbaden 2008, S. 89 ff.
- MANTZ, RETO: Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open Access-Werken, in: Spindler (Hg.): Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006, S. 55 ff. (zit: Open Access)
- MANTZ, RETO: Open Source, Open Content und Open Access – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hg.): Open Source Jahrbuch 2007, Berlin 2007, S. 413 ff. (zit.: Open Source)
- OBERHAMMER, PAUL: Art. 5, in: Dasser/Oberhammer (Hg.): Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Bern 2008
- PEIFER, KARL-NIKOLAUS: Urheberrechtliche Rahmenbedingungen von open access-Konzepten, in: Peifer/Gersmann (Hg.): Forschung und Lehre im Informationszeitalter – zwischen Zugangsfreiheit und Privatisierungsanreiz, Berlin 2007, S. 39 ff.
- PFLÜGER, THOMAS/ERTMANN, DIETMAR: E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, S. 436 ff.
- PIAGET, EMMANUEL: Le contrat d'édition portant sur une publication numérique, Bern 2004
- PORTMANN, WOLFGANG/STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2007
- REHBINDER, MANFRED: Schweizerisches Urheberrecht, 3. A., Bern 2000 (zit.: Urheberrecht)
- REHBINDER, MANFRED: Der E-Book-Verlagsvertrag, in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hg.): Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 219 ff. (zit.: E-Book-Verlagsvertrag)
- RUBLI, DOMINIK P.: Das Verbot der Umgehung technischer Massnahmen zum Schutz digitaler Datenangebote, Bern 2009
- SANDBERGER, GEORG: Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUM 2006, S. 818 ff.
- SCHIRMBACHER, PETER: Open Access – ein historischer Abriss, in: Deutsche UNESCO-Kommission (Hg.): Open Access, Bonn 2007, S. 22 ff.
- SCHMAUS, STEFAN: Der E-Book-Verlagsvertrag, Baden-Baden 2002
- SCHRICKER, GERHARD: Verlagsrecht, 3. A., München 2001
- SCHWEIKART, PHILIPP: Die Interessenlage im Urheberrecht, Diss. Zürich 2004
- SCHWENS, UTE/ALTENHÖNER, REINHARD: Langzeitarchivierung bei Open Access, in: Deutsche UNESCO-Kommission (Hg.): Open Access, Bonn 2007, S. 55 ff.

-
- SCHWENZER, INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006
- SEEMANN, MATTHIAS: Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten, Bern 2008
- SENFTLEBEN, MARTIN: Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, S. 200 ff.
- STAUB, ROGER: Leistungsstörungen bei Urheberrechtsverträgen, Bern 2000
- STIESS, KATRIN: Anknüpfungen im internationalen Urheberrecht unter Berücksichtigung der neuen Informationstechnologien, Frankfurt am Main 2005
- STIRNIMANN, FRANZ X.: Urheberkartellrecht, Zürich/Basel/Genf 2004
- STRAFNER, ALEXANDER: Urheber- und wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche des Anbieters von Informationen im World Wide Web gegen Hyperlinks, Frankfurt am Main 2005
- TROLLER, ALOIS: Der Verlagsvertrag, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V/3a, Zürich 1976 (zit.: ZK)
- VISCHER, FRANK: Art. 122, in: Girsberger et al. (Hg.): Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2004 (zit.: ZK)
- VOGEL, STEFAN: Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000
- WEBER, MARC PHILIPP: Haftungsrechtliche Risiken beim Betrieb institutioneller Repositorien, in: Spindler (Hg.): Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006, S. 149 ff.
- WEBER, ROLF H.: E-Commerce und Recht, Zürich 2001 (zit.: E-Commerce)
- WEBER, ROLF H.: Rechtsfragen rund um Suchmaschinen, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit.: Suchmaschinen)
- WEBER, ROLF H.: Zivilrechtliche Haftung im Internet, in: Arter/Jörg (Hg.): Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Bern 2003, S. 159 ff. (zit.: Haftung)
- WERRA, JACQUES DE: Art. 16, in: Müller/Oertli (Hg.): Urheberrechtsgesetz (URG), Bern 2006
- WIELSCH, DAN: Zugangsregeln, Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen 2008
- ZÄCH, ROGER: Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CR	Commentaire Romand
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EG	Europäische Gemeinschaft
et al.	et alii, et aliae (und andere)
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	folgende Seite(n)
Fn.	Fussnote
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Hg.	Herausgeber, Herausgeberin
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291
i.V.m.	in Verbindung mit
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 251
lit.	littera

LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988, SR 0.275.11
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PDF	Portable Document Format
RBÜ	Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst revidiert in Paris am 24. Juli 1971, SR 0.231.15
revLugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007, BBl. 2009, S. 1841 ff. (Inkrafttreten frühestens auf 1. Januar 2011)
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Seite
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (seit 1997: sic!)
sog.	so genannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum, Anhang 1C des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, SR 0.632.20)
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht (bis 1999: Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. Oktober 1992, SR 231.1
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. September 1965 (Deutschland)
usw.	und so weiter
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, SR 241
VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901 (Deutschland)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
vs.	versus

WCT	WIPO Copyright Treaty (WIPO-Urheberrechtsvertrag) vom 20. Dezember 1996, SR 0.231.151
WIPO	World Intellectual Property Organization
z.B.	zum Beispiel
ZfBB	Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

A. Fragestellung

- 1 Die Universität Zürich verfolgt das Ziel, einen möglichst umfassenden, kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen über das Internet zu ermöglichen. Damit setzt sich die Universität Zürich für ein Anliegen ein, das unter dem Stichwort „Open Access“ international von Wissenschaftlern und Wissenschaftsorganisationen vertreten und aktiv gefördert wird. Vor diesem Hintergrund möchte sich die Universität Zürich einen Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen für Open Access in der Schweiz verschaffen.
- 2 Zu diesem Zweck hat die Universität Zürich einen Katalog von Fragen zusammengestellt, die mit dem vorliegenden Rechtsgutachten zu beantworten sind. Der Schwerpunkt des Interesses liegt dabei auf den Rechtsfragen rund um den Betrieb von sog. Repositorien, d.h. Internet-Servern, die dazu dienen, wissenschaftliche Publikationen zugänglich zu machen. Insbesondere fragt sich, inwieweit Publikationen, die bereits bei wissenschaftlichen Verlagen veröffentlicht worden sind, in Repositorien hinterlegt werden dürfen.
- 3 Das vorliegende Rechtsgutachten beschränkt sich auf die Darstellung des schweizerischen Rechts. Dabei ist zu beachten, dass bei internationalen Verhältnissen oftmals nicht die schweizerische, sondern eine ausländische Rechtsordnung zur Anwendung gelangt (dazu hinten Rz. 28 ff.).

B. Grundlagen

I. Begriff und Zweck von Open Access

1. *Begriff*

- 4 Die Grundidee von Open Access ist, dass wissenschaftliches Wissen allen Interessierten frei zugänglich sein soll. Dies hält auch die für die Open-Access-Bewegung zentrale „Berlin Declaration“ vom Oktober 2003 fest, wenn sie als Ziel die Verwirklichung der „vision of a global and ac-

cessible representation of knowledge“ nennt¹. Als Medium für die Umsetzung dieses Ziels kommt vor allem das Internet in Frage, das ohne weiteres die weltweite Verbreitung von Informationen ermöglicht.

5 Diese Grundidee von Open Access kann im Einzelnen in unterschiedliche Begriffe gefasst werden². Im vorliegenden Rechtsgutachten wird von folgender Definition ausgegangen:

6 *Open Access ist der kostenlose Zugang zu wissenschaftlichem Wissen über das Internet.*

7 Die Definition enthält folgende Elemente:

- *Kostenlos* bedeutet, dass der Nutzer für den Zugang keine Kosten zu entrichten hat. Die Kosten für die Bereitstellung der Informationen müssen demnach anderweitig getragen werden (zu den verschiedenen Finanzierungsmodellen hinten Rz. 15).
- Ein genügender *Zugang* ist gegeben, wenn der Nutzer die erhältlichen Informationen für wissenschaftliche Zwecke verwenden kann. Dazu ist erforderlich, dass er die Dokumente auf seinem Computer abrufen, ansehen und abspeichern sowie zum Eigengebrauch ausdrucken darf³.
- Zum *wissenschaftlichen Wissen* gehören hauptsächlich die wissenschaftlichen Publikationen, daneben aber auch weitere wissenschaftliche Materialien wie z.B. Forschungsdaten und Aufzeichnungen⁴.

¹ „Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities“, <http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html> (alle Internet-Seiten besucht am 7. Juli 2009).

² Zum Begriff von Open Access siehe etwa LOSSAU, S. 18 ff.; BAILEY, S. 13 ff.; KUHLEN, S. 457 ff.; BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, S. 5 ff.

³ Gemäss der „Berlin Declaration“ (vorn Fn. 1) umfasst der Begriff von Open Access auch weitere Nutzungsarten wie z.B. die Verbreitung, die öffentliche Wiedergabe und die Bearbeitung. Dies ist in erster Linie als politische Forderung zu lesen. Im vorliegenden Rechtsgutachten wird ein engerer Begriff gewählt, denn es würde die Verständlichkeit erschweren, wenn der Begriff des Open Access nur dann verwendet werden dürfte, wenn dem Nutzer sämtliche in der „Berlin Declaration“ aufgezählten Rechte eingeräumt würden. In diesem Sinne auch BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, S. 6.

⁴ Vgl. die Formulierung der „Berlin Declaration“ (vorn Fn. 1): „Open access contributions include original scientific research results, raw data and metadata, source materials, digital representations of pictorial and graphical materials and scholarly multimedia material.“

- Als *Internet* wird das weltweite, dem Datenaustausch dienende Netzwerk aus einzelnen Rechnernetzwerken bezeichnet.

2. Zweck

- 8 Der Zweck von Open Access liegt zunächst darin, die Möglichkeiten des Internets für die Wissensvermittlung optimal zu nutzen⁵, um damit die *Grundlagen der freien Forschung zu sichern*. Damit verbunden ist die Forderung, dass die mit öffentlichen Geldern finanzierte Forschung der Öffentlichkeit frei zur Verfügung stehen sollte⁶. So sollen auch Wissenschaftler, Wissenschaftsorganisationen und Bibliotheken mit beschränktem Budget in die Lage versetzt werden, je auf ihre Weise zu einer qualitativ hoch stehenden wissenschaftlichen Forschung beizutragen.
- 9 Open Access soll zudem die *langfristige Archivierung des wissenschaftlichen Wissens gewährleisten* und damit zur Sicherung des kulturellen Erbes beitragen⁷.
- 10 Diese Zielsetzungen der Open-Access-Bewegung bildeten sich vor dem Hintergrund, dass die Gewährleistung der Forschungsfreiheit und der langfristigen Archivierung durch Entwicklungen sowohl im Hochschul- als auch im Verlagsbereich erschwert wird⁸. Im Hochschulbereich fanden in den letzten Jahren vielerorts Budgetkürzungen statt, die auch die Bibliotheken und damit den Umfang ihrer Neuanschaffungen betrafen. Im Bereich des Verlagswesens ist eine Verlagerung von gedruckten zu Online-Medien festzustellen, die oftmals nicht zu den erwarteten Preisreduktionen geführt und insoweit nicht zur Lösung der Finanzprobleme von Bibliotheken beigetragen hat⁹. Zudem wurden durch Publikationen, die ausschließlich online angeboten werden („e-only“), auch die bisherigen Praktiken der langfristigen Archivierung in Frage gestellt¹⁰.

⁵ Vergleichbar zu „Open Source“ im Softwarebereich; zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen „Open Access“ und „Open Source“ MANTZ, Open Source, S. 413 ff.

⁶ Dazu HILTY, Wissenschaftler, S. 182 m.w.H.

⁷ So die „Berlin Declaration“ (vorn Fn. 1).

⁸ Siehe die Erklärungen von Budapest vom Februar 2002 (Budapest Open Access Initiative, www.soros.org/openaccess/read.shtml), Bethesda vom April 2003 (Bethesda Statement on Open Access Publishing, www.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm) und Berlin vom Oktober 2003 (vorn Fn. 1). Zur Geschichte der Open-Access-Bewegung ferner SCHIRMBACHER, S. 22 ff.; ANDRÉ, S. 32 ff.

⁹ PFLÜGER/ERTMANN, S. 436 ff.; EGLOFF, S. 705 f.; KUHLEN, S. 225 ff., 232 ff.; HILTY, Sündenbock Urheberrecht?, S. 127 ff.; DERS., Wissenschaftler, S. 182 m.w.H.

¹⁰ Dazu aus Bibliothekssicht SCHWENS/ALTENHÖNER, S. 55 ff.

II. Strategien der Open-Access-Bewegung

1. Veröffentlichungsstrategien

a) Goldener Weg

- 11 Als „goldener Weg“ (golden road) wird die Veröffentlichung bezeichnet, die ausschliesslich oder hauptsächlich in einem Open-Access-Medienprodukt erfolgt. So besteht etwa die Möglichkeit, Beiträge in Open-Access-Zeitschriften zu publizieren, die wie andere Zeitschriften ein Peer-Review-Verfahren durchführen¹¹. Auch Monographien und Lehrbücher können – meist durch entsprechend spezialisierte Verlage – nach Open-Access-Bedingungen veröffentlicht werden¹².

b) Grüner Weg

- 12 Der „grüne Weg“ (green road) besteht darin, die Publikation konventionell zu veröffentlichen, aber eine Parallelveröffentlichung nach Open-Access-Bedingungen vorzunehmen. Dies erfolgt entweder durch Selbstarchivierung z.B. auf der persönlichen Internet-Seite des Wissenschaftlers oder durch institutionelle Archivierung in sog. Repositorien, d.h. auf Servern von Instituten, Universitäten oder anderen Wissenschaftsorganisationen¹³.
- 13 Der „grüne Weg“ ist eine Kompromisslösung zwischen der konventionellen und der Open-Access-Veröffentlichung. Ein solcher Kompromiss wird insbesondere deshalb eingegangen, weil die Reputation des Wissenschaftlers in erheblichem Masse von Publikationen in gewissen konventionellen Medienprodukten – insbesondere in renommierten Fachzeitschriften – abhängt¹⁴.
- 14 Im vorliegenden Gutachten liegt der Schwerpunkt bei den Rechtsfragen des „grünen Wegs“, während auf den „goldenen Weg“ nur am Rande eingegangen wird.

¹¹ Siehe die Übersichten über Open-Access-Zeitschriften, von denen ein bedeutender Teil ein Peer-Review-Verfahren durchführt: Directory of Open Access Journals (www.doaj.org), Open J-Gate (www.openj-gate.com).

¹² BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, S. 7 f.

¹³ BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, S. 8.

¹⁴ DORSCHER, S. 239; PFLÜGER/ERTMANN, S. 437; EGLOFF, S. 712; HILTY/BAJON, S. 262.

2. *Finanzierungsstrategien*

15 Um dem Nutzer den kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen zu ermöglichen, müssen die Kosten für die Aufbereitung, Begutachtung und Zugänglichmachung anderweitig finanziert werden. Es werden im Wesentlichen drei Finanzierungsstrategien für Open-Access-Publikationen unterschieden, die im Einzelnen weiter differenziert bzw. abgewandelt werden können¹⁵:

- Im „Author pays-Modell“ muss im Prinzip der Autor für die Veröffentlichung seines Artikels eine Publikationsgebühr entrichten¹⁶, mag im Innenverhältnis auch die hinter ihm stehende Forschungsinstitution die Kosten übernehmen.
- Im „Institutionen-Modell“ werden die Publikationen von vornherein durch Forschungsinstitutionen oder Bibliotheken finanziert, sei es indem sie selbst eine Publikationsplattform (z.B. ein Repositorium) betreiben, sei es, dass Dritte dies tun, die in Form von Mitgliederbeiträgen die notwendigen Einnahmen erzielen (z.B. Open-Access-Verlage)¹⁷.
- In „Hybrid-Modell“ ist in demselben Medienprodukt sowohl die Open-Access-Publikation als auch die konventionelle, d.h. zugangsbeschränkte Publikation möglich. Der Autor hat die Wahl. Eine Open-Access-Publikation erfolgt jedoch nur, wenn der Autor eine Publikationsgebühr bezahlt (oder diese von einem Dritten, z.B. einer Forschungseinrichtung beglichen wird), ansonsten wird eine zugangsbeschränkte, für den Nutzer kostenpflichtige Publikation vorgenommen¹⁸. Im Resultat lassen sich hier kommerzielle Intermediäre quasi

15 Näher dazu KUHLEN, S. 553 ff.; COCKERILL, S. 111 ff.

16 So z.B. die bedeutenden Open-Access-Plattformen BioMed Central (Übersicht über die Tarife www.biomedcentral.com/info/authors/apcfaq) und PLoS, Public Library of Science (Übersicht über die Tarife www.plos.org/journals/pubfees.html).

17 Bei der Open-Access-Plattform BioMed Central wird das „Author pays-Modell“ mit dem „Institutionen-Modell“ so kombiniert, dass grundsätzlich Publikationsgebühren von den Autoren verlangt werden (dazu soeben Fn. 16), dass aber Forscher von Institutionen, die Mitglied von BioMed Central sind, von Publikationsgebühren befreit sind: www.biomedcentral.com/inst.

18 Mittlerweile bieten verschiedene Grossverlage dieses Modell an, z.B. Springer („Open Choice“), Oxford University Press („Oxford Open“), Elsevier („Sponsored Articles“) und Wiley-Blackwell („OnlineOpen“): www.springer.com/open+access/open+choice?SGWID=0-40359-0-0-0, www.oxfordjournals.org/oxfordopen,

die „Einnahmeausfälle“, welche durch den kostenlosen Zugang der Nutzer entstehen, von Seiten der Wissenschaft ersetzen.

III. Rechtsgrundlagen von Open Access

1. Urheberrecht

- 16 Da an wissenschaftlichen Publikationen in der Regel Urheberrechte bestehen, spielt das Urheberrecht eine bedeutende Rolle für die Realisierung von Open-Access-Plattformen. Nachfolgend werden kurz einige urheberrechtliche Grundlagen erwähnt, die für das vorliegende Rechtsgutachten relevant sind.
- 17 Die massgebenden Rechtsgrundlagen sind aus schweizerischer Perspektive das Urheberrechtsgesetz (URG) und mehrere internationale Abkommen, insbesondere der WIPO-Urheberrechtsvertrag (WIPO Copyright Treaty, WCT) und die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ).
- 18 Schutzobjekt des Urheberrechts sind Werke als „geistige Schöpfungen“ (Art. 2 Abs. 1 URG), und zwar grundsätzlich unabhängig von ihrer Verkörperung in einem Werkexemplar. So ist z.B. nicht ein Aufsatz in einer bestimmten grafischen Gestaltung geschützt, sondern nur der Aufsatz „an sich“. Der Urheberrechtsschutz besteht also unabhängig davon, ob der Aufsatz in der Form des Manuskripts, des publizierten Verlags-PDF mit oder ohne Verlagslogo oder in einer anderen Art und Weise dargestellt ist.
- 19 Geistige Schöpfungen geniessen nur soweit den Schutz des Urheberrechts, als sie „individuellen Charakter“ haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Bei den wissenschaftlichen Werken, die im Gesetz eigens erwähnt werden (Art. 2 Abs. 2 lit. a und d URG), ist der individuelle Charakter weniger im Inhalt des Werks zu suchen – denn der Inhalt wird stark durch die Sachlogik bestimmt –, sondern mehr in der konkreten sprachlichen bzw. stilistischen Gestaltung, in der Formulierung und Gliederung des Stoffes¹⁹.

www3.interscience.wiley.com/authorresources/funded_access.html,
www.elsevier.com/wps/find/intro.cws_home/sponsoredarticles.

¹⁹ BGE 113 II 306 ff. E. 3a; BGer, SMI 1996, S. 73 ff. E. 4a (S. 82); BARRELET/EGLOFF, Art. 2 Rz. 16. Für einen weiter gehenden Schutz REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 81, wonach auch der *Inhalt* wissenschaftlicher Werke schutzfähig ist; die wissenschaftliche Auseinandersetzung werde dadurch nicht behindert, weil andere Wissenschaftler das Werk im Rahmen des Zitatrechts wiedergeben dürften (Art. 25 URG). Ebenfalls in diesem Sinne ausführlich ALTENPOHL, S. 81 ff.

Wissenschaftliche Publikationen geniessen in der Regel Urheberrechtsschutz, solange es sich nicht um die blossе Zusammenstellung von Daten handelt²⁰.

- 20 Im Folgenden wird ohne nähere Prüfung von der Annahme ausgegangen, dass die auf Open-Access-Plattformen zugänglich gemachten Werke urheberrechtlich geschützt sind. Diese Annahme hat der Betreiber einer Open-Access-Plattform vorsichtshalber zu treffen, wenn er nicht jedes einzelne Werk auf seine urheberrechtliche Schutzfähigkeit hin untersuchen möchte.
- 21 Das Urheberrecht besteht aus einer Reihe von Teilbefugnissen (Art. 9–15 URG). Dazu zählen zunächst die Verwendungsrechte wie z.B. die Rechte auf Vervielfältigung, Verbreitung und Zugänglichmachung des urheberrechtlichen Werks (Art. 10 URG). Im Weiteren hat der Urheber das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und das Recht, über die Erstveröffentlichung des Werks zu entscheiden (Art. 9 URG) sowie das Recht auf Integrität seines Werks (Art. 11 URG). Daneben bestehen Rechte, die sich auf einzelne Werkexemplare beziehen (Art. 13–15 URG) wie z.B. das Recht auf Zutritt zum Originalexemplar. Die einzelnen Befugnisse können wiederum weiter unterteilt werden (dazu hinten Rz. 70 ff.). Bei Open-Access-Nutzungen und den in diesem Zusammenhang abgeschlossenen Verträgen ist jeweils genau zu prüfen, welche Teilbefugnisse des Urheberrechts betroffen sind.
- 22 Das Urheberrecht unterliegt gewissen Schranken (Art. 19 ff. URG). Soweit die Verwendung eines Werks unter eine Schrankenbestimmung fällt, darf sie frei, d.h. auch ohne Zustimmung des Urheberrechtseinhabers erfolgen; sie unterliegt aber je nachdem einer Vergütung (z.B. Art. 20 URG). Für Open-Access-Nutzungen von Interesse sind vor allem die Schranken des persönlichen Gebrauchs (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG), des betriebsinternen Gebrauchs (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG) und der Anfertigung von Archivierungsexemplaren (Art. 24 Abs. 1 und 1^{bis} URG).

²⁰ Zum Vergleich: In der Rechtsprechung wurden als *geschützte Werke* z.B. eine Gesetzesausgabe, die mit Normverweisungen ergänzt worden ist (BGer, SMI 1996, S. 73 ff. E. 4a S. 83), und ein Werbeplakat eingestuft (Tribunale d'appello del Ticino, sic! 2002, S. 509 ff. E. 5).

Nicht geschützt wurden z.B. ein Arzneimittel-Kompendium (Zivilgerichtspräsidium Basel-Stadt, sic! 2004, S. 490 ff. E. 2), in Tabellenform dargestellte Luftdruckempfehlungen (Kantonsgerichtspräsident Schwyz, sic! 1997, S. 143 ff. E. 5a) und Buchhaltungsstrukturen (Obergericht Luzern, sic! 1998, S. 178 ff. E. 7.2).

2. Wettbewerbsrecht

- 23 Open-Access-Plattformen bilden einen Teil der Verlagsbranche bzw. stellen eine potentielle Konkurrenz zu ihr dar. Deshalb sind im vorliegenden Rechtsgutachten auch wettbewerbsrechtliche Aspekte zu berücksichtigen. Die massgebenden Rechtsgrundlagen sind das Kartellgesetz (KG) und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).
- 24 In Bezug auf Open Access steht die Frage im Zentrum, inwieweit wissenschaftliche Verlage hinsichtlich der Preisgestaltung und des Zugangs zu den von ihnen kontrollierten Werken einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle unterliegen (näher dazu hinten Rz. 218 ff.).

3. Vertragsrecht

- 25 Die Einräumung von Urheberrechten an wissenschaftlichen Werken erfolgt durch Verträge. Im Zusammenhang mit Open-Access-Nutzungen von Interesse sind vor allem Verlagsverträge sowie Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die bei Zustimmung der beteiligten Parteien ebenfalls Vertragsqualität haben. Die massgebenden Rechtsgrundlagen sind das Obligationenrecht (OR), insbesondere das Verlagsvertragsrecht (Art. 380 ff. OR), sowie die urhebervertragsrechtlichen Grundsätze, die zum Teil in Art. 16 URG ihren Ausdruck gefunden haben.
- 26 Verträge gehen dem dispositiven Gesetzesrecht, nicht jedoch dem zwingenden Gesetzesrecht vor. Das Verlagsvertragsrecht gemäss Art. 380 ff. OR ist durchwegs dispositiv²¹, und das URG enthält praktisch keine spezifisch urhebervertragsrechtlichen, zwingenden Regeln²². Das bedeutet, dass die Vertragsparteien grundsätzlich von diesen Regeln abweichen können. Wird in einem Verlagsvertrag z.B. festgehalten, dass eine Zweitveröffentlichung des Werks in einem Repositorium ausgeschlossen oder nur zu bestimmten Bedingungen erlaubt ist (z.B. unter Weglassung von Verlagslogo und Verlagsseitenzahlen), so bestehen in aller Regel keine

²¹ REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 164; CR-CHERPILLOD, Vor Art. 380–393 Rz. 10; HILTY, Verlagsvertrag, S. 565.

²² Eine Ausnahme davon besteht in der für gewisse Rechte geltende *Verwertungspflicht* über zugelassene Verwertungsgesellschaften (z.B. Art. 22 Abs. 1 URG über die Verbreitung gesendeter Werke). Zudem sind alle Regeln zwingend, die die *Eigenschaften des Urheberrechts* (z.B. Übertragbarkeit des Urheberrechts; Abtrennbarkeit von Teilbefugnissen des Urheberrechts) festlegen. Schliesslich unterliegen Verträge auch den *allgemeinen Schranken* der Rechtsordnung (Art. 19 Abs. 2 OR).

106 ff.).

- 27 Zwingend ist indessen die kartellrechtliche Vorschrift von Art. 7 KG betreffend unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Sie findet im vorliegenden Zusammenhang aber nur in vereinzelten Ausnahmefällen Anwendung (siehe hinten Rz. 218 ff.).

4. *Internationales Privatrecht*

- 28 Bei internationalen Verhältnissen ist jeweils das anwendbare Recht zu bestimmen, d.h. es ist zu klären, ob der fragliche Sachverhalt nach schweizerischem oder nach einem ausländischen Recht zu beurteilen ist. Vorab muss bestimmt werden, ob ein Gerichtsstand in der Schweiz besteht; die Rechtsgrundlagen hierfür bestehen vor allem im Lugano-Übereinkommen (LugÜ) und im schweizerischen Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG). Ist ein schweizerisches Gericht zuständig, beantwortet es die Frage nach dem anwendbaren Recht nach Massgabe des schweizerischen Kollisionsrechts, das wiederum im IPRG geregelt ist.
- 29 Für Urheberrechtsverletzungen gilt grundsätzlich das Schutzlandprinzip, d.h. es ist das Recht desjenigen Staates anwendbar, für dessen Territorium der Urheberrechtsschutz beansprucht wird (Art. 110 Abs. 1 IPRG, näher dazu hinten Rz. 157 ff.)²³.
- 30 Von Urheberrechtsverletzungen zu unterscheiden sind jedoch Vertragsverletzungen. Verlagsverträge unterstehen grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Verlag seine Niederlassung hat (so die herrschende Lehre in Auslegung von Art. 117 IPRG, siehe hinten Rz. 155).
- 31 Zudem ist jeweils zu prüfen, ob die Parteien eine gültige Vereinbarung über das anwendbare Recht abgeschlossen haben; eine solche geht gegebenenfalls vor.

²³ BSK-JEGHER, Art. 110 Rz. 17 ff.; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 220.

5. Weitere Aspekte

a) Verfassungsrecht

32 Das Postulat des Open Access kann sich auf das in der Bundesverfassung verankerte Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit stützen (Art. 20 BV). Gemäss der sog. indirekten Drittwirkung der Grundrechte gilt die Wissenschaftsfreiheit nicht nur gegenüber dem Staat, sondern muss auch bei der Auslegung privatrechtlicher Normen (z.B. des Urheberrechtsgesetzes) berücksichtigt werden²⁴. Eine solche *verfassungsmässige Auslegung* hat – zumindest im Rahmen von Fragen zu Open Access – im schweizerischen Recht keine grosse praktische Bedeutung²⁵: Erstens hat sich die verfassungskonforme Auslegung im Rahmen des Normsinns des Gesetzes zu bewegen, darf also das Gesetz nicht korrigieren²⁶. Zweitens muss eine verfassungskonforme Auslegung nicht nur die tendenziell Open-Access-freundliche Wissenschaftsfreiheit berücksichtigen, sondern auch die tendenziell gegenläufige Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Private unter anderem in ihrer Inhaberschaft an Urheberrechten schützt²⁷.

33 Ein weiterer verfassungsrechtlicher Aspekt ist die Vereinbarkeit von öffentlichrechtlich betriebenen Repositorien mit dem *Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft* (Art. 94 Abs. 1 BV). Indem z.B. Universitäten Repositorien betreiben, stellen sie in gewisser Hinsicht eine Konkurrenz für die privatrechtlichen wissenschaftlichen Verlage dar, umso mehr dann, wenn Repositorien wissenschaftliche Werke kostenlos zugänglich machen. Ein solches Verhalten ist verfassungsrechtlich nicht unzulässig, unterliegt jedoch dem Erfordernis einer genügenden gesetzlichen Grundlage, eines ausreichenden öffentlichen Interesses sowie der Einhaltung der Verhältnismässigkeit²⁸. Im vorliegenden Rechtsgutachten soll diese Frage daher nicht weiter vertieft werden.

²⁴ BGE 111 II 245 ff. E. 4b; KRAMER, S. 91 ff.

²⁵ Anders im deutschen Recht, wo der Verfassungsgerichtsbarkeit grössere Bedeutung zukommt. Vgl. das im Literaturverzeichnis genannte Rechtsgutachten von GOUNALAKIS, das sich ausschliesslich mit der Frage beschäftigt, ob § 52a des deutschen UrhG (betreffend öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung) verfassungsmässig ist.

²⁶ KRAMER, S. 90.

²⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 597.

