

Dr. Dario Haux, Dr. Georg Fischer*

Kommt das Zweitveröffentlichungsrecht in der Schweiz?

– (Nicht nur) rechtliche Überlegungen auf dem Weg zu Open Access –

I. Einleitung

Seit jeher lebt Wissenschaft von Kommunikation, Gedankenaustausch sowie der gegenseitigen kritischen Durchsicht und zugewandten Bestärkung im Sinne eines „organisierten Skeptizismus“.¹ Traditionell ermöglichen dies universitäre Forschungszentren und Institute, innerhalb derer der Zugang zu und die Nutzung von Bibliotheken und Arbeitsplätzen offensteht. Darüber hinaus existieren Aufenthaltsräume, Innenhöfe und Flurgänge, um sich in Pausen oder in entspannter Umgebung auszutauschen. Seit einigen Jahren basiert Wissenschaft zudem auf dem Zugang zu digitalen Räumen verschiedenster Art: digitalen Bibliotheken, Chat-Foren, Twitter Feeds, etc.² Entsprechend sollte den an den entsprechenden Forschungsinstitutionen angegliederten Forschenden der Zugang zu diesen digitalen Räumen jederzeit offenstehen. Betritt man als Universitätsangehörige die entsprechenden Gebäude und versucht sich an einem PC vor Ort anzumelden, stellt man indes ziemlich schnell fest, dass der für die For-

* Dario Haux ist Junior Associate in einer Wirtschaftskanzlei in Zürich. Georg Fischer arbeitet als Referent im Open Access-Büro der Freien Universität Berlin sowie als Redakteur bei iRights.info. Er ist Preisträger eines der drei Professor-Hürlimann-Gedenkstipendien im Jahr 2022. Der vorliegende Text beruht auf den jeweiligen Vorträgen, den die Autoren auf der 4. JurOA-Tagung am 22. September 2022 in Bern gehalten haben. Verfasst wurde der Beitrag in Gedenken an Daniel Hürlimann.

- 1 Zu den Facetten des „wissenschaftlichen Ethos“, der auch einen „organisierten Skeptizismus“ beinhaltet, siehe grundlegend Merton, The Normative Structure of Science, in: Ders., The Sociology of Science. Theoretical and Empirical Investigations, Chicago/London 1973, S. 267–280; Spoerhase, Filetierte Vernunft, in: Ders. (Hg.): Publikationsregime. Mittelweg 36, 2022(2), S. 1–12; Heimstädt/Fischer, Eine Kartografie wissenschaftlichen Verlegens, in: Hofhues/Schütze (Hg.): Doing Research. Wissenschaftspraktiken zwischen Positionierung und Suchanfrage, Bielefeld 2022, S. 392–399; Felsch, Der lange Sommer der Theorie. Geschichte einer Revolte. München 2015; siehe weitergehend zur literarischen Arbeit Amlinger, Schreiben: Eine Soziologie literarischer Arbeit, Suhrkamp 2021.
- 2 Lesenswert zu diesem Themenkomplex mit einem Augenmerk auf die Lehre Lotte, Urheberrechtliche Herausforderungen digitalen Lehrens und Lernens: Konzeption eines kommunikationsformoffenen Urheberrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2021; vgl. zu dieser Thematik auch Fischer, Im Ringen um Erkenntnis und Anerkennung: Wie Rechtswissenschaftler*innen das eigene akademische Publizieren im Zuge von Open Access sehen, RuZ 2022/1, S. 19–49, S. 42 ff.

schung so wichtige – insbesondere: digitale – Zugang oftmals versagt bleibt. Woran liegt das? Zum einen liegt dies darin begründet, dass in der Wissenschaft der Zugang zu Wissen – etwa in Form von Publikationen³ – von einem „Oligopol riesiger Verlagskonzerne: Elsevier, Wiley, Springer, Taylor & Francis, plus ein paar Lokalgrößen wie unser deutscher Jura-Quasimonopolist C.H.Beck“⁴ kontrolliert wird. Viele dieser Konzerne halten nicht nur Exklusivrechte an tausenden Aufsätzen, Monografien und Sammelbänden, sondern investieren die dadurch generierten Einnahmen zunehmend in Datenanalysen. Auf diese Weise halten sie nicht nur Tür und Tor für den Zugang zum Wissen verschlossen, sondern finden durch weitergehende Kontrolle stets neue Wege, um die Öffnung auch in Zukunft zu unterbinden.⁵ Ganz im Sinne von „it takes two to tango“⁶ kommt zum anderen den Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern eine zentrale Rolle zu, indem sie ihre Rechte übertragen. Viele werden sich der Reichweite oder gar der Folgen indes kaum bewusst sein, um dann erst zu einem späteren Zeitpunkt zu merken, dass die selbst verfassten Texte nur noch hinter einer Paywall zugänglich sind.

Angesichts dieser unbefriedigenden Situation, welche im Kontrast zur eingangs beschriebenen Wissenschaftskultur steht,⁷ stellen sich verschiedene Fragen: Was lässt sich tun, um den Zugang zu Forschungsergebnissen langfristig und möglichst kostenneutral zu ermöglichen? Welche Widerstände werden dadurch geweckt? Und welche Alternativen existieren? Ausgehend von der einleitend kurz angerissenen Lage⁸ untersuchen wir die derzeit in der Schweiz diskutierten Ansätze, um diese für Forschende unbefriedigende Situation zu ändern. Unter II. wird dabei zunächst das sog. „Zweitveröffentlichungsrecht“ eingeführt, das sich in Deutschland bereits seit einigen Jahren in § 38 Abs. 4 UrhG findet – und seitdem auch für (verfassungsrechtliche) Streitigkeiten sorgt. Darauf aufbauend wird sodann unter III. die diesbezügliche Rechtslage in der Schweiz sowie entsprechende Vorschläge zur Anpassung des normativen Rahmens (IV.) dargestellt. Sodann werden, ausgehend von einem Call von swissuniversities (V.), mögliche Perspektiven unter VI. aufgezeigt.

- 3 Vgl. mit Bezug auf die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Graf/Haux, Verpflichtung zu Open Access -universitäres Publizieren der Zukunft?, in: sui-generis 2017, S. 230, abrufbar unter: <https://doi.org/10.21257/sg.46>.
- 4 Steinbeis, Zugang. Warum wir kein Medienunternehmen mehr sein wollen, Verfassungsblog, 27.01.2023, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zugang>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.
- 5 Siehe dazu Lamdan, Data Cartels: The Companies that Control and Monopolize Our Information, Stanford University Press 2022, zitiert nach Steinbeis (Fn. 4).
- 6 Hofmann/Manning, Takes Two to Tango, 1952.
- 7 Siehe auch Graf/Haux, S. 237–238: „Grundsätzlich erscheint die Wissenschaftsfreiheit OA-freundlich. Einem Bild der Wissenschaft, deren Hauptfunktion der auf entsprechenden Methoden basierende Erkenntnisgewinn ist, kommt das Ziel der freien Zugänglichkeit von wissenschaftlichen Informationen inhaltlich zu Gute. Denn Teil der Wissenschaft ist auch deren Verbreitung in einem offenen, rationalen Diskurs.“
- 8 Siehe dazu auch Euler, Open Access in der Wissenschaft und die Realitäten des Rechts, RuZ 2020/1, S. 56–82, abrufbar unter: <https://doi.org/10.5771/2699-1284-2020-1-56>.

