



Kellerhals
Carrard

Gutachten

**zum zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht als Mittel zur
Umsetzung einer nationalen Open Access-Strategie**

Kellerhals Carrard

Dr. Daniel Alder / Dr. Thomas Bähler / Barbara Fritschi

9. Dezember 2025

Abstract

In der Schweiz können wissenschaftliche Forschungsergebnisse gemäss der freien Entscheidung der Forschenden publiziert und verbreitet werden. Sie bestimmen als Urheber:innen, wann und wie ihre Forschungsergebnisse verwendet werden. Ihre Zusammenarbeit mit (Wissenschafts-)Verlagen erfolgt traditionell auf der Grundlage der freien Vertragswahl, sodass die Parteien die Bedingungen individuell aushandeln können. Diese Flexibilität ermöglicht es, auf die Bedürfnisse verschiedener Wissenschaftsdisziplinen und Interessen spezifisch einzugehen. Sie hat in der Schweiz eine lange und erfolgreiche Zusammenarbeit von Wissenschaft und Privatwirtschaft ermöglicht; sie basiert auf den Bestimmungen zum «Verlagsvertrag» (Art. 380 ff. OR). Darin ist bereits heute – wie in den angrenzenden Nachbarländern Deutschland und Österreich – ein Zweitveröffentlichungsrecht für grössere Beiträge an Zeitschriften mit einer Karenzfrist von drei Monaten nach dem Erscheinen geregelt (Art. 382 OR).

Swissuniversities (Konferenz der Rektorinnen und Rektoren der Schweizerischen Hochschulen) und der Schweizerische Nationalfonds (SNF) beabsichtigen das geltende (nicht zwingende) Zweitveröffentlichungsrecht und die damit verbundene Praxis in der Schweiz zu ändern. Sie berufen sich dabei auf eine Open-Access-Strategie, die – anders als in den deutschsprachigen Nachbarländern – einen Paradigmenwechsel vorsieht: *Wissenschaftliche Forschungsergebnisse, die teilweise oder gänzlich auf öffentlich finanziert Foschung basieren, sollen frei zugänglich sein.* Dies soll durch ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht im Obligationenrecht durchgesetzt werden. Damit werden die freie Vertragswahl und die Flexibilität der aktuellen Praxis wesentlich eingeschränkt, was bedeutende Fragen hinsichtlich der Zukunft des wissenschaftlichen Publizierens in der Schweiz aufwirft.

Das zwingende Zweitveröffentlichungsrecht soll wissenschaftlichen Autor:innen erlauben, ihre Forschungsergebnisse parallel oder nachgelagert zur Erstveröffentlichung – für die Leserschaft kostenfrei - zugänglich zu machen. Der Zwang besteht darin, dass dieses Recht dem Wesen des Verlagsvertrags gemäss Art. 380 ff. OR entgegensteht und künftig auch nicht wegbedungen werden darf – selbst dann nicht, wenn beide Vertragsparteien dies für zweckmässig erachten würden. Art. 381 OR sieht vor: *Die Rechte des Urhebers werden insoweit und auf so lange dem Verleger übertragen, als es für die Ausführung des Vertrages erforderlich ist.* Mit dem beabsichtigten Zwangseingriff in diesen Kerngehalt des «Verlagsvertrages» wird das Gleichgewicht der Interessen zwischen den Vertragsparteien so grundlegend umgestaltet.

Mit der Einführung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts für wissenschaftliche Publikationen als Mittel zur Umsetzung einer nationalen Open Access-Strategie ergeben sich rechtliche und ökonomische Problemstellungen, die das vorliegende Gutachten beleuchtet. Bei der Forderung nach einer weiteren gesetzlichen Regulierung bleiben mehrere zentrale Kriterien ausgeklammert, die gegen

die unnötige Implementierung von weiteren zwingenden Normen ins Vertragsrecht sprechen:

Wirtschaftlichkeit: Verlage übernehmen auf eigenes unternehmerisches Risiko die Qualitätssicherung, die Aufbereitung, die Herstellung, die Digitalisierung und die Verbreitung von Forschungsergebnissen. Sie geben ihnen in Form von Publikationen Gestalt und Sichtbarkeit und halten sie lieferbar. Das Argument, dass die öffentliche Hand doppelt zahlt – einmal für die Forschung und einmal für den Erwerb der Publikationen – greift insofern zu kurz, als mit dem Kaufpreis für Verlagsprodukte nicht ein zweites Mal für die Forschungsergebnisse bezahlt wird, sondern für das Endprodukt, das die Verlage weitestgehend auf eigene Kosten und eigenes Risiko realisieren. Das Prinzip der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit, nach dem öffentliche Mittel effizient eingesetzt werden müssen, wird in Form des zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts zu einer Marktverfälschung führen und die Kosten für die öffentliche Hand erhöhen, da die Preise für Verlagsprodukte steigen und eigene verlegerische Parallelstrukturen finanziert werden müssen.

Rechtssicherheit: Ein weiteres Argument der Befürworter des zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts ist, dass Autor:innen ihre Urhebernutzungsrechte in Verlagsverträgen abtreten und oft nicht wüssten, ob sie ihre Texte anderweitig veröffentlichen dürfen. Diese Darstellung berücksichtigt jedoch nicht die differenzierte Praxis der Verlage, die gerade bei Zeitschriften i.d.R. auf schriftliche Verträge verzichten, sodass die aktuell gültige dispositive Regelung des Obligationenrechts greift. Insbesondere aber sprechen sich viele Forschende und Institutionen für eine geordnete Veröffentlichung durch einen etablierten Verlag aus, damit ihre Forschungsergebnisse vor dem unkontrollierten Zugriff durch künstliche Intelligenz geschützt sind. Verlagen kommt dabei die Rolle als Wächter der Urheberrechte noch stärker als bisher zu.

Kartellrechtliche Bedenken: Ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht wird zu einer Marktverfälschung führen, da öffentlich-rechtlich finanzierte Repositorien und Open-Access-Zeitschriften im Verhältnis zu nicht öffentlich-rechtlich finanzierten Forschungspublikationen zu Preiskämpfen unterhalb der Selbstkostenschwelle führen könnten. Dies wird die Wettbewerbsfähigkeit der Verlage beeinträchtigen. Ein staatlicher Eingriff ohne Vorliegen eines Marktversagens ist nicht gerechtfertigt.

Verfassungsrechtliche Schranken: Die Wissenschaftsfreiheit der Forschenden und die Wirtschaftsfreiheit von Autor:innen und Verlagen werden durch ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht eingeschränkt, indem Wissenschaftsautor:innen nicht mehr über das Wann und Wo bzw. die Ausschliesslichkeit ihrer Publikation bestimmen können. Die Publikationsfreiheit, ihre Beiträge in der von ihnen präferierten, besonders renommierten Zeitschrift veröffentlichen zu können, wird faktisch eingeschränkt, wenn eine Parallelpublikation in öffentlich-

rechtlich finanzierten Repositorien erfolgt, so dass sich die verlegerische Betreuung und das Vertriebsmarketing für das Werk für die Verlage dieser Zeitschriften ökonomisch nicht mehr rechnen.

Internationale Vergleichbarkeit: Andere Länder wie Deutschland und Österreich kennen im Ergebnis weniger weitgehende Regelungen für das Zweitveröffentlichungsrecht. Jedenfalls im deutschsprachigen Raum fallen Monographien und Lehrbücher nicht unter das zwingende Zweitveröffentlichungsrecht, und es gibt (längere) Karentzfristen. Relevant ist zudem, dass diese Länder das Zweitveröffentlichungsrecht im Urheberrecht und nicht – wie für die Schweiz ins Auge gefasst – im Verlagsvertragsrecht geregelt haben. Soweit auf einen Verlagsvertrag mit einem ausländischen Verlag nach den geltenden Kollisionsregeln des Schweizer IPRG das Verlagsvertragsrecht eines dieser Staaten anwendbar ist, verschafft dieses Verlagsvertragsrecht den Autor:innen daher ebenso wenig ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht, wie Rechtsordnungen, welche gar kein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht kennen. Durch die am Urheberrecht anknüpfenden ausländischen Regelungen führt eine zwingende Bestimmung im Schweizer Verlagsvertragsrecht im Ergebnis zu einer Bevorteilung ausländischer Grossverlage und (trotz der Aufwendung von inländischen Steuergeldern) zu einer Schwächung der schweizerischen KMU-Verlage, was auch den Wissenschaftsstandort Schweiz beeinträchtigen wird.