²⁸ Näher dazu VOGEL, S. 107 ff., 128, der zudem darauf hinweist, dass der Staat in seiner Eigenschaft als Marktteilnehmer dem Wettbewerbsrecht untersteht.

b) *Strafrecht*

- 34 Es ist darauf hinzuweisen, dass urheber- oder wettbewerbsrechtliche Gesetzesverstösse nicht nur zivilrechtliche, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen haben können (Art. 67 ff. URG, Art. 54 ff. KG, Art. 23 ff. UWG).

c) *Öffentliches Recht*

- 35 Die Zugänglichmachung von wissenschaftlichen Publikationen erfolgt oft durch öffentlichrechtliche Institutionen und hängt insofern in vielfältiger Hinsicht auch von öffentlichrechtlichen Aspekten ab. Zu erwähnen sind z.B. die Organisationsvorschriften von Universitäten und Bibliotheken, das Arbeitsrecht von Forschern an Universitäten sowie die universitären Promotionsordnungen mit ihren Regeln über die Online-Publikation von Dissertationen.

IV. **Aufbau des Rechtsgutachtens**

- 36 Im vorliegenden Rechtsgutachten werden die rechtlichen Aspekte von Open Access dargestellt. Für die einzelnen Beteiligten stellen sich zum Teil unterschiedliche Rechtsfragen.
- 37 Deshalb wird das Thema im Folgenden aus der Sicht des Urhebers (unter C.), des Repositoriumbetreibers (unter D.) und des Nutzers (unter E.) separat dargestellt. Die Sicht der Verlage, die zu den Open-Access-Plattformen regelmässig in potentieller Konkurrenz stehen, wird im jeweiligen Kontext berücksichtigt.
- 38 Diese Dreiteilung der Perspektive (Urheber, Werkvermittler, Nutzer) hat sich in der urheberrechtlichen Lehre bewährt, um die Interessenlage in urheberrechtlichen Fragestellungen umfassend würdigen zu können²⁹. Eine solche Dreiteilung leistet zudem gute Dienste, wenn es darum geht zu beurteilen, welche Interessen mit einer Gesetzesänderung gefördert werden sollen (unter F.). Am Ende erfolgt eine Zusammenfassung des Rechtsgutachtens (G.).

²⁹ Siehe etwa HILTY, Sündenbock Urheberrecht?, S. 113 f.; ausführlich zum Ganzen SCHWEIKART, S. 22 ff. Neben diesen drei unterschiedlichen Individualinteressen stehen die ebenfalls zu berücksichtigenden Allgemeininteressen: REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 48 f.; SCHWEIKART, S. 46 ff.

C. Aus der Sicht des Urhebers

I. Übersicht

- 39 Das Postulat des Open Access bedeutet unter anderem eine Aufforderung an den wissenschaftlich tätigen Urheber, seine Werke kostenlos per Internet zur Verfügung zu stellen. Die Rechtsordnung hindert den Urheber nicht daran, dieser Aufforderung nachzukommen. Sobald er sein Werk geschaffen hat, erhält er von Gesetzes wegen das Urheberrecht am Werk und kann grundsätzlich frei darüber verfügen und es insbesondere einer Open-Access-Zeitschrift oder einem Repositorium überlassen (nachfolgend unter II.).
- 40 In vielen Fällen entscheidet sich der Urheber aber – meist aus Reputationsgründen³⁰ – dafür, sein Werk über einen konventionellen Verlag zu veröffentlichen. Möchte er das Werk parallel dazu in einem Repositorium hinterlegen, stellt sich die Frage, ob die entsprechenden Rechte bereits beim Verlag liegen bzw. inwieweit der Urheber überhaupt noch darüber verfügen darf. Zu diesem Zweck ist zu prüfen, ob eine rechtliche Bindung gegenüber dem Verlag zustande gekommen ist (III.), welche Rechte dem Verlag eingeräumt und welche Vereinbarungen über die Rechtsausübung getroffen wurden (IV.).
- 41 Ferner ist die Rechtslage bei von mehreren Urhebern geschaffenen Werken (V.) sowie bei internationalen Verhältnissen aufzuzeigen (VI.), um schliesslich das Fazit zu ziehen (VII.).

II. Urheberrechtliche Ausgangslage

1. *Schöpferprinzip*

- 42 Nach dem im schweizerischen Urheberrecht geltenden, vom internationalen Recht vorgezeichneten Schöpferprinzip (Art. 6 URG) können nur „physische Personen“ Urheber sein, und das Urheberrecht entsteht „in der Person des geistig Schöpfenden“³¹. Der Urheber erhält mit der Schaffung des Werks sämtliche Urheberrechte daran.

³⁰ DORSCHER, S. 239; PFLÜGER/ERTMANN, S. 437; EGLOFF, S. 712; HILTY/BAJON, S. 262.

³¹ BGE 116 II 351 ff. E. 2b.

- 43 Juristische Personen können nach dem Schöpferprinzip nicht Urheber sein; sie können sich höchstens die Urheberrechte vom Urheber einräumen lassen. Juristische Personen – z.B. als Arbeitgeber oder Besteller – sind somit (jedenfalls nach kontinentaleuropäischem Urheberrechtsverständnis) nie „Urheber“, sondern höchstens abgeleitete (derivative) „Urheberrechtinhaber“³².
- 44 Die Urheberschaft an einem Werk kann auch mehreren Personen zustehen. Miturheber sind alle Personen, die einen schöpferischen Beitrag an das Werk geleistet haben (näher zur Ausübung des Urheberrechts durch eine Mehrzahl von Urhebern hinten Rz. 138 ff.).
- 45 In verschiedenen Disziplinen werden wissenschaftliche Publikationen vor ihrer Veröffentlichung in einem Review-Prozess begutachtet, sei es durch den Verlag selbst (editorial review) oder durch externe Gutachter (peer review). In aller Regel sind solche Gutachter nicht als Miturheber des wissenschaftlichen Werks einzustufen, wenn sie das Werk analysieren, beurteilen, Kritik äussern oder Ideen zur Verbesserung des Werks unterbreiten. Da das Urheberrecht nicht den Gedanken oder die Idee an sich, sondern nur den konkreten Ausdruck davon schützt³³, kommt eine Miturheberschaft des Gutachters nur ganz ausnahmsweise in Frage, so z.B. wenn der Gutachter konkrete, ausgearbeitete Formulierungs- oder Darstellungsvorschläge macht und der Autor diese im Wesentlichen unverändert übernimmt.
- 46 Ebenfalls nicht als Miturheber einzustufen sind Personen, die nicht am Inhalt des wissenschaftlichen Werks, sondern nur an dessen äusseren Erscheinungsform beteiligt sind, z.B. das Layout gestalten, Änderungen am technischen Publikationsformat vornehmen oder Schreibfehler korrigieren. Keine Miturheber sind ferner wissenschaftliche Assistenten, die Hilfs- und Grundlagenarbeiten für ein Werk verrichten, ohne an der konkreten Formulierung und inhaltlichen Darstellung mitzuwirken. Auch hier gilt (wie soeben in Rz. 45 erläutert), dass die Einbringung von Ideen nicht zur Miturheberschaft führt, solange sie nicht in eine bestimmte Form gefasst und so ins Werk übernommen werden.

³² Nach manchen Lehrmeinungen liegt im Spezialfall von Art. 393 OR (Bearbeitung eines Werkes nach Plan des Verlegers) eine Abweichung von diesem Grundsatz, siehe die Übersicht über die verschiedenen Auffassungen bei BSK-HILTY, Art. 393 Rz. 4.

³³ REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 27 (S. 47).

- 47 Im wissenschaftlichen Betrieb kommt es zuweilen vor, dass bei Publikationen auch Personen als Urheber zeichnen, die – wie z.B. Institutsvorsteher – zwar eine gewisse Verantwortung für den Inhalt der Publikation übernehmen, aber keinen eigenen schöpferischen Beitrag geleistet haben. Eine solche Person ist zwar kein Miturheber, aber wenn sie auf der Publikation als Urheber genannt ist, wird ihre Urheberschaft gesetzlich vermutet (Art. 8 Abs. 1 URG), d.h. die Person gilt solange als Urheber und verfügt über die entsprechenden Rechte, als die Nicht-Urheberschaft nicht nachgewiesen ist. Und in der Regel werden sich die Miturheber (z.B. die Mitarbeiter des Institutsvorstehers) aus nahe liegenden Gründen hüten, einen solchen Nachweis (gegen ihren Vorgesetzten) zu führen.

2. **Werkvermittlung**

- 48 Der Urheber kann als erster Urheberrechtseinhaber darüber entscheiden, ob, wann und wie er das Werk veröffentlichen und es damit einem Publikum vermitteln möchte (Art. 9 Abs. 2 URG).
- 49 Eine Veröffentlichung kann der Urheber entweder zu Open-Access-Bedingungen („goldener Weg“, vorn Rz. 11) oder auf andere Weise, z.B. über einen konventionellen Verlag vornehmen. Der Urheber kann die beiden Veröffentlichungsarten auch kombinieren, d.h. eine Publikation bei einem Verlag sowie parallel dazu auf einer Open-Access-Plattform veröffentlichen („grüner Weg“, vorn Rz. 12 ff.). Diesfalls müssen die parallelen Rechtseinräumungen des Urhebers an den Verlag und an den Betreiber der Open-Access-Plattform jedoch miteinander vereinbar sein, es kann sich also nicht um uneingeschränkte Rechtsübertragungen nur an den einen oder den anderen oder um ausschliessliche (exklusive) Lizenzen handeln (siehe zur Unterscheidung hinten Rz. 65 ff.).
- 50 Eine Publikation zu Open-Access-Bedingungen – auf dem „goldenen“ oder dem „grünen Weg“ – bedeutet, dass einem jeden Nutzer zum Zwecke des Eigengebrauchs ein kostenloser Zugang zur Publikation über das Internet gewährt wird (entsprechend dem Begriff von Open Access, siehe vorn Rz. 6 f.). Das heisst jedoch nicht, dass der Urheber damit sein Urheberrecht aufgibt. Der Nutzer erhält grundsätzlich weder das Recht auf sämtliche mögliche Nutzungen (z.B. auf Verbreitung von Druckexemplaren oder auf Übersetzung) des Werks noch die Befugnis, die Urheberpersönlichkeitsrechte (z.B. das Recht auf Namensnennung) des Urhebers zu missachten. Um die erlaubten Nutzungen im Einzelnen zu

regeln, kann der Urheber sein zugänglich gemachtes Werk mit Lizenzbestimmungen versehen. Entsprechende Modelllizenzen – wie z.B. die Creative-Commons-Lizenzen³⁴ – sind im Internet verfügbar³⁵.

III. Zustandekommen einer Bindung gegenüber dem Verlag

1. *Verlagsvertrag*

a) *Vertragsschluss*

51 Entscheidet sich der Urheber, sein Werk bei einem Verlag zu publizieren, wird er sich um eine entsprechende Einigung mit dem Verlag bemühen. Um rechtliche Klarheit über das Verhältnis zwischen Urheber und Verlag zu erhalten, ist zunächst festzustellen, ob überhaupt eine rechtliche Bindung des Urhebers an den Verlag besteht, insbesondere ob ein Verlagsvertrag zustande gekommen ist.

52 Das Zustandekommen eines Vertrags hängt davon ab, ob sich die Parteien über den wesentlichen Vertragsinhalt geeinigt haben (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR)³⁶. Der *objektiv wesentliche Inhalt* des Verlagsvertrags liegt darin, dass der Urheber dem Verleger das Werk zum Zweck der Veröffentlichung überlässt und der Verleger das Werk vervielfältigt und in Vertrieb setzt (vgl. Art. 380 OR)³⁷ bzw. online zugänglich macht (näher zum Online-Verlagsvertrag hinten Rz. 79 ff.).

53 Zusätzliche Punkte sind für das Zustandekommen des Verlagsvertrags nur dann relevant, wenn eine Partei klar zu erkennen gibt, dass sie ohne eine Einigung über diese Punkte keinen Vertrag abschliessen will, so dass diese Punkte zwar nicht objektiv, aber doch *subjektiv wesentlich* sind³⁸. Sieht ein Verlagsvertrag z.B. vor, dass der Urheber nicht berechtigt sei, sein Werk parallel auf einer Open-Access-Plattform zu veröffentlichen, so ist das Zustandekommen dieses Vertrags dann ausgeschlossen, wenn der Urheber klar zu verstehen gibt, dass er den Verlagsvertrag

³⁴ Die auf das schweizerische Recht angepassten Creative-Commons-Lizenzen sind abrufbar unter <http://creativecommons.org/international/ch>.

³⁵ Zum Ganzen PEIFER, S. 41 ff.; DORSCHER, S. 254 ff.

³⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 329 ff.

³⁷ Ausführlich HILTY, Verlagsvertrag, S. 574 ff.

³⁸ BGE 118 II 32 ff. E. 3d m.w.H.

nur bei gegebener Möglichkeit einer Parallelveröffentlichung abschließen will.

54 Der Abschluss des Verlagsvertrags ist *nicht an die Einhaltung einer bestimmten Form* gebunden³⁹. Der Vertrag muss also weder schriftlich noch ausdrücklich sein. Wenn z.B. der Urheber dem Verleger sein Manuskript mit der Bitte um Veröffentlichung in einer bestimmten Zeitschrift zustellt und der Verleger daraufhin den Text dort abdruckt, so ist rechtlich ein Verlagsvertrag entstanden, da sich die Einigung in den wesentlichen Vertragspunkten aus dem Schreiben des Urhebers (Vertragsangebot) und der darauf folgenden, entsprechenden Handlung des Verlegers (Vertragsannahme) ergibt.

55 Mit anderen Worten kann ein Verlagsvertrag auch ohne schriftliche oder mündliche Vereinbarung, sondern allein aus dem entsprechenden Verhalten von Urheber und Verleger entstehen. Deshalb liegt rechtlich oftmals auch dann ein Verlagsvertrag vor, wenn der nicht rechtskundige Urheber der Auffassung ist, er habe „keinen Vertrag“ abgeschlossen bzw. „nichts unterschrieben“.

b) *Vertragszusatz*

56 So wie das Zustandekommen bedarf auch eine Änderung des Vertrags einer übereinstimmenden Willensäußerung der Parteien, ausser die Parteien hätten dies abweichend geregelt. Deshalb benötigt auch ein Vertragszusatz – sei er als Teil des ursprünglichen Vertrags oder als Änderung desselben aufzufassen – zu seiner Gültigkeit das Einverständnis beider Parteien. Im Bereich von Open Access international verbreitet ist der Modell-Vertragszusatz von SPARC (Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition), der die Verfügungsmöglichkeiten des Urhebers über sein Werk verbessern und ihm insbesondere die Werkhinterlegung in Repositorien ermöglichen soll⁴⁰.

57 Stellt der Verlag dem Urheber z.B. ein konkretes Vertragsangebot zu und akzeptiert der Urheber dieses Angebot, fügt aber weitere Vertragsbestimmungen an (etwa dahingehend, dass er das Werk in einem Reposito-

³⁹ ZK-TROLLER, Art. 380 Rz. 14; CR-CHERPILLOD, Art. 380 Rz. 7; BSK-HILTY, Art. 380 Rz. 1.

⁴⁰ Vertragszusatz von SPARC: www.arl.org/sparc/bm~doc/Access-Reuse_Addendum.pdf; näher zu diesem hinten Fn. 80 sowie MANTZ, Open Access, S. 97 ff.

rium hinterlegen dürfe), so bedarf dieser Vertragszusatz für seine Wirksamkeit wiederum der Zustimmung des Verlags. Das Einverständnis des Verlags kann ausdrücklich, konkludent – d.h. durch entsprechendes Verhalten – oder in bestimmten Fällen auch durch Schweigen erfolgen (Art. 1 Abs. 2 und Art. 6 OR).

58 Findet keine ausdrückliche Bestätigung des Vertragszusatzes durch den Verlag statt, nimmt der Verlag in der Folge die Veröffentlichung des Werks aber vor, so kann dieses Verhalten auf zwei Arten interpretiert werden:

- Einerseits könnte in der Veröffentlichung eine *konkludente Zustimmung* zum Vertragszusatz gesehen werden⁴¹ (die grundsätzlich aber nur dann gültig sein kann, wenn der Verlagsvertrag nicht vorsieht, dass Vertragsänderungen schriftlich sein müssen).
- Andererseits könnte man die Veröffentlichung auch nur als Durchführung des ursprünglichen Vertrags sehen und im Übrigen davon ausgehen, dass der Verlag dem Vertragszusatz *nicht zugestimmt* hat.

59 Bei einer solchen Zweideutigkeit ist entscheidend, wer die Beweislast trägt. Möchte der Urheber aus dem Vertragszusatz Rechte ableiten (z.B. auf Hinterlegung des Werks in einem Repositorium), so trägt er die Beweislast dafür, dass eine Zustimmung des Verlags zum entsprechenden Vertragszusatz besteht (Art. 8 ZGB). Lässt sich aber neben der Veröffentlichung kein sonstiges Verhalten des Verlags beweisen, das für seine Zustimmung spricht, wird der Urheber den Beweis wahrscheinlich nicht erfolgreich erbringen können.

60 Im Ergebnis ist die bloße Tatsache, dass der Verlag das Werk veröffentlicht hat, wohl nicht genügend, um die Zustimmung des Verlags zu einem Vertragszusatz (z.B. über die Erlaubnis der Hinterlegung in einem Repositorium) zu konstruieren, den der Verlag nie ausdrücklich akzeptiert hat.

2. **Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)**

61 Verlage verwenden oftmals Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), was die Frage aufwirft, wann solche AGB für den Urheber bindend sind. Die Antwort bestimmt sich nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen, d.h. AGB werden nur dann verbindlich, wenn sie sich auf

⁴¹ In diesem Sinne (für das deutsche Recht) MANTZ, Open Access, S. 99.

die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien stützen können (Art. 1 Abs. 1 OR).

- 62 Eine Einigung über die AGB kann erfolgen, indem die AGB in den individuellen Vertrag integriert werden oder indem im Vertrag auf die AGB verwiesen wird⁴². Bei einer blossen Verweisung ist zudem erforderlich, dass die zustimmende Partei die Möglichkeit hatte, sich vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen⁴³. Diese Voraussetzung ist z.B. nicht gegeben, wenn die AGB in derart kleiner Schrift gedruckt vorliegen, dass sie kaum lesbar sind⁴⁴, oder wenn sie auf der Internet-Seite des Verlags nur schwer zu finden sind.
- 63 Die AGB einer Partei entfalten für die andere Partei keine rechtliche Wirkung, wenn die andere Partei den AGB nicht zugestimmt hat. So genügt es für die Geltung von AGB zwischen beiden Parteien z.B. nicht, wenn eine Partei auf ihrer Internet-Seite AGB aufgeschaltet hat, ohne sich gegenüber der anderen Partei auf diese AGB zu berufen. Eine stillschweigende Zustimmung zu AGB kann in aller Regel nicht angenommen werden; sie kann nur ganz ausnahmsweise in Frage kommen, etwa wenn die Parteien dieselben AGB schon im Rahmen einer früheren Vertragsbeziehung verwendet haben⁴⁵.
- 64 Obwohl AGB üblicherweise stark einseitig diejenige Partei begünstigen, die sie verfasst hat, sieht das schweizerische Recht grundsätzlich keine – diesen Umstand korrigierende – Inhaltskontrolle zum Schutz der anderen Partei vor. Bestimmungen der AGB werden nur in Ausnahmefällen für unverbindlich erklärt, so z.B. ungewöhnliche, überraschende Bestimmungen, mit denen die andere Partei nicht rechnen musste⁴⁶ oder irreführende Bestimmungen, die die andere Partei über die für sie nachteilige Regelung hinwegtäuschen (Art. 8 UWG)⁴⁷.

⁴² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1129 f.

⁴³ SCHWENZER, Rz. 45.03.

⁴⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1140a; SCHWENZER, Rz. 45.03.

⁴⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1130.

⁴⁶ Sog. Ungewöhnlichkeitsregel: BGE 119 II 443 ff. E. 1a; BGer 4C.282/2003 E. 3.1; BGer 4A_438/2007 E. 5.1.

⁴⁷ Art. 8 UWG wird in der Lehre wegen ihrer Ausrichtung auf wenig praxisrelevante Sonderfälle zu Recht als „Leerlauf“ kritisiert (so BAUDENBACHER, Art. 8, Titel vor Rz. 32).

IV. Umfang der Rechtseinräumung an den Verlag

1. Grundlagen

a) Unterscheidung zwischen Übertragung und Lizenzierung

65 Ist ein Vertrag zustande gekommen, ist zu klären, welche Rechte der Urheber dem Verlag eingeräumt hat. Dies ist notwendig zur Beantwortung der Frage, ob der Verlagsvertrag dem Urheber die erforderlichen Rechte belässt, um das betroffene Werk parallel zur Verlagsveröffentlichung in einem Repositorium hinterlegen zu dürfen.

66 Bei der Analyse von urheberrechtlichen Verträgen ist es wesentlich zu bestimmen, ob der Vertrag eine Übertragung oder eine Lizenzierung von Urheberrechten vorsieht. Die Differenzierung zwischen diesen beiden Arten der Rechtseinräumung ist ähnlich fundamental wie die allseits bekannte Unterscheidung zwischen dem Kauf und der Miete von Sachen.

67 Leider werden in der Vertragspraxis die Übertragung und die Lizenzierung von Urheberrechten oft nicht genügend klar auseinander gehalten, mit der Konsequenz, dass viele Vertragsbestimmungen diesbezüglich nicht eindeutig sind und deshalb ausgelegt werden müssen⁴⁸. Die unklare Vertragspraxis beruht zum Teil darauf, dass in der Schweiz Musterverträge aus dem deutschen Recht verwendet werden, welches eine *Übertragung* von Urheberrechten – anders als das schweizerische Recht – grundsätzlich nicht zulässt⁴⁹.

68 Die *Übertragung* von Urheberrechten ist dadurch definiert, dass der Übertragende das Urheberrecht dem Erwerber einräumt und es dabei grundsätzlich aufgibt. Mit anderen Worten geht das übertragene Recht vom Übertragenden auf den Erwerber über. Der Erwerber erhält damit ein absolutes, d.h. gegenüber jedermann (also auch gegen den Urheber selbst) gültiges Recht⁵⁰. Als Übertragung in diesem Sinne auszulegen ist unter anderem die in der Vertragspraxis gebräuchliche Wendung, das Urheberrecht werde „räumlich, zeitlich und inhaltlich unbeschränkt eingeräumt“.

⁴⁸ BARRELET/EGLOFF, Art. 16 Rz. 2a; STAUB, S. 57.

⁴⁹ § 29 Abs. 1 des deutschen UrhG.

⁵⁰ HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 85; DE WERRA, Art. 16 Rz. 7; SEEMANN, S. 35.

69 Bei der *Lizenzierung* hingegen behält die rechtseinräumende Person ihr Urheberrecht. Der Erwerber erhält nicht das Urheberrecht selbst, sondern nur die Erlaubnis (Lizenz) zur Nutzung des Werks. Diese Erlaubnis ist bloss ein relatives Recht, das grundsätzlich nur gegenüber der rechtseinräumenden Person gilt⁵¹. Die rechtseinräumende Person bleibt Urheberrechtsinhaberin, wobei ihre Rechtsposition von der Art der Lizenz abhängt⁵²:

- Mit der Einräumung einer *ausschliesslichen* Lizenz verpflichtet sie sich, keine anderweitigen Lizenzen am entsprechenden Werk zu erteilen.
- Gewährt sie hingegen nur eine *einfache* Lizenz, darf sie Drittpersonen weitere (einfache) Lizenzen einräumen.

b) *Abtrennbarkeit einzelner Teilbefugnisse des Urheberrechts*

70 Das Urheberrecht enthält verschiedene Teilbefugnisse (dazu schon vorn Rz. 21). Die einzelnen Teilbefugnisse sind grundsätzlich vom Rest des Urheberrechts abtrennbar und können einem Erwerber einzeln übertragen werden (vgl. Art. 16 Abs. 2 URG). So kann der Urheber eines wissenschaftlichen Werks z.B. nur das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht einem Verlag übertragen, während er das Übersetzungsrecht einem anderen Verlag veräussert. Auch eine Lizenzierung kann sich – und das ist auch durchaus üblich – auf einzelne Teilbefugnisse beschränken.

71 Die einzelnen Teilbefugnisse können auf verschiedene Arten definiert werden⁵³:

- Möglich ist zunächst die Definition einer Teilbefugnis durch die *Kategorien des gesetzlichen Rechtekatalogs* (Art. 9–15 URG). So kann z.B. die Übertragung des „Vervielfältigungsrechts“ (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) oder des „Senderechts“ (Art. 10 Abs. 2 lit. d URG) an einem Werk vereinbart werden.

⁵¹ HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 136 ff., 147 f. Eine Ausnahme von der relativen Natur der Lizenz ergibt sich aus Art. 62 Abs. 3 URG, wonach der Lizenznehmer einer ausschliesslichen Lizenz bei Verletzung oder Gefährdung des lizenzierten Rechts grundsätzlich nicht nur gegen den Lizenzgeber, sondern auch gegen jeden Dritten klagen darf.

⁵² Dazu HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 237 ff.

⁵³ Zwecks Wahrung der Rechtssicherheit ist die Teilbarkeit des Urheberrechts nicht unbeschränkt möglich, da die Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr eine „Atomisierung“ des Urheberrechts verbietet, näher dazu STAUB, S. 28 ff.

- Teilbefugnisse können aber auch anhand *anderer Kategorien* umschrieben werden. So kann z.B. ohne weiteres ein „Digitalisierungsrecht“ an analog aufgenommenen Musikwerken eingeräumt werden. In den Kategorien des gesetzlichen Rechtekatalogs ausgedrückt handelt es sich beim Digitalisierungsrecht um eine besondere Ausprägung des Vervielfältigungsrechts (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG). Dies zeigt, dass das Vervielfältigungsrecht nicht zwingend gesamthaft eingeräumt werden muss, sondern seine Reichweite sowohl bei der Übertragung wie auch bei der Lizenzierung beschränkt werden kann.
- Gebräuchlich ist schliesslich auch die *Kombination* von Kategorien des gesetzlichen Rechtekatalogs und anderen Kategorien. So kann z.B. das „Vervielfältigungsrecht“ (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) an einem wissenschaftlichen Werk „für eine Printausgabe“ oder „für die Online-Publikation“ gewährt werden. Diesfalls wird das Vervielfältigungsrecht wiederum nicht gesamthaft eingeräumt, sondern nur ein beschränkter Aspekt daraus.

c) *Beim Urheber verbleibende Rechte*

72 Um ermessen zu können, ob der Urheber, der sein wissenschaftliches Werk bei einem Verlag veröffentlicht hat, zu einer Parallelpublikation in einem Repositorium befugt ist, muss geklärt werden, welche Rechte beim Urheber verblieben sind.

- In der Regel wird in Verlagsverträgen die *Übertragung* von Rechten vorgesehen⁵⁴. Diesfalls verbleiben beim Urheber diejenigen Teilbefugnisse, die er nicht an den Verlag (oder an einen Dritten) übertragen hat sowie diejenigen Teilbefugnisse, die wegen ihrer Bindung an die Person des Urhebers von Rechts wegen gar nicht übertragen werden können (z.B. das in Art. 11 Abs. 2 URG verankerte Recht des Urhebers, sich jeder Entstellung des Werks zu widersetzen, die ihn in seiner Persönlichkeit verletzt)⁵⁵.
- Sieht der Verlagsvertrag nicht die Übertragung, sondern nur die *Lizenzierung* von Urheberrechten an den Verlag vor, so ist zunächst danach zu fragen, ob eine einfache oder eine ausschliessliche Lizenz vorliegt. Bei einer einfachen Lizenz steht es dem Urheber

⁵⁴ So auch die (dispositive) Regelung in Art. 381 Abs. 1 OR.

⁵⁵ Zur Unübertragbarkeit einzelner Teilbefugnisse SEEMANN, S. 245 ff.

grundsätzlich frei, weitere Lizenzen (z.B. an den Betreiber eines Repositoriums) zu erteilen. Im Falle einer ausschliesslichen Lizenz des Verlags darf der Urheber innerhalb der Reichweite der Ausschliesslichkeitsvereinbarung (z.B. bei zeitlicher Befristung bis zum Ablauf der vereinbarten Ausschliesslichkeitsfrist) keine weiteren Lizenzen an denselben Rechten vergeben.

73 Sind die beim Urheber verbleibenden Rechte bestimmt, sind zwei weitere Aspekte zu beachten:

- So ist zu prüfen, ob eine urhebergesetzliche *Schrankenregelung* besteht, die es dem Urheber erlaubt, sein Werk in einem Repository zu hinterlegen, auch wenn er die entsprechenden Rechte abgegeben hat. In Frage kommt vor allem die Schrankenregelung zugunsten des betriebsinternen Gebrauchs (näher dazu hinten Rz. 197 ff.).
- Umgekehrt ist auch möglich, dass der Urheber sein Werk nicht in einem Repository hinterlegen darf, obwohl er über die entsprechenden Urheberrechte eigentlich verfügt. Dies ist etwa der Fall, wenn sich der Urheber vertraglich zur *Nichtausübung (Enthaltung)* verpflichtet hat⁵⁶.

2. Gesetzliche Regelung

a) Grundsatz

74 Das Verlagsvertragsrecht des OR ist durchwegs dispositiv ausgestaltet⁵⁷. Somit gelten die gesetzlichen Bestimmungen nur insoweit, als die Vertragsparteien keine davon abweichende Regelung getroffen haben (zu den möglichen, vom Gesetz abweichenden Vertragsbestimmungen hinten Rz. 106 ff.).

75 Die gesetzlichen Bestimmungen kommen insbesondere dann zur Anwendung, wenn der Verlag ein Werk auf Veranlassung des Urhebers hin publiziert, ohne dass Verlag und Urheber spezifische rechtliche Vereinbarungen getroffen hätten. Ebenso greifen die gesetzlichen Bestimmungen, wenn die Parteien über einen bestimmten Punkt zwar korrespondiert oder verhandelt haben, darüber aber keine Einigung zustande gekom-

⁵⁶ Enthaltungspflichten statuiert z.B. der (dispositive) Art. 382 OR, dazu hinten Rz. 87 ff.

⁵⁷ REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 164; CR-CHERPILLOD, Vor Art. 380–393 Rz. 10; HILTY, Verlagsvertrag, S. 565.

men ist. Fragt z.B. der Urheber nach Vertragsschluss beim Verlag nach, ob er sein Werk in einem Repositorium hinterlegen dürfe, und wird dies vom Verlag verneint, so ist dieses Hinterlegungsverbot nicht von einer Vereinbarung beider Parteien gedeckt (immer vorausgesetzt, auch der Verlagsvertrag enthält keine diesbezügliche Bestimmung), sodass für das Recht zur Hinterlegung im Repositorium die gesetzlichen Bestimmungen massgebend sind.