II. Das Zweitveröffentlichungsrecht: eine legale Fortführung von Schattenbibliotheken?

Sobald eine Rechtswissenschaftlerin eine Publikation auf den Weg bringt, mithin fertig schreibt, dem Review zuführt und überarbeitet, muss sie sich zeitnah mit der Frage auseinandersetzen, ob die Publikation Closed Access oder Open Access (OA) erscheinen soll. Ohne hier die deutlichen Gründe pro OA weiter auszuführen, wird die Wissenschaftlerin – Stand: Frühjahr 2023 – mit hoher Wahrscheinlichkeit die Publikation in einer renommierten Zeitschrift⁹ oder Reihe anstreben,¹⁰ die üblicherweise zu einem Verlag gehören. Ist die Überarbeitung abgeschlossen (inkl. der oftmals kaum bis schlecht bezahlten Lektorats- oder Korrektoratsarbeit durch andere Forschende¹¹), der Text gesetzt und fertig formatiert, verschwindet das Werk bei Wahl der geschlossenen Publikationsform hinter einer Paywall. Dies bedeutet, dass nur denjenigen die Erkenntnisse offenstehen, welche für den Zugang bezahlen (entweder sie selbst oder ihre Institutionen).¹²

An diesem Punkt zeigen sich die konfligierenden – durch die Möglichkeiten der Digitalisierung freigelegten und verstärkten – Interessen von Forschung und Verlagswesen: Auf der einen Seite wünschen sich Forschende einen möglichst ungehinderten Zugang zu akademischen Publikationen, um eine breite Leserschaft zu erreichen; denn nur wessen Arbeiten rezipiert und zitiert werden, kann die eigene Position in der akademischen Welt festigen. Demgegenüber steht das Geschäftsmodell der Verlage, Zugänge zu Publikationen verknappen und dadurch monetarisieren zu können. Bis zu einem gewissen Punkt lässt sich der Konflikt monetär, also durch die Zahlung von Geldbeträgen lösen. Durch die starke Abhängigkeit der Wissenschaft vom Verlagswesen ist der Markt für wissenschaftliche Publikationen weiterhin recht stabil. Die Zahlungsbereitschaft ist hoch, lässt sich aber trotzdem nicht unendlich ausreizen: Viele Forschende und auch Studierende sind nicht in der Lage oder willens, die teils hohen Beträge für Publikationen auszugeben. Bei verschlossenen Zugängen greifen sie daher auf verschiedene, urheberrechtlich eher fragwürdige Strategien zurück. So suchen sie die gewünschten Publikationen gezielt in bekannten, sog. Schattenbibliotheken wie LibGen oder SciHub, um sie von dort herunterzuladen. Oder aber sie fragen in Sozialen Medien nach Zugriff, etwa über den Twitter-Hashtag #ICanHazPDF, in einschlägigen „Selbsthilfegruppen“ auf Telegram oder anderen akademischen Tauschbörsen.¹³

9 In den Naturwissenschaften konnten sich indes einige OA-Zeitschriften ein eigenes Renommee erarbeiten. Siehe dazu mit Bezug auf die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Graf/Haux, Verpflichtung zu Open Access, S. 230, Fn. 6 m.w.H.

10 Vgl. Fischer (Fn. 2), S. 19–49.

11 Steinbeis, Zugang. Warum wir kein Medienunternehmen mehr sein wollen, Verfassungsblog, 27.01.2023, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zugang>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

12 Gleichzeitig sind die Größenordnungen dieser Summen der Öffentlichkeit meistens unbekannt. Siehe dazu Graf/Haux, Verpflichtung zu Open Access, S. 230, Fn. 9 m.w.H.

13 Unter einer „Schattenbibliothek“ versteht man üblicherweise eine Ansammlung an (akademischen oder literarischen) Texten, die ohne Einwilligung der betreffenden Verlage oder Ur-

Daneben laden viele Forschende ihre eigenen Publikationen auch auf persönliche Web-sites, um interessierten Personen einen unbürokratischen Zugang zu ermöglichen.

Mithilfe der genannten Praktiken umgehen Forschende also das Problem des verhinderten Zugriffs auf Publikationen. Das eigentliche, dahinter liegende Problem – die Übertragung der Urheberrechtsverwertung auf Verlage und die damit einhergehende kommerziell motivierte Verknappung des Zugangs – können sie jedoch auch so nicht auflösen. Schattenbibliotheken und -praktiken sind Indizien für die festgefahrenen Situation, stellen aber nur kurzfristige, oftmals auch technisch prekäre Zwischenlösungen dar. Dass sich im Schatten der Aufmerksamkeit eine parabibliothekarische Struktur im Sinne von Open Access etabliert (hat), deutet zudem auf eine Verfestigung des grundlegenden Konflikts hin. Selbstverständlich sind die akademischen Untergrundaktivitäten vielen Verlagen ein Dorn im Auge, weswegen sie urheberrechtliche Verfolgungen anstrengen. Teilweise zeigen sich aber auch Ansätze, die zugrunde liegenden technischen Speicherlösungen über Verwertungsgesellschaften zu monetarisieren, etwa über die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ).¹⁴

Das Zweitveröffentlichungsrecht, das auch als Sekundärpublikationsrecht oder „Grünes Modell“ bekannt ist, bietet eine rechtlich sicherere Alternative zu diesen akademischen Umgehungspraktiken. Definiert als die „Archivierung von Forschungsergebnissen in frei zugänglichen Repositoryn“, kann das Zweitveröffentlichungsrecht dem Grunde nach Preprints, Postprints oder Verlagsversionen umfassen. In der Praxis findet es üblicherweise nur auf Postprints und Verlagsversionen Anwendung. Unter Postprints wird dabei die Zweitveröffentlichung von bereits begutachteten und zur Veröffentlichung akzeptierten Textformen verstanden („author accepted manuscript“). Im Regelfall handelt es sich dabei jedoch um solche Versionen, welche ohne Layout, Formatierung und Paginierung des Verlags erscheinen. Während sich der Inhalt somit mit dem publizierten Text vollständig deckt, mutet das Layout einfach an, zumal oftmals die Seitenzahlen der offiziellen Publikation nicht übernommen werden.¹⁵ Grund-sätzlich zielt das Zweitveröffentlichungsrecht für Forschende darauf ab, den Beitrag

heberin der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Schattenbibliotheken zeigen eine Wahlverwandtschaft zu den illegalen Musik- und Filmtauschbörsen, die Anfang der 2000er Jahre im Untergrund des Internet auftraten und die Medienindustrien erschütterten. Siehe Fischer, Licht und Schatten in der akademischen Medienindustrie, Baden-Baden 2020, S. 223–240, abrufbar unter: <https://doi.org/10.5771/9783748910664-221>; für eine empirische Fundierung des Phänomens „Umgehungskreativität“ als Schatteninnovation siehe Fischer, Sampling in der Musikproduktion. Das Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kreativität, Marburg 2020, insbesondere S. 308–326, abrufbar unter: <https://library.oapen.org/handle/20.500.1265/752962>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

- 14 Bärwaldt, Gibt es bald eine Privatkopie-Abgabe für die Cloud?, Golem, 07.03.2023, abrufbar unter: <https://www.golem.de/news/urheberrecht-zpue-geht-gegen-cloud-anbieter-vor-2303-172408.html>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.
- 15 Das Fehlen dieser, den Text in Form bringenden Merkmale, kann im Einzelfall die Möglichkeit des Zitierens erschweren.

in Form eines Artikels o.ä. frei zugänglich zu machen. Dies geschieht in den meisten Fällen durch das Hochladen auf ein (universitäres) Repository.¹⁶

Wie in Deutschland inzwischen wohlbekannt¹⁷ und auch in der Schweiz mit Interesse beobachtet, sieht eine Reihe von Konstanzer Rechtswissenschaftlern ihre Rechte durch eine Satzung ihrer Hochschule bedroht. Diese sah eine dienstrechtliche Pflicht zur Ausübung des Zweitverwertungsrechts vor. Die Juristen vertreten dabei die Auffassung, die vorgesehene Pflicht zur freien digitalen Bereitstellung ihrer andernorts bereits publizierten Fachtexte würde ihre Rechte aus Art. 5 GG gefährden. Infolgedessen reichten sie eine Normenkontrollklage beim Verwaltungsgerichtshof Mannheim ein, der die strittige Frage bereits im Jahr 2017 dem Bundesverfassungsgericht vorlegte.¹⁸ Für 2023 kündigte das Bundesverfassungsgericht zumindest an, eine Entscheidung vorzulegen.¹⁹

III. Die derzeitige Rechtslage in der Schweiz

Während man in Deutschland somit gespannt auf den Fortgang des Verfahrens wartet, steht man in der Schweiz noch vor der grundlegenden Frage, ob man ein solches Zweitveröffentlichungsrecht überhaupt einführen sollte. Bisher ist es hierzulande nicht normativ verankert. Gleichzeitig wird eine mögliche Einführung in der Schweiz immer wieder ausgiebig diskutiert, weshalb auch immer wieder die Entwicklungen in den Nachbarländern aufmerksam verfolgt werden. Insbesondere die Rechtslage in Deutschland ist von besonderem Interesse. Dort heißt es im Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG), namentlich in § 38 Abs. 4 UrhG,²⁰ dass die Ur-