Branchenvereinbarungen: Ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht wird zu einer Marktverfälschung führen, die Wettbewerbsfähigkeit der Verlage beeinträchtigen und es werden die Kosten für die öffentliche Hand durch den mutmasslich dann erforderlichen Aufbau eigener verlegerischer Kapazitäten erhöht. Flexible Vertragslösungen erscheinen daher wirtschaftlich effizienter und gerechter. Wettbewerb und bisherige Marktmechanismen haben einen wesentlichen Beitrag zur Qualität der Inhalte beigetragen. Staatliche Finanzierung (Solidarprinzip anstelle Verbraucherprinzip) niederschwelliger öffentlicher Verlagsinfrastrukturen gefährdet jedoch langfristig die Qualität der Inhalte. Anstelle eines zwingenden Gesetzesrechts bieten Branchenvereinbarungen eine flexiblere und anpassungsfähigere Lösung, die den Bedürfnissen der verschiedenen Fachdisziplinen und Forschungsinstitutionen besser gerecht wird. Dabei gilt es zu beachten, dass naturwissenschaftliche Forschungsergebnisse und geisteswissenschaftliche Erkenntnisse grundlegend anderer Art sind – diesem Unterschied soll bei der Veröffentlichungspraxis möglichst entsprochen werden.

INHALTSVERZEICHNIS

I.	AUSGANGSLAGE	6
II.	LEISTUNGEN DER VERLAGE	7
III.	ABTRETUNG VON URHEBERNUTZGSRECHTEN IN DER VERLAGSPRAXIS	8
A.	Grundsatz	8
B.	Dispositive gesetzliche Regelung	9
C.	Zeitschriften	10
D.	Bücher	10
E.	Aufspaltung der Publikationslandschaft in öffentlich finanzierte Forschungsarbeiten und andere wissenschaftliche Publikationen	13
IV.	KARTELLRECHTLICHE SCHRANKEN	13
V.	VERFASSUNGSRECHTLICHE SCHRANKEN	14
VI.	INTERNATIONALES UMFELD	15
A.	Zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht im europäischen Umfeld der Schweiz	15
B.	Durchsetzung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts der Schweiz in internationalen Rechtsverhältnissen	15
C.	Exkurs: Gerichtsstandsvereinbarungen und Rechtswahlklauseln	18
D.	Ergebnis	19
VII.	BRANCHENVEREINBARUNGEN STATT ZWINGENDES GESETZESRECHT	19
VIII.	FAZIT	21

I. Ausgangslage

- 1 Swissuniversities und SNF fordern, dass wissenschaftliche Publikationen, die auf einer öffentlich finanzierten Forschungstätigkeit basieren, für jedermann frei zugänglich sein sollen, m. a. W.: sie sollen Open Access publiziert werden müssen.¹ Um dies sicherzustellen, wird die Verankerung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts im Obligationenrecht gefordert.²
- 2 Diese Forderung wird unter anderem auf folgende Argumente abgestützt:
 1. Es wird postuliert, dass die öffentliche Hand sonst doppelt zahle: einmal für die Finanzierung der Forschung und einmal, um die Publikationen, in denen die Forschungsergebnisse präsentiert werden, für die Hochschulbibliotheken einzukaufen.³ Diese Argumentation greift allerdings zu kurz. Mit dem Kaufpreis, den die Bibliotheken für Verlagsprodukte entrichten, wird – sieht man von allfälligen Autorenhonoraren ab – nicht ein zweites Mal für die *Forschungsergebnisse* bezahlt, sondern es handelt sich dabei um den Preis, den die Verlage als privatwirtschaftliche Akteure unter marktwirtschaftlichen Bedingungen für das von ihnen auf eigene Kosten und eigenes Risiko realisierte *Endprodukt* am Markt verlangen können. Dieses Endprodukt resultiert aus der verlegerischen Tätigkeit (i.S.v. Art. 380 und 384 Abs. 1 OR), deren Sinn, Zweck und Wert den Urhebern bewusst und von ihnen ausdrücklich gesucht ist, ansonsten sie ihr Werk gar nicht erst in Verlag geben würden.
 2. Als weiteres Argument pro zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht wird vorgebracht, dass die Autor:innen in der Regel ihre Urhebernutzungsrechte in Verlagsverträgen den Verlagen abtreten würden, und dass sie überdies teilweise nicht wüssten, ob sie berechtigt seien, ihren Text auf ihrer Website oder im Hochschulrepository zu veröffentlichen. Aus Gründen der Rechtsicherheit brauche es daher die gesetzliche Verankerung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts.⁴ Diese pauschale Darstellung trägt der differenzierten Praxis der Verlage nicht Rechnung, die gerade im Bereich der Zeitschriften in der Regel auf schriftliche (Verlags-)verträge verzichtet, so dass die dispositive Regelung des Obligationenrechts greift (siehe dazu unten Rz. 13).
 3. In beschaffungsrechtlicher Hinsicht wird vorab das Prinzip der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit angeführt, nach dem die öffentlichen Mittel wirtschaftlich eingesetzt werden müssen und den Bürger:innen der beste «Return on In-

¹ Siehe SWISSUNIVERSITIES/SNF, Nationale Schweizer Strategie Open Access, Revidiert in 2024 (nachfolgend zit.: *Open Access*), S. 3.

² SWISSUNIVERSITIES/SNF, *Open Access*, S. 18; vgl. auch FLORENT THOUVENIN et al., Regulatory Framework: Zweitveröffentlichungsrecht und Open Access als regulatorische Herausforderung, Zürich/Fribourg/Genf/Lugano/Zürich, 9. Oktober 2023 (nachfolgend zit.: *Regulatory Framework*), S. 16 f.

³ FLORENT THOUVENIN et al., *Regulatory Framework*, S. 8.

⁴ THOUVENIN et al., *Regulatory Framework*, S. 9.

vestment» geboten werden soll. Wird der Zugang zu öffentlich-rechtlich mitfinanzierten Publikationsleistungen über Gebühr beschränkt oder verteuert, kann darin ein ineffizienter Einsatz staatlicher Ressourcen gesehen werden, der dem Prinzip der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit nicht standhält⁵. Unerwähnt bleiben die gleichwertig zu handhabenden Vergabekriterien nach Art. 2 lit. a bis lit. d BöB/IVöB, der Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung sowie der Förderung des fairen Wettbewerbs. Dass ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht zu einer Ungleichbehandlung der betroffenen Akteure im (Fach-)verlagswesen bzw. zu einer Marktverfälschung führen kann, wird im Folgenden ebenfalls aufzugreifen sein (dazu unten Rz. 21 f.).

