

Open Access Tage Konstanz 2009

Rechtliche Bedingungen in der Schweiz

Dr. oec. Marc Frédéric Schäfer, lic. iur. HSG

Konstanz, 07. Oktober 2009

Inhalt

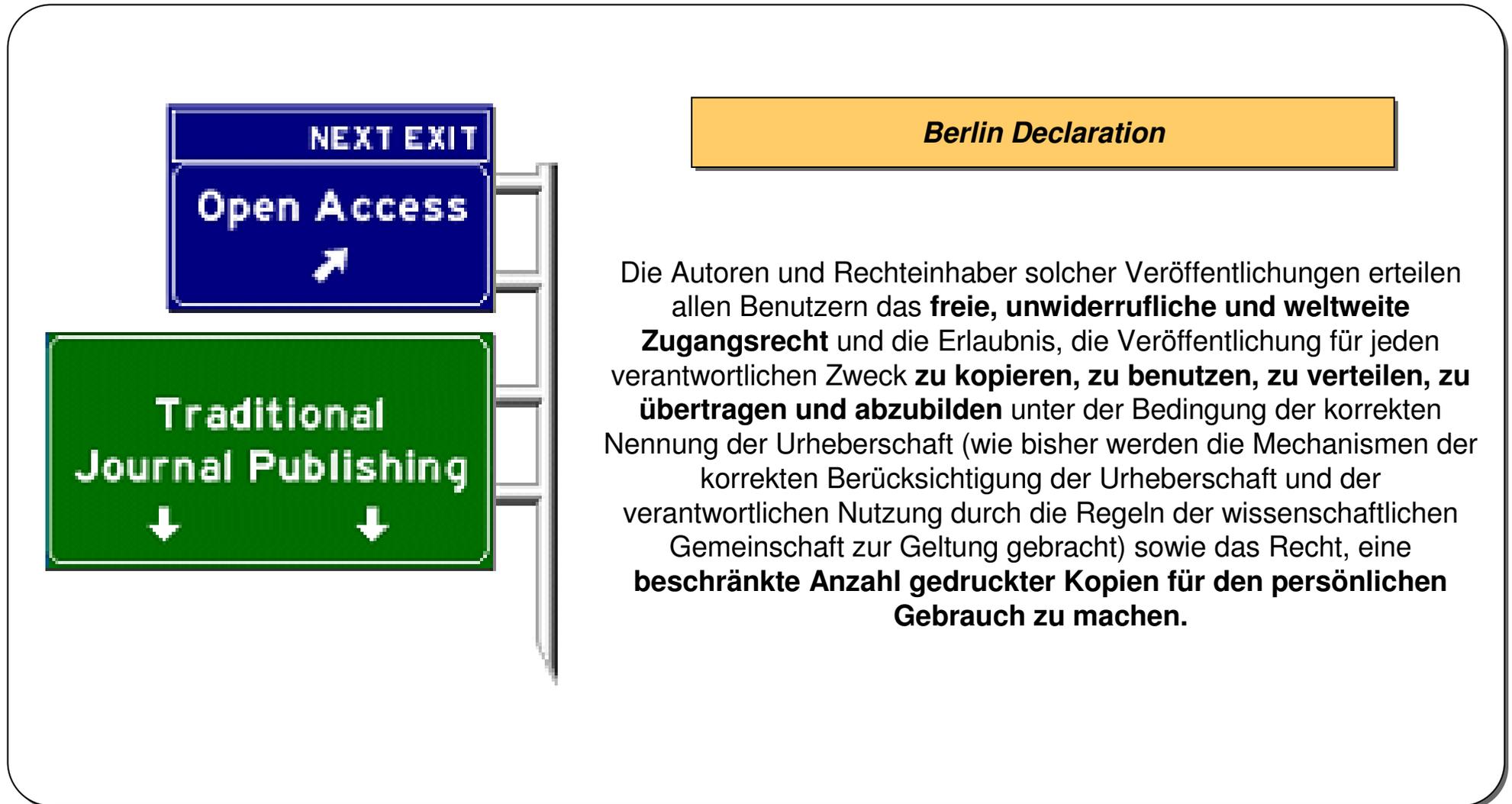
1 Rechtliche Grundlagen Urheberrecht und Verlagsvertragsrecht