- 16 Eine gute Übersicht des grünen Wegs findet sich bei Oberländer, Open Access – Es ist nicht alles Gold was glänzt, Vortrag gehalten im Juni 2020, Folie 7, abrufbar unter: <https://zenodo.org/record/4018594>.
- 17 Siehe überblicksartig Fischer, Zweitveröffentlichungsrecht und Causa Konstanz: Bundesverfassungsgericht vor Entscheidung, iRights.info, 17.04.2023, abrufbar unter: <https://irights.info/artikel/zweitveroeffentlichungsrecht-bundesverfassungsgericht-konstanz/31878>, zuletzt abgerufen am 28.06.2023 sowie Hamann/Graf, VGH Mannheim verhandelt über Open Access: Müssen Wissenschaftler ihre Ergebnisse frei zugänglich machen, legal tribune online (lto), 27. September 2017, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vgh-mannheim-normenkontrollantrag-9-s-2056-16-professoren-universitaet-konstanz-open-access-wissenschafts-urheberrecht> zuletzt abgerufen am 02.06.2023; Hamann, Die unklare Zukunft der Wissenschaftstransparenz. Wann äußert sich das Bundesverfassungsgericht zur Zweitverwertungspflicht?, Verfassungsblog 22.08.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/wissenschaftstransparenz>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.
- 18 VGH Mannheim, Beschl. v. 26.09.2017, Az. 9 S 2056/16, abrufbar unter: https://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=22843, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.
- 19 Siehe dazu die Website des BVerfG, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfaehren/Jahresvorausschau/vs_2023/vorausschau_2023.html, zuletzt abgerufen am 02.06.2023. Illustrativ für die Historie des Verfahrens Hamann (Fn. 17), passim.
- 20 Die Einfügung des derart formulierten Zweitveröffentlichungsrechts geht massgeblich auf einen Beitrag von Gerd Hansen zurück; vgl. Hansen, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, S. 378 ff.; vgl. zu den weiteren

heberin einer wissenschaftlichen Publikation, die im „Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist“, die Publikation öffentlich zugänglich machen kann. Die öffentliche Zugänglichmachung setzt dabei jedoch voraus, dass eine Karenzzeit von zwölf Monaten abgelaufen ist. Die Autorin muss somit eine Wartezeit von einem Jahr überbrücken. Dem Gesetzeswortlaut zufolge gilt dies auch in den Fällen, in denen die Autorin oder der Autor den Herausbegenden ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat.²¹

Wie erwähnt ist eine solche Regelung in der Schweiz nicht vorhanden. Dies gilt insbesondere für das Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG),²² in dem sich an keiner Stelle eine vergleichbare Regelung finden lässt. Und obwohl vor nicht allzu langer Zeit, im Jahr 2020, die Revision des URG mit dem Inkrafttreten der neuen Regelungen abgeschlossen wurde, konnten sich entsprechende Forderungen vonseiten der Forschungsförderer sowie von Professorinnen und Professoren nach der Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts nicht durchsetzen.²³

Diese Forderungen betrafen jedoch nicht nur das URG, sondern zielen unter anderem auf eine Änderung des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (OR). Dies liegt daran, dass sich dort bereits heute eine vertragliche „Zweitveröffentlichungsmöglichkeit“ finden lässt. So heißt es im Abschnitt zum Verlagsvertrag, namentlich im Art. 382 OR:

- 1 Solange die Auflagen des Werkes, zu denen der Verleger berechtigt ist, nicht vergriffen sind, darf der Verlaggeber²⁴ weder über das Werk im Ganzen noch über dessen einzelne Teile zum Nachteile des Verlegers anderweitig verfügen.
- 2 Zeitungsartikel und einzelne kleinere Aufsätze in Zeitschriften darf der Verlaggeber jederzeit weiter veröffentlichen.
- 3 Beiträge an Sammelwerke oder größere Beiträge an Zeitschriften darf der Verlaggeber nicht vor Ablauf von drei Monaten nach dem vollständigen Erscheinen des Beitrages weiter veröffentlichen.

Hintergründen Haux, Digitale Allmende. Zur Frage des nachhaltigen Umgangs mit Kultur im digitalen Lebensraum, Zürich 2021, S. 107 f.

- 21 Für weitere Informationen zu Recht und Praxis von Zweitveröffentlichungsrecht und Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG) in Deutschland siehe: Kreutzer/Fischer, Das Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz in der Praxis. Eine qualitative Studie zur Anwendung des UrhWissG in Bildung, Bibliotheken, Verlagswesen und Wissenschaft, 2022, abrufbar unter: <https://doi.org/10.5281/zenodo.6500995>.
- 22 Vgl. die Aussagen von Thouvenin zur Problematik der Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts im URG (reine Begrenzung auf die Schweiz), Kuzniar, 16. Urheberrechtstagung des Schweizer Forums für Kommunikationsrecht URG-Revision: Experten aus Wissenschaft und Praxis im Gespräch, sic! 9/2017, S. 510 ff., 512.
- 23 Mosimann/Hostettler, Zur Revision des Urheberrechtsgesetzes, recht 2018, S. 123, 134.
- 24 Es ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den „Verlaggebern“ – wie man fälschlicherweise annehmen könnte – keinesfalls um Verlage o.ä. handelt. Wie bei einer erneuten Durchsicht des Textes verständlich werden sollte, handelt es sich dabei vielmehr um die Autorin, welche dem Verlag den Text (o.ä.) „gibt“, d.h. übermittelt.

Die Absätze 2 und 3 sind hierbei entscheidend. Dem Wortlaut dieser Bestimmungen zufolge dürfen Zeitungsaufsätze und einzelne kleinere Aufsätze in Zeitschriften jederzeit weiter veröffentlicht werden. Für Beiträge in Sammelwerken oder in größeren Beiträgen in Zeitschriften ist dies zumindest nach einer Embargoerfrist von 3 Monaten möglich. Obschon diese Absätze aus der Perspektive von Forschenden zunächst Hoffnung schüren könnten, ist zu beachten, dass diese Regelungen dispositiver Natur sind. Dies bedeutet, dass eine vertragliche Abweichung jederzeit zulässig ist. Und wie einleitend bereits angedeutet, machen die größeren Verlagskonzerne von dieser Möglichkeit regelmäßig auch Gebrauch, indem sie sich die Urheberrechte in Standardverträgen oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen übertragen lassen. Auf diese Weise erweitern sie ihre Verwertungsmöglichkeiten und können schlussendlich auch zentral über den weiteren Umgang (oder: Niedergang) des Textes mitentscheiden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in der Regel nicht nur, wie etwa in Deutschland, die Nutzungsrechte abgetreten werden, sondern oftmals das Urheberrecht als solches.²⁵

Wie kommt es zu dieser für viele Forschenden unbefriedigenden Ausgangslage? Erstens ist davon auszugehen, dass es vermutlich oftmals an dem erforderlichen (rechtlichen) Wissen seitens der Forschenden schlichtweg fehlt. Dies mag, bei langen und umfassenden Vertragstexten und der generell alles anders als trivialen Rechtslage kaum verwundern. Hinzu kommen abschreckende Maßnahmen und drohende Konsequenzen: Sofern wissenschaftliche Autorinnen die Publikation auf der eigenen Homepage veröffentlichen und damit zum wissenschaftlichen Diskurs beitragen wollen, verletzen sie die Urheberrechte der Verlage – und können von diesen auf Unterlassung oder Schadensersatz verklagt werden. Gleichermaßen gilt für die hinter den Forschenden agierenden Universitäten, sofern sie die Werke in ihre elektronischen und frei zugänglichen Repositorien aufnehmen. Doch obwohl damit ein erhebliches Gefahrenpotential für die Forschenden besteht, gibt es insofern Hoffnung, als bisher kaum oder sogar keine Verfahren bekannt sind, in denen Verlage tatsächlich gegen Forschende vorgehen, die entsprechende Beiträge selbst publizieren. Und Hoffnung röhrt auch daher, dass die Bibliotheken seit vielen Jahren auf entsprechende Informationstage und Schulungen setzen, um die bestehende Lage zu ändern. Zweitens ist indes festzuhalten, dass ein erhebliches Kräfteungleichgewicht der Vertragspartner besteht: Während Verlage sich bisweilen auf die eigenen Rechtsabteilungen verlassen können, verzichten viele Forschende auf rechtlichen Rat, bevor sie entsprechende Verträge unterzeichnen. Es ist davon auszugehen, dass dies gleichermaßen für Rechtswissenschaftlerinnen wie auch

25 Siehe Art. 16 Abs. 1 URG: „Das Urheberrecht ist übertragbar und vererblich.“ Vertiefend dazu Egloff, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2020, Art. 16 URG, S. 127 ff., Rz. 1 ff.; Hilty, Urheberrecht, Bern 2020, S. 236, Rz. 577; umfassend Bieler, Die Übertragung des Urheberrechts: In Konstellationen des Arbeits-, Auftrags-, Werkvertrags- und Produzentenverhältnisses sowie in ausgewählten Bereichen des Umstrukturierungsrechts, Basel 2014, passim.

