



**Universität
Zürich** UZH



**Universität
Basel**

Juristische
Fakultät



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

**CENTER FOR
INFORMATION
TECHNOLOGY
SOCIETY AND
LAW — ITSLS**

SWITCH



Università
della
Svizzera
italiana



HAUTE ÉCOLE DE GESTION
HOCHSCHULE FÜR WIRTSCHAFT
SCHOOL OF MANAGEMENT

Fribourg
Freiburg

Regulatory Framework:

Zweitveröffentlichungsrecht und Open Access als regulatorische Herausforderung

Prof. Dr. Florent Thouvenin und Dr. Stephanie Volz

Prof. Dr. Alfred Früh, Dr. Franziska Bächler und Prof. Dr. Rika Koch

Prof. Dr. Gian Paolo Romano

Dr. Anna Picco-Schwendener und Suzanna Marazza

Prof. Maya Dougoud

Prof. Dr. Rudolf Mumenthaler und Dr. Andrea Malits

Anna Kuhn und Benedikt Saner, SWITCH

Basel/Fribourg/Genf/Lugano/Zürich, 9. Oktober 2023

Dieser Bericht ist unter Mitwirkung und im laufenden Austausch aller Beteiligten entstanden. Die einzelnen Teile wurden in erster Linie von den folgenden Beteiligten verfasst:

- Einleitung: Florent Thouvenin, Stephanie Volz, Andrea Malits und Rudolf Mumenthaler
- Zweitveröffentlichungsrecht: Gian Paolo Romano, Florent Thouvenin
- Open Access als regulatorische Herausforderung
 - o Verfassungsrecht: Stephanie Volz
 - o Öffentliches Beschaffungsrecht: Rika Koch und Alfred Früh
 - o Kartellrecht: Alfred Früh und Franziska Bächler
 - o Waren- und Güterkontrollrecht: Maya Dougoud
 - o Datenschutzrecht: Anna Kuhn und Benedikt Saner
 - o Arbeitsrecht: Prof. Dr. Roger Rudolph (Gastautor) und Stephanie Volz
 - o Anhang: Anna Picco-Schwendener und Suzanna Marazza

Inhaltsübersicht

A.	Einleitung	8
I.	Fragestellung	8
II.	Grundlagen	10
1.	Open-Access-Strategien	10
a)	Grüner Weg	10
b)	Goldener Weg	11
c)	Platin oder Diamond Weg	11
d)	Hybrid Open Access und Read&Publish	11
2.	Beteiligte	12
III.	Ausgangslage	13
B.	Zweitveröffentlichungsrecht	16
I.	Executive Summary	16
II.	Heutige Rechtslage in der Schweiz	18
III.	Rechtsvergleichende Perspektive	20
1.	Gesetzliche Regelungen	21
a)	Regelung im Urheberrecht	21
b)	Regelung in anderen Erlassen	22
2.	Analyse	25
a)	Gemeinsamkeiten	25
b)	Unterschiede	25
(i)	Art der Veröffentlichung	26
(ii)	Finanzierung	26
(iii)	Embargofrist	27

(iv)	Version des Manuskripts	28
(v)	Mitautor:innen.....	29
(vi)	Zeitliche Anwendung.....	29
3.	Fazit.....	30
IV.	Lösungsvorschlag für die Schweiz	30
1.	Vorbemerkungen	30
2.	Elemente einer Norm	31
a)	Unentgeltliches Zugänglichmachen, Finanzierung mit öffentlichen Mitteln und zwingende Regelung	31
b)	Art der Veröffentlichung	32
c)	Finanzierung	33
d)	Embargofrist.....	34
e)	Version des Manuskripts und Mitautor:innen.....	35
f)	Zeitliche Anwendung	36
3.	Erlass.....	38
a)	Urheberrecht.....	38
b)	Vertragsrecht	39
4.	Fazit.....	41
V.	Internationales Privatrecht	42
1.	Einleitung	42
2.	Unterschiedliche Ansätze des internationalen Privatrechts	44
3.	Möglicher Ansatz im schweizerischen internationalen Privatrecht.....	45
a)	Option 1: Einseitige Kollisionsregel im materiellen Recht	46
b)	Option 2: Zweiseitige Kollisionsregel im IPRG.....	48
4.	Fazit.....	51
C.	Open Access als regulatorische Herausforderung	53

I.	Executive Summary	53
II.	Vorbemerkungen	54
III.	Perspektive des Verfassungsrechts	54
1.	Einleitung	54
2.	Wissenschaftsfreiheit	55
3.	Persönliche Freiheit	57
4.	Eigentumsgarantie	58
5.	Wirtschaftsfreiheit	59
6.	Medienfreiheit	60
7.	Direkte Drittwirkung und programmatischer Gehalt der Grundrechte	60
8.	Grundrechtskonkurrenz und Einschränkungen nach Art. 36 BV	61
a)	Allgemeine Voraussetzungen	61
b)	Zweitveröffentlichungsrecht und grüner Weg	61
c)	Goldener Weg	62
d)	Platin Weg	63
9.	Fazit	63
IV.	Beschaffungsrechtliche Herausforderungen	64
1.	Einleitung	64
2.	Das öffentlichen Beschaffungsrecht	64
a)	Ratio Legis und Prinzipien	64
b)	Rechtsquellen	66
3.	Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts auf Forschungs- und Publikationsleistungen im Hochschulbereich	68
a)	Unterstellte Akteure	68
b)	Objektiver Geltungsbereich	69
(i)	Publikationsleistungen als Teil der Forschung	69
(ii)	Massgebliche Schwellenwerte und Berechnung des Auftragswerts	69
(iii)	Unterstellte Leistungen	70

4.	Anwendung beschaffungsrechtlicher Prinzipien.....	71
5.	Ausnahmetatbestände.....	72
6.	Fazit.....	73
V.	Analyse des Kartellrechts.....	74
1.	Einleitung.....	74
2.	Bedingungen auf Märkten für wissenschaftliche Publikationen.....	74
3.	Konstellationen.....	76
a)	Preisexzesse	76
b)	Behinderung bestimmter Angebote durch Plattformen	78
4.	Grenzen der Kartellrechtsanwendung	79
5.	Fazit.....	80
VI.	Fragen des Waren- und Gütertransports.....	80
1.	Einführung.....	80
2.	Rechtliche Grundlagen.....	81
a)	Anwendbare Gesetze	81
b)	Relevante Definitionen	82
3.	Spezifische Herausforderungen.....	83
a)	Open-Access-Publikationen als allgemein zugängliche Information.....	83
b)	Open-Access-Publikation: tatsächliche oder rechtliche Beschränkungen?	83
4.	Fazit.....	84
VII.	Datenschutzrechtliche Herausforderungen	84
1.	Einleitung.....	84
2.	Geltungsbereich und anwendbares Recht.....	85
a)	Relevante Personendaten	85
b)	Anwendbares Recht	85
3.	Datenbearbeitungen im Zusammenhang mit Open-Access-Publikationen.....	86
4.	Anonymisierung	87
5.	Auftragsbearbeitung und Datenbekanntgabe	88

a)	Ausgangslage	88
b)	Rollenverteilung bei Open-Access-Publikationen	89
6.	Relevante Grundsätze der Datenbearbeitung	93
a)	Transparenz und Zweckbindung.....	93
b)	Datensicherheit	93
7.	Fazit.....	94
VIII.	Arbeitsrechtliche Herausforderungen	95
1.	Einleitung	95
2.	Privates vs. öffentliches Arbeitsrecht.....	95
3.	Verpflichtung zur Open-Access-Publikation.....	96
4.	Fazit.....	97
D.	Verzeichnisse	98
E.	Anhang: Arbeitspaket 3: Angebot zur Sensibilisierung und Unterstützung von Forschenden	104

A. Einleitung

I. Fragestellung

Wissenschaftliche Beiträge von Forschenden werden traditionellerweise in Zeitschriften oder als Bücher veröffentlicht, die von kommerziellen Wissenschaftsverlagen am Markt angeboten werden. Interessierte Personen müssen die Zeitschrift oder das Buch kaufen, wenn sie die darin abgedruckten Beiträge lesen wollen. In jüngerer Zeit werden Zeitschriften zwar häufig nicht mehr gedruckt, sondern online zur Verfügung gestellt. Der Zugang zu den Inhalten ist dennoch oft nur gegen Bezahlung möglich. Man spricht in diesem Zusammenhang von sog. **Closed-Access-Publikationen**.

Dieses «traditionelle Modell» führt zur paradoxen Situation, dass die Hochschulen die Forschung finanzieren, den Wissenschaftsverlagen die daraus entstehenden Beiträge unentgeltlich überlassen und anschliessend die von den Verlagen produzierten Zeitschriften und Bücher über die Hochschulbibliotheken kaufen oder für den Zugang zu den Publikationen auf einer Plattform bezahlen, um den Forschenden und Studierenden der Hochschule den Zugang zu den Publikationen zu ermöglichen. Die öffentliche Hand zahlt damit doppelt: Für das Erstellen der wissenschaftlichen Beiträge und für den Zugang zu den daraus resultierenden Publikationen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom **Reader/Library-Pay-Modell**¹.

Vor diesem Hintergrund wird seit Jahren gefordert, dass wissenschaftliche Beiträge, die ganz oder teilweise mit öffentlichen Mitteln finanziert werden, für jedermann frei zugänglich («**Open Access**») sein sollen. Der geforderte Open Access lässt sich, grob gesagt, auf zwei Arten erreichen. Die wissenschaftlichen Beiträge können parallel zur Publikation in einer traditionellen Zeitschrift auch auf einem Repositorium zugänglich gemacht (sog. «**Zweitveröffentlichung**») oder sie können von Anfang an **Open Access** publiziert werden. Bei der Zweitveröffentlichung und bei Open-Access-Publikationen stellen sich verschiedene Rechtsfragen.

Bei der Zweitveröffentlichung stellt sich die Frage, ob die Autor:innen das Recht haben, ihre wissenschaftlichen Beiträge auf ihrer Website oder in einem Repositorium frei zugänglich zu machen. Als Inhaber:innen der Urheberrechte können die Autor:innen darüber zunächst frei entscheiden. Allerdings treten sie ihre urheberrechtlichen Nutzungsrechte in der Regel ganz oder teilweise an die Verlage ab. Die Verlage entscheiden dabei durch Ausgestaltung der **Verlagsverträge**, ob sie sich das Recht auf Zweitveröffentlichung von den Autor:innen übertragen lassen oder ob sie ihnen dieses Recht belassen und ab welchem Zeitpunkt die Autor:innen

¹ EUROPEAN COMMISSION, 67.

gegebenenfalls berechtigt sind, ihre wissenschaftlichen Beiträge erneut zu veröffentlichen. Nicht selten sind sich die Autor:innen nicht sicher, ob sie berechtigt sind, ihre Beiträge auf der eigenen Website oder über ein Repositorium zugänglich zu machen und ob sie damit die Urheberrechte verletzen, die sie den Verlagen übertragen haben. Rechtssicherheit kann hier nur ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht schaffen. Der Bericht zeigt auf, wie andere europäische Länder ein solches Recht geregelt haben und schlägt eine Lösung für die Schweiz vor.²

Bei Open-Access-Publikationen stellen sich zahlreiche Rechtsfragen, die bisher kaum untersucht worden sind. Im Vordergrund stehen Fragen des Verfassungsrechts, des öffentlichen Beschaffungsrechts, des Kartellrechts, des Güterkontrollrechts sowie des Datenschutz- und Arbeitsrechts. Der Bericht stellt die Rechtslage dar und zeigt auf, dass die bestehenden Normen Open Access nicht entgegenstehen, sondern diesen teilweise sogar geradezu erfordern.³

Der Bericht befasst sich auftragsgemäss mit einem Zweitveröffentlichungsrecht und den zentralen Rechtsfragen von Open Access, es geht also ausschliesslich um die Publikation von wissenschaftlichen Beiträgen. Unter Open Access verstehen wir in diesem Bericht deshalb den **kostenlosen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen über das Internet**.⁴ Wesentlich ist, dass der Zugang für jedermann kostenlos ist und dass die Nutzenden die zugänglich gemachten Publikationen und das darin enthaltene Wissen für ihre eigene wissenschaftliche Forschung oder zu anderen Zwecken verwenden, d.h. ansehen, speichern und nutzen können.⁵

Nicht Gegenstand des Berichts sind Fragen zu Open Science und Open (Research) Data. Der Bericht beschränkt sich zudem auf Rechtsfragen. Ausgenommen sind Fragen der Finanzierung von Open Access und der Vergütung von Verlagen, Hochschulen, Plattformen oder Autor:innen. Nicht untersucht wird namentlich auch die Frage, ob die bisher von kommerziellen Verlagen erbrachten Leistungen künftig von den Hochschulen oder ihnen nahestehenden Organisationen (bspw. einem «Universitätsverlag») erbracht werden können und sollen und wie diese Leistungen gegebenenfalls finanziert werden sollen.

Die Diskussion um **Open Access ist stark politisch geprägt**. Die Einführung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts oder das Schaffen einer Verpflichtung für Hochschulangehörige, ihre Beiträge nur noch in Open-Access-Zeitschriften zu publizieren, hat weitreichende

² Siehe dazu hinten, B.IV.

³ Siehe dazu hinten, C.

⁴ Ebenso: HILTY/SEEMANN, Rn. 6.

⁵ HILTY/SEEMANN, Rn. 7.

Auswirkungen auf die bestehenden Geschäftsmodelle der traditionellen Verlage und auf weitere Akteure, nicht zuletzt auf die Hochschulen selbst. Das gilt auch für die konkrete Ausgestaltung der Vorgaben, bspw. für die Frage, ob ein Zweitveröffentlichungsrecht erst nach Ablauf einer bestimmten Frist (sog. Embargofrist) bestehen soll und wie lange eine solche Frist gegebenenfalls dauern müsste. Diese politischen Entscheidungen können nicht in diesem Bericht, sondern nur im Rahmen eines politischen Diskurses vorgenommen werden. Dieser Diskurs sollte sich auf fundierte ökonomische Analysen der Auswirkungen der jeweiligen Regelungen auf die betroffenen Märkte stützen. Dieser **Bericht** beschränkt sich darauf, **mögliche Ausgestaltungen eines Zweitveröffentlichungsrechts** in der Schweiz aufzuzeigen (B) und die wichtigsten **rechtlichen Herausforderungen im Zusammenhang mit Open Access zu skizzieren** (C).

II. Grundlagen

1. Open-Access-Strategien

Open Access für Publikationen ist ein zentrales Element einer umfassenden Open-Science-Strategie. Gemeint ist damit der offene Zugang zu Forschungsergebnissen in Form von (Verlags-)Publikationen. Im Folgenden werden als allgemeine Grundlage dieses Berichts die vier Open-Access-Modelle beschrieben.

a) Grüner Weg

Der grüne Weg wird im englischen Sprachraum auch als Repository Weg bezeichnet. Manchmal findet sich dafür auch der Begriff der Selbstarchivierung, der die Publikation auf einer eigenen Website einschliesst. Der grüne Weg bezeichnet die parallele oder zweite Veröffentlichung von Beiträgen, die primär in einer Closed-Access-Zeitschrift erschienen sind, in frei zugänglichen Repositorien. Die Repositorien werden häufig von einer Hochschule betrieben, können aber auch von Dritten wie Fach-Communities betrieben werden, so etwa bei Zenodo (CERN). Beim grünen Weg kann die Publikation in Form von Postprints erfolgen. Unter Postprints wird die parallele oder zweite Veröffentlichung von Beiträgen verstanden, die bereits begutachtet und zur Veröffentlichung angenommen wurden, allerdings noch ohne Layout, Formatierung und Paginierung des Verlags. Häufig wird diese Form auch als «Author Accepted Manuscript» («AAM») bezeichnet. Auf dem grünen Weg kann aber auch die meist als «Version of Record» bezeichnete Verlagsversion publiziert werden, die bereits das endgültige Layout und die endgültige Formatierung und Paginierung aufweist.

b) Goldener Weg

Beim goldenen Weg publizieren Forschende direkt in Open-Access-Zeitschriften oder als Open-Access-Buch. Es handelt sich also um die **Erstveröffentlichung**, die Open Access erscheint. Im Gegensatz zum traditionellen Modell, in welchem sich der Verlag seine Leistungen durch das Publikum abgelten lässt, müssen die Forschenden bei diesem Modell über **Publikationsgebühren** (sog. «Article Processing Charges» – «APC»)⁶ für die Leistung der Verlage bezahlen. Man spricht dann vom **Author-Pay-Modell**⁷, wenn ein Verlag involviert ist. Ein anderes Modell sieht Mitgliedsgebühren für die Nutzung von Open-Access-Plattformen vor (Beispiel PLOS), die von den Universitäten oder Universitätsbibliotheken bezahlt werden, damit ihre Forschenden zu reduzierten Tarifen oder ohne weitere APC Open Access publizieren können.

c) Platin oder Diamond Weg

Platin oder Diamond Open Access (nachfolgend: Platin Open Access bzw. Platin Weg) wird als Variante von Gold Open Access betrachtet und bezeichnet ebenfalls die **Erstveröffentlichung** in Open Access, allerdings **ohne Kosten** für die Autor:innen. Die kommerziellen Verlage spielen in diesem Modell keine Rolle, weil die Publikationen direkt von Fachgesellschaften oder von den Forschenden selbst herausgegeben werden. Viele Universitäten betreiben Zeitschriftenplattformen, auf denen von Forschenden selbst herausgegebene Fachzeitschriften veröffentlicht werden (z.B. HOPE an der UZH, BOP an der Universitätsbibliothek Bern (UBBE)).

d) Hybrid Open Access und Read&Publish

Hybrid Open Access bezeichnet die Publikation in einer **gebührenpflichtigen Zeitschrift**, die Open Access zu einzelnen Artikeln gegen eine zusätzliche Bezahlung von APCs gewährt.

Read&Publish ist eine Vertragskomponente zur Finanzierung wissenschaftlicher Zeitschriften, die häufig für Transformationsverträge zwischen Bibliothekskonsortien und Verlagen verwendet wird. Bei dieser Art der Finanzierung bezahlen die teilnehmenden Forschungseinrichtungen nicht wie bei Subskriptionen nur für das Lesen ("read") der Inhalte, sondern auch für das Open-Access-Publizieren ("publish") ihrer Autor:innen in dieser Zeitschrift. Der le-

⁶ Unterschieden werden weiter «Article Processing Charges (APC)», «Book Processing Charges (BPC)» und «Book Chapter Processing Charges (BCPC)».

⁷ EUROPEAN COMMISSION, 67.

sende Zugriff wird dabei mitfinanziert. Die Höhe der Beiträge wird über das Publikationsaufkommen der einzelnen Einrichtungen berechnet. Mit Transformation ist dabei gemeint, dass diese Verträge zu reinem Open Access (Gold) führen sollen.

2. Beteiligte

Bei einer Open-Access-Publikation sind grundsätzlich folgende Parteien involviert: Die Autor:in, die Herausgeber (z.B. eines Journals), ein Verlag sowie der Betreiber der Open-Access-Plattform bzw. eines Repositoriums, die in der Regel von einer Hochschule betrieben werden. Den Beteiligten kommen verschiedene Aufgaben zu:

- **Autor:innen:** Die Autor:innen erstellen die wissenschaftlichen Beiträge. Häufig verfassen mehrere Autor:innen einen Beitrag gemeinsam und publizieren diesen als Mitautor:innen.
- **Herausgeber:** Die Herausgeber prüfen die Qualität der Publikationen (oft unter Beizug externer Experten im Rahmen einer «Peer-Review») und übernehmen die inhaltliche Verantwortung für Zeitschriften und Sammelbände.
- **(Open-Access)-Verlage:** In der Regel erfolgen Produktion, Veröffentlichung und Vermarktung von Publikationen durch einen Verlag. Im traditionellen Modell finanzieren sich die Verlage durch den Verkauf der Zeitschriften und Bücher, für die Autor:innen entstehen in der Regel keine Kosten. Verlage, die ein Open-Access-Modell verfolgen, d.h. Open-Access-Zeitschriften oder Bücher herausgeben, müssen sich anders finanzieren. Beim Gold Modell erhält der Verlag von den Autor:innen eine APC.
- **Plattformen:** Open-Access-Publikationen werden auf frei zugänglichen Plattformen publiziert. Diese Plattformen werden von traditionellen Verlagen oder von nicht-kommerziellen Akteuren betrieben, bspw. von Hochschulen (z.B. HOPE der Universität Zürich). Open-Access-Verlage betreiben oft eine eigene Plattform. Zudem gibt es nicht frei zugängliche Plattformen (z.B. Swissex), die (auch) frei zugängliche Publikationen gegen Entgelt zugänglich machen.
- **Repositorien:** In Repositorien werden bereits veröffentlichte Publikationen zugänglich gemacht. Sie dienen vor allem der Zweitveröffentlichung. Repositorien werden in der Regel von Hochschulen (z.B.: ZORA der Universität Zürich, BORIS der Universität Bern oder Archive ouverte der Universität Genf) oder von hochschulnahen Organisationen (z.B. Zenodo des CERN) betrieben.

III. Ausgangslage

In der heutigen Praxis werden die Möglichkeiten und Grenzen des grünen Wegs, d.h. der parallelen Veröffentlichung von Publikationen bei Verlagen einerseits und auf Repositorien andererseits, durch die Verlage vorgegeben.

Die Autor:innen unterschreiben in aller Regel einen Verlagsvertrag, der eine (oft umfassende) Übertragung der urheberrechtlichen Nutzungsrechte vorsieht (sog. «Copyright Transfer Agreement»). Mit dem Verlagsvertrag übertragen sie dem Verlag u.a. die Rechte zur (elektronischen) Vervielfältigung und Verbreitung sowie zum Zugänglichmachen ihrer Werke auf dem World Wide Web. Als Rechteinhaber kann der Verlag jedermann die Vervielfältigung und Verbreitung sowie das Zugänglichmachen der Beiträge verbieten. Eine zusätzliche, anderweitige Veröffentlichung der Beiträge durch die Autor:innen ist damit ausgeschlossen. Die Handhabung der Verlagsverträge variiert von Verlag zu Verlag, enthält aber meist das Zugeständnis, dass Zeitschriftenartikel und Monographien mit unterschiedlichen Embargofristen und zumeist nur in Form des «Author Accepted Manuscript» («AAM») auf einem Repository hinterlegt und publiziert werden dürfen.

Treiber dieser Zugeständnisse seitens der Verlage sind die im Zuge der Open-Access-Bewegung aufkommenden institutionellen Publikationsrepositorien. In der Schweiz initiierte – als eine der ersten – die Universität Zürich im Jahr 2008 ein Repository und ermunterte ihre Forschenden, Publikationen im Rahmen der geltenden Schranken des Urheberrechts («URG»)⁸ (für den betriebsinternen Gebrauch im Sinn von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG und für die Archivierung nach Art. 24 URG) und der Verlagsverträge zu hinterlegen. National und international wurde der Druck auf die Verlage, Publikationen über den «grünen Weg» zuzulassen, zudem durch Vorgaben von Forschungsförderern erhöht. So verpflichtet aktuell der SNF die Forschenden, die Resultate der von ihm geförderten Projekte frei zugänglich zu publizieren.⁹ Entweder veröffentlichen die Forschenden ihre Resultate in Open-Access-Zeitschriften oder in Open-Access-Büchern, die sofort frei zugänglich sind. Falls dies nicht möglich ist, und eine kostenpflichtige, subskriptionsbasierte Zeitschrift bzw. Monographie für die Publikation gewählt wird, müssen die Forschenden ihre Artikel spätestens sechs Monate nach der Publikation in einem Repository ablegen. Für Bücher gilt eine Embargofrist von zwölf Monaten.

⁸ Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1).

⁹ Siehe dazu: <<https://www.snf.ch/de/VyUvGzptStOEPUoC/thema/open-access-to-publications>> (besucht am 27.09.2023).

Für seit dem 1.1.2023 vom SNF geförderte Projekte gelten neu die Vorgaben der cOAlition S¹⁰. Damit verlangt der SNF neu bei Zeitschriftenartikeln auch für den grünen bzw. den Repository Weg eine sofortige Publikation ohne Embargofrist (sog. 0-Embargo). Für Monographien und Buchkapitel ändert sich nichts.

Der Zusammenschluss «cOAlition S» wird von der Europäischen Kommission und vom Europäischen Forschungsrat unterstützt. Der «Plan S» definiert die Bedingungen, unter welchen die Publikationen erfolgen müssen.¹¹ Grundlage für den grünen Weg bildet die sog. «Rights Retention Strategy», wonach die Urheberrechte an den wissenschaftlichen Publikationen bei den Autor:innen oder deren Institutionen verbleiben, so dass sie das Recht haben, mit der Einreichung einer Publikation beim Verlag ihre Manuskriptversion unter einer CC-BY-Lizenz frei auf einem Repository verfügbar zu machen. Die Forschungsförderer von «cOAlition S» legen dafür in ihren Bedingungen für die Vergabe eines Förderbeitrages fest, dass alle wissenschaftlichen Beiträge im Zeitpunkt der Publikation auch Open Access zugänglich sein müssen. Wie die Verlage mit den Publikationen von Autor:innen, die von einem Forschungsförderer der «cOAlition S» gefördert wurden, umgehen, wird in einem sog. «Journal Checker Tool» festgehalten, sodass sich Autor:innen über die Einhaltung der Open-Access-Vorgaben von «cOAlition S» durch die Verlage informieren können.¹²

Forschende, die im Rahmen eines Horizon Europe Programms gefördert werden, sind schon seit 2021 verpflichtet, ihre Publikationen embargofrei und unter Angabe einer möglichst offenen Lizenz zu publizieren (empfohlen wird z.B. eine CC-BY-Lizenz).¹³ Entweder die Forschenden hinterlegen ihre Veröffentlichung in Form der akzeptierten Manuskriptversion (AAM) in einem Repository für wissenschaftliche Publikationen oder sie veröffentlichen die Forschungsarbeit in einer Open-Access-Zeitschrift. Für die Wahl des «grünen Wegs» sieht das Horizon-Programm vor, dass eine embargofreie Publikation der akzeptierten Manuskriptversion (AAM) entweder im Rahmen des Verlagsvertrags erlaubt sein muss oder die Forschenden aufgefordert sind, die vorne skizzierte Rights Retention Strategy anzuwenden.

¹⁰ Siehe dazu: <<https://www.coalition-s.org>> (besucht am 27.09.2023).

¹¹ Plan S ist eine Initiative für Open-Access-Publikationen, die im September 2018 gestartet wurde, siehe dazu auch hier. 'Plan S' and 'cOAlition S' – Accelerating the transition to full and immediate Open Access to scientific publications: <<https://www.coalition-s.org>> (besucht am 27.09.2023).

¹² Siehe dazu: <<https://www.coalition-s.org/coalition-s-releases-the-journal-checker-tool>> (besucht am 27.09.2023).

¹³ Für weitere Informationen hierzu siehe: General Model Grant Agreement, abrufbar unter <[general-mga_horizon-euratom_en.pdf](#)> (besucht am 27.09.2023); für eine gute Zusammenfassung siehe den Blog-Beitrag von EU Grants Access: Open Science auf europäischer Ebene – Science Stories: <<https://science-stories.ch/>> (besucht am 27.09.2023).

Viele Hochschulen, darunter z.B. die ETH Zürich und die Universität Zürich, fordern ihre Forschenden auf, ihre Publikationen möglichst über die institutionellen Repositorien zu publizieren, wenn keine rechtlichen Einschränkungen entgegenstehen. Zudem werden die Forschenden ermuntert, wenn immer möglich auf die Abtretung der Nutzungsrechte an die Verlage zu verzichten. Es handelt sich dabei allerdings um Empfehlungen. Denn im Wissen um die Schwierigkeiten in der Umsetzung – insb. Grossverlagen gegenüber – halten sich Hochschulen zurück, ihren Forschenden Vorgaben zu machen, die das Publizieren bei traditionellen Verlagen erschweren.

B. Zweitveröffentlichungsrecht

I. Executive Summary

Ein Zweitveröffentlichungsrecht ermöglicht Autor:innen von wissenschaftlichen Beiträgen, deren Forschungstätigkeit aus öffentlichen Mitteln finanziert wird, ihre Publikationen nach (oder gleichzeitig mit) dem Erscheinen in einer Zeitschrift oder einem Sammelband in einem Repository oder auf einer anderen Website frei zugänglich zu machen.

Mehrere Mitgliedstaaten der EU haben in den letzten Jahren ein Zweitveröffentlichungsrecht eingeführt, so namentlich Deutschland, Österreich, Frankreich, Spanien, die Niederlande und Belgien. Die Regelungen weisen eine Reihe von Gemeinsamkeiten, aber auch gewisse Unterschiede auf. Alle Regelungen erlauben das unentgeltliche Zugänglichmachen von wissenschaftlichen Beiträgen, die mit öffentlichen Mitteln finanziert worden sind. Alle Regelungen sind zudem zwingend. Andere Elemente sind unterschiedlich ausgestaltet. Das gilt namentlich für die von einem Zweitveröffentlichungsrecht erfassten Arten von Publikationen, für den erforderlichen Anteil an öffentlichen Mitteln und für das Bestehen und die Länge einer Embargofrist. Regelmässig werden noch weitere Aspekte geregelt, namentlich die erfasste Version des Manuskripts und die Frage der Mitautor:innenschaft. Zudem ist über die zeitliche Anwendung eines neu eingeführten Zweitveröffentlichungsrechts zu entscheiden.

Die Einführung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts in der Schweiz erscheint sinnvoll. Die Regelung sollte sich dabei an den bestehenden Regelungen in den genannten Mitgliedstaaten der EU orientieren. Eine Regelung könnte im Urheberrechtsgesetz (URG) oder im Verlagsvertragsrecht (Art. 380 ff. OR) eingefügt werden. Eine Regelung im URG würde allerdings nur die schweizerischen Urheberrechte an einem Beitrag erfassen, nicht die für andere Länder bestehenden Urheberrechte. Soll sichergestellt werden, dass ein wissenschaftlicher Beitrag aufgrund eines Zweitveröffentlichungsrechts weltweit zugänglich gemacht werden kann, ist eine Regelung im URG deshalb nicht zielführend. Ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht sollte stattdessen im Verlagsvertragsrecht geregelt werden, weil die Verlagsverträge in der Regel alle weltweit bestehenden Urheberrechte an einem Beitrag erfassen. Das Schweizer Verlagsvertragsrecht enthält eine Regelung, die es Autor:innen an sich ermöglicht, kleinere Beiträge in Zeitschriften jederzeit und Beiträge an Sammelwerke sowie grössere Beiträge an Zeitschriften drei Monate nach dem Erscheinen weiter zu veröffentlichen. Diese Regelung ist allerdings dispositiver Natur. Sie wird deshalb von den Verlagen in der Regel in Verlagsverträgen wegbedungen, mit der Folge, dass die Autor:innen alle Urheberrechte an die Verlage abtreten und damit nicht berechtigt sind, ihre Beiträge erneut zu veröffentlichen. Die Regelung eines Zweitveröffentlichungsrechts für wissenschaftliche Publikationen muss deshalb zwingend sein, wenn sie ihre Wirkung entfalten soll.

Die Regelung eines Zweitveröffentlichungsrechts muss bestimmte Elemente enthalten. Namentlich muss sie klarstellen, dass das Recht das unentgeltliche Zugänglichmachen von wissenschaftlichen Beiträgen ermöglichen soll, die mit öffentlichen Mitteln finanziert worden sind. Festzulegen ist zudem, welche Arten von Veröffentlichungen (insb. nur Beiträge für Zeitschriften und Sammelbände oder auch Monographien und/oder Lehrbücher) erfasst werden, wie gross der Anteil der öffentlichen Mittel an der Finanzierung sein muss sowie ob eine Embargofrist bestehen und wie lange diese gegebenenfalls dauern soll. Zudem ist zu entscheiden, ob ein neu eingeführtes Zweitveröffentlichungsrecht nur für die nach dessen Inkrafttreten publizierten oder auch für davor publizierte Beiträge gelten soll.

Bei der Umsetzung dieser Elemente hat der Schweizer Gesetzgeber einen recht grossen Spielraum. Das gilt namentlich für die Frage, ob nur Beiträge für Zeitschriften und Sammelwerke oder auch Monographien und Lehrbücher erfasst werden sollen. Ein relevanter Spielraum besteht auch bei der zentralen Frage, ob eine Embargofrist vorgesehen werden und wie lange diese gegebenenfalls sein soll. Dasselbe gilt für die Frage der Rückwirkung. Als Wissenschaftler:innen würden die Autor:innen dieses Beitrags die Einführung eines möglichst umfassenden Zweitveröffentlichungsrechts mit Rückwirkung und ohne Embargofrist begrüssen. Wie ein Zweitveröffentlichungsrecht konkret ausgestaltet werden soll, ist allerdings ein politischer Entscheid, der in diesem Bericht nicht vorweggenommen werden kann.

Sollte der Gesetzgeber ein Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Publikationen einführen, müsste auch die Anwendung dieser Regelung in einem internationalen Kontext geklärt werden. Diese Frage ist zentral, weil die Forschung in den meisten Disziplinen international ausgerichtet ist und viele Publikationen von Schweizer Autor:innen in ausländischen Zeitschriften erscheinen und inländische Zeitschriften auch viele Beiträge von ausländischen Autor:innen publizieren.

Möglich wären die Einführung einer einseitigen Kollisionsregel in den Schlussbestimmungen des Zivilgesetzbuches (ZGB), die auch für die Bestimmungen des OR gelten, oder eine Änderung des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG). Die zweite Option würde der schweizerischen Gesetzgebungstradition, die Bestimmungen des internationalen Privatrechts im IPRG zu konsolidieren, besser entsprechen. Zudem könnte so eine zweiseitige Bestimmung vorgesehen werden, die dem internationalen Charakter der Fragen besser gerecht wird.

Die Bestimmung sollte bei den Regeln über das anwendbare Recht bei Fehlen einer Rechtswahl (Art. 117 ff. IPRG) als neuer Artikel (Art. 122a IPRG) eingefügt werden. In einem ersten Absatz sollte klargestellt werden, dass auf internationale Verlagsverträge das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts [oder des Sitzes] des Verlegers anwendbar ist. In einem zweiten Absatz sollte festgehalten werden, dass eine Rechtswahl grundsätzlich zulässig, beim Zweitveröffentlichungsrecht aber ausgeschlossen ist. Der dritte Absatz würde sich mit dem Zweitveröffentlichungsrecht von Autor:innen wissenschaftlicher Beiträge befassen. Die Regelung wäre insofern zweiseitig, als sie nicht nur die Anwendung des Schweizer

Rechts normieren, sondern einen Anknüpfungspunkt vorsehen würde, der zweiseitig wirken und damit zur Anwendung des schweizerischen oder eines ausländischen Rechts führen kann.

