Open Access: Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht

Hilty, R M; Seemann, M
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

2. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

IV. Umfang der Rechtseinräumung an den Verlag

1. Grundlagen
   a) Unterscheidung zwischen Übertragung und Lizenzierung
   b) Abtrennbarkeit einzelner Teilbefugnisse des Urheberrechts
   c) Beim Urheber verbleibende Rechte

2. Gesetzliche Regelung
   a) Grundsatz
   b) Übertragung der Online-Rechte
   c) Ausübung der Online-Rechte
   d) Verwendung des Verlags-PDF
   e) Ergebnis

3. Vertragliche Regelung
   a) Grundsatz
   b) Regelung betreffend Online-Rechte
   c) Regelung betreffend persönliche Internet-Seite
   d) Regelung betreffend Autorenversion/Verlags-PDF
   e) Weitere Regelungen
   f) Ergebnis

4. Musterklausel

V. Mehrzahl von Urhebern

VI. Internationale Verhältnisse

1. Gerichtsstand
   a) Im Geltungsbereich des Lugano-Übereinkommens
   b) Aussenhalb des Geltungsbereichs des Lugano-Übereinkommens

2. Anwendbares Recht
   a) Vertragsrecht
   b) Immaterialgüterrecht
   c) Ergebnis

VII. Fazit

D. Aus der Sicht des Repositoriumsbetreibers

I. Übersicht

II. Urheberrechtliche Ausgangslage

1. Hinterlegung von Werkkopien
2. Verweisung auf Werkkopien
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. Abwägung 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
F. Ansätze de lege ferenda

I. Übersicht

II. Urheberrechtliche Schrankenregelung
   1. Zugunsten des Nutzers
   2. Zugunsten des Repositoriumbetreibers
      a) Gesetzliche Lizenz
      b) Zwangslizenz

III. Zwingendes Vertragsrecht
   1. Zugunsten des Urhebers
   2. Zugunsten des Repositoriumbetreibers

IV. Kartellrecht

V. Fazit

G. Zusammenfassung

I. Fragestellung

II. Grundlagen

III. Aus der Sicht des Urhebers

IV. Aus der Sicht des Repositoriumbetreibers

V. Aus der Sicht des Nutzers

VI. Ansätze de lege ferenda
Literaturverzeichnis

ALTENPOHL, MARTINA: Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsresultaten, Bern 1987


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


BAUDENBACHER, CARL: Lauterkeitsrecht, Basel 2001

BECKER, HERMANN: Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. VI/2 (zit.: ZK)

BU, YUANSHI: Die Schranken des Urheberrechts im Internet, Bern 2004

BÜHLER, LUKAS: Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Freiburg 1999


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)

GOUNALAKIS, GEORGIOS: Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Tübingen 2003


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.: Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, S. 179 ff. (zit.: Wissenschaftler)


JONES, RICHARD/ANDREW, THEO/MACCOLL, JOHN: The Institutional Repository, Oxford 2006

KATZENBERGER, PAUL: Vor §§ 120 ff., in: Schricker (Hg.): Urheberrecht, 3. A., München 2006

KRAMER, ERNST A.: Juristische Methodenlehre, 2. A., Bern 2005

KROPHOLLER, JÁN: Europäisches Zivilprozessrecht, 8. A., Frankfurt am Main 2005


OBERHAMMER, PAUL: Art. 5, in: Dasser/Oberhammer (Hg.): Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (Lug(U)), Bern 2008


PIAGET, EMMANUEL: Le contrat d’édition portant sur une publication numérique, Bern 2004


RUBLI, DOMINIK P.: Das Verbot der Umgehung technischer Massnahmen zum Schutz digitaler Datenangebote, Bern 2009


SCHMAUS, STEFAN: Der E-Book-Verlagsvertrag, Baden-Baden 2002


SCHWEIKART, PHILIPP: Die Interessenlage im Urheberrecht, Diss. Zürich 2004

SEEMANN, MATTHIAS: Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten, Bern 2008
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, 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

<table>
<thead>
<tr>
<th>Abkürzung</th>
<th>Definition</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>A.</td>
<td>Auflage</td>
</tr>
<tr>
<td>Abs.</td>
<td>Absatz</td>
</tr>
<tr>
<td>AGB</td>
<td>Allgemeine Geschäftsbedingungen</td>
</tr>
<tr>
<td>Art.</td>
<td>Artikel</td>
</tr>
<tr>
<td>BBl.</td>
<td>Bundesblatt</td>
</tr>
<tr>
<td>Bd.</td>
<td>Band</td>
</tr>
<tr>
<td>BGE</td>
<td>Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung</td>
</tr>
<tr>
<td>BGer</td>
<td>Bundesgericht</td>
</tr>
<tr>
<td>BK</td>
<td>Berner Kommentar</td>
</tr>
<tr>
<td>BSK</td>
<td>Basler Kommentar</td>
</tr>
<tr>
<td>BV</td>
<td>Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101</td>
</tr>
<tr>
<td>bzw.</td>
<td>beziehungsweise</td>
</tr>
<tr>
<td>ca.</td>
<td>circa</td>
</tr>
<tr>
<td>CR</td>
<td>Commentaire Romand</td>
</tr>
<tr>
<td>ders.</td>
<td>derselbe</td>
</tr>
<tr>
<td>d.h.</td>
<td>das heisst</td>
</tr>
<tr>
<td>E.</td>
<td>Erwägung</td>
</tr>
<tr>
<td>EG</td>
<td>Europäische Gemeinschaft</td>
</tr>
<tr>
<td>et al.</td>
<td>et alii, et aliae (und andere)</td>
</tr>
<tr>
<td>ETH</td>
<td>Eidgenössische Technische Hochschule</td>
</tr>
<tr>
<td>EuGH</td>
<td>Europäischer Gerichtshof</td>
</tr>
<tr>
<td>f./ff.</td>
<td>folgende Seite(n)</td>
</tr>
<tr>
<td>Fn.</td>
<td>Fussnote</td>
</tr>
<tr>
<td>GRUR</td>
<td>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</td>
</tr>
<tr>
<td>GRUR Int.</td>
<td>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil</td>
</tr>
<tr>
<td>Hg.</td>
<td>Herausgeber, Herausgeberin</td>
</tr>
<tr>
<td>IIC</td>
<td>International Review of Industrial Property and Copyright Law</td>
</tr>
<tr>
<td>i.V.m.</td>
<td>in Verbindung mit</td>
</tr>
<tr>
<td>KG</td>
<td>Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 251</td>
</tr>
<tr>
<td>lit.</td>
<td>littera</td>
</tr>
<tr>
<td>Abkürzung</td>
<td>Beschreibung</td>
</tr>
<tr>
<td>-----------</td>
<td>--------------</td>
</tr>
<tr>
<td>WCT</td>
<td>WIPO Copyright Treaty (WIPO-Urheberrechtsvertrag) vom 20. Dezember 1996, SR 0.231.151</td>
</tr>
<tr>
<td>WIPO</td>
<td>World Intellectual Property Organization</td>
</tr>
<tr>
<td>z.B.</td>
<td>zum Beispiel</td>
</tr>
<tr>
<td>ZIBB</td>
<td>Zeitschrift für Bibliothekswesen und Bibliographie</td>
</tr>
<tr>
<td>ZGB</td>
<td>Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210</td>
</tr>
<tr>
<td>Ziff.</td>
<td>Ziffer</td>
</tr>
<tr>
<td>zit.</td>
<td>zitiert</td>
</tr>
<tr>
<td>ZK</td>
<td>Zürcher Kommentar</td>
</tr>
<tr>
<td>ZUM</td>
<td>Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht</td>
</tr>
</tbody>
</table>
A. Fragestellung