Wissenschaftler aus anderen Disziplinen gilt.²⁶ Und drittens wird, wie einleitend ange deutet, gerade gegenüber jungen Nachwuchsforschenden immer wieder betont, wie wichtig die Publikation in den renommierten Zeitschriften der Verlage ist – die in ihren Standardverträgen eben die Übertragung der Rechte standardmäßig vorsehen. Wer traut sich schon, gerade wenn man sich in einer Position der beruflichen Abhängigkeit befindet, dagegen etwas zu sagen?

IV. Die bisherigen Entwicklungen

Wahrscheinlich mehr Forschende als oftmals angenommen. Zwar wehren sich diese vielleicht nicht während der eigenen Vertragsverhandlungen, indem sie die direkte Konfrontation suchen. Jedoch versuchen sie sich zunehmend in kleineren oder größeren Gruppen zu organisieren, so wie es auch während der JurOA Tagung wieder eindrucksvoll deutlich wurde. Gemeinsam bringen sie ihre Forderung nach dem notwendigen Zugang zu Wissen(-schaft) zum Ausdruck und fordern die Verlage, den Gesetzgeber sowie auch die Universitäten dazu auf, etwas an der unbefriedigenden (Rechts-)Lage zu ändern.

In diesem Kontext stellt sich die Frage, welche konkreten, produktiven Vorschläge von der schweizerischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis hervorgebracht werden, um die Situation langfristig zu verbessern? Sind zudem auch andere Akteure an diesem Prozess beteiligt – und wenn ja: in welcher Art und Weise?

1. Die Forderung nach der Einfügung eines Art. 381 Abs. 1bis OR

Ausgelöst durch eine Forderung vonseiten einiger Rechtsprofessorinnen und Rechtsprofessoren, nahm in den vergangenen Jahren die Forderung, in den obenstehenden Artikel 381 OR einen Art. 381 Abs. 1^{bis} OR einzufügen, eine zentrale Rolle ein.²⁷ Diese Forderung wirkt bis heute fort und sah vor, dass die Einfügung wie folgt lauten sollte:

„Nicht auf den Verleger oder die Verlegerin übertragen werden kann das Recht, einen mit öffentlichen Mitteln finanzierten Beitrag für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk unentgeltlich öffentlich zugänglich zu machen.“

Den Autorinnen und Autoren dieser Forderung zufolge würde die Einfügung einer solchen Bestimmung dazu führen, dass Verlaggeberinnen eines mit öffentlichen Mit-

26 Vgl. auch den Hinweis bei Weber, Die urheberrechtliche Zwangslizenz, Diss. LMU München 2015, Baden-Baden 2018, S. 178f., wonach Forschende vom Zweitveröffentlichungsrecht in Deutschland nur selten Gebrauch machen.

27 Siehe dazu und zum Folgenden Thouvenin/Hürlimann/Cottier/Carron, Revision des Urheberrechts: Wissenschaftsschranke und Zweitveröffentlichungsrecht, 31. März 2016, abrufbar unter: https://www.huerlimann.com/pdf/itsl_vernehmlassung-urg.pdf, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

teln finanzierten Werks nicht mehr vollumfänglich auf ihre Urheberrechte verzichten könnten. Auf diese Weise würde sichergestellt, dass ihnen ein Zweitveröffentlichungsrecht zusteht und ihre wissenschaftlichen Publikationen der interessierten Öffentlichkeit offenstehen. Um in Anbetracht dieser weitgehenden Forderung den Interessen der Verlage etwas entgegenzukommen, wurde vorgeschlagen, dass man im Fall von Monografien allenfalls ergänzen könnte, dass die Nichtübertragbarkeit erst nach einer bestimmten Zeit einsetzt bzw. dass die Urheberrechte nur während einer bestimmten Dauer nach der Erstveröffentlichung vollumfänglich auf den Verleger übertragen werden können. Diese mögliche Ausnahme für Monografien und ggf. auch Lehrbücher wurde damit begründet, dass diese von den Verlagen ansonsten – anders als Zeitschriften und Sammelbände – kaum noch gewinnbringend publiziert werden könnten. Dabei ist unklar, inwieweit dies tatsächlich zutrifft. Der große Vorteil einer solchen Bestimmung liegt jedenfalls darin, dass das Zweitveröffentlichungsrecht den Forschenden von Gesetzes wegen zustünde. Es müsste also nicht mühsam für den Einzelfall zwischen den Forschenden und den Verlagen ausgehandelt werden, sodass Situationen wie die vorstehend beschriebenen vermieden werden könnten. Die Verlage würden u.a. dadurch profitieren, dass auch für sie langfristig Rechtssicherheit geschaffen wäre.

Florent Thouvenin und Daniel Hürlimann weisen als Ideengeber der vorstehenden Normierung indes auf die Problematik hin, dass der Artikel durch entsprechende Vertragsbestimmungen über ein Ausweichen auf ausländisches Recht umgangen werden könnte. Um dies zu verhindern wird, ebenso vom SNF²⁸ und anderen Institutionen²⁹ vorgeschlagen, die Bestimmung als sog. „*loi d’application immédiate*“ zu bezeichnen. Dabei handelt es sich um eine Klarstellung, die aus Artikel 18 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) folgt.³⁰ Der Norm zufolge handelt es sich um eine solche „*loi d’application immédiate*“, wenn eine Bestimmung aufgrund ihrer besonderen Zwecksetzung ausschließliche Geltung beansprucht. Dies ist insbesondere in den Fällen gegeben, wenn eine Norm öffentliche Interessen verfolgt, etwa indem sie der „Durchsetzung der inländischen Wirtschaftsverfassung in institutioneller Hinsicht“³¹ dienlich sind. Zum anderen kommt dies auch in Fallgruppen infrage, in denen die Normen eine sozialprotektive Wirkung entfalten, mithin dem Sozialschutz dienen. Vorliegend lassen sich für beide Punkte Argumente finden. Zum einen soll

- 28 Siehe die Vernehmlassungsantwort des SNF zur Revision des URG vom 23. März 2016, abrufbar unter: https://www.snf.ch/SiteCollectionDocuments/snf_urheberrecht_stellungnahme_d.pdf, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.
- 29 Siehe etwa die Vernehmlassungsantwort der Akademien der Wissenschaften Schweiz vom 8. März 2016, abrufbar unter: https://api.swiss-academies.ch/site/assets/files/3245/akademie_n_stellungnahme_urg.pdf, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.
- 30 Vgl. die Aussagen von Thouvenin zur Problematik der Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts im URG (reine Begrenzung auf die Schweiz), Kuzniar, 16. Urheberrechtstagung des Schweizer Forums für Kommunikationsrecht URG-Revision: Experten aus Wissenschaft und Praxis im Gespräch, sic! 9/2017, S. 510 ff., 512. Zu Art. 18 IPRG siehe Mächler-Erne/Wolf-Mettier, in: Basler Kommentar Internationales Privatrecht (BSK IPRG), Grolimund/Loacker/Schnyter (Hrsg.), Basel 2021, Art. 18, Rz. 1 ff.
- 31 Mächler-Erne/Wolf-Mettier, in: Basler Kommentar Internationales Privatrecht (BSK IPRG), Grolimund/Loacker/Schnyter (Hrsg.), Basel 2021, Art. 18, Rz. 15.