II. Leistungen der Verlage

- 3 Verlage verlegen Werke. Was das bedeutet, ist in Art. 384 Abs. 1 OR umschrieben: Verlage vervielfältigen das Werk in «**angemessener Ausstattung**», sorgen für «**gehörige Bekanntmachung**» und verwenden die «üblichen Mittel für den **Absatz**». Verlagsseitig spiegeln sich diese Pflichten u.a. in den Aufgabenkreisen der Projektleitung, der Herstellung, des Marketings und des Vertriebs. Das finanzielle Risiko hierfür trägt der Verlag.
- 4 Art. 384 Abs. 2 OR sieht als Teil der Regelung des Vertriebs vor, dass die Preisbestimmung vom Ermessen des Verlags abhänge (wobei der Absatz nicht durch einen übermässigen Preis erschwert werden darf). Dieses «Preisbestimmungsrecht» ist das Gegenstück dazu, dass der Verlag das finanzielle Risiko von Vervielfältigung und Vertrieb des Werkes trägt.⁶ Der Markt für Fachpublikationen ist naturgemäß kleiner als beispielsweise der Markt für Unterhaltungsliteratur und grundsätzlich nicht über die Community der Fachleute hinaus erweiterbar. Die Argumentation, dass den Interessen der Verlage Rechnung getragen werde, wenn ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht nur das *unentgeltliche* Zugänglichmachen erlaube,⁷ greift daher insofern zu kurz, als dadurch zwar verhindert wird, dass der Autor durch entgeltliche Verbreitung der auf Kosten des Verlags veredelten Daten den Erlös abschöpft. Jedoch wird gerade der Umstand, dass ein Text für jedermann kostenfrei zugänglich ist, den *Absatzmarkt* für kostenpflichtige Verlagsexemplare verkleinern bzw. allenfalls sogar jeglichen Absatz solcher Exemplare verunmöglichen.
- 5 Soweit sich der Absatzmarkt nur verkleinert und dementsprechend die Herstellung eines Verlagsprodukts noch infrage kommt, dürften die Preise für das Verlagsprodukt angesichts der sinkenden Zahl absetzbarer Werke steigen. Gleichzeitig besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Hochschulbibliotheken diese

⁵ THOUVENIN et al., Regulatory Framework, S. 71.

⁶ Vgl. ZK-HOCHREUTENER, Art. 384 N. 33.

⁷ THOUVENIN et al. Regulatory Framework, S. 32.

Werke auch künftig für ihre Nutzer anschaffen, selbst wenn diese das Werk auch frei im Internet abrufen könnten. Somit würde die vermeintliche «Doppelzählung» für die Forschungstätigkeit einerseits und die Anschaffung des Verlagswerks andererseits nicht enden, nur weil das Werk im Internet frei verfügbar ist. Die höheren Preise der Verlagsprodukte würden jedoch auch die Bibliotheken treffen, sodass für die öffentliche Hand unter dem Strich die Kosten bei Einführung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts eher steigen dürften.

- 6 Fraglich ist weiter, ob die Hochschulbibliotheken tatsächlich auf den Erwerb von Lizzenzen zu verlagsübergreifenden Plattformen verzichten würden, in denen rasch und effizient in einem grossen Reservoir verschiedenster Texte aus Praxis und Wissenschaft – auch nicht öffentlich finanziert – zu einem bestimmten Fach recherchiert werden kann.
- 7 Solche Datenbanken werden im Übrigen attraktiver, wenn möglichst viel dessen, was in einem Fachgebiet relevant ist, über die Suche in der gleichen Datenbank erschlossen werden kann. In der Rechtswissenschaft beispielsweise beinhalten solche Datenbanken nebst den Werken von Autor:innen oft auch (im Internet frei zugängliche und gemäss Art. 5 URG urheberrechtlich nicht geschützte) Gesetzes- texte und Gerichtsurteile.
- 8 Die gesetzliche Verankerung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts könnte die nicht intendierte Folge haben, dass die öffentlichen Bibliotheken weiterhin kostenpflichtige Abonnements der Plattformen erwerben, diese Plattformen aber ihr Angebot anreichern können durch Texte, die ihnen von Autor:innen gestützt auf das zwingende Zweitveröffentlichungsrecht zur Verfügung gestellt werden, was die Autor:innen nach der geplanten Regelung vermutlich dürften, solange sie die Texte der Plattform *unentgeltlich* zur Verfügung stellen und die Plattformbetreiber diejenigen Texte, die sie aufgrund des zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts vom Autor erhalten haben, auch ausserhalb der Bezahl- schanke zugänglich machen. Die Plattform wird durch das entsprechend breitere Angebot attraktiver, der Plattformbetreiber kann also profitieren und allenfalls sogar die Abonnements- bzw. Nutzungsgebühren für die nun zu effizienten Recherchen noch nützlichere Plattform erhöhen, ohne dass der Plattform irgendwelche Kosten für das breitere Angebot entstanden sind.

III. Abtretung von Urhebernutzungsrechten in der Verlags- praxis

A. Grundsatz

- 9 Art. 381 Abs. 1 OR regelt, dass die Rechte des Urhebers insoweit und so lange dem Verleger übertragen werden, als es für die Ausführung des Verlagsvertrags

erforderlich ist. M.a.W. soll eine Urheberrechtsübertragung in dem Masse erfolgen, als es der Zweck rechtfertigt.⁸

- 10 Dem Verlag *weniger* Rechte zu übertragen, als für die Ausführung des Vertrags erforderlich ist, würde ohnehin weder für den Verlag noch für den Autor Sinn machen. Denn wenn der Verlag nicht über die Rechte verfügt, die er für die Ausführung des Vertrags benötigt, führt das konsequenterweise dazu, dass er den Vertrag gar nicht erfüllen kann, was sicherlich nicht im Interesse des Verlaggebers ist. Zweck des Verlagsvertrags ist es schliesslich, dass der Verleger das Werk vervielfältigt und in Vertrieb setzt (Art. 380 OR). Dabei wird je nach Werk nebst dem Urheberrecht für eine Printausgabe auch das Recht für (bestimmte) digitale Verwertungen übergehen. Zu denken ist dabei beispielsweise an den Fall, dass ein Autor einen Beitrag zu einer konkreten Zeitschrift in Verlag gibt, die sowohl als Printausgabe, als auch als Digitalausgabe erscheint. Hier wird der Vertragszweck realistischerweise immer beide Ausgaben umfassen und entsprechend werden – auch ohne explizite Erwähnung – die Urheberrechte sowohl für die Print- als auch für die digitale Ausgabe auf den Verlag übergehen.
- 11 Mit der Übertragung der notwendigen Urheberrechte verschafft der Verlaggeber dem Verleger ein sogenannt absolutes Recht, d.h. ein Recht, das der Verlag – wie ein Eigentümer einer Sache – gegenüber jedermann, also auch gegenüber dem Verlaggeber, geltend machen kann.⁹ Soweit also die Urheberrechte auf den Verlag übergegangen sind, darf auch der Verlaggeber selbst nicht mehr über das Werk verfügen. Zwar ist es grundsätzlich denkbar, dem Verlag gar keine Urheberrechte, sondern nur eine – allenfalls nicht exklusive Lizenz – zu übertragen, falls diesbezüglich eine Einigung mit dem Verlag erzielt werden kann. Allerdings ist in der Lehre umstritten, ob es sich dann noch um einen Verlagsvertrag i.S. von Art. 380 ff. OR oder um einen Lizenzvertrag handelt.¹⁰

B. Dispositive gesetzliche Regelung

- 12 Art. 382 OR enthält eine dispositive Regelung, die regelt, ab wann der Verlaggeber wieder über sein Werk verfügen kann. Die Regelung beinhaltet eine den verschiedenen Werkkategorien Rechnung tragende Abstufung und konkretisiert insofern den Grundgedanken von Art. 381 Abs. 1 OR, wonach die Urheberrechte nur, aber immerhin, so lange auf den Verlag übertragen werden, als dies für den jeweiligen Verlagsvertrag nötig ist.¹¹ Da auch eine solche abgestufte Regelung notgedrungen schematisch ist und nicht jedem konkreten Fall gerecht wird, ist es sinnvoll, dass die Regelungen von Art. 382 OR dispositiv sind, denn nur so ist es möglich, durch vertragliche Regelungen dafür zu sorgen, dass die Urheberrechte so lange beim Verlag bleiben, wie es effektiv erforderlich ist. Nichtsdestotrotz ist

⁸ ZK-HOCHREUTENER, Art. 381 N 9.

⁹ SHK URG-DE WERRA, Art. 16 N 7.

¹⁰ Vgl. ZK-HOCHREUTENER, Art. 381 N 37, die darin keinen Verlagsvertrag mehr sieht, und die gegenteilige Auffassung in BSK OR I-Hilty, Art. 381 N 2.