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.

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.

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

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“ nennt. Als Medium für die Umsetzung dieses Ziels kommt vor allem das Internet in Frage, das ohne weitere die weltweite Verbreitung von Informationen ermöglicht.

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

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

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 darf.

- Zum **wissenschaftlichen Wissen** gehören hauptsächlich die wissenschaftlichen Publikationen, daneben aber auch weitere wissenschaftliche Materialien wie z.B. Forschungsdaten und Aufzeichnungen.

---

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

Der Zweck von Open Access liegt zunächst darin, die Möglichkeiten des Internets für die Wissensvermittlung optimal zu nutzen, 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 sollte. 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.

Open Access soll zudem die langfristige Archivierung des wissenschaftlichen Wissens gewährleisten und damit zur Sicherung des kulturellen Erbes beitragen.

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 wird. 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 hat. Zudem wurden durch Publikationen, die ausschließlich online angeboten werden („e-only“), auch die bisherigen Praktiken der langfristigen Archivierung in Frage gestellt.


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

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


Dazu aus Bibliothekssicht SCHWENS/AL TENHÖNER, S. 55 ff.
II. Strategien der Open-Access-Bewegung

1. Veröffentlichungsstrategien

a) Goldener Weg


b) Grüner Weg

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 Wissenschaftsorganisationen.


Im vorliegenden Gutachten liegt der Schwerpunkt bei den Rechtsfragen des „grünen Wegs“, während auf den „goldenen Weg“ nur am Rande eingegangen wird.

---

12 Bargheer/Bellem/Schmidt, S. 7 f.
13 Bargheer/Bellem/Schmidt, S. 8.
14 Dorschel, S. 239; Flüger/Ertmann, S. 437; Egloff, S. 712; Hilty/Bajon, S. 262.
Um dem Nutzer den kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen zu ermöglichen, müssen die Kosten für die Auflagezeitung, 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 können:

- Im „Author pays-Modell“ muss im Prinzip der Autor für die Veröffentlichung seines Artikels eine Publikationsgebühr entrichten, mag im Innenverhältnis auch die hinter ihm stehende Forschungsinstitution die Kosten übernehmen.

- Im „Institutionen-Modell“ werden die Publikationen von vornherein durch Forschungseinrichtungen 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).

- 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 vorgenommen. Im Resultat lassen sich hier kommerzielle Intermediäre quasi

15 Näher dazu KUHLEN, S. 553 ff.; COCKERILL, S. 111 ff.
die „Einnahmeausfälle“, welche durch den kostenlosen Zugang der Nutzer entstehen, von Seiten der Wissenschaft ersetzen.

III. Rechtsgrundlagen von Open Access

1. Urheberrecht

Da an wissenschaftlichen Publikationen in der Regel Urheberrechte be- stehen, spielt das Urheberrecht eine bedeutende Rolle für die Realisie- rung von Open-Access-Plattformen. Nachfolgend werden kurz einige ur- heberrechtliche Grundlagen erwähnt, die für das vorliegende Rechtsgut- acht relevant sind.

Die massgebenden Rechtsgrundlagen sind aus schweizerischer Per- spektive das Urheberrechtsgesetz (URG) und mehrere internationale Ab- kommen, insbesondere der WIPO-Urheberrechtsvertrag (WIPO Copy- right Treaty, WCT) und die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ).

Schutzobjekt des Urheberrechts sind Werke als „geistige Schöpfungen“ (Art. 2 Abs. 1 URG), und zwar grundsätzlich unabhängig von ihrer Ver- körperung 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 darge- stellt ist.

Geistige Schöpfungen geniessen nur soweit den Schutz des Urhebe- rechts, 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 Sach- logik bestimmt –, sondern mehr in der konkreten sprachlichen bzw. stilis- tischen Gestaltung, in der Formulierung und Gliederung des Stoffes.

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

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 REHINDER, Urheberrecht, Rz. 81, wonach auch der Inhalt wissenschaftlicher Werke schutzfähig ist; die wissenschaftliche Ausei- nandersetzung werde dadurch nicht behindert, weil andere Wissenschaftler das Werk im Rahmen des Zitatrechts wiedergeben dürften (Art. 25 URG). Ebenfalls in diesem Sinne ausführlich ALTPHOHL, S. 81 ff.
Wissenschaftliche Publikationen geniessen in der Regel Urheberrechts-
enschutz, solange es sich nicht um die blosse Zusammenstellung von Da-
ten handelt.\(^{20}\)

Im Folgenden wird ohne nähere Prüfung von der Annahme ausgegan-
gen, dass die auf Open-Access-Plattformen zugänglich gemachten Wer-
ke urheberrechtlich geschützt sind. Diese Annahme hat der Betreiber ei-
er Open-Access-Plattform vorsichtshalber zu treffen, wenn er nicht je-
des einzelne Werk auf seine urheberrechtliche Schutzwürdigkeit hin unter-
suchen möchte.

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 urheber-
rechtlichen Werks (Art. 10 URG). Im Weiteren hat der Urheber das Recht
auf Anerkennung der Urheberschaft und das Recht, über die Erstveröf-
fentlichung 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 abge-
schlossenen Verträgen ist jeweils genau zu prüfen, welche Teilbefugnis-
se des Urheberrechts betroffen sind.