das Zweitveröffentlichungsrecht sicherstellen, dass mit öffentlichen Mitteln finanzierte Forschung der Öffentlichkeit zugänglich ist. Dabei handelt es sich in einem – zumindest diskursiv ausgerufenen – „Zeitalter der Transparenz“³² um ein öffentliches Interesse, das weiterhin an großer Bedeutung gewinnt. Zum anderen soll die zwingende Natur der Norm verhindern, dass die Autorin das Recht auf Zweitveröffentlichung auf die Verlegerin überträgt, nur weil ihr bei den Vertragsverhandlungen keine ausreichende Verhandlungsmacht eingeräumt wurde. Und obwohl in diesem Fall der Begriff des Sozialschutzes durchaus weit ausgelegt wird, sind die Argumente zumindest nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen, sondern vielmehr noch weiter auszubauen.³³

Insgesamt würde die Einfügung eines solchen Rechts im OR somit in erster Linie das Aufschalten von Werken auf einer Website, beispielsweise über einen Link in der Publikationsliste, umfassen. Dabei besteht das Zweitveröffentlichungsrecht jedoch nur dann, wenn der Beitrag frei zugänglich gemacht und kein Entgelt verlangt wird. Damit kann den Bedürfnissen der Verlage Rechnung getragen werden, dass die Autoren ihre Werke nicht anderweitig kommerziell verwerten können. Offen bleibt jedoch die Frage, wie die Bestimmung „mit öffentlichen Mitteln“ auszulegen wäre. Während im deutschen § 38 Abs. 4 UrhG von „einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit“ die Rede ist, bliebe der Gesetzgeber in der Schweiz bei einer solchen Formulierung sehr vage – was Raum für Kommentierung schaffen würde.³⁴ Offen bleibt in diesem Rahmen, wie sich dies in der Praxis auswirken würde. Würden Autorinnen in der schweizerischen Kommentarliteratur dazu tendieren, die geplante Norm im Sinne der deutschen Regelung auszulegen, also eine mindestens 50-prozentige (oder mehr) Finanzierung durch öffentliche Mittel fordern? Oder könnte es sich – im Sinne der OA-Befürworterinnen – dahin entwickeln, dass man diese Ausnahme für alle, auch nur minimal mit öffentlichen Mitteln geförderte Forschungstätigkeiten vornimmt. Dies gilt es wohl abzuwarten.

2. Die Nichtberücksichtigung in der URG-Revision

Eine mögliche Einfügung dieses entsprechenden Artikels im OR führte anschließend jedoch zu regen Diskussionen sowohl auf wissenschaftlicher als auch politischer Ebene. Am Ende konnte sich aber keine Partei dazu durchringen, sich wirklich final für die Einführung eines solchen Rechts auszusprechen, was hierzulande viele enttäuschte – und auch bei der JurOA in Bern nachhallte. Über die Gründe dieser damaligen Entscheidung lässt sich sicherlich streiten.

32 Vgl. Frick, Das Zeitalter der Transparenz, Gottlieb Duttweiler Institut, Studie Nr. 36. Rüschlikon/Zürich 2011.

33 Was den vorliegenden Rahmen jedoch sprengen dürfte.

34 Auf der anderen Seite könnte gerade die Ambiguität der Formulierung Chancen für eine liberale Auslegung eröffnen, sofern sie der Praxis Möglichkeiten bietet, die nicht explizit ausgeschlossen (und daher implizit erlaubt) sind. Eine solche praktische Selbst-Ermächtigung (im Sinne von „Fakten schaffen“) ist bei gegensätzlicher herrschender Meinung aber auch mit Risiken verbunden.

Jedoch keimte die Hoffnung bzgl. der Einführung eines anders ausgestalteten Zweitveröffentlichungsrechts wieder auf, als es um die Finalisierung der Revision des Urheberrechts ging. So verfolgte der Gesetzgeber mit der Einführung von Art. 24d URG das Hauptziel, die bestehenden Rechtsunsicherheiten und Beschränkungen von Text und Data Mining zu beseitigen.³⁵ Als Nebeneffekt sollte die Wissenschaftsschranke zur Stärkung des Schweizer Forschungsstandorts beitragen. Der Ruf nach Einführung eines solchen Forschungsprivilegs ging im Vernehmlassungsverfahren anschließend sogar noch weiter, indem neben dem Teilkomplex des Text und Data Mining teilweise auch ein freier Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen gefordert wurde. Eben unter anderem in Form eines unabdingbaren Zweitveröffentlichungsrechts für Wissenschaftlerinnen im Sinne des OA-Prinzips. Diese Forderung als „Kernanliegen der Hochschulen und der Wissenschaft“³⁶ wurde insbesondere im Vernehmlassungsverfahren (s.o.) immer wieder geäußert.

Am Ende dieses doch immer wieder mit Hoffnung und Zuversicht gepflasterten Weges wurden Befürworterinnen des Zweitveröffentlichungsrechts in der Schweiz jedoch ein weiteres Mal enttäuscht. Dies wurde besonders deutlich, als sich der Gesetzgeber dazu entschied, die Lizenzhoheit der wissenschaftlichen Verlage gerade nicht zu schneiden zu wollen. So schnell wie sie aufgekommen war, wurde der Forderung nach einem Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Autorinnen und Autoren wiederum eine Absage erteilt.³⁷ So heißt es im erläuternden Bericht kurz und knapp: „Weitere Vorschläge, wie die Verlängerung der Schutzdauer für Interpreten (Art. 39 Abs. 1), die Streichung der Vergütungsobergrenze für Tarife (Art. 60 Abs. 2), die Einführung eines umfassenden Lichtbildschutzes sowie das zwingende Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Autoren bleiben unberücksichtigt, weil sie sich in der AGUR12 nicht als konsensfähig erwiesen haben.“^{38,39} Entsprechend groß war die

³⁵ Siehe zur Rechtslage vor und nach der Revision Graf/Schmidt, Data Mining und wissenschaftliche Forschung – de lege lata und de lege ferenda, *sui-generis* 2017, S. 185 ff., abrufbar unter: <https://doi.org/10.21257/sg.43>.

³⁶ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und Änderungen des Urheberrechtsgesetzes: Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, 02.12.2016, S. 26, abrufbar unter: <https://www.ejp.d.admin.ch/dam/ejpd/de/data/aktuell/news/2016/2016-12-022/ve-ber-d.pdf.download.pdf/v-e-ber-d.pdf>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

³⁷ Siehe kritisch dazu Baumann, Das neue Urheberrecht bremst Open Access, *Horizonte – Das Schweizer Forschungsmagazin*, 8. März 2018, abrufbar unter: <https://www.horizonte-magazin.ch/2018/03/08/das-neue-urheberrecht-bremst-open-access>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

³⁸ Die AGUR12 ist eine Arbeitsgruppe zum Urheberrecht. Sie wurde damit beauftragt, Möglichkeiten zur Anpassung des Urheberrechts an die technische Entwicklung aufzuzeigen und dies in einem Abschlussbericht darzulegen. Dieser wurde als „Bericht Savary“ veröffentlicht, abrufbar unter: <https://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/ejpd/aktuell/news/2011/2011-11-30/ber-br-d.pdf>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

³⁹ Erläuternder Bericht zu zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu Änderungen des Urheberrechtsgesetzes vom 11.12.2015, S. 30–31, abrufbar unter: https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/recht/national/d/urheberrecht/modernisierung_urheberrecht_2015_d/Erlaeutender_Bericht_DE.pdf, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

Enttäuschung bei den beteiligten Forschenden, die Ihre Anliegen bis auf Weiteres ad acta legten.

3. Die vorausschauende Rolle des Schweizer Nationalfonds

Nachdem die Befürworterinnen und Befürworter von Open Science in der Schweiz, allen voran Daniel Hürlimann, somit abermals einen Dämpfer hinnehmen mussten, entschieden sich die nationalen Forschungsförderer – insbesondere der Schweizer Nationalfonds (SNF) – auf den Plan zu treten. Das Ziel war (und ist⁴⁰) es, durch strenge Vorgaben für Publikationen, vor der Vergabe von Forschungsgeldern den Zugang zu Forschungsergebnissen selbst voranzutreiben. Dies gelang und gelingt bis heute sehr erfolgreich.