II. Heutige Rechtslage in der Schweiz

Das Verhältnis zwischen Autor:in und Verlag wird in einem **Verlagsvertrag** geregelt. Dieser ist im besonderen Teil des Obligationenrechts («OR»)¹⁴ in Art. 380 ff. OR normiert. Mit einem Verlagsvertrag verpflichtet sich die Urheber:in eines Werkes oder ihre Rechtsnachfolger:in (sog. Verlagegeber:in), das Werk dem Verleger zum Zweck der Herausgabe zu überlassen und der Verleger verpflichtet sich, das Werk herauszugeben, zu vervielfältigen und zu vertreiben (Art. 380 OR). Die Urheberrechte werden mit dem Verlagsvertrag insoweit und so lange von der Verlagegeber:in auf den Verleger übertragen als es für die Ausführung des Vertrags erforderlich ist (Art. 381 Abs. 1 OR).

Für die Frage des Zweitveröffentlichungsrechts ist die **Regelung in Art. 382 OR** entscheidend. Diese sieht vor, dass die Verlagegeber:in über das Werk weder ganz noch in Teilen verfügen darf, solange die Auflagen des Werkes, zu denen der Verleger berechtigt ist, noch nicht vergriffen sind (Art. 382 Abs. 1 OR). Zeitungsartikel und einzelne kleinere Aufsätze in Zeitschriften darf die Verlagegeber:in aber jederzeit weiter veröffentlichen (Art. 382 Abs. 2 OR). Beiträge an Sammelwerke und grössere Beiträge an Zeitschriften darf die Verlagegeber:in dagegen nicht vor Ablauf von drei Monaten nach dem vollständigen Erscheinen des Beitrags weiter veröffentlichen (Art. 382 Abs. 3 OR). Das geltende Schweizer Recht sieht damit bereits ein **Zweitveröffentlichungsrecht** vor: für einzelne kleinere Aufsätze in Zeitschriften besteht keine Embargofrist, für grössere Beiträge in Zeitschriften und für Beiträge an Sammelwerke sieht das OR eine Embargofrist von drei Monaten vor.

Das **Verlagsvertragsrecht** ist nach herrschender Lehre allerdings durchwegs **dispositiver Natur**, die gesetzlichen Regeln gelten also nur insoweit, als die Vertragsparteien keine abweichende Regelung getroffen haben.¹⁵ Das gilt auch für die Regelung des Zweitveröffentlichungsrechts in Art. 382 OR.¹⁶ Den Vertragsparteien steht es damit frei, von dieser Regelung abzuweichen. Von dieser Möglichkeit machen **Verlage** regelmässig Gebrauch, indem sie sich

¹⁴ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30. März 1911 (SR 220).

¹⁵ OFK OR-BREITSCHMID, Art. 380 N 2; CR CO-CERPILLOD, Intro Art. 380-393 N 11; BSK OR I-HILTY, Vor Art. 380-393 N 1; CHK OR-STREULI-YOUSSEF, Art. 380 N 3.

¹⁶ BSK OR I-HILTY, Art. 382 N 6; ZK OR-HOCHENREUTENER, Art. 382 N 7 f.

in ihren Standardverträgen alle urheberrechtlichen Nutzungsrechte an wissenschaftlichen Werken vollumfänglich übertragen lassen. Damit wird auch das in Art. 382 Abs. 2 und Abs. 3 OR vorgesehene Zweitveröffentlichungsrecht auf die Verlaggeber:in übertragen. Die Autor:innen sind damit **nicht zur Zweitveröffentlichung ihrer Beiträge berechtigt** und der Verlag kann ihnen als Inhaber aller Nutzungsrechte die Zweitveröffentlichung verbieten.

Viele Verlage erlauben den Autor:innen in den **Verlagsverträgen** eine **Zweitveröffentlichung** nach Ablauf einer Embargofrist. Dabei bestehen massgebliche Unterschiede zwischen den Verlagen und den Disziplinen. Einige (Schweizer) Verlage schliessen keine schriftlichen Verlagsverträge ab und regeln die Frage der Zweitveröffentlichung auch nicht im Rahmen einer mündlichen oder konkludenten Vereinbarung. Damit gilt das in Art. 382 Abs. 2 und 3 OR vorgesehene dispositive Zweitveröffentlichungsrecht. Vielen Autor:innen dürfte allerdings nicht bewusst sein, dass sie ihre kleineren Beiträge in diesem Fall sofort (Art. 382 Abs. 2 OR) und ihre grösseren Beiträge nach Ablauf von drei Monaten (Art. 382 Abs. 3 OR) erneut veröffentlichen dürfen.

Für **zwingend** hält die Bestimmung von Art. 382 OR (soweit ersichtlich) einzig **GEISSBÜHLER**. Dieser Autor hat sich vor zwei Jahren eingehend mit der Auslegung von Art. 382 OR befasst und ist dabei zu folgendem Schluss gekommen: “[P]our les contrats d’édition scientifique soumis au droit suisse, l’auteur dispose d’un droit – de **nature impérative** – à republier son oeuvre à l’issue d’un délai d’embargo de trois mois. Ce droit lui permet de déposer sa contribution tant sur une page internet privée ou professionnelle que sur une plateforme institutionnelle dédiée à l’Open Access (« Green Road »).”¹⁷ Zu diesem Ergebnis gelangt er aufgrund einer wörtlichen, systematischen, historischen und teleologischen Auslegung von Art. 382 OR. Er führt dabei verschiedene Argumente auf, die für einen zwingenden Charakter sprechen.¹⁸ Namentlich weist er darauf hin, dass der Autor:in ein Recht zusteht, dass sie “jederzeit” ausüben könne. Der Begriff “jederzeit” werde im Obligationenrecht in der Regel bei zwingenden Normen verwendet. Ausserdem unterscheide das OR zwischen Verlagsverträgen über Bücher und solchen über Zeitungsartikel, Zeitschriftenartikel sowie Arbeiten, die Teil eines Gesamtwerks seien. Für Letztere sei seit der Totalrevision des OR von 1911 ein Zweitveröffentlichungsrecht vorgesehen. Der Verleger gehe bei der Publikation eines Buches ein grösseres wirtschaftliches Risiko ein als bei Zeitschriftenartikeln und habe deshalb bei Letzteren eine

¹⁷ GEISSBÜHLER, Jusletter 2021, Rn. 75.

¹⁸ GEISSBÜHLER, Jusletter 2021, Rn. 74.

geringere Schutzbedürftigkeit. Daher rechtfertige es sich, dass die Autor:in diese Beiträge sofort oder nach Ablauf von drei Monaten nach Veröffentlichung vervielfältigen dürfe.¹⁹ Zudem regle Art. 382 OR die parallele Nutzung der Werke während der Dauer des Verlagsvertrages (Abs. 2 und 3) sowie die Nutzung, nachdem die Auflagen, zu denen der Verleger berechtigt ist, vergriffen seien (Abs. 1). Ferner spreche auch die Systematik des zwölften Titels des OR für den zwingenden Charakter von Art. 382 OR, weil Bestimmungen über die ordnungsgemässe Vertragserfüllung und nach Vertragsbeendigung in der Regel zwingend seien.²⁰ Ob die Argumente von GEISSBÜHLER überzeugen, kann für diesen Bericht offen bleiben. Denn solange die Lehre sich seiner Auffassung nicht anschliesst und das Bundesgericht die Frage nicht in seinem Sinn beurteilt, werden die Verlage ihre etablierte Praxis nicht ändern. Eine Änderung der tatsächlichen Situation²¹ ist deshalb nur durch eine Anpassung der gesetzlichen Regelung möglich.

Eine solche Anpassung würde **Rechtssicherheit** schaffen. Für viele Autor:innen ist derzeit nicht klar, ob und unter welchen Umständen sie berechtigt sind, ihre Beiträge mit der Publikation in einer Zeitschrift oder nach Ablauf einer bestimmten Embargofrist erneut zu veröffentlichen. Da viele Verlage den Autor:innen schon heute in den Verlagsverträgen ein Zweitveröffentlichungsrecht einräumen oder ein solches Recht bei Fehlen einer vertraglichen Regelung aufgrund der dispositiven Regelung im Verlagsvertragsrecht (Art. 382 Abs. 2 f OR) besteht, würde die Einführung eines **zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht** die Verwertung von wissenschaftlichen Beiträgen durch die Verlage nur wenig beeinträchtigen.

Schon heute machen viele Autor:innen mit Blick auf das Ziel von Open Access und angesichts der Vorgaben der Forschungsförderer ihre wissenschaftlichen Beiträge auch ohne Zustimmung der Verlage auf ihren eigenen Websites oder in einem Repository frei zugänglich. Sie verletzen damit unter Umständen die Urheberrechte der Verlage und nehmen, bewusst oder unbewusst, das Risiko in Kauf, deswegen von einem Verlag verklagt zu werden.

III. Rechtsvergleichende Perspektive

Einige europäische Rechtsordnungen haben schon vor einigen Jahren ein gesetzliches Zweitveröffentlichungsrecht eingeführt. Dadurch wird den Autor:innen von wissenschaftlichen

¹⁹ GEISSBÜHLER, Jusletter 2021, Rn. 22 ff.

²⁰ GEISSBÜHLER, Jusletter 2021, Rn. 56.

²¹ Siehe dazu vorne, A.III.

Publikationen, die zumindest teilweise mit öffentlichen Mitteln finanziert wurden, ein zwingendes Recht auf Zweitveröffentlichung eingeräumt. Solche Bestimmungen kennen namentlich Deutschland, Österreich, den Niederlanden, Frankreich, Belgien und Spanien.²² Die Normen finden sich teilweise im Urheberrecht, teilweise in anderen Erlassen. Sie weisen eine Reihe von Gemeinsamkeiten, aber auch gewisse Unterschiede auf.²³

1. Gesetzliche Regelungen

a) Regelung im Urheberrecht

In Deutschland, den Niederlanden und Österreich sind die relevanten Bestimmungen im jeweiligen Urheberrechtsgesetz geregelt. Im Einzelnen handelt es sich in Deutschland um § 38 Abs. 4 des deutschen Urheberrechtsgesetzes (D-UrhG) der am 1. Januar 2014 in Kraft trat, in den Niederlanden um Art. 25fa des niederländischen Urheberrechtsgesetzes (NL-URG), der am 1. Juli 2015 in Kraft trat, und in Österreich um die Bestimmung § 37a des österreichischen Urheberrechtsgesetzes (Ö-UrhG), die seit dem 1. Oktober 2015 in Kraft ist. Die Bestimmungen lauten wie folgt:

Deutschland: § 38 (4) D-UrhG: Beiträge zu Sammlungen: «Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschliessliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam»²⁴.

Niederlande: Section 25fa NL-URG: Open Access: “The author of a short scientific work, the research for which has been paid for in whole or in part by Dutch public funds, shall be entitled to make that work available to the public for no consideration following a reasonable

²² Siehe dazu sogleich, B.III.1.

²³ Siehe dazu nachfolgend, B.III.2.

²⁴ Norm abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/_38.html> (besucht am 21.09.2023).

period of time after the work was first made public, provided that clear reference is made to the source of the first making public of the work”.²⁵

Österreich: § 37a Ö-UrhG: Zweitverwertungsrecht von Urhebern wissenschaftlicher Beiträge: «Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der von diesem als Angehörigem des wissenschaftlichen Personals einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungseinrichtung geschaffen wurde und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein Werknutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam». ²⁶

b) Regelung in anderen Erlassen

In Frankreich wurde ein Zweitveröffentlichungsrecht durch das Gesetz über die digitale Republik vom 7. Oktober 2016 in den Code de la recherche eingeführt. In Belgien wurde ein solches Recht am 30. Juli 2018 im Code du droit économique verankert und in Spanien am 2. Dezember 2011 im Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Diese Bestimmungen lauten wie folgt:

Frankreich: Art. L533-4 Code de la recherche : «I. Lorsqu'un écrit scientifique issu d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'État, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne est publié dans un périodique paraissant au moins une fois par an, son auteur dispose, même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur, du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs, la version finale de son manuscrit acceptée pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication. Ce délai est au maximum de six mois pour une publication dans

²⁵ Übersetzt von VISSER SCHAAP & KREIJGER, Hendriks & James Legal Translations, The Dutch Copyright Act 2021-2022. Originalfassung abrufbar unter: <<https://wetten.overheid.nl/BWBR0001886/2022-10-01>> (besucht am 21.09.2023).

²⁶ Norm abrufbar unter: <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001848>> (besucht am 21.09.2023).

le domaine des sciences, de la technique et de la médecine et de douze mois dans celui des sciences humaines et sociales. La version mise à disposition en application du premier alinéa ne peut faire l'objet d'une exploitation dans le cadre d'une activité d'édition à caractère commercial. II. Dès lors que les données issues d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne ne sont pas protégées par un droit spécifique ou une réglementation particulière et qu'elles ont été rendues publiques par le chercheur, l'établissement ou l'organisme de recherche, leur réutilisation est libre. III. L'éditeur d'un écrit scientifique mentionné au I ne peut limiter la réutilisation des données de la recherche rendues publiques dans le cadre de sa publication. IV. Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite».²⁷

Belgien: Art. XI.196 Code de droit économique: «§1 L'éditeur doit produire ou faire produire les exemplaires de l'oeuvre dans le délai visé à l'article XI.167/4 et, dans le cas d'une édition numérique, proposer l'oeuvre dans un format techniquement exploitable dans son catalogue d'éditions numériques et/ou le mettre à la disposition du public par divers canaux numériques. § 2/1. L'auteur d'un article scientifique issu d'une recherche financée pour au moins la moitié par des fonds publics conserve, même si, conformément à l'article XI.167, il a cédé ses droits à un éditeur d'un périodique ou les a placés sous une licence simple ou exclusive, le droit de mettre le manuscrit gratuitement à la disposition du public en libre accès après un délai de douze mois pour les sciences humaines et sociales et six mois pour les autres sciences, après la première publication, dans un périodique, moyennant mention de la source de la première publication. Le contrat d'édition peut prévoir un délai plus court que celui fixé à l'alinéa 1er. Le Roi peut prolonger le délai fixé à l'alinéa 1er. Il ne peut être renoncé au droit prévu à l'alinéa 1er. Ce droit est impératif et est d'application nonobstant le droit choisi par les parties dès lors qu'un point de rattachement est localisé en Belgique. Il s'applique également aux oeuvres créées avant l'entrée en vigueur de ce paragraphe et non tombées dans le domaine public à ce moment.»²⁸

²⁷ Norm abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033205794/> (besucht am 21.09.2023).

²⁸ Norm abrufbar unter: <https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2013022819&table_name=llo> (besucht am 21.09.2023).

Spanien: Art. 37 Difusión en acceso abierto, Ley de la Ciencia, La Tecnología y la Innovación: «1. Die öffentlich-rechtlichen Akteure des spanischen Systems der Wissenschaft, Technologie und Innovation (Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación) müssen die Verbreitung der Ergebnisse wissenschaftlicher, technologischer und innovativer Tätigkeit vorantreiben und darauf hinwirken, dass die Ergebnisse der Forschung einschliesslich wissenschaftlicher Veröffentlichungen, Daten, Codes und Methodik frei zugänglich sind. Der kostenlose und freie Zugang zu diesen Ergebnissen ist durch die Entwicklung frei zugänglicher institutioneller oder themenspezifischer Datenspeicher in alleiniger oder gemeinschaftlicher Trägerschaft zu fördern.

2. Forschungspersonal, das im öffentlichen Sektor beschäftigt ist oder dessen Forschungstätigkeit mehrheitlich mit öffentlichen Geldern finanziert wird und das seine Forschungsergebnisse in wissenschaftlichen Veröffentlichungen verbreiten möchte, muss am Tag der Veröffentlichung eine Kopie der endgültigen zur Veröffentlichung angenommenen Fassung und die mit ihr assoziierten Daten auf institutionellen oder themenspezifischen Datenspeichern hinterlegen, die frei zugänglich sind.

3. Begünstigte von Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationsprojekten, die mehrheitlich mit öffentlichen Geldern finanziert werden, müssen jederzeit die Verpflichtungen betreffend den freien Zugang einhalten, die in den Teilnahme- oder Subventionsbedingungen der entsprechenden Ausschreibungen festgelegt sind. Begünstigte öffentlicher Beihilfen und Subventionen müssen sicherstellen, dass die zur Erfüllung der Anforderungen betreffend den freien Zugang erforderlichen Urheberrechte bei ihnen verbleiben.

4. Die frei zugänglichen Forschungsergebnisse können von der öffentlichen Verwaltung in deren Evaluierungsprozessen, auch solchen zur Evaluierung wissenschaftlicher Verdienste, verwendet werden.

5. Das Ministerium für Wissenschaft und Innovation muss Zugang zu den frei zugänglichen Datenspeichern sowie deren Verbindung mit ähnlichen nationalen und internationalen Initiativen schaffen, indem es die Entwicklung von Systemen, die diese ermöglichen, fördert, und die offene Wissenschaft im Rahmen der Spanischen Wissenschafts-, Technologie- und Innovationsstrategie (Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación) vorantreiben, indem es den Wert der Wissenschaft für das Allgemeinwohl anerkennt und die europäischen Empfehlungen bezüglich einer offenen Wissenschaft befolgt.

Stets mit dem Ziel, die Wissenschaft offener, zugänglicher, effizienter, transparenter und vorteilhafter für die Gesellschaft zu machen, müssen das Ministerium für Wissenschaft und Innovation und das Ministerium für Universitäten in ihrem jeweiligen Ressortbereich sowie die Autonomen Gemeinschaften im Rahmen ihrer Zuständigkeiten neben dem freien Zugang weitere Initiativen fördern, die den freien Zugang zu den und die Verwaltung der von der Forschung gewonnenen Daten (freie Daten) nach Massgabe der internationalen FAIR-Prinzipien (leichte Auffindbarkeit, Zugänglichkeit, Interoperabilität und Wiederverwendbarkeit)

ermöglichen, eine freie Infrastruktur und Plattformen schaffen und die Veröffentlichung wissenschaftlicher Ergebnisse mit freiem Zugang sowie die Teilhabe der Zivilgesellschaft an wissenschaftlichen Prozessen fördern, wie dies in Art. 38 vorgesehen ist.

6. Durch das Vorstehende bleibt die Möglichkeit zu Massnahmen, mit denen die Rechte an den Ergebnissen der Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationstätigkeit nach den nationalen und europäischen Rechtsvorschriften über geistiges Eigentum und gewerblichen Rechtsschutz, den Schutz von Pflanzenzüchtungen und den Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Vorfeld der wissenschaftlichen Veröffentlichung in geeigneter Weise geschützt werden, unberührt.»²⁹

2. Analyse

a) Gemeinsamkeiten

Die genannten Bestimmungen weisen eine Reihe von grundlegenden Gemeinsamkeiten auf. Die Gesetze beziehen sich zum einen ausschliesslich auf **wissenschaftliche Publikationen** und zum anderen nur auf Veröffentlichungen, die **zumindest teilweise mit öffentlichen Mitteln finanziert** wurden, wobei die jeweiligen Formulierungen variieren. Bei der konkreten Ausgestaltung dieser Elemente bestehen aber relevante Unterschiede.

Ausserdem erlauben die Bestimmungen nur die **kostenlose Bereitstellung** und keine kommerzielle Verwertung der Publikationen. Damit soll jede Zugänglichmachung ausgeschlossen werden, die direkt oder indirekt der Erzielung von Einnahmen dient. Ausgeschlossen ist damit bspw., dass der Beitrag im Rahmen des Zweitveröffentlichungsrechts einem Verlag oder sonstigen Anbieter gegen Zahlung eines Honorars überlassen wird oder die öffentliche Zugänglichmachung für Dritte gegen Bezahlung erfolgt.

Die genannten Normen sind durchwegs **zwingend**, die Autor:in kann also nicht auf das Recht auf Zweitveröffentlichung verzichten und eine vertragliche Vereinbarung, in der dieses Recht widerrufen oder beschränkt wird, ist unwirksam.

b) Unterschiede

Die Bestimmungen unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht, insb. bei (i) der Art der Veröffentlichung, (ii) der Finanzierung, (iii) der Embargofrist, (iv) der Version des Manuskripts, die Gegenstand des Rechts ist, (v) der zeitlichen Anwendung und (vi) der Frage, ob die Zustim-

²⁹ Spanische Norm abrufbar unter <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14581>> (besucht am 21.09.2023).

mung möglicher Mitautor:innen eingeholt werden muss. Zudem enthält die französische Bestimmung Regelungen zur Verarbeitung von Forschungsdaten. Da diese Fragen nicht Gegenstand dieses Berichts sind, werden sie in der Folge nicht aufgegriffen.

(i) *Art der Veröffentlichung*

Eine zentrale Frage ist, welche Publikationen unter das Zweitveröffentlichungsrecht fallen. Die deutschen und österreichischen Bestimmungen beziehen sich auf Beiträge in einer mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung. Beiträge in Jahrbüchern und Kapitel in Tagungsbänden, Festschriften, Handbüchern, Monographien und vergleichbare singuläre Publikationen sind vom Zweitveröffentlichungsrecht ausgenommen.³⁰

Die französischen und belgischen Bestimmungen beziehen sich ebenfalls auf Veröffentlichungen in einer periodisch erscheinenden Sammlung. Allerdings muss diese nur mindestens einmal pro Jahr erscheinen, sodass unter diese Bestimmungen auch Beiträge in einem Jahrbuch fallen. Dagegen sind, wie in Deutschland und Österreich, einmalig erscheinende Publikationen nicht vom Zweitveröffentlichungsrecht erfasst. Die spanische Bestimmung bezieht sich auf Inhalte, die in fortlaufenden oder periodisch erscheinenden Forschungspublikationen veröffentlicht wurden. Die Bestimmung macht jedoch keine Angaben, in welchem Zeitintervall die Forschungspublikation erscheinen muss. Ferner macht die spanische Bestimmung als einzige Vorgaben dazu, in welchem Medium die Inhalte anschliessend zum zweiten Mal veröffentlicht werden dürfen. Die elektronische Fassung soll nur in institutionellen oder thematischen Open-Access-Repositoryn veröffentlicht werden.

Die niederländische Bestimmung scheint in dieser Hinsicht den weitesten Anwendungsbereich zu haben, da sie sich auf alle "short scientific works" bezieht und gemäss einigen Kommentatoren somit auch auf Kapitel von Sammelbänden oder Festschriften anwendbar ist.³¹

(ii) *Finanzierung*

Eine weitere Frage ist der Gegenstand des Rechts auf Zweitveröffentlichung hinsichtlich der Finanzierung. Alle zitierten Bestimmungen beziehen sich auf Beiträge, die mit öffentlichen Mitteln finanziert wurden. Veröffentlichungen, die aus privaten Mitteln finanziert werden, bspw. vom Verleger selbst, fallen nicht unter das Zweitveröffentlichungsrecht. Folglich gilt das Zweitveröffentlichungsrecht in keinem der betrachteten Länder für Rechtsanwälte oder

³⁰ BeckOK IT-Recht-PAUL, UrhG § 28 N 20.

³¹ "Separate contributions to (conference) volumes or other collective editions such as farewell and anniversary editions, clearly do come within its scope", VISSER, GRUR Int. 2015, 536.

Notare oder Angestellte von privaten Unternehmen, die Forschung betreiben und einen wissenschaftlichen Beitrag in einer Zeitschrift publizieren. Daneben sind jedoch erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Bestimmungen festzustellen:

Als einzige hält die niederländische Bestimmung fest, dass es sich bei den öffentlichen Geldern um "niederländische Mittel" handeln muss. Zudem muss die Forschung «in whole or in part» mit öffentlichen Mitteln finanziert worden sein, ohne dass eine Mindestschwelle vorgeschrieben wird. Hingegen geben die deutsche, österreichische, französische und belgische Bestimmung an, dass die öffentliche Finanzierung mindestens die Hälfte betragen muss. Ferner lässt sich aus der französischen Bestimmung ableiten, dass nicht nur öffentliche Gelder aus Frankreich, sondern auch solche aus der EU gemeint sind. Ob öffentliche Gelder aus anderen europäischen, aber nicht der EU angehörigen Ländern ebenfalls erfasst werden, ist nicht klar. Die spanische Bestimmung knüpft dagegen an Personen, deren Forschungstätigkeit hauptsächlich mit Mitteln aus dem allgemeinen Staatshaushalt finanziert wird.

Die deutsche Bestimmung besagt nicht direkt, dass es sich um öffentliche Mittel aus Deutschland handeln muss. Die Kommentatoren neigen mit Blick auf die Materialien allerdings dazu, nur Beiträge, die aus speziellen Forschungsfonds (wie einem nationalen Fonds) finanziert wurden, zu erfassen.³² Ob auch die rein universitäre Forschung darunter fällt, ist umstritten.³³

(iii) *Embargofrist*

Von zentraler Bedeutung ist die Frage, ob eine Embargofrist vorgesehen und wie lange diese dauert.

Die deutschen und österreichischen Bestimmungen legen eine Frist von einem Jahr fest, ohne zu unterscheiden, auf welche wissenschaftlichen Disziplinen sich die Veröffentlichungen beziehen. Die französischen und belgischen Bestimmungen unterscheiden zwischen den sog. STM-Fächern (= Science, Technology and Medicine), für die eine Embargofrist von 6 Monaten vorgesehen ist und den SSH-Fächern (= Social Sciences and Humanities), für die die Embargofrist zwölf Monate beträgt. Die französische Bestimmung stellt zudem klar, dass die Autor:in

³² Siehe Deutscher Bundestag, Drucksache 17/13423, 14; Kritik an der Beschränkung auf Projektförderung und ausseruniversitäre Forschungseinrichtungen: SANDBERGER, ZUM 2013, 470; PEUKERT in: Schricker/Loewenheim, § 38 N 45 ff.; BeckOK UrhR-SOPPE, § 38 N 63.1: wenn die Mittel aus Forschungsförderprogrammen der EU kommen, dann seien diese nicht erfasst, weil hier kein schutzwürdiges Interesse des deutschen Gesetzgebers zu erkennen sei.

³³ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/13423, 14; s.a. BeckOK IT-Recht-PAUL, UrhG § 38 N 19; nach PEUKERT, in: Schricker/Loewenheim, § 38 N. 49 wird auch die gesamte Forschung an Hochschulen erfasst.

das Recht hat, ihren Beitrag schon vor Ablauf dieser Frist frei zugänglich zu machen, wenn der Verlag die Publikation kostenlos online zur Verfügung stellt.

In der niederländischen Bestimmung ist von einer «reasonable period of time» die Rede. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass eine Frist von nicht mehr als sechs Monaten angemessen ist³⁴. Es wird argumentiert, dass diese Frist je nach Periodizität der Zeitschrift auch kürzer sein kann. Im erläuternden Bericht zu Art. 25 fa des niederländischen Urheberrechtsgesetzes, heisst es bspw.: «For a publication in a weekly journal a period of one month may be reasonable. For a monthly publication a period of some months may be reasonable»³⁵.

In Spanien sollen die Forschenden ihre Inhalte so schnell wie möglich, spätestens jedoch zwölf Monate nach dem offiziellen Veröffentlichungsdatum öffentlich zugänglichmachen.

Wie die Länder auf die jeweilige Embargofrist gekommen sind, bleibt unklar. In Deutschland war in der Gesetzgebungsinitiative eine Embargofrist von sechs Monaten für das Zweitveröffentlichungsrecht vorgeschlagen worden. Im Referentenentwurf und dem nachfolgenden Regierungsentwurf wurde dann aber eine Embargofrist von zwölf Monaten vorgeschlagen.³⁶ Damit orientierte sich der deutsche Gesetzgeber an der bestehenden Regelung des § 38 Abs. 1 Satz UrhG. Die Länge der Embargofrist blieb jedoch nicht kritikfrei. Namentlich wurde eingewendet, dass die Relevanz des Zweitveröffentlichungsrechts für den Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen mit der Dauer der Embargofrist abnimmt.³⁷ Insb. bei wissenschaftlichen Publikationen aus den STM-Fächern sind kürzere Fristen zweckmässiger und werden in der Praxis von den Verlagen gewährt.³⁸

(iv) Version des Manuskripts

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist auch die Frage, welche Version des Manuskripts Gegenstand des Zweitveröffentlichungsrechts ist.

Die belgische Bestimmung erwähnt das Manuskript ohne weitere Präzisierung. Die deutsche und die österreichische Bestimmung sprechen von der «akzeptierten Manuskriptversion», die französische und spanische Bestimmung von der «version finale de son manuscrit acceptée

³⁴ VISSER, GRUR Int. 2015, 537.

³⁵ Parliamentary Documents II 2014/15, 333308, no. 11, originally no. 8 Explanatory Memorandum, doc. 8: Übersetzung zitiert nach VISSER, GRUR Int. 2015, 536.

³⁶ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/13423, 5.

³⁷ SANDBERGER, ZUM 2013, 471 m.w.H.

³⁸ SANDBERGER, ZUM 2013, 471.

pour publication» bzw. «la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación». Aus der niederländischen Bestimmung geht nicht hervor, welche Version erfasst wird. Den Kommentatoren zufolge soll es sich um die endgültige Version mit Seitenzahlen und gegebenenfalls dem Verlagslogo handeln, wenn die Autor:in über ein solches verfügt.³⁹ Im deutschen Recht darf nur die beim Verlag eingereichte Manuskriptfassung verwendet werden und nicht die vom Verlag veröffentlichte Endversion.⁴⁰

(v) *Mitautor:innen*

In vielen Disziplinen werden Beiträge in aller Regel von mehreren Autor:innen gemeinsam verfasst. Bisweilen wird dabei zwischen Haupt- und Mitautor:innen unterschieden. Das wirft die Frage auf, wie das Zweitveröffentlichungsrecht bei mehreren Autor:innen ausgeübt werden kann.

Nur die französische Bestimmung nimmt diese Frage auf und legt fest, dass das Recht auf Zweitveröffentlichung «sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs» auszuüben ist. Die deutsche, österreichische, niederländische und belgische Bestimmung regeln diese Frage nicht.

(vi) *Zeitliche Anwendung*

Bei der Regelung des Zweitveröffentlichungsrechts stellt sich auch die Frage, ob ein solches Recht nur für Publikationen gelten soll, die nach Inkrafttreten der Regelung publiziert werden oder ob auch längst publizierte Beiträge erfasst werden sollen. Diese Frage wird teils in den hier untersuchten Bestimmungen geregelt, teils ist die Frage nach den allgemeinen Regeln des jeweiligen nationalen Übergangsrecht zu beantworten.

Die belgische Bestimmung gilt explizit auch für Werke, die zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens noch nicht geschaffen wurden. Die Bestimmung hält fest: «Ce droit est impératif (...) et s'applique également aux œuvres créées avant l'entrée en vigueur de ce paragraphe et non tombées dans le domaine public à ce moment».

Die niederländischen Übergangsbestimmungen halten fest, dass die Bestimmung über das Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Veröffentlichungen auch auf Verträge anwendbar ist, die vor ihrem Inkrafttreten geschlossen wurden. VISSER betont die vollständige retroaktive Wirkung: «The transitional provisions, i.e. Art. III, state that this provision for

³⁹ VISSER, GRUR Int. 2015, 537 m.w.H.

⁴⁰ BeckOK UrhR-GÖTTING/LAUBER-RÖNSBERG/RAUER, § 38 N 75.

open access also applies to agreements that were concluded before it came into force. The provision accordingly has full retroactive effect and also covers existing agreements and all scientific publications that were published in the past. This means that all scientific authors may place their old short scientific work in open access without consent, even if they had assigned all their rights at the time".⁴¹

Die deutschen, österreichischen, französischen und spanischen Bestimmungen legen nicht fest, welchen zeitlichen Anwendungsbereich sie haben. Die Kommentare zur deutschen Bestimmung verweisen auf die Anwendbarkeit auf Verlagsverträge, die nach dem Inkrafttreten der Bestimmung geschlossen wurden. Damit schliessen sie eine Rückwirkung implizit aus.⁴²

3. Fazit

Die rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, dass ein Zweitveröffentlichungsrecht in einigen europäischen Ländern schon seit über 10 Jahren vorgesehen ist. Alle Bestimmungen verfolgen das Ziel, mit öffentlichen Geldern finanzierte wissenschaftliche Beiträge öffentlich zugänglich zu machen. Die Analyse der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der einzelnen Regelungen zeigt, wie dieses Ziel durch unterschiedliche Ausgestaltung des Zweitveröffentlichungsrecht erreicht werden kann.

IV. Lösungsvorschlag für die Schweiz

1. Vorbemerkungen

Die rechtsvergleichende Betrachtung der Regelungen eines Zweitveröffentlichungsrechts hat gezeigt, welche Elemente eine solche Regelung enthalten sollte und in welchen Erlassen sie eingefügt werden kann. Auf Grundlage dieser Erkenntnisse ist zu prüfen, welche **Elemente** eine Regelung in der Schweiz enthalten und in welchem **Erläss** sie eingefügt werden sollte. Diese Fragen werden nachfolgend analysiert und, soweit möglich, geklärt.

Dabei sind nicht nur die konkreten Fragen zu lösen, sondern auch zu berücksichtigen, dass eine neue Bestimmung sinnvoll und schlüssig in den bestehenden Rechtsrahmen eingefügt werden muss. Das kann nur gelingen, wenn die **schweizerische Gesetzgebungstradition** beachtet wird, die sich in der Regel auf kurze und recht allgemein gehaltene gesetzliche Rege-

⁴¹ VISSER, GRUR Int. 2015, 538 f.

⁴² BeckOK UrhR-SOPPE, § 38 N 81; KUNZ-HALLSTEIN/LOSCHELDER, GRUR 2013, 482; SANDBERGER, ZUM 2013, 472.

lungen beschränkt und Details der Klärung durch Lehre und Rechtsprechung überlässt. Bewährt hat sich dabei auch der Ansatz, Detailfragen nicht im Gesetz zu regeln, sondern in der den Gesetzesentwurf begleitenden Botschaft zu klären. Das schafft Rechtssicherheit und eröffnet zugleich einen gewissen Spielraum für die Weiterentwicklung der Rechtslage.