Das Urheberrecht unterliegt gewissen Schranken (Art. 19 ff. URG). So-
weit die Verwendung eines Werks unter eine Schrankenbestimmung fällt,
darf sie frei, d.h. auch ohne Zustimmung des Urheberrechtsinhabers er-
folgen; 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 Anferti-
gung von Archivierungsexemplaren (Art. 24 Abs. 1 und 1\(^{\text{bis}}\) URG).

\(^{20}\) Zum Vergleich: In der Rechtsprechung wurden als geschützte Werke z.B. eine Geset-
zesausgabe, 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).

\(\text{Nicht geschützt wurden z.B. ein Arzneimittel-Kompendium (Zivilgerichtspra-
sidium Basel-
Stadt, sic! 2004, S. 490 ff. E. 2), in Tabellenform dargestellte Luftdruckempfehlungen}
(Kantonsgerichtspräsident Schwyz, sic! 1997, S. 143 ff. E. 5a) und Buchhaltsstruktu-
ren (Obergericht Luzern, sic! 1998, S. 178 ff. E. 7.2).\)
2. **Wettbewerbsrecht**

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).

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**

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.

Verträge gehen dem dispositiven Gesetzesrecht, nicht jedoch dem zwingenden Gesetzestextesrecht vor. Das Verlagsvertragsrecht gemäß Art. 380 ff. OR ist durchwegs dispositiv\(^2\), und das URG enthält praktisch keine spezifisch urhebervertragsrechtlichen, zwingenden Regeln\(^3\). Das bedeutet, dass die Vertragsparteien grundsätzlich von diesen Regeln abweichen können. Wird in einem Verlagsvertrag z.B. festgehalten, dass eine Zweiteröffentlichung 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

---

\(^2\) REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 164; CR-CHERPILLOD, Vor Art. 380–393 Rz. 10; HILTY, Verlagsvertrag, S. 565.

\(^3\) Eine Ausnahme davon besteht in der für gewisse Rechte geltenden 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).
gesetzlichen urheber- oder verlagsvertragsrechtlichen Regeln, die eine solche Klausel verbieten würden (näher hinten Rz. 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**


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.)


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**

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 werden\(^{24}\). Eine solche *verfassungsmässige Auslegung* hat – zumindest im Rahmen von Fragen zu Open Access – im schweizerischen Recht keine grosse praktische Bedeutung\(^{25}\). Erstens hat sich die verfassungskonforme Auslegung im Rahmen des Normsinns des Gesetzes zu bewegen, darf also das Gesetz nicht korrigieren\(^{26}\). 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 schützt\(^{27}\).


\(^{24}\) 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

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


IV. Aufbau des Rechtsgutachtens

Im vorliegenden Rechtsgutachten werden die rechtlichen Aspekte von Open Access dargestellt. Für die einzelnen Beteiligten stellen sich zum Teil unterschiedliche Rechtsfragen.

Deshalb wird das Thema im Folgenden aus der Sicht des Urhebers (unter C.), des Repositoriumsbetreibers (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.


C. Aus der Sicht des Urhebers

I. Übersicht


In vielen Fällen entscheidet sich der Urheber aber – meist aus Reputationsgründen – 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.).

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

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“. Der Urheber erhält mit der Schaffung des Werks sämtliche Urheberrechte daran.

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

BGE 116 II 351 ff. E. 2b.
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) „Urheberrechtsinhaber“.  

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.).

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 schützt, 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.

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.

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.

REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 27 (S. 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**

Der Urheber kann als erster Urheberrechtsinhaber darüber entscheiden, ob, wann und wie er das Werk veröffentlichen und es damit einem Publikum vermitteln möchte (Art. 9 Abs. 2 URG).

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.).


III. Zustandekommen einer Bindung gegenüber dem Verlag

1. Verlagsvertrag

a) Vertragsschluss

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.

Das Zustandekommen eines Vertrags hängt davon ab, ob sich die Parteien über den wesentlichen Vertragsinhalt geeinigt haben (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR). 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) bzw. online zugänglich macht (näher zum Online-Verlagsvertrag hinten Rz. 79 ff.).

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 sind. 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.; DORSCHEL, 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.

Der Abschluss des Verlagsvertrags ist nicht an die Einhaltung einer bestimmten Form gebunden. 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 zusendet 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.

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 oft- mals auch dann ein Verlagsvertrag vor, wenn der nicht rechtsskundige Urheber der Auffassung ist, er habe „keinen Vertrag“ abgeschlossen bzw. „nichts unterschrieben“.

b) Vertragszusatz


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-


Aus der Sicht des Urhebers

...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).

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 werden (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.

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.

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)

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).

Eine Einigung über die AGB kann erfolgen, indem die AGB in den individuellen Vertrag integriert werden oder indem im Vertrag auf die AGB verwiesen wird. Bei einer blossen Verweisung ist zudem erforderlich, dass die zustimmende Partei die Möglichkeit hatte, sich vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen. Diese Voraussetzung ist z.B. nicht gegeben, wenn die AGB in derart kleiner Schrift gedruckt vorliegen, dass sie kaum lesbar sind, oder wenn sie auf der Internet-Seite des Verlags nur schwer zu finden sind.

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 haben.

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 musste oder irreführende Bestimmungen, die die andere Partei über die für sie nachteilige Regelung hinwegtäuschen (Art. 8 UWG).

---

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.
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

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.


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 Recht. 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.
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 blass ein relatives Recht, das grundsätzlich nur gegenüber der rechtseinräumenden Person gilt\(^\text{51}\). Die rechtseinräumende Person bleibt Urheberrechtsinhaberin, wobei ihre Rechtsposition von der Art der Lizenz abhängt\(^\text{52}\):

- 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.

\textit{b) Abtrennbarkeit einzelner Teilbefugnisse des Urheberrechts}


Die einzelnen Teilbefugnisse können auf verschiedene Arten definiert werden\(^\text{53}\):


\(^{52}\) 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

Um ermesscn 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 vorgesehen. 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).

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.

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 Repositorium 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 Repositorium hinterlegen darf, obwohl er über die entsprechenden Urheberrechte eigentlich verfügt. Dies ist etwa der Fall, wenn sich der Urheber vertraglich zur Nichtausübung (Enthaltung) verpflichtet hat.

2. Gesetzliche Regelung

a) Grundsatz

Das Verlagsvertragsrecht des OR ist durchwegs dispositiv ausgestaltet. 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.).

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.