Als die zentrale wissenschaftliche Förderinstitution in der Schweiz setzt sich der SNF für die Grundlagenforschung und die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses ein. Da beides insbesondere dann gelingen kann, wenn auf bestehenden Erkenntnissen aufgebaut und diese weiterentwickelt werden können, besteht ein großes Interesse daran, sich für offene Zugänge zu Forschungsergebnissen einzusetzen. Entsprechend fühlt sich der Nationalfonds auch der Berliner Erklärung über offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen⁴¹ verpflichtet, die 2003 unterzeichnet wurde. Die Förderinstitution verpflichtet seitdem ihre Beitragsempfängerinnen, die Forschungsergebnisse in OA-Publikationen zu veröffentlichen. Obwohl das Gold OA-Modell finanziert wird, können Artikel auch über das Green OA-Modell – d.h. 6 Monate nach der Verlagspublikation – veröffentlicht werden, wobei Bücher bis 12 Monate nach der Verlagspublikation frei zugänglich sein müssen. Sogenannte hybride Modelle, bei denen Forschende nach der Publikation in einer kostenpflichtigen Zeitschrift für die OA-Publikation noch eine Publikationsgebühr bezahlen müssen, werden indes finanziell nicht vom SNF unterstützt.⁴²

Nachdem der SNF am 1. Juni 2022 angekündigt hat, dass er der cOAlition S⁴³ beitreten wird,⁴⁴ sind weitere Änderungen im Verlauf dieses Jahres (2023) zu erwarten. Dieser Zusammenschluss von verschiedenen Forschungsförderern hat sich zum Ziel gesetzt, den umfassenden Übergang hin zu OA beschleunigen zu wollen. Zentral ist dabei der sogenannte „Plan S“⁴⁵. Dieser enthält zehn Prinzipien, in denen Anforderungen an Beitragsempfängerinnen der Forschungsförderer definiert werden. Dazu gehört

40 Siehe die aktuelle Seite des SNF zum Thema OA: <https://oa100.snf.ch/de/home-de>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

41 Abrufbar unter: https://openaccess.mpg.de/68053/Berliner_Erclaerung_dt_Version_07-2006.pdf, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

42 Siehe die Vorgaben unter <https://oa100.snf.ch/de/kontext/was-will-der-snf/oa-verpflichtung-und-monitoring>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

43 Siehe <https://www.coalition-s.org/about>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

44 <https://www.snf.ch/de/sOqgLwEnxtgZsCD8/news/snftritt-der-coalition-s-bei-wissenschaftliche-artikel-sofort-frei-zugaenglich>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

45 Einsehbar unter <https://www.coalition-s.org/addendum-to-the-coalition-s-guidance-on-the-implementation-of-plan-s/principles-and-implementation>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

die Voraussetzung, dass die Autorinnen das Urheberrecht an ihren Veröffentlichungen behalten, die Feststellung, dass die Förderer „hybride“ Publikationsmodelle nicht unterstützen sowie jene, dass die Förderer bei der Bewertung von Forschungsergebnissen im Rahmen von Förderentscheidungen den eigentlichen Wert der Arbeit bewerten, nicht jedoch den Impact Factor. Durch den Beitritt verpflichtet sich der SNF nun, die eigenen Regelungen an diesen Plan S anzupassen. Betroffen sind davon insbesondere Zeitschriftenartikel, die per sofort und vollständig OA publiziert und mit einer CC-BY-Lizenz veröffentlicht werden müssen. Für Bücher und Buchkapitel gelten diese Anforderungen noch nicht.

Obschon diese Eingliederung in einen internationalen Rahmen mithin das Ziel des umfassenden Zugangs i.S.v. OA sicherlich näher bringt, sind mit Bezug auf die Rolle des SNF in der Schweiz auch kritische Nachfragen erforderlich. So stellt sich beispielweise die Frage, inwiefern eine derzeit beobachtbare „Querfinanzierung“ der Verlage durch den SNF sich tatsächlich als nachhaltig erweist. So verlangen viele Verlage hierzulande für OA-Publikationen sehr hohe Preise, die weit über jene von Closed-Access-Publikationen hinausgehen. Dies ist aller Wahrscheinlichkeit nur möglich, da sich die Verlage sicher sein können, dass der SNF – das Ziel von umfassenden OA-Publikationen unbedingt erreichend wollend – für diese hohen Kosten aufkommt. Doch heiligt der Zweck tatsächlich solch weitgehende Mittel? Oder lassen sich auch andere Wege finden? Diese Fragen gilt es, in einer für die Öffentlichkeit transparenten Art und Weise zu diskutieren, wobei gerade auch die Verlage dazu aufgerufen sind, sich an diesem Diskurs zu beteiligen. In diesem Sinne bot die JurOA-Tagung einen beispielhaften, geschützten Rahmen. Indem nicht nur Wissenschaftlerinnen, Angehörige von Bibliotheken und Studierende, sondern auch Vertreter von Verlagen zugegen waren, entstand ein anregender Diskurs über Fachgrenzen hinweg. Dieser wird mit der vorliegenden Ausgabe der RuZ wiederum verschriftlicht fortgeführt und kehrt, ergänzt durch Kommentare und Rückmeldungen, hoffentlich wieder auf die Konferenzen und in die Vorlesungsräume in der Schweiz zurück. Dabei gilt es den bisher den auch betroffenen Studierenden verstärkt Aufmerksamkeit zu schenken und sie dazu einzuladen, sich an dem dann neu entfachten Diskurs stärker zu beteiligen. Dabei haben sie es, durch die Nutzung verschiedener (u.a. nicht-legaler oder legaler⁴⁶) Kanäle in der Hand, die kommende Entwicklungen maßgeblich mitzugestalten. Darüber hinaus sind es insbesondere plattformgetriebene Ansätze in der Rechtswissenschaft, die bottom-up das juristische Publizieren herausfordern und neue Formen austesten. Beispiele hierfür sind etwa die Initiative OpenReWi, die u.a. mit WikiBooks- und Open-Peer-Review-Verfahren die Begutachtungspraktiken innoviert,⁴⁷ oder auch der

46 S.o. unter Abschnitt 2.

47 Siehe dazu <https://openrewi.org>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023, sowie Petras, Rechtswissenschaft als Open Education: Mit OpenRewi zur gemeinschaftlichen Lehre, iRights.info, 26.08.2021, abrufbar unter: <https://irights.info/artikel/rechtswissenschaft-als-open-education-mit-openrewi-zur-gemeinschaftlichen-lehre/31024>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

gemeinnützige Onlinekommentar, der das Schweizer Kommentarwesen per Open Access öffnet.⁴⁸

V. Aktuelle Entwicklungen: der Call von swissuniversities

Trotz der Notwendigkeit kritischer Nachfragen bzgl. der Strategie des SNF sind die dank ihm erreichten Ziele sehr zu begrüßen – zumal sie offenbar auch andere Institutionen dazu anregen, eigene Ausschreibungen zu lancieren. So entschied sich swissuniversities, die Rektorenkonferenz der schweizerischen Hochschulen, zu Beginn des Jahres 2022 dazu, einen Call for Tenders „Regulatory Framework“⁴⁹ zu publizieren. In diesem Dokument wurden ausgewählte Akteure dazu aufgerufen, bis zum 1. Juli 2022 Bewerbungen für juristische Analysen rund um die Machbarkeit eines Zweitveröffentlichungsrechts in der Schweiz einzureichen. Zwar stellt sich die Frage, warum der Call nicht noch breiter adressiert wurde.⁵⁰ Dennoch lohnt sich ein Blick in den Ausschreibungstext, der einige Überraschungen bereithält.⁵¹ Im Folgenden soll auf einige ausgewählte Fragestellungen in der notwendigen Kürze eingegangen werden, die im vorstehenden Teil z.T. bereits adressiert wurden.