2 Was müssen Forscherinnen und Forscher beachten?

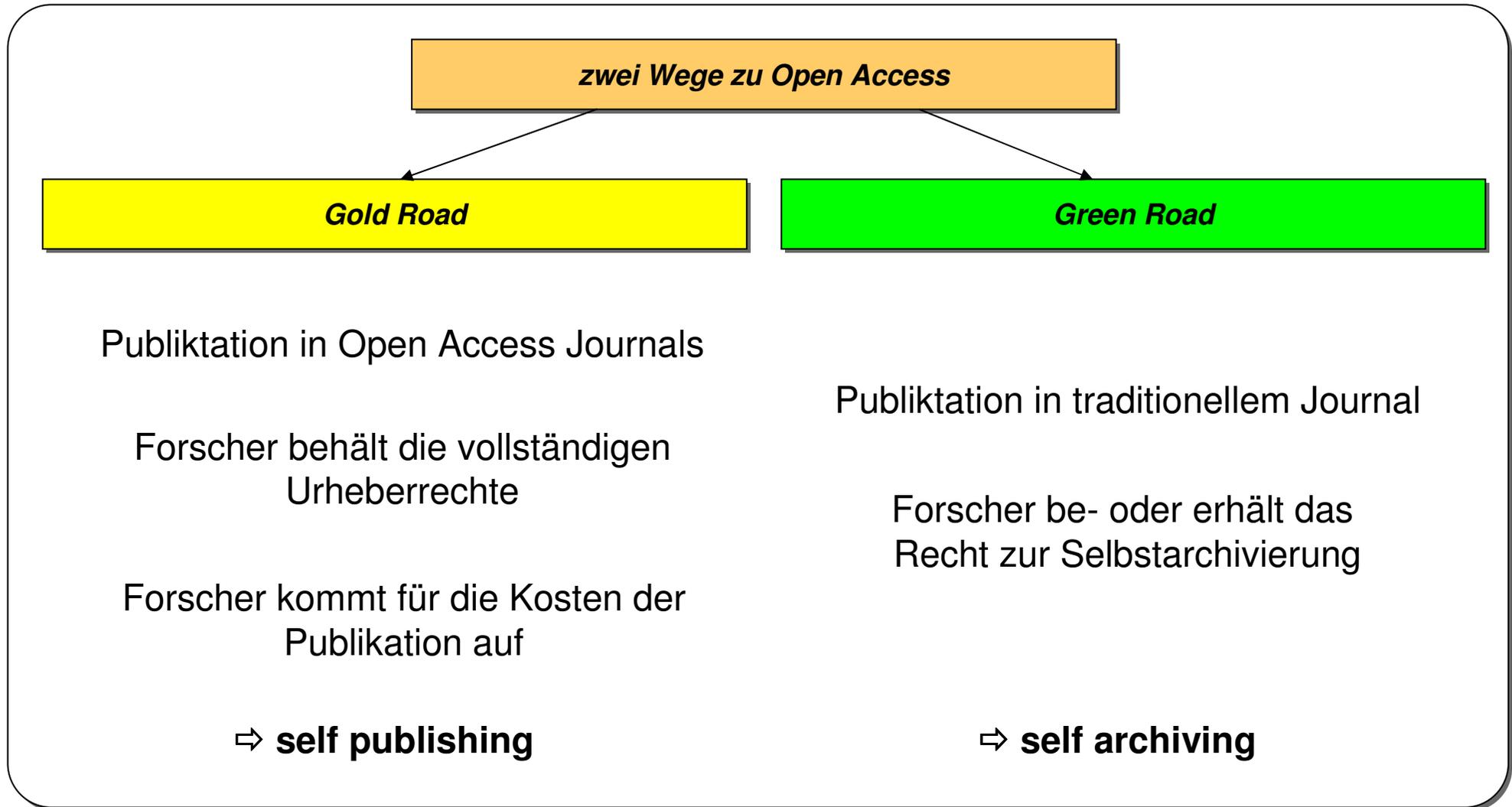
3 Was müssen Betreiber von OA-Repositoryn beachten?