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

\[ \text{Art. 381 Abs. 1 OR} \]

\[ \text{Die Rechte des Urhebers werden insoweit und auf so lange dem Verleger übertragen, als es für die Ausführung des Vertrages erforderlich ist.} \]

Diese Bestimmung ist ein Anwendungsfall der im Urheberrecht geltenden \textit{Zweckübertragungstheorie}, wonach die Rechtseinräumung im Zweifel nur soweit geht, als der Vertragszweck es erfordert\textsuperscript{58}. Bezogen auf den Verlagsvertrag bedeutet sie, dass ohne abweichende vertragliche Regelung grundsätzlich nur das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht am Werk eingeräumt werden\textsuperscript{59}, und auch diese nur soweit, als es die Vertragsdurchführung erfordert\textsuperscript{60}. 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).

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

\textsuperscript{58} BSK-HILTY, Art. 381 Rz. 4; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 165.

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

\textsuperscript{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.).

In der Lehre wird kontrovers diskutiert, ob das Verlagsvertragsrecht des OR auch für reine Online-Publikationen gilt (Online-Verlagsvertrag)\textsuperscript{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.

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 sind\textsuperscript{62}.

Was den Umfang der Rechtseinnahme betrifft, so gilt die Zweckübertragungstheorie ohnehin auch ausserhalb des Verlagsvertragsrechts des OR und damit nicht nur für konventionelle Verlagsverträge, sondern auch für Online-Verlagsverträge\textsuperscript{63}.

\textbf{b) Übertragung der Online-Rechte}

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)\textsuperscript{64} und des Rechts zur Zugänglichma-

\textsuperscript{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.

\textsuperscript{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.

\textsuperscript{63} Vgl. Barrelet/Egloff, Art. 16 Rz. 20 (allgemein zur Zweckübertragungstheorie).

\textsuperscript{64} Barrelet/Egloff, Art. 10 Rz. 12; Bu, S. 55; Bühler, S. 157 f.
chung (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG). Diese beiden Rechte werden im vorliegenden Rechtsgutachten der Einfachheit halber unter dem Sammelbegriff der Online-Rechte zusammengefasst.

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.

Es sind drei Konstellationen zu unterscheiden:


– 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.

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-
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

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.

Das Verlagsvertragsrecht des OR sieht nämlich besondere Enthaltungspflichten und Ausübungsrechte des Urhebers vor, die für den Urheber gegenüber dem Verlag gelten. 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 Nachteil 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.

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 Nachteil“ 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

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.

Hat der Urheber z.B. ein Buch drucken und vertreiben lassen, so darf er es – solange die Auflage nicht vergriffen ist – nicht in einem Repositorium 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:


– 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.


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 konkurrieren. Ähnlich gewährt auch § 9 Abs. 2 des deutschen VerlG ein „überschiessendes“ Verbotsrecht, das zudem – anders als im schweizerischen Recht – nicht nur gegenüber dem Verlaggeber, 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.
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 Zweipublikation ist nicht an ein bestimmtes Format gebunden; sie kann ebenso in gedruckter Form als auch online (z.B. in einem Repositorium) erfolgen. Zudem spielt es in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob die Erstpublikation vor Bekanntwerden der Möglichkeiten des Internet (ca. 1995) oder danach stattgefunden hat.

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 Repositorium 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.

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 auszuüben. 70

Wie schon erwähnt ist sich die Lehre nicht einig, ob das Verlagsvertragsrecht des OR auch auf reine Online-Publikationen anwendbar ist (siehe vor Rz. 79 f.). In diesem Zusammenhang fragt sich, ob die in Art. 382 OR geregelten Enthaltungspflichten und Ausübungsrechte auf reine Online-


d) Verwendung des Verlags-PDF?

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.

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.

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 UWG, sondern lit. c dieser Bestimmung relevant ist:

\[ \text{Art. 5 lit. c UWG} \]

*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.
In der Tat handelt es sich beim Verlags-PDF um ein „marktreifes Arbeitsergebnis“, 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 angemessen 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 ist.

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 kann, 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.


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-

---


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 hat\textsuperscript{75}, z.B. das Verlags-PDF erst nach einer Karenzfrist verwendet, während er seine Auslagen bereits decken konnte.

e) Ergebnis


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:

\begin{itemize}
\item \textit{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).
\item \textit{Akualitätsbezogene Berichte} dürfen vom Urheber jederzeit, d.h. ohne Karenzfrist anderweitig, z.B. in einem Repositorium veröffentlicht werden (Art. 382 Abs. 2 OR).
\item \textit{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

\textsuperscript{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).

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

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.).


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 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) DORSCHEL, S. 239 ff., 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

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.).

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.

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 nicht.\(^77\)

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.

\(^77\) \textit{De Werra}, Art. 16 Rz. 28; \textit{Barrelet/Eloff}, 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.
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

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.

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 Forschungseinrichtung), 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.

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.).

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

**d) Regelung betreffend Autorenversion/Verlags-PDF**

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 vor- sehen, dass nur das akzeptierte Manuskript, nicht aber das Verlags-PDF vom Urheber in einem Repositorium hinterlegt werden darf.

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.

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


- Sieht der Verlagsvertrag keine Übertragung der Online-Rechte vor, verbleiben diese beim Urheber, sodass dieser sein Werk grundsätzlich in einem Repositorium 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/miac/ASM_Author_Statement.dtl](http://journals.asm.org/miac/ASM_Author_Statement.dtl)).
d.h. der Urheber wird in der Ausübung seiner Online-Rechte durch Vereinbarung beschränkt.

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.

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


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.

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 werden.

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

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.


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.

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


Die Karenzfrist auf drei Monate festzulegen, erschien deshalb nicht vermessen, da eine solche Frist schon im geltenden, wenn auch nicht zwingenden Verlagsvertragsrecht für Zeitschriften- und Sammelwerkarten verankert ist (Art. 382 Abs. 3 OR). Um die Akzeptanz für die Verlage zu erhöhen, wird hier jedoch eine Karenzfrist von sechs Monaten vorgeschlagen.

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:


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

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

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 zuge stellt wird, sondern dass von diesem auch eine eindeutige Zustimmung erwirkt werden kann (näher dazu vorn Rz. 56 ff.).

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._

Eine andere Strategie, die ebenfalls schon heute durch die Praxis einiger Verlage gedeckt ist, 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](http://www.sherpa.ac.uk/romeo.php).
V. Mehrzahl von Urhebern

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.).

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 gestatten.

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.

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.).

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

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

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.


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

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 Rechtssprechung nicht gegeben.

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 bezieht. Dieser Gerichtsstand liegt am Handlungs- oder am Erfolgsort, 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 erlaubt, z.B. ob dem Urheber die Hinterlegung in einem Repositorium aufgrund des Verlagsvertrags zusteht oder nicht.

b) Ausserhalb des Geltungsbereichs des Lugano-Übereinkommens


Ohne Gerichtsstandvereinbarung ist – ähnlich wie im Geltungsbereich des LugÜ – grundsätzlich das Gericht am Wohnsitz oder, wenn ein sol-

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 Aufenthaltsort\textsuperscript{89} des Beklag-
ten 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.

