



UZH, RWI, Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL),  
Rämistrasse 74 / 49, CH-8001 Zürich

---

**Prof. Dr. iur. Florent Thouvenin**

Telefon +41 44 634 59 97  
florent.thouvenin@rwi.uzh.ch

**Prof. Dr. iur. Daniel Hürlimann**

Assistenzprofessor, Universität St. Gallen  
Telefon + 41 71 224 34 67  
daniel.huerlimann@unisg.ch

Zürich, 31. März 2016

### **Revision des Urheberrechts: Wissenschaftsschranke und Zweitveröffentlichungsrecht**

Mit dem Vorentwurf für ein revidiertes URG wird zu Recht erkannt, dass die Anliegen der Wissenschaft im Gesetz besser berücksichtigt werden müssen. Dies kommt namentlich im Vorschlag für eine Schrankenbestimmung zum Ausdruck, mit der die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung in einem gewissen Umfang erlaubt werden soll. Diese Schranke ist allerdings viel zu eng gefasst und schafft mehr Probleme als sie zu lösen vermag. Nicht aufgegriffen wird im Vorentwurf zudem die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass die Fachkreise und die allgemeine Öffentlichkeit möglichst einfach und kostengünstig Zugang zu den wissenschaftlichen Publikationen erhalten, welche die Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschung enthalten. Mit der vorliegenden Stellungnahme wird deshalb die Einführung einer breit gefassten Wissenschaftsschranke und eines Zweitveröffentlichungsrechts für wissenschaftliche Werke gefordert.

#### **Zur Wissenschaftsschranke**

Der Vorschlag für die Einführung einer Schranke zur „Verwendung von Werken zu wissenschaftlichen Zwecken“ (Art. 24d VE-URG) nimmt zwar ein wichtiges Anliegen auf, verwirklicht dieses aber zu wenig konsequent und schafft die Gefahr, dass die schrankenprivilegierte Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung im Ergebnis beschränkt, statt ausgedehnt wird. Freigestellt werden sollen nach dem Regelungsvorschlag nur die Vervielfältigung und die Bearbeitung von Werken, wenn sie durch die Anwendung eines technischen Verfahrens bedingt sind. Erfasst werden soll damit namentlich das sog. Text und Data Mining. Nicht freigestellt werden hingegen Vervielfältigungen, die nicht durch ein technisches Verfahren bedingt sind, sondern bspw. erstellt werden, um sich einen Überblick über den Stand der Forschung zu einer bestimmten Fragestellung zu verschaffen. Diese (und weitere) Handlungen werden heute nach allgemeiner Ansicht der Lehre durch die Schranke des Eigengebrauchs – je nach Auffassung als Privatgebrauch oder als interner Gebrauch – freigestellt (Art. 19 Abs. 1 lit. a oder lit. c URG). Die Einführung einer eng gefassten „Wissenschaftsschranke“ im Sinne von Art. 24d VE-URG schafft damit die Gefahr, dass die neue Bestimmung *e contrario* dahingehend ausgelegt werden könnte, dass die Verwendung von Werken zu wissenschaftlichen Zwecken abschliessend durch diese „Wissenschaftsschranke“ geregelt wird und die Schranke des Eigengebrauchs nicht mehr greifen soll. Im Sinne eines Minimums sollte deshalb in der Botschaft unbedingt klargestellt werden, dass eine solche Einschränkung der Nutzung von Werken zu wissenschaftlichen Zwecken vom Gesetzgeber in keiner Weise beabsichtigt ist, dass also die Schranke des Eigengebrauchs auch weiterhin auf die Werknutzung zu Forschungszwecken angewendet werden kann.



Besser als eine blosser Klarstellung in der Botschaft wäre hingegen, die inhaltlich zu eng und gegenüber künftigen Forschungsmethoden zu wenig offen gefassten Regelung in Art. 24d VE-URG fallen zu lassen und durch eine inhaltlich offene Regelung in Art. 19 URG zu ersetzen, namentlich durch die Einführung eines kurzen Passus in Art. 19 Abs. 1 lit. b URG. Dabei könnte zugleich die heute im Gesetzeswortlaut vorgesehene, nach unbestrittener Ansicht aber zu eng gefasste Beschränkung des Schulgebrauchs auf den Gebrauch durch die Lehrperson aufgehoben werden. Art. 19 Abs. 1 lit. b URG sollte damit neu wie folgt lauten:

(Veröffentlichte Werke dürfen zum Eigengebrauch verwendet werden. Als Eigengebrauch gilt:)  
**jede Werkverwendung für den Unterricht und zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung.**

### **Zum Zweitveröffentlichungsrecht**

Die Universitäten und der Schweizerische Nationalfonds setzen sich schon seit vielen Jahren für Open Access ein. Den Bemühungen steht aber die Tatsache entgegen, dass in den meisten Fällen sämtliche Rechte an wissenschaftlichen Werken an die Verlage abgetreten werden. Als Folge dieser Abtretung verletzen die Autorinnen und Autoren die Urheberrechte ihrer Verlage, wenn sie ihre eigenen Publikationen auf ihrer eigenen Website oder in einem Forschungsnetzwerk (z.B. SSRN) zugänglich machen. Dasselbe gilt für die Universitäten, wenn sie Publikationen im Volltext in ihre Repositorien (z.B. ZORA an der UZH) aufnehmen. Vor diesem Hintergrund sehen sich viele Autoren und Repositorien gezwungen, auf die Aufschaltung ihrer Publikationen im Internet zu verzichten. Andere nehmen das Risiko – bewusst oder unbewusst – in Kauf, von einem Verlag auf Unterlassung oder gar auf Schadenersatz verklagt zu werden. Verschiedene Länder, darunter auch Deutschland, haben deshalb ein sog. Zweitveröffentlichungsrecht eingeführt. Damit soll den Urhebern wissenschaftlicher Beiträge das Recht eingeräumt werden, diese nach einer gewissen Frist auf der eigenen Webseite, in einem Forschungsnetzwerk oder in einem universitären Repository zugänglich zu machen. Die Einführung eines solchen Zweitveröffentlichungsrechts wird im Rahmen der laufenden Vernehmlassung verschiedentlich gefordert, so namentlich von *swissuniversities*. Mit der vorliegenden Stellungnahme soll in Ergänzung zu derjenigen von *swissuniversities* ein konkreter Regelungsvorschlag vorgelegt werden.

Das schweizerische Obligationenrecht (OR) sieht vor, dass die Rechte des Urhebers nur insoweit und für so lange auf den Verleger übertragen werden, als es für die Ausführung des Verlagsvertrags erforderlich ist (Art. 381 Abs. 1 OR). Diese Bestimmung kann jedoch vertraglich abgeändert werden. Von dieser Möglichkeit machen die Verlage in aller Regel auch Gebrauch, indem sie sich die Urheberrechte in Standardverträgen oder über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) vollumfänglich übertragen lassen. Um dies künftig zu verhindern und damit sicherzustellen, dass wissenschaftliche Publikationen der interessierten Öffentlichkeit frei zugänglich gemacht werden können, soll eine neue, zwingende Bestimmung im OR eingeführt werden. Konkret schlagen wir vor, Art. 381 OR durch den folgenden Absatz zu ergänzen:

#### **Art. 381 Abs. 2 OR (neu):**

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



Zu den einzelnen Begriffsmerkmalen und zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist festzuhalten:

**Beitrag für eine wissenschaftliche Zeitschrift oder ein wissenschaftliches Sammelwerk:** Vom zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht erfasst werden nur Beiträge, die in Zeitschriften oder Sammelwerken publiziert werden, nicht aber Monografien sowie Lehrbücher und dergleichen. Letztere könnten, anders als Zeitschriften und Sammelbände, von einem Verlag kaum noch gewinnbringend publiziert werden, wenn die Volltexte auch öffentlich zugänglich wären. Damit im Streitfall nicht die Wissenschaftlichkeit eines einzelnen Beitrags beurteilt werden muss, wird der Anwendungsbereich des Zweitveröffentlichungsrechts durch den wissenschaftlichen Charakter der Zeitschrift bzw. des Sammelwerkes definiert.