¹¹ Vgl. ZK-HOCHREUTENER, Art. 382 N 14.

aber festzustellen, dass die vom Gesetzgeber getroffene dispositive Regelung den Interessen der verschiedenen Beteiligten auf weiten Strecken offensichtlich sehr gut entspricht, wie nachfolgend dargelegt wird.

C. Zeitschriften

- 13 Wie gut das geltende Verlagsvertragsrecht den Interessen der Parteien Rechnung trägt, zeigt sich daran, dass die Schweizer Fachverlage im Bereich Zeitschriften mit den Autor:innen in aller Regel *keine schriftlichen Verlagsverträge abschließen*, in denen Abweichungen vom dispositiven Gesetzesrecht vereinbart würden. Es kommt folglich mit Bezug auf Beiträge in Fachzeitschriften schweizerischer Verlage in aller Regel das dispositivo Gesetzesrecht zur Anwendung, das vorsieht, dass kleine Beiträge sofort und grössere Beiträge nach einer Karenzfrist von drei Monaten ab Veröffentlichung anderweitig publiziert werden können (Art. 382 Abs. 2 und 3 OR). Dabei wird allerdings in der Lehre teilweise die Auffassung vertreten, dass (entgegen dem Gesetzeswortlaut) nicht auf die Länge der Beiträge abzustellen sei, sondern darauf, ob es sich um aktualitätsbezogene Berichterstattung oder um vertieftere Themenbehandlung handelt. Für Letztere, zu der wissenschaftliche Beiträge gezählt werden, wird die dreimonatige Karenzfrist als anwendbar betrachtet.¹²
- 14 Das Argument, dass Autor:innen oft nicht sicher seien, ob sie ihre Beiträge veröffentlichen dürften, weshalb mit einem *zwingenden* Zweitveröffentlichungsrecht Rechtssicherheit zu schaffen sei¹³, verfängt jedoch nicht. Soweit nämlich diese Unsicherheit mangels Abschlusses eines schriftlichen Verlagsvertrags aus der Unkenntnis des dispositiven Gesetzesrecht resultiert, ist nicht einzusehen, warum diese Autor:innen dann von einer zwingenden Gesetzesbestimmung eher Kenntnis haben sollten.

D. Bücher

- 15 Während Beiträge zu Sammelwerken genauso wie grössere Beiträge zu Zeitschriften qua dispositivem Gesetzesrecht ebenfalls nach Ablauf von drei Monaten frei anderweitig veröffentlicht werden dürfen, sieht das dispositivo Gesetzesrecht für alle Werke in Art. 382 Abs. 1 OR vor, dass der Autor sein Werk (oder Teile davon), solange es noch nicht vergriffen ist, nur dann anderweitig veröffentlichen darf, soweit dem Verlag daraus keine Nachteile entstehen. Eine solcher Nachteil kann z.B. darin bestehen, dass der Verlag das Werk schlechter verkaufen kann¹⁴, was naturgemäß regelmässig der Fall sein wird, wenn öffentlich (mit)finanzierte wissenschaftliche Werke *standardmässig* umgehend vollumfänglich frei im Internet zur Verfügung gestellt werden, eine Situation, welche die schweizerische Ver-

¹² BSK OR I-HILTY, Art. 382 N 5; HILTY/SEEMANN, Rz. 90 ff.

¹³ THOUVENIN et al. Regulatory Framework, S. 9.

¹⁴ ZK-HOCHREUTENER, Art. 382 N 24.

lagslandschaft heute noch nicht kennt. Zwar hat der SNF in seiner Studie «OAPEN-CH - Auswirkungen von Open Access auf wissenschaftliche Monographien in der Schweiz» den Schluss gezogen, dass sich Open Access weder negativ noch positiv auf die Abverkäufe von Monographien auswirke.¹⁵ Allerdings hält die Studie selbst fest, dass die Ergebnisse angesichts der relativ kleinen Zahl der Pilotbücher und des relativ kurzen Erhebungszeitraums mit Vorsicht zu interpretieren seien.¹⁶ Zudem waren fast die Hälfte der Monographien, die Teil der Studie bildeten, Dissertationen bzw. Habilitationen.¹⁷ Dissertationen und Habilitation bilden – sieht man von eigentlichen Dissertationsverlagen ab – nicht den Kern der Geschäftstätigkeit von Verlagen, da solche Qualifikationsarbeiten von den Verlagen nicht wegen der – in aller Regel sehr überschaubaren – Abverkäufe, sondern zwecks frühzeitiger Autorenbindung verlegt werden. Die Ergebnisse der Studie lassen sich mithin von vorherein nicht verallgemeinern und sind insbesondere nicht auf Werkkategorien wie Lehrbücher, Handbücher, von arrivierten Wissenschaftlern verfasste Monographien etc. auszudehnen. Selbst das aus dem Hochschulbereich stammende Gutachten «Regulatory Framework: Zweitveröffentlichungsrecht und Open Access als regulatorische Herausforderungen» bezweifelt, dass die Ergebnisse der SNF-Studie verallgemeinert werden können und langfristig Bestand haben werden. Vielmehr rechnen auch die Verfasser des genannten Gutachtens damit, dass sich das Nachfrageverhalten mit der Zeit verändern wird, wenn sich die Nachfrager daran gewöhnt haben, dass sie gedruckte Monographien auf frei zugänglichen Plattformen lesen können.¹⁸

¹⁶ Bei Büchern (Monographien, Kommentare, Lexika etc.), deren je nach Ausstattung teilweise hohen Produktionskosten pro Auflage es erfordern, dass der Verlag mit einer langen Laufzeit kalkulieren kann, lassen sich die Verlage in der Regel die Urhebernutzungsrechte für die Print- und oft auch die elektronische Verwertung abtreten, um die kalkulierten Erlöse erzielen zu können. Soll dies durch ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht unterbunden werden, ist daher fraglich, ob solche Werke von Verlagen überhaupt noch rentabel produziert werden können. Insofern ist es im Sinne von Art. 381 Abs. 1 OR *notwendig*, dass bei solchen Werken die Urheberrechte in weitergehendem Mass auf die Verlage übergehen, da ansonsten die mit einem Verlagsvertrag intendierte Vervielfältigung und der Vertrieb dieser Werke für die Verlage aus ökonomischen Gründen nicht mehr möglich ist.

¹⁷ Wenn nun ein sehr weitgehendes *zwingendes* Zweitveröffentlichungsrecht geschaffen würde, bei dem der Verlaggeber unabhängig von der Werkkategorie sofort wieder über sein Werk verfügen und es im Internet frei zugänglich machen kann, würde dies Art. 381 Abs. 1 OR konterkarieren, der nota bene nach einer Lehrmeinung (siehe oben, Rz. 9) bereits zum Schutz des Verlaggebers zwingend

¹⁵ OAPEN-CH - Auswirkungen von Open Access auf wissenschaftliche Monographien in der Schweiz. Ein Projekt des Schweizerischen Nationalfonds (SNF) (nachfolgend zit.: SNF, OAPEN-CH), S. 48.

¹⁶ SNF, OAPEN-CH, S. 27.

¹⁷ Siehe die Auflistung in SNF, OAPEN-CH, S. 78 ff.

¹⁸ THOUVENIN et al. Regulatory Framework, S. 32.

ausgestaltet wurde. Wenn nämlich ein Wissenschaftler einem Verlag diejenigen Urheberrechte, die zur Ausführung des Verlagsvertrags notwendig sind, gar nicht mehr übertragen *kann*, bedeutet das in der Konsequenz, dass das obligationenrechtliche Konzept des Verlagsvertrags für einen erheblichen Teil der wissenschaftlichen Literatur unterlaufen wird.