- 76 Für die Frage der Rechtseinräumung des Urhebers an den Verlag steht folgende Bestimmung im Zentrum:

Art. 381 Abs. 1 OR

Die Rechte des Urhebers werden insoweit und auf so lange dem Verleger übertragen, als es für die Ausführung des Vertrages erforderlich ist.

- 77 Diese Bestimmung ist ein Anwendungsfall der im Urheberrecht geltenden *Zweckübertragungstheorie*, wonach die Rechtseinräumung im Zweifel nur soweit geht, als der Vertragszweck es erfordert⁵⁸. Bezogen auf den Verlagsvertrag bedeutet sie, dass ohne abweichende vertragliche Regelung grundsätzlich nur das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht am Werk eingeräumt werden⁵⁹, und auch diese nur soweit, als es die Vertragsdurchführung erfordert⁶⁰. Ausserdem erfolgt die Rechtseinräumung zeitlich beschränkt, d.h. nur für solange als das Vertragsverhältnis besteht. Immerhin sieht Art. 381 Abs. 1 OR aber vor, dass diese Rechte *übertragen* und nicht nur lizenziert werden (wobei diese Grundaussage durch Art. 382 Abs. 2 und 3 OR für Aufsätze relativiert wird, siehe hinten Rz. 93).

- 78 Zu beachten ist jedoch, dass die Frage, ob ein Wissenschaftler sein Werk in einem Repositorium hinterlegen darf, nicht nur davon abhängt, welche Rechte er *übertragen* hat (dazu nachfolgend Rz. 82 ff.), sondern auch

⁵⁸ BSK-HILTY, Art. 381 Rz. 4; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 165.

⁵⁹ Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht werden zusammen als „Verlagsrecht“ bezeichnet: REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 165 (S. 171).

⁶⁰ Da das Vervielfältigungsrecht z.B. unterteilt werden kann in das Recht für eine Erstausgabe, eine Taschenausgabe, eine Gesamtausgabe usw. (BARRELET/EGLOFF, Art. 10 Rz. 13), bezieht sich die Rechtseinräumung nach der Zweckübertragungstheorie nur auf die geplante Art der Ausgabe. Dass das Recht für eine Gesamtausgabe nicht auf den Verlag übergeht, wenn eine solche nicht beidseits gewollt ist, ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 386 Abs. 2 OR.

von allfälligen weiteren Regelungen betreffend die *Ausübung oder Nichtausübung* der Rechte (Rz. 86 ff.).

79 In der Lehre wird kontrovers diskutiert, ob das Verlagsvertragsrecht des OR auch für reine Online-Publikationen gilt (Online-Verlagsvertrag)⁶¹. Einerseits ist das Verlagsvertragsrecht des OR nicht auf Online-Publikationen, sondern auf den *Druck* von Exemplaren ausgerichtet, indem es von einer gewissen Auflage mit einer gewissen Anzahl Exemplaren ausgeht (siehe Art. 382 Abs. 1, Art. 383 OR). Andererseits ist es theoretisch möglich, das Verlagsvertragsrecht des OR weit auszulegen und auch auf Online-Publikationen anzuwenden.

80 Über diese Streitfrage braucht hier nicht entschieden zu werden. Im Ergebnis spielt es keine Rolle, ob man Online-Publikationen unter das *Verlagsvertragsrecht des OR* subsumiert oder einen *Online-Verlagsvertrag als Vertrag eigener Art* konstruiert. In beiden Fällen ist festzustellen, dass das Gesetz für verschiedene Fragen der Online-Publikation keine geeigneten Bestimmungen enthält, sodass eigenständige angemessene Lösungen gefunden werden müssen, wobei die Wertungen des Verlagsvertragsrechts des OR immer soweit möglich zu berücksichtigen sind⁶².

81 Was den Umfang der Rechtseinräumung betrifft, so gilt die Zweckübertragungstheorie ohnehin auch ausserhalb des Verlagsvertragsrechts des OR und damit nicht nur für konventionelle Verlagsverträge, sondern auch für Online-Verlagsverträge⁶³.

b) *Übertragung der Online-Rechte*

82 Für die Online-Publikation von wissenschaftlichen Werken z.B. in Repositorien bedarf es im Einzelnen des Rechts zum Upload (Vervielfältigungsrecht, Art. 10 Abs. 2 lit. a URG)⁶⁴ und des Rechts zur Zugänglichma-

⁶¹ *Dafür*: PIAGET, S. 260 f.; HOCHREUTENER, S. 55; *dagegen*: HILTY, Verlagsvertrag, S. 583 f.; REHBINDER, E-Book-Verlagsvertrag, S. 224 (jedoch mit Differenzierungen); vgl. auch die herrschende Lehre im *deutschen* Recht, die sich gegen die Unterstellung des Online-Verlagsvertrag unter das deutsche VerLG ausspricht, siehe die Übersicht über die verschiedenen Auffassungen bei SCHMAUS, S. 45 f.

⁶² In methodischer Hinsicht erfolgt die Berücksichtigung des Verlagsvertragsrechts des OR je nach Auffassung entweder durch dessen *direkte Anwendung und gegebenenfalls extensive Auslegung* oder durch dessen *analoge Anwendung*.

⁶³ Vgl. BARRELET/EGLOFF, Art. 16 Rz. 20 (allgemein zur Zweckübertragungstheorie).

⁶⁴ BARRELET/EGLOFF, Art. 10 Rz. 12; BU, S. 55; BÜHLER, S. 157 f.

chung (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG)⁶⁵. Diese beiden Rechte werden im vorliegenden Rechtsgutachten der Einfachheit halber unter dem Sammelbegriff der *Online-Rechte* zusammengefasst.

83 Im Folgenden ist darzustellen, wann der Urheber dem Verlag gemäss der gesetzlichen Regelung bzw. der Zweckübertragungstheorie – ohne abweichende Vereinbarung der Parteien – die Online-Rechte einräumt.

84 Es sind drei Konstellationen zu unterscheiden:

- Konventionelle Verlagsverträge beziehen sich *ausschliesslich auf gedruckte Exemplare*. Ein solcher Vertrag wird etwa abgeschlossen, wenn der Urheber ein Buch drucken und vertreiben lassen will oder wenn er einen Aufsatz in einer Zeitschrift veröffentlichen lassen will, die ausschliesslich in gedruckter Form erscheint. In diesen Fällen ist es für die Durchführung des Vertrags ausreichend, wenn der Urheber dem Verlag das Vervielfältigungsrecht – beschränkt auf den Druck und die dafür erforderlichen Vorbereitungshandlungen – und das Verbreitungsrecht einräumt. Deshalb findet gemäss der gesetzlichen Regelung in Art. 381 Abs. 1 OR keine Einräumung der Online-Rechte statt.
- Kombinierte Verlagsverträge beziehen sich *sowohl auf gedruckte Exemplare als auch auf die Online-Publikation*. Diesfalls ist es für die Durchführung des Vertrags notwendig, dass sich der Verleger auch die Online-Rechte einräumen lässt.
- Online-Verlagsverträge beziehen sich *ausschliesslich auf die Online-Publikation*. Bei solchen Verträgen ist es nicht erforderlich, dass der Verleger das Vervielfältigungsrecht zum Zwecke des Drucks sowie das Verbreitungsrecht bekommt. Es genügt, dass ihm die Online-Rechte eingeräumt werden.

85 Nach Massgabe von Art. 381 Abs. 1 OR bzw. der Zweckübertragungstheorie bestimmt sich der Umfang der Rechtseinräumung somit nach der im konkreten Fall vorgesehenen Art der Werkverwendung. Dies ist insbesondere von Bedeutung für Verlagsverträge, die vor Bekanntwerden der Möglichkeiten des Internets (ca. 1995) abgeschlossen worden sind. Hier ist davon auszugehen, dass es sich stets um konventionelle Verlagsver-

⁶⁵ BARRELET/EGLOFF, Art. 10 Rz. 22a.

träge gehandelt hat, bei denen die Online-Rechte nicht übertragen worden sind, sofern die Parteien keine abweichende Regelung getroffen haben (zu diesem Problem der Vereinbarung über unbekannte Nutzungsarten hinten Rz. 111).

c) *Ausübung der Online-Rechte*

86 Falls der Urheber die Online-Rechte nicht auf den Verlag übertragen hat, bedeutet dies nicht automatisch, dass er sie selbst ausüben darf und seine Werke z.B. in einem Repositorium hinterlegen darf. Auch umgekehrt führt die Übertragung der Online-Rechte nicht in jedem Fall dazu, dass dem Urheber die Hinterlegung in einem Repositorium zu versagen ist.

87 Das Verlagsvertragsrecht des OR sieht nämlich besondere *Enthaltungspflichten und Ausübungsrechte* des Urhebers vor, die für den Urheber gegenüber dem Verlag gelten⁶⁶. Die gesetzliche Regelung lautet folgendermassen:

Art. 382 OR

¹ *Solange die Auflagen des Werkes, zu denen der Verleger berechtigt ist, nicht vergriffen sind, darf der Verlaggeber weder über das Werk im Ganzen noch über dessen einzelne Teile zum Nachteile des Verlegers anderweitig verfügen.*

² *Zeitungsartikel und einzelne kleinere Aufsätze in Zeitschriften darf der Verlaggeber jederzeit weiter veröffentlichen.*

³ *Beiträge an Sammelwerke oder grössere Beiträge an Zeitschriften darf der Verlaggeber nicht vor Ablauf von drei Monaten nach dem vollständigen Erscheinen des Beitrages weiter veröffentlichen.*

88 Art. 382 Abs. 1 OR regelt die Enthaltungspflicht im Allgemeinen. Sie bedeutet insbesondere, dass der Urheber während der Verlagsdauer keine Online-Publikation vornehmen darf, wenn diese „zum Nachteile“ des Verlags erfolgt. Das gilt auch dann, wenn der Urheber die Online-Rechte nicht dem Verlag übertragen hat; diesfalls verfügt er zwar über die Online-Rechte, darf sie nach Massgabe des Gesetzes aber nicht ausüben. In

⁶⁶ Dem Urheber steht zudem – als Nutzer seines eigenen Werks – aufgrund der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen ein gewisser Freiraum zu, dazu hinten Rz. 251 ff.

der Sache handelt es sich um ein schuldrechtliches *Konkurrenzverbot* zum Schutz des Verlags⁶⁷.

89 Hat der Urheber z.B. ein Buch drucken und vertreiben lassen, so darf er es – solange die Auflage nicht vergriffen ist – nicht in einem Repitorium oder auf seiner persönlichen Internet-Seite zum Download anbieten, soweit dies das Geschäft des Verlags schädigen könnte. Das Schädigungspotential hängt insbesondere von den Gepflogenheiten in der jeweiligen Fachdisziplin ab:

- So werden Publikationen z.B. in der *Rechtswissenschaft* üblicherweise mit der Seitenzahl zitiert. Entsprechend ist das Schädigungspotential stark vermindert, wenn der Urheber nicht das originale Verlags-PDF mit den Originalseitenzahlen des Verlags wiedergibt. Eine solche Online-Version ist nicht korrekt zitierfähig, weshalb sie mangels Konkurrenzfähigkeit wohl zuzulassen ist⁶⁸.
- Hingegen erfolgt z.B. in den *Naturwissenschaften* und der *Medizin* bei Zitaten von Büchern normalerweise nur der Hinweis auf das Buch als Ganzes oder ein Kapitel daraus, nicht aber auf die Seitenzahl. Insofern ist auch eine Online-Version ohne Originalformatierung und Originalseitenzahlen vom Konkurrenzverbot des Art. 382 Abs. 1 OR erfasst und deshalb nicht zulässig.

90 Die Enthaltungspflicht von Art. 382 Abs. 1 OR wird durch Abs. 2 und 3 derselben Bestimmung für Zeitungsartikel, Aufsätze und Sammelwerkbeiträge eingeschränkt. Das Gesetz unterscheidet zwischen kleineren und grösseren Aufsätzen. Gemäss der Lehre kann die Grösse des Aufsatzes jedoch nicht entscheidend sein, sodass die gesetzlichen Kriterien modifiziert zur Anwendung zu bringen sind. In diesem Sinne ist die Unterscheidung zwischen *aktualitätsbezogener Berichterstattung* einerseits und *vertiefter Themenbehandlung* andererseits zu treffen⁶⁹.

⁶⁷ BK-BECKER, Art. 382 Rz. 2. Der Verlag darf sich somit auch gegen Nutzungen wehren, an denen er selbst gar kein Urheberrecht hat, die ihn in der Ausübung seiner Urheberrechte aber konkurrenzieren. Ähnlich gewährt auch § 9 Abs. 2 des *deutschen* VerLG ein „überschiessendes“ Verbotsrecht, das zudem – anders als im schweizerischen Recht – nicht nur gegenüber dem Verlagegeber, sondern gegenüber jedermann gilt: SCHRICKER, § 9 Rz. 12 i.V.m. § 8 Rz. 9, 20 f.

⁶⁸ BSK-HILTY, Art. 382 Rz. 2.

⁶⁹ BSK-HILTY, Art. 382 Rz. 5; DERS., Verlagsvertrag, S. 601; keine solche modifizierte Anwendung des Gesetzes sieht BK-BECKER, Art. 382 Rz. 5, vor.

- 91 Für aktualitätsbezogene Berichte gibt Art. 382 Abs. 2 OR dem Urheber das Recht, sie *jederzeit* auch anderweitig zu veröffentlichen. Aufsätze zur vertieften Themenbehandlung darf er gemäss Abs. 3 der Bestimmung nach einer Karenzfrist von *drei Monaten* ab dem ursprünglichen Erscheinungsdatum an anderer Stelle publizieren. Diese Zweitpublikation ist nicht an ein bestimmtes Format gebunden; sie kann ebenso in gedruckter Form als auch online (z.B. in einem Repository) erfolgen. Zudem spielt es in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob die Erstpublikation vor Bekanntwerden der Möglichkeiten des Internet (ca. 1995) oder danach stattgefunden hat.
- 92 Wissenschaftliche Aufsätze fallen in aller Regel in die Kategorie der vertieften Themenbehandlung. Das Ausübungsrecht nach Art. 382 Abs. 3 OR erlaubt dem Urheber, den Aufsatz schon drei Monate nach der Erstpublikation z.B. in einem Repository zu hinterlegen. In manchen Disziplinen (z.B. der Medizin) könnte der Aufsatz nach drei Monaten schon etwas veraltet sein, in anderen (z.B. der Theologie) wird er kaum an Wert eingebüsst haben.
- 93 Dieses Ausübungsrecht nach Art. 382 Abs. 3 OR für wissenschaftliche Aufsätze besteht auch dann, wenn sich der Verlagsvertrag auf die Online-Publikation – und nicht nur auf gedruckte Exemplare – bezieht (immer vorausgesetzt, die Parteien haben das Ausübungsrecht nicht vertraglich ausgeschlossen). Dogmatisch könnte man davon ausgehen, dass der Urheber die Online-Rechte gemäss Art. 381 Abs. 1 OR dem Verlag *übertragen* hat und von diesem zur Ausübung gemäss Art. 382 Abs. 3 OR wiederum eine *Lizenz* erhält. Einfacher als diese Hin-und-Her-Konstruktion ist im Ergebnis eine Gesetzesauslegung, wonach der Urheber in diesem Fall dem Verlag von vornherein nur eine Lizenz einräumt, was dem Urheber ohne weiteres erlaubt, das Urheberrecht – nach Ablauf der Karenzfrist – auch anderweitig auszuüben⁷⁰.
- 94 Wie schon erwähnt ist sich die Lehre nicht einig, ob das Verlagsvertragsrecht des OR auch auf reine Online-Publikationen anwendbar ist (siehe vorn Rz. 79 f.). In diesem Zusammenhang fragt sich, ob die in Art. 382 OR geregelten Enthaltungspflichten und Ausübungsrechte auf reine Onli-

⁷⁰ In diesem Sinne verstanden führen Art. 382 Abs. 2 und 3 OR zu einer Modifikation des Grundsatzes der Übertragung (Art. 381 Abs. 1 OR): HILTY, Verlagsvertrag, 602; ähnlich auch HOCHREUTENER, S. 112.

ne-Verlagsverträge passen. Diese Frage ist wohl zu bejahen. Auch im Online-Bereich sind schuldrechtliche Enthaltungspflichten zum Schutz des Verlegers vor Konkurrenz interessengerecht.

- 95 Bezüglich der Einschränkung für Zeitungsartikel, Aufsätze und Sammelwerkbeiträge könnte man sich fragen, ob die Karenzfristen (keine bzw. dreimonatige Karenzfrist) auch für den Online-Bereich angemessen sind. Das Internet ermöglicht eine einfache Zugänglichkeit von Archivwerken, sodass der Verlag z.B. auch noch nach Ablauf der Dreimonatsfrist ein Interesse an eine Exklusivnutzung haben könnte. Mehr ins Gewicht fällt jedoch das Argument, dass das Veraltetsein eines Aufsatzes oder Berichts im Wesentlichen von seinem Inhalt und nicht von seiner Publikationsform abhängt. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, die Karenzfristen von Art. 382 OR in gleicher Weise auf Online- und gedruckte Publikationen anzuwenden, dies freilich – hier wie allgemein – unter dem Vorbehalt einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung (dazu hinten Rz. 106 ff.).

d) *Verwendung des Verlags-PDF?*

- 96 Hat der Urheber aufgrund der gesetzlichen Regelung (mangels abweichender Vereinbarung) das Recht, sein Werk in einem Repositorium zu hinterlegen, so stellt sich die Frage, ob er befugt ist, hierzu das Verlags-PDF zu verwenden.
- 97 Abgesehen von kennzeichenrechtlich geschützten Elementen (z.B. ein im Markenregister eingetragenes Verlagslogo), die der Urheber auf jeden Fall nicht ohne Zustimmung des Berechtigten verwenden darf, ist vor allem zu prüfen, ob das *Layout als Verlagsleistung* rechtlich geschützt ist.
- 98 Der Schutz vor der Verwertung fremder Leistungen ist im Lauterkeitsrecht geregelt. Im vorliegenden Zusammenhang ist davon auszugehen, dass das Verlags-Layout veröffentlicht wird und deshalb keine vertrauliche Information darstellt, sodass nicht Art. 5 lit. a und b UWG⁷¹, sondern lit. c dieser Bestimmung relevant ist:

Art. 5 lit. c UWG

Unlauter handelt insbesondere, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet.

⁷¹ BAUDENBACHER, Art. 5 Rz. 30 m.w.H.

- 99 In der Tat handelt es sich beim Verlags-PDF um ein „marktreifes Arbeitsergebnis“⁷², das durch ein „technisches Reproduktionsverfahren“, nämlich mittels Vervielfältigung der Computerdatei durch den Urheber verwertet werden kann. Die Frage ist, ob der Urheber die Verwertung „ohne angemessenen eigenen Aufwand“ im Sinne von Art. 5 lit. c UWG vornimmt, wobei der Aufwand des Urhebers mit den Bemühungen des Verlags ins Verhältnis zu setzen ist⁷³.
- 100 Würde man den Blick allein auf die Herstellung des Layouts beschränken, könnte man zum Schluss kommen, dass ein angemessener Aufwand des Urhebers fehlt, da er die Kopie des Verlags-PDF ohne jeglichen Arbeitsaufwand generieren kann⁷⁴, während die Gestaltung des Layouts durch den Verlag (vorausgesetzt, der Urheber hat das Layout nicht schon selbst besorgt) je nach dem einen nicht unerheblichen Arbeitseinsatz bedeutet.
- 101 Eine solche isolierte Betrachtungsweise wird dem Sachverhalt jedoch nicht gerecht. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass das Verlags-PDF als Arbeitsergebnis nicht nur aus dem Layout besteht, sondern in der Hauptsache einerseits aus dem Inhalt der Publikation, der nicht vom Verlag, sondern vom Urheber geschaffen worden ist (auch wenn ein Review-Verfahren zur Qualitätssteigerung beigetragen haben mag), andererseits heute verbreitete Praxis ist, dass der Urheber schon weit reichend die Formatierung selbst vornimmt, mag er dabei auch Vorgaben des Verlags folgen. Unter Einbezug dieses Aspekts kann von einer schmarotzerischen Übernahme eines vom Verlag geschaffenen Arbeitsergebnisses keine Rede mehr sein.
- 102 Gleichwohl bleibt eine gewisse Rechtsunsicherheit, da zu dieser Frage keine eindeutige und gefestigte Praxis besteht. Ausserdem wäre es verkürzt, bei dieser Frage nur auf das nationale Recht abzustellen, ist doch gerade Art. 5 lit. c UWG in seiner Konzeption einmalig; im Falle der Anwendbarkeit ausländischen Rechts können sich also auch andere Ge-

⁷² Eine bestimmte Leistungshöhe, wie sie etwa für den urheberrechtlichen Schutz erforderlich ist, ist hier gemäss dem Bundesgericht keine Voraussetzung: BGer, sic! 1999, S. 300 ff. E. 2b.

⁷³ Botschaft, BBl. 1983, S. 1071.

⁷⁴ Vgl. BAUDENBACHER, Art. 5 Rz. 56, wonach der Aufwand beim reinen Kopieren von Daten so niedrig ist, dass stets von einem Missverhältnis zum Aufwand des Datenherstellers auszugehen ist.

sichtspunkte aufdrängen. Vor diesem Hintergrund kann die Möglichkeit, dass ein Gericht den Blick auf die Frage des Layouts einengen und die Übernahme des Verlags-PDF durch den Urheber verbieten könnte, nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Auf jeden Fall aus schweizerischer Sicht ist dem Verlag die Berufung auf Art. 5 lit. c UWG jedoch dann versagt, wenn er seinen Aufwand (zur Herstellung des Layouts) bereits amortisiert hat⁷⁵, z.B. das Verlags-PDF erst nach einer Karenzfrist verwendet, während der er seine Auslagen bereits decken konnte.

e) *Ergebnis*

103 Die gesetzliche Regelung des Verlagsvertragsrechts gilt nur, soweit die Parteien nichts Abweichendes geregelt haben. Die Übertragung von Rechten des Urhebers an den Verlag erfolgt nach dem Grundsatz, dass nur die für die Vertragsdurchführung notwendigen Rechte übertragen werden (Art. 381 Abs. 1 OR, Zweckübertragungstheorie).

104 Für die Frage, ob der Urheber berechtigt ist, sein wissenschaftliches Werk in einem Repositorium zu hinterlegen, ist aber letztlich nicht die Frage der Übertragung gemäss Art. 381 Abs. 1 OR, sondern sind die in Art. 382 OR geregelten vertraglichen Enthaltungspflichten und Ausübungsrechte entscheidend. Demnach ergibt sich folgendes Bild:

- *Wissenschaftliche Aufsätze* (soweit sie vertieft ein Thema behandeln) dürfen vom Urheber nach Ablauf von drei Monaten nach dem vollständigen Erscheinen anderweitig veröffentlicht, also auch in einem Repositorium hinterlegt werden (Art. 382 Abs. 3 OR).
- *Aktualitätsbezogene Berichte* dürfen vom Urheber jederzeit, d.h. ohne Karenzfrist anderweitig, z.B. in einem Repositorium veröffentlicht werden (Art. 382 Abs. 2 OR).
- *Andere Werke*, insbesondere Monographien und Lehrbücher, dürfen vom Urheber nicht anderweitig in Konkurrenz zum Verlag publiziert werden, solange die Auflage nicht vergriffen ist. Während der Verlagsdauer ist eine Hinterlegung in einem Repositorium grundsätzlich nicht gestattet, es sei denn, es handelt sich um eine nicht korrekt zitierfähige Version (wobei an die Zitierfähigkeit in den verschiedenen

⁷⁵

Die Amortisation ist bei der Aufwandberechnung zu berücksichtigen: BGer 4A_404/2007 E. 4.3.

Fachdisziplinen unterschiedliche Anforderungen gestellt werden), die für die Verlagspublikation keine echte Konkurrenz bedeutet (Art. 382 Abs. 1 OR).

105 Ist der Urheber gemäss der gesetzlichen Regelung berechtigt, sein Werk in einem Repositorium zu hinterlegen, so darf er nach der hier vertretenen Auffassung zu diesem Zweck das Verlags-PDF verwenden. Es besteht jedoch keine gefestigte Gerichtspraxis dazu. Es bleibt deshalb das Risiko, dass ein Gericht in Anwendung von schweizerischem Recht gestützt auf Art. 5 lit. c UWG anders entscheiden könnte.

3. **Vertragliche Regelung**

a) *Grundsatz*

106 Das Verlagsvertragsrecht des OR enthält keine zwingenden Normen, und auch die vertragsbezogenen Bestimmungen des URG sind grösstenteils nicht zwingend (dazu vorn Rz. 26). In aller Regel verstossen Verlagsverträge auch nicht gegen zwingende Bestimmungen des Wettbewerbsrechts (dazu hinten Rz. 218 ff.).

107 Die Parteien sind deshalb grundsätzlich *frei in der Gestaltung* ihres vertraglichen Verhältnisses und der Annahme von AGB. Insbesondere steht es ihnen offen, dabei von den dispositiven Regeln des Gesetzes abzuweichen. In den meisten Verlagsverträgen ist denn auch eine sehr weitgehende – oder sogar eine umfassende – Übertragung von Urheberrechten an den Verlag vorgesehen⁷⁶.

108 Haben die Parteien eine Regelung über die Rechtsübertragung getroffen, so verdrängt diese Vereinbarung nicht nur den dispositiven Art. 381 Abs. 1 OR über die Rechtsübertragung, sondern gegebenenfalls auch den ebenfalls dispositiven Art. 382 OR über die Enthaltungspflichten und Ausübungsrechte des Urhebers. Denn wenn sich die Parteien über die Rechtsübertragung geeinigt haben, ohne besondere Enthaltungspflichten und Ausübungsrechte vorzusehen, so ist davon auszugehen, dass sie keine solchen besonderen Pflichten und Rechte statuieren wollten. Diesfalls bleibt für die Anwendung von Art. 382 OR kein Raum.

⁷⁶ Siehe etwa CR-CHERPILLOD, Vor Art. 380–393 Rz. 11; ebenso (für Deutschland) DORSCHER, S. 239 f., der aber auch auf die Praxis einiger Verlage hinweist, die dem Urheber den „grünen Weg“ (vorn Rz. 12 ff.) als Open-Access-Strategie ermöglichen.

b) Regelung betreffend Online-Rechte

- 109 Die Übertragung der Online-Rechte (zum Begriff der Online-Rechte vorn Rz. 82) kann ausdrücklich erfolgen oder sich implizit aus dem Verlagsvertrag ergeben. Werden dem Verlag z.B. „sämtliche Rechte am Werk“ oder „alle Urheberrechte“ übertragen, so sind die Online-Rechte darin enthalten. Äussert sich der Verlagsvertrag nicht klar über den Umfang der Rechtseinräumung, indem er z.B. lediglich die Übertragung „des Urheberrechts“ vorsieht, ist anhand des Vertragszwecks zu bestimmen, ob die Online-Rechte von der Übertragung mitumfasst sind (dazu vorn Rz. 82 ff.).
- 110 Werden hingegen nur die „Verlagsrechte“ bzw. das „Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht“ übertragen oder lizenziert, so sind davon die Online-Rechte grundsätzlich nicht, jedenfalls nicht vollständig erfasst (nicht abgedeckt ist insbesondere das Recht zur Zugänglichmachung, Art. 10 Abs. 2 lit. c URG). Etwas anderes gilt höchstens, wenn sich aus dem Zusammenhang – z.B. aus den Vertragsverhandlungen – ergibt, dass mit diesen Rechten im konkreten Fall auch die Online-Nutzung ermöglicht werden soll. In einem solchen Fall ist der Wortlaut des Vertrags entsprechend weit auszulegen.
- 111 Auch Verträge, die vor dem allgemeinen Bekanntwerden der Möglichkeiten des Internets (ca. 1995) abgeschlossen wurden, können implizit die Einräumung von Online-Rechten vorsehen. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung des konkreten Verlagsvertrags zu bestimmen. Wurden z.B. „sämtliche Urheberrechte“ oder die „Rechte an bislang unbekannten Nutzungsarten“ eingeräumt, so sind von solchen Formulierungen auch die heute gebräuchlichen Online-Rechte erfasst. Ein Verbot der Rechtseinräumung bezüglich unbekannter Nutzungsarten kennt das schweizerische Recht nicht⁷⁷.
- 112 Hat der Urheber die Online-Rechte dem Verlag übertragen oder ihm eine ausschliessliche Lizenz daran eingeräumt, so ist es dem Urheber untersagt, die betroffenen Werke in einem Repositorium zu hinterlegen, es sei denn, der Verlag würde ihm dies gesondert erlauben.

⁷⁷ DE WERRA, Art. 16 Rz. 28; BARRELET/EGLOFF, Art. 16 Rz. 9. In § 31 Abs. 4 des deutschen UrhG war bis vor kurzem ein solches Verbot enthalten, dass nun mit Wirkung für Verträge ab dem 1. Januar 2008 aufgehoben wurde.

- 113 Liegt hingegen keine Übertragung der Online-Rechte an den Verlag vor oder hat der Urheber nur eine einfache Lizenz daran erteilt, so darf der Urheber die Hinterlegung in einem Repositorium vornehmen. Dies unter dem Vorbehalt, dass kein entsprechendes (Konkurrenz-)Verbot vereinbart wurde.

c) *Regelung betreffend persönliche Internet-Seite*

- 114 Verlagsverträge und AGB von Verlagen können dem Urheber erlauben, sein Werk auf seiner persönlichen Internet-Seite zu publizieren. Eine solche Regelung liegt im Rahmen der Vertragsfreiheit und ist ohne weiteres zulässig.

- 115 Unter den Begriff der persönlichen Internet-Seite fällt grundsätzlich nicht nur eine Internet-Seite, die vom Urheber als Plattform für seine eigene Person privat betrieben wird. Ebenso ist eine institutionelle Internet-Seite (z.B. im Rahmen des Internet-Auftritts einer Universität oder einer anderen Forschungsinstitution), die der Person des Urhebers gewidmet ist, als dessen persönliche Internet-Seite einzustufen. Dass die Internet-Seite in einem institutionellen Kontext steht, ändert nichts an ihrer Personenbezogenheit.

- 116 Bezieht sich eine Erlaubnis eindeutig nur auf die Publikation auf der persönlichen Internet-Seite des Urhebers, so kann darunter nicht auch das Repositorium der Universität, bei der er angestellt ist, verstanden werden. Eine solche Auslegung ginge zu weit. Hingegen steht es dem Betreiber des Repositoriums frei, auf die persönliche Internet-Seite des Urhebers und das dort zugängliche Werk einen Hyperlink zu setzen (dazu hinten Rz. 176 ff.).