2. Elemente einer Norm

Die rechtsvergleichende Analyse hat gezeigt, dass die Regelung eines Zweitveröffentlichungsrechts in allen untersuchten Rechtsordnungen bestimmte Elemente enthält. Diese müssen vom Gesetzgeber geklärt werden, um den Anwendungsbereich und die Wirkung des Zweitveröffentlichungsrechts zu definieren. Dabei lassen sich zwei Konstellationen unterscheiden:

Gewisse Elemente eines Zweitveröffentlichungsrechts finden sich in allen untersuchten Rechtsordnungen. Diese Elemente sollte auch der Schweizer Gesetzgeber sinnvollerweise umsetzen. Dazu gehören: (a) das **unentgeltliche Zugänglichmachen von wissenschaftlichen Beiträgen**, die **Finanzierung mit öffentlichen Mitteln** und die Notwendigkeit einer **zwingenden Regelung**.

Andere Elemente sind vom Gesetzgeber explizit oder implizit zu klären, so namentlich, welche (b) **Arten** von Veröffentlichungen erfasst werden, (c) welcher **Anteil an öffentlichen Mitteln** erforderlich ist, damit das Zweitveröffentlichungsrecht Anwendung findet und (d) ob eine **Embargofrist** besteht und wie lange diese gegebenenfalls dauert. Regelmässig werden zudem (e) weitere Aspekte geregelt, namentlich die **erfasste Version des Manuskripts** und die Frage der **Mitautor:innenschaft**. Zudem ist über (f) die **zeitliche Anwendung** eines neu eingeführten Zweitveröffentlichungsrechts zu entscheiden. Bei diesen Elementen hat der Gesetzgeber einen gewissen Gestaltungsspielraum. In der Folge wird jeweils aufgezeigt, welche Möglichkeiten für den Schweizer Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eines Zweitveröffentlichungsrechts bestehen und wie er den Spielraum aus Sicht der Autor:innen dieses Berichts ausnutzen sollte.

- a) Unentgeltliches Zugänglichmachen, Finanzierung mit öffentlichen Mitteln und zwingende Regelung

Das Zweitveröffentlichungsrecht sollte nur das **unentgeltliche Zugänglichmachen von wissenschaftlichen Beiträgen** erfassen, die zumindest teilweise **mit öffentlichen Mitteln finanziert** worden sind. Nur dann lässt sich dessen Einführung mit der Forderung legitimieren, dass die Ergebnisse der mit öffentlichen Mitteln finanzierten Forschung der Öffentlichkeit frei

zugänglich sein müssen.⁴³ Mit der Beschränkung auf das unentgeltliche Zugänglichmachen kann den Interessen der Verlage Rechnung getragen und sichergestellt werden, dass die Autor:innen ihre Werke auf der Grundlage des Zweitveröffentlichungsrechts nicht kommerziell verwerten können.

Die Regelung eines Zweitveröffentlichungsrechts muss **zwingend** sein. Eine dispositive Bestimmung hätte keine Wirkung, weil die Verlage das Zweitveröffentlichungsrecht mit hoher Wahrscheinlichkeit auch künftig in den Standardverträgen wegbedingen würden.

b) Art der Veröffentlichung

Das Element der Art der erfassten Veröffentlichungen kann nahezu beliebig ausgestaltet werden. Damit es eine Wirkung erzielt, sollte ein Zweitveröffentlichungsrecht auf jeden Fall alle wissenschaftlichen Beiträge erfassen, die in **Zeitschriften** oder **Sammelwerken** publiziert werden.

Denkbar ist, dass ein solches Recht auch für **Monographien** und **Lehrbücher** eingeführt wird. Bei Büchern stellt sich allerdings die Frage, ob diese von kommerziellen Verlagen noch gewinnbringend publiziert werden können, wenn die Volltexte unentgeltlich öffentlich zugänglich sind. Eine jüngere Studie des SNF hat zwar gezeigt, dass gewisse Monographien (insb. Dissertationen, nicht aber Lehrbücher), kaum weniger verkauft werden, wenn sie parallel auch Open Access publiziert werden.⁴⁴ Es bestehen aber Zweifel, ob diese Erkenntnis verallgemeinert werden kann und über Zeit Bestand hat, zumal damit zu rechnen ist, dass sich das Verhalten der Nachfragenden erst im Lauf der Zeit ändert, diese also gedruckte Monographien erst dann nicht mehr in relevantem Umfang kaufen, wenn sie sich daran gewöhnt haben, diese auf frei zugänglichen Plattformen zu lesen. Hinzu kommt, dass keine europäische Rechtsordnung ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht für Monographien vorsieht. Ob ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht in der Schweiz auch Monographien erfassen sollte, erscheint deshalb fraglich.

Im Gegensatz zu den deutschen, österreichischen, französischen und belgischen Bestimmungen, ist eine Beschränkung auf Beiträge, die in einer periodisch erscheinenden Sammlung publiziert werden, nicht wünschenswert. Ohne eine entsprechende Einschränkung können auch **Tagungsbände** und **Beiträge in Festschriften** erfasst werden. Die unentgeltliche öffentliche

⁴³ Siehe dazu vorne, A.I.

⁴⁴ Siehe dazu: OAPEN-CH: Open Access macht Bücher sichtbar; abrufbar unter: <<https://www.snf.ch/de/mxtxzZ5OCQBEhlhK/news/news-180423-oapen-ch-oa-macht-buecher-sichtbar>> (besucht am 27.09.2023).

Zugänglichkeit würde die Attraktivität dieser Publikationen für die Autor:innen vermutlich erhöhen.

Damit im Streitfall nicht die Wissenschaftlichkeit eines einzelnen Beitrags beurteilt werden muss, sollte der Anwendungsbereich eines Zweitveröffentlichungsrechts durch den **wissenschaftlichen Charakter der Zeitschrift bzw. des Sammelwerkes** definiert werden. Ein solches Zweitveröffentlichungsrecht wäre damit deutlich enger gefasst als das Zweitveröffentlichungsrecht von Art. 382 Abs. 2 f. OR.⁴⁵ Diese Differenzierung ist sinnvoll, weil das bestehende dispositive Zweitveröffentlichungsrecht alle Arten von Publikationen erfasst, also namentlich auch nichtwissenschaftliche Publikationen und Publikationen, die nicht mit öffentlichen Mitteln finanziert wurden.

c) Finanzierung

Das Element der Finanzierung wird in allen untersuchten Rechtsordnungen auf **öffentliche Mittel** beschränkt. Unterschiede bestehen allerdings bei der Frage, ob die öffentlichen Mittel einen festen Anteil ausmachen müssen und ob das Zweitveröffentlichungsrecht nur gilt, wenn die öffentlichen Mittel aus dem jeweiligen Land oder der EU stammen.

Der **Begriff der öffentlichen Mittel** wird in den untersuchten Rechtsordnungen **nicht gesetzlich definiert**. Das sollte auch der Schweizer Gesetzgeber nicht tun. Stattdessen sollte der Begriff in der Botschaft näher umschrieben werden. Als öffentliche Mittel sollten dabei die Finanz- und Sachmittel öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten sowie privatrechtlicher juristischer Personen gelten, deren Tätigkeit in erster Linie aus Steuergeldern finanziert wird. Darunter fallen insb. die kantonalen Universitäten, die eidgenössischen Hochschulen und Forschungsanstalten sowie der Schweizerische Nationalfonds. Eine Beschränkung auf Mittel der Schweizer Kantone, der Eidgenossenschaft oder der EU erscheint nicht sinnvoll.

Im Gegensatz zum deutschen, österreichischen, französischen und belgischen Recht sollte beim Anteil der öffentlichen Finanzierung **keine starre Grenze** im Gesetz vorgesehen werden. Eine solche (bspw. «mindestens zur Hälfte») würde zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen und Berechnungen erfordern, die bei Forschung in Kooperation mit privaten Unternehmen rasch eine hohe Komplexität erreichen können. Dasselbe gilt, wenn mehrere Veröffentlichungen aus demselben Projekt hervorgehen, aber unterschiedliche Themen behandelt werden, die auf einer unterschiedlichen Inanspruchnahme der öffentlichen Mittel beruhen sowie bei projektübergreifenden Veröffentlichungen, bei denen der wissenschaftliche Beitrag erst aus

⁴⁵ Siehe dazu vorne, B.II.

der Gesamtschau mehrerer Forschungsvorhaben entsteht.⁴⁶ Stattdessen sollte die Regelung nur vorsehen, dass die Forschung, deren Ergebnisse in den wissenschaftlichen Beiträgen publiziert werden, **ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert** wurde. Diese Umschreibung lässt ein hohes Mass an Flexibilität zu und stellt zugleich klar, dass ein geringer Anteil an öffentlichen Mitteln nicht ausreicht.

d) Embargofrist

Beim Element der **Embargofrist** besteht ein grosser Spielraum. Die rechtsvergleichende Untersuchung hat gezeigt, dass es Länder gibt, die keine Embargofrist kennen, während andere eine Frist von sechs oder zwölf Monaten vorsehen, teilweise abhängig von der wissenschaftlichen Disziplin.

Da wissenschaftliche Publikationen regelmässig unmittelbar nach ihrem Erscheinen auf besonders grosses Interesse stossen und die Forschung in vielen Disziplinen auf den Zugang zu den neusten Beiträgen angewiesen ist, schlagen wir vor, **keine Embargofrist** vorzusehen. Dies stimmt mit dem Ansatz der cOAlition S überein, mit dem sichergestellt werden soll, dass wissenschaftliche Beiträge schon ab dem Einreichen der Publikation bei einem Verlag unentgeltlich zugänglich sind.⁴⁷ Die Autor:innen können ihre Beiträge damit **jederzeit unentgeltlich zugänglich** machen, namentlich auch schon vor dem Einreichen bei einem Verlag. Damit würde das einzuführende, zwingende Zweitveröffentlichungsrecht an der für kleinere Aufsätze geltenden, dispositiven Regelung anknüpfen, nach der diese Aufsätze jederzeit veröffentlicht werden dürfen (Art. 382 Abs. 2 OR). Die heutige Unterscheidung zwischen kleineren Aufsätzen (Art. 382 Abs. 2 OR) und grösseren Beiträgen (Art. 382 Abs. 3 OR) wird in der Lehre zu Recht kritisiert, weil eine klare Grenzziehung in der Praxis kaum möglich ist.⁴⁸ Der Umfang einer Publikation ist somit kein taugliches Anknüpfungskriterium für unterschiedliche Embargofristen, vielmehr müsste – wenn überhaupt – der Inhalt der Beiträge entscheidend sein.⁴⁹ Ebenso ist eine Unterscheidung nach Art oder Bezeichnung des Mediums oder weder dessen

⁴⁶ Siehe Beispiele bei BeckOK UrhR-GÖTTING/LAUBER-RÖNSBERG/RAUER, § 38 N 65.1.

⁴⁷ Siehe dazu vorne, A.III.

⁴⁸ BSK OR I-HILTY, Art. 382 N 5; CHK OR-STREULI-YOUSSEF, Art. 382 N 5.

⁴⁹ BSK OR I-HILTY, Art. 382 N 5; CHK OR-STREULI-YOUSSEF, Art. 382 N 5 nach ihr ist der Inhalt und Umfang relevant.

Erscheinungskadenz nicht sinnvoll.⁵⁰ Wie aufgezeigt, unterscheiden die französische und belgische Regelung verschiedene Fristen für unterschiedliche wissenschaftlichen Disziplinen.⁵¹ Diesbezüglich wurden jedoch ebenfalls Bedenken geäussert, weil eine Abgrenzung, namentlich bei interdisziplinärer Forschung, im Einzelfall schwierig oder gar unmöglich sein kann.

Ob eine Embargofrist vorgesehen wird und wie lange diese dauern soll, ist in erster Linie ein politischer Entscheid. Wird eine Embargofrist eingeführt, könnte diese (in Anlehnung an Art. 382 Abs. 3 OR) drei Monate oder (in Anlehnung an die europäischen Rechtsordnungen) sechs oder zwölf Monate betragen. Anders als das Zweitveröffentlichungsrecht als solches müsste **eine allfällige Embargofrist teilzwingend** sein, es müsste den Verlagen also offenstehen, auf eine Embargofrist zu verzichten oder in den Verlagsverträgen eine Frist vorzusehen, die kürzer ist als die im Gesetz geregelte Frist. Das belgische Recht sieht dies schon heute ausdrücklich vor.⁵² Eine gesetzliche Regelung dieser Frage scheint in der Schweiz verzichtbar. Stattdessen sollte in der Botschaft klargestellt werden, dass das Zweitveröffentlichungsrecht als solches zwingend, eine allfällige Embargofrist aber nur teilzwingend ist, in den Verlagsverträgen also eine kürzere, aber keine längere Embargofrist vorgesehen werden kann.

e) Version des Manuskripts und Mitautor:innen

Bei der Anwendung des Zweitveröffentlichungsrechts stellt sich die Frage, welche **Version des Manuskripts** die gesetzliche Regelung erfasst. Diese Frage wird in einigen Ländern ausdrücklich geregelt, so namentlich in Belgien (Code de droit économique art. XI. 196, § 2/1: «le droit de mettre le manuscrit gratuitement à la disposition du public»). Im Vordergrund steht die Frage, ob das Recht (nur) für das sog. Author Accepted Manuscript» (AAM) oder für die sog. «Version of Record» gilt. Welche Fassung unentgeltlich zugänglich sein muss, damit ein Zweitveröffentlichungsrecht seinen Zweck erfüllen kann, hängt ebenso von der wissenschaftlichen Disziplin wie von der künftigen Entwicklung ab. So ist ohne weiteres denkbar, dass das Zugänglichmachen der «Version of Record» heute in gewissen Disziplinen unverzichtbar erscheint, sich aber schon bald (Zitations-)Praktiken entwickeln werden, mit denen der Zweck des Zweitveröffentlichungsrechts auch mit dem «Author Accepted Manuscript» oder einer anderen Version erreicht werden kann. Da Gesetzesbestimmungen in der Regel für viele Jahrzehnte gelten, erscheint es nicht sinnvoll, die Frage der vom Zweitveröffentlichungsrecht erfassten Version im Gesetz zu regeln. Stattdessen sollte in der die neue Regelung erläuternden

⁵⁰ CHK OR-STREULI-YOUSSEF, Art. 382 N 5.

⁵¹ Siehe dazu vorne, B.III.1.b).

⁵² Siehe dazu vorne, B.III.2.b)(iii).

Botschaft geklärt werden, welche Version erfasst wird. Dieser Ansatz schafft heute Rechtssicherheit und ermöglicht zugleich eine Weiterentwicklung des Rechts im Rahmen der gesetzlichen Regelung, wenn sich eine solche künftig aufdrängen sollte.

Viele wissenschaftliche Publikationen werden von mehreren Autor:innen gemeinsam verfasst. Damit stellt sich die Frage, ob das Zweitveröffentlichungsrecht von einer Autor:in allein oder nur von allen **Mitautor:innen** gemeinsam ausgeübt werden kann. Diese Frage wird im französischen Recht ausdrücklich geregelt, indem es die Zustimmung der Mitautor:innen verlangt. Diese Rechtsfolge ergibt sich in der Schweiz bereits aus den geltenden Bestimmungen über die Miturheberschaft. Diese sehen vor, dass das Urheberrecht den Mitautor:innen gemeinschaftlich zusteht (Art. 7 Abs. 1 URG). Die Mitautor:innen dürfen das Werk nur mit Zustimmung aller verwenden, diese aber nicht wider Treu und Glauben verweigern (Art. 7 Abs. 2 URG). Diese Regelung passt auch für das Zweitveröffentlichungsrecht, das als (Teil-)Nutzungsrecht allen Autor:innen gemeinschaftlich zusteht. Eine spezifische Regelung ist damit nicht erforderlich.

f) Zeitliche Anwendung

Da die grosse Mehrheit der wissenschaftlichen Publikationen bereits vor dem Inkrafttreten einer neuen Bestimmung zum Zweitveröffentlichungsrecht veröffentlicht wurde, stellt sich die Frage, ob die Bestimmung nur Beiträge erfassen soll, die nach dem Inkrafttreten erstellt und veröffentlicht wurden oder ob die Bestimmung im Sinn einer Rückwirkung auch für bereits veröffentlichte Publikationen gelten soll.

Mit dem zeitlichen Geltungs- und Anwendungsbereich von Rechtsnormen befasst sich das intertemporale Recht, das auch als Übergangsrecht bezeichnet wird. Dieses wird in allgemeiner Form im **Schlusstitel des Zivilgesetzbuches** (« SchlT ZGB »)⁵³ geregelt; in vielen Erlassen finden sich aber auch spezifische Übergangsbestimmungen, so etwa im URG (Art. 80 ff. URG). Die allgemeinen übergangsrechtlichen Bestimmungen des ZGB legen fest, ob nach einer Gesetzesrevision auf einen Sachverhalt altes oder neues Recht anwendbar ist, wenn der Gesetzgeber den zeitlichen Anwendungsbereich bei einer privatrechtlichen Gesetzesrevision nicht ausdrücklich geregelt hat.⁵⁴

Art. 1 SchlT ZGB verankert den **Grundsatz der Nichtrückwirkung**. Nach diesem sind unter altem Recht eingetretene Tatsachen auch nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nach altem

⁵³ Schlusstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

⁵⁴ KUKO ZGB-PFAFFINGER, Vor Art. 1-50 SchlT N 1.

Recht zu beurteilen.⁵⁵ Neues Recht ist damit grundsätzlich nicht rückwirkend anwendbar. Dieser Grundsatz kann aber nach Art. 2 SchlT ZGB eingeschränkt werden. Demnach ist eine Rückwirkung zulässig, wenn die Gesetzesbestimmung um der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit willen aufgestellt worden ist (sog. Ordre-Public-Klausel). Um neues Recht auf alte Tatsachen anzuwenden, ist somit zu prüfen, ob die Anwendung alten Rechts mit dem Ordre Public unvereinbar geworden ist.⁵⁶ Nach dem Bundesgericht weisen der internationale und der intertemporale Ordre Public denselben Gehalt auf.⁵⁷

Ob eine **Rückwirkung** nach Art. 2 SchlT ZGB eintritt oder nicht, ist eine Frage der Auslegung der rechtspolitischen Motive, die zur Gesetzesrevision geführt haben. Um sie zu beantworten, sind die betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen.⁵⁸ Grundsätzlich soll eine Rückwirkung nur zurückhaltend und damit selten angenommen werden.⁵⁹ Bei neuem Recht zwingender Natur wird das überwiegende Interesse öfters zu bejahen sein.⁶⁰ Beim einzuführenden zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht stehen die Vertrauensinteressen in die bestehende Rechtsordnung sowie der Schutz der (geistigen) Eigentumsrechte der Verlage dem öffentlichen Interesse gegenüber, dass mit öffentlichen Mitteln finanzierte Forschung der Öffentlichkeit unentgeltlich zugänglich ist. Hinzu kommt ein sozialpolitisch motivierter Ausgleich des Verhandlungsungleichgewichts zwischen Autor:in und Verlag und die Möglichkeit, mit einer zwingenden Regelung Rechtssicherheit zu schaffen. Das zwingende Zweitveröffentlichungsrecht verkörpert eine grundlegende sozialpolitische Anschauung, was eine rückwirkende Anwendung der Bestimmung im Rahmen der geltenden übergangsrechtlichen Regelung im ZGB zu rechtfertigen vermag. Um Rechtssicherheit zu schaffen, sollte der Gesetzgeber in der **Bot-schaft** klarstellen, dass die neue Regelung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts Rückwirkung haben soll.

⁵⁵ BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchlT N 12.

⁵⁶ BGE 133 III 105 E. 2.1.4.

⁵⁷ BGE 41 II 138 E. 1, s.a. BSK-ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchlT N 2 f.; zur teilweisen Vergleichbarkeit von Ordre-Public-Regelungen im internationalen und intertemporalen Privatrecht: OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 2 N 1.

⁵⁸ BGE 140 III 404 E. 4.2; BGE 138 III 659 E. 3.3.

⁵⁹ BGE 145 III 109 E. 5.4; BGE 141 III 1 E. 6.

⁶⁰ BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchlT N 4.

3. Erlass

Ein Zweitveröffentlichungsrecht könnte im Urheberrecht oder im Verlagsvertragsrecht geregelt werden.

a) Urheberrecht

Für eine Regelung im Urheberrecht sind zwei Ansätze denkbar: Das Ziel eines Zweitveröffentlichungsrechts lässt sich durch eine Einschränkung der Übertragung der urheberrechtlichen Nutzungsrechte oder durch Einführung einer Schrankenbestimmung erreichen.

Urheberrechte können übertragen werden (Art. 16 Abs. 1 URG). Das gilt allerdings nur für die Nutzungsrechte ohne Einschränkung. Die Urheberpersönlichkeitsrechte sind nach herrschender Lehre (zumindest) im Kernbereich nicht übertragbar.⁶¹ Denkbar wäre, die **Übertragung der Nutzungsrechte** in einem neuen Absatz von Art. 16 URG so **einzuschränken**, dass das Recht auf Zweitveröffentlichung eines wissenschaftlichen Beitrags nicht übertragen werden kann und damit immer der Autor:in zusteht, bspw. durch die folgende Formulierung: «Nicht übertragbar ist das Recht, einen ganz oder teilweise mit öffentlichen Mitteln finanzierten Beitrag für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk unentgeltlich zugänglich zu machen.» Eine solche Bestimmung könnte als Art. 16 Abs. 2^{bis} URG eingeführt werden.

Die **Schranken des Urheberrechts** schränken die Nutzungsrechte der Urheber:innen in unterschiedlicher Weise ein. Das URG kennt vier Typen von Schranken: die volle Freistellung, die gesetzliche Lizenz, die Zwangslizenz und den Zwang zur kollektiven Verwertung.⁶² In Frage kommen hier nur die ersten beiden Typen. Eine volle Freistellung bewirkt, dass die Ausschliesslichkeitsrechte im Umfang der Schranke nicht bestehen. Die entsprechenden Nutzungen sind für jedermann ohne weiteres erlaubt, bedürfen also nicht der Zustimmung der Rechtsinhaber:innen. Dieser Schrankentyp ist für ein Zweitveröffentlichungsrecht nicht geeignet, weil die wissenschaftlichen Beiträge dann von jedermann frei zugänglich gemacht werden könnten und die Urheber:in keine Möglichkeit mehr hat, dieses Zugänglichmachen (bspw. durch die Wahl des Repositoriums) zu kontrollieren. Besteht eine **gesetzliche Lizenz**, kann die berechtigte Person unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen eine Nutzung auch ohne Einwilligung der Rechteinhaber:in vornehmen. In dieser Konstellation bestehen

⁶¹ OFK URG-REHBINDER/HAAS/UHLIG, Art. 16 N 1 und 9; BARRELET/EGLOFF, URG 16 N 9; HILTY, Urheberrecht, Rn. 599 f.

⁶² THOUVENIN/BIRCHER/FISCHER, 31 f.

die Ausschliesslichkeitsrechte zwar, die Rechteinhaber:in kann sie aber gegenüber der zur Nutzung berechtigten Person nicht geltend machen. Ob Schranken immer zwingend sind, ist umstritten.⁶³ Es wäre deshalb sinnvoll, in einer Schrankenbestimmung ausdrücklich festzuhalten, dass die Beteiligten davon nicht abweichen können.

Eine Lösung im Urheberrecht hat allerdings gewichtige Nachteile. Im Immaterialgüterrecht gilt das sog. **Territorialitätsprinzip**.⁶⁴ Nach diesem bestehen Immaterialgüterrechte immer nur in dem Staat, der diese Rechte erteilt hat und die jeweiligen nationalen Gesetze gelten nur für das im jeweiligen Staat bestehende, nationale Immaterialgüterrecht. Urheberrechte entstehen zwar mit der Schöpfung des Werks weltweit. Die Bestimmungen des Schweizer URG gelten aber nur für das mit Wirkung für das Territorium der Schweiz bestehende Urheberrecht. Sieht das Schweizer URG also bspw. vor, dass eine bestimmte Handlung durch eine Schranke freigestellt wird, kann die Rechteinhaber:in diese Handlung in der Schweiz nicht verbieten, wohl aber in anderen Ländern, wenn deren Urheberrecht keine solche Schranke kennt. Dasselbe gilt für die Regelung der Unübertragbarkeit. Eine Regelung im Schweizer URG würde nur das schweizerische Urheberrecht erfassen, nicht aber die für andere Länder bestehenden Urheberrechte. Soll sichergestellt werden, dass ein wissenschaftlicher Beitrag aufgrund eines Zweitveröffentlichungsrechts weltweit zugänglich gemacht werden kann, ist eine Regelung im URG deshalb nicht zielführend. Da eine Regelung im URG nur für das Territorium der Schweiz greifen würde, müssten die Urheber:innen oder die Betreiber:innen von Repositorien durch Geoblocking sicherstellen, dass das Werk aus dem Ausland nicht abgerufen werden kann. Tun sie dies nicht, besteht die Gefahr, dass sie wegen der Verletzung ausländischer Urheberrechte verklagt werden.

b) Vertragsrecht

Im Vordergrund steht für das Schweizer Recht eine Lösung durch Einführung einer Bestimmung über das Zweitveröffentlichungsrecht im Verlagsvertragsrecht (Art. 381 ff. OR). Die dispositive Regelung von Art. 381 OR sollte dazu durch eine neue, zwingende Bestimmung ergänzt werden. Diese müsste die Übertragung des für die Zweitveröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge erforderlichen (Teil-)Nutzungsrechts im Rahmen eines Verlagsvertrags

⁶³ Für einen zwingenden Charakter: BARRELET/EGLOFF, URG Vorbem. 19-25 N 6; siehe auch Botschaft URG 2019, 641 m.V.a. die Rechtsprechung des Bundesgerichts: BGE 127 III 26 und BGE 133 III 568; a.M. CHERPILLOD, in: SIWR II/1, Rn. 750 und HILTY, Urheberrecht, Rn. 216.

⁶⁴ BGE 105 II 49 E. 1a; COTTIER/GERMANN, in: SIWR I/1, 37.

ausschliessen. Eine solche Bestimmung sollte in Art. 381 OR eingefügt werden; die heute bestehende Regelung würde unverändert fortbestehen. Die neue Bestimmung könnte wie folgt lauten:

Art. 381 Abs. 1^{bis} OR:

Nicht auf den Verleger übertragen werden kann das Recht, einen ganz oder teilweise mit öffentlichen Mitteln finanzierten Beitrag für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk unentgeltlich öffentlich zugänglich zu machen und die dafür erforderlichen Vervielfältigungen herzustellen.

Will man eine Embargofrist vorsehen, könnte die Regelung wie folgt gefasst werden:

Art. 381 Abs. 1^{bis} OR:

Nicht auf den Verleger übertragen werden kann das Recht, einen ganz oder teilweise mit öffentlichen Mitteln finanzierten Beitrag für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk drei [sechs, zwölf] Monate nach dessen Erscheinen unentgeltlich öffentlich zugänglich zu machen und die dafür erforderlichen Vervielfältigungen herzustellen.

Will man auch Monographien und Lehrbücher erfassen, könnte die Regelung wie folgt gefasst werden:

Art. 381 Abs. 1^{bis} OR:

Nicht auf den Verleger übertragen werden kann das Recht, einen ganz oder teilweise mit öffentlichen Mitteln finanzierten Beitrag für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk sowie ganz oder teilweise mit öffentlichen Mitteln finanzierte Monographien oder Lehrbücher drei [sechs, zwölf] Monate nach dem Erscheinen unentgeltlich öffentlich zugänglich zu machen und die dafür erforderlichen Vervielfältigungen herzustellen.

Da mit einem Verlagsvertrag in der Regel die weltweiten Nutzungsrechte an einem Werk auf den Verlag übertragen werden, würde eine zwingende Regelung im Verlagsvertragsrecht die **Übertragung des (Teil-)Nutzungsrechts für alle weltweit bestehenden Urheberrechte verhindern**. Soweit ein Verlagsvertrag nur bestimmte Länder erfasst, wäre eine Übertragung für die von diesem Vertrag erfassten Urheberrechte ausgeschlossen. Diese Lösung setzt allerdings voraus, dass der Verlagsvertrag Schweizer Recht untersteht und der Verlag das in Art. 381 Abs. 1^{bis} OR vorgesehene zwingende Zweitveröffentlichungsrecht nicht durch die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung wegbedingen kann. Neben einer Anpassung des

OR ist deshalb auch eine Anpassung des Gesetzes über das Internationale Privatrechts («IPRG»)⁶⁵ erforderlich.

4. Fazit

Ein Zweitveröffentlichungsrecht sollte nicht im Urheberrechtsgesetz (URG), sondern im OR bei den Bestimmungen über den Verlagsvertrag (Art. 380 ff. OR) geregelt werden. Das geltende Recht sieht bereits ein Zweitveröffentlichungsrecht vor (Art. 382 Abs. 2 f. OR). Die Regelung bezieht sich aber nicht spezifisch auf wissenschaftliche Publikationen und ist nicht zwingend. Das im geltenden Recht vorgesehene Zweitveröffentlichungsrecht hatte für wissenschaftliche Beiträge bisher wenig Wirkung, weil das Recht von den Verlagen wegbedungen worden ist oder die Autor:innen nicht wussten, dass sie aufgrund des dispositiven Rechts zur erneuten Veröffentlichung ihrer Beiträge berechtigt sind.

Ein Zweitveröffentlichungsrecht sollte das **unentgeltliche Zugänglichmachen von wissenschaftlichen Beiträgen** erfassen, die zumindest teilweise **mit öffentlichen Mitteln finanziert** worden sind. Die Regelung muss **zwingend** sein. Eine dispositive Bestimmung hätte kaum eine Wirkung, weil die Verlage ein solches Recht (wie bisher) wegbedingen könnten und die Rechtsunsicherheit der Autor:innen weiterhin bestehen würde.

Zu entscheiden ist, ob ein Zweitveröffentlichungsrecht nur für Beiträge für wissenschaftliche **Zeitschriften oder Sammelwerken** oder auch für **Monographien und Lehrbücher** gelten soll. Zudem ist zu entscheiden, wie gross der Anteil der öffentlichen Mittel sein muss. Aus unserer Sicht sollte auf eine starre Grenze verzichtet und in offener Weise verlangt werden, dass der Beitrag **ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln** finanziert wurde. Zu entscheiden ist auch, ob eine **Embargofrist** bestehen und wie lange diese gegebenenfalls dauern soll, und ob das Zweitveröffentlichungsrecht nur für Beiträge gelten soll, die **nach seinem Inkrafttreten** veröffentlicht wurden oder ob es **auch bereits veröffentlichte Beiträge** erfassen soll. Nicht im Gesetz geregelt werden sollte hingegen, auf welche Version des Manuskripts sich ein Zweitveröffentlichungsrecht bezieht und wie bei mehreren Autor:innen vorzugehen ist.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir die folgende Regelung vor:

Art. 381 Abs. 1^{bis} OR:

⁶⁵ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291).

Nicht auf den Verleger übertragen werden kann das Recht, einen ganz oder teilweise mit öffentlichen Mitteln finanzierten Beitrag für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk [drei [sechs, zwölf] Monate nach dessen Erscheinen] unentgeltlich öffentlich zugänglich zu machen und die dafür erforderlichen Vervielfältigungen herzustellen.

V. Internationales Privatrecht

1. Einleitung

Die Forschung ist in den meisten Disziplinen international ausgerichtet. Entsprechend veröffentlichen Forschende, die einer Schweizer Universität angehören oder ganz oder teilweise mit öffentlichen Geldern aus der Schweiz finanziert werden, ihre Beiträge häufig in Zeitschriften, die von Verlagen mit Sitz im Ausland herausgegeben werden. Auch umgekehrt gibt es Forschende, die einer nicht-schweizerischen Universität angehören, ihre Beiträge aber in Schweizer Zeitschriften veröffentlichen. In beiden Fällen erfolgt die Publikation auf Grundlage eines Verlagsvertrags, der zwischen der in- oder ausländischen Autor:in und dem in- oder ausländischen Verlag abgeschlossen wird.

Liegt ein Auslandbezug vor, stellt sich die Frage, welches Recht auf den internationalen Verlagsvertrag anwendbar ist. Diese Frage beantwortet sich nach den Normen des internationalen Privatrechts. Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts kommen verschiedene **Anknüpfungspunkte** in Frage. Diese können sich auch über mehrere Länder verteilen. Möglich sind (i) der gewöhnliche Aufenthaltsort, die Staatsangehörigkeit sowie der Arbeitsort der Autor:in oder den Mitautor:innen, (ii) der Sitz ihrer oder seiner Trägerorganisation: Hochschule, Universität oder Forschungszentrum, (iii) der Sitz der Institution, welche die Forschung finanziert oder mitfinanziert, wenn sie sich von der Organisation unterscheidet, welche die Autor:in oder die Mitautor:innen angehören (wie z. B. in der Schweiz der SNF), (iv) der Sitz des Verlages oder seiner Zweigstelle, wenn der Verleger ein multi-nationales Unternehmen ist, der Sitz der verschiedenen Verlagshäuser im Falle von Co-Publishing oder (v) der Ort der Erstveröffentlichung sowie der Ort der Mitveröffentlichung.

Der internationale Verlagsvertrag wurde weder im Schweizer IPRG noch in der EU in der Rom-I-Verordnung⁶⁶ in einer spezifischen Bestimmung geregelt.

Ein internationaler Vertrag zwischen einem Verlag und einer Autor:in (oder mehreren Co-Autor:innen und/oder ihrer Mitgliedsorganisation) wird in den meisten Fällen nicht als internationaler Konsumentenvertrag i.S.v. Art. 120 IPRG und Art. 5 der Rom-I-Verordnung zu

⁶⁶ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-I-Verordnung).

qualifizieren sein. Das gilt auf jeden Fall für Verlagsverträge über wissenschaftliche Publikationen. Auf diese Fälle sind diese Bestimmungen deshalb nicht anwendbar.

Das IPRG enthält eine spezielle Bestimmung über das auf **Verträge, die Immaterialgüterrechte zum Gegenstand haben**, anwendbare Recht (Art. 122 IPRG). Diese lässt eine Rechtswahl zu. Fehlt eine solche, ist das Recht des Staates anwendbar, in dem die Inhaber:in des Immaterialgüterrechts, das Gegenstand des Vertrags ist, ihren Wohnsitz hat. Dieses Recht wäre beim Verlagsvertrag das Recht des Staates, in dem die Autor:in ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Nach dem überwiegenden Teil der Lehre ist Art. 122 IPRG allerdings **nicht auf den internationalen Verlagsvertrag anwendbar**.⁶⁷ Dieser untersteht vielmehr den allgemeinen Bestimmungen von Art. 116 und 117 IPRG: Art. 116 IPRG lässt eine Rechtswahl zu. Liegt keine Rechtswahl vor, bestimmt Art. 117 IPRG das Recht des Staates als anwendbar, in dem die Vertragspartner:in ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung hat, welche die charakteristische Leistung erbringt. Die charakteristische Leistung ist nach dem weit überwiegenden Teil der Lehre die Leistung des Verlegers, der das unternehmerische Risiko trägt, und nicht die Leistung der Autor:in.⁶⁸ Nur wenige Schweizer Autor:innen sprechen sich für die Anwendbarkeit des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts der Urheber:in nach Art. 122 IPRG oder Art. 117 IPRG aus.⁶⁹ Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage noch nie befasst. Die Lehre scheint sich nicht für den Fall zu interessieren, bei dem eine Veröffentlichung von mehreren Autor:innen erstellt wird, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in zwei oder mehr Staaten haben. Ausserdem werden die Besonderheiten bei einer wissenschaftlichen Veröffentlichung praktisch nie behandelt.