4 Was muss bei der Forschungsevaluation beachtet werden?

Open Access Initiative (1)

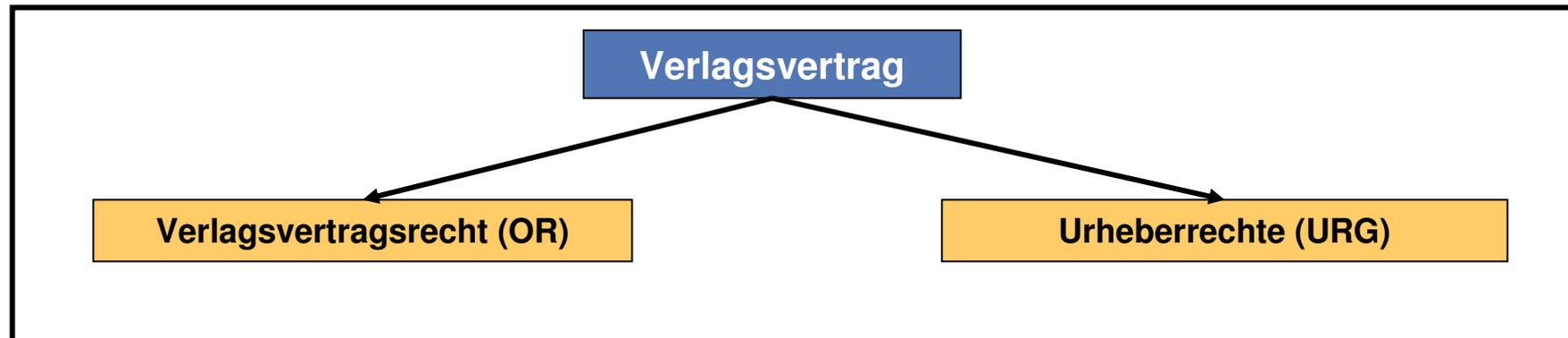


Open Access Initiative (2)



Wissenschaftliche Publikationen rechtlich

Im Hinblick auf die Veröffentlichung einer Publikation schliessen die Forscher mit dem Verlag einen sogenannten **Verlagsvertrag**,
der über die Rechte und Pflichten der beiden Vertragsparteien entscheidet.



Verlagsvertragsrecht ein Überblick (1)

Ein Verlagsvertrag kommt zu Stande, wenn der Urheber dem Verleger das Werk zum Zweck der Veröffentlichung überlässt und der Verleger das Werk vervielfältigt und in Vertrieb setzt, bzw. online zugänglich macht (Art. 380 ff. OR).

Einigung über wesentlichen Vertragsinhalt (Art. 1 OR)

Urheber

Verleger

Übertragung der für die Vertragserfüllung notwendigen **Urheberrechte**.