- 117 Auslegungsschwierigkeiten können sich ergeben, wenn ein Verlagsvertrag die Publikation auf der „Internet-Seite des Arbeitgebers“ erlaubt. Es ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu klären, ob die Formulierung auch ein Repositorium mitumfasst, das vom Arbeitgeber (z.B. einer Universität) betrieben wird, oder ob nur die Publikation auf der persönlichen Internet-Seite des Urhebers im Rahmen des Internet-Auftritts seines Arbeitgebers erlaubt werden soll (dazu soeben Rz. 115). Soweit der Verlagsvertrag selbst die Unterscheidung zwischen der *Internet-Seite des Arbeitgebers* einerseits und einem *Repositorium* ande-

rerseits trifft⁷⁸, ist daraus abzuleiten, dass die Erlaubnis zur Publikation auf der Internet-Seite des Arbeitgebers die Hinterlegung in einem Repository nicht miteinschliesst.

d) *Regelung betreffend Autorenversion/Verlags-PDF*

118 Ebenfalls im Rahmen der Vertragsfreiheit liegen Verlagsverträge und AGB, die zwischen dem publizierten Verlags-PDF und dem vom Verlag akzeptierten Manuskript (letzte Autorenversion) unterscheiden und vorsehen, dass nur das akzeptierte Manuskript, nicht aber das Verlags-PDF vom Urheber in einem Repository hinterlegt werden darf.

119 Das Urheberrecht steht einer solchen vertraglichen Regelung nicht im Weg. Erstens deckt das Urheberrecht an einem Werk sowohl die Erscheinungsform des Verlags-PDF als auch diejenige des Manuskripts ab (siehe vorn Rz. 18), sodass der Urheberrechtsinhaber ohne weiteres die eine Art der Benutzung erlauben und die andere verbieten kann. Zweitens kann eine Regelung, wonach der Urheber nur das Manuskript hinterlegen darf, auch unabhängig von der Inhaberschaft am Urheberrecht rein vertraglich getroffen werden, wenn sich der Urheber darauf einlässt.

120 Rechtlich kann eine solche Regelung zweierlei bedeuten, je nach dem wer über die Online-Rechte am Werk verfügt:

- Überträgt der Urheber mit dem Verlagsvertrag die Online-Rechte, wird der Verlag Rechtsinhaber an diesen Rechten. Erlaubt der Verlag dem Urheber gleichzeitig die Hinterlegung des akzeptierten Manuskripts in einem Repository, stellt dies folglich eine (einfache) *Lizenz* des Verlags zugunsten des Urhebers dar.
- Sieht der Verlagsvertrag keine Übertragung der Online-Rechte vor, verbleiben diese beim Urheber, sodass dieser sein Werk grundsätzlich in einem Repository hinterlegen darf. Gewährt ihm der Verlagsvertrag jedoch nur die Hinterlegung in der Form des akzeptierten Manuskripts, handelt es sich um eine – vertragliche – *Enthaltungspflicht* des Urhebers bezüglich der Verwendung des Verlags-PDF,

⁷⁸ So z.B. die American Society for Microbiology, die in den Verlagsverträgen für die von ihr herausgegebenen Zeitschriften zwischen „institutional repositories“ einerseits und „personal or employer websites“ andererseits unterscheidet („ASM Journals Statement of Authors' Rights“, http://journals.asm.org/misc/ASM_Author_Statement.dtl).

d.h. der Urheber wird in der Ausübung seiner Online-Rechte durch Vereinbarung beschränkt.

121 Es steht dem Verlag indessen auch offen, die Benutzung des Verlags-PDF durch den Urheber ausdrücklich zu erlauben. Der Verlag kann damit auch Auflagen verbinden, z.B. indem er die Hinterlegung des Verlags-PDF nur gestattet, wenn das Verlagslogo und die Original-Verlagsseitenzahlen weggelassen werden.

122 Haben die Parteien *keine Regelung* über die Verwendung des Verlags-PDF getroffen, und ergibt sich aus der vertraglichen Regelung – oder bei ihrem Fehlen aus dem Gesetz (dies in Anwendung von Art. 382 Abs. 2 und 3 OR, vorn Rz. 90 ff.) –, dass der Urheber das Recht hat, sein Werk in einem Repositorium zu hinterlegen, so darf er nach der hier vertretenen Auffassung dazu auch das Verlags-PDF benutzen. Es kann jedoch nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass ein Gericht in Anwendung von Art. 5 lit. c UWG anders entscheiden könnte (dazu vorn Rz. 96 ff.).

e) *Weitere Regelungen*

123 Über die Verwendung des Werks durch den Urheber können auch weitere Regelungen getroffen werden⁷⁹. Gebräuchlich ist die Festlegung einer *Karenzfrist* zum Schutz des Verlags, nach deren Ablauf das Werk anderweitig verwendet werden darf. Wird dem Urheber aber die Hinterlegung in einem Repositorium vertraglich zugestanden, ohne eine Karenzfrist (oder ein entsprechendes Konkurrenzverbot) vorzusehen, so gilt keine Karenzfrist. Den Parteien steht es nämlich frei, von Art. 382 OR abzuweichen.

124 Manche Verlagsverträge schreiben auch vor, dass eine anderweitige Verwendung des Werks durch den Urhebers stets einen *Hyperlink* auf die Internet-Seite des Verlags oder der Zeitschrift enthalten muss, in der das Werk publiziert wurde.

125 Ferner sehen gewisse Verlagsverträge vor, dass das Werk zwar per Internet zugänglich gemacht werden darf, jedoch nur wenn gewährleistet sei, dass nur ein *beschränkter Personenkreis* darauf zugreifen könne. Eine solche Beschränkung des Personenkreises kann dadurch hergestellt

⁷⁹ Siehe die Übersicht über die Praxis der einzelnen Verlage bezüglich Open Access bei www.sherpa.ac.uk/romeo.php.

werden, dass das Werk nur in einem passwortgeschützten Bereich zugänglich ist. Eine andere Möglichkeit, den Personenkreis einzuschränken, besteht darin, dass der Nutzer das Werk nicht direkt aus dem Internet abrufen, sondern nur eine Anfrage an den Urheber richten kann, der sodann veranlasst, dass dem Nutzer das Werk per E-Mail zugesendet wird (sog. „request a copy“-Funktion, dazu hinten Rz. 179 ff.).

f) *Ergebnis*

126 Die Parteien des Verlagsvertrags sind grundsätzlich frei in der Gestaltung ihres vertraglichen Verhältnisses und grundsätzlich auch in der Annahme von AGB. Haben sie eine solche Regelung getroffen, geht diese den dispositiven gesetzlichen Bestimmungen vor.

127 Die Vereinbarung der Parteien über die Online-Rechte kann sich explizit oder implizit aus dem Vertrag ergeben. Eine Übertragung von Online-Rechten an den Verlag kann sich auch aus Verträgen ergeben, die vor dem Bekanntwerden der Möglichkeiten des Internets (ca. 1995) abgeschlossen wurden. Das schweizerische Urheberrecht enthält kein Verbot der Rechtseinräumung bezüglich unbekannter Nutzungsarten.

128 Vertragliche Regelungen, wonach der Urheber sein Werk auf seiner persönlichen Internet-Seite, nicht aber anderweitig online publizieren darf sind ohne weiteres zulässig. Dasselbe gilt für eine Vereinbarung, wonach der Urheber nur zur Online-Publikation des Manuskripts, nicht aber des Verlags-PDF berechtigt ist.

129 Ist der Urheber berechtigt, sein Werk anderweitig zu veröffentlichen, darf er nach der hier vertretenen Meinung mangels abweichender Vereinbarung das Verlags-PDF bzw. das Layout des Verlags verwenden, auch wenn der Verlag nicht explizit zugestimmt hat. Mangels gefestigter Gerichtspraxis hierzu kann jedoch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht in Anwendung von Art. 5 lit. c UWG anders entscheiden würde.

4. Musterklausel

130 Eine verlagsvertragliche Musterklausel, die dem Open-Access-Gedanken angemessen Rechnung trägt und eine entsprechende Bestimmung zugunsten des Urhebers enthält, tangiert zwangsläufig die Interessen des Verlags an der ungestörten Verwertung des Werks.

- 131 Aus Sicht des Urhebers wäre es ideal, wenn er dem Verlag gar nicht erst irgendwelche Urheberrechte (insbesondere nicht die Online-Rechte) übertragen⁸⁰, sondern nur einfache Lizenzen am Werk erteilen würde. Dies würde ihm – vorausgesetzt im Verlagsvertrag wäre kein Konkurrenzverbot enthalten – ohne weiteres erlauben, das Werk in einem Repositorium zu hinterlegen oder anderweitig allgemein zugänglich zu machen. Ein entsprechender „Wunschzettel“ des Urhebers wird jedoch wenig Chancen haben, vom Verlag unterzeichnet zu werden.
- 132 Realistischerweise ist davon auszugehen, dass die Verlage ihre typischerweise gegebene Marktmacht einsetzen, auf der Übertragung der Urheberrechte beharren und nur insoweit zu Konzessionen bereit sind, als keine erhebliche Gefährdung ihres Umsatzes zu befürchten ist. Um die Open-Access-Nutzung zu ermöglichen, wird im Folgenden ein Vertragszusatz vorgeschlagen, der zugunsten des Urhebers eine entsprechende *Lizenz* vorsieht, die erst nach einer *Karenzfrist* wirksam ist. Die Statuierung einer Karenzfrist für Open-Access-Nutzungen entspricht schon heute der Praxis einiger Verlage⁸¹.
- 133 Die Karenzfrist auf drei Monate festzulegen, erschiene deshalb nicht vermessen, da eine solche Frist schon im geltenden, wenn auch nicht zwingenden Verlagsvertragsrecht für Zeitschriften- und Sammelwerkartikel verankert ist (Art. 382 Abs. 3 OR). Um die Akzeptanz für die Verlage zu erhöhen, wird hier jedoch eine Karenzfrist von sechs Monaten vorgeschlagen.

⁸⁰ In diesem Sinne sieht Ziff. 4 des Modell-Vertragszusatzes von SPARC (vorn Fn. 40) vor, dass die Urheberrechte weitgehend beim Urheber verbleiben. Nach diesem Vorschlag behält der Urheber unter anderem „the rights to reproduce, to distribute, to publicly perform, and to publicly display the Article in any medium for non-commercial purposes“. Zu dieser Klausel aus Sicht des deutschen Rechts MANTZ, Open Access, S. 100 f.

Ebenfalls den Verbleib der Rechtsinhaberschaft beim Urheber sieht das „Open Access Law: Publication Agreement“ von *Science Commons* (einem Projekt von Creative Commons) in Ziff. 1 lit. b vor:

<http://sciencecommons.org/projects/publishing/oalaw/oalawpublication>.

Differenzierter ist der Vorschlag einer „Licence to publish“ der *Kooperation zwischen dem englischen JISC (Joint Information Systems Committee) und der niederländischen SURFfoundation*, der einerseits eine ausschliessliche Lizenz (sole licence) zugunsten des Verlags vorsieht, aber dem Urheber gleichzeitig die Ausübung der für die Open-Access-Nutzung notwendigen Rechte erlaubt (Clause 2 und 3):

http://copyrighttoolbox.surf.nl/copyrighttoolbox/download/licence_to_publish.pdf

⁸¹ Vgl. die Zusammenstellung bei www.sherpa.ac.uk/romeo.php.

- 134 In Bezug auf ganze Bücher (Monographien, Lehrbücher) ist nicht zu erwarten, dass der Verlag einer Open-Access-Nutzung ohne weiteres zustimmen wird. Deshalb könnte man ihm hier mit einer Karenzfrist von drei Jahren relativ weit entgegen kommen. All diese Fristen sind aber selbstverständlich Verhandlungssache.
- 135 Da Verlage in der Regel über vorformulierte Verlagsverträge verfügen, die zu ersetzen sie nicht ohne weiteres bereit sind, wird im Folgenden eine Musterklausel vorgeschlagen, die als Vertragszusatz auch separat unterzeichnet werden kann (falls der Verlagsvertrag solches nicht explizit ausschliesst). Um die Gültigkeit des Vertragszusatzes sicherzustellen, ist darauf zu achten, dass der Vertragszusatz nicht nur dem Verlag zugestellt wird, sondern dass von diesem auch eine eindeutige Zustimmung erwirkt werden kann (näher dazu vorn Rz. 56 ff.).
- 136 Eine Musterklausel im Sinne der vorstehenden Ausführungen könnte folgendermassen lauten:

Zusatz zum Verlagsvertrag

Dieser Zusatz ergänzt den Verlagsvertrag zwischen den Parteien und geht allfälligen abweichenden Bestimmungen des Verlagsvertrags vor.

Der Urheber darf seinen Artikel nach Ablauf von sechs Monaten (bei ganzen Büchern: nach Ablauf von drei Jahren) nach der Veröffentlichung über interne Netzwerke von Bildungs- und Forschungseinrichtungen, über institutionelle Repositorien sowie über seine persönliche Internet-Seite allgemein zugänglich machen oder Dritte dazu ermächtigen.

Falls der Verlag die Rechte am Werk des Urhebers einem Dritten überträgt, stellt der Verlag sicher, dass der Dritte die Verpflichtungen aus dem vorliegenden Zusatz zum Verlagsvertrag einhält.

- 137 Eine andere Strategie, die ebenfalls schon heute durch die Praxis einiger Verlage gedeckt ist⁸², wäre es, keine Karenzfrist zu verankern, aber vorzusehen, dass der Urheber nicht das Verlags-PDF, sondern nur eine *Autorenversion* (ohne Verlagslogo und Verlagsseitenzahlen) allgemein zugänglich machen darf.

⁸² Vgl. auch hierzu die Zusammenstellung bei www.sherpa.ac.uk/romeo.php.

V. Mehrzahl von Urhebern

- 138 Ist ein Werk durch mehrere Personen geschaffen worden, ist vorab zu klären, wer von ihnen als *Miturheber im Rechtssinne* gilt. Für die Miturheberschaft einer Person ist es notwendig, dass sie schöpferisch an der konkreten Ausarbeitung des Werks mitgewirkt hat. Nicht ausreichend ist es bei wissenschaftlichen Werken, wenn die Person lediglich die Verantwortung für den Inhalt trägt, ohne konkret am Werk mitzuarbeiten; ebenso wenig reichen Arbeiten am Layout bzw. blosse Hilfs- oder Grundlagenarbeiten (näher zum Ganzen vorn Rz. 44 ff.).
- 139 Ist der Kreis der Miturheber eines Werks bestimmt, so fragt sich, ob sie über das Werk einen *Verlagsvertrag* abgeschlossen oder sich über *AGB* geeinigt haben. Im Regelfall gilt eine Vereinbarung über die Verwendung urheberrechtlicher Werke nur dann, wenn *alle Miturheber zugestimmt* haben; die Zustimmung darf aber nicht wider Treu und Glauben verweigert werden (Art. 7 Abs. 2 URG). Die Publikation eines Werks darf somit nicht durch einzelne Miturheber blockiert werden, wenn diese dafür keine genügend gewichtigen sachlichen Gründe angeben können. Grundsätzlich ist die branchenübliche Verwendung eines Werks durch die Miturheber zu gestatten⁸³.
- 140 Die Zustimmung aller Miturheber ist nur dann nicht notwendig, wenn sich alle Miturheber auf eine andere Lösung geeinigt haben und z.B. die Zustimmung eines oder mehrerer Miturheber als gültig festlegen (Art. 7 Abs. 2 URG). In einem solchen Fall kann ein Verlagsvertrag auch ohne das Einverständnis aller Miturheber gültig abgeschlossen werden.
- 141 Ist ein Verlagsvertrag zustande gekommen oder sind AGB mit einem Verlag vereinbart worden, so gilt für die Frage, ob das Werk parallel zur Verlagsveröffentlichung auch in einem *Repositorium* publiziert werden darf, dieselben Grundsätze wie bei einem Einzelurheber (ausführlich vorn Rz. 65 ff., 74 ff. und 106 ff.).
- 142 Ergibt sich aus dem Verlagsvertrag, dass eine solche Hinterlegung des Werks in einem Repositorium zulässig ist, so bedarf es für die Hinterlegung selbst wiederum der Zustimmung aller Miturheber, es sei denn, sie hätten sich auch diesbezüglich darauf geeinigt, dass die Zustimmung nur eines oder mehrerer Miturheber genüge (Art. 7 Abs. 2 URG).

⁸³ BARRELET/EGLOFF, Art. 7 Rz. 10; VON BÜREN/MEER, S. 158.

VI. Internationale Verhältnisse

1. *Gerichtsstand*

a) *Im Geltungsbereich des Lugano-Übereinkommens*

143 Die bisherigen Ausführungen betreffen durchwegs das schweizerische Recht. Bei internationalen Verhältnissen kann jedoch auch das Recht eines anderen Staates zur Anwendung kommen.

144 Als Grundlage für die Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung ist zunächst zu klären, ob überhaupt ein Gerichtsstand in der Schweiz besteht. Im Verhältnis mit den meisten europäischen Staaten richtet sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Lugano-Übereinkommen (LugÜ)⁸⁴, das dem IPRG vorgeht (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Das Lugano-Übereinkommen ist revidiert worden und tritt in der neuen Fassung (rev-LugÜ) für die Schweiz frühestens auf den 1. Januar 2011 in Kraft.

145 Den Parteien steht es frei, eine *Gerichtsstandsvereinbarung* zu treffen. Das bestimmte Gericht ist dann ausschliesslich zuständig, sofern die Gerichtsstandsvereinbarung die Vorgaben von Art. 17 LugÜ/rev LugÜ einhält.

146 Wurde *kein Gerichtsstand vereinbart*, liegt die allgemeine Zuständigkeit gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ/revLugÜ bei den Gerichten desjenigen Staates, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz bzw. Sitz hat. Klagt etwa ein Verlag gegen den Urheber, so ist nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ/rev LugÜ ein schweizerisches Gericht zuständig, wenn der Urheber in der Schweiz wohnhaft ist; ob der Sitz des Verlags im In- oder Ausland liegt, spielt dabei keine Rolle.

147 Wird ein Urheber mit ausländischem Wohnsitz (in einem LugÜ-Vertragsstaat) eingeklagt, kann unter Umständen ein spezifischer Gerichtsstand gemäss Art. 5 LugÜ/revLugÜ in der Schweiz gegeben sein. Diese Frage soll hier nicht vertieft behandelt werden. Nur kurz sind zwei mögliche Anwendungsfälle zu umreissen:

- In Frage kommt zunächst Art. 5 Nr. 1 LugÜ/revLugÜ, wonach vertragliche Ansprüche am *Erfüllungsort* eingeklagt werden können.

⁸⁴ Vertragsstaaten sind derzeit Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Irland, Island, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, die Schweiz und Spanien.

Geht es indessen um die Durchsetzung von vertraglichen Unterlassungspflichten, die nicht auf einen bestimmten Staat bezogen sind (ist z.B. der Urheber vertraglich verpflichtet, sich generell der Publikation seines Werks in irgendeinem Repositorium zu enthalten), so ist der Gerichtsstand nach Art. 5 Nr. 1 LugÜ/revLugÜ gemäss der Rechtsprechung nicht gegeben⁸⁵.

- Eine weitere Möglichkeit, einen Urheber mit ausländischem Wohnsitz in der Schweiz einzuklagen, bietet der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gemäss Art. 5 Nr. 3 LugÜ/revLugÜ, der sich auch auf Urheberrechtsverletzungen bezieht⁸⁶. Dieser Gerichtsstand liegt am *Handlungs- oder am Erfolgsort*⁸⁷, könnte also in der Schweiz liegen, wenn die Urheberrechtsverletzung durch die Publikation eines Werks in einem schweizerischen Repositorium erfolgt. Ist ein Zugriff auf das Repositorium auch in einem anderen Staat möglich, liegt dort allerdings (auch) ein Erfolgsort, womit ein weiterer Gerichtsstand begründet wird; die Handlung in der Schweiz vorzunehmen allein reicht nicht aus, um einen Prozess im Ausland zu vermeiden. Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung kommt auch dann zur Anwendung, wenn vorfrageweise geklärt werden muss, ob ein Vertrag die in Frage stehende Werkverwendung erlaubt⁸⁸, z.B. ob dem Urheber die Hinterlegung in einem Repositorium aufgrund des Verlagsvertrags zusteht oder nicht.

b) *Ausserhalb des Geltungsbereichs des Lugano-Übereinkommens*

- 148 Internationale Verhältnisse, die nicht in den Geltungsbereich des LugÜ fallen, sind grundsätzlich nach dem IPRG zu beurteilen. Auch nach dem IPRG ist eine *Gerichtsstandsvereinbarung* zulässig, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür erfüllt werden (Art. 5 IPRG).
- 149 *Ohne Gerichtsstandsvereinbarung* ist – ähnlich wie im Geltungsbereich des LugÜ – grundsätzlich das Gericht am Wohnsitz oder, wenn ein sol-

⁸⁵ EuGH Rs. C-256/00 vom 19. Februar 2002, Rz. 21 ff.

⁸⁶ OBERHAMMER, Art. 5 Rz. 130; BSK-JEGHER, Art. 109 Rz. 30.

⁸⁷ EuGH Rs. 21-76 vom 30. November 1976; OBERHAMMER, Art. 5 Rz. 133.

⁸⁸ KROPHOLLER, S. 152, zur praktisch gleichlautenden Bestimmung Art. 5 Nr. 3 EG-Verordnung Nr. 44/2001.

cher in der Schweiz fehlt, am gewöhnlichen Aufenthaltsort⁸⁹ des Beklagten zuständig, dies sowohl bei Klagen aus dem Verlagsvertrag (Art. 112 Abs. 1 IPRG) als auch aus dem Urheberrecht (Art. 109 Abs. 2 Satz 1 IPRG). Klagt der Verlag gegen den Urheber, ist die Zuständigkeit eines schweizerischen Gerichts also gegeben, wenn der Wohnsitz bzw. der gewöhnliche Aufenthaltsort des Urhebers in der Schweiz liegt, während der Sitz oder die Geschäftsniederlassung des Verlags hier ohne Bedeutung ist.

150 Richtet sich die Klage gegen einen Urheber, der seinen Wohnsitz im Ausland hat, gibt es wiederum zwei Ansatzpunkte für einen Gerichtsstand in der Schweiz:

- Möglich ist zunächst der vertragsrechtliche Gerichtsstand am *Erfüllungsort*, d.h. am Ort, an dem eine Leistung in der Schweiz zu erbringen ist (Art. 113 IPRG). Es besteht jedoch keine gefestigte Lehre und Rechtsprechung zur Frage, wie es sich mit räumlich nicht definierten Unterlassungspflichten verhält⁹⁰. Wenn der Urheber sich zur Unterlassung von Publikationen in Repositorien verpflichtet, so ist nicht geklärt, ob daraus aus Art. 113 IPRG ein schweizerischer Gerichtsstand abgeleitet werden kann.
- Wie im Rahmen des LugÜ besteht auch im IPRG der auf Urheberrechtsverletzungen bezogene Gerichtsstand *am Handlungs- und am Erfolgsort* (Art. 109 Abs. 2 Satz 2 IPRG). Auch hier ist folglich das Risiko zu beachten, in Staaten verklagt zu werden, in welchen sich Verletzungshandlungen auswirken, insbesondere also durch Abrufbarkeit von Internet-Inhalten.

2. Anwendbares Recht

151 Ist ein schweizerisches Gericht zuständig, so hat es nach dem schweizerischen IPRG zu bestimmen, ob auf den Fall die schweizerische oder eine ausländische Rechtsordnung anzuwenden ist (liegt die Zuständigkeit beim Gericht eines ausländischen Staats, bestimmt es das anwendbare

⁸⁹ Der gewöhnliche Aufenthaltsort ist dort, wo die Person „während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit zum vornherein befristet ist“ (Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG).

⁹⁰ Ohne Stellungnahme hierzu ZK-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 113 Rz. 16 ff.; bei BSK-AMSTUTZ/VOGT/WANG, Art. 113 Rz. 9, wird die Unterlassungspflicht zwar genannt, jedoch ohne Auseinandersetzung mit dem Problem der Unterlassungspflichten, die räumlich nicht definiert sind und deshalb „überall“ gelten.

Recht nach den Kollisionsregeln dieses Staats). Klagt ein Verlag einen Urheber ein, weil dieser sein Werk in einem Repositorium zugänglich macht, ist dabei zu unterscheiden, ob sich die Klage auf Immaterialgüter- oder auf Vertragsrecht stützt.

a) *Vertragsrecht*

152 Bei einer Klage des Verlags werden häufig *vertragsrechtliche* Fragen im Vordergrund stehen, für die sich das anwendbare Recht aus Art. 116 ff. IPRG ergibt. Diese Bestimmungen beziehen sich insbesondere auf das *Zustandekommen, den Inhalt, die Wirksamkeit und die Beendigung des Vertrags*⁹¹. Sie sind grundsätzlich auch massgebend, wenn es um die Auslegung des Vertrags zwecks Festlegung seines Inhalts geht (z.B. um die Frage zu klären, ob der Urheber die Online-Rechte an seinem Werk ausüben darf).

153 Der Verlagsvertrag kann hinsichtlich des Vertragsstatuts eine *Rechtswahl* vorsehen, die den Erfordernissen von Art. 116 IPRG zu genügen hat.

154 Haben die Parteien *keine Rechtswahl* getroffen, bestimmt sich das anwendbare Recht für Verlagsverträge nach Art. 117 IPRG. Gemäss der herrschenden Lehre kommt Art. 122 IPRG mit der Marginalie „Verträge über Immaterialgüterrechte“ auf Verlagsverträge nicht zur Anwendung, obwohl auch Verlagsverträge meist Immaterialgüterrechte (Urheberrechte) zum Gegenstand haben⁹².

155 Die herrschende Lehre knüpft das anwendbare Recht an der *charakteristischen Leistung* (Art. 117 Abs. 2 IPRG) des Verlagsvertrags an und sieht diese im Vervielfältigen und Verbreiten des Werks durch den Verlag. Demnach ist grundsätzlich die Rechtsordnung des Staates anwendbar, in dem die *Geschäftsniederlassung des Verlags* liegt⁹³.

156 Das bedeutet, dass es nicht auf den Wohnsitz oder den Aufenthaltsort des Urhebers ankommt. Schliessen z.B. Miturheber aus verschiedenen

⁹¹ ZK-VISCHER, Art. 122 Rz. 11; BSK-JEGHER/VASELLA, Art. 122 Rz. 13.

⁹² HILTY, Verlagsvertrag, S. 570; CR-CHERPILLOD, Vor Art. 380 Rz. 14 Fn. 29; im Ergebnis gleich ZK-VISCHER, Art. 122 Rz. 24, wonach „über Art. 117 IPRG eine Korrektur von Art. 122 vorzunehmen“ sei.

⁹³ ZK-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 117 Rz. 89, 133; ZK-VISCHER, Art. 122 Rz. 24; HILTY, Verlagsvertrag, S. 568; CR-CHERPILLOD, Vor Art. 380 Rz. 14; abweichend BSK-AMSTUTZ/VOGT/WANG, Art. 117 Rz. 45, die die Anknüpfung danach differenzieren, ob der Verleger dem Verlagegeber eine Entschädigung ausrichtet oder nicht.

Staaten einen Verlagsvertrag mit einem in der Schweiz niedergelassenen Verlag, so ist grundsätzlich schweizerisches Recht anwendbar. Umgekehrt kommt bei einem ausländischen Verlag grundsätzlich das Recht dieses ausländischen Staats zur Anwendung.

b) *Immaterialgüterrecht*

157 Hat das Gericht Fragen zu beurteilen, die sich nicht auf den Vertrag, sondern auf das *Urheberrecht als solches* beziehen, so gelangt diesbezüglich Art. 110 IRPG zur Anwendung. Aus dieser Bestimmung ergibt sich das anwendbare Recht insbesondere hinsichtlich der *Entstehung des Werks sowie des Inhalts, der Schranken, der Übertragbarkeit und der Schutzfrist des Urheberrechts*⁹⁴.

158 Nach Art. 110 Abs. 1 IPRG sind solche immaterialgüterrechtlichen Fragen nach dem Recht des Staates zu beurteilen, „für den der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird“. Dieses *Schutzlandprinzip* ist eine Ausprägung des Territorialitätsprinzips, das mit sich bringt, dass es kein weltweit einheitliches Urheberrecht an einem Werk gibt, sondern eine Vielzahl paralleler nationaler Urheberrechte betreffend ein und dasselbe Werk⁹⁵.

159 Dass an den Staat anzuknüpfen ist, für den der Urheberrechtsschutz verlangt wird, bedeutet umgekehrt, dass die Geschäftsniederlassung des Verlags – anders als bei vertragsrechtlichen Fragen (siehe soeben Rz. 155) – hier für die Anknüpfung keine entscheidende Rolle spielt. Nicht relevant sind auch der Wohnsitz oder der Aufenthaltsort des Urhebers bzw. der Miturheber.

160 Eine Abweichung vom Schutzlandprinzip durch eine *Rechtswahl* ist nur in den engen Grenzen von Art. 110 Abs. 2 IPRG möglich. Erstens darf die Rechtswahl erst nach Eintritt des schädigenden Ereignisses erfolgen, und zweitens kann nur das Recht des Gerichtsortes gewählt werden (was dann ohne Nutzen ist, wenn dieses Recht auch ohne Rechtswahl aufgrund des Schutzlandprinzips zur Anwendung gelangen würde⁹⁶).

⁹⁴ BSK-JEGHER/VASELLA, Art. 122 Rz. 13; HILTY, Verlagsvertrag, S. 571.

⁹⁵ ZK-TROLLER, Vorbem. zu Art. 380–393 Rz. 42; BÄR, S. 136 ff.; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 218 (anschaulich: „Bündel nationaler Urheberrechte“), Rz. 220.

⁹⁶ BSK-JEGHER, Art. 110 Rz. 29.