Die EU hat in der **Rom-I-Verordnung** auf eine spezifische Bestimmung über Verträge, die Immaterialgüterrechte zum Gegenstand haben, verzichtet. Die Europäische Kommission hatte während der Ausarbeitung der Rom-I-Verordnung eine spezifische Bestimmung vorgeschlagen, welche die Rechtswahl zuließ und als relevanten Anknüpfungspunkt den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Rechtsinhabers vorsah. Diese Bestimmung wurde aber aus politischen Gründen nicht angenommen. Die wenigen in Mitgliedsländern der EU ergangenen Gerichtsurteile, die sich mit der Frage befasst haben, haben das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung des Verlegers als Erbringer der charakteristischen Leistung

⁶⁷ ZK IPRG-VISCHER/MOSIMANN, Art. 122 N 25 ff.; HILTY, in: SIWR II/1, Rn 1770 f.; CR LDIP/CL-DUCOR, Art. 122 LDIP N 14; VISCHER/HUBER/OSER, Rn. 552.

⁶⁸ ZK IPRG-VISCHER/MOSIMANN, Art. 122 N 26.; HILTY, in: SIWR II/1, Rn. 1771; CR LDIP/CL-DUCOR, Art. 122 LDIP N 14; VISCHER/HUBER/OSER, Rn. 552.

⁶⁹ So namentlich DESSEMONTET, N 1088, der argumentiert, dass “ce qui est caractéristique, dans le contrat d’édition, c’est qu’une œuvre individuelle est promise à l’auteur ou lui est apportée”.

als anwendbares Recht qualifiziert.⁷⁰ Die herrschende Lehre kommt zum gleichen Ergebnis,⁷¹ auch wenn sich einige Stimmen in der Lehre für das Recht des Staates aussprechen, in dem die Autor:in ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁷²

2. Unterschiedliche Ansätze des internationalen Privatrechts

Die Gesetzgeber in **Deutschland, Österreich und Frankreich** haben bei der Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts keine Bestimmungen des internationalen Privatrechts erlassen, die den Besonderheiten dieses Rechts Rechnung tragen würden. Dies hat zu einigen Unsicherheiten geführt. Zwar sind die betreffenden materiellen Bestimmungen international zwingendes Recht oder "**lois d'application immédiate**" oder "**orde public**"; ihr genauer internationaler Anwendungsbereich ist aber nicht abschliessend geklärt. Da Rechtsprechung fehlt, lässt sich die Praxis in diesen Ländern nicht zuverlässig beurteilen. Sicher scheint jedenfalls, dass eine französische Autor:in, die in Frankreich lehrt und deren Publikation in einer englischen Zeitschrift erscheint, sich in Frankreich auf das im französischen Recht vorgesehene Zweitveröffentlichungsrecht berufen kann und zwar auch dann, wenn das auf den Verlagsvertrag anwendbare Recht das englische Recht ist, das kein Zweitveröffentlichungsrecht vorsieht. Ebendies ist die Folge der Qualifikation der Bestimmung über das in Frankreich geltende Zweitveröffentlichungsrecht als "**loi d'application immédiate**".

Im Gegensatz zu Frankreich haben die belgischen und niederländischen Gesetzgeber bei der Einführung des Zweitveröffentlichungsrechts **Bestimmungen des internationalen Privatrechts** in den jeweiligen Gesetzen selbst erlassen (Art. XI.196 §2/1 Code de droit économique⁷³ und Art. 25h NL-URG⁷⁴), ohne ihre Gesetze zum internationalen Privatrecht anzupassen.

Der **belgische Gesetzgeber** stellt klar, dass die belgischen Bestimmungen über das Zweitveröffentlichungsrecht unabhängig von dem für den Vertrag massgeblichen Recht anwendbar sind, wenn ein Anknüpfungspunkt in Belgien besteht. Der Gesetzgeber hatte die Absicht, den

⁷⁰ LG München I, Urteil vom 31.1.2022 – 21 O 14450/17 = GRUR-RR 2022, 160 ff. (bestätigte darin in die Rechtsprechung des BGH noch zu Art. EGBGB (BGHZ 147, 178 = NJW 2002, 596 ff.), dass bei einem Verlagsvertrag die Verlage die charakteristische Leistung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Rom-I-Verordnung erbringen und daher ihre gewerbliche Niederlassung das anwendbare Recht bestimmt.

⁷¹ MüKo IPR I-MARTINY, Art. 4 Rom I-VO N 258 ff; OBERGFELL, 484; DE MIGUEL ASENSIO, YbPIL 2008, 214.

⁷² MÄGER, 189 ff. m.w.H.; WALTER, § 64 N 256 ff. nach ihm sollen sämtliche Urheberrechtsverträge einheitlich an das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Urhebers anknüpfen (N 259).

⁷³ Art. XI.196 §2/1 Code de droit économique "ce droit est impératif et est d'application nonobstant le droit choisi par les parties dès lors qu'un point de rattachement est localisé en Belgique".

⁷⁴ Art. 25h lit. a NL-URG: "the contract is governed by Dutch law when no applicable law has been chosen, or;" lit. b. "the acts of exploitation take place or should take place wholly or pre-dominantly in the Netherlands".

Autor:innen von wissenschaftlichen Publikationen mit einem relevanten Bezug zu Belgien weitgehend das Zweitveröffentlichungsrecht an ihren Werke nach belgischem Recht zu sichern. Auch bei dieser Bestimmung bleiben aber Unklarheiten: So stellt sich die Frage, ob der gewöhnliche Aufenthalt einer Autor:in in Belgien oder die belgische Staatsangehörigkeit für das Bestehen eines Zweitveröffentlichungsrechts ausreichen, auch wenn die Forschung der Autor:in nicht aus belgischen öffentlichen Mitteln finanziert wurde. Zudem kann Belgien die Wirksamkeit des Zweitveröffentlichungsrechts nur garantieren, wenn die Zweitveröffentlichung auf belgischem Hoheitsgebiet erfolgt, wenn also die entsprechende Website auf einem Server in Belgien gehostet wird.

Der **niederländische Gesetzgeber** hat klargestellt, dass die niederländischen Rechtsvorschriften zum Zweitveröffentlichungsrecht nach einer alternativen Anknüpfung anwendbar sind: (i) entweder wenn das niederländische Recht auf die Beziehung zwischen Autor:in und Verleger anwendbar ist oder (ii) wenn die Verwertungshandlung ganz oder teilweise in den Niederlanden stattfinden soll, d. h. im Wesentlichen, wie es scheint, wenn die Zweitveröffentlichung in den Niederlanden erfolgt. Die Anknüpfung nach (i) hat den Vorteil, dass Autor:innen, die ausländischen Hochschulen, Universitäten oder Forschungszentren angehören, aber in niederländischen Zeitschriften veröffentlichen, das Recht auf Zweitveröffentlichung in den Niederlanden in Anspruch nehmen können. Die Anknüpfung im Sinn von (ii) hat den Vorteil des Realismus: De facto kann die Zweitveröffentlichung in einem anderen Land als den Niederlanden verhindert werden. Es ist jedoch fraglich, ob es angemessen ist, einer Autor:in das niederländische Zweitveröffentlichungsrecht zu gewähren, auch wenn der Verlagsvertrag keine relevante Verbindung zu den Niederlanden hat. Könnten nicht alle Autor:innen der Welt eine Plattform einrichten, die auf einem Server in den Niederlanden gehostet wird, und ihre Publikationen auf einer solchen Plattform ein zweites Mal veröffentlichen?

Die Beispiele aus dem belgischen und niederländischen internationalen Privatrecht sind nützliche Ausgangspunkte und Inspirationsquellen für die Entwicklung eines schweizerischen Ansatzes.

3. Möglicher Ansatz im schweizerischen internationalen Privatrecht

Der Schweizer Gesetzgeber sollte, wenn er ein Zweitveröffentlichungsrecht im materiellen Recht einführt, auch eine oder mehrere Bestimmungen im internationalen Privatrecht erlassen. Wegen der internationalen Ausrichtung der wissenschaftlichen Forschung und der daraus resultierenden Publikationen sollte auch geklärt werden, welche Autor:innen sich unter welchen Bedingungen auf das schweizerische Zweitveröffentlichungsrecht berufen können und unter welchen Umständen sich die Verleger der Ausübung eines solchen Rechts widersetzen können.

Eine Regelung im internationalen Privatrecht hat mehrere Vorteile: Erstens steht sie im Einklang mit dem Schweizer Ansatz, nach dem eine neue Institution im innerstaatlichen Recht auch Gegenstand einer Bestimmung des internationalen Privatrechts sein sollte⁷⁵. Zweitens passt der Ansatz zur hohen Regelungsdichte des schweizerischen internationalen Privatrechts. Drittens – und dies vor allem – verringert sie das Risiko, dass Autor:innen und/oder Verleger wegen des Schweigens des Gesetzes im Zweifelsfall den internationalen Anwendungsbereich des Gesetzes restriktiv auslegen.

Im Vordergrund stehen zwei Optionen. Bei Option 1 würde der Gesetzgeber auf eine Änderung des IPRG verzichten und sich mit einer einseitigen Kollisionsregel⁷⁶ im materiellen Recht begnügen. Bei Option 2 würde er eine Änderung des IPRG vornehmen und damit eine zweiseitige Kollisionsregel⁷⁷ schaffen.

a) Option 1: Einseitige Kollisionsregel im materiellen Recht

Option 1 besteht darin, das IPRG nicht zu ändern, sondern eine Bestimmung des internationalen Privatrechts in den Schlussbestimmungen des Erlasses vorzusehen, in dem das Zweitveröffentlichungsrecht geregelt wird. Bei der hier vorgeschlagenen Regelung im Verlagsvertragsrecht⁷⁸ wären das die Schlussbestimmungen des ZGB, die auch für die Bestimmungen des OR gelten. Diesen Ansatz haben der belgische und der niederländische Gesetzgeber gewählt: Das belgische IPR-Gesetzbuch (*Loi portant le Code de droit international privé*)⁷⁹ und das 10. Buch des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs, welches das internationale Privatrecht normiert (*Burgerlijk Wetboek Boek 10*)⁸⁰, wurden nicht geändert.

Der Erlass von Bestimmungen des internationalen Privatrechts ausserhalb des IPRG entspricht jedoch nicht der schweizerischen Gesetzgebungstechnik und -tradition. Mit dem internationalen Versicherungsvertrag gab es zwar einen Ausnahmefall. Die schweizerischen

⁷⁵ Jüngstes Beispiel: Die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe durch ein Bundesgesetz, das am 1. Juli 2022 in Kraft trat, führte zu Bestimmungen des internationalen Privatrechts.

⁷⁶ Einseitige Kollisionsregeln bestimmen, unter welchen Voraussetzungen inländisches Recht anzuwenden ist. Sie verweisen nicht auf ausländisches Recht, sondern grenzen nur den Anwendungsbereich des inländischen Rechts ab.

⁷⁷ Zweiseitige Kollisionsregeln geben an, unter welchen Voraussetzungen inländisches oder welches ausländische Recht anwendbar ist.

⁷⁸ Siehe dazu vorne, B.IV.3.b).

⁷⁹ Abrufbar unter: <https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2004071631> (besucht am 19.09.2023).

⁸⁰ Abrufbar unter <<https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2015-12-05>> (besucht am 19.09.2023).

Bestimmungen des internationalen Privatrechts, die das auf internationale Versicherungsverträge anwendbare Recht regeln, waren mehrere Jahre lang in den Art. 101a und 101c VVG ("Versicherungsvertragsgesetz") und nicht im IPRG enthalten. Das wurde allerdings als Anomalie angesehen und die Bestimmungen wurden per 1. Januar 2022 aufgehoben.

Die Bestimmung des internationalen Privatrechts, die in die Schlussbestimmungen des ZGB aufzunehmen wäre, sollte zum einen den internationalen Anwendungsbereich der Regelung festlegen. Eine solche Bestimmung könnte gegebenenfalls die schweizerischen Bestimmungen zum Zweitveröffentlichungsrecht als "lois d'application immédiate" oder "Eingriffsnorm" i.S.v. Art. 18 IPRG bezeichnen. Vor allem aber müsste der internationale Anwendungsbereich präzisiert werden, es müsste also geklärt werden, in welchen Situationen sich die Autor:in einer wissenschaftlichen Publikation auf das vom Schweizer Recht gewährte Zweitveröffentlichungsrecht berufen kann. Dafür sind mehrere Varianten denkbar, zwei werden hier in Betracht gezogen.

Nach **Variante 1a** scheint es mit dem Ziel eines Zweitveröffentlichungsrechts vereinbar, dass sich jede Autor:in (oder Mitautor:in), die einer in der Schweiz ansässigen Forschungsinstitution (Universität, Hochschule, Forschungszentrum usw.) angehört – unabhängig von ihrer Nationalität und ihrem gewöhnlichen Aufenthalt – auf das im Schweizer Recht vorgesehene Zweitveröffentlichungsrecht berufen kann, wenn die Veröffentlichung ganz oder teilweise im Rahmen ihrer Tätigkeit für diese Forschungsinstitution erfolgt. Das gilt auch, wenn die Forschungsergebnisse in einer im Ausland erscheinenden Zeitschrift veröffentlicht werden und der Verlagsvertrag ausländischem Recht untersteht, typischerweise dem Recht des Ortes, an dem der Verlag seinen Sitz hat.

Mit einer **Variante 1b** könnte klargestellt werden, dass sich eine Autor:in auch dann auf das Zweitveröffentlichungsrecht berufen kann, wenn sie keiner Schweizer Forschungsinstitution angeschlossen ist oder die fragliche Veröffentlichung nicht im Rahmen einer entsprechenden Tätigkeit erfolgt, solange die Erstellung des Beitrags mit den öffentlichen Mitteln einer schweizerischen Forschungsinstitution finanziert wurde. Die Variante 1b hätte zur Folge, dass der Anwendungsbereich des im Schweizer Recht gewährten Zweitveröffentlichungsrechts gegenüber Variante 1a leicht ausgeweitet, indem auch Beiträge von Autor:innen erfasst würden, die ausländischen Einrichtungen (ausländischen Universitäten, Hochschulen oder Forschungszentren) angehören, sofern die Erstellung der Beiträge – bspw. im Rahmen von Kooperationen mit schweizerischen Forschenden – ganz oder teilweise mit öffentlichen Mitteln von schweizerischen Forschungsinstitutionen finanziert wurden.

Es würde jedoch zu weit gehen und viel Rechtsunsicherheit schaffen, wenn man, wie die belgische Bestimmung, festlegen würde, dass das Schweizer Recht anwendbar ist, sobald ein Anknüpfungspunkt in der Schweiz besteht. Ein solcher Ansatz wird nicht in Betracht gezogen.

Unabhängig von der gewählten Variante, müsste die Zweitveröffentlichung in der Schweiz erfolgen, während die Erstveröffentlichung auch im Ausland erfolgen könnte. Es ist allerdings nicht notwendig, dies als Voraussetzung für die Anwendung des Gesetzes vorzusehen, wie es in der niederländischen Bestimmung festgehalten ist.⁸¹ Wie im materiellen Recht,⁸² ist eine Bestimmung über die Mitautor:innenschaft auch im internationalen Privatrecht nicht erforderlich.

Die Bestimmungen der Variante 1a und Variante 1b könnten wie folgt lauten:

(Schlussbestimmungen des ZGB)

Variante 1a

Artikel [XY]

Der Autor eines Beitrags für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk kann sich auf das in diesem Gesetz vorgesehene Zweitveröffentlichungsrecht berufen, wenn er einer schweizerischen Forschungsinstitution angehört und der Beitrag ganz oder teilweise im Rahmen dieser Tätigkeit verfasst wurde. [Das Recht, das die Beziehung zwischen dem Urheber und dem Verleger regelt, darf die Ausübung eines solchen Rechts nicht beeinträchtigen.]

Variante 1b

Artikel [XY]

Die in Artikel [XY] enthaltene Bestimmung gilt unabhängig vom auf den Verlagsvertrag anwendbaren Recht, wenn der Beitrag für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk ganz oder teilweise mit öffentlichen Mitteln einer schweizerischen Forschungsinstitution finanziert wurde.

b) Option 2: Zweiseitige Kollisionsregel im IPRG

Bei Option 2 würde eine neue Bestimmung des internationalen Privatrechts im IPRG vorgesehen. Diese Option wäre insofern traditioneller, als sie dem schweizerischen Gesetzgebungsansatz im internationalen Privatrecht entspricht, der eine vollständige oder quasi-vollständige Regelung im IPRG anstrebt. Zugleich wäre die Option innovativ, weil sie eine zweiseitige Kollisionsnorm des internationalen Privatrechts schaffen würde. Eine solche Norm res-

⁸¹ Siehe dazu vorne, B.III.1.a).

⁸² Siehe dazu vorne, B.IV.2.e).

pektiert die Gleichheit der Staaten und eine gewisse Harmonie der zwischenstaatlichen Beziehungen besser als eine einseitige Kollisionsnorm. Die Schweiz wäre das erste Land, das für das Zweitveröffentlichungsrecht eine zweiseitige Kollisionsregel einführen würde.

Die Bestimmung sollte in Kapitel 9 ("Obligationenrecht"), Abschnitt 1 ("Verträge") Punkt II. ("Anwendbares Recht") bei den Regeln zum «Fehlen einer Rechtswahl» (Art. 117 IPRG ff.) aufgenommen werden. Möglich wäre (i) einen oder mehrere neue Absätze in Art. 122 IPRG über Verträge einzufügen, die Immaterialgüterrechte zum Gegenstand haben oder (ii) einen neuen Artikel (Art. 122a IPRG) vorzusehen.

Besser geeignet wäre die Variante (ii), also das Schaffen eines neuen Artikels. Einerseits ist die herrschende Lehre, wie erwähnt, der Ansicht, dass Art. 122 IPRG nicht auf Verlagsverträge anwendbar ist.⁸³ Andererseits würde das Einfügen eines neuen Artikels ermöglichen, das auf internationale Verlagsverträge anwendbare Recht allgemein zu regeln und die bestehenden Unsicherheiten bezüglich der relevanten Anknüpfungspunkte zu entscheiden. Zudem würde ein neuer Artikel Raum für diejenige Anzahl von Absätzen schaffen, die für die Lösung des Problems erforderlich sind.

Diese Gelegenheit sollte genutzt werden: In einem ersten Absatz sollte klargestellt werden, dass das auf internationale Verlagsverträge anwendbare Recht, wie von der überwiegenden Lehre angenommen, das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt [oder am Sitz] des Verlegers ist. In einem zweiten Absatz sollte festgehalten werden, dass eine Rechtswahl grundsätzlich zulässig, beim Zweitveröffentlichungsrecht aber ausgeschlossen ist. Der dritte Absatz würde sich mit dem Zweitveröffentlichungsrecht von Autor:innen wissenschaftlicher Beiträge befassen. Die Regelung wäre insofern zweiseitig, als sie nicht nur die Anwendung des Schweizer Rechts normieren, sondern einen Anknüpfungspunkt vorsehen würde, der zweiseitig wirken und damit zur Anwendung des schweizerischen oder eines ausländischen Rechts führen kann.

Hinsichtlich des Inhalts einer solchen Bestimmung sind beide Varianten denkbar, die unter Option 1 analysiert wurden, die Bestimmung würde aber zweiseitig formuliert.

Bei **Variante 2a** lassen sich zwei subsidiäre Anknüpfungspunkte identifizieren. Der erste Anknüpfungspunkt wäre die Forschungsinstitution der Autor:in (Universität, Hochschule, Forschungszentrum etc.) unter der Bedingung, dass die Veröffentlichung ganz oder teilweise im Rahmen der Tätigkeit für diese Institution erstellt wurde. Wäre diese Bedingung nicht gegeben, würde die zweite Anknüpfung greifen und das Zweitveröffentlichungsrecht dem Recht am Sitz oder an der Niederlassung der Institution unterstehen, welche die Veröffentlichung

⁸³ Siehe dazu vorne, B.V.1.

oder die dafür erforderliche Forschung ganz oder teilweise finanziert hat.⁸⁴ Diese beiden Anknüpfungspunkte sind dem gewöhnlichen Aufenthaltsort der Autor:in vorzuziehen. Der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts, des Sitzes oder der Niederlassung des Verlags sind keine tauglichen Anknüpfungspunkte.

Bei **Variante 2b** können zwei alternative Anknüpfungspunkte identifiziert werden: das auf den Verlagsvertrag anwendbare Recht und das Recht am Sitz der Forschungsinstitution oder der Institution, welche die Forschung finanziert hat. Die Autor:in kann sich dabei auf das für sie günstigere Recht berufen. Dieser Ansatz der alternativen Anknüpfungspunkte wäre besonders fortschrittlich. Er findet sich auch im niederländischen Recht; allerdings handelt es sich dort um eine einseitige Kollisionsregel.

Folgendes Beispiel verdeutlicht die Auswirkungen der beiden Varianten: Eine Autor:in, die in Spanien ansässig und an einer spanischen Universität als Professor:in tätig ist, verfasst einen Artikel, der in einer Zeitschrift erscheint, die von einem Schweizer Verlag herausgegeben wird. Der Verlagsvertrag untersteht dem Schweizer Recht, entweder infolge Rechtswahl oder wegen des Sitzes des Verlags, der nach herrschender Lehre die Partei ist, welche die charakteristische Leistung erbringt. Nach Variante 2a könnte sich die Autor:in nicht auf das im Schweizer Recht gewährte Zweitveröffentlichungsrecht berufen, weil das Recht des Sitzes ihrer Trägerorganisation das spanische Recht ist und die Autor:in keine Schweizer Mittel erhalten hat. Bei Variante 2b könnte sich die Autor:in auf das Schweizer Zweitveröffentlichungsrecht berufen und dieses sowohl in der Schweiz als auch in Spanien ausüben, obwohl sie weder einer Schweizer Forschungsinstitution angehört noch Schweizer Mittel erhält.

Die beiden Varianten könnten wie folgt formuliert werden:

Variante 2a

Artikel 122a Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)

1 Der Verlagsvertrag untersteht dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes [des Sitzes] des Verlegers.

2 Eine Rechtswahl ist zulässig.

⁸⁴ Theoretisch kann eine Institution die Forschung und die Veröffentlichung der Ergebnisse finanzieren (wie es bspw. der SNF häufig tut). Es kommt aber auch vor, dass nur die Veröffentlichung der Forschung finanziert wird, nicht aber die dazu erforderliche Forschung (dies tut bspw. die Publikationskommission der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf).

3 Unabhängig davon, welches Recht auf den Verlagsvertrag anwendbar ist, untersteht das Zweitveröffentlichungsrecht, das dem Urheber eines Beitrags für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk zusteht, dem Recht des Staates, in dem die Forschungsinstitution ihren Sitz hat, mit deren öffentlichen Mitteln der Beitrag ganz oder teilweise finanziert wurde.

Variante 2b (zwei Untervarianten für Abs. 3)

Artikel 122a Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)

1 Der Verlagsvertrag untersteht dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes [des Sitzes] des Verlegers.

2 Eine Rechtswahl ist zulässig.

3 Das Recht auf Zweitveröffentlichung, das dem Urheber eines Beitrags für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk zusteht, untersteht nach seiner Wahl,

a. dem Recht, das auf den nach den Absätzen 1 oder 2 bezeichneten Verlagsvertrag anwendbar ist, oder

b. dem Recht des Staates, in dem die Forschungsinstitution ihren Sitz hat, mit deren öffentlichen Mitteln der Beitrag ganz oder teilweise finanziert wurde.

oder

3 Das Zweitveröffentlichungsrecht, das dem Autor eines Beitrags für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk zusteht, untersteht dem Recht des Staates, in dem die Forschungsinstitution ihren Sitz hat, mit deren öffentlichen Mitteln der Beitrag ganz oder teilweise finanziert wurde. Das Recht, das auf den nach Absatz 1 oder 2 bezeichneten Verlagsvertrag anwendbar ist, bleibt jedoch anwendbar, wenn es für die Ausübung eines solchen Rechts günstiger ist.

4. Fazit

Sollte der Gesetzgeber ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht einführen, dann sollte er auch die Anwendung dieser Bestimmung bei internationalen Verhältnissen klären. Dazu sollte er entsprechende Bestimmungen des internationalen Privatrechts erlassen. Das haben auch der niederländische und der belgische Gesetzgeber getan. Der deutsche, französische und österreichische Gesetzgeber haben den internationalen Aspekt dagegen vernachlässigt, was zu Rechtsunsicherheiten geführt hat.

Beim Gehalt und bei der Formulierung von Bestimmungen des internationalen Privatrechts sind mehrere Optionen denkbar. Möglich wären die Einführung einer einseitigen Kollisionsregeln in den Schlussbestimmungen des ZGB oder eine Änderung des IPRG. Diese zweite Option würde der schweizerischen Gesetzgebungstradition, die Bestimmungen des internationalen Privatrechts im IPRG zu konsolidieren, besser entsprechen; zudem könnte so eine

zweiseitige Bestimmung vorgesehen werden, die dem internationalen Charakter der Fragen besser gerecht wird. Wir schlagen deshalb vor, einen neuen Artikel (Art. 122a IPRG) in das IPRG einzuführen. Art. 122a IPRG könnte das auf den internationalen Verlagsvertrag anwendbare Recht allgemein regeln. Ein Absatz 1 könnte das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verlegers (oder besser: des Sitzes) als anwendbares Recht festlegen, wie es von der herrschenden Schweizer Lehre und auch in der europäischen Doktrin vertreten wird. Absatz 2 könnte klarstellen, dass eine Rechtswahl zulässig ist. Absatz 3 würde eine spezifische Bestimmung zum Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Beiträge enthalten.

C. Open Access als regulatorische Herausforderung

I. Executive Summary

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive steht die Frage im Vordergrund, ob Open-Access-Verpflichtungen mit der Wissenschaftsfreiheit der Autor:innen vereinbar sind. Die Antwort auf diese Frage hängt vom gewählten Open-Access-Modell ab. Während der grüne Weg, auch verbunden mit einer entsprechenden Verpflichtung, Publikationen in einem Repository zu veröffentlichen, mit der Wissenschaftsfreiheit vereinbar erscheint, ist dies bei der Wahl des goldenen Wegs eher zu verneinen. Beim Platin Weg ist die Vereinbarkeit im Wesentlichen von den konkreten Verhältnissen in einem Fachbereich abhängig, namentlich von der Zahl der verfügbaren Open-Access-Zeitschriften und ihrem Renommee.

Öffentlich finanzierte Forschungseinrichtungen und deren Forschende unterstehen grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Beauftragen sie Wissenschaftsverlage mit der Publikation von Forschungsergebnissen, treten sie als beschaffungsrechtlich relevante Auftraggeber auf, die eine Leistung beschaffen. Folglich sind die Grundprinzipien des öffentlichen Beschaffungsrechts anwendbar. Im Lichte des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit, wonach öffentliche Mittel wirtschaftlich zu verwenden sind, kann der Einkauf staatlich finanzierter Publikationsleistungen bei kommerziellen Verlagen durch öffentlich-rechtliche Forschungseinrichtungen einen ineffizienten Einsatz staatlicher Mittel darstellen. Dazu kann es zwar auch beim goldenen Weg kommen; besonders problematisch ist aufgrund der wenig transparenten Kostenstruktur allerdings das Reader/Library-Pay-Modell (unter Umständen selbst im Rahmen des grünen Wegs). Aus dem Beschaffungsrecht lässt sich eine Pflicht der Hochschulen ableiten, ihre Forschenden zur Publikation in Open-Access-Journals anzuhalten, wenn das von den Verlagen erhobene Nutzungsentgelt im Vergleich zu der von ihnen erbrachten Leistung unverhältnismässig ist. Ob dies der Fall ist, lässt sich aber nur empirisch klären.

Das traditionelle Reader/Library-Pay-Modell hat im Gegensatz zum Author-Pay-Modell zahlreiche Eigenschaften, die aus kartellrechtlicher Sicht bedenklich sind, weil es den Wissenschaftsverlagen erlaubt, auf relativ engen Märkten leicht eine beträchtliche Marktmacht zu erreichen. Damit steigt sowohl die Gefahr von Preisexzessen als auch die Gefahr, dass Open-Access-Journals auf kommerziellen digitalen Plattformen behindert werden. In beiden Fällen kann das Kartellrecht zwar Abhilfe schaffen. Dem Einsatz kartellrechtlicher Instrumente sind allerdings aus Zeit- und Kostengründen enge Grenzen gesetzt.

Aus Sicht des Waren- und Gütertransportrechts bereiten Open-Access-Modelle gegenüber Closed Access keine zusätzlichen Probleme. Die Vorschriften des Güterkontrollrechts finden auf öffentlich zugängliche Informationen und damit auf Open-Access-Publikationen keine Anwendung.

*Das **Datenschutzrecht** steht einem Open-Access-Ansatz nicht entgegen. Zwar werden bei Open Access oft Personendaten bearbeitet, jedoch ergeben sich gegenüber Closed-Access-Publikationen keine relevanten Unterschiede. Für die Beteiligten an Open-Access-Publikationen stellen sich wesentliche Fragen insb. im Hinblick auf das anwendbare Datenschutzrecht, bezüglich möglicher Re-Identifikation sowie bei der Datensicherheit.*

*Die Zulässigkeit **arbeitsrechtlicher Verpflichtungen**, Publikationen Open Access zu veröffentlichen, hängt vom gewählten Open-Access-Modell ab. Hochschulangehörige sind in der Regel in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis angestellt, weshalb die Hochschule bei der Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse die Grundrechte zu beachten hat. Bei der Beurteilung steht die Wissenschaftsfreiheit der Angestellten im Vordergrund. Die Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit lässt sich wohl beim grünen Weg i.S.v. Art. 36 BV rechtfertigen, schwierig wird eine Rechtfertigung aber beim goldenen Weg. Bei einer Verpflichtung zu Platin- bzw. Diamond-Open-Access hängt die Zulässigkeit von den konkreten Umständen ab.*

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es aus unserer Sicht keine Rechtsgebiete gibt, welche für Open Access wesentliche Hürden darstellen. Vielmehr gibt es bspw. aus beschaffungs- und kartellrechtlicher Sicht gewichtige Gründe, die für die Verwirklichung von Open-Access-Ansätzen sprechen.

II. Vorbemerkungen

In diesem zweiten Teil des Berichts werden rechtliche Herausforderungen untersucht, die sich bei Open-Access-Publikationen ergeben. Die Open-Access-Bewegung mit der Budapester Erklärung 2001 hat unter anderem zum Ziel, ein Gegengewicht zu den stetig steigenden Preisen für wissenschaftliche Information zu schaffen. Das Monopol der Grossverlage und ihre Preispolitik waren von Beginn weg ein zentrales Thema in der Open-Access-Diskussion. Später haben die Verlage über Gold Open Access mit APC ein Geschäftsmodell gefunden, das ihre Marktstellung eher noch gestärkt hat. Entsprechend steigen die APC regelmässig stark an. Das gilt auch für sog. hybride Modelle, während Green und Diamond Open Access diese Monopole eher brechen können. Swissuniversities versucht, diese Entwicklung in koordinierten Verhandlungen mit den Grossverlagen in Richtung Transformation zu Open Access kostenneutral zu gestalten (vergleichbar mit DEAL in Deutschland). Die Herausforderungen bleiben auch bei Gold-Open-Access-Modellen dieselben wie bei den traditionellen Lizenzen.

III. Perspektive des Verfassungsrechts

1. Einleitung

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive kann Open Access aus Sicht der Forschenden bzw. Autor:innen, der Herausgeber bzw. der Verlage und der Rezipient:innen relevant sein. Die

drängendsten Fragen ergeben sich für die Autor:innen selbst. Viel diskutiert wird in diesen Zusammenhang, ob eine vertragliche Pflicht, Publikationen Open Access zugänglich zu machen, gegen die Wissenschaftsfreiheit, namentlich in ihrer Ausprägung als Publikationsfreiheit verstösst⁸⁵. Relevant sein können aber auch die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit⁸⁶.

Verlage sind durch Open Access möglicherweise in ihrer Wirtschaftsfreiheit betroffen, weil ihr Geschäftsmodell in Frage gestellt wird. Auch die Wissenschafts- und Medienfreiheit kann aus Sicht der Verlage relevant sein⁸⁷.

Schliesslich kann die Wissenschaftsfreiheit auch aus Sicht der Rezipient:innen eine Rolle spielen, weil sie für ihre eigene Forschungstätigkeit auf den Zugang zu Forschungsergebnissen von Dritten angewiesen sind.⁸⁸

Bei der Ausgestaltung eines Open-Access-Ansatzes sind die verschiedenen Grundrechte gegeneinander abzuwägen. Allfällige Einschränkungen müssen den Voraussetzungen von Art. 36 Bundesverfassung («BV»)⁸⁹ genügen, sie müssen sich also auf eine rechtliche Grundlage stützen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

2. Wissenschaftsfreiheit

Das wichtigste Grundrecht im Zusammenhang mit Open Access ist die Wissenschaftsfreiheit. Diskutiert wird sie vor allem aus Sicht der Autor:innen, sie kann aber auch für die Verlage und die Rezipient:innen relevant sein.

Der **Begriff der Wissenschaft** ist weder in der Bundesverfassung noch im Gesetzesrecht abschliessend definiert⁹⁰. Im Kern geht es darum, dass Forschende durch eine Methode ihrer Wahl zu Erkenntnissen gelangen und diese weitergeben. Die Ergebnisse werden dann von interessierten Personen kritisiert oder in Frage gestellt bzw. nachvollzogen⁹¹. Die kritische

⁸⁵ Siehe dazu hinten, C.III.2

⁸⁶ Siehe dazu hinten, C.III.4 und C.III.5.

⁸⁷ Siehe dazu hinten, C.III.2 und C.III.6.

⁸⁸ Siehe dazu hinten, C.III.2.

⁸⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101).

⁹⁰ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 20 N 1.

⁹¹ Dazu BGer 1C_488/2008 vom 13. März 2009 E. 4.2; BGE 127 I 145 E. 4.b; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 20 N 1; BSK BV-HERTIG, Art. 20 N 5; BIAGGINI, Art. 20 N 7.