1. Der Ruf nach empirischer Forschung

Zunächst wird in der Ausschreibung als einer der zentralen Fragen aufgeworfen, wie empirische Wissenschaftsergebnisse noch stärker in die Evaluation und Planung eines Zweitveröffentlichungsrecht integriert werden könnten. Indem die mandatierten Akteure gebeten werden zu untersuchen, wie sich die Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts im europäischen Vergleich de facto ausgewirkt hat, möchte man offensichtlich aus den Erfahrungen aus den Nachbarländern profitieren – und ggf. begangene Fehler von vornherein vermeiden. Dazu gehören neben qualitativen Erhebungen auch quantitative Befragungen von Doktorierenden, Dozierenden und womöglich auch administrativen Kräften, um zu erfahren, welche Herausforderungen ihrer Meinung nach im Forschungs- und Publikationsprozess bestanden – und vielleicht auch, wie diese bewältigt wurden. Dieser Ruf nach der verstärkten Berücksichtigung empirischer Forschungsergebnisse deckt sich mit Forderungen in und aus

48 Siehe dazu <https://onlinekommentar.ch/de>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023 sowie Brugger, Onlinekommentar.ch, die gemeinnützige Plattform für Open-Access-Kommentare, Verfassungsblog, 17.12.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/onlinekommentar-ch-die-gemeinnuetzige-plattform-fur-open-access-kommentare>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

49 https://www.swissuniversities.ch/fileadmin/swissuniversities/Dokumente/Hochschulpolitik/Open_Access/2022-02-24_Call_for_Tenders_Regulatory_Framework_DE.pdf, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

50 So richtet sich laut S.5 des Calls, dieser insbesondere „an die juristischen Fakultäten der Schweizer Hochschulen, bei denen: ein Interesse an dieser Thematik besteht, Expertise im betreffenden Bereich vorhanden ist und die Kapazität und der Wille zur Koordination und Durchführung des vorliegenden Mandats gegeben sind.“

51 So werden u.a. Fragestellungen aus dem Bereich des Zollrechts adressiert.

der grundlagenbezogenen Immaterialgüterrechtswissenschaft. In diesem für die vorliegenden Fragestellungen u.a. maßgeblichen Bereich ist diese Forderung nach einem Ausbau interdisziplinärer, empirischer Forschung, welche die Lebensrealität der vom Urheberrecht Betroffenen einfängt und abbildet, nicht neu. Dies lässt sich auch anhand aktueller Projekte und Publikationen aufzeigen, welche deutlich in diese Richtung weisen.⁵² Darüber hinaus ist beispielsweise im angelsächsischen Raum mit dem UK Copyright and Creative Economy Centre CREATe ein Forschungsinstitut etabliert, das den verschiedenen urheberrechtsgtriebenen Kreativbranchen empirische und interdisziplinäre Analysen widmet und dabei eine Politik im Sinne offener Forschung betreibt.⁵³ Diesen Weg gilt es, sofern man die Ausschreibung so verstehen möchte, weiter zu verfolgen und zu vertiefen.

2. Die geforderte Hands-on-Mentalität

Darüber hinaus wird auf der dritten Seite des Calls in Erwägung gezogen, Vorlagen (Templates) ausfertigen lassen. Aller Voraussicht nach liegt diesem Ansatz die Überlegung zugrunde, den Forschenden somit auf möglichst unkomplizierte Art und Weise Unterstützung zukommen zu lassen. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen die Forschenden im Einzelfall doch noch Vertragszusätze ausformulieren und verhandeln müssen.⁵⁴ Dass bei der Ausschreibung solch praktische Perspektiven erwähnt (und erwartet) werden, wird viele Forschende erfreuen. Was sich in der Theorie durchaus als nicht-Juristin nachvollziehen lässt, erweist sich in der Praxis als umso größere Herausforderung. Darüber hinaus wirkt eine solche „Hands-on-Mentalität“ auch den bekannten Vorwürfen entgegen, dass Forschende in „Elfenbeintürmen“ arbeiten und die Probleme in der Praxis nicht kennen würden. Indem die Ergebnisse nun vielmehr praxisnah ausformuliert und in Vorlagen umgesetzt werden sollen, kann (und wird) es gelingen, Barrieren zu senken.

52 Siehe exemplarisch Schröer/Fischer/Beaucamp/Hondros (Hg.), *Tipping Points. Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts*, Baden-Baden 2020; Haux, *Die digitale Allmende* (Fn. 20), S. 205; Fischer/Klingner/Zill, *Monopole im medienindustriellen Komplex? Verwertungsgesellschaften gestern, heute, morgen*, Marburg 2023, abrufbar unter: <https://www.buechner-verlag.de/buch/monopole-im-medienindustriellen-komplex>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023; sowie die verschiedenen rechtssoziologischen Aktivitäten des Berliner Arbeitskreises Rechtswirklichkeit, abrufbar unter: <https://barblog.hypotheses.org>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

53 Siehe dazu die Website <https://www.create.ac.uk>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

54 Siehe beispielsweise die Vorlage der cOAlition S zum Rechtevorbehalt, damit Forschende schon bei Einreichung des Manuskripts dieses unter eine CC-BY Lizenz stellen, abrufbar unter: <https://www.coalition-s.org/rights-retention-strategy>, zuletzt abgerufen am 02.06.2023.

3. Schrankenbestimmungen und weitere Auswirkungen

Neben diesen genannten Punkten soll laut swissuniversities die Möglichkeit geprüft werden, eine neue Schrankenbestimmung im Urheberrecht zu verankern. Dies erstaunt insofern, als man sich beispielsweise in Deutschland ganz offenbar gegen die Einführung einer Schranke und für die Einführung einer urhebervertragsrechtlichen Regelung entschieden hat. Inwiefern dies bei der Ausarbeitung hierzulande dennoch Berücksichtigung findet, bleibt abzuwarten.

Ein weiterer zu bearbeitender Punkt betrifft sodann die Darstellung der Auswirkungen von OA auf weitere Rechtsfelder. Dies wäre insofern von Bedeutung, als es genauerer Untersuchungen dazu bedarf, wie sich Forschende im öffentlichen respektive im Privatrecht gegenüber OA positionieren, welche Herausforderungen sie erkennen und wie sie versuchen, diese zu bewältigen. Hier bedarf es der Zusammenarbeit mit Forschenden aus anderen Bereichen, um entsprechende Untersuchungen durchführen zu können. Umso mehr bleibt es zu hoffen, dass die Ergebnisse dieser Ausschreibung zeitnah publiziert werden, einer breiten Öffentlichkeit zukommen und sich die ausführenden Forschungsteams anschließend offen für eine produktive Diskussion zeigen.

VI. Mögliche Perspektiven und Herausforderungen

Bis es jedoch so weit ist und in Anbetracht der bereits vor Jahren umgesetzten Normierungen in den Nachbarländern stellt sich die Frage, warum sich das Zweitveröffentlichungsrecht in der Schweiz bisher nicht durchsetzen konnte. Diese Frage konnte weder im Verlaufe der JurOA-Tagung und auch nicht anschließend in diesem Aufsatz beantwortet werden. Dieser etwas ernüchternden Feststellung zum Trotz, stimmt der Call von swissuniversites in jedem Fall optimistisch, zumal – eine „übliche“ Bearbeitungszeit von 1 bis 2 Jahren einrechnend – mit der Publikation der Ergebnisse im Verlauf des Jahres 2023 oder spätestens 2024 gerechnet werden kann. Spätestens dann wird die Debatte wieder stärker in das öffentliche Augenmerk rücken und zu sachlichen Diskussionen führen. Da sich seit den letzten Initiativen Forderungen nach Open Science noch stärker in der Mitte der Gesellschaft etabliert haben, ist zudem damit zu rechnen, dass sich der Druck auf dem Gesetzgeber verstärkt, diese Forderungen auch normativ umzusetzen. Gleichzeitig erscheint es zu einfach, pauschal „der“ Politik die Verantwortung zuzuschieben. Zum einen, da eben zahlreiche Akteure in diesem Bereich tätig sind – von Wissenschaftlerinnen, über Verlage bis hin zu den Leserinnen. Zum anderen, weil sich in den vergangenen Jahren eben auch etwas getan hat – wenn ggf. auch in kleinen Schritten.

Fragt man nun perspektivisch, was die Alternativen zu der oben erwähnten Einführung eines Artikel 381 1^{bis} OR sind, so ließe sich erstens darüber nachdenken, die Übertragbarkeit von Urheberrechten allgemein einzugrenzen oder aber neue Schranken einzuführen. So wie sich offenbar auch der deutsche Gesetzgeber gegen den letztgenannten Ansatz entschieden hat – zumal die Einführung der Schranke am Dreie-

stufentest zu messen wäre⁵⁵ – spricht gegen diese Lösungsansätze, dass sich solch normative Einfügungen stets nur auf das schweizerische Urheberrechtsregime beziehen würden.