- 161 Bei der Verbreitung von Werken über das Internet stehen regelmässig *grenzüberschreitende Rechtsverletzungen* zur Frage, sodass für die Anwendung des Schutzlandprinzips vorab geklärt werden muss, in welchem Staat die potentielle Urheberrechtsverletzung zu lokalisieren ist. Der Upload von Werken auf das Internet (Vervielfältigung gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) findet am Ort des Internet-Servers statt, auf den das Werk kopiert wird⁹⁷.
- 162 Wehrt sich z.B. ein Verlag dagegen, dass der Urheber sein Werk in einem schweizerischen Repositorium (also auf einem in der Schweiz gelegenen Server) hinterlegt hat, und verlangt der Verlag die Entfernung des Werks, so macht er dies mit einer Beseitigungsklage geltend (Art. 62 Abs. 1 lit. b URG). Entsprechend dem schweizerischen Ort der Urheberrechtsverletzung, die der Verlag beseitigt haben will, ist gemäss dem Schutzlandprinzip *schweizerisches* Recht anwendbar – soweit es um rein urheberrechtliche und nicht um verlagsvertragsrechtliche Fragen geht.
- 163 In der Lehre wird diskutiert, ob im Falle von Werken, die mittels eines inländischen Servers ins Internet gestellt werden, *auch das ausländische Recht* derjenigen Staaten zur Anwendung gelangen kann, in denen das Werk abrufbar ist. Mit der Hinterlegung von Werken in einem Repositorium ist nicht nur das Vervielfältigungsrecht, sondern auch das Recht zur Zugänglichmachung tangiert (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG).
- 164 Wird ein Werk in einem schweizerischen Repositorium hinterlegt, so wird in der Lehre zurecht die Auffassung vertreten, dass das Werk damit nicht nur in der Schweiz als Standort des Servers, sondern auch in den ausländischen Empfängerstaaten „zugänglich gemacht“ worden ist; mit anderen Worten wird die Urheberrechtsverletzung nicht nur in der Schweiz, sondern zusätzlich auch in den Empfängerstaaten lokalisiert⁹⁸.
- 165 Verlangt z.B. ein Verlag vom Urheber, dass er das Werk in gewissen Staaten nicht zugänglich machen dürfe, kommt insoweit das Recht dieser Staaten zur Anwendung. Effizienter dürfte im Normalfall indessen eine Beseitigungsklage sein, die am *schweizerischen* Ort der Urheberrechts-

⁹⁷ STIESS, S. 198, 200; KATZENBERGER, Vor §§ 120 ff. Rz. 145.

⁹⁸ So KATZENBERGER, Vor §§ 120 ff. Rz. 145 m.w.H. (betreffend das deutsche Recht); in diese Richtung geht auch (betreffend das schweizerische Recht) die Bemerkung von BÄR, S. 148 f., wonach „die Empfangsmöglichkeit in anderen Staaten“ deren Rechte verletzen könne.

verletzung anknüpft und dem schweizerischen Repositorium (in Anwendung des schweizerischen Rechts) von vornherein das Ablegen von Exemplaren eines bestimmten Werks auf dem schweizerischen Server untersagt, da dies automatisch auch die Zugänglichkeit des Werks in sämtlichen anderen Staaten verhindert.

c) *Ergebnis*

166 Bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts ist gemäss dem schweizerischen IPRG zwischen vertragsrechtlichen und urheberrechtlichen Fragen zu unterscheiden. Im Verhältnis zwischen Urheber und Verlag werden oftmals vertragsrechtliche Aspekte wie z.B. das Zustandekommen und die Auslegung des Verlagsvertrags strittig sein. Auf diese Aspekte ist das *Recht des Staates, in dem die Geschäftsniederlassung des Verlags liegt*, anwendbar (Art. 117 Abs. 2 IPRG), sofern keine abweichende Rechtswahl getroffen wurde (Art. 116 IPRG).

167 Das bedeutet, dass im Streit mit einem ausländischen Verlag regelmässig die entsprechende *ausländische Rechtsordnung* zur Anwendung gelangt, sei es aufgrund von Art. 117 Abs. 2 IPRG, sei es aufgrund einer im Verlagsvertrag vereinbarten Rechtswahl. Schweizerisches Recht ist in einem solchen Fall nur insoweit anwendbar, als es um Fragen des Urheberrechts als solchem geht und der urheberrechtliche Schutz für die Schweiz beansprucht wird (z.B. bei einer Klage auf Entfernung des Werks von einem in der Schweiz gelegenen Internet-Server).

VII. Fazit

168 In diesem Abschnitt C. ist die Open-Access-Problematik aus der Sicht des Urhebers dargestellt worden. Prägend ist in diesem Zusammenhang, dass im schweizerischen Urheberrecht und Verlagsvertragsrecht weitgehend der Grundsatz der *Vertragsfreiheit* gilt. Den Parteien bleibt es theoretisch unbenommen, einen Verlagsvertrag abzuschliessen, der dem Urheber neben der Verlagspublikation auch eine Parallelveröffentlichung in einem Repositorium erlaubt – sei es als Verlags-PDF oder in einer Autorenversion (ohne Verlagslogo und Verlagsseitenzahlen).

169 In der Praxis sind es jedoch regelmässig die Verlage, die die Vertragsbedingungen festlegen. In dieser Situation wirkt sich die Vertragsfreiheit grundsätzlich zulasten des Urhebers aus, da sich die Verlage oftmals

sämtliche Urheberrechte übertragen lassen, sodass sie in der Folge die Werkhinterlegung in einem Repositorium verbieten dürfen.

D. Aus der Sicht des Repositoriumsbetreibers

I. Übersicht

170 Als Repositorien werden Internet-Server bezeichnet, die eine Vielzahl wissenschaftlicher Publikationen online bereithalten. Betreiber von Repositorien sind meist Universitäten und andere Forschungsinstitutionen, was sich im verbreiteten Begriff des „institutionellen Repositoriums“ („Institutional Repository“) niederschlägt⁹⁹. Repositorien tragen zur Verwirklichung des Open-Access-Gedankens bei, indem sie als Schnittstelle zwischen Urhebern und Nutzern fungieren und den Nutzern den kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichen Werken über das Internet ermöglichen.

171 Da wissenschaftliche Publikationen in der Regel urheberrechtlich geschützt sind, benötigt der Repositoriumsbetreiber für seine Tätigkeit die erforderlichen Urheberrechte (nachfolgend unter II. und III.), ansonsten er die entsprechenden Urheberrechtsverletzungen zu verantworten hat (IV.). Schliesslich ist die Rechtslage bei internationalen Verhältnissen darzustellen (V.) und das Fazit zu ziehen (VI.).

II. Urheberrechtliche Ausgangslage

1. *Hinterlegung von Werkkopien*

172 In Repositorien werden digitale Kopien von wissenschaftlichen Werken hinterlegt. Dies erfolgt zum Zweck, das Werk allgemein zugänglich zu machen sowie das Werk technisch möglichst adäquat zu archivieren. Im Folgenden ist der Vorgang der Hinterlegung urheberrechtlich einzuordnen (dazu auch schon vorn Rz. 82).

173 Die Hinterlegung erfolgt durch den Upload des Werks, d.h. das Ablegen einer digitalen Werkkopie auf dem Internet-Server. Diese Nutzung des Werks fällt unter das *Vervielfältigungsrecht* gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a URG¹⁰⁰. Der Upload wird nicht in jedem Fall durch den Repositoriumsbetreiber erfolgen. Möglich ist auch, es technisch so einzurichten, dass der Urheber selbst eine Werkkopie ins Repositorium ablegen kann. Unter

⁹⁹ Zum Begriff des institutionellen Repositoriums BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, S. 1 f.; vertieft dazu JONES/ANDREW/MACCOLL, S. 1 ff.

¹⁰⁰ BARRELET/EGLOFF, Art. 10 Rz. 12; BÜHLER, S. 157 f.

Umständen werden im Zusammenhang mit der Hinterlegung einer Werkkopie noch weitere – unter Umständen auch nicht stabile – digitale Kopien erstellt, z.B. auf einem weiteren Server oder auf Datenträgern zur Datensicherung.

174 Der Repositoriumsbetreiber stellt das Werk auf dem Internet zum Abruf bereit. Dies fällt unter das *Recht der Zugänglichmachung* gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c URG¹⁰¹.

175 Die beiden Rechte der Vervielfältigung (zum Zwecke des Uploads) sowie der Zugänglichmachung werden im vorliegenden Rechtsgutachten im Sammelbegriff der *Online-Rechte* zusammengefasst (siehe vorn Rz. 82). Der Repositoriumsbetreiber benötigt für seine Tätigkeit die Online-Rechte für die Werke, die er zugänglich macht.

2. *Verweisung auf Werkkopien*

a) *Hyperlinks*

176 Der Repositoriumsbetreiber hat auch die Möglichkeit, wissenschaftliche Werke nicht selbst zugänglich zu machen, sondern auf seiner Internet-Seite nur einen Hyperlink zu setzen, der zu diesen Werken führt. Auf diese Weise kann der Repositoriumsbetreiber z.B. auf die persönliche Internet-Seite eines Wissenschaftlers verweisen sowie auf die Werke, die dieser dort publiziert.

177 Das blosses Setzen von Hyperlinks ist in der Regel keine urheberrechtliche Nutzung des Werks, auf das verwiesen wird. Es handelt sich im Grunde um einen blossen Hinweis auf das bei einer anderen Internet-Seite zu findende Werk, mit der Besonderheit, dass der Hyperlink einen einfachen und schnellen Zugriff auf das Werk ermöglicht¹⁰².

178 Hyperlinks sind aber nicht in jedem Fall unbedenklich. Urheberrechtlich relevant können sie insbesondere in zwei Fällen werden:

- Besteht der Hyperlink nicht nur aus einem oder wenigen Stichworten, sondern wird mit ihm ein urheberrechtlich geschützter Teil der Ziel-seite (z.B. ein Bild oder ein kurzer Text) in die eigene Internet-Seite

¹⁰¹ BARRELET/EGLOFF, Art. 10 Rz. 22a.

¹⁰² R. H. WEBER, E-Commerce, S. 247; DERS., Suchmaschinen, S. 65.

integriert, so stellt dies grundsätzlich eine urheberrechtliche Nutzung dar, für die die Zustimmung des Rechtsinhabers erforderlich ist¹⁰³.

- Verweist der Hyperlink auf eine Internet-Seite mit urheberrechtsverletzenden Inhalten, kann diese Verweisung einen Beitrag zur Urheberrechtsverletzung durch einen Nutzer darstellen. Diesfalls können die urheberrechtlichen Rechtsbehelfe auch gegen den Repositoriumsbetreiber geltend gemacht werden¹⁰⁴. Eine solche Urheberrechtsverletzung durch den Nutzer – und die entsprechende Teilnahme daran durch den Repositoriumsbetreiber – entfällt jedoch, soweit der Nutzer durch die gesetzlichen Schrankenregelungen des persönlichen oder betrieblichen Gebrauchs zur Nutzung berechtigt ist¹⁰⁵ (dazu hinten Rz. 253 ff.).

b) „Request a copy“-Funktion

179 Manche Repositorien praktizieren mit der „request a copy“-Funktion eine weitere Art der Verweisung. Sie besteht darin, dass das Repositorium auf seiner Internet-Seite ein bestimmtes Werk nicht direkt zum Abruf freigibt, sondern ein „request a copy“-Feld bereithält, das vom Nutzer angeklickt werden kann, wenn er eine Werkkopie zu erhalten wünscht. In der Folge wird dem Urheber des fraglichen Werks eine entsprechende E-Mail versandt, worauf dieser die Anfrage annehmen oder ablehnen kann. Im Falle der Annahme wird dem Nutzer das Werk per E-Mail zugestellt.

180 Die Verweisung des Nutzers an den Urheber ist urheberrechtlich nicht relevant. Hingegen sind die erforderlichen Urheberrechte notwendig für die Zusendung des Werks an den Nutzer, stellt sie doch eine Vervielfältigung (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) sowie eine Verbreitung des Werks dar (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG)¹⁰⁶. Dabei ist von Bedeutung, ob die Zusendung des Werks allein durch den Urheber erfolgt oder ob der Repositoriumsbetreiber an diesem Vorgang beteiligt ist (so z.B. wenn die Zusendung

¹⁰³ HILTY, Link, S. 139 m.w.H.; vgl. auch BU, S. 63 f.

¹⁰⁴ Im Sinne von Art. 50 Abs. 1 OR können „Anstifter, Urheber oder Gehilfen“ ins Recht gefasst werden: BARRELET/EGLOFF, Art. 62 Rz. 5; vertieft RUBLI, Rz. 112 ff.

¹⁰⁵ Darauf weist STRAFNER, S. 61 ff. hin (betreffend das deutsche Recht und mit weiteren Hinweisen dazu).

¹⁰⁶ Unter den Begriff des „Verbreitens“ fallen auch „elektronische Veräusserungshandlungen“: BARRELET/EGLOFF, Art. 10 Rz. 16.

vom Urheber nur ausgelöst wird, aber vom Internet-Server des Repositoriumsbetreibers aus erfolgt).

- 181 Zwischen der allgemein zugänglichen Hinterlegung im Repositorium und der „request a copy“-Funktion besteht insofern kein Unterschied, als für beide die Berechtigung an den erforderlichen Urheberrechten erforderlich ist. In praktischer Hinsicht fällt jedoch ins Gewicht, dass die „request a copy“-Funktion zu spezifischen *Beweisschwierigkeiten* bei der Rechtsdurchsetzung führt. Denn für einen Aussenstehenden (z.B. einen Verlag, der gegen den Repositoriumsbetreiber vorgehen möchte) ist die technische Ausgestaltung der „request a copy“-Funktion nicht transparent, so dass es für ihn nicht immer einfach zu ermessen sein wird, ob allfällige Urheberrechtsverletzungen allein durch den Urheber oder auch durch den Repositoriumsbetreiber begangen werden.

III. Berechtigung an den erforderlichen Urheberrechten

1. *Berechtigung durch Zustimmung des Urhebers*

a) *Tragweite der Zustimmung*

- 182 Der Repositoriumsbetreiber kann die Online-Rechte an den zu hinterlegenden Werken vom Urheber selbst erhalten, sofern dieser die Rechte nicht schon anderweitig veräußert hat.

- 183 Stimmt der Urheber der Werkhinterlegung im Repositorium zu, ohne mit dem Repositoriumsbetreiber eine ausdrückliche Vereinbarung über die Art der Rechtseinräumung zu treffen, ist nach Massgabe der Zweckübertragungstheorie (dazu vorn Rz. 77) davon auszugehen, dass der Urheber nur eine einfache Lizenz erteilt und keine Rechtsübertragung vornimmt. Denn der Zweck der Rechtseinräumung liegt hier nur in der Hinterlegung; anders als ein Verlag strebt der Repositoriumsbetreiber in aller Regel nicht danach, das Werk möglichst umfassend zu verwerten¹⁰⁷.

b) *Durch Verlagsvertrag gebundener Urheber*

- 184 Ist ein Urheber bereits durch einen Verlagsvertrag gebunden, ist zu klären, ob er zur Zustimmung der Hinterlegung überhaupt noch berechtigt

¹⁰⁷ DORSCHER, S. 238 f.

ist. Dabei sind die einzelnen Rechtsbeziehungen zwischen Urheber, Verlag und Repositoriumsbetreiber klar auseinander zu halten:

- *Verhältnis zwischen Verlag und Urheber:* Erlaubt ein Verlagsvertrag dem Urheber die Hinterlegung seines Werks in einem Repositorium nicht, nimmt der Urheber diese aber trotzdem vor, so verletzt er den Verlagsvertrag und kann aus diesem Grund vom Verlag eingeklagt werden.
- *Verhältnis zwischen Urheber und Repositoriumsbetreiber:* Mit der Hinterlegung eines Werks in einem Repositorium geht der Urheber – neben dem Verlagsvertrag – einen zweiten Vertrag über die Urheberrechte an seinem Werk ein. Der Urheber kann dem Repositoriumsbetreiber nur insoweit Urheberrechte einräumen, als er diese nach seinem Verlagsvertrag mit dem Verlag noch hat.
- *Verhältnis zwischen Repositoriumsbetreiber und Verlag:* Der Repositoriumsbetreiber ist nicht Partei des (zwischen Verlag und Urheber geschlossenen) Verlagsvertrags und kann diesen deshalb nicht verletzen. Der Verlagsvertrag ist für den Repositoriumsbetreiber aber insofern relevant, als der Urheber dem Repositoriumsbetreiber keine wirksame Zustimmung erteilen kann, soweit er dem Verlag bereits sein Urheberrecht übertragen oder ihm eine ausschliessliche Lizenz daran eingeräumt hat. In diesen Fällen kann der Verlag den Repositoriumsbetreiber, der das Werk öffentlich zugänglich macht, direkt wegen Urheberrechtsverletzung einklagen¹⁰⁸.

185 Wie bereits ausgeführt wurde, ist es nicht immer einfach zu beurteilen, inwieweit ein Verlagsvertrag zwischen Urheber und Verlag die Online-Rechte mitumfasst, ob der Urheber noch berechtigt bleibt, sein Werk im Repositorium zu hinterlegen, und inwieweit er dazu das Verlags-PDF oder eine Autorenversion benutzen darf (vorn Rz. 65 ff.).

186 Um das Risiko zu beseitigen, dass der Repositoriumsbetreiber die Folgen einer Urheberrechtsverletzung tragen muss, hat er grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Entweder klärt er die Rechtslage selbst ab oder er wälzt

108

Im Falle einer *ausschliesslichen Lizenz* ergibt sich die Klagebefugnis des Verlags aus dem am 1. Juli 2008 in Kraft getretenen Art. 62 Abs. 3 URG, der allerdings nur auf Verträge anwendbar ist, die nach dem 1. Juli 2008 abgeschlossen oder bestätigt worden sind (so die Übergangsbestimmung Art. 81a URG). Bei älteren Verträgen ist die Klagebefugnis des Verlags nur bei besonderer Ermächtigung des Urhebers gegeben, dazu BARRELET/EGLOFF, Art. 62 Rz. 21 m.w.H.

das – zumindest finanzielle – Risiko auf den Urheber ab, indem er im Vertrag mit dem Urheber vorsieht, dass dieser ihm den Bestand der erforderlichen Urheberrechte gewährleistet und ihn im Verletzungsfall schadlos hält (dazu hinten Rz. 232 f.).

c) *Durch Arbeitsvertrag gebundener Urheber*

187 Ist der Urheber bei der Universität angestellt, die das Repositorium betreibt, können dem Arbeitgeber die erforderlichen Urheberrechte mit dem Arbeitsvertrag eingeräumt werden. Es gilt zwar der Grundsatz, dass Hochschulangehörige, die fachlich unabhängig arbeiten (also keine Assistentenarbeiten verrichten), selbst über ihr Arbeitsergebnis verfügen dürfen¹⁰⁹. Doch steht es der Universität im Prinzip frei, im Arbeitsvertrag davon abzuweichen und dem Urheber die Einräumung der Online-Rechte an die Universität vorzuschreiben (als Rechtsgrundlage einer solchen Verpflichtung käme auch das anwendbare Hochschulgesetz in Frage, siehe hinten Rz. 302 f.).

188 Mit solchen Massnahmen würde die Universität die Verfügungsfreiheit des Urhebers über seine Publikationen freilich einschränken, was letztlich eine Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen bedeutete. Ebenfalls würde seine Position gegenüber den Verlagen geschwächt. Unter Umständen wird ein Wissenschaftler, der arbeitsvertraglich zur Internet-Publikation im Repositorium gezwungen ist, nicht ohne weiteres eine renommierte Fachzeitschrift finden, die bereit ist, unter diesen Bedingungen sein Werk zu veröffentlichen. Ob dies letztlich im Interesse der Universität wäre – die sich ja im Wettbewerb um die besten Wissenschaftler befindet¹¹⁰ –, ist zu bezweifeln.

189 Bereits regt sich auch schon politischer Widerstand gegen solche Vertragsbedingungen. Im „Heidelberger Appell“, der im März 2009 veröffentlicht und seither nicht nur von Verlegern, sondern auch von zahlreichen Wissenschaftlern unterzeichnet worden ist, wird „jede Nötigung zur Publikation in einer bestimmten Form“ als „inakzeptabel“ kritisiert¹¹¹.

¹⁰⁹ REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 173 (S. 177 f.).

¹¹⁰ HILTY/BAJON, S. 262.

¹¹¹ „Für Publikationsfreiheit und die Wahrung der Urheberrechte“:
www.textkritik.de/urheberrecht/index.htm.

2. *Berechtigung durch Zustimmung des Verlags*

190 Denkbar ist auch, dass der Repositoriumsbetreiber die erforderlichen Urheberrechte vom Verlag erhält. Eine solche Kooperation zwischen Repositoriumsbetreiber und Verlag hätte den Vorteil, dass der Repositoriumsbetreiber die Rechte nicht von jedem einzelnen Urheber erfragen müsste, sondern mit den betreffenden Verlagen eine Paketlösung über zahlreiche Werke vereinbaren könnte¹¹². Solchen Kooperationen steht jedoch oftmals der Umstand im Wege, dass die konventionellen Verlage Open-Access-Veröffentlichungen als unerwünschte Konkurrenz wahrnehmen¹¹³.

191 Die Einräumung von Urheberrechten ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Deshalb ist zu prüfen, ob gewisse Verhaltensweisen der Verlage als konkludente (d.h. durch entsprechendes Verhalten ausgedrückte) Zustimmung verstanden werden können. Hat z.B. ein Verlag ein wissenschaftliches Werk selbst im Internet frei zugänglich gemacht, fragt sich, ob dies als Einverständnis dazu gelten kann, dass dieses Werk auch von Dritten zugänglich gemacht wird.

192 Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen. Macht ein Verlag ein Werk im Internet zugänglich und wird dieses Angebot genutzt, so entsteht zwischen dem Verlag und dem Nutzer ohne weiteres ein urheberrechtlicher Vertrag. Dieser ist nach Massgabe der Zweckübertragungstheorie auszulegen, d.h. Urheberrechte gelten nur als soweit eingeräumt, als dies für den Zweck des Vertrags erforderlich ist (näher dazu vorn Rz. 77). Für die Nutzung wird nur das Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) benötigt, um das Werk herunterzuladen. Hingegen kann aus dem Verhalten des Verlags nicht abgeleitet werden, dass der Nutzer auch das Recht auf Zugänglichmachung (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) erhalten soll.

193 Im Ergebnis bedeutet der Umstand, dass der Verlag Werke frei zugänglich macht, also keineswegs, dass er die entsprechenden Urheberrechte

¹¹² So z.B. die Kooperation zwischen der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen mit dem Springer Verlag:
www.sub.uni-goettingen.de/ebene_2/oa_journals/springer.html.de.

¹¹³ Vgl. aus Verlagssicht etwa von LUCIUS, S. 96: „[...] überlassen die Befürworter der Green-Road-Version von Open Access den Verlegern gerne Organisation, Produktion und Finanzierung der Zeitschriften, um ihnen dann ohne jede fachspezifisch oder betriebswirtschaftlich differenzierte Analyse nach sechs Monaten jede Chance der weiteren Ertragserzielung mit quasi enteignender Massnahme zu entziehen.“

gänzlich aufgibt. Vielmehr ist darin nur eine Lizenz zugunsten des Nutzers zu sehen, der das Werk selbst benutzen, ohne ausdrückliche Erlaubnis aber nicht selbst der Öffentlichkeit zugänglich machen darf. Deshalb ist es dem Repositoriumsbetreiber in einem solchen Fall untersagt, das Werk frei zugänglich zu hinterlegen.

194 Dasselbe gilt für wissenschaftliche Artikel in Zeitschriften, die der Repositoriumsbetreiber abonniert hat. Selbst ein Online-Abonnement berechtigt den Repositoriumsbetreiber nur zum Eigengebrauch des Zeitschrifteninhalts, nicht jedoch zur öffentlichen Wiedergabe auf dem Internet.

195 Verfügt der Verlag über die erforderlichen Urheberrechte an einem wissenschaftlichen Werk, so kann das Erfordernis der Zustimmung des Verlags auch nicht dadurch umgangen werden, dass das Werk leicht verändert wird. Insbesondere darf auch die Nutzung des wissenschaftlichen Werks in einem anderen Layout – z.B. unter Weglassen des Verlagslogos und der Originalseitenzahlen – nicht ohne Erlaubnis des Verlags erfolgen (das Weglassen der Originalseitenzahlen kann jedoch im Rahmen des Verlagsvertrags zwischen Urheber und Verlag relevant sein, siehe vorn Rz. 89).

196 Die Zustimmung des Verlags wäre erst dann nicht mehr nötig, wenn der Inhalt des Werks so stark umgeschrieben würde, dass die wesentlichen Züge des ursprünglichen Werks „verblassen“ würden¹¹⁴. Reine Kürzungen oder Umstellungen genügen dafür nicht. Ebenfalls nicht nötig ist die Zustimmung grundsätzlich dann, wenn ein Repositoriumsbetreiber auf frei zugängliche Veröffentlichungen der Verlage nur einen Hyperlink setzt, soweit er die allgemeinen Voraussetzungen dafür beachtet (siehe Rz. 176 ff.).

3. **Berechtigung durch gesetzliche Schrankenregelung**

a) *Schranke des betriebsinternen Gebrauchs*

197 Die Hinterlegung von Werken in einem Repositorium ist dann ohne Zustimmung des am Urheberrecht Berechtigten zulässig, wenn sie durch eine Schrankenbestimmung, insbesondere durch die Schranke des betriebsinternen Gebrauchs gedeckt ist. Demnach ist von Gesetzes wegen auch der betriebsinterne Gebrauch vom Werken erlaubt, an denen der

¹¹⁴ REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 98.

Urheber dem Verlag die Online-Rechte übertragen oder ihm daran eine ausschliessliche Lizenz erteilt hat.

- 198 Der betriebsinterne Gebrauch ist in Art. 19 Abs. 1 lit. c URG geregelt, wobei unter anderem die Einschränkungen in Abs. 3 der Bestimmung zu berücksichtigen sind¹¹⁵:

Art. 19 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 URG

¹ *Veröffentlichte Werke dürfen zum Eigengebrauch verwendet werden. Als Eigengebrauch gilt:*

c. *das Vervielfältigen von Werkexemplaren in Betrieben, öffentlichen Verwaltungen, Instituten, Kommissionen und ähnlichen Einrichtungen für die interne Information oder Dokumentation.*

³ *Ausserhalb des privaten Kreises sind nicht zulässig:*

a. *die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare;*

b. *die Vervielfältigung von Werken der bildenden Kunst;*

c. *die Vervielfältigung von graphischen Aufzeichnungen von Werken der Musik;*

d. *die Aufnahme von Vorträgen, Aufführungen oder Vorführungen eines Werkes auf Ton-, Tonbild- oder Datenträger.*

- 199 Die Schrankenbestimmung bezieht sich nicht nur auf Betriebe im engeren Sinne, sondern gemäss dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG auch auf den Werkgebrauch in „*öffentlichen Verwaltungen, Instituten, Kommissionen und ähnlichen Einrichtungen*“. Die Rechtsform oder das Vorliegen einer eigenen Rechtspersönlichkeit spielt dabei keine Rolle¹¹⁶. Der Kreis der Berechtigten ist also weit gefasst¹¹⁷, sodass auch Universitäten, wissenschaftliche Institute und andere Wissenschaftsorganisationen darunter fallen¹¹⁸.

¹¹⁵ Der Übersichtlichkeit halber wird Art. 19 URG hier nur teilweise abgedruckt.

¹¹⁶ GASSER, Eigengebrauch, S. 91 f.

¹¹⁷ Berechtigt ist „die gesamte Berufs- und Arbeitswelt“: BARRELET/EGLOFF, Art. 19 Rz. 16.

¹¹⁸ Vgl. auch die ersten URG-Vorentwürfe, wo als Berechtigte noch ausdrücklich „[w]issenschaftliche Institute“ genannt wurden: Art. 29 Abs. 3 Vorentwurf 1971 (UFITA 66/1973, S. 184), Art. 31 Abs. 1 Vorentwurf 1974 (UFITA 72/1975, S. 231).

- 200 Dass die Universität berechtigt ist, bedeutet auch, dass der betriebsinterne Gebrauch den Informationsaustausch in der gesamten Universität und nicht nur innerhalb der einzelnen Institute der Universität erlaubt. Wenn Art. 19 Abs. 1 lit. c URG die Institute namentlich nennt, so bezweckt dies vor allem, dass auch eigenständige, nicht in Universitäten integrierte Institute sich auf die Schrankenbestimmung berufen können. Eine Beschränkung des universitätsinternen Informationsaustauschs auf Teilbereiche ist daraus nicht abzuleiten.
- 201 Gemäss dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG erlaubt die Schrankenbestimmung nur das „*Vervielfältigen von Werkexemplaren*“. Diese Formulierung ist jedoch zu eng und muss im Hinblick auf den Zweck der Bestimmung – die interne Information und Dokumentation – weit ausgelegt werden. Da es heute gebräuchlich ist, zu Informations- und Dokumentationszwecken elektronische Netzwerke (z.B. Intranet) einzusetzen, muss der Begriff der Vervielfältigung in diesem Zusammenhang auch das Recht der Zugänglichmachung mitumfassen¹¹⁹. Damit fällt auch die Zugänglichmachung durch ein Repositorium grundsätzlich unter die Schranke des betriebsinternen Gebrauchs.
- 202 Die Schrankenbestimmung deckt jedoch nur die „*interne*“ Werkverwendung ab. Die allgemeine Zugänglichmachung im Sinne des Open-Access-Gedankens – d.h. ohne Beschränkung des Personenkreises – wird durch die Schrankenregelung nicht erlaubt. So fällt z.B. der Datenaustausch *zwischen* Universitäten nicht unter die Schrankenbestimmung. Zum betriebsinternen Kreis zählen zunächst einmal Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Ist eine Forschungseinrichtung als Verein organisiert, gelten neben den Mitarbeitern auch die Vereinsmitglieder als Interne¹²⁰. Bei Universitäten fragt sich, ob auch Studenten und Doktoranden zum internen Kreis gehören. Dies ist wohl zu bejahen. Studenten und Doktoranden sind für die Universität rechtlich keine aussenstehenden Kunden¹²¹, sondern Angehörige der Institution¹²².

¹¹⁹ BGE 133 III 473 ff. E. 3.1 und 3.2; BARRELET/EGLOFF, Art. 19 Rz. 16.

¹²⁰ GASSER, Eigengebrauch, S. 92; CHERPILLOD, Schranken, S. 279.

¹²¹ Kunden gelten als betriebsexterne Personen: BARRELET/EGLOFF, Art. 19 Rz. 16; GASSER, Eigengebrauch, S. 93.

¹²² Siehe z.B. das Universitätsgesetz des Kantons Zürich (Ordnungs-Nr. 415.11), das die „Studierenden“ (§ 13 ff.) zu den „Angehörigen“ (so die Überschrift vor § 8 ff.) der Universität zählt.