**Finanzierung mit öffentlichen Mitteln:** Die innere Begründung für das zwingende Zweitveröffentlichungsrecht liegt unter anderem darin, dass Publikationen, die mit öffentlichen Mitteln finanziert wurden, der Öffentlichkeit auch unentgeltlich zugänglich sein sollten. Die heutige Rechtslage führt dazu, dass Universitäten oft zweimal zahlen müssen: Zunächst bezahlen Sie die Löhne ihrer Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, damit diese Forschung betreiben können und dann die Verlage, damit sie die Ergebnisse dieser Forschung auch nutzen können. Als öffentliche Mittel gelten die Finanz- und Sachmittel öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten sowie privatrechtlicher juristischer Personen, deren Tätigkeit in erster Linie aus Steuergeldern finanziert wird. Darunter fallen insbesondere die kantonalen Universitäten, die eidgenössischen Hochschulen und Forschungsanstalten sowie der schweizerische Nationalfonds.

**Unentgeltlich öffentlich zugänglich machen:** Das Recht auf Zugänglichmachung erfasst in erster Linie das Aufschalten von Werken auf einer Website, bspw. über einen Link in der Publikationsliste. Das Zweitveröffentlichungsrecht besteht nur, wenn der Beitrag für jedermann 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. Da wissenschaftliche Publikationen regelmässig unmittelbar nach ihrem Erscheinen auf besonderes Interesse stossen, schlagen wir vor, das Zweitveröffentlichungsrecht nicht an den Ablauf einer bestimmten Frist nach der Publikation des Beitrags in einer Zeitschrift oder in einem Sammelwerk zu binden. Die Autoren können ihre Beiträge damit jederzeit, namentlich schon vor Einreichung bei einem Verlag, unentgeltlich öffentlich zugänglich machen.

**Internationales Verhältnis:** Die meisten wissenschaftlichen Beiträge von schweizerischen Autorinnen und Autoren, die das Zweitveröffentlichungsrecht erfasst, werden nicht bei schweizerischen, sondern bei ausländischen Verlagen publiziert. Diese werden ihre Verlagsverträge regelmässig durch eine Rechtswahl ausländischem Recht unterstellen. Selbst wenn keine Rechtswahl erfolgt, ist nach schweizerischer Auffassung auf Verlagsverträge das Recht am Sitz des Verlags anwendbar. Damit besteht die Gefahr, dass das Zweitveröffentlichungsrecht trotz seines zwingenden Charakters in einem internationalen Verhältnis keine Anwendung findet. Das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) sieht allerdings vor, dass gewisse Bestimmungen des schweizerischen Rechts auch dann zwingend anzuwenden sind, wenn im Übrigen ausländisches Recht anzuwenden ist (Art. 18 IPRG), sog. „*loi d'application immédiate*“. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine Bestimmung aufgrund ihrer besonderen Zwecksetzung ausschliessliche Geltung beansprucht, etwa weil sie im öffentlichen Interesse erlassen wurde oder weil sie dem Sozialschutz dient. Beides ist hier der Fall. Zum einen soll das Zweitveröffentlichungsrecht sicherstellen, dass mit öffentlichen Mitteln finanzierte Forschung der Öffentlichkeit zugänglich ist; zum andern soll die zwingende Natur der Norm verhindern, dass der Autor oder die Autorin das Recht auf Zweitveröffentlichung auf den Verleger überträgt, weil er bzw. sie bei den Vertragsverhandlungen keine ausreichende Verhandlungsmacht hat. Auch wenn die Qualifikation einer Norm als „*loi d'application immédiate*“ nur mit Zurückhaltung erfolgen darf, erscheint diese hier unumgänglich, weil der Zweck der Norm sonst in der Mehrzahl der Fälle nicht erreicht werden könnte. Um Unklarheiten zu



vermeiden sollte der Bundesrat in der Botschaft, die mit dem Gesetzesentwurf veröffentlicht wird, ausdrücklich festhalten, dass das Zweitveröffentlichungsrecht als "*loi d'application immédiate*" zu qualifizieren ist.

---

Prof. Dr. Florent Thouvenin  
Ausserordentlicher Professor für Informations-  
und Kommunikationsrecht, Universität Zürich

---

Prof. Dr. Daniel Hürlimann  
Assistenzprofessor für Informationsrecht,  
Universität St. Gallen

---

Prof. Dr. Bertil Cottier  
Ordinarius, Fakultät der Kommunikationswissen-  
schaften, Università della Svizzera italiana

---

Prof. Dr. Blaise Carron  
Ordinarius für Privatrecht, Université de Neuchâtel