Auseinandersetzung mit wissenschaftlichen Erkenntnissen ist die Grundlage der Wissenschaft.⁹²

Die Wissenschaftsfreiheit ist eine Ausprägung der Meinungsäusserungsfreiheit. Schutzobjekt sind die **wissenschaftliche Lehre und Forschung**.⁹³ Die Wissenschaftsfreiheit lässt sich in verschiedene Teilgehalte gliedern., namentlich in die **Forschungsfreiheit**, welche auch die **Publikationsfreiheit** erfasst, die **Lehrfreiheit** und die **Lernfreiheit**.⁹⁴ Geschützt sind sowohl die aktive Seite, das Forschen, als auch die passive Seite, also die Kenntnisnahme von Ergebnissen anderer Forschenden.⁹⁵

Zur Forschungsfreiheit gehört unter anderem die bislang vor allem im deutschen Recht diskutierte **Publikationsfreiheit**.⁹⁶ Sie gibt den Forschenden das Recht darüber zu entscheiden, ob, wann und wie die Ergebnisse der Forschungstätigkeit der (Fach-) Öffentlichkeit präsentiert werden sollen.⁹⁷ Ob die Forschungsfreiheit betroffen ist, hängt im Wesentlichen vom gewählten Open-Access-Weg ab. Beim grünen Weg kann die Autor:in grundsätzlich wählen, wo ein Beitrag primär publiziert werden soll, es besteht lediglich die Verpflichtung, die Publikation zusätzlich frei zugänglich zu machen. Hier liesse sich argumentieren, dass die Publikationsfreiheit überhaupt nicht berührt ist. Allerdings können die Autor:innen ihre Werke nicht mehr exklusiv in einer bestimmten Zeitschrift veröffentlichen, was gewisse Verlage möglicherweise nicht akzeptieren. Dies führt im ungünstigsten Fall dazu, dass die Autor:innen ihre Beiträge nicht in der von ihnen präferierten Zeitschrift veröffentlichen können. Wenn Autor:innen verpflichtet sind, ihre Publikationen zuerst über einen Open-Access-Verlag zu veröffentlichen, wie beim goldenen bzw. Platin Weg, ist die Wissenschaftsfreiheit ohne Weiteres berührt. Der goldene Weg, bei dem die Forschenden (oft hohe) Publikationsgebühren an die Verlage entrichten müssen, kann unter Umständen dazu führen, dass die Forschenden ihre Ergebnisse überhaupt nicht mehr publizieren können, wenn sie nicht über die dafür notwendigen Mittel verfügen. Bei diesem Weg ist von einem starken Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der Forschenden auszugehen.

Denkbar wäre, dass neben den Forschenden auch die wissenschaftlichen Verlage Träger der Wissenschaftsfreiheit sind. Anerkanntermassen können sich im Rahmen der Kunstfreiheit

⁹² SGK BV-SCHWEIZER, Art. 20 N 1 m.w.H.

⁹³ BSK BV-HERTIG, Art. 20 N 5.

⁹⁴ BSK BV-HERTIG, Art. 20 N 8; CR Cst.-BOILLET, Art. 20 N 14.

⁹⁵ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 20 N 13.

⁹⁶ CR Cst.-BOILLET, Art. 20 N 14; THURNHERR, 32.

⁹⁷ ERRASS, 207; THURNHERR, 32; BSK BV-HERTIG, Art. 20 N 10; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 20 N 24.

auch die Vermittler:innen von Kunst, bspw. Verleger, auf die Kunstfreiheit berufen.⁹⁸ Die Wissenschaftsfreiheit wird jedoch enger ausgelegt. Der persönliche Anwendungsbereich beschränkt sich auf Forschende, Lehrende und Hochschulen.⁹⁹ Den Verlagen wird die Berufung auf die Wissenschaftsfreiheit deshalb verwehrt.¹⁰⁰

In ihrer Wissenschaftsfreiheit – genauer in ihrer Lernfreiheit – betroffen sein können die Rezipient:innen wissenschaftlicher Publikationen. Die Lernfreiheit bezieht sich in erster Linie darauf, den Mitgliedern der wissenschaftlichen Gemeinschaft die selbständige Organisation und Gestaltung der wissenschaftlichen Arbeit zu ermöglichen.¹⁰¹ Um sich eine eigene (wissenschaftliche) Meinung zu bilden, sind diese Personen darauf angewiesen, möglichst leicht Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen anderer Forschenden zu erhalten. Die Lernfreiheit der Studierenden und von anderen Forschenden kann es somit unter Umständen gebieten, dass der Staat die Rahmenbedingungen schafft, den Teilnehmenden am wissenschaftlichen Kommunikationsprozess einen möglichst hürdenfreien Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen zu gewähren. Diesen Interessen kann durch sämtliche Open-Access-Wege entsprochen werden.

3. Persönliche Freiheit

Man kann sich fragen, ob Open-Access-Verpflichtungen auch in die durch Art. 10 Abs. 3 BV gewährleistete persönliche Freiheit eingreifen. In der Schweiz sind durch dieses Grundrecht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber nur die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung geschützt.¹⁰² Durch eine Open-Access-Verpflichtung dürfte die elementare Persönlichkeitsentfaltung in der Regel nicht berührt sein.

Die persönliche Freiheit der Forschenden spielt deshalb in der Schweiz im Zusammenhang mit Open Access keine Rolle, auch weil sie als subsidiäre Garantie hinter spezifischere Grundrechte, wie namentlich der Wissenschaftsfreiheit, zurücktritt.¹⁰³

⁹⁸ BIAGGINI, Art. 21 N 5; THURNHERR, 36.

⁹⁹ BIAGGINI, Art. 21 N 5; THURNHERR, 36.

¹⁰⁰ THURNHERR, 36.

¹⁰¹ BSK BV-HERTIG, Art. 20 N 18.

¹⁰² BK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 32 m.w.H.; BGE 118 Ia 427 E. 4a.

¹⁰³ THURNHERR, 43.

4. Eigentumsgarantie

Die Eigentumsgarantie gewährleistet das (private) Eigentum. Geschützt sind sämtliche Vermögensrechte des Privateigentums.¹⁰⁴ Neben den dinglichen Rechten sind auch die Immaterialgüterrechte von der Eigentumsgarantie geschützt.¹⁰⁵ Nach der h.L. hat die Eigentumsgarantie verschiedene Dimensionen: Die Bestandesgarantie, welche konkrete vermögensrechtliche Rechtspositionen vor staatlichen Eingriffen schützt, die Wertgarantie, welche den betroffenen Eigentümer:innen Enteignungen und bestimmten Eigentumsbeschränkungen einen Anspruch auf Entschädigung einräumt und die Institutsgarantie, welche das Rechtsinstitut «Privateigentum» in seinem Wesensgehalt gewährleistet.¹⁰⁶

Aus Sicht von Open Access sind vor allem die Bestandes- und die Wertgarantie relevant. Unter die Bestandesgarantie fallen sämtliche Massnahmen, welche Nutzungs- oder Verfügungsbefugnisse der Eigentümer:innen beschränken.¹⁰⁷ Wenn die Forschenden wie beim grünen Weg ihre Urheberrechte nicht mehr exklusiv übertragen können, wird ihre Verfügungsbefugnis über ihre Urheberrechte eingeschränkt. Wenn ein Recht nicht mehr exklusiv übertragen werden kann, verliert es zudem an Wert. Dieser Aspekt dürfte bei wissenschaftlichen Publikationen (ausser bei Lehrbüchern) jedoch von geringer Bedeutung sein, weil die Veröffentlichungen in der Regel nicht oder nur mit geringen Beträgen vergütet werden.

Die Eigentumsrechte der Verlage sind durch Open-Access-Verpflichtungen nur dann betroffen, wenn die Verlage Inhaber des Urheberrechts sind. Dies ist bei der Entstehung eines Beitrages nicht der Fall, die Urheberrechte liegen bei der Autor:in. Oft lassen sich die Verlage von den Autor:innen aber die urheberrechtlichen Nutzungsrechte übertragen oder schliessen mit ihnen eine (exklusive) Lizenz ab. Beide Konstellationen sind von der Eigentumsgarantie erfasst.¹⁰⁸ Geschützt sind aber nur bestehende Rechte,¹⁰⁹ der Umstand, dass aufgrund von Open-Access-Verpflichtungen die Nutzungsrechte nicht mehr umfassend auf die Verlage übertragen werden können, berührt die Eigentumsfreiheit der Verlage nicht. Anders würde die Lage aussehen, wenn eine Zweitveröffentlichungspflicht rückwirkend für bereits publizierte Beiträge eingeführt würde, deren Rechte bereits umfassend an die Verlage übertragen wurden.

¹⁰⁴ BSK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 26 N 20.

¹⁰⁵ CR Cst.-DUBEY, Art. 26 N 45; BIAGGINI, Art. 26 N 12; BSK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 26 N 19.

¹⁰⁶ CR Cst.-DUBEY, Art. 26 N 25 f.; BIAGGINI, Art. 26 N 6.

¹⁰⁷ BIAGGINI, Art. 26 N 20.

¹⁰⁸ Für das deutsche Recht: HÖPFNER/AMSCHEWITZ, NJW 2019, 2970.

¹⁰⁹ HÖPFNER/AMSCHEWITZ, NJW 2019, 2965.

Auch die Eigentumsgarantie gilt nicht absolut, Einschränkungen sind nach Massgabe von Art. 36 BV möglich.¹¹⁰

5. Wirtschaftsfreiheit

Die Wirtschaftsfreiheit schützt die freie privatwirtschaftliche Betätigung, insb. die freie Wahl des Berufes, den freien Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV).¹¹¹ Hier stehen der Teilgehalt der freien Ausübung unternehmerischer Tätigkeit und die Vertragsfreiheit im Vordergrund. Durch ein Zweitveröffentlichungsrecht haben traditionelle Verlage nicht mehr die Möglichkeit, wissenschaftliche Beiträge exklusiv zu veröffentlichen, entsprechend können sie weniger Einnahmen generieren.¹¹² Der goldene Weg ermöglicht es Verlagen dagegen, sich durch APC für ihre Arbeit entschädigen zu lassen. Entsprechend greift dieser Weg weniger stark in die Wirtschaftsfreiheit der Verlage ein. Beim Platin Weg werden die kommerziellen Verlage nicht miteinbezogen, die Publikationen werden von Fachgesellschaften oder von den Forschenden selbst herausgegeben.

Ein weiteres zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit ist die Vertragsfreiheit. Sie umfasst unter anderem die Inhaltsfreiheit, d.h. die Freiheit der Parteien, den Inhalt eines Vertrages frei zu bestimmen.¹¹³ Durch ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht bzw. den grünen Weg wird den Parteien die Möglichkeit genommen, exklusive Verträge abzuschliessen, die den Autor:innen auch eine Veröffentlichung in einem Repositorium untersagt. Autor:innen können sich jedoch gegenüber einem Verlag verpflichten, Beiträge nicht nur in der Zeitschrift des besagten Verlages zu veröffentlichen. Insofern ist die Vertragsfreiheit und damit auch die Wirtschaftsfreiheit betroffen.

Auch die Forschenden können sich möglicherweise auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, soweit es um Tätigkeiten geht, die die Generierung von Einnahmen betreffen. Weil für Publikationen in Zeitschriften – anders als für Lehrbücher und bisweilen für Monographien – in der Regel keine Entgelte bezahlt werden, ist die Wirtschaftsfreiheit der Forschenden nicht direkt betroffen. Die Publikation von wissenschaftlichen Beiträgen ist für eine wissenschaftliche Karriere allerdings von entscheidender Bedeutung. Sie dient damit direkt dem wirtschaftlichen Fortkommen der Autor:innen und indirekt der Generierung von Einnahmen, namentlich in Form eines (höheren) Einkommens, bspw. bei einer Bewerbung für eine Stelle, bei einer Berufung auf eine Professur oder bei einer Beförderung. Für die Karriere von Forschenden ist es

¹¹⁰ Siehe dazu hinten, C.III.9.

¹¹¹ BIAGGINI, Art. 27 N 4.

¹¹² HÖPFNER/AMSCHEWITZ, NJW 2019, 2970.

¹¹³ BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 10.

oft relevant, in einer (oder mehreren) bestimmten, besonders renommierten Zeitschrift(en) publizieren zu können. In bestimmten Disziplinen steht und fällt die Karriere mit der Publikation in gewissen Zeitschriften. Ob und in welchen Zeitschriften Publikationen veröffentlicht werden, beeinflusst die Karriere und damit die Verdienstmöglichkeiten von Forschenden in allen Disziplinen. Durch Open-Access-Verpflichtungen ist damit auch die Wirtschaftsfreiheit der Autor:innen betroffen.

6. Medienfreiheit

Durch ein Zweitveröffentlichungsrecht könnte die Medienfreiheit der Verlage betroffen sein. Diese schützt die öffentliche Verbreitung von (zumindest vorwiegend) ideellen Inhalten unter Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel.¹¹⁴ Auch Forschende, die ihre Publikationen einem breiten Publikum zugänglich machen möchten, können sich auf die Medienfreiheit berufen.¹¹⁵

Von der Medienfreiheit geschützt ist das Recht, ein Medienprodukt herzustellen und in der Öffentlichkeit zu verbreiten.¹¹⁶ Durch ein Zweitveröffentlichungsrecht oder Open-Access-Verpflichtungen wird dieses Recht jedoch nicht berührt, weshalb eine Berufung auf die Medienfreiheit ausser Betracht fällt.

7. Direkte Drittwirkung und programmatischer Gehalt der Grundrechte

Grundrechte sind Freiheitsrechte und galten lange ausschliesslich als Abwehrrechte gegenüber dem Staat.¹¹⁷ Vielen Grundrechten wird aber auch eine programmatische Schicht zugesprochen, die in Art. 35 BV ihren Niederschlag gefunden hat. Der Gesetzgeber hat nach Art. 35 Abs. 1 BV dafür zu sorgen, dass Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen.¹¹⁸ Aus diesem Grund kann sich aus den Grundrechten auch eine (gesetzgeberische) Handlungspflicht des Staates ergeben.

Durch die gesetzliche Implementierung des Zweitveröffentlichungsrechts sorgt der Staat dafür, dass die Wissenschaftsfreiheit in verschiedener Hinsicht zwischen Privaten besser gewährleistet wird. Durch das Zweitveröffentlichungsrecht und Open-Access-Verpflichtungen und die damit verbundene verbesserte Zugänglichkeit werden der wissenschaftliche Diskurs gefördert und die Lehrfreiheit unterstützt.

¹¹⁴ BSK BV-ZELLER/KIENER, Art. 17 N 9.

¹¹⁵ THURNHERR, 41.

¹¹⁶ BSK BV-ZELLER/KIENER, Art. 17 N 18; MÜLLER/SCHEFER, 444.

¹¹⁷ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 1 ff.

¹¹⁸ KIENER, N 32; BIAGGINI, Art. 35 N 4 ff.; MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, N 36.

8. Grundrechtskonkurrenz und Einschränkungen nach Art. 36 BV

a) Allgemeine Voraussetzungen

Staatliche Eingriffe in Grundrechte sind zulässig, wenn eine **gesetzliche Grundlage** und ein **öffentliches Interesse** vorliegen und der Eingriff verhältnismässig ist (Art. 36 BV). Die Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Massnahme zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels **notwendig** und **erforderlich** ist, es darf also keine mildere Massnahme zur Verfügung stehen. Zudem müssen **Eingriffszweck und Eingriffswirkung** in einem vernünftigen Verhältnis stehen, man spricht in diesem Zusammenhang auch von der **Verhältnismässigkeit im engeren Sinn**.¹¹⁹

Open-Access-Verpflichtungen bedürfen einer **gesetzlichen Grundlage**. Die Umsetzung des grünen Wegs durch die Implementierung eines Zweitveröffentlichungsrechts liesse sich durch eine Änderung des OR erreichen;¹²⁰ dabei handelt es sich um ein Gesetz im formellen Sinn. Auch Personalgesetze und -verordnungen, in welchen eine Pflicht zur Open-Access-Publikation vorgesehen werden könnte, werden in der Regel von den zuständigen kantonalen Parlamenten erlassen und gelten damit als genügende gesetzliche Grundlage.

Als **öffentliches Interesse** kommt das Interesse der Allgemeinheit am ungehinderten Zugang zu Wissen und an der Förderung des wissenschaftlichen Diskurses in Betracht. Dieser stellt oft die Grundlage für technischen Fortschritt darstellt, der in der Regel auf Erkenntnisse der Wissenschaft beruht. Zudem besteht ein öffentliches Interesse des Staates, dass öffentliche Gelder nachhaltig eingesetzt werden, was beim traditionellen Modell fraglich erscheint.

Die **Verhältnismässigkeit** wird bei der Beurteilung der entscheidende Faktor sein. Bei dieser ist nach dem verfolgten Open-Access-Ansatz zu unterscheiden.

b) Zweitveröffentlichungsrecht und grüner Weg

Der grüne Weg und die Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts dürften aus Sicht der Verhältnismässigkeit am wenigsten Probleme bereiten. Er ist geeignet, einen besseren Zugang zu Wissen zu gewährleisten und staatliche Mittel nachhaltiger einzusetzen. Man kann sich aber die Frage stellen, ob die blossе Ausgestaltung als Recht ausreicht, um die Ziele zu erreichen, weil damit noch nicht gewährleistet werden kann, dass die Autor:innen von diesem Recht Gebrauch und ihre Publikationen Open Access zugänglich machen. Ein Zweitveröffentlichungsrecht könnte deshalb durch eine Zweitveröffentlichungspflicht ergänzt werden, die sicherstellt, dass die Autor:innen ihre Beiträge nicht nur erneut veröffentlichen dürfen,

¹¹⁹ CR Cst.-DUBEY, Art. 36 N 121; ausführlich BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 54 ff.

¹²⁰ Siehe dazu vorne, B.IV.

sondern dies auch tatsächlich tun. Sowohl das Zweitveröffentlichungsrecht wie auch die Zweitveröffentlichungspflicht sind geeignet, einen besseren Zugang zu Wissen zu schaffen. Eine Zweitveröffentlichungspflicht ist die mildeste Massnahme zur Erreichung des Ziels, eine Massnahme, die noch geringer in die Grundrechte der Betroffenen eingreift, ist nicht ersichtlich. Eine freiwillige Umsetzung, bei der die Verlage den Autor:innen von sich aus erlauben, Publikationen in einem Repository zu veröffentlichen, vermag das Ziel nicht zu erreichen.¹²¹ Stärker in die Grundrechte greift eine Zweitveröffentlichungspflicht ein, das im öffentlichen Interesse liegende Ziel, d.h. der verbesserte Wissenszugang, liesse sich aber wohl durch diese Massnahme noch besser erreichen.

Auch die Verhältnismässigkeit i.e.S. ist beim Zweitveröffentlichungsrecht wie auch der Zweitveröffentlichungspflicht gewährleistet. Den Autor:innen bleibt die Möglichkeit, selbst zu entscheiden, in welchen Zeitschriften sie ihre Beiträge veröffentlichen wollen. Die Verlage sind zwar in ihrer Wirtschaftsfreiheit betroffen, sie können die Beiträge aber dennoch in ihren Zeitschriften veröffentlichen, was eine Vermarktung durchaus zulässt. Soweit Bedenken bei der Verhältnismässigkeit verbleiben, kann diesen durch eine Embargofrist Rechnung getragen werden.¹²² Die Eingriffe in die Grundrechte sind als eher mild zu werten. Dem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Verlage stehen mit dem Zugang zu Wissen und dem nachhaltigen Einsatz staatlicher Mittel gewichtige öffentlichen Interessen gegenüber.

c) Goldener Weg

Problematischer wäre es, wenn für die Autor:innen eine Verpflichtung für den goldenen Weg bestünde. In dieser Variante wären die Autor:innen in der Wahl des Veröffentlichungsweges einschränkt, sie müssten zwingend bei einem Verlag bzw. einer Zeitschrift publizieren, der auch Open Access bietet. Hier kommt dazu, dass die Autor:innen zusätzlich mitunter hohe APC bezahlen müssen, was sie in ihrem wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Fortkommen behindern dürfte. Diese Wirkung wird jedoch dadurch gemindert, dass die APC häufig von Hochschulen bzw. dafür gegründeten Fonds übernommen werden. Der Eingriff in die Grundrechte ist entsprechend grösser. Der goldene Weg dient zwar dem öffentlichen Interesse, dass Wissen frei verfügbar ist. Der Umstand, dass Publikationen nur Open Access veröffentlicht werden, führt zudem dazu, dass vorhandenes Wissen noch besser in nutzbarer Form für andere Forschende verfügbar ist. Der goldene Weg führt aber in den Fällen, in denen die Bezahlung der APC durch öffentliche Mittel übernommen wird, nicht zu einer nachhaltigen Verwendung von öffentlichen Mitteln. Zudem gibt es mit dem grünen und dem Platin Weg

¹²¹ Siehe dazu vorne, B.IV.

¹²² Siehe dazu vorne, B.IV.2.

ein milderes Mittel, das weniger stark in die Rechte der Betroffenen eingreift. Bei dieser Variante wäre die Einhaltung der Verhältnismässigkeit zumindest in Frage gestellt.

d) Platin Weg

Auch bei einer Verpflichtung zum Platin Weg steht die Wahl des Veröffentlichungsweges nicht mehr der Autor:in zu. Es handelt sich aber um einen weniger weitgehenden Eingriff als beim goldenen Weg, weil die Autor:innen nicht zusätzlich eine APC bezahlen müssen. Wie die Abwägung im Rahmen der Verhältnismässigkeit ausfällt, lässt sich nicht generell beantworten. Diese Frage ist abhängig vom Vorhandensein von Open-Access-Zeitschriften in einem Fachbereich und von deren Renommee. Nur wenn diese einen gleichwertigen Ersatz zu traditionellen Zeitschriften bieten, ist der Eingriff in die Publikationsfreiheit verhältnismässig.

9. Fazit

Open-Access-Verpflichtungen und Zweitveröffentlichungsrechte können Grundrechte der Autor:innen und der Verlage einschränken. Im Vordergrund steht der Eingriff in die von der Wissenschaftsfreiheit umfasste Publikationsfreiheit der Autor:innen. Grundrechte können eingeschränkt werden, wenn eine gesetzliche Grundlage vorliegt, die Einschränkung im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 BV). Wesentlich ist dabei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Bei der Prüfung zeigt sich, dass der grüne Weg den Anforderungen von Art. 36 BV wohl standhalten dürfte, während die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips beim goldenen Weg eher schwierig erscheint. Der Diamond- bzw. Platin-Weg greift zwar stärker in die Wissenschaftsfreiheit der Autor:innen ein, führt aber wohl zu einem besseren Wissenszugang der Allgemeinheit als der grüne Weg. Ob die Voraussetzungen von Art. 36 BV beim Diamond- und Platin-Weg erfüllt sind, wäre im Einzelfall gestützt auf eine konkrete Umsetzung zu klären und ist davon abhängig, welchen Interessen man den Vorzug geben möchte.

IV. Beschaffungsrechtliche Herausforderungen

1. Einleitung

Der Staat setzt Mittel zur Beschaffung wissenschaftlicher Erkenntnisse in öffentlich-rechtlichen Forschungsinstitutionen ein. Die Monetarisierung der mit öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungstätigkeit erfolgt oft durch die Publikation der Forschungsergebnisse durch die Wissenschaftsverlage. In der analogen Welt ergab diese Arbeitsteilung zweifellos Sinn: Druck und Vertrieb von Publikationen wurden von den Forschungsinstitutionen auf darauf spezialisierte Verlage ausgelagert. Mit der fortschreitenden Digitalisierung einerseits und den sinkenden Kosten für Druck und Vertrieb andererseits wird allerdings deutlich, dass der Staat mindestens zweimal für wissenschaftliche Erkenntnisse bezahlt: Einmal indem er die Forschenden entlohnt und ein zweites Mal, indem die Universitäten bzw. deren Bibliotheken die Werke der Forschenden in Form von Zeitschriftenabonnements oder über Lizenzen für elektronische Zeitschriften erwerben.¹²³

Weil das Beschaffungsrecht dem wirtschaftlich nachhaltigen Einsatz öffentlicher Mittel verpflichtet ist, stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, welche Anforderungen sich aus diesem Rechtsgebiet an das wissenschaftliche Publizieren ergeben – und zwar sowohl in Bezug auf traditionelle Publikationsmodelle als auch in Bezug auf Open Access.

Nach einer kurzen Charakterisierung des öffentlichen Beschaffungsrechts (2.), insb. der ratio legis, der Prinzipien und der Rechtsquellen, wird nachfolgend aufgezeigt, dass die wissenschaftliche Publikationstätigkeit grundsätzlich vom Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts erfasst ist (3.), wofür die subjektive Unterstellung von Forschungsinstitutionen und ihrer Forschenden und die objektive Unterstellung der eingekauften Leistungen massgebend sind. Die beschaffungsrechtlichen Prinzipien sind damit auch auf die wissenschaftliche Publikationstätigkeit anwendbar (4.). Bei der Anwendung ist aber das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen zu prüfen (5.).

2. Das öffentlichen Beschaffungsrecht

a) Ratio Legis und Prinzipien

Die öffentliche Hand hat die Wahl, Güter, Dienstleistungen oder Bauten, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben braucht, entweder selbst herzustellen oder diese extern auf dem freien Markt einzukaufen («make or buy»-Entscheid).¹²⁴ Das öffentliche Beschaffungsrecht befasst sich mit

¹²³ Auch die Qualitätskontrolle wird meist durch mit öffentlichen Mitteln finanzierte Forschende vorgenommen, weshalb auch diese Kosten von der öffentlichen Hand getragen werden.

¹²⁴ Siehe bspw. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rn. 244.

der zweiten Option, namentlich dem rechtsgeschäftlichen Einsatz von Mitteln durch den Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben,¹²⁵ und legt dafür die Regeln fest. Der Staat tritt dabei als «Auftraggeber» oder «Beschaffungsstelle» auf, die Privaten als «Anbieter»¹²⁶. Die vom Anbieter zu erbringenden Güter, Bauten oder Dienstleistungen werden i.d.R. generisch als «Leistung» bezeichnet.

Die staatlichen Mittel werden nach vier beschaffungsrechtlichen Prinzipien gemäss Art. 2 lit. a bis lit. d BöB/IVöB vergeben, die für den Bund und die Kantone gelten: 1. Nachhaltigkeit, 2. Transparenz, 3. Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung sowie 4. Förderung des fairen Wettbewerbs und Vermeidung der Korruption.

Die drei letztgenannten Prinzipien sind die klassischen Beschaffungsprinzipien, welche dafür sorgen sollen, dass die grossen Aufträge der öffentlichen Hand im offenen Verfahren ausgeschrieben und vergeben werden, ohne den Wettbewerb zu verzerren und einzelne Marktteilnehmer zu bevorzugen und um Vetternwirtschaft oder gar Korruption zu vermeiden.

Der mit der Totalrevision des öffentlichen Beschaffungsrechts 2019¹²⁷ eingeführte Begriff der Nachhaltigkeit enthält mehrere Dimensionen, namentlich eine wirtschaftliche, ökologische und soziale¹²⁸. Die wirtschaftliche Nachhaltigkeit war bereits vor der Totalrevision in Gesetz und Praxis als primäres Beschaffungsprinzip anerkannt.¹²⁹ Sie bezieht sich auf die ökonomische Verwendung von öffentlichen Mitteln und auf die Erreichung des besten Preis-Leistungsverhältnisses und soll sicherstellen, dass «der Staat sorgsam mit dem ihm treuhänderisch anvertrauten Steuersubstrat umgeht».¹³⁰ Ökologische und soziale Nachhaltigkeit haben demgegenüber erst mit der Totalrevision des Beschaffungsrechts 2019 Eingang in das Gesetz gefunden. Während sich die ökologische Nachhaltigkeit auf die Umweltauswirkung einer öffentlichen Beschaffung bezieht, ist die soziale Nachhaltigkeit ein bislang wenig erforschtes

¹²⁵ Dazu statt vieler, RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 354 N. 4. Der Begriff «öffentliches Beschaffungswesen» ist im Gesetz nicht definiert. Neu enthält das revidierte öffentliche Beschaffungsrecht in Art. 8 BöB/IVöB aber eine Legaldefinition des Begriffes «öffentlicher Auftrag» als «(...) Vertrag, der zwischen Auftraggeberin und Anbieterin abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient.(...)» ; siehe dazu auch BEYELER, Rn. 17.

¹²⁶ Art. 3 lit a BöB; wobei unter Umständen auch Personen des öffentlichen Rechts Anbieter sein können.

¹²⁷ Siehe dazu sogl. C.IV.2.b).

¹²⁸ Der Gesetzgeber hat in der parlamentarischen Debatte zudem den Begriff "volkswirtschaftliche Nachhaltigkeit" eingeführt. Dessen Bedeutung ist bislang ungeklärt. Da diese Dimension für die Beantwortung der vorliegenden Frage nicht relevant ist, wird im Folgenden nicht darauf eingegangen.

¹²⁹ Art. 1 Abs. 1 lit. c BöB 1994: «Der Bund will mit diesem Gesetz den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern».

¹³⁰ TRÜEB, Rn. 14.

Konzept, das sich (auf individueller sowie auf gesellschaftlicher Ebene) auf die Arbeits- oder Nutzungsbedingungen derjenigen Menschen bezieht, die an der Herstellung/Ausführung der zu beschaffenden Leistung beteiligt oder deren Nutzniesser:innen sind.¹³¹ Die verschiedenen Dimensionen der Nachhaltigkeit müssen sich in der Ausschreibung die Waage halten und definieren so das «vorteilhafteste Angebot»¹³², an welches der Zuschlag zu erfolgen hat.

b) Rechtsquellen

Das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz wird auf internationaler, nationaler, kantonaler und bisweilen sogar ergänzend auf kommunaler Ebene reguliert.

Die primäre Rechtsquelle auf internationaler Ebene ist das plurilaterale Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA) der Welt handelsorganisation (WTO)¹³³, das letztmals 2012 revidiert wurde. Sein Ziel ist die Liberalisierung der internationalen öffentlichen Beschaffungsmärkte und die Förderung des Wettbewerbs zwischen den Anbieter:innen auf internationaler Ebene¹³⁴. Dafür verpflichten sich die Signatarstaaten des GPA zur Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung von internationalen Anbietern auf reziproker Basis und zum Grundsatz der Transparenz bei Ausschreibungen (Art. IV GPA). Eine weitere internationale Rechtsquelle ist das Bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der EU (BilatAbk)¹³⁵, das Bestandteil der Bilateralen Verträge I ist. Es bezweckt die Sicherstellung der gegenseitigen Marktöffnung zwischen der Schweiz und der EU in Bezug auf das Beschaffungswesen.¹³⁶

¹³¹ Dies enthält typischerweise die Arbeitsschutzbestimmungen, aber auch Gleichstellungskriterien oder Kriterien in Bezug auf die Barrierefreiheit oder Diversität, siehe bspw. Botschaft BöB, 1943; EUROPEAN COMMISSION, Buying Social 2021 oder EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY, Gender Equality Index 2022.

¹³² Art. 41 BöB.

¹³³ Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. März 2012 (SR 0.632.231.422). Im Gegensatz zu den sog. «multilateralen» Übereinkommen, welche die WTO-Mitglieder im Normalfall eingehen, sind plurilaterale Übereinkommen freiwillig, d.h. nur für diejenigen WTO-Mitglieder verbindlich, die sich auf freiwilliger Basis zur Unterzeichnung entscheiden.

¹³⁴ Die in der Präambel des GPA enthaltene Zielsetzung ist es «einen effizienten multilateralen Rahmen von Rechten und Pflichten betreffend Gesetze, Vorschriften, Verfahren und Praktiken auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens festzulegen, um eine grössere Liberalisierung und Ausweitung des Welthandels zu erreichen und den internationalen Rahmen für die Abwicklung des Welthandels zu verbessern».

¹³⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68).

¹³⁶ SAXER, Rn. 29 ff.

Sowohl das GPA als auch das BilatAbk sind nur auf bestimmte Beschaffungsgeschäfte anwendbar. Während Verlagsleistungen grundsätzlich vom GPA erfasst sind¹³⁷, und somit unter den «Staatsvertragsbereich» gem. Art. 3 lit. c BöB/IVöB fallen, sind Forschungs- und Entwicklungsleistungen davon ausgenommen¹³⁸. Forschungsleistungen müssen deshalb «nur» in der Schweiz ausgeschrieben werden. Angebote von ausländischen Anbietern können, müssen aber nicht berücksichtigt werden (siehe auch Art. 6 Abs. 2 BöB/IVöB).¹³⁹

Auf Bundesebene regelt das Bundesgesetz über die öffentlichen Beschaffungen («BöB»)¹⁴⁰ die öffentlichen Beschaffungen der Bundesverwaltung. Öffentliche Beschaffungen der Kantone unterstehen dem kantonalem Beschaffungsrecht. Im Sinne der Harmonisierung haben sich die Kantone in der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen («IVöB»)¹⁴¹ geeinigt, die internationalen Vorgaben mittels Konkordats umzusetzen. Der Beitritt zur IVöB steht den Kantonen auf freiwilliger Basis offen,¹⁴² wobei das IVöB in den Beitrittskantonen meist direkt in die kantonale Gesetzgebung übernommen und lediglich durch Ausführungsbestimmungen ergänzt wird.

Sowohl BöB als auch IVöB wurden 2019 totalrevidiert und sind 2021 in revidierter Form in Kraft getreten.¹⁴³ Dabei zählt die Harmonisierung der beiden Rechtsquellen (auf horizontaler Ebene zwischen den Kantonen sowie vertikal zwischen Bund und Kantonen) zu den grössten Errungenschaften der Totalrevision.¹⁴⁴

¹³⁷ Siehe Anhang 5 des GPA sowie Anhang 3 BöB, Ziff. 24 BöB.

¹³⁸ Dies ergibt sich daraus, dass Forschungsleistungen nicht im Annex 5 («Services») zum GPA aufgelistet sind. Grundsätzlich fallen gemäss dem Positivlisten-Ansatz des GPA nur explizit im individuellen Anhang der Schweiz zum GPA genannte Dienstleistungen in den Staatsvertragsbereich, siehe Anhang 3 zu Art. 8 Abs. 4 BöB.

¹³⁹ SAXER, Rn. 32.

¹⁴⁰ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1).

¹⁴¹ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019.

¹⁴² Bislang sind dem IVöB 13 Kantone beigetreten (Stand 1. Juni 2023). Der Beitritt von weiteren 9 Kantonen ist in naher Zukunft vorgesehen.