- 203 Die Schranke des betriebsinternen Gebrauchs bezieht sich nur auf veröffentlichte Werke (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 URG). Der betriebsinterne Gebrauch ist vergütungspflichtig (Art. 20 Abs. 2 URG). Die Vergütung wird von zugelassenen Verwertungsgesellschaften wie z.B. der Pro Litteris erhoben (Art. 20 Abs. 4 URG), die den Erlös an die berechtigten Urheber verteilen (Art. 49 URG).
- 204 Nach Rechtsprechung und Lehre muss der Berechtigte *rechtmässigen Zugang* zu dem von ihm betriebsintern gebrauchten Werkexemplar gehabt haben¹²³. So ist z.B. das betriebsinterne Vervielfältigen eines gestohlenen Buches nicht erlaubt. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, dass in Anwendung von Art. 39a Abs. 4 URG eine gesetzliche Erlaubnis dafür besteht, Werkexemplare betriebsintern zu verwenden, die durch Umgehung technischer Schutzmassnahmen erlangt worden sind; eine solche Umgehung kann in diesem Zusammenhang also nicht mit „Diebstahl“ gleichgesetzt werden (näher dazu hinten Rz. 258 ff.).
- 205 Verfügt der Berechtigte rechtmässig über ein Werkexemplar, so spielt es für die Anwendbarkeit der Schranke keine Rolle, wer die Urheberrechte am entsprechenden Werk hält. Hat z.B. ein Urheber mit einem Verlag einen Verlagsvertrag abgeschlossen, vom Verlag ein Verlags-PDF sowie Druckfahnen erhalten, aber sämtliche Urheberrechte dem Verlag übertragen, so verfügt der Urheber über das Verlags-PDF und die Druckfahnen im Sinne des Gesetzes rechtmässig (und hat sie insbesondere nicht gestohlen). Deshalb ist er zum betriebsinternen Gebrauch berechtigt, sofern dies aufgrund des Verlagsvertrags nicht verboten ist.
- 206 Dasselbe gilt, wenn eine Universität Online-Zeitschriften abonniert hat. Auch hier hat die Universität rechtmässigen Zugang, sodass die betriebsinterne Vervielfältigung und Zugänglichmachung des Zeitschrifteninhalts durch die Universität grundsätzlich zulässig ist, solange sie sich nicht vertraglich – nämlich im Rahmen des Online-Abonnements – zu einer weniger weit reichenden Nutzung verpflichtet hat (z.B. Limitierung der Zahl gleichzeitiger Zugriffe von unterschiedlichen Arbeitsplätzen aus).

¹²³ BGE 128 IV 201 ff. E. 3.5; GASSER, Eigengebrauch, S. 60 ff. Von der Frage des rechtmässigen Zugangs des Nutzers wird in der Lehre die weitere (damit zusammenhängende) Frage unterschieden, ob das betreffende Werkexemplar rechtmässig hergestellt und zugänglich gemacht worden oder aber eine „Raubkopie“ ist (dazu hinten Rz. 256).

- 207 Der betriebsinterne Gebrauch unterliegt weitgehenden Einschränkungen. Der Gesetzgeber folgt damit den Vorgaben des internationalen Rechts, insbesondere dem sog. Dreistufentest (näher dazu hinten Rz. 283 ff.). Die bedeutendste Einschränkung für Repositorien ergibt sich aus Art. 19 Abs. 3 lit. a URG, wonach sich das Privileg des betriebsinternen Gebrauchs nicht die „*vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare*“ mitumfasst.
- 208 Die Einschränkung bezieht sich gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht auf sämtliche im Handel erhältlichen Werkexemplare, sondern nur auf die *vollständigen Verkaufsexemplare* in der Form, wie sie angeboten werden¹²⁴. Das bedeutet, dass z.B. eine im Handel erhältliche Monographie – nur gestützt auf die Schranke des betriebsinternen Gebrauchs – nicht vollständig im Repositorium abgelegt werden darf. Hingegen darf ein einzelner Zeitschriftenartikel hinterlegt werden, wenn im Handel nur die Zeitschrift als Ganzes verkauft wird¹²⁵; bietet der Verlag den einzelnen Artikel hingegen selbst separat an (z.B. auf einer verlagseigenen Internetplattform) so ist dessen Hinterlegung im Repositorium von der Schrankenbestimmung nicht mehr gedeckt¹²⁶.
- 209 Auf den ersten Blick anders sieht die Rechtslage aus, wenn Art. 19 Abs. 3^{bis} URG einbezogen wird, demzufolge „Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden“, genannten Einschränkungen des Abs. 3 nicht unterliegen. Richtig betrachtet ist damit aber nur der Downloadvorgang an sich – bzw. sind die dabei entstehenden (automatisch erfolgenden) Vervielfältigungen – gedeckt, nicht jedoch daran anschliessende Nutzungshandlungen (deutlicher die französische Fassung: „les reproductions confectionnées lors de la consultation [...]“).
- 210 Nicht unter den zulässigen betriebsinternen Gebrauch fallen im Weiteren die Hinterlegung von Werken der bildenden Kunst, Musikpartituren und

¹²⁴ BGE 133 III 473 ff. E. 3.1; BARRELET/EGLOFF, Art. 19 Rz. 23; GASSER, Eigengebrauch, S. 120 f.

¹²⁵ Entsprechend BARRELET/EGLOFF, Art. 19 Rz. 23; GASSER, Eigengebrauch, S. 120 f. Fn. 28.

¹²⁶ BARRELET/EGLOFF, Art 19 Rz. 23a; ebenso wohl auch GASSER, URG, Art. 19 Rz. 37. Anders entschieden hat der Appellationshof Bern, sic! 2001, S. 613 ff. E. 7 (S. 620); jedoch dürfte die Begründung überholt sein (ein Internetzugang sei – im Jahr 2001 – „noch längst keine Selbstverständlichkeit“ und in diesem Sinne könnten über Internetarchive zugängliche Werkexemplare nicht „im Handel“ sein).

Aufnahmen von Vorträgen, Aufführungen und Vorführungen (Art. 19 Abs. 3 lit. b-d URG).

- 211 *Zusammenfassend* ist festzuhalten, dass die Schranke des betriebsinternen Gebrauchs Wissenschaftsorganisationen (insbesondere Universitäten) grundsätzlich berechtigt, bereits veröffentlichte Werke an interne Personen mittels eines Repositoriums zugänglich zu machen, ohne dass hierfür die Zustimmung des Rechtsinhabers erforderlich wäre. Der betriebsinterne Gebrauch bezieht sich jedoch nur auf Werkexemplare, die die Wissenschaftsorganisation durch rechtmässigen Zugang erhalten hat. Nicht von der Schranke des betriebsinternen Gebrauchs gedeckt ist die Vervielfältigung und Zugänglichmachung von vollständigen Verkaufsexemplaren (z.B. die Kopie des gesamten Inhalts eines Buches). Besteht das Verkaufsexemplar in einer Zeitschrift, dürfen einzelne Artikel solange auch vollständig verwendet werden, als die einzelnen Artikel vom Verlag selbst nicht separat (z.B. online) vertrieben werden.

b) Schranke für Archivierungs- und Sicherungsexemplare

- 212 Weitere Schrankenbestimmungen enthält Art. 24 URG, der der Erhaltung von Werken dient. Mit der URG-Revision von 2007 wurde in Art. 24 URG mit dem Abs. 1^{bis} eine Sonderbestimmung für Bibliotheken und andere Institutionen eingeführt:

Art. 24 Abs. 1^{bis} URG

Öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen und Archive dürfen die zur Sicherung und Erhaltung ihrer Bestände notwendigen Werkexemplare herstellen, sofern mit diesen Kopien kein wirtschaftlicher oder kommerzieller Zweck verfolgt wird.

- 213 Diese Bestimmung erlaubt den Berechtigten (den Bibliotheken, Bildungseinrichtungen usw.), von den Werkexemplaren in ihren Beständen Kopien zu Erhaltungszwecken anzufertigen. Damit wird einem der Anliegen der Open-Access-Bewegung nachgekommen, nämlich der langfristigen Archivierung wissenschaftlichen Wissens zur Sicherung des kulturellen Erbes¹²⁷.

¹²⁷ Vgl. Botschaft, BBl. 2006, S. 3430, wonach diese Ergänzung des Gesetzes notwendig ist, „weil das digitale Umfeld diejenigen Einrichtungen, die sich mit dem Erhalt unseres Wissens und unserer kulturellen Errungenschaften befassen, vor neue Anforderungen stellt.“

214 Hingegen trägt die Regelung nichts zum Hauptzweck von Open Access bei, wissenschaftliche Werke kostenlos allgemein zugänglich zu machen. Erstens wird dem Berechtigten kein Zugangsrecht zu Werkexemplaren gegeben, über die er nicht schon ohnehin verfügt. Zweitens darf der Berechtigte nach Art. 24 Abs. 1^{bis} URG nur Kopien herstellen, diese aber nicht zu einem „kommerziellen Zweck“ gebrauchen. Aus den Materialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit dieser Formulierung festlegen wollte, dass Art. 24 Abs. 1^{bis} URG dem Berechtigten nicht erlauben soll, eine Datenbank zu eröffnen, über die die vervielfältigten Werke abgerufen werden können¹²⁸.

215 *Zusammengefasst* erlaubt diese Schrankenbestimmung gewissen Bibliotheken und weiteren Institutionen, Sicherungskopien ihrer Bestände herzustellen. Sie gibt den Berechtigten aber weder ein Zugangsrecht zu Werken noch erlaubt sie ihnen, Werke ihrerseits ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zugänglich zu machen.

c) *Weitere Schranken*

216 Nicht weiter hilft dem Repositoriumsbetreiber das *Zitatrecht* gemäss Art. 25 URG, wonach veröffentlichte Werke zitiert werden dürfen, „wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist“. Der Repositoriumsbetreiber kann sich nicht auf Art. 25 URG berufen, wenn er Werke allgemein zugänglich macht, ohne dass dies als Erläuterung, Hinweis oder Veranschaulichung einer Aussage dient.

217 Ebenso wenig kann der Repositoriumsbetreiber aus Art. 27 URG etwas zu seinen Gunsten ableiten. Nach dieser Bestimmung dürfen *Werke auf allgemein zugänglichem Grund* von jedermann ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers abgebildet werden. Art. 27 URG schützt die „Panoramafreiheit“ und erlaubt z.B. das öffentliche Fotografieren, ohne dass öffentlich zugängliche Werke (Statuen, Kirchen, Brunnen) ausgespart werden müssen¹²⁹. Die Bestimmung bezieht sich somit nicht auf den virtuellen Raum des Internet, d.h. unter dem „allgemein zugänglichen Grund“ können keine frei zugänglichen Internet-Seiten verstanden werden.

¹²⁸ So ausdrücklich Botschaft, BBl. 2006, S. 3430.

¹²⁹ BARRELET/EGLOFF, Art. 27 Rz. 1.

4. **Berechtigung durch Kartellrecht?**

- 218 In der Praxis verwenden Verlage meist vorformulierte Musterverträge, die vorsehen, dass der Urheber dem Verlag sämtliche (oder mindestens sämtliche relevanten) Urheberrechte am Werk überträgt. Dadurch erhält der Verlag das Monopol über die Auswertung dieses Werks. In dieser Situation fragt sich, inwieweit eine solche „single source“-Situation wettbewerbsrechtlich relevant ist und eine Kontrolle des Geschäftsgebarens der Verlage zur Folge haben kann.
- 219 Anknüpfungspunkt ist Art. 7 KG, wonach marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktstellung nicht missbrauchen dürfen¹³⁰. Als *Missbrauch* in Betracht kommen unter anderem die ohne sachlichen Grund erfolgende Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) und die Erzwingung unangemessener Preise bzw. Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG).
- 220 Im Bereich der wissenschaftlichen Verlage besteht in aller Regel nicht das Problem, dass der Verlag die Lieferung von Zeitschriften verweigert. Vielmehr belastet es die Forschungseinrichtungen, dass manche Verlage überhöhte Preise verlangen, wohlwissend, dass die Forschungseinrichtungen auf das Abonnement von renommierten Zeitschriften nicht verzichten können, wenn sie ihren Angehörigen eine qualitativ hoch stehende Forschungsinfrastruktur zur Verfügung stellen wollen¹³¹.
- 221 In die kartellrechtliche Preiskontrolle dürfen indessen keine zu hohen Hoffnungen gesetzt werden. Das Kartellrecht bezweckt nicht die Durchsetzung angemessener Preise, sondern beschränkt sich darauf, der Ausschaltung des funktionierenden Wettbewerbs entgegenzuwirken¹³².
- 222 Damit überhaupt ein kartellrechtlicher Zwang zum Vertragsabschluss und zu marktgerechten Preisen in Frage kommen kann, muss der Verlag insgesamt als *marktbeherrschendes Unternehmen* eingeordnet werden

¹³⁰ Unter der Annahme, dass das Kartellrecht zur Anwendung gelangt, siehe Art. 3 Abs. 2 KG und hierzu STIRNIMANN, S. 41 ff. und HILTY, KG, S. 325 ff., je m.w.H.

¹³¹ Siehe als Beispiel die Verhandlungen zwischen dem Verlag Elsevier und der Max-Planck-Gesellschaft: HILTY, Wissenschaftler, S. 183 f.

¹³² ZÄCH, Rz. 693; STIRNIMANN, S. 217.

können¹³³. Die Krux hierbei ist aber die Bestimmung des relevanten Markts¹³⁴.

- 223 Nach der herrschenden Lehre wird ein Markt durch substituierbare Angebote eingegrenzt¹³⁵. Nach traditioneller Sicht des Kartellrechts ist folglich danach zu fragen, ob unterschiedliche Verlage mit sich konkurrierenden Produkten im Markt sind, was in aller Regel zu bejahen sein dürfte. Aus Sicht des Wissenschaftlers sind wissenschaftliche Publikationen indessen *kaum substituierbar*. Denn wenn ein Wissenschaftler für seine Forschung einen bestimmten Aufsatz als Quelle benötigt, weil nur in jenem die gesuchte Information enthalten ist, so kann er – bei qualitativ hoch stehender Forschung – nicht auf einen anderen Aufsatz ausweichen, der bei einem anderen Verlag erschienen ist¹³⁶. Das würde in der Konsequenz bedeuten, dass grundsätzlich jeder einzelne, nicht substituierbare wissenschaftliche Aufsatz einen eigenen Markt darstellte, sodass wissenschaftliche Verlage stets als marktbeherrschend einzustufen wären und der entsprechenden kartellrechtlichen Kontrolle unterlägen.
- 224 Eine solche radikale Zuspitzung des Marktbegriffs widerspricht freilich der herrschenden Lehre und Rechtsprechung im Kartellrecht, obwohl damit der Sachverhalt – dass der einzelne Wissenschaftler sowie die Bibliotheken dem Verlag und dessen Preispolitik weitgehend hilflos ausgeliefert sind – eigentlich zutreffend umschrieben wird. Doch die wissenschaftsspezifische Vorstellung des „unersetzbaren Aufsatzes“ ist vom geltenden Kartellrecht nicht gedeckt¹³⁷.
- 225 Vielmehr nimmt z.B. die EG-Kommission an, dass bei der Bestimmung des relevanten Markts für wissenschaftliche Fachpublikationen neben der Substituierbarkeit des Produkts auch weitere Kriterien (wie Abnehmerkreis, Fachdisziplin sowie Zugang zur Autoren und Herausgebern) he-

¹³³ Das Monopol, das die Inhaberschaft am Urheberrecht vermittelt, begründet für sich allein noch keine marktbeherrschende Stellung: WIELSCH, S. 131.

¹³⁴ Näher dazu HILTY, Zwangslizenzen, S. 638 f.

¹³⁵ ZÄCH, Rz. 532 f.

¹³⁶ HILTY, Wissenschaftler, S. 185 f.; HILTY/BAJON, S. 258; EGLOFF, S. 714.

¹³⁷ Zwar kann die sog. Essential-Facilities-Doktrin gemäss überwiegender Lehre auf Urheberrechte zur Anwendung kommen: STIRNIMANN, S. 243 f.; HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 412 ff., 437, je m.w.H. Doch ist die Voraussetzung hierfür eben, dass das über die „essential facility“ verfügende Unternehmen marktbeherrschend ist.

ranzuziehen seien, und lehnt eine Einengung des Marktbegriffs auf einzelne Zeitschriften oder gar einzelne Aufsätze ausdrücklich ab¹³⁸.

- 226 Diese Optik bedeutet, dass wissenschaftliche Verlage nach geltendem Recht in aller Regel keine marktbeherrschende Stellung innehaben, solange es ernstzunehmende Konkurrenzverlage in derselben Fachdisziplin gibt. Ein Vertragszwang oder eine Preiskontrolle aufgrund von Art. 7 KG kann demnach in den meisten Fällen nicht zur Anwendung kommen.

IV. Rechtsfolgen bei fehlender Berechtigung

1. Rechtsfolgen für Repositoriumbetreiber

- 227 Macht der Repositoriumbetreiber wissenschaftliche Werke zugänglich, ohne über die erforderlichen Urheberrechte zu verfügen, so begeht er eine Urheberrechtsverletzung. In diesem Fall stehen dem Berechtigten die Rechtsbehelfe gemäss Art. 61 ff. URG zur Verfügung. Insbesondere kann vom Repositoriumbetreiber klageweise die *Beseitigung* der Urheberrechtsverletzung verlangt werden (Art. 62 Abs. 1 lit. b URG). So kann er etwa gezwungen werden, die entsprechenden Werke aus dem Repositorium zu entfernen¹³⁹.

- 228 Möglich sind auch vermögensmässige Konsequenzen aufgrund von Klagen aus dem Obligationenrecht, die in Art. 62 Abs. 2 URG vorbehalten werden. Im Vordergrund steht dabei ein *Schadenersatzanspruch*, mit dem z.B. der Verlag vom Repositoriumbetreiber den wegen der Urheberrechtsverletzung entgangenen Gewinn ersetzt haben will (Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 ff. OR)¹⁴⁰. Diese Differenz muss er allerdings nachweisen können, was in der Praxis schwierig sein dürfte, weil eine Kausalität zwischen der Handlung des Repositoriumbetreibers und einer Einbusse des Verlags kaum zu erstellen sein wird.

¹³⁸ EG-Kommission, Fall Nr. IV/M.1377 vom 15. Februar 1999, Rz. 9–12; bestätigt in EG-Kommission, Fall Nr. COMP/M.3197 vom 29. Juli 2003, Rz. 12–15 (beide Entscheidungen sind im Rahmen von Fusionskontrollverfahren ergangen).

¹³⁹ Weitere vom Gesetz gewährte Rechtsbehelfe sind die Feststellungsklage (Art. 61 URG), die Unterlassungsklage (Art. 62 Abs. 1 lit. a URG), der Auskunftsanspruch (Art. 62 Abs. 1 lit. c URG), die Einziehung (Art. 63 URG), die vorsorgliche Massnahme (Art. 65 URG) sowie die Urteilsveröffentlichung (Art. 66 URG).

¹⁴⁰ Ebenfalls durch Art. 62 Abs. 2 URG vorbehalten werden die Klagen auf Genugtuung (Art. 49 OR) und auf Gewinnherausgabe (Art. 423 OR). Möglich ist zudem die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR): BARRELET/EGLOFF, Art. 62 Rz. 17.

- 229 *Klageberechtigt* ist, wer über die verletzte Teilbefugnis des Urheberrechts (Art. 62 Abs. 1 URG) oder über eine ausschliessliche Lizenz an dieser Teilbefugnis verfügt (Art. 62 Abs. 3 URG). Bei der Publikation eines Werks in einem Repositorium geht es um die Online-Rechte (dazu vorn Rz. 175), die in der Regel beim Urheber oder beim Verlag liegen. Klageberechtigt wird also meist der Urheber oder der Verlag sein. Im Falle der Miturheberschaft ist jeder Miturheber einzeln klageberechtigt, kann dann aber nur Leistung an alle Miturheber verlangen (Art. 7 Abs. 3 URG).
- 230 Als *Beklagte* kommen nicht nur Repositoriumsbetreiber in Frage, sondern auch andere Personen, die an der Urheberrechtsverletzung mitgewirkt haben. Mit anderen Worten kann nicht nur der hauptsächliche Verletzer, sondern auch ein Anstifter oder ein Gehilfe eingeklagt werden (vgl. Art. 50 Abs. 1 OR)¹⁴¹. Liegen die Online-Rechte an einem Werk z.B. beim Verlag, und hat der Urheber dieses Werk trotzdem in einem Repositorium publiziert, so kann neben dem Repositoriumsbetreiber auch der Urheber eingeklagt werden. Im Falle eines Schadenersatzanspruchs haften dann Repositoriumsbetreiber und Urheber solidarisch (Art. 50 Abs. 1 OR). Der Kläger kann wählen, gegen wen er vorgehen will und ob er von dieser Person nur einen Teil oder das Ganze einfordern will (Art. 144 Abs. 1 OR).
- 231 Durch die Publikation im Repositorium können nicht nur Urheberrechte, sondern auch *andere Rechtspositionen* verletzt werden. Ist ein Aufsatz z.B. bezüglich einer Drittperson rufschädigend, so liegt darin eine Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB). Denkbar sind auch Inhalte, die gegen Datenschutzrechte, Kennzeichenrechte (z.B. Markenrechte) oder gegen das Strafrecht verstossen¹⁴².

2. *Abwälzung der Rechtsfolgen*

a) *Regress auf den Urheber*

- 232 Der Repositoriumsbetreiber kann das Risiko, wegen Rechtsverletzungen von Dritten vermögensrechtlich in Anspruch genommen zu werden, vertraglich auf den Urheber abwälzen. Dies erfolgt durch eine Vertragsklausel, mit der sich der Urheber verpflichtet, den Repositoriumsbetreiber im

¹⁴¹ BARRELET/EGLOFF, Art. 62 Rz. 5; dazu auch RUBLI, Rz. 112 ff.

¹⁴² Siehe zu den diesbezüglichen Haftungsrisiken des Repositoriumsbetreibers M. P. WEBER, S. 149 ff. (zum deutschen Recht).

Falle von Rechtsansprüchen Dritter schadlos zu halten, d.h. die anfallenden Kosten bzw. allfällige Schadenersatzzahlungen zu übernehmen¹⁴³.

- 233 Aus praktischer Sicht ist zu bedenken, dass eine solche Risikoabwälzung auf den Urheber die Attraktivität des Repositoriums mindern kann und sich möglicherweise weniger Urheber finden lassen, die zur Publikation im Repositorium bereit sind¹⁴⁴. Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, ist aus Verlagsverträgen zwischen dem Urheber und einem Verlag nicht immer ohne weiteres klar, ob der Urheber zu einer Parallelveröffentlichung in einem Repositorium befugt ist (ausführlich vgl. Rz. 65 ff.). Deshalb ist die Art und Weise, wie die Haftung für Rechtsverletzungen verteilt wird, ein zentraler Punkt in der Vereinbarung zwischen Urheber und Repositoriumsbetreiber.
- 234 Haben der Repositoriumsbetreiber und der Urheber *nichts über die Haftung für Rechtsverletzungen vereinbart*, kann der Repositoriumsbetreiber nur soweit auf den Urheber Regress nehmen, als dieser für die Urheberrechtsverletzung mitverantwortlich ist (und insofern auch direkt eingeklagt werden könnte). Eine solche Mitverantwortung ist in der Regel dann gegeben, wenn die Hinterlegung durch den Urheber selbst oder mit seiner Zustimmung erfolgt ist. Welche Anteile vom Repositoriumsbetreiber und vom Urheber übernommen werden müssen, wird im konkreten Fall durch richterliches Ermessen bestimmt (Art. 50 Abs. 2 OR).
- 235 Dabei ist der Repositoriumsbetreiber als Inhaltsvermittler einzustufen (Content Provider), dessen Leistung über die bloße technische Speicherung und Zugänglichmachung hinausgeht, wie sie ein reiner Zugangsvermittler erbringt (Access Provider). Doch auch beim Inhaltsvermittler greift eine Haftung nur, soweit er mögliche und zumutbare Massnahmen zur Unterbindung von Rechtsverstößen unterlassen hat¹⁴⁵. Man wird vom Repositoriumsbetreiber verlangen können, dass er die urheberrechtliche Berechtigung an den einzelnen Werken abklärt, und dass er bei Hinweisen auf Rechtsverstöße diese zu beseitigen sucht. Darüber hinaus

¹⁴³ JONES/ANDREW/MACCOLL, S. 150, empfehlen dem Repositoriumsbetreiber die Vereinbarung einer solchen Klausel.

¹⁴⁴ Vgl. HANSEN S. 387: „[...] viele Wissenschaftler schrecken nur aufgrund der für sie unklaren bzw. mühsam im Einzelfall zu klärenden Rechtslage vor dem Self-Archiving zurück“.

¹⁴⁵ So allgemein zur Providerhaftung FRECH, S. 338; ähnlich zum deutschen Recht M. P. WEBER, S. 155, 165.

wäre es dem Repositoriumsbetreiber jedoch nicht zumutbar, den Inhalt jedes einzelnen Werks zur Kenntnis zu nehmen und auf Rechtsverstösse hin zu untersuchen¹⁴⁶.

- 236 Dem Urheber wird auch das Verhalten seiner Arbeitnehmer und Hilfspersonen (z.B. seiner Assistenten) angerechnet, soweit es in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen erfolgt ist. Von dieser Haftung kann sich der Urheber nur dann befreien, wenn er „alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre“ (Art. 55 Abs. 1 OR).

b) Regress auf Arbeitnehmer

- 237 Die Frage des Regresses stellt sich auch, wenn die Verletzung von Urheberrechten auf ein Verhalten eines Arbeitnehmers des Repositoriumsbetreibers zurückzuführen ist (z.B. einer Sekretärin oder eines Bibliotheksmitarbeiters). So kann eine Urheberrechtsverletzung z.B. dadurch entstanden sein, dass der Arbeitnehmer fälschlicherweise annimmt, dass der Repositoriumsbetreiber über die erforderlichen Urheberrechte verfügt.

- 238 Grundsätzlich haftet der Repositoriumsbetreiber gegenüber Dritten auch für Schäden seiner Arbeitnehmer und Hilfspersonen (Art. 55 Abs. 1 OR, dazu soeben Rz. 236). Die Haftung des Repositoriumsbetreibers schliesst jedoch nicht aus, dass er Regress auf den Arbeitnehmer nehmen kann. Ist der Schaden nachweislich durch das widerrechtliche und schuldhafte Verhalten des Arbeitnehmers entstanden, so hat der Arbeitnehmer für den Schaden ganz oder teilweise einzustehen (Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 321e OR). Der Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer ist zu reduzieren oder entfällt ganz, soweit der Schaden auf eine mangelhafte Betriebs- oder Arbeitsorganisation zurückzuführen ist¹⁴⁷.

¹⁴⁶ M. P. WEBER, S. 165. Der Grundsatz, dass der Content Provider die von ihm vermittelten Inhalte vollständig zur Kenntnis nimmt (so R. H. WEBER, Haftung, S. 178 f.), lässt sich also nicht unbesehen auf den Repositoriumsbetreiber übertragen.

¹⁴⁷ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 212.

V. Internationale Verhältnisse

1. Gerichtsstand

239 Die Grundsätze der gerichtlichen Zuständigkeit bei internationalen Verhältnissen sind bereits erläutert worden: Auf jeden Fall besteht ein Gerichtsstand im Wohnsitzstaat des Beklagten; je nach dem kommen auch Gerichtsstände am Erfüllungsort, am Handlungsort oder am Erfolgsort in Frage (ausführlicher vorn Rz. 143 ff.).

2. Anwendbares Recht

240 Auch bezüglich des anwendbaren Rechts kann nach vorn verwiesen werden (Rz. 151 ff.). Während aus der Sicht des Urhebers vor allem die Frage zu beantworten war, welches Recht bei Klagen des Verlags gegen den Urheber anwendbar ist, geht es aus Sicht des Repositoriumsbetreibers primär um Klagen des Verlags gegen den Repositoriumsbetreiber (zur Unterscheidung der Rechtsbeziehungen zwischen Urheber, Verlag und Repositoriumsbetreiber vorn Rz. 184).

241 In der Regel wird der Repositoriumsbetreiber mit dem Verlag nicht vertraglich verbunden sein, sodass eine Klage des Verlags gegen den Repositoriumsbetreiber üblicherweise keine vertragsrechtlichen, sondern rein urheberrechtliche Fragen betreffen dürfte. Insoweit ist das *Schutzlandprinzip* massgebend, wonach das Recht des Staates zur Anwendung gelangt, für das der Urheberrechtsschutz beansprucht wird (dazu vorn Rz. 157 ff.).

242 Behauptet z.B. ein ausländischer Verlag, der Repositoriumsbetreiber habe mit der – auf einem schweizerischen Internet-Server erfolgten – Hinterlegung von Werken das Urheberrecht des Verlags verletzt, ist die entsprechende Beseitigungsklage grundsätzlich nach schweizerischem Recht zu beurteilen, auch wenn die Hinterlegung zur Folge hat, dass das Werk weltweit abgerufen werden kann (zur ausnahmsweisen Anwendung des Rechts der ausländischen Empfängerstaaten vorn Rz. 163 f.).

VI. Fazit

243 In diesem Abschnitt D. sind Rechtsfragen rund um Open Access aus der Sicht des Repositoriumsbetreibers erläutert worden. Der Repositoriumsbetreiber benötigt für die Hinterlegung in seinem Repositorium und die allgemeine Zugänglichmachung von Werken die erforderlichen Urheberrechte, die in der Regel beim Urheber oder beim Verlag liegen.

- 244 Ohne Zustimmung des Rechtsinhabers darf der Repositoriumsbetreiber Werke nur soweit verwenden, als dies durch gesetzliche Schrankenregelungen erlaubt ist. So ist ihm von Gesetzes wegen der betriebsinterne – z.B. in universitätsinternen Netzwerken erfolgende – Gebrauch des Werks (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG) und die Herstellung von Archivierungsexemplaren gestattet (Art. 24 Abs. 1^{bis} URG). Der Vollständigkeit halber ergänzt sei an dieser Stelle, dass die Schranke des betriebsinternen Gebrauchs in anderen Staaten (namentlich EU-Ländern, welche an die Richtlinie 29/2001 zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft gebunden sind) nicht in dieser Breite besteht.

E. Aus der Sicht des Nutzers

I. Übersicht

245 Das Postulat des Open Access zielt primär auf eine Verbesserung der Position des Nutzers, der kostenlosen und möglichst umfassenden Zugang zu wissenschaftlichem Wissen haben soll. Der Nutzer wird oftmals selbst Wissenschaftler sein und den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen dazu verwenden, wiederum neue Veröffentlichungen zu schaffen. Die Förderung des Nutzers ist letztlich kein Selbstzweck, sondern dient öffentlichen Interessen, insbesondere einer möglichst umfassenden Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV).