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

- Möglich ist zunächst der vertragsrechtliche Gerichtsstand am \textit{Erfül-
  lungsort}, d.h. am Ort, an dem eine Leistung in der Schweiz zu
  erbringen ist (Art. 113 IPRG). Es besteht jedoch keine festgegte
  Lehre und Rechtsprechung zur Frage, wie es sich mit räumlich nicht
  definierten Unterlassungspflichten verhält\textsuperscript{90}. Wenn der Urheber sich
  zur Unterlassung von Publikationen in Repositorien verpflichtet, so ist
  nicht geklärt, ob daraus aus Art. 113 IPRG ein schweizerischer Ge-
  richtsstand abgeleitet werden kann.

- Wie im Rahmen des LugÜ besteht auch im IPRG der auf Urheber-
  rechtsverletzungen bezogene Gerichtsstand \textit{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 Abruf-
  barkeit von Internet-Inhalten.

\section*{2. \textit{Anwendbares Recht}}

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

\textsuperscript{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).

\textsuperscript{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, je-
  doch ohne Auseinandersetzung mit dem Problem der Unterlassungspflichten, die räum-
  lich 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

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. 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).

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

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 haben.

Die herrschende Lehre knüpft das anwendbare Recht an der charakterischen Leistung (Art. 117 Abs. 2 IPRG) des Verlagsvertrages 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 liegt.

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.
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/VOGTLANG, Art. 117 Rz. 45, die die Anknüpfung danach differenzieren, ob der Verleger dem Verlaggeber 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.

\[ \textit{Immaterialgüterrecht} \]

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\(^\text{94}\).

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 Werk\(^\text{95}\).


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 würde\(^\text{96}\)).

\(^\text{94}\) BSK-JEGHER/VASELLA, Art. 122 Rz. 13; HILTY, Verlagsvertrag, S. 571.

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

\(^\text{96}\) BSK-JEGHER, Art. 110 Rz. 29.
C. Aus der Sicht des Urhebers

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 wird.97

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.

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).

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 lokalisiert.98

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 Anwen-
dung 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

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

Das bedeutet, dass im Streit mit einem ausländischen Verlag regelmäs-
sig die entsprechende ausländische Rechtsordnung zur Anwendung ge-
langt, sei es aufgrund von Art. 117 Abs. 2 IPRG, sei es aufgrund einer im
Verlagsvertrag vereinbarten Rechtswahl. Schweizerisches Recht ist in ei-
inem solchen Fall nur insoweit anwendbar, als es um Fragen des Urhe-
berrechts 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

In diesem Abschnitt C. ist die Open-Access-Problematik aus der Sicht
des Urhebers dargestellt worden. Prädend ist in diesem Zusammenhang,
dass im schweizerischen Urheberrecht und Verlagsvertragsrecht weitge-
hend der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt. Den Parteien bleibt es theo-
retisch unbenommen, einen Verlagsvertrag abzuschliessen, der dem Ur-
heber neben der Verlagspublikation auch eine Parallelveröffentlichung in
einem Repositorium erlaubt – sei es als Verlags-PDF oder in einer Auto-
renversion (ohne Verlagslogo und Verlagsseitenzahlen).

In der Praxis sind es jedoch regelmässig die Verlage, die die Vertragsbe-
dingungen 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 Repositoriumbetreibers

I. Übersicht

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“) niederschlägt\(^{99}\). 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.

Da wissenschaftliche Publikationen in der Regel urheberrechtlich geschützt sind, benötigt der Repositoriumbetreiber 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

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).

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 URG\(^{100}\). Der Upload wird nicht in jedem Fall durch den Repositoriumbetreiber 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.

Der Repositoriumbetreiber stellt das Werk auf dem Internet zum Abruf bereit. Dies fällt unter das Recht der Zugänglichmachung gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. c URG\(^{101}\).

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 Repositoriumbetreiber benötigt für seine Tätigkeit die Online-Rechte für die Werke, die er zugänglich macht.

2. **Verweisung auf Werkkopien**

a) **Hyperlinks**

Der Repositoriumbetreiber 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 Repositoriumbetreiber z.B. auf die persönliche Internet-Seite eines Wissenschaftlers verweisen sowie auf die Werke, die dieser dort publiziert.

Das blosse Setzen von Hyperlinks ist in der Regel keine urheberrechtliche Nutzung des Werks, auf das verwiesen wird. Es handelt sich im Grunde um einen blossten Hinweis auf das bei einer anderen Internet-Seite zu findinge Werk, mit der Besonderheit, dass der Hyperlink einen einfachen und schnellen Zugriff auf das Werk ermöglicht\(^{102}\).

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 Zielseite (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 ist\textsuperscript{103}.

– 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 Repositoriumbetreiber geltend gemacht werden\textsuperscript{104}. Eine solche Urheberrechtsverletzung durch den Nutzer – und die entsprechende Teilnahme daran durch den Repositoriumbetreiber – entfällt jedoch, soweit der Nutzer durch die gesetzlichen Schrankenregelungen des persönlichen oder betrieblichen Gebrauchs zur Nutzung berechtigt ist\textsuperscript{105} (dazu hinten Rz. 253 ff.).

\textit{b) „Request a copy“-Funktion}

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 Anfrageannahme oder ablehnen kann. Im Falle der Annahme wird dem Nutzer das Werk per E-Mail zugestellt.

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)\textsuperscript{106}. Dabei ist von Bedeutung, ob die Zusendung des Werks allein durch den Urheber erfolgt oder ob der Repositoriumbetreiber an diesem Vorgang beteiligt ist (so z.B. wenn die Zusendung

\textsuperscript{103} HILTY, Link, S. 139 m.w.H.; vgl. auch Bu, S. 63 f.

\textsuperscript{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.

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

\textsuperscript{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 Repositoriumbetreibers aus erfolgt).

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 Repositoriumbetreiber vorgehen möchte) ist die technische Ausgestaltung der „request a copy“-Funktion nicht transparent, sodass es für ihn nicht immer einfach zu ermess sein wird, ob allfällige Urheberrechtsverletzungen allein durch den Urheber oder auch durch den Repositoriumbetreiber begangen werden.