¹⁴³ Das revidierte IVöB 2019 ist am 1. Juli 2021 in Kraft getreten und gilt für diejenigen Kantone, die ihm beigetreten sind: <<https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019>> (besucht am 27.09.2023). Der Kantonsrat des Kantons Zürich hat am 29. März 2023 den Beitritt beschlossen; die IVöB wird für Zürich voraussichtlich im Oktober 2023 in Kraft treten.

¹⁴⁴ Botschaft BöB, 1854; TRÜEB, XIV.

Auch auf Gemeindeebene können kommunale Beschaffungsrechte bestehen, sofern der Erlass von Gemeinderecht innerhalb des kantonalen Rechts explizit erlaubt ist.¹⁴⁵

3. Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts auf Forschungs- und Publikationsleistungen im Hochschulbereich

Ob die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts auf die an den Hochschulen betriebene wissenschaftliche Forschung sowie die daraus entstehenden Publikationen anwendbar sind, hängt von den dabei involvierten Akteuren (a), und vom objektiven Geltungsbereich (Schwellenwerte und unterstellte Dienstleistungen) des öffentlichen Beschaffungsrechts (b) ab.

a) Unterstellte Akteure

Die Analyse beschränkt sich auf Forschungsaktivitäten an öffentlichen Forschungsinstitutionen, namentlich an Hochschulen. Zu diesen gehören die beiden Eidgenössischen Technischen Hochschulen ETH und EPFL, die kantonalen Universitäten, die Fachhochschulen, die pädagogischen Hochschulen und die akkreditierten Institutionen wie bspw. die Kalaidos Fachhochschule oder die Swiss Business School.¹⁴⁶

Um zu klären, ob die Hochschulen als Akteure dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen, sind als Rechtsquellen für den Bund¹⁴⁷ und damit die ETH und die EPFL das BÖB, für die Hochschulen der Kantone¹⁴⁸ das IVöB, und im Fall von Genf und Tessin, den beiden im Hochschulkontext relevanten nicht-IVöB Kantonen, die einschlägigen kantonalen öffentlichen Beschaffungsgesetze massgebend.

¹⁴⁵ BOSCHUNG, 487; STÖCKLI, Rechtsquellen, 28.

¹⁴⁶ Siehe dazu <<https://akkreditierungsrat.ch/>> (besucht am 27.09.2023), sowie Art. 2 Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich, Hochschulförderungs- und Koordinationsgesetz, HFKG.

¹⁴⁷ Die Förderung der wissenschaftlichen Forschung ist eine Aufgabe des Bundes (Art. 64 Abs. 1 Bundesverfassung, BV). Er hat die Kompetenz, Forschungsinstitutionen zu errichten und zu betreiben. Diese Kompetenz nimmt der Bund mit dem Betrieb und der Finanzierung der Eidgenössischen Technischen Hochschulen über Bundesbeiträge wahr (Art. 64 Abs. 3 i.V.m. Art. 63a BV). Bei den Eidgenössischen Technischen Hochschulen handelt es sich um öffentlich-rechtliche Anstalten des Bundes (Art. 5 ETH-Gesetz; Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 [SR 414.110]).

¹⁴⁸ Die Kantone sind Träger der kantonalen Universitäten, der Fachhochschulen und pädagogischen Hochschulen und sorgen für deren Basisfinanzierung. Teilweise werden die Kosten von den Trägerkantonen über interkantonale Finanzierungsvereinbarungen abgegolten (Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich vom 30. September 2011 [SR 414.20]). Der Bund unterstützt die kantonalen Hochschulen und die von ihm anerkannten Institutionen des Hochschulbetriebs mit Beiträgen (Art. 63a BV) im Rahmen der Forschungs- und Innovationsförderung.

Aus den anwendbaren Gesetzen ergibt sich, dass die Hochschulen als «Auftraggeber» grundsätzlich vom subjektiven Geltungsbereich erfasst sind. ETH und EPFL, sind bspw. Teil der dezentralen Bundesverwaltung (Art. 4 BöB i.Vm. Art. 2 RVOG). Die kantonalen Hochschulen sind im Rahmen ihrer hoheitlichen Forschungstätigkeit ebenfalls Einrichtungen des öffentlichen Rechts (Art. 4 Abs. 1 IVöB).

b) Objektiver Geltungsbereich

(i) *Publikationsleistungen als Teil der Forschung*

Bei der Bestimmung des objektiven Geltungsbereichs geht es darum, zu identifizieren, welche Leistung der Anbieter:in von der Auftraggeber:in zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe am freien Markt eingekauft wird. Die Publikation von Forschungsergebnissen ist Teil der Forschung und dient so der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Die eigentliche Publikation, d.h. die verlegerische Leistung, wird aber in der Regel als Leistung extern auf dem freien Markt eingekauft. Entsprechend sind Publikationsleistungen gem. Art. 8 BöB/IVöB vom objektiven Geltungsbereich erfasst.

(ii) *Massgebliche Schwellenwerte und Berechnung des Auftragswerts*

Die wissenschaftliche Verlagstätigkeit fällt grundsätzlich in den Staatsvertragsbereich.¹⁴⁹ Innerhalb des Staatsvertragsbereichs kommen die Schwellenwerte gem. Anhang 4 Ziff. 1 BöB bzw. Anhang 1 IVöB zur Anwendung: Demgemäss gelten für Verlagsleistungen die Schwellenwerte von 230'000 CHF für die ETH und die EPFL (gem. BöB) und 350'000 CHF für kantonale Forschungsinstitutionen (gem. IVöB). Ab diesen jeweiligen Vertragsvolumina müssen Aufträge an Verlage international ausgeschrieben werden. Angebote ausländischer Verlage (zumindest aus anderen GPA-Staaten) müssen nach Massgaben von Art. 6 Abs. 1 BöB/IVöB gleich behandelt werden wie Angebote Schweizer Verlage und dürfen im Evaluationsverfahren nicht diskriminiert werden. Sowohl innerhalb als auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs sind Aufträge ab CHF 150'000 CHF im Einladungsverfahren auszuschreiben. Dieser Schwellenwert ist für kantonale und föderale Institutionen identisch. Im Einladungsverfahren gem. Art. 20 BöB/IVöB sind mindestens drei potenzielle Anbieterinnen¹⁵⁰ zur Offerteinreichung einzuladen. Aufträge unter diesem Schwellenwert können im freihändigen Verfahren gem. Art. 21 BöB/IVöB, d.h. im freien Ermessen der jeweiligen Beschaffungsbehörde, direkt

¹⁴⁹ Siehe dazu vorne, C.IV.2.b).

¹⁵⁰ Wenn möglich aus zwei verschiedenen Sprachregionen gem. Art. 5 VöB.

vergeben werden, wobei auch hier je nach Beschaffungsgeschäft die Grundprinzipien des Beschaffungsrechts wie Nachhaltigkeit und Transparenz, soweit möglich und sinnvoll, berücksichtigt werden sollten.

Auch wenn die Schwellenwerte für öffentliche Beschaffungen im Gesetz klar definiert sind, ist nicht immer klar, wie sich ein Schwellenwert im Einzelfall bemisst. Während dies bei einmaligen Aufträgen, die sich typischerweise auf einen klaren Anschaffungspreis beschränken, unproblematisch ist, können sich bei wiederkehrenden Leistungen oder bei Dienstleistungen, die über eine gewisse Zeitspanne oder wiederkehrend erbracht werden, Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben. Hierzu versucht Art. 15 BöB/IVöB Vorgaben zu machen.

(iii) Unterstellte Leistungen

Vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich relevant, wie hoch die von den Hochschulen bei den Verlagen eingekauften Leistungen sind. Weil sich die Geldflüsse unterscheiden, ist dabei zwischen dem Reader/Library-Pay-Modell und dem Author-Pay-Modell zu unterscheiden.

Im Reader/Library-Pay-Modell beauftragen zwar die Forschenden die Wissenschaftsverlage mit der Publikation, bezahlen für deren Leistungen aber selbst nichts. Stattdessen kaufen die Hochschulen über ihre Bibliotheken (oder das Konsortium der Hochschulbibliotheken¹⁵¹) Publikationsleistungen der Wissenschaftsverlage ein. Dies erfolgt heute meist in Form von Lizenzpaketen für elektronische Publikationen. Teilweise werden die Nutzungsentgelte für die Publikationen sogar kollektiv von Swissuniversities ausgehandelt. Die Beträge der Leistungen können so erheblich sein und erreichen möglicherweise einen relevanten Schwellenwert. Die Publikationsleistungen unterstehen auch dann dem Beschaffungsrecht, wenn das Reader/Library-Pay-Modell mit dem grünen Weg kombiniert wird, weil sich an Leistung und Gegenleistung nichts ändert.

Das Author-Pay-Modell ist als Geschäftsmodell weniger komplex. Beim goldenen Weg bezahlen die Forschenden die Leistung als Auftraggeber selbst. Durchschnittlich fließen so CHF 1500-2500 an APC pro Publikation.¹⁵² Komplexer ist allerdings die Ermittlung des Werts der Leistung. Dafür müsste wohl der gesamthaft während des massgeblichen Zeitraums von fünf Jahren von einer Hochschule für Publikationen an einen Verlag geleistete Betrag herangezogen werden. Erschwert wird die Berechnung durch Zuschüsse von Dritten, insb. des SNF.

Zu beachten ist, dass die Anwendung des Beschaffungsrechts als Ganzes auch dann angezeigt ist, wenn die Schwellenwerte nicht erreicht werden. Nach neuerer Auffassung sollen unter

¹⁵¹ Siehe dazu: <<https://consortium.ch>> (besucht am 27.09.2023).

¹⁵² Weltweit betrug der Durchschnitt 2021 \$ 1626; Siehe dazu: MORRISON/BORGES/ZHAO/KAKOU/SHANBHOU.

dem revidierten Gesetz die Grundprinzipien des Beschaffungsrechts nämlich immer berücksichtigt werden, soweit dies sinnvoll und möglich ist.¹⁵³ Entsprechend sind die beschaffungsrechtlichen Prinzipien so oder so einzuhalten.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass Hochschulen und Hochschulangehörige in beiden Modellen grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sind, wenn sie bei gewerblich tätigen Dritten, den Verlagen, Leistungen einkaufen.

4. Anwendung beschaffungsrechtlicher Prinzipien

Zu prüfen ist damit, ob das **Gebot der Nachhaltigkeit** an das wissenschaftliche Publizieren bestimmte Anforderungen stellt.

Unter dem Blickwinkel der **sozialen Nachhaltigkeit** sind neben den in Art. 12 BÖB/IVöB aufgelisteten Arbeitsschutzbedingungen auch weiterführende gesellschaftliche Aspekte erfasst. Auch der möglichst freie Zugang zu Forschungsergebnissen von öffentlich finanzierten Forschungsinstitutionen lässt sich hier einfügen. Dieser stellt als Teil des Zugangs zu Bildung und Forschung einen gesellschaftlichen Wert dar, der im Lichte der sozialen Nachhaltigkeit vom öffentlichen Beschaffungswesen erfasst ist, zumal den Hochschulen beim Zugang zu Bildung und Forschung eine wichtige gesellschaftliche Rolle zukommt. Aus diesem Umstand ergeben sich Argumente, eine möglichst breite Zugänglichkeit wissenschaftlicher Information – sei es auf dem grünen, goldenen oder Platin-Weg – bei der Vergabe zumindest zu berücksichtigen.

Im Vordergrund steht allerdings das Prinzip der **wirtschaftlichen Nachhaltigkeit**, nach dem die öffentlichen Mittel wirtschaftlich eingesetzt werden müssen und den Bürger:innen der beste «Return on Investment» geboten werden soll. Wird der Zugang zu staatlich finanzierten Publikationsleistungen über Gebühr beschränkt oder verteuert, kann darin ein ineffizienter Einsatz staatlicher Ressourcen gesehen werden¹⁵⁴, der dem Prinzip der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit nicht standhält.

Das gilt jedenfalls dann, wenn die Verlagsleistungen nicht über jene Mindestleistung hinaus gehen, welche die Forschenden und ihre Hochschulen ohnehin selbst erbringen. In Bezug auf

¹⁵³ Gemäss FETZ/STEINER, Rn. 93 ist es aus «verwaltungsökonomischen Gründen» zwar nicht angebracht, für unterschwellige Aufträge eine Ausschreibung durchzuführen. Die Beschaffungsprinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz sowie der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit gelten aber dennoch.

¹⁵⁴ Siehe hierzu bereits HILTY ET AL., IIC 2009, 313.

die einzelne Publikation liegt diese Mindestleistung in der Publikation einer zitierfähigen Version in einem öffentlich zugänglichen Repositorium. Die blosser Duplikation dieser Leistung durch einen Verlag gegen Entgelt wäre also kaum wirtschaftlich nachhaltig.

Typischerweise erbringen Verlage aber über die reine Publikation hinaus spezifische Mehrwerte, etwa indem sie die Qualität der Publikation durch ein Peer-Review¹⁵⁵ und ein sachkundiges Lektorat sichern, ein ansprechendes Layout zur Verfügung stellen, sich engagiert um den Vertrieb und die Bewerbung kümmern, das Renommee der Publikationen fördern und zusätzliche (analoge oder digitale) Dienste anbieten. In diesen Fällen ergeben sich nur dann Probleme mit der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit, wenn das von den Verlagen erhobene Nutzungsentgelt im Vergleich zu dem von ihnen erbrachten Mehrwert als unverhältnismässig erscheint. Ob die dafür notwendigen Umstände vorliegen, lässt sich allerdings nicht rein juristisch klären, sondern müsste empirisch belegt werden.¹⁵⁶

Käme man zum Schluss, dass ein solches Missverhältnis besteht, müsste daraus eine auf Art. 29 oder 30 BöB/IVöB gestützte Pflicht zur Open-Access-Publikation folgen. Mit der besonderen Marktkonstellation liesse sich eine solche Pflicht auf zwei Arten umsetzen: Entweder beim Einkauf der Publikationen durch die Bibliotheken oder – weit praktikabler – mit entsprechenden Vergabepflichten zulasten der Forschenden.

5. Ausnahmetatbestände

Auch wenn Forschungs- oder Publikationsleistungen von unterstellten Forschungsinstitutionen unter das kantonale und föderale öffentliche Beschaffungsrecht fallen, können mit Art. 10 BöB/IVöB oder Art. 21 BöB/IVöB spezifische Ausnahmetatbestände zu beachten sein.¹⁵⁷ Art. 21 Abs. 2 BöB/IVöB enthält eine Liste von Sachverhalten, die eine Beschaffungsbehörde von der Pflicht zur Durchführung einer Ausschreibung im offenen Wettbewerb befreien und sie – unabhängig vom Schwellenwert – zur Durchführung eines freihändigen Verfahrens gem. Art. 21 Abs. 1 BöB/IVöB berechtigt.

In Bezug auf Forschungs- und Verlagstätigkeit könnte Art. 21 Abs. 2 lit. c BöB/IVöB einschlägig sein: Dieser besagt, dass aufgrund der «technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aus Gründen des geistigen Eigentums» nur eine bestimmte Anbieterin in Frage kommt

¹⁵⁵ Typischerweise beschränkt sich die Leistung des Verlags allerdings auf die Organisation der Peer-Review, die Kosten für die dabei eingesetzte Arbeitszeit tragen die Universitäten.

¹⁵⁶ Zu früheren empirischen Untersuchungen EUROPEAN COMMISSION, *passim*, mit Hinweisen in diese Richtung, wobei sich die Situation in der Zwischenzeit verändert haben dürfte und vermutlich auch zwischen den Disziplinen erhebliche Unterschiede bestehen.

¹⁵⁷ Art. 10 BöB/IVöB («Ausnahmen») enthält eine abschliessende Aufzählung von Situationen oder Beschaffungsgegenständen, die nicht in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fallen.

und «keine angemessene Alternative» besteht. Die beiden Kernbegriffe dieses Ausnahmetatbestandes «technische Besonderheit» und «Alternativlosigkeit» sind unbestimmte Rechtsbegriffe und im Gesetz nicht weiter definiert. Im Sinne des Wettbewerbsgebots sind sie jedoch eng auszulegen und sollten nicht als Freipass für eine freihändige Vergabe missbraucht werden können. So können sich Beschaffungsstellen nur auf Art. 21. Abs. 2 lit. c BöB/IVöB berufen, wenn vorgängig eine saubere Marktanalyse erfolgt ist, die die Alternativlosigkeit nachweisen kann, wobei die Beweislast des Nachweises bei der Beschaffungsbehörde liegt.¹⁵⁸

Zwar ist die Situation aus Sicht der einkaufenden Bibliotheken insoweit alternativlos, als sie gewisse wissenschaftliche Publikationen zwingend erwerben müssen. Massgeblich ist aber der Zeitpunkt der Auftragsvergabe. Zu diesem, d.h. bei der Wahl eines Verlags für die wissenschaftliche Publikation, besteht aber noch keine Alternativlosigkeit. Die Forschenden können die Verlage grundsätzlich frei wählen. Entsprechend greift dieser Ausnahmetatbestand nicht.

6. Fazit

Das öffentliche Beschaffungsrecht befasst sich mit dem rechtsgeschäftlichen Erwerb von Mitteln durch den Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben. Als öffentlich finanzierte Forschungseinrichtungen gelten die Hochschulen als «Auftraggeber» und sind grundsätzlich vom subjektiven Geltungsbereich der einschlägigen Gesetze erfasst. Beauftragen sie Wissenschaftsverlage mit der Publikation von Forschungsergebnissen, treten sie als beschaffungsrechtlich relevante Auftraggeber auf. Dies gilt unabhängig davon, ob sie das Reader/Library-Pay-Modell oder das Author-Pay-Modell wählen. In beiden Fällen sind die Grundprinzipien des öffentlichen Beschaffungsrechts anwendbar und es greifen auch keine Ausnahmetatbestände. Im Lichte des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit, wonach öffentliche Mittel wirtschaftlich zu verwenden sind, kann der Einkauf staatlich finanzierter Publikationsleistungen bei kommerziellen Verlagen durch öffentlich-rechtliche Forschungseinrichtungen einen ineffizienten Einsatz staatlicher Mittel darstellen. Aus dem Beschaffungsrecht lässt sich jedenfalls dann eine Pflicht der Hochschulen ableiten, ihre Forschenden zur Publikation in Open-Access-Journals anzuhalten, wenn das von den Verlagen erhobene Nutzungsentgelt im Vergleich zu der von ihnen erbrachten Leistung unverhältnismässig ist. Ob dies der Fall ist, lässt sich aber nur empirisch klären.

¹⁵⁸ AESCHBACHER/KREBS, Handkommentar BöB, Art. 21 N 15, m.H. auf BGE 137 II 313 E. 3.5.2.

V. Analyse des Kartellrechts

1. Einleitung

Die mit öffentlichen Mitteln finanzierten Hochschulen erwerben (meist vertreten durch ihre Bibliotheken) wissenschaftliche Publikationen oder Lizenzen zu deren Nutzung oft zu hohen Preisen, obwohl ein grosser Teil der so erworbenen wissenschaftlichen Erkenntnisse von Forschenden stammt, welche diese Erkenntnisse mit öffentlichen Mitteln erarbeitet haben.

Da der Markt für wissenschaftliche Publikationen besondere Charakteristika aufweist (2), die es den Akteuren auf verschiedenen Stufen ermöglichen, einfach Marktmacht zu erwerben und auszuüben, kann es zu Konstellationen kommen, die kartellrechtliche Bedenken wecken (3). Das kartellrechtliche Eingreifen hat aber auch Grenzen (4).

2. Bedingungen auf Märkten für wissenschaftliche Publikationen

Der Markt für wissenschaftliche Publikationen umfasst zwei Geschäftsmodelle: Entweder bezahlen die Leser:innen bzw. die Bibliotheken für das Lesen der Publikation (Reader/Library-Pay-Modell) oder die Autor:innen bezahlen die Verlage wie beim Goldenen Weg für die Publikation.¹⁵⁹ Beide Geschäftsmodelle können nebeneinander existieren und haben ihre Vor- und Nachteile.

Das traditionelle Reader/Library-Pay-Modell weist indes aus kartellrechtlicher Sicht einige besondere Merkmale auf:

- Der «traditionelle» Markt für wissenschaftliche Publikationen ist ein zweiseitiger Markt. Auf der einen Seite stehen sich die Forschenden (als Autor:innen) und die Verlage gegenüber, auf der andern die Verlage und die Universitäten bzw. deren Bibliotheken sowie teilweise auch private Nachfrager:innen.
- Im Zentrum dieses zweiseitigen Markts befinden sich die Betreiber spezifischer Plattformen, die digitale Publikationen anbieten und oft von Verlagen betrieben oder mitbetrieben werden.
- Im Verhältnis zwischen Forschenden und Verlagen besteht die Besonderheit, dass für die Forschenden Reputation und Einfluss die massgebenden Kriterien bei der Wahl eines Verlags sind.¹⁶⁰ Im Austausch gegen die Reputation sind die Forschenden meist bereit, ihre urheberrechtlichen Nutzungsrechte umfassend an den jeweiligen Verlag abzutreten. Obwohl die Institution, an welcher die Forschenden angestellt sind (bzw.

¹⁵⁹ Siehe dazu vorne, A.II.2.

¹⁶⁰ HILTY ET AL., IIC 2009, 312.

typischerweise deren Bibliothek) die Publikationen erwerben muss, spielt der Preis des Rückkaufs der Publikation für die Forschenden praktisch keine Rolle; die Forschenden sind also nicht preissensitiv.¹⁶¹

- Die Bibliotheken, welche die Publikationen einkaufen, sind preissensitiv. Allerdings haben sie in der Regel nicht die Wahl, vom Erwerb einzelner Publikationen bzw. Journals abzusehen. Sie müssen ihren eigenen Forschenden möglichst gute Bedingungen bieten und möglichst alle Publikationen erwerben. Aus diesem Grund sehen sie diese Publikationen nicht als Substitute, sondern als Komplemente an.¹⁶² Das ist nicht erstaunlich, wenn man bedenkt, dass wissenschaftliche Information häufig nicht substituierbar ist: Eine einzelne Information in einem neu publizierten Aufsatz kann für den Forschungserfolg entscheidend sein.¹⁶³ Alternative Bezugsquellen gibt es – aufgrund der an die Verlage abgetretenen Urheberrechte – nicht. Den Bibliotheken bleibt nur die Möglichkeit, sich in Nachfragegemeinschaften zusammenzuschliessen, um bessere Preise auszuhandeln. Ein Beispiel hierfür ist das Konsortium der Schweizer Hochschulbibliotheken. Dadurch können sie eine Gegenmacht (sog. *countervailing power*) gegenüber der Marktmacht der Wissenschaftsverlage aufbauen.¹⁶⁴
- Auf zweiseitigen Märkten spielen generell indirekte Netzwerkeffekte¹⁶⁵, von denen die Plattformen profitieren: Während die Forschenden in Journals mit möglichst guter Reputation publizieren wollen, wollen die Leser:innen jene Journals lesen, in denen möglichst gute Forschende publizieren.
- Soweit Publikationen in rein elektronischer Form erfolgen, wird der Zugang zu Wissen zusätzlich insoweit erschwert, als keine Vervielfältigungen physischer Werkexemplare möglich sind. Dies verstärkt das Risiko, dass es zu *single source*-Konstellationen kommt.¹⁶⁶

¹⁶¹ EUROPEAN COMMISSION, 67. Im Sinne der Prinzipal-Agent-Theorie kommt hier zu einem *moral hazard*: Sofern sie von ihrer Institution nicht eng überwacht werden, handeln sie tendenziell gegen deren finanzielle Interessen, was der Plattform zusätzliche Einnahmen beschert.

¹⁶² EUROPEAN COMMISSION, 67.

¹⁶³ HILTY ET AL., IIC 2009, 314.

¹⁶⁴ Entsprechende Absprachen der NachfragerInnen dürften deswegen entweder keine Abreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG darstellen oder, falls doch, aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sein, siehe dazu die Antwort des Weko-Sekretariats auf eine Beratungsanfrage in: Wettbewerbskommission, Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2021, 623 f. – Lizenzen elektronische Lehrmittel.

¹⁶⁵ ROCHET/TIROLE, *passim*.

¹⁶⁶ HILTY ET AL., IIC 2009, 309 f.

Alle diese Gründe führen dazu, dass im «traditionellen Publikationsmodell»¹⁶⁷ wenig Wettbewerbsdruck zwischen den wissenschaftlichen Journals besteht¹⁶⁸ und die Wissenschaftsverlage leicht eine gewisse Marktmacht erreichen.¹⁶⁹ Diese kann sich in zweierlei Hinsicht äussern: Die Verlage verlangen entweder sehr hohe (d.h. suprakompetitive) Preise oder bieten – im Verhältnis zum Preis – ungenügende Dienste an.¹⁷⁰

Das erklärt auch, weshalb in der Vergangenheit schon verschiedene Vorschläge gemacht wurden, um auf dem Markt für wissenschaftliche Publikationen für mehr Wettbewerb zu sorgen.¹⁷¹ Das Kartellrecht stand dabei allerdings nie im Vordergrund¹⁷², obwohl es durchaus Konstellationen gibt, in denen es eingreifen und dem Open-Access-Gedanken zum Durchbruch verhelfen könnte.

3. Konstellationen

Das Kartellrecht verhindert sowohl wettbewerbswidrige Abreden (Art. 5 KG) als auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden bzw. relativ marktmächtigen Stellung (Art. 7 KG). In Bezug auf die strukturellen, mit dem Markt wissenschaftlichen Publizierens in Zusammenhang stehenden Probleme ist in erster Linie Art. 7 KG einschlägig.

a) Preisexzesse

Im Zusammenhang mit dem Markt für wissenschaftliche Publikationen wurden in der Vergangenheit immer wieder Preisexzesse zum Thema.¹⁷³ Die Festlegung unangemessener Preise

¹⁶⁷ Im Author-Pay-Modell bezahlen die Forschenden die PC selbst und nehmen deswegen die können sich kartellrechtliche Probleme ergeben. Allerdings und deren Angebote (anders als die Bibliotheken) nicht als Komplemente, sondern (teilweise) als Substitute wahr, wodurch es nicht zum *moral hazard* kommt und die Kosten sinken, s.a. EUROPEAN COMMISSION, 68. Zudem spielen im Author-Pay-Modell nicht die gleichen indirekten Netzwerkeffekte, weswegen es kartellrechtlich weniger bedenklich ist. Selbstverständlich können allerdings auch im Author-Pay-Modell kartellrechtliche Probleme auftreten.

¹⁶⁸ HILTY ET AL., IIC 2009, 314.

¹⁶⁹ EUROPEAN COMMISSION, 7.

¹⁷⁰ HILTY ET AL., IIC 2009, 322.

¹⁷¹ Siehe dazu auch vorn IV. Die Vorschläge reichen von zwingenden Bestimmungen im Verlagsvertragsrecht über spezifische immaterialgüterrechtliche Schranken zugunsten alternativer Vertriebskanäle bis hin zu immaterialgüterrechtlichen sowie kartellrechtlichen Zwangslizenzen, siehe dazu z.B. HILTY ET AL., IIC 2009, 322.

¹⁷² Anschaulich PEIFER, GRUR 2009, 28, der vom Kartellrecht als ultima ratio spricht.

¹⁷³ Zum Beispiel: <<https://library.harvard.edu/about/news/2023-03-03/ipplc-letter-office-science-technology-policy>> (besucht am 27.09.2023).

ist potenziell von Art. 7 KG erfasst. Notwendig ist dafür einerseits das Vorliegen einer marktbeherrschenden bzw. relativ marktmächtigen Stellung, andererseits deren Missbrauch.

Ein Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn es auf einem Markt in der Lage ist, sich in wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Marktbeherrschung ist dabei eine qualifizierte Form der Marktmacht, worunter die Fähigkeit eines Unternehmens verstanden wird, seine Waren oder Dienstleistungen erfolgreich über den Grenzkosten anzubieten.¹⁷⁴ Ein Unternehmen gilt als relativ marktmächtig, wenn andere Unternehmen von diesem in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen (Art. 4 Abs. 2^{bis} KG).

Das Vorliegen von urheberrechtlichen Nutzungsrechten, die an den wissenschaftlichen Publikationen bestehen und von den Forschenden vollumfänglich an die Verlage abgetreten werden, begründet für sich genommen keine marktbeherrschende Stellung und auch keine relative Marktmacht. Diese aus den USA stammende und ursprünglich auf die Marktmacht begrenzte Erkenntnis hat sich heute nicht nur in der EU, sondern auch in der Schweiz durchgesetzt. Sie dürfte auch für die relative Marktmacht gelten. Eine auf Immaterialgüterrechten beruhende Marktmachtvermutung gibt es also nicht.¹⁷⁵ Vielmehr muss auch im Markt urheberrechtlich geschützter wissenschaftlicher Publikationen in jedem Einzelfall ein relevanter Markt abgegrenzt werden, um zu bestimmen, ob eine Marktbeherrschung vorliegt.

In der Marktabgrenzung liegt (nicht nur bei wissenschaftlichen Publikationen) die eigentliche Krux der kartellrechtlichen Prüfung. Im Zentrum steht dabei die Substituierbarkeit der betreffenden Waren und Dienstleistungen: Sind zwei oder mehr wissenschaftliche Publikationen substituierbar, bilden Sie einen relevanten Markt. Jene, die nicht substituierbar sind, gehören nicht zu diesem Markt. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU). Diese Formulierung offenbart, dass man sich in die Position der Nachfrager versetzen muss, die ihren Bedarf mit den entsprechenden Gütern zu decken beabsichtigen.¹⁷⁶ Weil wissenschaftliche Publikationen im «traditionellen Publikationsmodell» aus Sicht der nachfragenden Bibliotheken nicht substituierbar sind, bildet streng genommen jede Publikation ihren eigenen

¹⁷⁴ STÄUBLE/SCHRANER, KG-Kommentar, Art. 4. Abs. 2 KG N 166; grundlegend die Formulierung in EuGH Urteil vom 13. Februar 1997, C-85/76 – Hoffmann-La Roche/Kommission.

¹⁷⁵ Siehe den Entscheid *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006), in: GRUR Int. 2006, 531 ff. Zum Ganzen HILTY/FRÜH, 282 f.

¹⁷⁶ Sog. «Bedarfsmarktkonzept».

relevanten Markt. Auch diese Formel kann indes nicht pauschal gelten,¹⁷⁷ nur schon, weil die Forschenden im Einzelfall möglicherweise auch Information nachfragen, die bereits zum Stand der Technik bzw. Forschung gehört und deswegen so auch in anderen Quellen zu finden wäre. Praxis, die eine derart enge Marktabgrenzung stützen würde, existiert jedenfalls – soweit ersichtlich – nicht. Die Behörden und Gerichte haben sich in der Schweiz bislang nicht direkt mit dem Markt für wissenschaftliche Publikationen befasst. Im Rahmen einer Beratungsanfrage aus dem Jahr 2021 liess das Sekretariat der WEKO die Sachverhaltsdarstellung, die Verlage und Datenbankanbieter hätten «eine Art Monopolstellung» zwar unwidersprochen.¹⁷⁸ Daraus kann aber nichts abgeleitet werden, weil die Marktabgrenzung nicht Gegenstand der Frage war. Zur Frage, ob die Wissenschaftsverlage relativ marktmächtig sein könnten (womit sich die Schwierigkeiten einer Marktabgrenzung umgehen liessen), besteht erst recht keine Praxis.

Allerdings bedarf es zur Anwendbarkeit von Art. 7 KG auch bei hohen Marktanteilen und der daraus folgenden Marktbeherrschung und bei relativer Marktmacht einer Missbrauchshandlung. Diese kann in der Festlegung unangemessener Preise oder unangemessener Geschäftsbedingungen bestehen, wie Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ausdrücklich vorsieht. Es handelt sich um die von der Praxis entwickelte Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs. Damit ein Missbrauch festgestellt werden kann, bedarf es eines Vergleichs mit der Situation wie sie bestünde, wenn Wettbewerb vorliegen würde. Ohne Vergleichsmöglichkeit droht die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG zu einer formalistischen Preiskontrolle zu werden, bei der sich die Wettbewerbsbehörde im Zweifel Wissen anmass, über das sie nicht verfügt.¹⁷⁹ Bei wissenschaftlichen Publikationen drängt sich aber ein Vergleich mit den Author-Pay-Modellen auf, wo sämtliche Leistungen des Verlages von der Qualitätssicherung über das Lektorat bis hin zum Vertrieb von der Processing Charge (PC) gedeckt werden. Liegen die Preise signifikant über dem, was in Author-Pay-Modellen durch die PC erwirtschaftet wird, ist nicht auszuschliessen, dass die Wettbewerbsbehörde einen Ausbeutungsmissbrauch annehmen würde, was zu einer Senkung der Preise und einem Bussgeld führen müsste (Art. 49a KG). Entsprechende Fälle gibt es in der Schweiz aber bislang nicht.

b) Behinderung bestimmter Angebote durch Plattformen

Grundsätzlich steht allen Wirtschaftsakteuren frei, mit wem sie Verträge schliessen wollen. Entsprechend können Plattformen grundsätzlich nach Belieben Publikationen annehmen

¹⁷⁷ Siehe gegen ähnlich enge Marktabgrenzungen für Markenprodukte DIETRICH/SAURER, *sic!* 2001, 593 ff.

¹⁷⁸ RPW 2021, 623 f. – Lizenzen elektronische Lehrmittel, Rn. 1 und Rn. 20.

¹⁷⁹ STÄUBLE/SCHRANER, KG-Kommentar, Art. 7 N 382 ff.

oder ablehnen. Beim Vorliegen einer marktbeherrschenden oder relativ marktmächtigen Stellung ändert sich dies aber. Dann kann eine Geschäftsverweigerung einen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 7 KG bedeuten, woraus ein Kontrahierungszwang folgen kann. Dies gilt grundsätzlich sowohl für offene Open-Access-Plattformen als auch für Plattformen, die von Verlagen alleine oder zusammen mit kommerziellen Partnern betrieben werden.

Typisch dürfte sein, dass aus Sicht der kommerziellen Plattformen Anreize bestehen, Publikationen aus konkurrierenden Open-Access-Verlagen nicht aufzunehmen. Würden marktbeherrschende bzw. relativ marktmächtige Plattformen in der Tat gezielt versuchen, Open-Access-Modelle zu behindern, wäre darin ein Behinderungsmissbrauch – genauer: ein Hebelmissbrauch – i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG zu erkennen.¹⁸⁰ Zusätzlich zur Tatsache, dass die Open-Access-Journals gerichtlich den Zugang zur Plattform erstreiten könnten, hätte ein solches Verhalten auch eine Busse zur Folge (Art. 49a KG). Solche Fälle sind bislang allerdings nicht bekannt.