- 18 Mit einer derart weitgehenden Regelung würde die Schweiz im Übrigen sehr viel weiter als andere Staaten gehen. So fallen beispielsweise in Deutschland und Österreich nicht nur Monographien und Lehrbücher von vornherein nicht unter das zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht, sondern auch Sammelwerke wie Handbücher, Tagungsbände und sogar Jahrbücher sind nicht davon erfasst. Vielmehr werden in diesen Ländern lediglich Beiträge erfasst, die in periodisch und zwar mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlungen erschienen sind. Überdies wird mit zwölf Monaten eine deutlich längere Karenzfrist vorgesehen als nach aktuell geltendem dispositivem Schweizer Recht in Art. 382 Abs. 2 und 3 OR (Österreich: § 37a UrhG; Deutschland: § 38 Abs. 4 UrhG). Hinzukommt, dass sowohl in Österreich als auch in Deutschland das zwingende Zweitveröffentlichungsrecht erst ab einem bestimmten Mass von öffentlicher Finanzierung greift. In Österreich ist es nur anwendbar, wenn der Urheber den Beitrag *als Angehöriger des wissenschaftlichen Personals* einer Forschungseinrichtung verfasste, die mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanziert ist (§ 37a UrhG). Deutschland knüpft dagegen näher bei der konkreten Forschungstätigkeit als solche an und verlangt, dass die Publikation *im Rahmen einer Forschungstätigkeit* verfasst wurde, die mindestens zur Hälfte öffentlich gefördert wurde (§ 38 Abs. 4 UrhG). Siehe zum zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht in anderen Staaten im Einzelnen unten, Rz. 25 f.).
- 19 Sollte die öffentliche Hand entscheiden, die Produktion und den Vertrieb von Werken, die auf teilweise öffentlich finanzierter Forschung beruhen, im Sinne eines marktwirtschaftlichen Unternehmens selbst zu übernehmen – z.B. durch die Gründung sogenannter Universitätsverlage –, so ist nebst dem konkurrierenden Eingriff des Staates in die freie Marktwirtschaft zu bedenken, dass hierfür Kosten anfallen würden, die ebenfalls durch die öffentliche Hand zu tragen wären. Ob die Finanzierung dieser Aufgabe nachhaltig gewährleistet wäre, erscheint unsicher. So fällt auf, dass der Bundesrat am 20. September 2024 kommunizierte, dass die projektgebundenen Beiträge ab 2026 gestrichen würden. Swissuniversities wurde informiert, dass für die Programme 2025-2028 finanzielle Mittel nur für das Jahr 2025 verpflichtet und ausbezahlt werden können. Eines der Programme, für die swissuniversities für die Laufzeit 2025–2028 Bundesmittel beantragt hatte, ist das Projekt Open Science II. Zwar ist die Schweizerische Hochschulkonferenz am 8. November 2024 dem Antrag des Vorstands von swissuniversities gefolgt, der sich für eine Umsetzung aller für die Periode 2025-2028 geplanten Programme ausgesprochen und beantragt hatte, diese sollten im Jahr 2025 mit einem Betrag ausgestattet werden, der ihrem Anteil am ursprünglich geplanten Gesamtvolume 2025-2028 entspreche. Nichtdestotrotz zeigt sich, dass eine nachhaltige Finanzierung von Publikationen durch die öffentliche Hand – insbesondere in Zeiten

allgemeinen Budgetdrucks – keineswegs selbstverständlich ist.¹⁹ Ob ein öffentliches Interesse daran besteht, dass der Staat die Kosten für die Produktion von Publikationen trägt, die bislang über eine funktionierende privatwirtschaftliche Tätigkeit über den Markt, d.h. den Endnutzer, finanziert werden konnten, ist letztlich eine politische Frage. Fraglich dürfte das insbesondere bei Vielautorenwerken sein, zu denen auch Autor:innen aus dem ausseruniversitären Bereich beitragen, und die auch in der Praxis auf nennenswertes Interesse stossen (siehe nachfolgend, Rz. 20).

E. Aufspaltung der Publikationslandschaft in öffentlich finanzierte Forschungsarbeiten und andere wissenschaftliche Publikationen

- 20 Es gibt in zahlreichen Wissenschaften sogenannte Vielautorenwerke, wie z.B. Kommentare in Textwissenschaften wie der Rechtswissenschaft oder der Theologie, vielbändige Lexika, die insbesondere in den Geisteswissenschaften auch über die engeren Disziplingrenzen hinaus konsultiert werden, etc. An solchen Werken arbeiten oft Autor:innen mit, die ihre Texte in den unterschiedlichsten Settings verfassen. So werden in der Rechtswissenschaft zum nämlichen Kommentar Beiträge von Praktikern ohne jegliche Drittfinanzierung, von Angestellten an Hochschulen, die ihre Kommentierungen im Rahmen ihrer Anstellung verfassen, sowie von Angestellten öffentlicher Institutionen, die ihre Texte in ihrer Freizeit verfassen, etc. geschrieben. Das Werk muss aber als Ganzes produziert werden. Soweit der Verlag die Produktionskosten und einen angemessenen Gewinn nicht mehr über die Verkäufe am Markt decken kann, bleibt daher abzuwarten, ob in Zukunft bei Werken, für welche die Expertise von Praktikern gewünscht ist, Beiträge von Autor:innen, die ihre Arbeit öffentlich mitfinanzieren lassen, noch berücksichtigt werden können. Soweit solche Werke von der öffentlichen Hand hergestellt würden und z.B. als von einem Hochschulverlag veredelte E-Books zum kostenlosen Download angeboten würden, hiesse das konkret, dass die öffentliche Hand Fachpublikationen finanziert, die z.B. von Psychologen, Architekten, Ärzten und Anwälten für ihre Erwerbstätigkeit genutzt werden. Die öffentliche Hand würde mit einem solchen unentgeltlichen Zugang zu Fachliteratur «Werkzeuge» für Berufsgruppen finanzieren, die in aller Regel finanziell durchaus in der Lage wären, für diese Werkzeuge zu bezahlen.

IV. Kartellrechtliche Schranken

- 21 In kartellrechtlicher Hinsicht stellen Publikationen über den «grünen Weg» (ohne Embargofrist) de facto eine Preisunterbietung dar, die grundsätzlich erlaubt und

¹⁹ <<https://www.swissuniversities.ch/themen/hochschulpolitik/programme-und-projekte/informationen-pgb-2025#:~:text=Der%20Bundesrat%20hat%20am%202020,der%20Projektgebundenen%20Beitr%C3%A4ge%20ab%202026.>>

bei funktionierendem Wettbewerb auch erwünscht ist. Kartellrechtlich problematisch hingegen wird die Preisunterbietung mit öffentlich-rechtlich finanzierten Repositorien und von Hochschulen betriebenen Open-Access-Zeitschriften insfern, als dies zum Preiskampf mit Angebotspreisen (meist freie Zugänglichkeit) unter den Selbstkosten führen kann, soweit die zum erfolgreichen Vertrieb notwendigen verlegerischen Dienstleistungen meist kleingeredet bzw. mit öffentlich-rechtlichen Mitteln ausgeglichen werden. Mit anderen Worten resultieren mit dieser öffentlich-rechtlichen Finanzierung marktverfälschende, kartellrechtlich verpönte Nutzungspreise unter den Selbstkosten, was in wettbewerbstechnischer Hinsicht zu einer Ausdünnung des verlegerisch betreuten Bezahlangebotes durch Verlage und eine unvollständige Substituierung durch öffentlich-rechtlich finanzierte Repositorien mit einseitig öffentlich-rechtlich gefördertem Bestand führt.

- 22 Eine in dieser Hinsicht unbillig erscheinende Behinderung des Wettbewerbs unter Einsatz der Finanzkraft der öffentlichen Hand und unter Missachtung kaufmännischer Grundsätze (gezielte Preisunterbietung bzw. unzureichende Abgeltung der verlegerischen Leistungen) führt zur Verdrängung der Wettbewerber, die zu ordentlichen Marktbedingungen agieren. Kartellrechtlich bedenklich sind aus diesen Gründen nicht wie verbreitet vorgebracht²⁰ allein die Gefahren von Preisexzessen oder einer Behinderung von Open-Access-Journals auf kommerziellen digitalen Plattformen durch die Fachverlage, sondern vielmehr die Marktbehinderung und -verfälschung durch öffentlich-rechtlich finanzierte Repositorien seitens marktmächtiger Hochschulverbünde und von Hochschulen betriebenen Open-Access-Zeitschriften bzw. sogar eigentlicher Hochschulverlage wenig transparenter Kostenstruktur. Für einen funktionierenden Markt für wissenschaftliche Publikationen erscheinen daher flexible, dispositive Vertragslösungen der Beteiligten im Rahmen des geltenden Art. 382 OR auch im Lichte von Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz eher gerechtfertigt zu sein, als ein starres zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht, welches de facto einer Marktabsprache der hier marktmächtigen öffentlichen Hand entspricht.