246 Für die Nutzung wissenschaftlicher Werke benötigt der Nutzer die erforderlichen Urheberrechte, wenn er die Werke aus dem Internet bezieht (nachfolgend unter II.). Ohne die erforderliche Berechtigung begeht er eine Urheberrechtsverletzung (III. und IV.). Kurz anzusprechen ist die Rechtslage bei internationalen Verhältnissen (V.), bevor schliesslich das Fazit zu ziehen ist (VI.).

II. Urheberrechtliche Ausgangslage

1. Grundsatz des urheberrechtsfreien Werkgenusses

247 Der Inhalt des Urheberrechts ist in Art. 9–15 URG geregelt. Nicht jeder Umgang mit einem Werk ist vom Urheberrechtsschutz abgedeckt. Kein urheberrechtlich erfasster Vorgang ist der Werkgenuss. Die Lektüre eines Textes oder das Hören eines Musikstücks sind insbesondere keine „Verwendungen“ des Werks im Sinne von Art. 10 URG.

248 Deshalb bedarf der Nutzer für den Werkgenuss grundsätzlich auch keiner Zustimmung des Urheberrechtsschöpfers. Wer z.B. eine wissenschaftliche Monographie oder Zeitschrift im Buchladen erwirbt und durchliest, nimmt damit eine urheberrechtsfreie Handlung vor¹⁴⁸.

2. Einschränkungen bei Internet-Nutzung

249 Der Grundsatz des urheberrechtsfreien Werkgenusses ist im Falle einer Internet-Nutzung eingeschränkt. Denn mit der Nutzung von wissenschaft-

148

BARRELET/EGLOFF, Art. 10 Rz. 6a; EGLOFF, S. 707 m.w.H.

lichen Werken aus dem Internet sind üblicherweise Vervielfältigungen verbunden, die unter das *Vervielfältigungsrecht* gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a URG fallen. Vervielfältigungen sind insbesondere das Abrufen des Werks auf den eigenen Bildschirm, der Download auf die eigene Festplatte und das Erstellen eines Ausdrucks des Werks.

250 Mit der URG-Revision von 2007 sind indessen die Schrankenbestimmungen dahingehend revidiert worden, dass der Werkgenuss per Internet in vielen Fällen von der Zustimmungspflichtigkeit des Rechtsinhabers befreit ist. Im Folgenden sind die relevanten Schrankenregelungen darzustellen.

III. Berechtigung an den erforderlichen Urheberrechten

1. *Berechtigung durch gesetzliche Schrankenregelung*

a) *Vorübergehende Vervielfältigungen*

251 Der mit der URG-Revision von 2007 eingefügte Art. 24a URG bezweckt, rein technisch bedingte, vorübergehende Vervielfältigungen freizustellen. Damit werden insbesondere Vervielfältigungen, wie sie beim Arbeiten mit dem Internet regelmässig und oftmals automatisch entstehen, dem Verbotsrecht des Rechtsinhabers entzogen.

252 Werden wissenschaftliche Werke am Bildschirm gelesen oder erfolgt ein Download, so handelt es sich hierbei um Nutzungen, die – auch wenn sie nur vorübergehend sind – nicht mehr vollständig von Art. 24a URG gedeckt sind, sondern bereits eine „eigenständige wirtschaftliche Bedeutung“ aufweisen (Art. 24a lit. d URG).

b) *Privater und betriebsinterner Gebrauch*

253 Art. 19 Abs. 1 lit. a URG erlaubt „jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde“. Für solchen Privatgebrauch benötigt der Nutzer deshalb keine Erlaubnis des Rechtsinhabers. Die Schranke des Privatgebrauchs berechtigt nur natürliche Personen¹⁴⁹. Sie bezieht sich nur auf veröffentlichte Werke (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 URG).

149

BARRELET/EGLOFF, Art. 19 Rz. 8; GASSER, Eigengebrauch, S. 50.

- 254 Um Privatgebrauch handelt es sich etwa, wenn ein Wissenschaftler, der auf eigene Faust forscht, Aufsätze und Bücher kopiert¹⁵⁰. Ist er hingegen als Arbeitnehmer in einer Universität oder einem Institut tätig, so greift nicht mehr diese Schranke, sondern es ist auf jene – engere – zum betriebsinternen Gebrauch zurückzugreifen (dazu ausführlich vorn Rz. 197 ff.). Denn diesfalls kann nicht mehr von einem Kreis von unter sich eng verbundenen Personen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG die Rede sein, die die kopierten Dokumente privat benutzen.
- 255 Das Vervielfältigen von wissenschaftlichen Werken durch den Nutzer ist zwar – auch ohne Erlaubnis des Urheberrechtsinhabers – sowohl beim privaten als auch beim betrieblichen Gebrauch zulässig. Doch bestehen zwischen den beiden Gebrauchsarten verschiedene Unterschiede, von denen hier zwei genannt werden sollen:
- Praktisch bedeutsam ist, dass beim Privatgebrauch *vollständige Kopien* des im Handel erhältlichen Exemplars angefertigt werden dürfen, was beim betriebsinternen Gebrauch nicht zulässig ist (Art. 19 Abs. 3 lit. a URG), zumal auch Art. 19 Abs. 3^{bis} URG nicht eine allgemeine Freistellung bewirkt (vorn Rz. 209).
 - Der Privatgebrauch ist grundsätzlich *nicht vergütungspflichtig* (Art. 20 Abs. 1 URG), mit Ausnahme der Urheberrechtsvergütungen, die auf leeren Datenträgern erhoben werden (Art. 20 Abs. 3 URG), während für den betriebsinternen Gebrauch eine Vergütung geschuldet ist (Art. 20 Abs. 2 URG). Eine Ausnahme besteht nur für Werke, die erlaubterweise aus dem Internet oder vergleichbaren Diensten abgerufen werden; die beim Downloadvorgang entstehenden Vervielfältigungen sind auch für den Fall des betriebsinternen Gebrauchs vergütungsfrei (Art. 19 Abs. 3^{bis} i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG).
- 256 Umstritten ist die Frage, ob die gesetzliche Erlaubnis zum privaten Gebrauch auch an unerlaubt hergestellten oder unerlaubt zugänglich gemachten Werkexemplaren („Raubkopien“) besteht¹⁵¹. Die schweizerischen Gerichte haben bisher nicht darüber entschieden. Nachdem das

¹⁵⁰ GASSER, Eigengebrauch, S. 65: „persönliche Forschung“.

¹⁵¹ *Bejahend*: Botschaft, BBl. 2006, S. 3430; BARRELET/EGLOFF, Art. 19 Rz. 7b; CHERPILLOD, Schranken, S. 270 f. *Verneinend*: GASSER, URG, Art. 19 Rz. 10; BU, S. 70. Die Stellungnahmen konzentrieren sich meist auf den Privatgebrauch, ohne den betriebsinternen Gebrauch zu thematisieren.

Gesetz jedoch „jede Werkverwendung“ freistellt, und sich diese Freistellung auf das immaterielle Werk an sich bezieht – ohne dass danach differenziert würde, gestützt auf welcher körperlichen Festlegung diese Werknutzung erfolgt –, spricht der Wortlaut der Norm eher für den offenen Ansatz.

c) *Schrankenregelungen und Zugang zum Werkexemplar*

257 Die soeben erwähnten Schrankenregelungen der vorübergehenden Vervielfältigung und des privaten und betriebsinternen Gebrauchs fördern die Idee des Open Access nur zum Teil. Sie geben dem Nutzer zwar eine weitgehende Erlaubnis, wissenschaftliche Werke zu vervielfältigen, was für deren zweckgemässe Benutzung eigentlich genügt. Der Gebrauch ist jedoch nur möglich, wenn der Nutzer tatsächlich Zugang zu einem – gedruckten oder digitalen – Werkexemplar hat. Die Schrankenregelungen geben dem Nutzer indessen *kein Zugangsrecht* in die Hand¹⁵² (und auch das Zutrittsrecht gemäss Art. 14 Abs. 1 URG hilft in diesem Zusammenhang nicht weiter, siehe hinten Rz. 265 f.).

258 Ein Ansatzpunkt für den kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichen Werken ergibt sich aus der mit der URG-Revision von 2007 eingefügten Regelung über *technische Massnahmen* (Art. 39a-c URG). Unter technischen Massnahmen versteht das Gesetz „Technologien und Vorrichtungen wie Zugangs- und Kopierkontrollen, Verschlüsselungs-, Verzerrungs- und andere Umwandlungsmechanismen, die dazu bestimmt und geeignet sind, unerlaubte Verwendungen von Werken und anderen Schutzobjekten zu verhindern oder einzuschränken“ (Art. 39a Abs. 2 URG).

259 Das Gesetz sieht ein grundsätzliches Verbot der Umgehung wirksamer technischer Schutzmassnahmen vor (Art. 39a Abs. 1 URG), statuiert jedoch eine Ausnahme für Umgehungen, die „ausschliesslich zum Zwecke einer gesetzlich erlaubten Verwendung“ erfolgen (Art. 39a Abs. 4 URG)¹⁵³. Das bedeutet unter anderem, dass das Umgehungsverbot nicht in Bezug auf den privaten oder betriebsinternen Gebrauch geltend gemacht werden kann. Auch hinsichtlich kostenpflichtiger Angebote besteht

¹⁵² AUF DER MAUR, Art. 39 Rz. 20 f.; RUBLI, Rz. 386; vgl. auch WIELSCH, S. 61 f.

¹⁵³ Das schweizerische Recht ist in diesem Punkt zugunsten des Nutzers liberaler als das (zu strikte) EU-Recht, näher dazu HILTY, Informationsgesellschaft, S. 978 f.

damit im Grunde ein „right to hack“ des Nutzers¹⁵⁴, um – in vielen Fällen kostenlos¹⁵⁵ – an die technisch geschützten Inhalte zu gelangen.

260 Eine starke Beschränkung der Wirkung dieser gesetzlichen Umgehungs-
erlaubnis besteht indessen in einem weitreichenden Verbot, Umgehungs-
instrumente (z.B. entsprechende Anleitungen oder Computerprogramme)
herzustellen und anzubieten (Art. 39a Abs. 3 URG). Ist der Handel mit
Umgehungshilfen untersagt, kann im Ergebnis nur noch jener Nutzer von
seinem „right to hack“ profitieren, der seine Umgehungsinstrumente von
einem illegal handelnden Anbieter bezieht oder selbst über die entspre-
chenden technischen Kenntnisse verfügt¹⁵⁶. Immerhin dürfte es möglich
sein, dass sich der selbst nicht technisch versierte Nutzungsberechtigte
im Rahmen der Reichweite von Art. 19 Abs. 2 URG die Unterstützung ei-
nes Dritten sichert¹⁵⁷ (mit entsprechenden Vermögenspflichten für dabei
entstehende Vervielfältigungen, Art. 20 Abs. 2 URG).

261 Mit Blick auf diese engen Grenzen kann also auch die Regelung über die
Umgehung wirksamer technischer Schutzmassnahmen nicht die Funktion
eines eigentlichen Zugangsrechts erfüllen.

2. *Berechtigung durch Zustimmung des Urhebers*

262 Die gesetzlichen Schrankenregelungen erlauben dem Nutzer weitgehend
die für den Gebrauch wissenschaftlicher Publikationen erforderlichen
Vervielfältigungen, ohne ihm jedoch ein *Zugangsrecht* zu einem Werk-
exemplar zu geben (wie soeben in Rz. 257 ausgeführt). Deshalb ist dar-
zustellen, inwieweit der Urheber dem Nutzer den erforderlichen Zugang
verschaffen kann.

263 Sofern der Urheber sein Recht auf Zugänglichmachung (Art. 10 Abs. 2 lit.
c URG) nicht schon einem Verlag übertragen hat und auch vertraglich
nicht zur Enthaltung verpflichtet ist, kann der Urheber dem Nutzer über
das Internet Zugang zu einem Werkexemplar verschaffen. Dies kann der

¹⁵⁴ Auch wenn der Nutzer streng rechtlich gesehen kein „Umgehungsrecht“ hat, sondern nur das gesetzlich verankerte Privileg genießt, an sich verbotene Umgehungshandlungen ohne rechtliche Konsequenzen vornehmen zu dürfen. Zur rechtsdogmatischen Konstruktion RUBLI, Rz. 458 ff.

¹⁵⁵ Die Vergütungspflicht für den persönlichen und betriebsinternen Gebrauch richtet sich nach den allgemeinen Regeln von Art. 19 f. URG.

¹⁵⁶ Näher dazu RUBLI, Rz. 466 ff.

¹⁵⁷ So auch BARRELET/EGLOFF, Art. 39a Rz. 13.

Urheber entweder selbst (z.B. über seine persönliche Internet-Seite) oder über einen Dritten tun (z.B. mittels Publikation in einem Repositorium).

264 Analoges gilt für das Verbreitungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) an gedruckten Werkexemplaren. Der Urheber kann, falls er über das entsprechende Recht noch verfügt, dem Nutzer ein solches Exemplar direkt (z.B. per Postversand) oder über einen Dritten verkaufen oder verschenken.

265 Zu prüfen ist zudem, ob in diesem Zusammenhang ein Recht des Urhebers nutzbar gemacht werden könnte, das eigentlich einen sehr begrenzten Anwendungsbereich aufweist, nämlich das *Recht auf Zutritt zum Werkexemplar* (Art. 14 Abs. 1 URG)¹⁵⁸. Dieses Zutrittsrecht kann z.B. eine Kunstmalerin berechtigen, beim Käufer eines Ölbilds Zutritt zu erhalten, um ihr eigenes Bild fotografieren zu können. Der Urheber verfügt grundsätzlich auch dann noch über sein Zutrittsrecht, wenn er die Verwendungsrechte am Werk übertragen hat (vgl. Art. 16 Abs. 2 URG).

266 Der Ansatz, dass der Urheber dem Nutzer mit dem Zutrittsrecht kostenlosen Zugang zu einem wissenschaftlichen Werk verschaffen könnte, ist jedoch nicht zielführend. Zunächst ist das Zutrittsrecht auf die Person des Urhebers zugeschnitten, und es ist in der Lehre umstritten, ob es überhaupt einer anderen Person eingeräumt werden kann¹⁵⁹. Selbst wenn man die Einräumung dieses Rechts an den Nutzer als zulässig erachtet, hilft ihm dies nicht weiter, da das Zutrittsrecht unter anderem nur gewährt werden muss, wenn „dies zur Ausübung des Urheberrechts erforderlich ist“ (Art. 14 Abs. 1 URG). Das Zutrittsrecht gilt mit anderen Worten nur, wenn der Berechtigte über mindestens eine weitere Teilbefugnis des Urheberrechts verfügt, zwecks deren Ausübung er Zutritt zum Werkexemplar verlangt¹⁶⁰. Mit der Einräumung des Zutrittsrechts alleine würde der Urheber somit noch kein durchsetzbares Zugangsrecht zum Werk erhalten.

¹⁵⁸ Art. 14 URG wird in diesem Zusammenhang von EGLOFF, S. 715, ins Spiel gebracht, dazu hinten Fn. 180.

¹⁵⁹ Siehe die Übersicht über den Meinungsstand bei SEEMANN, S. 325.

¹⁶⁰ So BARRELET/EGLOFF, Art. 14 Rz. 4 (die das Zutrittsrecht indessen auch zum Zwecke der Inventarisierung von Werken durch den Urheber gewähren).

3. **Berechtigung durch Zustimmung des Verlags oder des Repositoriumbetreibers**

267 Zugang zu einem Werkexemplar kann dem Nutzer auch der *Verlag* verschaffen, sofern er über die entsprechenden Urheberrechte verfügt. Bei konventionellen Verlagen wird der Zugang in der Regel nur gegen Entgelt gewährt werden.

268 Der kostenlose Zugang wird hingegen möglich sein, wenn ein *Repositoriumbetreiber* über das erforderliche Recht zur Zugänglichmachung verfügt.

IV. **Rechtsfolgen bei fehlender Berechtigung**

269 Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass der Nutzer durch die gesetzlichen Schrankenregelungen weitgehend zum zweckmässigen Gebrauch wissenschaftlicher Publikationen berechtigt ist (vorn Rz. 251 ff.). Selbst wenn er technische Massnahmen wie z.B. Zugangssperren umgeht, ist dies vom Gesetz erlaubt, sofern die Umgehung nur zu Zwecken des persönlichen oder betriebsinternen Gebrauchs erfolgt ist (vorn Rz. 258 ff.).

270 Das Problem für den Nutzer liegt nicht in erster Linie darin, dass er sich eine Urheberrechtsverletzung zuschulden lassen kommen könnte, sondern dass der *Zugang* zu wissenschaftlichen Publikationen erschwert ist, wenn der Bezug mit erheblichen Kosten verbunden ist und die dem Nutzer zugänglichen Bibliotheken die gesuchte Publikation nicht führen.

271 Dennoch soll auf den Fall der Urheberrechtsverletzung durch den Nutzer kurz eingegangen werden. Der Nutzer begeht eine Urheberrechtsverletzung, wenn er das Werk in einer Weise verwendet, die weder von den gesetzlichen Schrankenregelungen noch von der Zustimmung eines Rechtsinhabers gedeckt ist. Das ist z.B. der Fall, wenn ein an der Universität angestellter Forscher ein Buch aus der Bibliothek nicht nur auszugsweise, sondern vollständig kopiert (Art. 19 Abs. 3 lit. a URG).

272 Diesfalls kann er vom Rechtsinhaber eingeklagt werden, dem die Rechtsbehelfe von Art. 61 ff. URG zur Verfügung stehen, insbesondere die Klagen auf Beseitigung der Urheberrechtsverletzung und auf Schadenersatz (näher zum Ganzen vorn Rz. 227 ff.). Wegen der geringen Tragweite der Urheberrechtsverletzung durch einen einzelnen Nutzer wird der Rechtsinhaber in der Regel den Prozessweg nicht beschreiten bzw. eher gegen eine Person klagen, die – wie unter Umständen ein Re-

positoriumbetreiber – nicht nur für eine einzelne, sondern für eine Vielzahl von Urheberrechtsverletzungen verantwortlich gemacht werden kann.

V. Internationale Verhältnisse

273 Bezüglich der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts bei internationalen Verhältnissen kann auf die bereits gemachten Ausführungen hierzu verwiesen werden (vorn Rz. 143 ff.). Welches Recht auf Urheberrechtsverletzungen des Nutzers anwendbar ist, bestimmt sich – soweit keine vertragsrechtlichen Fragen im Spiel sind – grundsätzlich nach dem *Schutzlandprinzip* im Sinne von Art. 110 Abs. 1 IPRG (näher dazu vorn Rz. 157 ff.).

VI. Fazit

274 Dieser Abschnitt E. befasste sich mit der Sicht des Nutzers auf die Open-Access-Problematik. Der Nutzer erhält durch die gesetzlichen Schrankenregelungen weitgehend die Erlaubnis, wissenschaftliche Werke auch aus dem Internet zu nutzen. Von diesen Schrankenregelungen kann er aber nur dann profitieren, wenn er tatsächlich Zugang zu einem Werkexemplar hat. Das Problem, wie der Nutzer zu einem angemessenen Preis zu einer wissenschaftlichen Publikation gelangen kann, ist nicht Gegenstand des geltenden Urheberrechtsgesetzes.

F. Ansätze de lege ferenda

I. Übersicht

- 275 Im Folgenden ist darzustellen, ob und wie der Open-Access-Gedanke durch entsprechende Gesetzesänderungen gefördert werden könnte. Dafür bestehen verschiedene Ansatzpunkte. Eine Verbesserung der Zugänglichkeit von wissenschaftlichem Wissen kann durch Veränderungen der Rechtsposition des Nutzers, des Werkvermittlers (Repositorium-betreibers) oder des Urhebers erfolgen.
- 276 Im Zentrum des Interesses steht eine Änderung des Urheberrechtsgesetzes (nachfolgend unter II.). Aber auch gesetzliche Anpassungen im Vertragsrecht (unter III.) oder im Kartellrecht (IV.) kommen in Frage. Die Ausführungen werden durch das Fazit abgeschlossen (V.).

II. Urheberrechtliche Schrankenregelung

1. Zugunsten des Nutzers

- 277 Gesetzliche Schrankenregelungen, die dem Nutzer erlauben, wissenschaftliche Werke für Forschungszwecke zu verwenden, sind im geltenden Recht weitgehend schon gegeben. Für Forschungszwecke genügt es in der Regel, wenn eine Publikation am Bildschirm eingesehen, auf den eigenen Computer heruntergeladen und ausgedruckt werden kann. Die entsprechenden Vervielfältigungen darf der Nutzer grundsätzlich schon heute aufgrund der gesetzlichen Lizenz für den betriebsinternen Gebrauch bzw. der Freistellung des persönlichen Gebrauchs anfertigen (Art. 19 Abs. 1 lit. a und c URG, näher dazu vorn Rz. 253 ff.).
- 278 Allerdings könnte die gesetzliche Lizenz des betriebsinternen Gebrauchs im Sinne des Open-Access-Gedankens in Einzelpunkten optimiert werden. So könnte z.B. gefordert werden, dass beim betriebsinternen Gebrauch – wie es heute auch schon beim persönlichen Gebrauch gilt – immer eine vollständige Kopie des Werks angefertigt werden dürfte (vgl. die Einschränkung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG im heutigen Recht, dazu vorn Rz. 207 ff.).
- 279 Abgesehen davon, dass eine derart „verbesserte“ Schrankenregelung auch immer auf ihre Verhältnismässigkeit hinsichtlich der tangierten Interessen (insbesondere der wissenschaftlichen Verlage) zu prüfen wäre,

fällt ins Gewicht, dass ein solcher Ansatz im Ergebnis nicht zielführend ist. Das liegt daran, dass der Nutzer von der Schrankenregelung nur dann profitieren kann, wenn er bereits Zugang zu einem Werkexemplar hat. Die Schrankenregelung selbst gibt dem Nutzer jedoch kein entsprechendes Zugangsrecht in die Hand (dazu vorn Rz. 257 ff.).

2. Zugunsten des Repositoriumbetreibers

a) Gesetzliche Lizenz

280 Um den Zugang des Nutzers zu Werkexemplaren von wissenschaftlichen Publikationen zu erleichtern, müsste eine Gesetzesanpassung bei derjenigen Stelle ansetzen, die den Zugang gewährleisten kann, nämlich beim Repositoriumbetreiber. In diesem Sinne ist das Augenmerk mit Vorteil nicht in erster Linie auf den freien Zugang des Nutzers, sondern auf die *freie Zugänglichmachung durch den Repositoriumbetreiber* zu richten.

281 Auch hier gilt, dass eine Schrankenregelung zugunsten des Repositoriumbetreibers diesem noch kein Zugangsrecht zu einem Werkexemplar verschafft. Doch wird der Repositoriumbetreiber eher als der einzelne Nutzer die finanziellen Möglichkeiten haben, ein – auch teures – Werkexemplar zu erwerben. Hinzu kommt, dass ein einzelner Repositoriumbetreiber, der sich rechtmässigen Zugang zum Werkexemplar verschafft, genügen würde; hätte er das Werk erst einmal allgemein zugänglich gemacht, könnten auch die anderen Betreiber aufgrund der Schrankenbestimmung das Werk in ihre Repositorien hinterlegen.

282 Würde der Repositoriumbetreiber in diesem Sinne ohne Einschränkungen (d.h. ohne Berücksichtigung der Verlagsinteressen) ermächtigt, *wissenschaftliche Publikationen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers allgemein zugänglich zu machen*, so könnte die allgemeine Zugänglichkeit solcher Publikationen demnach entscheidend verbessert werden.

283 Doch ist zu beachten, dass Schrankenbestimmungen den Vorgaben des internationalen Rechts und insbesondere des sog. Dreistufentests zu genügen haben. Der Dreistufentest schreibt vor, dass Schrankenbestimmungen sich erstens auf bestimmte Sonderfälle beschränken müssen, zweitens die normale Auswertung von Werken nicht beeinträchtigen und

drittens die berechtigten Interessen des Urhebers bzw. Rechtsinhabers nicht unzumutbar verletzen dürfen¹⁶¹.

284 Vor diesem Hintergrund darf eine Schrankenbestimmung nicht einfach die allgemeine Zugänglichmachung aller wissenschaftlicher Publikationen festschreiben – abgesehen davon, dass eine solche „Maximalforderung“ politisch sowieso keine Chancen hätte –, sondern es muss der Anwendungsbereich sorgfältig eingegrenzt werden.

285 Dies soll im Folgenden anhand des Dreistufentests erfolgen, wobei hier den neueren Tendenzen seiner Auslegung zu folgen ist, wie sie insbesondere in der Declaration for a Balanced Interpretation of the Three-Step Test zum Ausdruck kommt und wovon auch die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts implizit ausgeht¹⁶²; grundlegend ist dabei insbesondere, dass die drei Stufen nicht isoliert, d.h. je für sich genommen zu prüfen sind, sondern als drei zusammenhängende Faktoren einer Gesamtwürdigung unterzogen werden müssen:

286 Das Vorliegen eines *bestimmten Sonderfalls* (Teststufe 1) in diesem Sinne ist anzunehmen, wenn eine grundsätzliche Berechtigung für eine Beschränkung des Urheberrechts besteht¹⁶³. Eine solche Berechtigung für das Postulat des allgemeinen Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen ergibt sich aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV)¹⁶⁴.

287 Zu gewährleisten ist sodann die Nichtbeeinträchtigung der *normalen Auswertung* des Werks (Teststufe 2). Die normale Auswertung von Werken erfolgt im Verlagswesen grundsätzlich durch den Druck und die Verbreitung der Werke. Doch kann diese Auswertung auch durch Online-Medien beeinträchtigt werden. Ob die normale Auswertung beeinträchtigt ist oder nicht, kann insbesondere im digitalen Umfeld nicht vom Medium abhängig gemacht werden; vielmehr ist darauf abzustellen, ob die

¹⁶¹ Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT.

¹⁶² BGE 133 III 473 ff. E. 6; siehe auch HANSEN, S. 385 f. Englischer Originaltext der Declaration in IIC 2008, S. 707, bzw. – auch in deutscher Übersetzung – unter: www.ip.mpg.de/www/de/pub/aktuelles/declaration_on_the_three_step_declaration.cfm.

¹⁶³ SENFTLEBEN, S. 207.

¹⁶⁴ HANSEN, S. 385.

Schrankenbestimmung erhebliche Umsatzeinbussen mit sich bringen würde oder nicht¹⁶⁵.

288 Um die normale Auswertung in diesem Sinne zu sichern, wäre eine solche Schrankenbestimmung auf Beiträge in *Zeitschriften* zu begrenzen und eine *Karenzfrist* vorzusehen¹⁶⁶. Zeitschriften sind mehr oder weniger aktualitätsbezogen und ihre normale Auswertung erfolgt hauptsächlich während eines gewissen Zeitraums nach dem Erscheinen. Deshalb kann die normale Auswertung von wissenschaftlichen Zeitschriften auf einen gewissen Zeitraum begrenzt werden, auch wenn eine Verwertung nach diesem Zeitraum – z.B. durch Online-Archive – ebenfalls möglich ist. Der Zeitraum, in dem wissenschaftliche Aufsätze „veralten“, variiert je nach Fachrichtung. Es ist deshalb nicht einfach, eine allgemeine und gleichzeitig angemessene Karenzfrist festzulegen¹⁶⁷. Hier wird eine Frist von *ei-nem Jahr* vorgeschlagen.

289 Dass die Schrankenbestimmung nicht direkt den Nutzer, sondern den Werkvermittler, insbesondere den Repositoriumbetreiber begünstigt, ist insofern von Bedeutung, weil dieser mit dem Rechtsinhaber potentiell in einem Konkurrenzverhältnis steht. Doch dieser Umstand genügt nicht, um die Unzulässigkeit einer solchen Schranke anzunehmen¹⁶⁸. So sieht schon das geltende Gesetz solche Schranken vor, z.B. zur zeitgleichen und unveränderten Wahrnehmbarmachung von Sendungen (Art. 37 lit. b i.V.m. Art. 22 Abs. 1 URG), was unter anderem die Veranstaltung von „public viewings“ von Fussballspielen erlaubt¹⁶⁹; auch diese Schranke begünstigt nicht direkt den Nutzer, sondern den Werkvermittler. Schon auf dieser zweiten Stufe kann im Übrigen nicht unberücksichtigt bleiben, dass eine vom Nutzungsberechtigten zu erbringende Vergütung Einbussen des Rechtsinhabers zumindest teilweise kompensieren wird.

290 Eine Schrankenbestimmung darf schliesslich die *berechtigten Interessen* von Urhebern und Rechtsinhabern nicht ungebührlich verletzen (Teststufe 3). Mit dieser Einschränkung ist die Verhältnismässigkeit des Eingriffs

¹⁶⁵ SENFTLEBEN, S. 208 f.

¹⁶⁶ Ebenso SANDBERGER, S. 822 (zum Teil in Anwendung der Teststufe 1); HANSEN, S. 382, 385 f. (Karenzfrist), 384 (Beschränkung auf Periodika).

¹⁶⁷ Vgl. HILTY, Urheberrecht und Wissenschaft, S. 192.

¹⁶⁸ HILTY, Zwangslizenzen, S. 637.

¹⁶⁹ BARRELET/EGLOFF, Art. 22 Rz. 3.

sicherzustellen. Die Schranke darf insbesondere nicht weiter gehen, als es für die Zielerreichung notwendig ist. Um die Verhältnismässigkeit zu wahren, sind verschiedene Aspekte zu prüfen:

- *Vergütungspflicht.* Um die Nachteile der Rechtsinhaber – insbesondere der Wissenschaftsverlage – zu mildern, die sich aus einer Schrankenbestimmung für sie ergeben, ist die Verankerung einer Vergütungspflicht notwendig¹⁷⁰. Damit wird die Schrankenbestimmung als gesetzliche Lizenz ausgestaltet, wobei die angemessene Vergütung in Tarifen der Verwertungsgesellschaften festzulegen ist (vgl. Art. 46 f. URG). Folge ist, dass der Rechtsinhaber keinen direkten Einfluss auf die Höhe der Vergütung hat; diese wird vielmehr in einem formalisierten Verfahren festgelegt (Art. 55 ff. URG).
- *Beschränkung auf öffentlich finanzierte Beiträge.* Die allgemeine Zugänglichkeit von wissenschaftlichen Werken ist dort regelmässig von höherem Interesse als die Verwertungsinteressen der Verlage, wo es sich um Arbeiten handelt, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanziert wurden. Die gesetzliche Regelung ist auf solche Werke zu beschränken¹⁷¹.
- *Beschränkung auf nichtkommerzielle Verwendung.* Mit der Schrankenbestimmung sollen nur nichtkommerzielle Vermittler von wissenschaftlichen Publikationen privilegiert werden.
- *Beschränkung auf bestimmten Personenkreis?* Im deutschen Recht wird eine ähnliche Schrankenregelung auf einen Personenkreis „für deren eigene wissenschaftliche Forschung“ begrenzt¹⁷². Eine solche Beschränkung ist jedoch schwierig zu handhaben, wenn sie wirklich alle Forschenden miteinbeziehen möchte und nicht nur den universitäts-, instituts- oder forscherguppeninternen Informationsaustausch

¹⁷⁰ SANDBERGER, S. 822; HANSEN, S. 386.