III. Berechtigung an den erforderlichen Urheberrechten

1. Berechtigung durch Zustimmung des Urhebers

a) Tragweite der Zustimmung

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

Stimmt der Urheber der Werkhinterlegung im Repositorium zu, ohne mit dem Repositoriumbetreiber 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 Repositoriumbetreiber in aller Regel nicht danach, das Werk möglichst umfassend zu verwerten.107

b) Durch Verlagsvertrag gebundener Urheber

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

\[\text{107 DORSCHEL, S. 238 f.}\]
ist. Dabei sind die einzelnen Rechtsbeziehungen zwischen Urheber, Verlag und Repositoriumbetreiber 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 Repositoriumbetreiber und Verlag:** Der Repositoriumbetreiber ist nicht Partei des (zwischen Verlag und Urheber geschlossenen) Verlagsvertrags und kann diesen deshalb nicht verletzen. Der Verlagsvertrag ist für den Repositoriumbetreiber aber insofern relevant, als der Urheber dem Repositoriumbetreiber 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 Repositoriumbetreiber, der das Werk öffentlich zugänglich macht, direkt wegen Urheberrechtsverletzung einklagen.\(^{108}\)

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.).

Um das Risiko zu beseitigen, dass der Repositoriumbetreiber 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.
D. Aus der Sicht des Repositoriumbetreibers

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

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 dürfen⁰⁹. 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.).

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.


---

⁰⁹ REHINDER, Urheberrecht, Rz. 173 (S. 177 f.).

¹⁰ HILTY/BAJON, S. 262.

2. **Berechtigung durch Zustimmung des Verlags**

Denkbar ist auch, dass der Repositoriumbetreiber die erforderlichen Urheberrechte vom Verlag erhält. Eine solche Kooperation zwischen Repositoriumbetreiber und Verlag hätte den Vorteil, dass der Repositoriumbetreiber die Rechte nicht von jedem einzelnen Urheber erfragen müsste, sondern mit den betreffenden Verlagen eine Paketlösung über zahlreiche Werke vereinbaren könnte\(^{112}\). Solchen Kooperationen steht jedoch oftmals der Umstand im Wege, dass die konventionellen Verlage Open-Access-Veröffentlichungen als unerwünschte Konkurrenz wahrnehmen\(^{113}\).

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.

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 eingeraumt, 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.

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](http://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 Repositoriumbetreiber in einem solchen Fall untersagt, das Werk frei zugänglich zu hinterlegen.

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


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“ würden\(^\text{114}\). Reine Kürzungen oder Umstellungen genügen dafür nicht. Ebenfalls nicht nötig ist die Zustimmung grundsätzlich dann, wenn ein Repositoriumbetreiber 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.

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 sind:\footnote{Der Übersichtlichkeit halber wird Art. 19 URG hier nur teilweise abgedruckt.}

\begin{quote}
\textbf{Art. 19 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 URG}
\footnote{GASSER, Eigengebrauch, S. 91 f.}
\footnote{Berechtigt ist „die gesamte Berufs- und Arbeitswelt“: BARRELET/EGLOFF, Art. 19 Rz. 16.}
\end{quote}

\begin{enumerate}
\item Veröffentlichte Werke dürfen zum Eigengebrauch verwendet werden. Als Eigengebrauch gilt:
\begin{itemize}
\item das Vervielfältigen von Werkexemplaren in Betrieben, öffentlichen Verwaltungen, Instituten, Kommissionen und ähnlichen Einrichtungen für die interne Information oder Dokumentation.
\item die Vervielfältigung von Werken der bildenden Kunst;
\item die Vervielfältigung von graphischen Aufzeichnungen von Werken der Musik;
\item die Aufnahme von Vorträgen, Aufführungen oder Vorführungen eines Werkes auf Ton-, Tonbild- oder Datenträger.
\end{itemize}
\end{enumerate}

\begin{quote}
\textbf{Ausserhalb des privaten Kreises sind nicht zulässig:}
\footnote{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 Rolle. Der Kreis der Berechtigten ist also weit gefasst, sodass auch Universitäten, wissenschaftliche Institute und andere Wissenschaftsorganisationen darunter fallen.}
\begin{enumerate}
\item die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare;
\item die Vervielfältigung von Werken der bildenden Kunst;
\item die Vervielfältigung von graphischen Aufzeichnungen von Werken der Musik;
\item die Aufnahme von Vorträgen, Aufführungen oder Vorführungen eines Werkes auf Ton-, Tonbild- oder Datenträger.
\end{enumerate}
\end{quote}
D. Aus der Sicht des Repositoriumbetreibers

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.


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 Daten austausch \(\text{zwischen} \) 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 Interne\(^\text{120}\). 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 Kunden\(^\text{121}\), sondern Angehörige der Institution\(^\text{122}\).

\(^{119}\) 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; GAS- SER, 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.
Die Schranke des betriebsinternen Gebrauchs bezieht sich nur auf veröf-
fentlichte 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 ver teilen (Art. 49 URG).

Nach Rechtsprechung und Lehre muss der Berechtigte rechtmässigen Zugang zu dem von ihm betriebsintern gebrauchten Werkexemplar gehabt haben. 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.).

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.


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 werden. 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 wird; 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 gedeckt.

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


b) Schranke für Archivierungs- und Sicherungsexemplare

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.


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.“

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

Nicht weiter hilft dem Repositoriumbetreiber 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 Repositoriumbetreiber 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.


128 So ausdrücklich Botschaft, BBl. 2006, S. 3430.
129 BARRELET/EGLOFF, Art. 27 Rz. 1.
4. **Berechtigung durch Kartellrecht?**

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.

Anknüpfungspunkt ist Art. 7 KG, wonach marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktstellung nicht missbrauchen dürfen. 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).

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, wohllwissend, dass die Forschungseinrichtungen auf das Abonnement von renommierten Zeitschriften nicht verzichten können, wenn sie ihren Angehörigen eine qualitativ hoch stehende Forschungsinfrastruktur zur Verfügung stellen wollen.

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 Aus schaltung des funktionierenden Wettbewerbs entgegenzuwirken.

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.


132 ZÄCH, Rz. 693; STIRNIMANN, S. 217.
können. Die Krux hierbei ist aber die Bestimmung des relevanten Markts.


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.
D. Aus der Sicht des Repositoriumbetreibers

ranzuziehen seien, und lehnt eine Einengung des Marktbegriffs auf einzelne Zeitschriften oder gar einzelne Aufsätze ausdrücklich ab\textsuperscript{138}.

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

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 \textit{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 entfernen\textsuperscript{139}.

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 \textit{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)\textsuperscript{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.

\textsuperscript{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).