V. Verfassungsrechtliche Schranken

- 23 Marktrelevante Eingriffe wie das zwingende Zweitveröffentlichungsrecht in der Verknüpfung mit öffentlich-rechtlich finanzierten Repositorien sind auch unter grundsätzlichen verfassungsmässigen Gesichtspunkten sehr kritisch zu betrachten. Mit einer solchen Regelung wird offenkundig in die von der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 20 BV umfasste Publikationsfreiheit der Wissenschaftsautor:innen eingegriffen. Sobald Wissenschaftsautor:innen nicht mehr über das Wann und Wo bzw. die Ausschliesslichkeit ihrer Publikation bestimmen können, wird dies gerade auch im Zusammenspiel mit einer allfälligen personalrechtlichen Pflicht zu einer Open Access-Publikation dazu führen, dass sie ihre Beiträge nicht

²⁰ THOUVENIN et al., Regulatory Framework, S. 53.

mehr in der von ihnen präferierten Zeitschrift veröffentlichen können²¹, wenn eine Parallelpublikation in öffentlich-rechtlich finanzierten Repositorien erfolgt und sich so die verlegerische Betreuung und das Vertriebsmarketing für das Werk ökonomisch nicht mehr rechnen.

- 24 So steht gleichzeitig die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV) unter Druck, welche die freie Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit und die Vertragsfreiheit schützt. Durch ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht verlieren einerseits Verlage die Möglichkeit, wissenschaftliche Beiträge exklusiv zu veröffentlichen und so die zur verlegerischen Betreuung und für das Marketing und den Vertrieb notwendigen Einnahmen zu generieren. Andererseits ist die Publikation von wissenschaftlichen Beiträgen zudem für eine wissenschaftliche Karriere oft von entscheidender Bedeutung; so ist für eine Bewerbung, eine Berufung oder eine Beförderung zunehmend relevant, in einer (oder mehreren) bestimmten, besonders renommierten Zeitschrift(en) publiziert zu haben²². Ob und in welchen Zeitschriften Publikationen veröffentlicht werden, beeinflusst so die Karriere und damit die Verdienstmöglichkeiten von Forschenden in allen Disziplinen, sodass ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht damit auch die Wirtschaftsfreiheit der Wissenschaftsautor:innen sehr direkt beeinträchtigt.

VI. Internationales Umfeld

A. Zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht im europäischen Umfeld der Schweiz

- 25 In rechtsvergleichender Hinsicht haben einige Staaten im europäischen Umfeld der Schweiz eine gesetzliche Regelung des Zweitveröffentlichungsrecht eingeführt. Für Autor:innen von wissenschaftlichen Publikationen, die zumindest teilweise mit öffentlichen Mitteln finanziert wurden, werden vornehmlich im Urheberrecht (Deutschland, Österreich, Niederlande) bzw. spezialgesetzlich (Frankreich, Belgien, Spanien) Regelungen zu einem Recht auf Zweitveröffentlichung statuiert, welche allesamt in das urheberrechtlich begründete Veröffentlichungsrecht der Autor:innen eingreifen²³. Aufgrund der Territorialität des Urheberrechtsschutzes wirken sich diese Einschränkungen des Urheberrechtes in der Folge im Grundsatz auch direkt nur für die Märkte dieser Länder aus.

B. Durchsetzung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts der Schweiz in internationalen Rechtsverhältnissen

- 26 Mit Blick auf die Durchsetzung eines im Schweizer Verlagsvertragsrechts verankerten zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht stellt sich die Frage, ob dieses

²¹ THOUVENIN et al., Regulatory Framework, S. 56.

²² THOUVENIN et al., Regulatory Framework, S. 60.

²³ THOUVENIN et al., Regulatory Framework, S. 21 ff.

auch durchgesetzt werden könnte, wenn die Autor:innen das Werk bei einem Verlag mit Sitz im Ausland verlegen lassen.

- 27 Zentrale Frage ist dabei, welches Recht ein Schweizer Gericht nach geltendem Recht anwenden würde, wenn es eine zivilrechtliche Klage in diesem Kontext zu beurteilen hätte.
- 28 Art. 122 IPRG erklärt für Verträge aus Immaterialgüterrechten das Recht des Staats des gewöhnlichen Aufenthaltes desjenigen für anwendbar, der das Immaterialgüterrecht überträgt bzw. die Benutzung an ihm einräumt, vorliegend also des Autors. Verlagsverträge werden allerdings gemäss überwiegender Lehre nicht nach Art. 122 IPRG, sondern nach Art. 117 IPRG, der allgemeinen Norm für das auf Verträge anwendbare Recht, angeknüpft. Dies vor dem Hintergrund, dass der Verlagsvertrag *erhebliche* Verpflichtungen des Verlegers beinhaltet, die vorab werkvertraglicher Natur sind. Anwendbares Recht ist nach Art. 117 IPRG das Recht desjenigen Staates, mit dem der Vertrag am engsten zusammenhängt, was vermutungsweise der Staat ist, in welchem diejenige Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. ihre Niederlassung hat (Art. 117 Abs. 2 IPRG). Als charakteristische Leistung des Verlagsvertrags wird dabei die gewerbliche Leistung des Verlags gesehen, weshalb das Recht des Staates anwendbar ist, in welchem der Verlag seine Niederlassung hat.²⁴
- 29 Wie oben (Rz. 25) dargelegt, haben die europäischen Staaten, welche Regelungen zu einem zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht getroffen haben, diese nicht im Verlagsvertragsrecht, sondern in der Regel im Urheberrecht festgelegt. Soweit auf einen Verlagsvertrag mit einem ausländischen Verlag folglich das Verlagsvertragsrecht eines dieser Staaten anwendbar ist, verschafft dieses den Autor:innen ebenso wenig ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht, wie Rechtsordnungen, welche gar kein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht kennen.
- 30 Zwar räumt Art. 18 IPRG die Möglichkeit ein, *einzelne Bestimmungen* des Schweizer Rechts, die wegen ihres *besonderen Zwecks* zwingend anzuwenden sind, auch dann anzuwenden, wenn auf den konkreten Fall ansonsten das Recht eines anderen Staates zur Anwendung kommt. Mit diesen gestützt auf Art. 18 IPRG zwingend anwendbaren Bestimmungen sind aber gemäss Botschaft des Bundesrats zum IPRG «im Bereich des Zivilrechts **nicht alle** zwingenden Bestimmungen» gemeint, sondern lediglich Normen, die «die wegen ihrer ganz besonderen Zielsetzung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gebieterisch Geltung verlangen».²⁵ Ob dem zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht dieses Gewicht zugesprochen würde, ist zumindest fraglich.

²⁴ Zum Ganzen ZK IPRG VISCHER/MOSIMANN, Art. 122 N 25 f.

²⁵ BBI 1983 I 263, 314, Ziff. 214.53; siehe auch BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 18 N 13 (fette Hervorhebung von Autoren hinzugefügt).