¹⁷¹ HILTY, Urheberrecht und Wissenschaft, S. 191; SANDBERGER, S. 822 (in Anwendung der Teststufe 1).

¹⁷² Siehe § 52a Abs. 1 Nr. 2 des deutschen UrhG: „Zulässig ist, veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschliesslich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.“

abdecken will¹⁷³. Vor diesem Hintergrund ist es vorzuziehen, entsprechend dem Postulat von Open Access die allgemeine Zugänglichkeit vorzusehen, auch wenn dazu höhere Tarife notwendig sind, um die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber auszugleichen.

291 Aus diesen Ausführungen ergibt sich folgender Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Schrankenbestimmung zur Förderung des Open-Access-Gedankens¹⁷⁴:

¹ Wissenschaftliche Werke, die in Zeitschriften veröffentlicht und überwiegend mit öffentlichen Forschungsmitteln finanziert worden sind, dürfen nach Ablauf eines Jahres nach der Veröffentlichung allgemein zugänglich gemacht werden, sofern damit kein kommerzieller Zweck verfolgt wird.

² Wer Werke nach Absatz 1 zugänglich macht, schuldet dem Urheber oder der Urheberin hierfür eine Vergütung. Die Vergütungsansprüche können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.

b) Zwangslizenz

292 Anders als bei der gesetzlichen Lizenz bedeutet eine Zwangslizenz weder eine direkte gesetzliche Verwendungsbefugnis noch wird eine durch Tarife konkretisierte Vergütungspflicht vorgesehen. Die Zwangslizenz bedeutet allein – aber immerhin –, dass der Rechtsinhaber kraft Gesetzes gezwungen ist, jenem Interessenten, der die gesetzlich statuierten Voraussetzungen erfüllt, eine Lizenz zur Benutzung des Werks zu erteilen, wobei die Bedingungen – insbesondere die Gegenleistung – an sich frei ausgehandelt werden können bzw. im Streitfall durch das Gericht festzusetzen sind¹⁷⁵.

293 Die Rechtsfigur der Zwangslizenz ist praktisch nicht mehr in Gebrauch. Das geltende URG enthält nur noch eine Zwangslizenz in Art. 23 URG, deren Bedeutung gering ist. Verdrängt worden ist dieses Rechtsinstitut

¹⁷³ Die deutsche Regelung wird restriktiv ausgelegt und deckt die Zugänglichmachung in einer ganzen Universität oder einem ganzen Fachbereich nicht ab: HECKMANN/WEBER, S. 996 m.w.H.

¹⁷⁴ Ähnlich die Vorschläge von HANSEN, S. 384, und HILTY, Urheberrecht und Wissenschaft, S. 192, für das deutsche Recht (letzterer Vorschlag sieht nicht eine Schranken-, sondern eine urhebervertragsrechtliche Regelung vor).

¹⁷⁵ REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 141; BARRELET/EGLOFF, Art. 19 Rz. 2.

nämlich im Zuge der sog. unkontrollierten Massennutzung, welche mit einer Auslese der kollektiven Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften aufgefangen wurde. Die nun in den Vordergrund gerückten Geschäftsmodelle, welche auf einer Kombination von Online-Vermittlung und technischen Schutzmassnahmen beruhen, haben den Rechtsinhabern die Kontrolle über die Nutzung ihrer Werke aber wieder – zumindest teilweise – zurückgebracht, weswegen die Einschränkung der Vertragsfreiheit in der Form der Zwangslizenz wieder in ähnlicher Weise in den Vordergrund gerückt wird wie in früheren Jahrzehnten, als sie wertvolle Dienste leistete¹⁷⁶.

294 Vor diesem Hintergrund ist die Einführung einer spezifisch auf die wissenschaftlichen Bedürfnisse ausgerichtete Zwangslizenz durchaus überlegenswert. Sie könnte im Hinblick auf den Dreistufentest anhand ähnlicher Kriterien eingeschränkt werden, die für die gesetzliche Lizenz diskutiert worden sind¹⁷⁷ (vorn Rz. 283 ff.).

295 Gegenüber der gesetzlichen Lizenz hätte die Zwangslizenz allen voran den Vorteil, dass die Vergütung nicht starr in Tarifen festgelegt ist, sondern mit dem Rechtsinhaber – bei wissenschaftlichen Publikationen wird dies meist der Verlag sein – ausgehandelt und deshalb interessengerechter angesetzt werden kann¹⁷⁸. Dies bedeutet insbesondere, dass bei entsprechendem finanziellem Ausgleich auf eine Karenzfrist verzichtet werden kann. Um ihre Effizienz sicherzustellen, liesse sich die Zwangslizenz im Übrigen mit prozessualen Massnahmen koppeln (z.B. Sicherheitsleistungen bei streitiger Entschädigung zum Zwecke sofortiger Berechtigung).

III. Zwingendes Vertragsrecht

1. *Zugunsten des Urhebers*

296 Ein weiterer Ansatz, um den Open-Access-Gedanken und insbesondere den „grünen Weg“ (dazu vorn Rz. 12 ff.) zu fördern, wäre die Einführung einer zwingenden Bestimmung im Verhältnis zwischen dem Urheber und

¹⁷⁶ Eingehender HILTY, Zwangslizenzen, S. 641.

¹⁷⁷ Zur Anwendbarkeit des Dreistufentests auf Zwangslizenzen HILTY, Zwangslizenzen, S. 642.

¹⁷⁸ HILTY, Zwangslizenzen, S. 640 f. Kritisch HANSEN, S. 383, der eine Schwäche dieses Ansatzes darin sieht, dass die Kostenfrage letztlich den Gerichten überantwortet wird.

dem Verlag¹⁷⁹. Hierfür wäre das Verlagsvertragsrecht des OR wohl der geeignetere Ort als das URG.

297 Eine Regelung, die einseitig auf die Durchsetzung des Open-Access-Gedankens gerichtet wäre, könnte darin bestehen, dass *die Übertragbarkeit der Online-Rechte an wissenschaftlichen Publikationen zwingend ausgeschlossen würde*, dass also nur noch eine Lizenzierung dieser Rechte an den Verlag möglich wäre (zum Unterschied zwischen Übertragung und Lizenzierung vorn Rz. 65 ff.). Damit würden die Rechte, die der Urheber für die Hinterlegung in einem Repositorium benötigt, in jedem Fall von Gesetzes wegen bei ihm verbleiben¹⁸⁰.

298 Da das Verlagsvertragsrecht des OR heute durchwegs dispositiv ist, würde eine solche zwingende Bestimmung ein *Novum* darstellen, was zwar kein dogmatisches Hindernis ist, aber die politische Umsetzung wohl erheblich erschweren würde. Überhaupt ist zu bezweifeln, dass der Gesetzgeber bereit ist, das seit der Revision von 1911 unveränderte Verlagsvertragsrecht des OR anzupassen.

299 Vor diesem Hintergrund ist ein weniger weitgehender Vorschlag zu favorisieren, der sich möglichst an die bisherige Regelung anlehnt. Ein Vorschlag, der mit einem minimalen Eingriff in das heutige Gesetz eine bedeutende Wirkung zugunsten des Postulats von Open Access erzielen könnte, wäre es, Art. 382 Abs. 3 OR *bezüglich wissenschaftlicher Werke für zwingend* zu erklären¹⁸¹.

300 Damit dürfte der Urheber in jedem Fall – d.h. auch bei abweichender vertraglicher Regelung – seinen Zeitschriften- oder Sammelwerkbeitrag drei Monate nach Erscheinen anderweitig publizieren, ihn also auch in einem Repositorium hinterlegen (näher zu Art. 382 Abs. 3 OR vorn Rz. 90 ff.). Da die Dreimonatsfrist relativ kurz ist, könnte im Rahmen der zwingenden

179 Siehe die entsprechenden Vorschläge zum deutschen Recht bei HILTY, Urheberrecht und Wissenschaft, S. 192, und HANSEN, S. 387. Diese Vorschläge sind vom deutschen Bundesrat aufgenommen, von der Bundesregierung jedoch nicht weiter verfolgt worden, näher dazu HECKMANN/WEBER, S. 995 ff.

180 In diese Richtung zielt auch EGLOFF, S. 715, der – in Ergänzung von Art. 14 URG – eine zwingende Regelung zugunsten des wissenschaftlich tätigen Urhebers vorschlägt, wonach diesem erlaubt werden soll, auch nach der Übertragung der Verwendungsrechte sein Werk auf seiner persönlichen Internet-Seite bzw. der Internet-Seite des Instituts, für das er arbeitet, zu dokumentieren.

181 Generell für die Berechtigung wissenschaftsspezifischer Regelungen im Urheberrecht HILTY, Sündenbock Urheberrecht?, S. 128 f.

Regelung auch eine Frist von sechs Monaten oder einem Jahr festgelegt werden.

- 301 Der Nachteil eines solchen Vorschlags, der bei der Person des Urhebers ansetzt, liegt darin, dass nur dann eine Förderung des Open-Access-Gedankens erfolgt, wenn der Urheber von seinem Recht zur Hinterlegung im Repositorium tatsächlich Gebrauch macht¹⁸² (oder hochschulrechtlich dazu gezwungen wird, dazu sogleich Rz. 302 f.). Bei einer gesetzlichen Schrankenregelung dagegen ist der Repositoriumsbetreiber nicht davon abhängig, dass der Urheber aktiv wird, sondern kann die Hinterlegung von dessen Werken in Eigenregie vornehmen.

2. *Zugunsten des Repositoriumsbetreibers*

- 302 Ein weiterer Ansatzpunkt liegt im Verhältnis zwischen Urheber und Repositoriumsbetreiber. Ist der Urheber bei einem Repositoriumsbetreiber des öffentlichen Rechts (z.B. einer Universität) angestellt, so könnte der Urheber durch zwingende gesetzliche Regeln verpflichtet werden, seine Werke im Repositorium des Arbeitgebers oder einem anderen Repositorium zu hinterlegen¹⁸³. Für die Eidgenössischen Technischen Hochschulen könnte eine solche Bestimmung im ETH-Gesetz¹⁸⁴, für die Universität Zürich im kantonalen Universitätsgesetz verankert werden¹⁸⁵.
- 303 Dieser Ansatz kann von vornherein nur dort greifen, wo zwischen Repositoriumsbetreiber und Urheber ein öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis besteht. Ob solche zwingenden Einschränkungen der Verfügungsbefugnis des Urhebers über seine Werke empfehlenswert sind, darf indessen bezweifelt werden. Nicht nur stellt sie eine Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen dar, sondern schwächt auch seine Position gegenüber den Verlagen (näher vorn Rz. 187 ff.). Darüber hinaus sind hinsichtlich der Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) auch verfassungsmässige Bedenken angebracht¹⁸⁶.

¹⁸² EGLOFF, S. 712.

¹⁸³ In diesem Sinne PFLÜGER/ERTMANN, S. 441 f., die eine Regelung vorschlagen, wonach der an einer Hochschule beschäftigte Urheber verpflichtet ist, der Hochschule sein Werk zur Veröffentlichung anzubieten; werde das Werk durch die Hochschule nicht binnen zwei Monaten veröffentlicht, könne der Urheber wieder frei darüber verfügen. Ausführlich und (zu Recht) kritisch zu diesem Vorschlag HANSEN, S. 379 ff.

¹⁸⁴ ETH-Gesetz, SR 414.110.

¹⁸⁵ Universitätsgesetz des Kantons Zürich (Ordnungs-Nr. 415.11).

¹⁸⁶ SANDBERGER, S. 820 f.; DORSCHER, S. 243 ff.; HANSEN, S. 379 f.; HILTY/BAJON, S. 262.

IV. Kartellrecht

304 Die Ausführungen zum Kartellrecht haben gezeigt, dass wissenschaftliche Verlage – auch wenn sie aus Wissenschaftssicht „unverzichtbare“ Zeitschriften vertreiben – in aller Regel nicht als marktbeherrschend im Sinne von Art. 7 KG gelten und deshalb auch nicht der entsprechenden Missbrauchskontrolle unterliegen (näher dazu vorn Rz. 218 ff.). Ein Vorschlag, der im Interesse der Wissenschaft die Verlage insbesondere bezüglich der Preisgestaltung stärker in die Pflicht nehmen würde, bedürfte somit einer Anpassung der Grundbegriffe des Kartellrechts, was den Rahmen des vorliegenden Rechtsgutachtens jedoch sprengen würde.

V. Fazit

305 In diesem Abschnitt F. sind mögliche Gesetzesänderungen dargestellt worden. Zur Erleichterung des Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen sind verschiedene Ansätze denkbar.

306 Am einfachsten in das gegenwärtige Konzept des URG einzupassen wäre eine *gesetzliche Lizenz*, die dem Repositoriumbetreiber innerhalb gewisser Grenzen erlauben würde, Werke ohne Zustimmung des Rechteinhabers allgemein zugänglich zu machen.

307 Als auf den ersten Blick weiter gehende Variante davon käme sodann die Rechtsfigur der *Zwangslizenz* in Frage. Aus der Nähe besehen berücksichtigt diese nicht nur die Interessen des Verlags besser, weil er damit nicht zum Umweg über die kollektive Rechtswahrnehmung gezwungen wird, sondern lediglich zum (individualvertraglichen) Lizenzvertragschluss. Auch die Allgemeininteressen scheinen optimal berücksichtigt, weil sich durch mehrere Anbieter gleicher Inhalte die oft nicht vorhandene Wettbewerbssituation herstellen lässt. Nicht ohne weiteres befördert wird dadurch freilich die Idee des Open Access, da die Nehmer einer Zwangslizenz diese Inhalte nicht ohne weiteres kostenlos anbieten dürften, es sei denn, dahinter steht die öffentliche Hand, welche die – auch bei Open Access anfallenden – Kosten in ein solches „Geschäftsmodell“ investiert.

308 Ebenfalls überlegenswert wäre ein Vorschlag, der bei der Person des Urhebers ansetzt. So könnte die geltende Regelung im *Verlagsvertragsrecht*, wonach Aufsätze drei Monate nach ihrem Erscheinen anderweitig (also auch in einem Repositorium) publiziert werden dürfen, bezüglich wissenschaftlicher Werke für zwingend erklärt werden.

G. Zusammenfassung

I. Fragestellung

309 Im vorliegenden Rechtsgutachten werden die rechtlichen Rahmenbedingungen dargestellt, die für den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen und anderen wissenschaftlichen Daten gelten. Der Schwerpunkt liegt bei Fragen rund um Repositorien, d.h. Internet-Servern, die zum Zweck der kostenlosen Zugänglichmachung von wissenschaftlichem Wissen betrieben werden.

II. Grundlagen

310 Der Begriff „Open Access“ wird im vorliegenden Rechtsgutachten mit dem kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen über das Internet gleichgesetzt. Ein solcher Zugang bezweckt vor allem, die Grundlagen einer freien und qualitativ hoch stehenden Forschung zu sichern. Daneben spielt auch der Aspekt der langfristigen Archivierung eine Rolle.

311 Im vorliegenden Rechtsgutachten geht es in erster Linie um Fragen des „grünen Wegs“, d.h. der parallelen Veröffentlichung von Publikationen bei konventionellen Verlagen einerseits und Repositorien andererseits. Nicht weiter vertieft werden die Bedingungen des „goldenen Wegs“, d.h. der Veröffentlichung, die von vornherein – weil sich der Urheber initial für diesen Weg entscheidet – ausschliesslich oder hauptsächlich in einem Open-Access-Medienprodukt erfolgt.

312 Die massgebenden Rechtsgrundlagen liegen vor allem im Urheberrecht, Wettbewerbsrecht und im Vertragsrecht. Zu beachten ist auch das internationale Privatrecht, das bei internationalen Verhältnissen der Bestimmung des anwendbaren Rechts dient, welches in vielen Fällen nicht das schweizerische ist. Auch weitere Rechtsgebiete können mit dem Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im Zusammenhang stehen, so insbesondere das Verfassungsrecht, das Strafrecht und das öffentliche Recht.

III. Aus der Sicht des Urhebers

313 Mit der Schaffung des Werks erhält der Urheber sämtliche Urheberrechte am Werk. Er kann selbst darüber entscheiden, ob er das Werk veröffent-

lichen möchte und ob er dies zu Open-Access-Bedingungen („goldener Weg“), bei einem konventionellen Verlag oder – falls er sich die dafür notwendigen Rechte gegenüber dem Verlag vorbehält – beides parallel („grüner Weg“) tun will.

314 Ob zwischen dem Urheber und dem Verlag ein Verlagsvertrag zustande kommt, hängt davon ab, ob sich die Parteien über die wesentlichen Punkte einigen konnten. Auch AGB bedürfen der Zustimmung der Parteien, d.h. die AGB einer Partei gelten nicht automatisch für die andere Partei, wenn diese sie nicht akzeptiert hat.

315 Haben die Parteien einen Verlagsvertrag abgeschlossen, gilt das Verlagsvertragsrecht des OR, jedoch – da es durchwegs dispositiv ist – nur soweit die Parteien keine abweichende Regelung getroffen haben. Das Gesetz enthält nicht nur Regeln über die Rechtseinräumung (Art. 381 Abs. 1 OR), sondern auch über die Ausübung der Rechte (Art. 382 OR). Für die Berechtigung der Hinterlegung des Werks in einem Repositorium sind drei Konstellationen zu unterscheiden:

- Wissenschaftliche Zeitschriftenaufsätze und Sammelwerkbeiträge, die ein Thema vertieft behandeln, dürfen frühestens drei Monate nach dem Erscheinungsdatum in einem Repositorium hinterlegt werden (Art. 382 Abs. 3 OR).
- Jederzeit, d.h. ohne Einhaltung einer Karenzfreien dürfen aktualitätsbezogene Berichte hinterlegt werden (Art. 382 Abs. 2 OR).
- Andere Werke, insbesondere Monographien und Lehrbücher, dürfen vom Urheber grundsätzlich nicht in einem Repositorium hinterlegt werden, ausser er publiziert eine nicht korrekt zitierfähige Version (wobei an die Zitierfähigkeit in den verschiedenen Fachdisziplinen unterschiedliche Anforderungen gestellt werden), die bezüglich der Verlagsversion keine direkte Konkurrenz darstellt (Art. 382 Abs. 1 OR).

316 Wie erwähnt steht es den Parteien frei, vom Verlagsvertragsrecht des OR abzuweichen. Haben sie eine Regelung über die Rechtseinräumung getroffen, so gelten insbesondere die erwähnten Art. 381 und 382 OR für sie nicht. Es ist den Parteien ohne weiteres erlaubt, selbst eine Regelung zur Hinterlegung in einem Repositorium zu treffen. Zulässig sind z.B. Regeln, wonach dem Urheber die Hinterlegung in einem Repositorium untersagt ist; wonach er sein Werk nur auf seiner persönlichen Internet-

Seite, nicht jedoch anderweitig publizieren darf; oder wonach er das Werk nur als akzeptiertes Manuskript, nicht jedoch in der Form des Verlags-PDF hinterlegen darf.

- 317 Ohne Regelung über das Verlags-PDF darf der Urheber dieses frei verwenden, soweit er über die erforderlichen Urheberrechte am Werk verfügt. Vorbehalten bleiben jedoch die Kennzeichenrechte (z.B. an einem markenrechtlich geschützten Verlagslogo). Ein eigener Schutz des Verlags-PDF (als Verlagsleistung) gegen Übernahme durch den Urheber aufgrund von Art. 5 lit. c UWG besteht nach der hier vertretenen Auffassung nicht. Es kann jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass ein Gericht anders entscheiden würde.
- 318 Haben die Parteien den Vertrag vor dem allgemeinen Bekanntwerden der Möglichkeiten des Internets (ca. 1995) abgeschlossen, so fragt sich, ob der Vertrag auch die Online-Rechte mitumfasst. Dies ist durch Auslegung zu bestimmen. Sieht der Vertrag z.B. die Übertragung „sämtlicher Urheberrechte“ vor, so sind darin auch die damals nicht bekannten Online-Rechte enthalten. Das schweizerische Recht enthält kein Verbot der Rechtseinräumung bezüglich unbekannter Nutzungsarten.
- 319 Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass es den Parteien im Rahmen des Verlagsvertragsrechts des OR ohne weiters erlaubt ist, den „grünen Weg“ zu ermöglichen und neben der Verlagspublikation die Hinterlegung in einem Repositorium durch den Urheber zu gewähren. Ob diese Vertragsfreiheit jedoch entsprechend genutzt werden kann, hängt zu einem grossen Teil von der Marktmacht des Verlags bzw. des vertragschliessenden Urhebers ab. In der Praxis sind es in der Regel die Verlage, die die Vertragsbedingungen einseitig vorgeben.
- 320 Ist ein urheberrechtliches Werk durch eine Mehrzahl von Personen in Miturheberschaft geschaffen worden, bedarf ein Vertrag über dieses Werk grundsätzlich der Zustimmung aller Miturheber; die Miturheber können jedoch abweichende Zustimmungserfordernisse vereinbaren (Art. 7 Abs. 2 URG).
- 321 In internationalen Verhältnissen ist zuerst abzuklären, ob überhaupt ein schweizerischer Gerichtsstand gegeben ist. Ist dies der Fall, ist das anwendbare Recht nach Massgabe des schweizerischen IPRG zu bestimmen. Dabei ist zwischen vertragsrechtlichen und spezifisch urheberrechtlichen Fragen zu unterscheiden. Auf verlagsvertragsrechtliche Aspekte

kommt grundsätzlich die Rechtsordnung desjenigen Staates zur Anwendung, in dem die Geschäftsniederlassung des Verlags liegt (Art. 117 Abs. 2 IPRG). Für urheberrechtliche Aspekte gilt das Schutzlandprinzip, wonach das Recht des Staates anwendbar ist, für den der Schutz beansprucht wird (Art. 110 Abs. 1 IPRG); wird z.B. vom Urheber verlangt, er habe ein bestimmtes Werk von einem in der Schweiz gelegenen Internet-Server zu entfernen, kommt insoweit das schweizerische Recht zur Anwendung. Innerhalb der Grenzen des IPRG können die Parteien auch eine Rechtswahl treffen.

IV. Aus der Sicht des Repositoriumbetreibers

322 Für die Hinterlegung von Werken in seinem Repositorium benötigt der Repositoriumbetreiber das Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) und das Recht der Zugänglichmachung (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) an diesem Werk. Für die bloße Verweisung auf Werke durch Hyperlinks sind in der Regel keine Urheberrechte an den entsprechenden Werken erforderlich.

323 Die Berechtigung an den zu hinterlegenden Werken kann der Repositoriumbetreiber vom Urheber oder vom Verlag erhalten, je nach dem wo die erforderlichen Rechte liegen. Macht der Verlag Werke im Internet frei zugänglich, so lässt sich allein daraus kein Recht des Repositoriumbetreibers ableiten, dieses Werk im Repositorium zu hinterlegen. Auch das Abonnement einer (Online- oder gedruckten) Zeitschrift vermittelt dieses Recht grundsätzlich nicht. Falls die Rechte beim Verlag liegen, kann der Repositoriumbetreiber das Zustimmungserfordernis des Verlags auch nicht dadurch umgehen, indem er das Werk leicht verändert oder in einem anderen Layout (z.B. ohne die Verlagsseitenzahlen) festhält.

324 Die Hinterlegung von Werken ist dann ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig, wenn sie durch eine gesetzliche Schrankenbestimmung gedeckt ist. In Frage kommt vor allem die Schranke des betriebsinternen Gebrauchs (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG), wonach es Wissenschaftsorganisationen und insbesondere Universitäten erlaubt ist, bereits veröffentlichte Werke für den internen Gebrauch zu vervielfältigen und zugänglich zu machen. Die Schranke des betriebsinternen Gebrauchs gilt aber nicht für vollständige Verkaufsexemplare. So dürfen z.B. nicht ganze Bücher ohne Zustimmung des Rechteinhabers universitätsintern zugänglich gemacht werden.

- 325 Eine weitere Schrankenbestimmung erlaubt dem Repositoriumbetreiber, ohne Zustimmung der Rechtsinhaber Archivierungsexemplare herzustellen (Art. 24 Abs. 1^{bis} URG). Diese Archivierungsexemplare dürfen jedoch ohne Zustimmung der Rechtsinhaber nicht allgemein zugänglich gemacht werden.
- 326 Aus dem Kartellrecht kann der Repositoriumbetreiber in aller Regel nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zwar dürfen marktbeherrschende Verlage grundsätzlich nicht die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen verweigern (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) oder unangemessene Preise bzw. Geschäftsbedingungen erzwingen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Doch werden wissenschaftliche Verlage nach dem geltenden Kartellrecht nur in vereinzelten Ausnahmefällen als marktbeherrschend einzustufen sein.
- 327 Werden Werke ohne Berechtigung in ein Repositorium hinterlegt, begeht der Repositoriumbetreiber damit grundsätzlich eine Urheberrechtsverletzung. Der Verletzte kann vom Repositoriumbetreiber insbesondere die Beseitigung der Verletzung sowie Schadenersatz verlangen. Der Repositoriumbetreiber könnte sich für den Fall einer solchen Klage vertraglich absichern, indem er mit dem Urheber vereinbart, dass ihn der Urheber im Verletzungsfall schadlos halten wird. Rein praktisch gesehen kann eine solche Risikoabwälzung auf den Urheber kontraproduktiv sein und dazu führen, dass der Urheber von vornherein auf die Hinterlegung von Werken im Repositorium verzichtet.
- 328 Bei internationalen Verhältnissen ist das anwendbare Recht zu bestimmen. Dabei ist zwischen vertragsrechtlichen und urheberrechtlichen Fragen zu unterscheiden. Klagt z.B. ein Verlag gegen den Repositoriumbetreiber wegen Urheberrechtsverletzung, ohne dass zwischen den beiden ein Vertrag besteht, geht es um urheberrechtliche Fragen, für die das Schutzlandprinzip gilt. Diesfalls ist die Rechtsordnung desjenigen Staats anzuwenden, für den der Schutz beansprucht wird (Art. 110 Abs. 1 IPRG).

V. Aus der Sicht des Nutzers

- 329 Der Nutzer benötigt für den Download von wissenschaftlichen Werken aus dem Internet die erforderliche urheberrechtliche Befugnis. Die entsprechende Erlaubnis erhält er weitgehend durch die gesetzlichen Schrankenbestimmungen über die vorübergehenden Vervielfältigungen

(Art. 24a URG) und vor allem über den privaten und betriebsinternen Gebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. a und c URG).

330 Von diesen Schrankenregelungen kann der Nutzer aber nur profitieren, wenn er über ein Werkexemplar verfügt oder Zugang dazu hat. Ansonsten ist die gesetzliche Erlaubnis zur Werkverwendung für ihn nutzlos. Die Schrankenregelungen geben ihm nämlich kein Recht auf Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen. Zwar erlaubt ihm das Gesetz, technische Schutzmassnahmen (wie z.B. Zugangskontrollen oder Kopiersperren) zu umgehen, doch verbietet es den Handel mit entsprechenden Umgehungshilfen, sodass ein technisch nicht versierter Nutzer von seinem Umgehungsrecht nicht ohne weiteres Gebrauch machen kann.

331 Für Verwendungen des Nutzers, die durch die Schrankenbestimmungen ausnahmsweise nicht abgedeckt sind, benötigt der Nutzer die Zustimmung des Rechtsinhabers, d.h. je nach dem entweder des Urhebers, des Verlags oder des Repositoriumbetreibers. Ohne die erforderliche Berechtigung kann er vom Rechtsinhaber wegen Urheberrechtsverletzung eingeklagt werden, doch wird sich der Rechtsinhaber in der Regel nicht die Mühe machen, gegen einen einzelnen Nutzer den Prozessweg zu beschreiten.

332 Bei internationalen Verhältnissen bestimmt sich das auf Urheberrechtsverletzungen anwendbare Recht grundsätzlich nach dem Schutzlandprinzip (Art. 110 Abs. 1 IPRG). Geht es z.B. um in der Schweiz begangene Urheberrechtsverletzungen durch den Nutzer, kommt demnach das schweizerische Recht zur Anwendung.

VI. Ansätze de lege ferenda

333 Für Gesetzesänderungen, die dem Open-Access-Gedanken vermehrt Rechnung tragen, bestehen verschiedene Ansatzpunkte. In erster Linie kommt eine *urheberrechtliche Schrankenregelung* in Frage, die die allgemeine Zugänglichmachung von wissenschaftlichen Werken erlaubt. Wegen den Vorgaben des internationalen Rechts und insbesondere des sog. Dreistufentests müsste der Anwendungsbereich einer solchen Schrankenregelung in mehrerer Hinsicht eingegrenzt werden.

334 Im vorliegenden Rechtsgutachten wird eine urheberrechtliche gesetzliche Lizenz vorgeschlagen, mit der die Zugänglichmachung erlaubt, aber einer Vergütungspflicht unterstellt würde. Als Alternative kommt auch eine

Zwangslizenz in Frage. Beide Regelungen würden nur für Zeitschriftenaufsätze gelten, die überwiegend mit öffentlichen Forschungsmitteln finanziert worden sind. Ausserdem wäre die allgemeine Zugänglichmachung ohne Zustimmung des Urhebers erst nach Ablauf eines Jahres nach der Veröffentlichung zu nicht kommerziellen Zwecken zulässig.

335 Ein weiterer Ansatz liegt in *zwingenden vertragsrechtlichen Regelungen*. So könnte z.B. die Bestimmung im geltenden Verlagsvertragsrecht, wonach Zeitschriften- und Sammelwerkartikel drei Monate nach ihrem Erscheinen auch anderweitig zugänglich gemacht werden dürfen, bezüglich wissenschaftlicher Werke für zwingend erklärt werden.

336 Ein anderer vertragsrechtlicher Ansatzpunkt liegt im Verhältnis zwischen Urheber und Repositoriumbetreiber. Ist der Urheber beim Repositoriumbetreiber angestellt, z.B. als Wissenschaftler an einer Universität, könnte der Urheber im Arbeitsvertrag verpflichtet werden, seine Werke zur Open-Access-Nutzung freizugeben. Eine solche Verpflichtung ist jedoch fragwürdig, da sie die Verfügungsfreiheit des Wissenschaftlers über seine Publikationen einschränkt und insofern – notabene im Namen der Wissenschaftsfreiheit – eine Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen bedeutet.

* * * * *