\textsuperscript{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), die Einziehung (Art. 63 URG), die vorsorgliche Massnahme (Art. 65 URG) sowie die Urteilsveröffentlichung (Art. 66 URG).

\textsuperscript{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): \textit{BARRELET/EGLOFF}, Art. 62 Rz. 17.
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).

Als Beklagte kommen nicht nur Repositoriumbetreiber 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). 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 Repositoriumbetreiber auch der Urheber eingeklagt werden. Im Falle eines Schadenersatzanspruchs haften dann Repositoriumbetreiber 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).

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 verstossen.

2. Abwälzung der Rechtsfolgen

a) Regress auf den Urheber

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

\[141\] Barrelet/Egloff, Art. 62 Rz. 5; dazu auch Rubli, Rz. 112 ff.

Falle von Rechtsansprüchen Dritter schadlos zu halten, d.h. die anfallenden Kosten bzw. allfällige Schadenersatzzahlungen zu übernehmen.\(^\text{143}\)

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 sind.\(^\text{144}\) 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 einer Repositorium befugt ist (ausführlich vorn 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 Repositoriumbetreiber.

Haben der Repositoriumbetreiber und der Urheber nichts über die Haftung für Rechtsverletzungen vereinbart, kann der Repositoriumbetreiber 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 Repositoriumbetreiber und vom Urheber übernommen werden müssen, wird im konkreten Fall durch richterliches Ermessen bestimmt (Art. 50 Abs. 2 OR).

Dabei ist der Repositoriumbetreiber 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 hat.\(^\text{145}\) Man wird vom Repositoriumbetreiber 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 Repositoriumbetreiber 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“.

wäre es dem Repositoriumbetreiber jedoch nicht zumutbar, den Inhalt jedes einzelnen Werks zur Kenntnis zu nehmen und auf Rechtsverstösse hin zu untersuchen\textsuperscript{146}.

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).

\textit{b) Regress auf Arbeitnehmer}


Grundsätzlich haftet der Repositoriumbetreiber gegenüber Dritten auch für Schäden seiner Arbeitnehmer und Hilfspersonen (Art. 55 Abs. 1 OR, dazu soeben Rz. 236). Die Haftung des Repositoriumbetreibers 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 ist\textsuperscript{147}.

\textsuperscript{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 Repositoriumbetreiber übertragen.

\textsuperscript{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 Erfüllungs-, am Handlungs- 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 Repositoriumbetreibers primär um Klagen des Verlags gegen den Repositoriumbetreiber (zur Unterscheidung der Rechtsbeziehungen zwischen Urheber, Verlag und Repositoriumbetreiber vorn Rz. 184).

241 In der Regel wird der Repositoriumbetreiber mit dem Verlag nicht vertraglich verbunden sein, sodass eine Klage des Verlags gegen den Repositoriumbetreiber üblicherweise keine vertragsrechtlichen, sondern rein urheberrechtlichen 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 Repositoriumbetreiber 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 Repositoriumbetreibers erläutert worden. Der Repositoriumbetreiber 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.
E. Aus der Sicht des Nutzers

I. Übersicht


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


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

2. Einschränkungen bei Internet-Nutzung

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

Mit der URG-Revision von 2007 sind indessen die Schrankenbestimmungen dahingehend revidiert worden, dass der Werkgenuß per Internet in vielen Fällen von der Zustimmungsbedürftigkeit 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


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

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 Personen\(^{149}\). 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.
Um Privatgebrauch handelt es sich etwa, wenn ein Wissenschaftler, der auf eigene Faust forscht, Aufsätze und Bücher kopiert. 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.

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. 3bis 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. 3bis i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG).

Umstritten ist die Frage, ob die gesetzliche Erlaubnis zum privaten Gebrauch auch an unerlaubt hergestellten oder unerlaubt zugänglich gemachten Werkexemplaren („Raubkopien“) besteht. Die schweizerischen Gerichte haben bisher nicht darüber entschieden. Nachdem das

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


Das Gesetz sieht ein grundsätzliches Verbot der Umgehung wirksamer technischer Schutzmassnahmen vor (Art. 39a Abs. 1 URG), statuiert jedoch eine Ausnahme für Umgehen, die „ausschliesslich zum Zwecke einer gesetzlich erlaubten Verwendung“ erfolgen (Art. 39a Abs. 4 URG). 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 Nutzers\textsuperscript{154}, um – in vielen Fällen kostenlos\textsuperscript{155} – an die technisch geschützten Inhalte zu gelangen.

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 Umgehungs hilfen untersagt, kann im Ergebnis nur noch jener Nutzer von seinem „right to hack“ profitieren, der seine Umgehungs instrumente von einem illegal handelnden Anbieter bezieht oder selbst über die entsprechenden technischen Kenntnisse verfügt\textsuperscript{156}. 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 eines Dritten sichert\textsuperscript{157} (mit entsprechenden Vermögenspflichten für dabei entstehende Vervielfältigungen, Art. 20 Abs. 2 URG).

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

\textbf{2. Berechtigung durch Zustimmung des Urhebers}


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

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item \textsuperscript{154} Auch wenn der Nutzer streng rechtlich gesehen kein „Umgehungsrecht“ hat, sondern nur das gesetzlich verankerte Privileg geniesst, an sich verbotene Umgehungs handlungen ohne rechtliche Konsequenzen vornehmen zu dürfen. Zur rechtsdogmatischen Konstruktion RUBLI, Rz. 458 ff.
\item \textsuperscript{155} Die Vergütungspflicht für den persönlichen und betriebsinternen Gebrauch richtet sich nach den allgemeinen Regeln von Art. 19 f. URG.
\item \textsuperscript{156} Näher dazu RUBLI, Rz. 466 ff.
\item \textsuperscript{157} So auch BARRELET/EGLOFF, Art. 39a Rz. 13.
\end{itemize}
\end{footnotesize}
Urheber entweder selbst (z.B. über seine persönliche Internet-Seite) oder über einen Dritten tun (z.B. mittels Publikation in einem Repositorium).

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.


---


\(^{159}\) 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**


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

IV. **Rechtsfolgen bei fehlender Berechtigung**

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.).

Das Problem für den Nutzer liegt nicht in erster Linie darin, dass er sich eine Urheberrechtsverletzung zuschulden lassen 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.

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).

Diesfalls kann er vom Rechtsinhaber eingeklagt werden, dem die Rechtsbehelfe von Art. 61 ff. URG zur Verfügung stehen, insbesondere die Klagen auf Beseitigung der Urheberechtsverletzung 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

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

F. Ansätze de lege ferenda

I. Übersicht


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

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.).