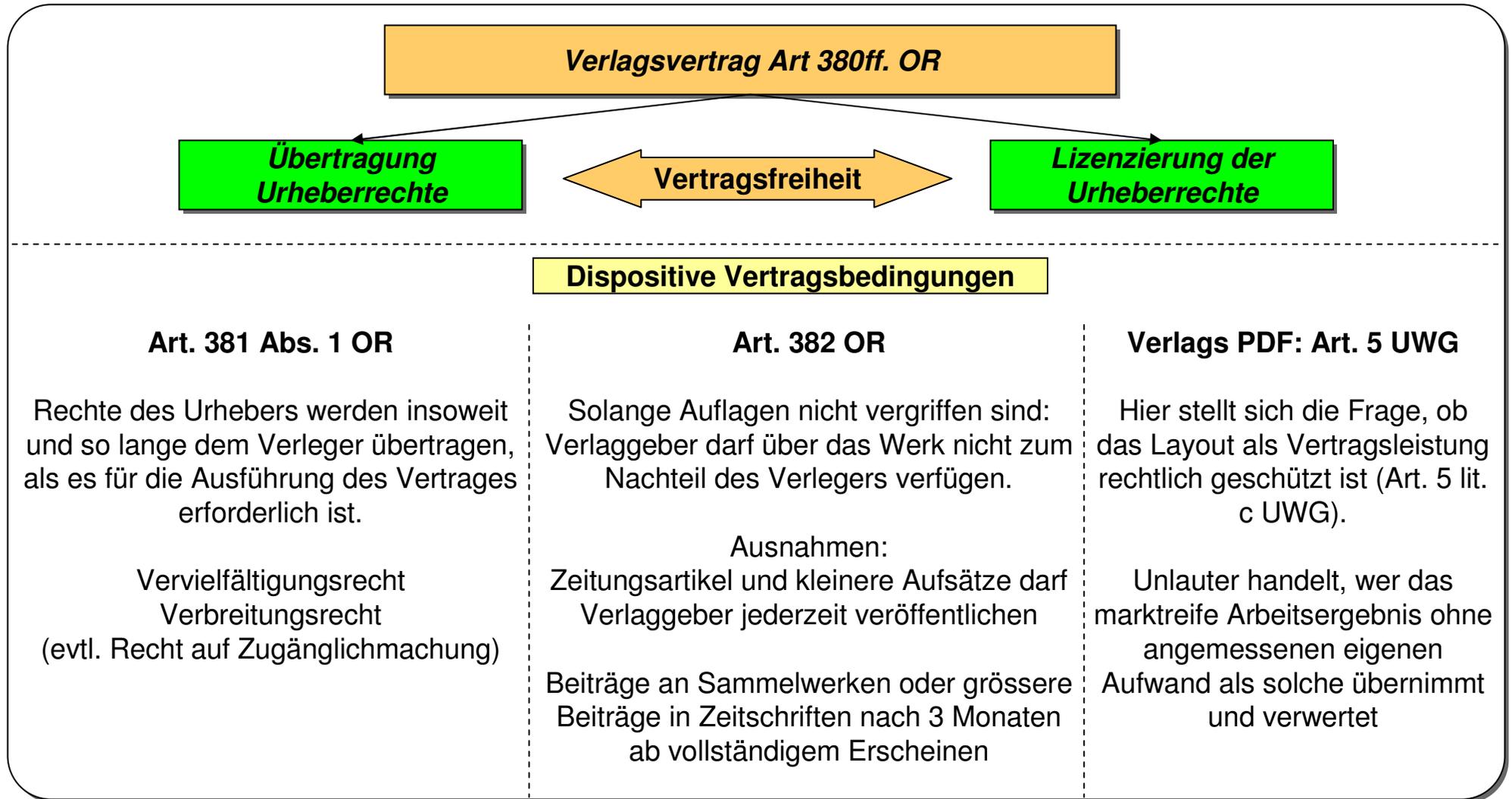
Übergabe des Werkes an den Verleger

Werk vervielfältigen (drucken)

Werk vertreiben
(zum Verkauf anbieten,
Bekannt machen)

Vertragsfreiheit

Verlagsvertragsrecht ein Überblick (2)



Urheberrecht ein Überblick (1)



Schutzobjekt sind Werke (Art. 2 URG)

- geistige Schöpfungen
- individuellen Charakter (sprachliche, stilistische Gestaltung in Formulierung und Gliederung des Stoffes)

Verwendungsrechte (Art. 10 URG)

- Vervielfältigung (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG)
- Verbreitung (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG)
- Zugänglichmachung (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG)
- Anerkennung Urheberchaft (Art. 9 URG)
- Recht auf Werkintegrität (Art. 11 URG)



Schranken (Art. 19 URG)

- persönlicher Gebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG)
- betriebsinterner Gebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. b URG)
- Anfertigung von Archivierungsexemplaren (Art. 24 URG)

Urheberrecht ein Überblick (2)

Im Rahmen von Repositorien tangierte Verwendungsrechte (Art. 10 URG)

Vervielfältigung (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG)

- Erlaubnis, Werkexemplare herzustellen und diese zu vervielfältigen
- Speichern auf der Festplatte
- up-loading
- down-loading



Verbreitung (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG)

- Erlaubnis, Werkexemplare zu verbreiten
- Übereignen, Vermieten, Verleihen
- Empfänger kann in dauerhaften Besitz gelangen



Wahrnehmbarmachung (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG)

- Erlaubnis, Werkexemplare vorzuführen, aufzuführen oder es anderswo wahrnehmbar zu machen.
- individuelle Abrufbarkeit in einem Netzwerk