Zweitens sind Diskussionen darüber nötig, wie lange eine allfällige Embargofrist dauern sollte oder ob diese sogar gänzlich gestrichen werden könnte. Diese Diskussion lässt sich dabei um eine weitere Dimension erweitern, in der auch fachlichen Unterschieden – etwa ganz allgemein zwischen Natur- und Geisteswissenschaften – eine noch größere Bedeutung eingeräumt wird. Dies ließe sich u.a. damit begründen, dass in vielen naturwissenschaftlichen Bereichen der Aktualität und zeitnahen Publikation eine umso größere Bedeutung beizumessen ist, die Wissenschaftslandschaft somit auf den tagesaktuellen Austausch angewiesen ist. In den Rechtswissenschaften ist dies hingegen nicht immer der Fall. Anders fällt diese Einschätzung mit Bezug auf die Rechtspraxis, insbesondere Gerichtsurteile aus, die trotz Initiativen wie Entscheidsuche.ch erst nachgelagert oder überhaupt nicht öffentlich publiziert werden.

Eine dritte Dimension betrifft das Kartellrecht und damit einhergehende Fragestellungen. So würde die Einführung eines Zweitveröffentlichungsrechts grundsätzlich sehr förderlich sein für die Schaffung solch öffentlicher Aufbewahrungsplattformen – wie es sich in der Schweiz beispielsweise mit der Lancierung von repository.ch andeutet. Gleichzeitig ist hierbei ein besonderes Augenmerk auf die Frage zu lenken, wer unter welchen Bedingungen Zugang bekommt. Dabei spielt sowohl die technische als auch rechtliche Ausgestaltung der Infrastruktur sowie die Interoperabilität eine zentrale Rolle. Während das Vorhandensein mehrerer Repositorien die entsprechenden kartellrechtlichen Bedenken minimieren könnte, ginge dies aller Voraussicht nach mit einer Einbuße der Benutzerfreundlichkeit einher. So müssten sich Nutzerinnen erstmal einen Überblick darüber verschaffen, was wo genau gespeichert ist. Sofern es zu einer aus Nutzersicht willkommenen Konzentration bei einem Repository käme, setzt dies aus kartellrechtlicher Perspektive voraus, dass die Bedingungen zur Nutzung der Infrastruktur so ausgestaltet sind, dass allen Wettbewerbern unter diskriminierungsfreien Bedingungen Zugang gewährt wird. Hierbei einen Ausgleich zu finden, der die Interessen und rechtlichen Voraussetzungen in einen Einklang bringt, stellt sich als nicht zu unterschätzende Herausforderung dar.

Zudem stellt sich, viertens, die verfassungsrechtliche Frage nach der Rolle der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 20 BV, welche insbesondere durch die entsprechenden Diskussionen in Deutschland aktualisiert wird.⁵⁶ Bezuglich dieser Frage ist insbesondere auf eine zeitnahe Entscheidung seitens des zweiten Senats des deutschen Bundesverfassungsgerichts im Normenkontrollverfahren zu hoffen⁵⁷ – um aufbauend auf diesen Grundlagen Lehren für die Schweizer Hochschullandschaft ziehen zu können. Doch wann es dazu kommt, in Deutschland sowie in der Schweiz, das steht leider in den Sternen – obwohl tragfähige Lösungen zum Greifen nah sind.

55 Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT.

56 Siehe dazu Graf/Haux, Verpflichtung zu Open Access, S. 233 m.w.H.

57 Zum derzeitigen Stand siehe Hamann (Fn. 19), *passim*.

VII. Fazit

Angesichts der vorstehenden Ausführungen bleibt am Ende hauptsächlich Raum für weitergehende Überlegungen, welche die Rolle des Urheberrechts im Allgemeinen betreffen. So stellt sich die Frage, wie das Recht in Anbetracht einer auch in der Wissenschaft zunehmenden, plattformgetriebenen Welt reagieren und wie das wissenschaftliche Verlagswesen auf globaler Ebene aufgestellt sein wird. Hinzu kommt, dass die digitale Vernetzung samt transnational orientierter Funktionsweise grundlegende Prinzipien des Rechts zumindest erklärungsbedürftig gemacht, an manchen Stellen sogar praktisch aufgebrochen hat. Diese Entwicklung ist nicht mehr rückgängig zu machen, was sich wohl positiv als auch weniger positiv auslegen lässt.

Die Open-Access-Transformation zwingt die Wissenschaft dazu, sich mit ihrem Publikationssystem auseinanderzusetzen und damit die eigenen, meist traditionell gewachsenen Gepflogenheiten zu reflektieren. Mit dem Publizieren ist ein ganz wesentlicher Bestandteil wissenschaftlicher Arbeit berührt, in dem auch das eigentümliche Verhältnis von akademischer Kooperation und Konkurrenz zu Tage tritt. Da die Open-Access-Transformation über Fachgrenzen hinweg erfolgt (und aus politischen Gründen erfolgen soll), werden zudem die Eigenheiten der verschiedenen Disziplinen deutlich und führen zu interdisziplinären Diskussionen. Dabei zeigt sich ein Muster: Je ausdifferenzierter die jeweiligen Publikationskulturen sind und je nachhaltiger sich die Verlagsabhängigkeiten in den Disziplinen jeweils verfestigt haben, desto träger verläuft die Transformation insgesamt. Da das Urheberrecht – und mit ihm das Zweitveröffentlichungsrecht – für die gesamte Wissenschaft und damit für alle Disziplinen Gel tung beansprucht, müssen diese Herausforderungen auch juristisch Berücksichtigung finden. Dem Recht kann hier eine versöhnende, „umarmende“ Funktion zukommen, indem es einen rechtlichen Standard schafft, unter dem sich die wissenschaftlichen Disziplinen gemeinsam wiederfinden können. Dafür sind aber auch – disziplinspezifische wie -übergreifende – Diskussionen notwendig zu der Frage, wie das Publizieren ausgestaltet sein soll, so dass das Urheberrecht diesen Anforderungen Rechnung tragen kann.

In Bezug auf die Frage nach der Zukunft des Zweitveröffentlichungsrechts in der Schweiz lässt sich sagen, dass trotz fehlender Einigkeit der Akteure nicht angenommen werden kann, das Thema sei von der Tagesordnung verschwunden. Vielmehr hat es sich über all die Jahre hinweg weiterentwickelt und wurde auf diese Weise bereits vorab einem allfälligen Stresstest unterzogen, was die finale rechtliche Umsetzung umso resilenter machen dürfte. Und dennoch ist zu hoffen, dass die Ergebnisse des swiss-universities Calls zeitnah einige konkrete Perspektiven hervorbringen, die dann zwar umfassend diskutiert werden – stets unter Berücksichtigung des gemeinsamen Ziels, wonach es ein Zweitveröffentlichungsrecht dringend braucht. Nur so kann sichergestellt werden, dass der Forschungsstandort Schweiz weiterhin einen exzellenten Ruf genießt. Wird dieses Ziel erreicht, wodurch im weitesten Sinne auch der Zugang zum Recht wieder ein Stück weiter geöffnet wird, dürfte dies nicht nur Daniel freudig stimmen.

Zusammenfassung: Die Wissenschaft lebt in besonderem Maße vom Austausch, sodass der Zugang zu Forschungsergebnissen für Forschende elementar wichtig ist. Dementsprechend hat das Publikationswesen einen hohen Stellenwert für die Forschung. Vor diesem Hintergrund stellt der Aufsatz einige Grundzüge des sogenannten Zweitveröffentlichungsrechts in der Wissenschaft dar. Darauf aufbauend werden – rechtsvergleichend – die Fragen behandelt, wie ein Zweitveröffentlichungsrecht in der Schweiz aussehen könnte, welche Probleme sich dadurch lösen ließen und welche Konflikte und Herausforderungen in diesem Zusammenhang zu erwarten sind.

Summary: Scientific research heavily relies on the exchange of ideas, knowledge and information. Thus, access to academic papers and scientific results is crucial for scholars and the broader public. In light of the current academic publishing system, the authors present the so-called secondary publication right. They discuss possible ways of implementing such a right in the Swiss normative system and address both benefits and challenges.



© Dario Haux, Georg Fischer