- 31 Für Fragen zu Bestand, Inhalt und Umfang sowie zu den Möglichkeiten und Voraussetzungen einer Übertragung, d.h. ob und wie über Immaterialgüterrechte verfügt werden kann bzw. ob allenfalls nur Teilrechte abgetreten werden können, sowie für Verletzungsfragen zum im Verlagsvertrag rechtsgültig übertragenen Immaterialgüterrecht wird das anwendbare Recht jedoch separat bestimmt, wobei das sogenannten Schutzlandprinzip greift (Art. 110 IPRG).²⁶ Demnach ist dasjenige Urheberrecht anwendbar, dessen Schutz beansprucht wird.²⁷ Der räumliche Geltungsbereich dieses Rechts, dessen Schutz der Kläger anruft, wird durch Auslegung der angerufenen Norm bestimmt, wobei aber die meisten Staaten davon ausgehen, dass sich die Wirkung ihrer Immaterialgüterrechte auf ihr Territorium beschränkt (Territorialitätsprinzip; siehe oben, Rz. 25).²⁸
- 32 Soweit Art. 18 IPRG nicht zum Tragen kommen sollte, bevorteilt das ins Auge gefasste Zweitveröffentlichungsrecht im Verlagsvertragsrecht ausländische Verleger gegenüber Schweizer Verlagen, wenn das anwendbare ausländische Verlagsvertragsrecht nicht auch ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht vorsieht; denn eine dortige urheberrechtliche Regelung wirkt sich in territorialer Hinsicht nur auf das dortige Inland aus. Denn wenn sich ein ausländischer Verlag vom Autor die Urheberrechte umfassend hat übertragen lassen, würde eine freie Zurverfügungstellung im Internet insofern eine Vertragsverletzung darstellen, als das Werk auch in Ländern abrufbar ist, deren *Urheberrecht* kein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht kennt. Insofern ist es grundsätzlich denkbar, dass ein ausländischer Verlag gegen einen in der Schweiz ansässigen Autor Ansprüche aus Vertragsverletzung geltend machen könnte.
- 33 Nebst allfälligen Schadenersatzansprüchen dürfte für die Verlage primär relevant sein, die Unterlassung der *frei verfügbaren* Aufschaltung im Internet erwirken zu können. Da die Autor:innen diese Zweitveröffentlichung oft nicht auf einer eigenen Website, über die sie beliebig verfügen können, vornehmen werden, sondern vermutlich meist, indem sie das Werk beispielsweise einem Repertorium einer Hochschule zur Verfügung stellen, stellt sich die Frage, ob ausländische Verlage auch direkt gegen die Schweizer Betreiber solcher Repertorien o.ä. vorgehen könnten. Ein Gerichtsstand in der Schweiz wäre mit dem Beklagtengerichtsstand gegeben und da es hier um die Frage einer Urheberrechtsverletzung geht, würden Schweizer Gericht wie dargelegt gestützt auf das in Art. 110 IPRG verankerte Schutzlandprinzip das Recht desjenigen Landes anwenden, für den der Schutz beansprucht wird, was bei einer weltweiten Abrufbarkeit grundsätzlich jede denkbare Rechtsordnung betrifft, sodass anzunehmen ist, dass nach zahlreichen Rechtsordnungen Urheberrechtsverletzungen zu bejahen sein könnten. Vor diesem Hintergrund ist denkbar, dass ausländische Verlage von den Repertorien z.B. Massnahmen wie ein Geoblocking verlangen würden. Damit würde der Zweck

²⁶ ZK IPRG VISCHER/MOSIMANN, Art. 122 N 6, 9 f.

²⁷ ZK IPRG VISCHER/MOSIMANN, Art. 122 N 8 ff.

²⁸ BSK IPRG-Jegher/Kunz, Art. 110 N 18, 25.

des zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts in Teilen unterlaufen, denn Schweizer Forschenden, die im Ausland forschen – z.B. im Rahmen eines SNF-geförderten Auslandsaufenthalts – könnten aufgrund eines Geoblockings so allenfalls nicht frei auf diese Publikationen zugreifen.

C. Exkurs: Gerichtsstandsvereinbarungen und Rechtswahlklauseln

- 34 Zu beachten ist weiter, dass bei bedeutenden Grosswerken, wozu auch Sammelwerke wie Kommentare oder Lexika zu zählen sind, die Verlage mit den Autor:innen schriftliche Verlagsverträge schliessen werden, die eine Gerichtsstandsvereinbarung und eine Rechtswahl beinhalten werden. Dabei dürfte in aller Regel als Gerichtsstand der Ort des Sitzes des Verlags und als anwendbares Recht das Recht des Staates, in welchem der Verlag seinen Sitz hat, vereinbart werden.
- 35 Es ist daher davon auszugehen, dass zivilrechtliche Streitigkeiten aus dem Verlagsvertrag mit einem ausländischen Verlag für Beiträge zu Grosswerken gar nicht von einem Schweizer, sondern von einem ausländischen Gericht beurteilt würden, das in der Sache das Recht desjenigen Staates anwendet, auf welches das internationale Privatrecht des Staates des angerufenen ausländischen Gerichts verweist. Soweit die Gerichtsstandsklausel den Anforderungen von Art. 5 IPRG bzw. allenfalls von Art. 22 LugÜ gültig ist, ist ein Urteil eines gestützt auf die Gerichtsstandsklausel zuständigen ausländischen Gerichts auch in der Schweiz zu anerkennen (Art. 25 i.V.m. Art. 26 lit. b IPRG und Art. 33 LugÜ). Die Anerkennung könnte nur versagt werden, soweit ein *offensichtlicher* Verstoss gegen den schweizerischen ordre public besteht (Art. 27 IPRG bzw. Art. 34 Ziff. 1 LugÜ). Hierfür, reicht es nicht, dass das ausländische Urteil von zwingenden materiellen Normen des schweizerischen Rechts abweicht, sondern es müsste in derart eklatantem Widerspruch zum Grundgedanken der inländischen Rechtsordnung oder zu der ihr zugrunde liegenden Gerechtigkeitsvorstellung stehen, dass es als untragbar erscheint²⁹ oder, wie es das Bundesgericht mit Bezug auf Art. 27 IPRG formulierte: «wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheids in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden»³⁰. Ob einem im Verlagsvertragsrecht verankerten, zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht eine solche Bedeutung zugesessen werden würde, ist zumindest zweifelhaft.
- 36 Sollte ein solches Verfahren jedoch trotz Gerichtsstandsvereinbarung nicht am vereinbarten ausländischen Gerichtsstand, sondern (z.B. wenn ein in der Schweiz ansässiger Autorin sich nach Art. 6 IPRG oder Art. 24 LugÜ vorbehaltlos auf eine entsprechende Klage des Verlags in der Schweiz einlassen würde) in der Schweiz geführt werden, ist gemäss IPRG – unabhängig davon, ob der Verlagsvertrag nach

²⁹ BSK LugÜ-SCHULER/ROHN/MARUGG, Art. 34 N 15.

³⁰ BGE 131 III 182, E. 4.1.

Art. 122 oder 117 IPRG angeknüpft wird – zulässig (Art. 116 Abs. 1, Art. 122 Abs. 2 IPRG) und es käme das vereinbarte ausländische Recht zur Anwendung, womit das oben Ausgeführte (Rz. 29 ff.) gelten würde.

D. Ergebnis

- 37 Da dem verlagsvertraglichen Zweitveröffentlichungsrecht im schweizerischen Obligationenrecht kaum internationalprivatrechtlicher ordre public-Charakter im Sinne von Art. 18 IPRG (bzw. im Sinne der noch strengereren Vorgaben von Art. 27 IPRG für die Anerkennung ausländischer Urteile) zuerkannt werden kann, führt es zu einem marktverfälschenden Vorteil für ausländische Verlage mit Schweizbasierten Autor:innen, denen ein Zweitveröffentlichungsrecht weder nach ausländischem Verlagsvertrag noch nach schweizerischem Urheberrecht eingeräumt ist. Diese potentiell ungleichen Marktbedingungen für inländische und ausländische Verlage in der Schweiz durch die unterschiedliche rechtliche Anknüpfung eines Zweitveröffentlichungsrechtes im internationalen Umfeld sind höchst fragwürdig und dringlichst zu vermeiden.