Urheberrecht ein Überblick (3)

Schrankenregelung (Art. 19 URG); nicht kommerzielle Nutzung

im persönlichen Bereich

- in einem begrenzten Kreis von natürlichen Personen
- aufgrund persönlicher Beziehungen verbunden

für den Unterricht in Klassen

- Nur in soweit möglich, als die Nutzung auf den Unterricht in der Klasse beschränkt ist
- Der Abruf nur die die am Unterricht beteiligten Studenten möglich

im betriebsinternen Bereich

- Betriebe, öffentliche Verwaltungen, Institute, Kommissionen und ähnliche Einrichtungen
- aufgrund eines Angestellten- oder Mitgliedsverhältnisses, verstanden im weiteren Sinn
- Vervielfältigung
- Verbreitung
- Wahrnehmbarmachung (?)
- Pro Litteris Gemeinsamer Tarif 9/III
- keine vollständigen Werke !!!

Inhalt

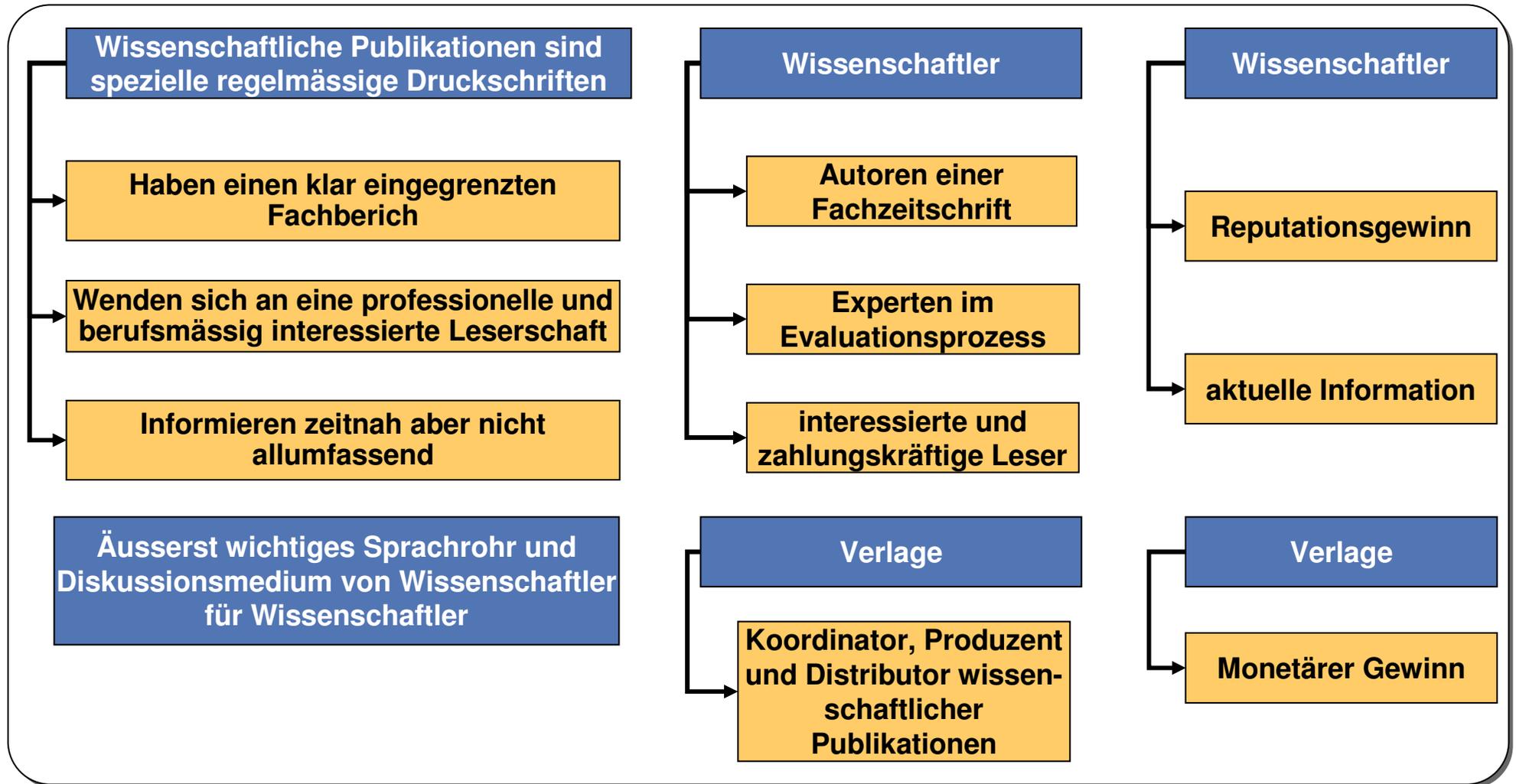
1 Rechtliche Grundlagen Urheberrecht und Verlagsvertragsrecht