4. Grenzen der Kartellrechtsanwendung

Auch wenn sich das Kartellrecht anbietet, um in bestimmten Konstellationen mehr Wettbewerb zu schaffen und dadurch indirekt Open-Access-Modelle zu fördern, hat die Kartellrechtsanwendung ihre Grenzen.

Das als ex post-Instrument konzipierte Kartellrecht bringt i.d.R. lange und komplexe Verfahren mit sich.¹⁸¹ Sobald es um die Abgrenzung relevanter Märkte geht, sind vielfältige ökonomische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Schon in Bezug auf die zweite Konstellation, wo es darum geht, den Zugang zu einer Plattform zu erstreiten, ist der kartellrechtliche Weg für einen ausgeschlossenen Open-Access-Verlag aus Zeit- und Kostengründen kaum realistisch. Erst recht gilt dies, wenn (wie in der ersten Konstellation) ein bezahlbarer Zugang zu Information erstritten werden muss, die in wenigen Wochen oder Monaten bereits wieder veraltet ist.

Aus diesen Gründen wurde im europäischen und deutschen Kontext schon früher eine vom Kartellrecht losgelöste Preiskontrolle für wissenschaftliche Publikationen vorgeschlagen, die von einer Behörde oder einer Art Expertengremium durchgeführt würde,¹⁸² etwa so, wie dies

¹⁸⁰ Siehe auch STÄUBLE/SCHRANER, KG-Kommentar, Art. 7 N 195.

¹⁸¹ Siehe bereits HILTY, GRUR Int. 2006, 179. Daran hat sich seither kaum etwas geändert. Kritisch zum Einsatz des Kartellrechts auch PEIFER, GRUR 2009, 28.

¹⁸² HILTY ET AL., IIC 2009, 322; PEIFER, GRUR 2009, 28; HILTY, GRUR Int. 2006, 190.

das Bundesamt für Gesundheit bei der Festlegung von Medikamentenpreisen macht oder andere Behörden in deregulierten Märkten (Strom, Telekommunikation) tun. In der Schweiz ist diese Diskussion bisher aber nicht rezipiert worden.

5. Fazit

Das traditionelle Reader/Library-Pay-Modell hat im Gegensatz zum Author-Pay-Modell zahlreiche Eigenschaften, die aus kartellrechtlicher Sicht bedenklich sind, weil sie es den Wissenschaftsverlagen erlauben, auf relativ engen Märkten leicht eine beträchtliche Marktmacht zu erreichen. Damit steigt sowohl die Gefahr von Preisexzessen als auch die Gefahr der Behinderung von Open-Access-Journals auf digitalen Plattformen. In beiden Fällen kann das Kartellrecht zwar Abhilfe schaffen und so Open-Access-Modelle begünstigen. Allerdings sind dem Einsatz kartellrechtlicher Instrumente aus Zeit- und Kostengründen enge Grenzen gesetzt.

VI. Fragen des Waren- und Gütertransports

1. Einführung

Die wissenschaftliche Zusammenarbeit und die damit verbundene Verbreitung von Erkenntnissen aus Wissenschaft und Forschung über die Landesgrenzen hinaus kann für **proliferationsrelevante Zwecke** missbraucht werden,¹⁸³ etwa durch den **Transfer von kritischem Know-how** im Rahmen von «Fachberatungen, Konferenzen, Schulungen, akademischen Austauschprogrammen, gemeinsamen Forschungs- und Entwicklungsprojekten oder durch Weitergabe technischer Informationen, z.B. mittels E-Mail, Fax, Website, Cloud»¹⁸⁴ oder Open-Access-Repositorien.

Wissen ist ein Gut, für das – gleich wie für gegenständliche Güter – Ausfuhrbeschränkungen gelten können. Dem Risiko des sog. **immateriellen Technologietransfers (ITT)** sind v. a. Universitäten, Fachhochschulen und Forschungsinstitute ausgesetzt.¹⁸⁵ Die Fachhochschulen sind aufgrund ihrer praxisorientierten Lehre und anwendungsorientierten Forschung und Entwicklung (Art. 26 Abs. 1 HFKG) besonders exponiert. Die Exportkontrolle ist hier beson-

¹⁸³ Service de renseignement de la Confédération SRC, PROPHYLAX, 2019, (PROPHYLAX), S. 14 <<https://www.vbs.admin.ch/content/vbs-internet/fr/dokumente/dokumente-und-publikationen-des-vbs/download/vbs-internet/fr/publications/servicederensegnement/SRC-Propylax.pdf>> (besucht am 27.09.2023).

¹⁸⁴ PROPHYLAX, 12.

¹⁸⁵ PROPHYLAX, 9.

ders schwierig, weil der Know-how-Transfer an den Grenzen nicht physisch kontrolliert werden kann. Bei der Anwendung von Vorschriften des Waren- und Gütertransports stehen oft Grundrechte und Interessen im Konflikt, international findet sich zudem eine Reihe von unterschiedlichen Vorschriften.

Die Hochschulen sind verpflichtet, die Vorgaben der Exportkontrolle einzuhalten. Sie sind für diese Fragen allerdings wenig sensibilisiert. Die heterogene und komplexe internationale Rechtslage sowie das fehlende Bewusstsein an Hochschulen für das sicherheitsrelevante Missbrauchspotenzial von Forschungsergebnissen (*«publish or perish»*) sind eine Herausforderung, der sich die Hochschulen stellen müssen. Wie sich nachfolgend zeigen wird, stellen sich bei Open-Access-Publikationen allerdings keine besonderen Fragen.

2. Rechtliche Grundlagen

a) Anwendbare Gesetze

In der Schweiz kommen im Zusammenhang mit der Exportkontrolle eine Reihe von Erlassen zur Anwendung, namentlich das Güterkontrollgesetz («GKG»)¹⁸⁶, die Güterkontrollverordnung («GKV»)¹⁸⁷, die Verordnung über die Ausfuhr und Vermittlung von Gütern zur Internet- und Mobilfunküberwachung («VIM»)¹⁸⁸, das Embargogesetz («EmbG»), das Kriegsmaterialgesetz («KMg») und die einschlägigen Güterlisten: Diese Erlassen können auch auf Schweizer Hochschulen anwendbar sein.

Darüber hinaus gibt es internationale Vereinbarungen: Vertrag über den Waffenhandel (Arms Trade Treaty¹⁸⁹ («ATT»)); Vereinbarung von Wassenaar (Wassenaar Arrangement¹⁹⁰ («EWA»); Chemiewaffenübereinkommen («CWÜ»)¹⁹¹.

¹⁸⁶ Bundesgesetz über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter vom 13. Dezember 1996 (SR 946.202).

¹⁸⁷ Verordnung über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter (Güterkontrollverordnung, GKV) vom 3. Juni 2016 (SR 946.202.1).

¹⁸⁸ Verordnung über die Ausfuhr und Vermittlung von Gütern zur Internet- und Mobilfunküberwachung (VIM) vom 25. November 2020 (SR 946.202.3).

¹⁸⁹ Internationaler Vertrag über den Waffenhandel, Arms Trade Treaty (ATT), in Kraft getreten am 24. Dezember 2014, <<https://thearmstradetreaty.org>> (besucht am 23.09.2023).

¹⁹⁰ <<https://www.wassenaar.org/>> (besucht am 23.09.2023).

¹⁹¹ Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen, in Kraft getreten am 29. April 1997 (SR 0.515.08).

Zudem spielen eine Reihe von EU-Verordnungen eine Rolle, wie die EU-Ausfuhrkontrollverordnung¹⁹², die EU-Dual-Use-Verordnung¹⁹³ und die die dazu erlassenen Empfehlungen.¹⁹⁴

b) Relevante Definitionen

Für das Verständnis der Vorgaben der Exportkontrolle sind einige gesetzliche Begriffe zu klären:

- **Güter** sind gemäss Güterkontrollgesetz (GKG) Waren, Technologien und Software (Art. 3 lit. a GKG).
- **Technologie** sind Informationen für die Entwicklung, Herstellung oder Verwendung eines Gutes, die weder allgemein zugänglich sind noch der wissenschaftlichen Grundlagenforschung dienen (Art. 3 lit. d GKGU). Unter Technologie sind auch «technische Unterlagen» und «technische Unterstützung» zu verstehen (Art. 3 lit. a. 7 GKV, Anhang 1, Anmerkungen 1 und 2 zur Definition von «Technologie»).
- **Doppelt verwendbare (Dual-Use-) Güter** sind Güter, die sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke verwendet werden können (Art. 3 let. b GKG). Dual-Use-Güter werden im Anhang 2 der GKV gelistet.

Forschung im Zusammenhang mit Gütern mit doppeltem Verwendungszweck (Dual Use Research, («DUR»)). DUR-Forschung ist definiert als Forschung, die zu legitimen Zwecken durchgeführt wird und Wissen, Informationen, Technologien und/oder Produkte hervorbringt, die sowohl für wohltätige als auch für schädliche Zwecke verwendet werden können.¹⁹⁵ In einem Forschungskontext bedeutet dies, dass Forschende berücksichtigen müssen, ob physische Güter (z. B. Maschinenteile, Reagenzien), Software oder Technologien (z. B. Wissen in Form von Berichten, Entwürfen, Schulungen), die während der Forschung verwendet oder in irgendeiner Form weitergegeben werden (gedruckte oder elektronische Formen der Verbreitung,

¹⁹² Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5. Mai 2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck.

¹⁹³ Verordnung (EU) 2021/821 Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2021 über eine Unionsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Vermittlung, der technischen Unterstützung der Durchfuhr und der Verbringung betreffend Güter mit doppeltem Verwendungszweck (Neufassung).

¹⁹⁴ Empfehlung (EU) 2021/1700 der Kommission vom 15. September 2021 zu internen Compliance-Programmen für die Kontrolle von Forschung im Zusammenhang mit Gütern mit doppeltem Verwendungszweck gemäss der Verordnung (EU) 2021/821 des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Unionsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Vermittlung, der technischen Unterstützung, der Durchfuhr und der Verbringung betreffend Güter mit doppeltem Verwendungszweck.

¹⁹⁵ Forschungsförderung der Boston University.

Veröffentlichung, Darstellung und Mitteilung, oder die Eröffnung von Forschungsergebnissen gegenüber anderen Personen als den Urheber:innen aufgrund von Zusammenarbeit), sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke genutzt werden können; oder die Forschungsergebnisse (Güter, Software oder Technologie) können sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke genutzt werden.

3. Spezifische Herausforderungen

a) Open-Access-Publikationen als allgemein zugängliche Information

Damit eine Technologie und damit ein Gut im Sinne des GKG vorliegt, darf es sich nicht um eine öffentlich zugängliche Information handeln. Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in Deutschland (BVerfGE 27, 71 ff.) ist eine Informationsquelle dann allgemein zugänglich, mithin «*in the public domain*», wenn sie technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit Informationen zu verschaffen. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass Informationen erst dann „allgemein zugänglich“ sind, wenn die Publikation erfolgt ist. Allgemein zugänglich bezieht sich auf Technologie und Software, die ohne Beschränkung ihrer weiteren Verbreitung erhältlich ist. Ob und wie häufig auf die Kenntnisse tatsächlich zugegriffen wird, ist nicht ausschlaggebend.¹⁹⁶

Eine Open-Access-Publikation ist allgemein zugänglich. Diese Publikationen sind damit von der Anwendung der Exportkontrolle ausgenommen.

b) Open-Access-Publikation: tatsächliche oder rechtliche Beschränkungen?

Nicht allgemein zugänglich sind Informationen, die nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind.¹⁹⁷ Hierzu zählen Informationen, die erst nach einer individualisierenden Entscheidung durch den Informationsträger zugänglich gemacht werden. In diesem Fall hat gerade nicht jedermann die Möglichkeit, auf die Informationen zuzugreifen.¹⁹⁸ Jedoch ändern tatsächliche und rechtliche Beschränkungen ohne exportkontrollrechtliche Relevanz nichts an

¹⁹⁶ Handbuch Exportkontrolle und Academia, Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), (Handbuch), 80 <https://www.bafa.de/SharedDocs/Downloads/DE/Aussenwirtschaft/afk_aca_broschuere_handbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=4> (besucht am 23.09.2023).

¹⁹⁷ Handbuch, 46.

¹⁹⁸ Handbuch, 80.

der allgemeinen Zugänglichkeit des Gutes.¹⁹⁹ Das können sowohl **öffentlich-rechtliche Beschränkungen** mit eigener Zielrichtung sein, etwa eine Jugendschutzbestimmung, oder privatrechtliche Beschränkungen wie eine Lizenzvereinbarung unter Geschäftspartnern.²⁰⁰

Wissenschaftliche Beiträge in Fachzeitschriften und auf **fachspezifischen** Open-Access-Plattformen richten sich inhaltlich zwar gegebenenfalls nur an einen kleinen Kreis von Experten mit spezifischem Fachwissen, sie sind aber dennoch allgemein zugänglich. Denn massgeblich ist, ob die Möglichkeit des allgemeinen Zugangs besteht.²⁰¹

4. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Vorschriften zur Exportkontrolle auf Open-Access-Publikationen nicht anwendbar sind, weil diese allgemein verfügbar sind.

Bei den Hochschulen besteht derzeit wenig Bewusstsein für die möglichen Risiken, die sich aus der Nichteinhaltung der anwendbaren Bestimmungen ergeben. Eine erhöhte Kenntnis der rechtlichen Grundlagen und Pflichten betreffend Exportkontrolle an den Hochschulen und die Entwicklung von Best Practices, Guidelines oder Weisungen zur Umsetzung der anwendbaren Exportbestimmungen wäre sinnvoll.

VII. Datenschutzrechtliche Herausforderungen

1. Einleitung

In der Folge werden die für Open-Access-Publikationen relevanten datenschutzrechtlichen Fragen untersucht. Es wird ausschliesslich auf diejenigen datenschutzrechtlichen Herausforderungen eingegangen, die spezifisch bei Open-Access-Publikationen auftreten. Die nachfolgenden Ausführungen beruhen auf der Prämisse, dass der Publikationsinhalt an sich den (datenschutz-)rechtlichen Anforderungen genügt (etwa bezüglich Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen).

Schon vorab ist klarzustellen, dass bei Open-Access-Publikationen kaum relevante datenschutzrechtliche Probleme bestehen. Da das Datenschutzgesetz (DSG)²⁰² aber einen äusserst weiten Anwendungsbereich hat und alle Bearbeitungen von Personendaten regelt, sind dessen Vorgaben einzuhalten. Die Risiken für die Grundrechte und die Persönlichkeitsrechte der

¹⁹⁹ Handbuch, 79.

²⁰⁰ *Idem.*

²⁰¹ Handbuch, 80.

²⁰² Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25.9.2020 (SR 235.1).

betroffenen Personen (Art. 1 DSG) sind allerdings äusserst gering. Dasselbe gilt für die an sich immer bestehende Möglichkeit, dass betroffene Personen datenschutzrechtliche Ansprüche geltend machen oder der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) ein Verfahren einleitet.

2. Geltungsbereich und anwendbares Recht

a) Relevante Personendaten

Damit das DSG anwendbar ist, bedarf es einer Bearbeitung von Personendaten. Dabei handelt es sich um Informationen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen (Art. 5 lit. a DSG). Bei Open-Access-Publikationen finden auf zwei Arten Datenbearbeitungen statt, die auf ihre Datenschutzkonformität zu untersuchen sind:

- **Metadaten:** Damit sind sämtliche für eine Publikation notwendigen Informationen über ein Werk gemeint, mit Ausnahme des Publikationsinhalts. Im Regelfall handelt es sich um Name, Vorname und allenfalls Kontaktdaten, Publikationsliste und Informationen zum Lebenslauf der Autor:innen.
- **Inhaltsdaten:** Unter Inhaltsdaten werden hier die in der Publikation selber enthaltenen Informationen verstanden. Um welche Daten es sich dabei handelt und ob diese als Personendaten zu qualifizieren sind, ist von der konkreten Publikation abhängig und im Einzelfall zu bestimmen.

Die Bearbeitung der Metadaten stellt im Normalfall kein datenschutzrechtliches Problem dar, sofern dabei nur die Personendaten der Autor:innen bearbeitet werden, was der Normalfall sein dürfte. Mit der Zustimmung zur Open-Access-Publikation und der damit zusammenhängenden Preisgabe ihrer Daten stimmen die Autor:innen der Bearbeitung der Metadaten implizit oder explizit (etwa in einer Publikationsvereinbarung) zu. Viele Open-Access-Plattformen verwenden zudem die digitale Kennung ORCID-iD, wobei Autor:innen die erfassten Daten wie berufliche Angaben, Peer-Reviews etc. selber festlegen und kontrollieren können.²⁰³ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich deshalb grundsätzlich auf die Inhaltsdaten und nur punktuell auf die Metadaten.

b) Anwendbares Recht

Ausschlaggebend für die datenschutzrechtlichen Pflichten ist, welches Datenschutzgesetz anwendbar ist. Für Private (natürliche und juristische Personen) sowie Bundesorgane der

²⁰³ Siehe dazu <<https://orcid.org/>> (zuletzt besucht am 24.7.2023).

Schweiz ist das DSG relevant.²⁰⁴ Für öffentliche Organe der Kantone gelten die jeweiligen kantonalen (Informations- und) Datenschutzgesetze.²⁰⁵ Die kantonalen Gesetze sind insb. für Repositorien bzw. Open-Access-Zeitschriften, die von Hochschulen selbst betrieben werden, von Bedeutung. In gewissen Konstellationen kann auch die EU-DSGVO²⁰⁶ relevant sein (z.B. im Falle eines Plattformbetreibers mit Sitz in der EU).

Der vorliegende Bericht orientiert sich an den Vorgaben des DSG für Private. Die einschlägigen Rechtsgrundlagen müssen aber bei Open-Access-Publikationen jeweils im Einzelfall bestimmt werden.

3. Datenbearbeitungen im Zusammenhang mit Open-Access-Publikationen

Vorfrageweise ist zu klären, ob mit einer Open-Access- gegenüber einer Closed-Access-Publikation zusätzliche Datenbearbeitungen einhergehen bzw. ob sich hinsichtlich der Datenbearbeitungen relevante Unterschiede ergeben. Wird dies bejaht, müssen die zusätzlichen bzw. betreffend die Bearbeitungsparameter erheblich abweichenden Datenbearbeitungen daraufhin untersucht werden, ob die datenschutzrechtlichen Pflichten und insb. die datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätze²⁰⁷ eingehalten werden. Falls mit einer Open-Access-Veröffentlichung keine zusätzlichen Datenbearbeitungen einhergehen oder es keine relevanten Unterschiede gibt, werden die datenschutzrechtlichen Vorgaben durch Einhaltung der Vorgaben an eine Closed-Access-Publikation gewährleistet.

Als Bearbeitung von Personendaten gilt «jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren» (Art 5 lit. d DSG). Eine Bearbeitung stellt auch die «Bekanntgabe» dar, welche das Übermitteln oder Zugänglichmachen (*remote access*) von Personendaten umfasst (Art. 5 lit. e DSG). Dazu gehört auch die Veröffentlichung von Daten, wie sie bei Open-Access-Publikationen erfolgt.²⁰⁸

Stellt man die Closed-Access-Publikation der Open-Access-Publikation eines wissenschaftlichen Beitrags gegenüber, so ändert sich weder die Tatsache, dass Personendaten bearbeitet werden, noch der Zweck der Bearbeitung. Auch die für die Datenbearbeitung verantwortliche

²⁰⁴ BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 2 N 2.

²⁰⁵ BELSER, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 5 N 44.

²⁰⁶ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung, EU-DSGVO).

²⁰⁷ Darunter fallen insb. die Grundsätze der Rechtmässigkeit, Verhältnismässigkeit, Transparenz, Zweckbindung, Datenrichtigkeit und Datensicherheit (Art. 6 DSG).

²⁰⁸ SHK DSG-RUDIN, Art. 5 lit. e N 41; ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Art. 3 lit. f N 75.

Person (sog. Verantwortlicher, siehe Art. 5 lit. j DSGVO) bleibt dieselbe. Die Inhalts- und Metadaten sind unverändert, der Bearbeitungszweck ist in beiden Fällen das Publizieren und datenschutzrechtlich verantwortlich sind primär die Autor:innen und nur in Ausnahmefällen die Herausgeber oder Plattformbetreiber.²⁰⁹

Unterschiede bestehen allerdings beim Kreis von Personen, der die Personendaten einsehen kann. Dieser kann bei einer Open-Access-Publikation aufgrund der freien Zugänglichkeit grösser sein als bei einer Closed-Access-Publikation, was als weitergehende Bekanntgabe und damit als neue oder relevant abweichende Datenbearbeitung qualifiziert werden könnte. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Einsicht nehmende Kreis auch bei Closed-Access-Publikationen nicht auf eine bestimmte Anzahl Personen beschränkt ist. Er kann im Fall des Erwerbs der Publikation (z.B. im Buchhandel, oder die Lizenzierung durch Universitätsbibliotheken oder durch das Konsortium der Schweizer Hochschulbibliotheken) ebenfalls potenziell sehr gross sein. Aus rechtlicher Sicht sind die eingesetzten Methoden oder technischen Mittel zur Datenbearbeitung, bspw. die Art und Weise des Zugänglichmachens von Daten (Open oder Closed Access, physischer Buchhandel oder Online-Repository) irrelevant.²¹⁰ Denn das DSGVO ist technologie-neutral formuliert.

Open-Access-Publikationen weisen damit hinsichtlich der Datenbearbeitungen grundsätzlich keine relevanten Unterschiede gegenüber Closed-Access-Publikationen auf. Es stellen sich daher nur wenige zusätzliche datenschutzrechtliche Fragen, die nachfolgend erläutert werden.

4. Anonymisierung

Wissenschaftliche Beiträge werden häufig in anonymisierter Form publiziert, um die Privatsphäre der betroffenen Personen zu gewährleisten (z.B. in der medizinischen Forschung). Sind alle Personendaten in einer Publikation hinreichend anonymisiert, findet das DSGVO keine Anwendung.²¹¹ Bei Open-Access-Publikationen werden Inhaltsdaten frei und weltweit verfügbar und können mit anderen Daten verknüpft werden. Datenschutzrechtlich problematisch ist, wenn die Verknüpfung von Inhaltsdaten eine Re-Identifikation betroffener Personen ermöglicht. Dies führt dazu, dass die Daten wieder einen Personenbezug aufweisen und die

²⁰⁹ Siehe dazu hinten, C.VII.5.b).

²¹⁰ SHK DSGVO-RUDIN, Art. 5 lit. e N 32.

²¹¹ SHK DSGVO-RUDIN, Art. 5 lit. a N 13; ROSENTHAL, Handkommentar DSGVO, Art. 3 lit. a N 35.

Datenschutzgesetzgebung damit wieder zur Anwendung kommt. Damit müssen auch alle datenschutzrechtlichen Vorgaben eingehalten werden.²¹²

Die Grundidee von Open Access ist der uneingeschränkte Zugang zu wissenschaftlichen Beiträgen. Das Risiko einer möglichen Re-Identifikation kann damit nicht (erst) bei der Open-Access-Publikation adressiert werden (z.B. durch kontrollierte Downloads und weitere Nutzungsbeschränkungen). Vielmehr ist der Publikationsinhalt durch die Autor:innen so aufzubereiten, dass er (durch geeignete Anonymisierung) von Daten mit Re-Identifikations-Risiko möglichst «befreit» wird. Herausgeber oder Plattformbetreiber können sich zu diesem Zweck vertraglich zusichern lassen, dass dieser Aspekt bzw. generell die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben in Bezug auf den Publikationsinhalt durch die Autor:innen sichergestellt wird.

5. Auftragsbearbeitung und Datenbekanntgabe

a) Ausgangslage

Bei einer Open-Access-Publikation werden Personendaten durch unterschiedliche Parteien bearbeitet und untereinander weitergeleitet. Dies löst unterschiedliche datenschutzrechtliche Pflichten aus. Dabei sind die verschiedenen datenschutzrechtlichen Rollen zu beachten: Der Verantwortliche legt Mittel und Zweck der Bearbeitung fest und veranlasst die Datenbearbeitung (Art. 5 lit. j DSGVO)²¹³. Die Auftragsbearbeiterin bearbeitet die Personendaten im Auftrag und gemäss Weisung des Verantwortlichen (Art. 5 lit. k DSGVO). Im Rahmen einer solchen **Auftragsdatenbearbeitung** muss ein Vertrag (Auftragsdatenbearbeitungsvereinbarung, «ADV») geschlossen werden, in welchem der Verantwortliche der Auftragsbearbeiterin gewisse Pflichten überbindet (Art. 9 Abs. 2 und 3 DSGVO). Dieser Vertrag sollte zu Beweis Zwecken schriftlich geschlossen werden.²¹⁴

Im Gegensatz dazu bearbeitet der Datenempfänger bei der **Datenbekanntgabe** die Personendaten für eigene Zwecke und mit eigenen Mitteln und ist daher selbst Verantwortlicher. Obwohl vom Gesetz nicht explizit vorgeschrieben, ist es in der Praxis üblich, die Weitergabe der Personendaten zwischen Verantwortlichen vertraglich zu regeln (sog. *Controller-to-Controller-Vertrag*).²¹⁵ Sofern Datenexporteur und -empfänger Zweck und Mittel gemeinsam festlegen,

²¹² SHK DSGVO-RUDIN, Art. 5 lit. a N 13, 15.

²¹³ ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 16.

²¹⁴ Siehe dazu und zum möglichen Vertragsinhalt SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 9 N 25 f.; BSK DSGVO-BÜHLER/RAMPINI, Art. 10a N 12.

²¹⁵ ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 61 ff., Rn. 66.

liegt eine gemeinsame Verantwortlichkeit vor (im Englischen: «*Joint Controllershship*»);²¹⁶ Dabei wird empfohlen, in einer gemeinsamen Vereinbarung festzulegen, wer welche datenschutzrechtlichen Pflichten zu erfüllen hat (sog. *Joint-Controller-Vertrag*).²¹⁷

In beiden Konstellationen ist zusätzlich entscheidend, ob ein **Datentransfer ins Ausland** erfolgt. Ist dies der Fall und handelt es sich beim Empfängerstaat laut Bundesrat um einen Staat ohne angemessenen Datenschutz²¹⁸, sind Zusatzmassnahmen zum Schutz der Personendaten zu implementieren (Art. 16 ff. DSG).²¹⁹ Dazu können dem EDÖB vorgängig mitgeteilte Vertragsklauseln oder von diesem genehmigte Standarddatenschutzklauseln (Art. 16 Abs. 2 DSG) verwendet werden; der Datentransfer kann auch bei Vorliegen eines Ausnahmegrundes im Einzelfall (Art. 17 DSG, bspw. durch ausdrückliche Einwilligung) zulässig sein.²²⁰

b) Rollenverteilung bei Open-Access-Publikationen

Je nach Open-Access-Modell sind bei einer Open-Access-Publikation grundsätzlich folgende Parteien involviert: Die Autor:innen, die Herausgeber, ein (Open-Access)-Verlag sowie der Betreiber eines Repositoriums²²¹ oder einer Open-Access-Plattform. Um die Pflichten dieser Parteien festzulegen, müssen in einem *ersten Schritt* deren datenschutzrechtliche Rollen ermittelt werden.²²²

- **Autor:innen:** Die Autor:innen bestimmen, dass Personendaten zum Zweck einer wissenschaftlichen Publikation bearbeitet werden. Indem sie festlegen, welche Personen-

²¹⁶ SHK DSG-BAERISWYL, Art. 9 N 8.

²¹⁷ Das Schweizer DSG sieht diese Konstellation nicht explizit vor, jedoch wird sie in der EU-DSGVO geregelt (Art. 26 (1) EU-DSGVO).

²¹⁸ Siehe dazu die Liste der Staaten mit einem angemessenen Datenschutz des Bundesrates in Anhang 1 der Verordnung über den Datenschutz vom 31.8.2022 (Datenschutzverordnung, DSV), SR 235.11.

²¹⁹ SHK DSG-HUSI-STÄMPFLI, Art. 16 N 2 f.

²²⁰ SHK DSG-HUSI-STÄMPFLI, Art. 17 N 3.

²²¹ Siehe dazu das Open-Access-Publikations-Repositorium «ZOPAR» der ZHdK, das auf der Plattform «Zenodo» basiert sowie die Rahmenbedingungen zur Nutzung von ZPAR vom 6.11.2019, abrufbar unter: <https://www.zhdk.ch/file/live/c9/c9a9a454e9e8781da9c0d235581f8dee1adaad4d/20191106_merkblatt_rahmenbedingungen_nutzung_zopar.pdf> (zuletzt besucht am 23.06.2023).

²²² Die datenschutzrechtliche Rollenverteilung ist regelmässig von Unsicherheit geprägt. Die Rollen können nicht immer mit letzter Sicherheit auf abstrakte Weise bestimmt werden. Es ist daher anzumerken, dass die nachfolgende Bewertung – je nach Ausgestaltung im Einzelfall – auch anders ausfallen könnte. Die Ausführungen dürften indes den Regelfall darstellen.

daten Gegenstand der Publikation sind, wie diese beschafft, ausgewertet oder aufbewahrt werden, legen sie auch die Mittel fest.²²³ Damit sind sie datenschutzrechtliche Verantwortliche.

- **Herausgeber:** Die Herausgeber nehmen auf den Publikationsinhalt in der Regel keinen Einfluss. Auch wenn ein Beitrag aufgrund einer Begutachtung durch die Herausgeber oder durch externe Expert:innen («Peer-Review») überarbeitet wird, werden die Änderungen durch die Autor:innen vorgenommen. Damit sind es allein die Autor:innen, die entscheiden, ob und welche Personendaten für den Zweck einer Publikation bearbeitet werden.²²⁴ Die Herausgeber sind zwar für die Begutachtung des Beitrags und für dessen Veröffentlichung zuständig. Das allein reicht aber noch nicht aus, um über die Mittel der Bearbeitung von Personendaten zu entscheiden. Der Verantwortliche im Sinn des Datenschutzrechts muss über eine gewisse Autonomie verfügen und wesentliche Aspekte der Mittel der Datenbearbeitung frei festlegen können.²²⁵ Das ist bei den Herausgebern nicht der Fall. Die Daten werden i.d.R. lediglich von den Autor:innen zum Publikationsorgan an den Herausgebern vorbei «durchgereicht». Die Herausgeber haben zwar Zugang zu den Daten, nehmen sie aber lediglich zur Kenntnis – ohne dabei Verantwortliche oder Auftragsbearbeiter zu sein.²²⁶

Nur wenn die Herausgeber relevante Entscheidungen über die Datenbearbeitungen treffen, können sie unter Umständen als Verantwortliche zu qualifizieren sein. Zu denken ist bspw. an einen Sammelband, bei welchem die Herausgeber die Beiträge nicht nur begutachten, sondern im Rahmen einer Gesamtkonzeption der Publikation auch auf die Inhalte der Beiträge Einfluss nehmen, bspw. durch die Vorgabe von Themen, Methoden oder zu analysierenden (Personen-)Datenbeständen.²²⁷ Auch wenn eine solche Publikation «fremden» Autor:innen einen Raum für aus Sicht der Herausgeber «fremde» Inhalte bietet, können die Herausgeber in diesem Fall als Verantwortliche zu qualifizieren sein.²²⁸

²²³ ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 109.

²²⁴ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, WP 169 angenommen am 16. Februar 2010, 17, <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_de.pdf> (besucht am 27.09.2023).

²²⁵ ARTIKEL-29-DATENSCHUTZGRUPPE, 17; ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 47.

²²⁶ Siehe dazu auch ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 96 ff.

²²⁷ ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 21.

²²⁸ ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 21.

- **Verlag:** Für die Fragen des Datenschutzrechts spielt der Verlag kaum eine Rolle: Sofern überhaupt ein Verlag involviert ist, erhält er von den Herausgebern einen finalen Text und hat auf die bearbeiteten Inhaltsdaten keinerlei Einfluss. Die Verlage werden in den nachfolgenden Ausführungen deshalb nicht thematisiert, sofern sie nicht zugleich eine Plattform betreiben.
- **Plattformbetreiber:** Die Betreiber einer Open-Access-Plattform erhalten Inhalts- und Metadaten zur Bearbeitung weitergereicht und bearbeiten diese Daten zum Zweck der (Open-Access-)Publikation. In ihren Einflussbereich fällt aber nur die Ausgestaltung der Plattform; auf die Inhalte der Beiträge und die darin allenfalls enthaltenen Personendaten haben sie keinen Einfluss. Die Plattformbetreiber entscheiden damit nicht über den Zweck der Datenbearbeitung. Ob sie über deren Mittel entscheiden, hängt von den konkreten Umständen ab. In der Regel dürfte dies nicht der Fall sein. Solange es die Autor:innen bzw. die Herausgeber sind, die entscheiden, ob sie den Dienst der Plattformbetreiber für die Datenbearbeitung in Anspruch nehmen, sind die Plattformbetreiber lediglich als Auftragsbearbeiter zu qualifizieren.²²⁹ Die Autor:innen (und gegebenenfalls die Herausgeber) haben die alleinige Entscheidungsmacht über Zwecke und Mittel, indem sie den Betreiber wechseln können.²³⁰ Diese beschränkte Entscheidungsmacht genügt, wie erwähnt, um als (alleiniger) Verantwortlicher zu gelten.²³¹ Den Plattformbetreibern darf aber faktisch keine weitergehende Autonomie verbleiben, mit der sie in Eigenregie wesentliche Mittel der Datenbearbeitung festlegen könnten.²³² Ansonsten können sie, auch unfreiwillig, als Verantwortliche qualifiziert werden.

In Bezug auf die Metadaten haben die Plattformbetreibern Gestaltungsfreiheit, etwa wenn ein Repository die Metadaten in das eigene System einspeist und sie anschliessend zur Indexierung auf der Plattform verknüpft und damit zu einem neuen, eigenen Zweck bearbeitet. Die Plattformbetreiber sind folglich als Verantwortliche zu qualifizieren.

Gestützt auf die Rollenverteilung können in einem *zweiten Schritt* die Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien und die datenschutzrechtlichen Pflichten festgehalten werden. Im Vordergrund stehen dabei die folgenden Konstellationen:

²²⁹ ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 41.

²³⁰ ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 42.

²³¹ ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 42 m.w.H.

²³² ROSENTHAL, Jusletter 2019, Rn. 47.