VII. Branchenvereinbarungen statt zwingendes Gesetzesrecht

- 38 Soweit Art. 381 Abs. 1 OR als zwingende Norm verstanden wird, könnte ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht nur eine Wirkung entfalten, wenn zur Ausführung des jeweiligen Verlagsvertrags eine so weitgehende Übertragung von Urheberrechten *notwendig* ist, dass die freie Zweitveröffentlichung ausgeschlossen wird. Wenn es also z.B. für eine adäquate Verbreitung einer Zeitschrift effektiv notwendig ist, dass dem Verlag auch die Rechte für die digitale Verwertung übertragen werden und die Beiträge – mindestens für eine gewisse Zeit – nicht anderswo erscheinen, werden Publikationen, die auf öffentlich finanzierte Forschungstätigkeit basieren, nicht mehr in diesem Gefäß erscheinen dürfen. Es ist anzunehmen, dass dies in vielen Fällen mit den Interessen der Wissenschaft nach Reichweite kollidiert. Soweit der Ausschluss des Zweitveröffentlichungsrechts jedoch nicht erforderlich ist, wäre eine Übertragung der dies hindernden Rechte auf den Verlag ohnehin nicht möglich. Um der Wissenschaft nicht Publikationsmöglichkeiten ohne Not zu verbauen, erscheint eine gesetzliche Verankerung eines starren, zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts vor diesem Hintergrund nicht sinnvoll. Naheliegender wäre eine Branchenvereinbarung, für die konkret ausgelotet werden kann und in der festgehalten wird, inwiefern für verschiedene Kategorien von Publikationen eine Zweitveröffentlichung möglich ist, ohne die Ausführung entsprechender Verlagsverträge zu verunmöglichen.
- 39 Vor dem Hintergrund derjenigen Lehrmeinung, gemäss der das aktuell geltende Verlagsvertragsrecht des OR durchwegs – also auch Art. 381 Abs. 1 OR – dispo-

sitiver Natur ist, würde ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht einen Fremdkörper in diesem Vertragstypus darstellen.³¹ Gerade im Rahmen eines Vertrags, den der Gesetzgeber bislang vollumfänglich der Privatautonomie der Parteien überlassen hat, erscheinen Branchenvereinbarungen die sachgerechtere Lösung als ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht. Mit der gesetzlichen Verankerung eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts würde jegliche Anpassungsmöglichkeit an die Spezifika der verschiedenen Forschungsdisziplinen und -institutionen von vornherein ausgeschlossen.

- 40 Mit Branchenvereinbarungen besteht die Möglichkeit, Regelungen zu treffen, die einerseits für alle Beteiligten Planungssicherheit schaffen, andererseits aber den Besonderheiten der jeweiligen Fachdisziplin und verschiedener Werkkategorien, aber auch den Bedürfnissen und dem finanziellen Spielraum der verschiedenen Forschungsinstitutionen bzw. Forschenden Rechnung tragen können. Anders als eine zwingende Gesetzesbestimmung, die eine bestimmte Regelung zementiert, lassen sich Branchenvereinbarungen leichter anpassen, wenn sich die Bedürfnisse der Forschungslandschaft verändern, was in Zeiten fortschreitender Digitalisierung nicht nur möglich, sondern zu erwarten ist.
- 41 Dass auch seitens der Hochschulen grundsätzlich die Bereitschaft zu solchen Lösungen besteht, zeigt sich daran, dass das Konsortium der Schweizer Hochschulbibliotheken bereits mit einzelnen (mehrheitlich ausländischen) Grossverlagen sogenannte Read-and-Publish-Abkommen geschlossen hat. Schweizer KMU-Verlagen wurden bislang keine Read-and-Publish-Verträge flächendeckend angeboten. Diese Ungleichbehandlung gilt es aufzulösen. Zudem gibt es zudem Wissenschaftsbereiche, in denen Zeitschriften (aber auch andere Werke) mehrheitlich gar nicht von der Wissenschaft erworben werden, sondern von Praktikern. Zu nennen sind hier beispielsweise juristische Fachzeitschriften, bei denen ein hoher Anteil der Abonnements von Praktikern, wie z.B. Anwälten, gekauft werden. Hier stellt sich die Frage, ob es im Interesse der Öffentlichkeit ist, wenn die öffentliche Hand anstelle der moderaten Abonnementspreise für die Anschaffung der Zeitschriften durch öffentliche Bibliotheken gleich die gesamten Produktionskosten der Zeitschrift finanzieren muss, damit diese Publikationen kostenfrei im Internet für jedermann – also auch zahlkräftige Kundschaft aus der Praxis – zugänglich ist. Diese zusätzlichen öffentlichen Mittel könnten stattdessen auch ausgegeben werden, um mehr wissenschaftliche Forschung als solche zu finanzieren, und nicht für die verlegerische Herstellung von Publikationen, für die es einen privaten Markt gibt.
- 42 Im Rahmen von Branchenlösungen könnte solchen Unterschieden zwischen den verschiedenen Wissenschaften und Publikationsarten (Zeitschriften, Monographien, langlebige Grosswerke) Rechnung getragen werden und überall dort eine Finanzierung über den Markt vorsehen, wo dies sinnvoll erscheint. Im Falle eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts wird dieser Weg jedoch versperrt sein,

³¹ Vgl. zum Ganzen HILTY/SEEMANN, Rz. 297 ff.

da es dem Autor freisteht, seine Forschung u.U. sogar *jederzeit frei* zugänglich zu machen. Angesichts der zwingenden Natur des Zweitveröffentlichungsrechts kann sich der Autor dann nicht mehr verpflichten, bspw. für eine gewisse Karentfrist (wie etwa die drei Monate für längere Zeitschriftenbeiträge nach geltendem dispositivem Gesetzesrecht), von einer Zweitpublikation Abstand zu nehmen, um eine Refinanzierung der Verlagskosten über den Markt zu ermöglichen, sodass er bzw. die öffentliche Hand nicht oder nicht im gleichen Mass für diese Kosten aufkommen müssen.

VIII. Fazit

- 43 Das geltende dispositivo Verlagsvertragsrecht nimmt eine Gewichtung der Interessen von Verlaggeber und Verlag vor. Grundsätzlich trägt der Verlag das wirtschaftliche Risiko von Publikationen, die er verlegt. Die Kosten für den Verlagsaufwand werden dabei über den Ladenpreis und folglich durch die Nachfrager der Produkte refinanziert. Um dies zu ermöglichen, trifft das geltende dispositivo Recht (differenzierte) Regelungen betreffend die Übertragung von Urheberrechten. Wie am Beispiel der Zeitschriften dargelegt, wird das dispositiv Gesetzesrecht von den Schweizer Fachverlagen in der Regel nicht angetastet, wo es nicht nötig ist. Dispositives Gesetzesrecht ist nicht rechtsunsicherer als zwingendes Gesetzesrecht. Vielmehr schafft dispositives Gesetzesrecht in einem Bereich, den der Gesetzgeber der Privatautonomie überlassen wollte, eine vorhersehbare Lösung für den Fall, dass die Parteien nichts vereinbaren. Insofern dient dispositives Recht der Rechtssicherheit, wobei dies freilich – nicht anders als beim zwingenden Gesetzesrecht – Gesetzeskenntnis voraussetzt.
- 44 Würde ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht eingeführt für die Publikation der Ergebnisse (teilweise) öffentlich finanzierte Forschung, so würde ohne Not in das ausgewogene Gleichgewicht des aktuell geltenden Verlagsrechts eingegriffen und eine starre, unflexible Regelung geschaffen. Branchenvereinbarungen, die differenziertere und nachjustierbare Regelungen erlauben würden, würden hingegen im Geltungsbereich eines zwingenden Zweitveröffentlichungsrechts faktisch verunmöglicht.
- 45 Zudem führt die favorisierte atypische Anknüpfung des Zweitveröffentlichungsrechtes an den Verlagsvertrag im europäischen Umfeld mit dem dort vorherrschenden urheberrechtlichen Ansatz zu einer potentiellen Bevorteilung ausländischer Verlage von Schweiz-basierten Autor:innen, denen auch unter den derzeit diskutierten Anpassungen des IPRG absehbar ein Zweitveröffentlichungsrecht rechtlich verwehrt bleibt und so die mit der geforderten Anpassung von Art. 381 OR verfolgten Ziele vereitelt zu werden drohen.