Abgesehen davon, dass eine derart „verbesserte“ Schrankenregelung auch immer auf ihre Verhältnismässigkeit hinsichtlich der tangierten Interessen (insbesondere der wissenschaftlichen Verlage) zu prüfen wäre,
füllt 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**


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.

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.

Doch ist zu beachten, dass Schrankenbestimmungen den Vorgaben des internationalen Rechts und insbesondere des sog. Dreistufentests zu genügen haben. Der Dreistufen-test 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 dürfen\textsuperscript{161}.

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.

Dies soll im Folgenden anhand des DreistufenTestes 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 ausgeht\textsuperscript{162}; 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:

Das Vorliegen eines bestimmt Sonderfalls (Teststufe 1) in diesem Sinne ist anzunehmen, wenn eine grundsätzliche Berechtigung für eine Beschränkung des Urheberrechts besteht\textsuperscript{163}. Eine solche Berechtigung für das Postulat des allgemeinen Zugangs zu wissenschaftlichen Publikationen ergibt sich aus dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV)\textsuperscript{164}.

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

\textsuperscript{161} Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT.
\textsuperscript{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/ww/de/pub/aktuelles/declaration_on_the_three_step_/declaration.cfm.
\textsuperscript{163} SENFTLEBEN, S. 207.
\textsuperscript{164} HANSEN, S. 385.
F. Ansätze de lege ferenda

Schrankenbestimmung erhebliche Umsatzeinbussen mit sich bringen würde oder nicht\textsuperscript{165}.


Dass die Schrankenbestimmung nicht direkt den Nutzer, sondern den Werkvermittler, insbesondere den Repositoriumsbetreiber 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 anzunehmen\textsuperscript{168}. 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 erlaubt\textsuperscript{169}; 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.

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

\textsuperscript{165} SENFTLEBEN, S. 208 f.
\textsuperscript{166} Ebenso SANDBERGER, S. 822 (zum Teil in Anwendung der Teststufe 1); HANSEN, S. 382, 385 f. (Karenzfrist), 384 (Beschränkung auf Periodika).
\textsuperscript{167} Vgl. HILTY, Urheberrecht und Wissenschaft, S. 192.
\textsuperscript{168} HILTY, Zwangsübertragungen, S. 637.
\textsuperscript{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 notwendig\(^\text{170}\). 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 beschränken\(^\text{171}\).

– **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“ begrenzt\(^\text{172}\). Eine solche Beschränkung ist jedoch schwierig zu handhaben, wenn sie wirklich alle Forschenden miteinbeziehen möchte und nicht nur den universitäts-, instituts- oder forschergruppeninternen Informationsaustausch

---

\(^\text{170}\) Sandberger, S. 822; Hansen, S. 386.

\(^\text{171}\) Hilty, Urheberrecht und Wissenschaft, S. 191; Sandberger, S. 822 (in Anwendung der Teststufe 1).

\(^\text{172}\) Siehe § 52a Abs. 1 Nr. 2 des deutschen UrhG: „Zulässig ist, veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeit- schriften 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 will. Vor diesem Hintergrund ist es vorzuziehen, entsprechend dem Postulat von Open Access die allgemeine Zugänglichkeit vorzusehen, auch wenn dazu höhere Tarifen notwendig sind, um die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber auszugleichen.

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

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.*


*b) Zwangslizenz*

Anders als bei der gesetzlichen Lizenz bedeutet eine Zwangslizenz weder eine direkte gesetzliche Verwendungsbeauftragung noch wird eine durch Tarife konkrete 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 sind.

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...

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


### III. Zwingendes Vertragsrecht

#### 1. Zugunsten des Urhebers

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.


dem Verlag\textsuperscript{179}. Hierfür wäre das Verlagsvertragsrecht des OR wohl der geeignetere Ort als das URG.

Eine Regelung, die einseitig auf die Durchsetzung des Open-Access-Gedankens gerichtet wäre, könnte darin bestehen, dass \textit{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 verbleiben\textsuperscript{180}.

Da das Verlagsvertragsrecht des OR heute durchwegs dispositiv ist, würde eine solche zwingende Bestimmung ein \textit{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.

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 \textit{bezüglich wissenschaftlicher Werke für zwingend} zu erklären\textsuperscript{181}.

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

\textsuperscript{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.

\textsuperscript{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.

\textsuperscript{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.


2. Zugunsten des Repositoriumbetreibers

Ein weiterer Ansatzpunkt liegt im Verhältnis zwischen Urheber und Repositoriumbetreiber. Ist der Urheber bei einem Repositoriumbetreiber 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 hinterlegen. Für die Eidgenössischen Technischen Hochschulen könnte eine solche Bestimmung im ETH-Gesetz, für die Universität Zürich im kantonalen Universitätsgesetz verankert werden.


---

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).
IV. Kartellrecht

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

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

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 Rechtshabers allgemein zugänglich zu machen.


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

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 kostenlose Zugänglichmachung von wissenschaftlichem Wissen betrieben werden.

II. Grundlagen


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.


III. Aus der Sicht des Urhebers

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

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.

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 Karenzfreistrecke 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).

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.

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.


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).

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

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 blose Verweisung auf Werke durch Hyperlinks sind in der Regel keine Urheberrechte an den entsprechenden Werken erforderlich.


Eine weitere Schrankenbestimmung erlaubt dem Repositoriumbetreiber, ohne Zustimmung der Rechtsinhaber Archivierungsexemplare herzustellen (Art. 24 Abs. 1\textsuperscript{bis} URG). Diese Archivierungsexemplare dürfen jedoch ohne Zustimmung der Rechtsinhaber nicht allgemein zugänglich gemacht werden.

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.

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.


Aus der Sicht des Nutzers

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).


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

Bei internationalen Verhältnissen bestimmt sich das auf Urheberrechtsverletzungen anwendbare Recht grundsätzlich nach dem Schutzlandprinzip (Art. 110 Abs. 1 URG). 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


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 Zeitschriften-
aufsätze gelten, die überwiegend mit öffentlichen Forschungsmitteln fi-
nanziert worden sind. Ausserdem wäre die allgemeine Zugänglichma-
chung ohne Zustimmung des Urhebers erst nach Ablauf eines Jahres
nach der Veröffentlichung zu nicht kommerziellen Zwecken zulässig.

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

Ein anderer vertragsrechtlicher Ansatzpunkt liegt im Verhältnis zwischen
Urheber und Repositoriumsbetreiber. Ist der Urheber beim Repositorium-
betreiber 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 Wis-
senschaftsfreiheit – eine Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen
bedeutet.

* * * * *