- **Autor:innen – Herausgeber:** Zwischen den Autor:innen und den Herausgebern liegt i.d.R. keine relevante Datenbekanntgabe und keine Auftragsbearbeitung vor. Die Autor:innen bleiben Verantwortliche und müssen namentlich sicherstellen, dass die Anforderungen an die Datensicherheit erfüllt werden. In dieser Konstellation sind aus datenschutzrechtlicher Sicht keine Massnahmen zu treffen. Sind die Herausgeber ausnahmsweise als Verantwortliche zu qualifizieren, liegt eine Datenbekanntgabe von den Autor:innen an die Herausgeber vor. Es wird dann empfohlen, die Bekanntgabe im Rahmen einer *Controller-to-Controller*-Vereinbarung zu regeln.²³³ Werden die Zwecke und Mittel von den Autor:innen und der Herausgebern gemeinsam festgelegt, sollte die damit bestehende gemeinsamen Verantwortlichkeit in einem *Joint-Controller*-Vertrag geregelt werden. Welche Konstellation vorliegt, ist im Einzelfall anhand der Absprache und der jeweiligen Pflichten der Parteien zu bestimmen.
- **Autor:innen – Plattformbetreiber:** Werden die wissenschaftliche Publikation und die darin allenfalls enthaltenen Personendaten an die Plattformbetreiber weitergeleitet, dann werden die Daten von der Plattform im Auftrag der Autor:innen als Verantwortlichen und damit im Rahmen einer Auftragsbearbeitung bearbeitet. Es ist daher ein ADV zwischen den Autor:innen und den Plattformbetreibern abzuschliessen, in welchem die Pflichten des Auftragsbearbeiters geklärt werden. Damit kann auch sichergestellt werden, dass die Plattformbetreiber nicht aufgrund ihrer faktischen Entscheidungsmacht unfreiwillig zu Verantwortlichen werden. Sind die Plattformbetreiber als Verantwortliche zu qualifizieren, sollte, wie oben empfohlen, das Verhältnis im Rahmen einer *Controller-to-Controller*-Vereinbarung geregelt werden.

In einem *dritten Schritt* ist zu prüfen, ob Datenübermittlungen ins Ausland erfolgen. Dies ist der Fall, wenn Herausgeber oder Plattformbetreiber im Ausland tätig sind, die Daten also entweder im Ausland bearbeiten oder Fernzugriff auf die Daten (*remote access*) erhalten. Handelt es sich um einen Staat ohne angemessenen Datenschutz, ist ein solcher durch Zusatzmassnahmen sicherzustellen. Die blossse Veröffentlichung einer Open-Access-Publikation im Internet, die zwangsläufig dazu führt, dass allenfalls in einer Publikation enthaltene Personendaten auch vom Ausland aus zugänglich sind, stellt für sich allein noch keine Datenübermittlung ins Ausland dar (Art. 18 DSGVO). Die Publikation muss dabei jedoch der Information der Öffentlichkeit dienen, was bei wissenschaftlichen Publikationen der Fall ist.²³⁴

²³³ Siehe dazu das Sample-Publishing Agreement zwischen Autor:in und Universitätsbibliothek Zürich zur Nutzung der Open-Access-Plattform HOPE, in dessen Ziff. 4 die Autor:in die Rechtmässigkeit des Inhalts des Manuskripts gewährleistet, abrufbar unter: <<https://www.hope.uzh.ch/downloads>> (zuletzt besucht am 23.6.2023).

²³⁴ SHK DSGVO-HUSI-STÄMPFLI, Art. 18 N 3.

Die datenschutzrechtlichen Massnahmen (*Controller-to-Controller*-, *Joint-Controller*-, ADV und Zusatzmassnahmen bei Auslandsdatentransfers) müssen in einer Open-Access-Publikation anhand der jeweiligen datenschutzrechtlichen Rollenverteilung ermittelt werden. Etablierte Herausgeber und Plattformbetreiber werden von sich aus entsprechende Verträge bereitstellen, die auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen sind.

6. Relevante Grundsätze der Datenbearbeitung

a) Transparenz und Zweckbindung

Trotz der vorstehenden Erkenntnis²³⁵ ist auf das Transparenz- und Zweckbindungsgebot als wichtige Grundsätze hinzuweisen, die bei sämtlichen Datenbearbeitungen gelten (Art. 6 Abs. 3 DSG). Der Transparenzgrundsatz verlangt, dass der Verantwortliche die betroffenen Personen über die (initiale) Beschaffung ihrer Personendaten informiert und die Datenbeschaffung für sie erkennbar sein muss. Dabei muss auch über den Zweck der Bearbeitung informiert werden (Art. 19 Abs. 2 DSG). Die Information muss bei der Beschaffung und in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form erfolgen (Art. 13 DSV). Gemäss Zweckbindungsgebot dürfen Personendaten zudem nur in einer Weise bearbeitet werden, die mit dem anfänglichen Zweck vereinbar ist (keine Zweckänderung).²³⁶

b) Datensicherheit

Verantwortliche und Auftragsbearbeiter müssen die Datensicherheit gewährleisten, indem sie geeignete technische und organisatorische Massnahmen (sog. TOMs) vorsehen (Art. 8 DSG). Damit sollen Verfügbarkeit, Vertraulichkeit, Integrität und Nachvollziehbarkeit von Personendaten sichergestellt werden (Art. 2 DSV). Welche konkreten TOMs notwendig sind, muss im Einzelfall geprüft werden und hängt vom Schutzbedarf der Daten sowie von Zweck, Art, Umfang und Umständen der Bearbeitung ab (Art. 1 DSV).

Bei Open-Access-Publikationen sind die TOMs durch die unterschiedlichen Datenbearbeitenden zu implementieren. Zusätzlich zu den auch für Closed-Access-Publikationen vorzusehenden Massnahmen sind bei einer Veröffentlichung von wissenschaftlichen Beiträgen auf Open-Access-Plattformen weitere Massnahmen zu treffen, weil die Risiken für die betroffenen Personen aufgrund der freien Zugänglichkeit der Publikationen erhöht sind. Die Plattformbetreiber müssen namentlich gewährleisten, dass Publikationen auf Open-Access-Plattformen inhaltlich nicht verändert werden können und dass die Richtigkeit der Angaben über

²³⁵ Siehe dazu vorne, C.VII.3.

²³⁶ Siehe Botschaft DSG, 7025. Diese Vorgabe bedeutet freilich nicht, dass eine Zweckänderung nicht zulässig ist, wenn sie – etwa durch eine erneute Einwilligung – gerechtfertigt werden kann.

die Autor:innen (Metadaten) sichergestellt ist (Integrität). Weiter sind unbefugte Zugriffe, Missbräuche und Unterbrechungen des Zugriffs auf die wissenschaftlichen Publikationen zu verhindern (Nachvollziehbarkeit und Verfügbarkeit). Sog. Web Scraping, also das automatisierte Extrahieren von Daten von Websites zu unterbinden, ist bei Open-Access-Publikationen ungleich anspruchsvoller als bei Closed-Access-Publikationen. Mögliche Massnahmen, die ergriffen werden können, sind Benutzerregistrierungen (Log-ins) oder Endbenutzer-Lizenzen, welche die Verwendung für missbräuchliche Zwecke untersagen. Massnahmen wie Benutzerregistrierung, die den Zugang zu den Open-Access-Publikationen erschweren können jedoch dem Grundgedanken von Open Access widersprechen. Mittels Implementierung eines CAPTCHA²³⁷ kann zudem verhindert werden, dass sich Maschinen anstelle von Personen einloggen, um Inhalte hoch- oder herunterzuladen. Stellt man eine Vielzahl von Anfragen auf die Plattform fest (möglicherweise sog. DDoS-Angriff²³⁸), kann durch Sperrung gewisser Internet Protocol (IP)-Ranges ferner ein Ausfall der Plattform und die Nichtverfügbarkeit der Publikationen vermieden werden.

Die getroffenen Massnahmen sollen die Systeme und technische Infrastruktur schützen und die Verfügbarkeit der Plattform sicherstellen. Dabei muss allerdings verhindert werden, dass Sicherheitsmassnahmen den Zugang zu den wissenschaftlichen Publikationen einschränken. Das wäre mit dem Open-Access-Gedanken nicht vereinbar.

7. Fazit

Bei Open-Access-Publikationen werden Personendaten (Inhalts- und Metadaten) bearbeitet, weshalb die Vorgaben des Datenschutzrechts zu beachten sind. Bei den Datenbearbeitungen im Rahmen von Open-Access-Publikationen bestehen allerdings keine grundlegenden Unterschiede gegenüber den Datenbearbeitungen bei Closed-Access-Publikation. Im Wesentlichen müssen daher die gleichen datenschutzrechtlichen Aspekte wie bei einer Closed-Access-Publikation beachtet und die gleichen Vorgaben eingehalten werden.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist vor allem zu klären, welches Datenschutzrecht zur Anwendung kommt. Ein Fokus ist auf die bestmögliche Anonymisierung zu legen. Durch die Online-Verbreitung von Publikationen steigt die Gefahr einer Re-Identifikation. Die Gefahr ist auch bei der Implementierung von Massnahmen zur Datensicherheit zu beachten. Schliesslich sind die datenschutzrechtlichen Verhältnisse zwischen den Beteiligten zu klären, insb. sind die erforderlichen Verträge (ADV oder Joint-Controller) abzuschliessen.

²³⁷ «Completely automated public turing test to tell computers and humans apart», der zur Unterscheidung von Menschen von Maschinen verwendet wird.

²³⁸ Beim sog. «Distributed Denial of Service»-Angriff wird versucht, eine Website oder Netzwerkressource durch Überflutung mit Anfragen zum Ausfall zu bringen.

VIII. Arbeitsrechtliche Herausforderungen

1. Einleitung

Im Fokus der arbeitsrechtlichen Herausforderungen steht die bereits angesprochene Frage, ob eine Pflicht der Forschenden, ihre Publikationen Open Access zugänglich zu machen, zulässigerweise eingeführt werden könnte.²³⁹

2. Privates vs. öffentliches Arbeitsrecht

Dabei gilt es zunächst ganz grundsätzlich zu unterscheiden zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Anstellungen. Während privatrechtliche Anstellungen primär in den Bestimmungen der Art. 319-362 OR geregelt sind, gelten für öffentlich-rechtliche Anstellungen in der Regel eigene Personalrechte des betreffenden Gemeinwesens, also z.B. das Personalgesetz eines Kantons oder die Personalverordnung einer Universität.

Im Arbeitsprivatrecht des Obligationenrechts gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Daraus folgt, dass die Einführung einer arbeitsvertraglichen Pflicht, wonach Arbeitnehmende während des Arbeitsverhältnisses geschaffene Werke Open Access zugänglich zu machen haben, ganz grundsätzlich als zulässig erscheint. Dies auch vor dem Hintergrund, dass nach der sog. Zweckübertragungstheorie die urheberrechtlichen Nutzungsrechte insoweit durch formlosen Übertragungsakt auf die Arbeitgeberin übergehen, als es der Zweck des Arbeitsverhältnisses erfordert.²⁴⁰

Bei öffentlich-rechtlichen Anstellungen²⁴¹ liegt eine typische, bereits kurz angesprochene Besonderheit darin, dass die als Arbeitgeberin auftretende Institution (z.B. eine Universität) oft gesetzlich berechtigt ist, ihr eigenes Personalrecht zu schaffen, z.B. durch Erlass einer Personalverordnung.²⁴² Vor diesem Hintergrund bestünde damit die Möglichkeit, dieses normative Regelwerk mit einer Klausel zu ergänzen, welche die Angestellten bzw. Forschenden verpflichtet, ihre Publikationen Open Access zugänglich zu machen. Eine solche Regelung

²³⁹ Siehe dazu vorne, C.III.1.

²⁴⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 332 OR N 20. Vor diesem Hintergrund wäre sogar denkbar, dass eine Open-Access-Veröffentlichung einseitig via Weisungsrecht angeordnet werden könnte.

²⁴¹ Im Vordergrund steht die Anstellung durch Verfügung. Je nach anwendbarem Regelwerk kommt daneben auch eine Anstellung durch verwaltungs- oder privatrechtlichen Vertrag in Frage, wofür besondere Regeln zur Anwendung gelangen können.

²⁴² Wobei die wesentlichen personalrechtlichen Grundsätze oft auf einer höheren Ebene, z.B. in einem kantonalen Universitätsgesetz, festgelegt werden.

müsste von den Angestellten nicht im Sinne einer separaten, individuellen Zustimmung angenommen werden, die massgeblichen normativen Grundlagen mit dem Zustandekommen der Anstellung *eo ipso* zur Anwendung gelangen.²⁴³

3. Verpflichtung zur Open-Access-Publikation

Allerdings wurde bereits darauf hingewiesen, dass eine Pflicht zur Open-Access-Publikation die Grundrechte der Betroffenen tangieren kann, insb. die **Wissenschaftsfreiheit**.²⁴⁴ Folgt man dieser Auffassung, wäre also in einer solchen Gebotsklausel eine Grundrechtsbeschränkung zu Lasten der betroffenen Forschenden zu sehen, müssten die dafür vorausgesetzten Vorgaben erfüllt sein: das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses sowie die Verhältnismässigkeit des Eingriffs.²⁴⁵ Diese Prüfung und damit die Beurteilung der Zulässigkeit der fraglichen Klausel kann nicht abstrakt vorgenommen werden, sondern muss im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände stattfinden. Es liegt nahe, dass im Rahmen der Prüfung vor allem die Frage der **Verhältnismässigkeit** im Vordergrund stehen wird.²⁴⁶

Wie vorstehend ausgeführt, hängt die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Wesentlichen vom verwirklichten Open-Access-Modell ab²⁴⁷. Beim grünen Weg können die Autor:innen nach wie vor über den Ort der Erstveröffentlichung entscheiden, die Verpflichtung betrifft nur die Zweitveröffentlichung. Der Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit ist überschaubar. Der grüne Weg ist geeignet, der Allgemeinheit Wissen zugänglich zu machen. Fraglich könnte sein, ob eine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Zweitveröffentlichung notwendig ist, oder ob man die Ausübung dieses Rechts nicht den betroffenen Forschenden überlassen kann. Da davon auszugehen ist, dass nicht alle Forschenden an Hochschulen von ihrem Recht zur Zweitveröffentlichung Gebrauch machen würden, lässt sich argumentieren, dass eine arbeitsvertragliche Verpflichtung notwendig ist, um das Ziel zu erreichen. Beim grünen Weg

²⁴³ Allerdings sieht z.B. § 65 der Personalverordnung der Universität Zürich (PVO-UZH) ausdrücklich vor, dass die Verwertungsrechte bei den Universitätsangestellten verbleiben, wenn sie in Ausübung ihrer Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis urheberrechtlich geschützte Werke schaffen. Vorbehalten bleiben abweichende Vereinbarungen.

²⁴⁴ Siehe dazu vorne, C.III.2. Bei privatrechtlicher Anstellung verliert dieser Aspekt an Bedeutung, da eine direkte Drittwirkung der Grundrechte mit wenigen, hier nicht relevanten Ausnahmen, nicht gegeben ist.

²⁴⁵ Siehe dazu vorne, C.III.8.a).

²⁴⁶ Siehe dazu vorne, C.III.8.a). Je weiter der Eingriff geht, z.B. wenn die Regelung eine strikte Pflicht zur ausschliesslichen Open-Access-Publikation vorsieht (dies etwa im Vergleich zu einer Pflicht zur Zugänglichmachung einer Zweitveröffentlichung im Sinne des sog. Green-Standards), desto eher kann sich ein Konflikt mit dem Verhältnismässigkeitsgebot ergeben.

²⁴⁷ Siehe dazu vorne, A.II.1.

stehen Eingriffszweck und Eingriffswirkung in einem vernünftigen Verhältnis. Schwieriger ist die Beurteilung beim goldenen und beim Platin Weg. Diese beiden Wege schränken die Autor:innen bei der Wahl des Publikationsorgans ein. Beim goldenen Weg müssen die Autor:innen zudem Publikationsgebühren bezahlen, was sie in ihrem wissenschaftlichen Fortkommen nochmals einschränken dürfte. Bei dieser Variante dürfte der Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit zu schwer wiegen und sich nicht durch eine bessere Zielerreichung rechtfertigen lassen. Beim Platin Weg hängt die Beurteilung von den konkreten Umständen ab, namentlich vom Vorhandensein von Open-Access-Zeitschriften in einem Fachbereich und von deren Renommee. Nur wenn diese zu den herkömmlichen Zeitschriften einen gleichwertigen Ersatz bieten, ist der Eingriff in die Publikationsfreiheit verhältnismässig.

4. Fazit

Aus arbeitsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob eine arbeitsrechtliche Verpflichtung für Hochschulangehörige mit der Wissenschaftsfreiheit der angestellten Forschenden vereinbar ist. In der Regel handelt es sich bei Arbeitsverhältnissen zwischen Hochschulen und Forschenden um öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse, was bedeutet, dass die Hochschule an die Einhaltung der Grundrechte gebunden ist. Open-Access-Verpflichtungen sind als Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit zu werten; eine Einschränkung ist nach Massgabe von Art. 36 BV möglich. Wesentlich bei der Prüfung ist die Frage nach der Verhältnismässigkeit. Die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips hängt vom jeweiligen Open-Access-Modell ab. Beim grünen Weg ist die Verhältnismässigkeit zu bejahen, während die Verpflichtung zu Gold Open Access wohl zu weit geht. Beim Platin Weg kommt es auf den Einzelfall an, namentlich auf die Zahl und die Qualität der Open-Access-Zeitschriften.

D. Verzeichnisse

Literatur

- AESCHBACHER RUTH/KREBS REBEKKA, Kommentierung Art. 21, in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020
- BAERISWYL BRUNO/PÄRLI KURT/BLONSKI DOMINIKA (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK DSG-BEARBEITER:IN)
- BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl., Bern 2020
- BÄUERLE MICHAEL, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen? Wissenschaftsfreiheit in der Informationsgesellschaft, in: Britz Gabriele (Hrsg.), Forschung in Freiheit und Risiko, Tübingen 2012, 1 ff.
- BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011 (zit. BEARBEITER:IN, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht)
- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017
- BORGES GEORG/HILBER MARC (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar IT-Recht, 11. Aufl., München 2023 (zit. BeckOK IT-Recht-BEABEITER:IN)
- BOSCHUNG MATHIAS, Der bodengebundene Rettungsdienst – Im Spannungsfeld zwischen Staatsaufgabe und regulierter privatwirtschaftlicher Tätigkeit, Zürich 2010
- BUCHER ANDREAS (Hrsg.), Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)/Convention de Lugano (CL), Commentaire Romand, Basel 2011 (zit. CR LDIP/CL-BEARBEITER:IN)
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-BEARBEITER:IN)
- DE MIGUEL ASENSIO PEDRO, Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights, YbPIL 2008, 199 ff.
- DESSEMONTET FRANÇOIS, Le droit d'auteur, Lausanne 1999
- DIETRICH MARCEL/SAURER MARKUS, Ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, sic 2001, 593 ff.

- DREIER THOMAS/SCHULZE GERNOT, Urheberrechtsgesetz: UrhG, 7. Aufl., München 2022 (zit. BEARBEITER:IN in: Dreier/Schulze)
- EHRENZELLER BERNHARD/EGLI PATRICIA/HETTICH PETER/HONGLER PETER/SCHINDLER BENJAMIN/SCHMID STEFAN G./SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-BEARBEITER:IN)
- EICHELBERGER JAN/WIRTH THOMAS/SEIFERT FEDOR (Hrsg.), UrhG Urheberrechtsgesetz, Nomos Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit. Nomos Kommentar UrhG-BEARBEITER:IN)
- ERRASS CHRISTOPH, Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich, Bern 2006
- FETZ MARCO/STEINER MARC, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2020
- FISCHER THOMAS, Kommentierung Art. 15, in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020
- GALLI PETER/MOSER ANDRE/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts: Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich 2013
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER:IN)
- GEISSBÜHLER GREGOIRE, L'Open Access dans le Code des obligations, Jusletter vom 17. Mai 2021
- GÖRRING HORST-PETER/LAUBER-RÖNSBERG ANNE/RAUER NILS, Urheberrecht, Beck'sche Online-Kommentar, 38. Aufl., München 2023 (zit. BeckOK UrhR-BEARBEITER:IN)
- GROLIMUND PASCAL/LOACKER LEANDER D./SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER:IN)
- HILTY RETO M., Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179 ff.
- HILTY RETO M., Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2020
- HILTY RETO M./FRÜH ALFRED, Lizenzkartellrecht: Schweizer Recht gespiegelt am US-amerikanischen und europäischen Recht, Bern 2017
- HILTY RETO M./KRUJATZ SEBASTIAN/BAJON, BENJAMIN/FRÜH ALFRED/KUR ANNETTE/DREXL JOSEF/GEIGER CHRISTOPHE/KLASS NADINE, European Commission – Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy – Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, IIC 2009, 309 ff.

- HILTY RETO M./SEEMANN MATTHIAS, Open Access: Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht, Zürich 2009
- HOCHSTRASSER MICHAEL/HUBER-PURTSCHERT TINA/MAISSEN EVA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 5, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-BEARBEITER:IN)
- HÖPFNER CLEMENS/AMSCHEWITZ DENNIS, Die Zweitveröffentlichungspflicht im Spannungsfeld von Open-Access-Kultur und Urheberrecht, NJW 2019, 2966 ff.
- KELLER HELEN/BALAZS-HEGEDÜS NATALIE, Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht? AJP 2016, 712 ff.
- KIENER REGINA, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK OR-BEARBEITER:IN)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-BEARBEITER:IN)
- KUNZ-HALLSTEIN HANS PETER/LOSCHOLDER MICHAEL, Stellungnahme der GRUR zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 20.2.2013, GRUR 2013, 480 ff.
- MÄGER STEFAN, Der Schutz des Urhebers im internationalen Vertragsrecht, Diss. Berlin 1999
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 201 (zit. CR Cst.-BEARBEITER:IN)
- MAURER-LAMBROU URS/BLECHTA GABOR P. (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK DSG-BEARBEITER:IN)
- MORRISON HEATHER/BORGES LUAN/ZHAO XUAN/KAKOU TANO LAURENT/SHANBHOUG AMIT NATARAJ. Open access article processing charges 2020–2021, Preprint 2021 <<https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/42327>> (besucht am 09.10.2023)
- MÜLLER JÖRG PAUL, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER-CHEN MARKUS/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK IPRG-BEARBEITER:IN)

- OBERGFELL EVA INÉS, Urheberrecht im kollisionsrechtlichen Focus – Lokalisierung urheberrechtlich relevanter Handlungen, internationale Urheberrechtsverträge, urheberrechtliche Eingriffsnormen, in: Witzleb Normann et al. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag, Tübingen 2014, 475 ff.
- PEIFER KARL-NIKOLAUS, Wissenschaftsmarkt und Urheberrecht: Schranken, Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 22 ff.
- REHBINDER MANFRED/HAAS LORENZ/UHLIG KAI-PETER, Urheberrechtsgesetz mit weiteren Erlassen und internationalen Abkommen, Orell Füssli Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2022 (zit.: OFK URG-REHBINDER/HAAS/UHLIG)
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
- ROCHET JEAN-CHARLES/TIROLE JEAN, Two-sided markets: An Overview, IDEI Working Paper, Toulouse 2004
- ROSENTHAL DAVID, Controller oder Processor: Die datenschutzrechtliche Gretchenfrage, Jusletter vom 17. Juni 2019
- ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. BEARBEITER:IN, Handkommentar DSG)
- ROTH FLORIAN C., Art. 3 Begriffe, in: Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020
- SANDBERGER GEORG, Zweitverwertungsrecht, ZUM 2013, 466 ff.
- SAXER URS, Einführung in den internationalen Kontext, in: Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020
- SCHMID JÖRG (Hrsg.), Art. 380-393 OR, Der Verlagsvertrag. Das Obligationenrecht Band V/2e, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. ZK OR-BEARBEITER:IN)
- SCHRICKER GERHARD/LOEWENHEIM ULRICH (Hrsg.), Urheberrecht, 6. Aufl., München 2020 (zit. BEARBEITER:IN, in: Schricker/Loewenheim)
- STÄUBLE LUCA/SCHRANER FELIX, Kommentierung Art. 7 KG & Art. 4 Abs. 2 KG, in: Zäch et al. (Hrsg.), KG-Kommentar, Zürich 2018
- STÖCKLI HUBERT, Die Rechtsquellen im Wandel Eine Einführung in das formelle Vergaberecht, in: Stöckli Hubert/Beyeler Martin (Hrsg.) Das Vergaberecht der Schweiz, 8. Aufl., Zürich 2012
- STREIFF ULLIN/VON KÄNEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012

- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire Romand, Art. 1-529 CO, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. CR CO I-BEARBEITER:IN)
- THOUVENIN FLORENT/BIRCHER MARCEL/FISCHER ROLAND, Repetitorium Immaterialgüterrecht, 3. Aufl., Zürich 2016
- THURNHERR DANIELA, Biosecurity und Publikationsfreiheit. Die Veröffentlichung heikler Forschungsdaten im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit – eine grundrechtliche Analyse, BEITRÄGE zur Ethik und Biotechnologie, Bern 2014
- TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Kommentierung Art. 2 Zweck, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020
- TRÜEB HANS RUDOLF/CLAUSEN NATHALIE, Kommentierung Art. 2 BöB, in: Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.) Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2021
- VISCHER FRANK/HUBER LUCIUS/OSER DAVID, Internationales Vertragsrecht, Bern 2000
- VISSER DIRK, The Open Access provision in Dutch copyright contract law, GRUR Int. 2015, 534 ff.
- VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Allgemeiner Teil – Grundlagen, SIWR I/1, 2. Aufl., Basel 2002 (zit. BEARBEITER:IN, in: SIWR I/1)
- VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR II/1, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER:IN, in: SIWR II/1)
- VON HEIN JAN (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 13: Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50-253), 8. Aufl., München 2021 (zit. MüKO IPR II-BEARBEITER:IN)
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER:IN)
- WALTER MICHEL, § 64 Anwendbares Recht, in: LOEWENHEIM ULRICH (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl., München 2020
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-BEARBEITER:IN)

Materialien

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 26. Oktober 1951 betreffend Gewährung von Bundesbeiträgen an die Stiftung «Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung», BBl 1951 III 385 ff. (zit. Botschaft SNF)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 4. März 1968 betreffend Übernahme der Polytechnischen Schule der Universität Lausanne durch den Bund, BBl 1968 I 699 ff. (zit. Botschaft EPFL)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 19. Januar 1972 über die neuen Bildungs- und den Forschungsartikel der Bundesverfassung (Art. 27, 27^{bis} und 27^{quater}), BBl 1972 I 375 ff. (zit. Botschaft BV Forschungsartikel)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 11. März 1974 über die Förderung der wissenschaftlichen Forschung in den Jahren 1975-1979, insbesondere über die Neufestsetzung der Beiträge an den «Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung», BBl 1974 I 1099 ff. (zit. Botschaft Förderung 1975-1979)

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff. (zit. Botschaft BöB)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff. (zit. Botschaft DSG)

Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung, BBl 2018, 591 ff. (zit. Botschaft URG 2019)

Deutscher Bundestag, Drucksache 17/13423, Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 08.05.2013, Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes (zit. Deutscher Bundestag, Drucksache 17/13423)

E. Anhang: Arbeitspaket 3: Angebot zur Sensibilisierung und Unterstützung von Forschenden

Trainings

Es wurden **3 Präsenzworkshop** von je 3 Stunden durchgeführt. Diese waren vor allem an Forschende in der ganzen Schweiz adressiert. Der erste Teil des Workshops widmete sich dem Thema Urheberrecht und der zweite gezielt dem Zweitveröffentlichungsrecht.

Die Workshops fanden an den folgenden Tagen/Orten statt:

- 06.06.2023, Università della Svizzera italiana, Lugano – **4 Teilnehmer**
- 12.06.2023, Universität Zürich – **16 Teilnehmer**
- 13.06.2023, EPFL Library, Lausanne – **16 Teilnehmer**

Jede Institution hat ihren Workshop intern und in der ganzen Sprachregion beworben. Die Workshops wurden auch in der [Mai-Ausgabe des swissuniversities Newsletters](#) beworben.

Der 4. Workshop wurde in Form eines eineinhalbstündigen **Webinars** angeboten. Er fand am 31.08.2023 online auf Teams statt und hatte **67 Teilnehmer**.

Wir haben uns entschieden diesen online durchzuführen, um möglichst vielen Personen aus allen Landesteilen der Schweiz die Möglichkeit zu geben daran teilzunehmen. Das Webinar richtete sich hauptsächlich an Personen, die die Forschenden unterstützen und beraten, das heisst, Bibliotheken, Forschungsfachstellen, Open Access Offices, usw. Wir haben das Webinar breit beworben: bei allen Hochschulbibliotheken, Open Access Abteilungen und Forschungsfachstellen der Schweizer Hochschulen. Des Weiteren wurde das Webinar in der [August Ausgabe der swissuniversities Newsletter](#) beworben. Inhaltlich haben wir uns nach einer kurzen Einführung ins Urheberrecht hauptsächlich auf Zweitveröffentlichungsrecht konzentriert. Es wurden abwechselungsweise Inhalte vermittelt, Fragen beantwortet und Quizfragen gestellt, so dass das Publikum auch aktiv mitmachen/denken konnte. Am Ende fand eine kurze Diskussionsrunde statt.

Das Webinar wurde aufgenommen und wird in Kürze auf der CCDigitalLaw.ch Plattform zusammen mit den Schulungsmaterialien veröffentlicht, so dass es auch im Nachhinein gesichtet werden kann.

Alle 4 Workshops wurden in Englischer Sprache durchgeführt. Es wurden Powerpoint Präsentationen, interaktive Quizes und konkrete Beispiele erarbeitet.

Guidelines:

Die erarbeiteten Guidelines wurden direkt in die «*Knowledgebase*» von CCDigitalLaw.ch eingefügt, da dies eine schon existierende und gut funktionierende Website ist, die regelmässig bei Fragen zum Urheberrecht konsultiert wird. Dafür wurden zwei neue Kapitel erstellt: a) 4.2.5 Second Publication Right und b) 3.4.2 Publishing Contract. Diese fügen sich in die schon bestehende Struktur der Knowledgebase ein, welche aus 6 Kapiteln zum Urheberrecht besteht. Jedes Kapitel auf der Plattform beinhaltet einen theoretischen Teil, der in einer möglichst einfachen und auch für rechtliche Laien verständlichen Sprache geschrieben ist. Optional können dann FAQs, «Good to Know» und «To Consider» Abschnitte hinzugefügt werden. Die Inhalte wurden alle auf Englisch geschrieben.

Kapitel 4.2.5 Second Publication Right

Es wurde ein neues Kapitel ([4.2.5 Second Publication Right](#)) zum Thema Zweitveröffentlichungsrecht erstellt, das aufzeigt, wie das Recht in der Schweiz geregelt ist und was heute schon möglich ist. Das Kapitel wurde in den Themenabschnitt 4, «WELCHE... Rechte am Werk sind geschützt?» der Knowledgebase eingefügt.

Das Kapitel ist folgendermassen strukturiert:

Schon veröffentlichte theoretische Inhalte:

- a. Was ist das Zweitveröffentlichungsrecht?
- b. Das Zweitveröffentlichungsrecht in der Schweiz
- c. Ab wann kann ein Autor sein Werk wiederveröffentlichen (Embargofrist)
- d. Welche Version eines wissenschaftlichen Artikels kann wiederveröffentlicht werden?
- e. Wann gilt das Schweizer Recht?

Theoretische Inhalte, die später noch hinzugefügt werden:

- f. Die Rolle von institutionellen Repositorien
- g. Mögliche zukünftige Entwicklungen und warum diese wichtig sind (in diesem Teil werden die wichtigsten Resultate des Projekts zusammengefasst)

FAQs:

7 punktuelle Fragen mit kurzen Antworten wurden hinzugefügt.

To Consider:

Kurze Abschnitte zu den folgenden komplementären Themen wurden hinzugefügt:

- a. Immer den Verlagsvertrag sorgfältig durchlesen
- b. Die Übertragung von Urheberrechten kann verhandelt werden
- c. SNF Open-Access-Anforderungen vs. Zweitveröffentlichungsrecht

Good to Know: (work in progress)

Hier werden die folgenden zusätzlichen Informationen/Ressourcen veröffentlicht:

- a. Das Projekt Regulatory Framework von swissuniversities
- b. Beispiele/Templates von Vertragsklauseln, die eine Zweitveröffentlichung begünstigen

Kapitel 3.4.2: Publishing Contract (work in progress)

Dieses [Kapitel 3.4.2: Publishing Contract](#) existierte schon, wird nun aber innerhalb des Projekts komplett überarbeitet. Das Kapitel fügt sich in den Thementeil 3, «WER... hat die Urheberrechte am Werk?» ein. In diesem Kapitel werden die folgenden theoretischen Aspekte erläutert:

Inhalte:

- a. Das schweizerische Obligationenrecht (OR) im Allgemeinen
- b. Der Verlagsvertrag (Die Übertragung der Urheberrechte, Grundsatz der Ausschliesslichkeit, Ausnahmen zum Grundsatz der Ausschliesslichkeit, Was geschieht, wenn bestimmte Aspekte im Vertrag nicht erwähnt werden?)
- c. Erkundung von Veröffentlichungsoptionen: Exklusivität vs. Nicht-Exklusivität

FAQs:

Diese Sektion enthält 2 punktuelle Fragen mit kurzen Antworten

To Consider:

Ein Abschnitt zum Thema «Schutz ausserhalb des Urheberrechts» wurde hinzugefügt.

Showcase zum Thema Zweitveröffentlichungsrecht

Auf der [Homepage](#) von CCDigitalLaw, hat es bis jetzt 4 themenorientierte Showcases: 1) Plagiate vermeiden, 2) Veröffentlichen auf Sozialen Medien, 3) Free & Open Source Software, 4) Creative Commons). Diese Behälter fassen alle vorhandenen Informationen und Materialien zu einem Thema zusammenfassen und bereichern diese mit externen Ressourcen an.

Mit den Inhalten und Materialien, die während des Projekts erarbeitet wurden, möchten wir nun einen fünften Showcase zum Thema Zweitveröffentlichungsrecht hinzufügen. Dieser wird ganz am Ende des Projekts, wenn alle Inhalte vorhanden sind, erstellt.

Erklärvideo:

Es wurde ein kurzes *Erklärvideo* (ca. 6-7min) zum Thema Zweitveröffentlichungsrecht in der Schweiz erstellt. Die Videoaufnahmen wurden schon getätigt, das Video ist aber noch in

Nachbearbeitung und wird bis Ende September fertiggestellt. Das Video wird anschliessend auf der CCDigitalLaw Plattform veröffentlicht werden. Das Video ist in englischer Sprache, und es ist geplant Untertitel auf Deutsch, Französisch und Italienisch hinzuzufügen.