2 Was müssen Forscherinnen und Forscher beachten?

3 Was müssen Betreiber von OA-Repositoryn beachten?

4 Was muss bei der Forschungsevaluation beachtet werden?

Business Model wissenschaftlicher Zeitschriften



Vertragsgestaltung mit den Verlagen

**Verlagsvertragsrecht enthält keine zwingenden Normen
=> vollständige Vertragsfreiheit**

Inhalt der Verlagsverträge ist entscheidend

konventionelle Verlagsverträge

- beziehen sich ausschliesslich auf gedruckte Exemplare.
- Online-Rechte verbleiben beim Autor
- Vorsicht: eventuell sind Wettbewerbsabreden im Vertrag enthalten ansonsten Art. 382 OR

kombinierte Verlagsverträge

- sowohl auf gedruckte wie auch auf die Online-Publikation
- Online-Rechte gehen auf Verleger über
- Eventuell verbleiben Rechte zur Selbstarchivierung

online Verlagsverträge

- beziehen sich ausschliesslich auf Online-Publikation
- Online-Rechte gehen auf Verleger über
- Eventuell verbleiben Rechte zur Selbstarchivierung

Vertragsgestaltung mit den Verlagen

Typische vertragliche Regelungen

vollständige Übertragung

- „sämtliche Rechte am Werk“
- „alle Urheberrechte“
- „ausschliessliches Nutzungsrecht“
- „räumlich, zeitlich und inhaltlich unbeschränkt“
- Bezieht sich in der Schweiz auch auf Nutzungsrechte, welche bei Abschluss des Vertrages noch unbekannt waren (anders in Deutschland, wo Werke vor 1995 online verwendet werden dürfen).

Karenzfrist

- „Hinterlegung auf dem institutionellen Repository nach Ablauf von sechs Monaten“
- Kann sich auf die Autorenversion oder die Verlagsversion beziehen.
- Karenzfristen sind grundsätzlich Verhandlungssache zwischen dem Autor und dem Verlag

Selbstarchivierung

- „Hat das Recht auf der persönlichen Internetseite oder dem institutionellen Repository allgemein zugänglich zu machen“
- Kann sich auf die Autorenversion oder die Verlagsversion beziehen.

Vertragszusätze von Seiten des Urhebers

- Vertragszusätze bedürfen zu ihrer Gültigkeit das Einverständnis beider Parteien
 - Einverständnis kann ausdrücklich, konkludent oder auch durch Schweigen erfolgen
- Fall: Keine Einwilligung des Verlages, dennoch die Veröffentlichung des Werkes
 - Interpretation 1: konkludente Zustimmung; diese kann grundsätzlich aber nur dann gültig sein, wenn Verlagsvertrag nicht vorsieht, dass Vertragsänderungen schriftlich sein müssen
 - Interpretation 2: nur eine Durchführung des ursprünglichen Vertrags und sonst ist davon auszugehen, dass Verlag nicht zugestimmt hat.

rechtliche Wirkung

- Art 8 ZGB: Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.
 - Beweis zu erbringen, dass der Verlag der Verwendung implizit zugestimmt hat wenig wahrscheinlich
 - Die bloße Veröffentlichung reicht nicht aus, um die Zustimmung zu einem Vertragszusatz anzunehmen, den der Verlag nie ausdrücklich akzeptiert hat.

Neuer Verlagsvertrag von Seiten des Urhebers

- Verträge kommen durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen zu stande (Art. 1 OR)
 - Einverständnis kann ausdrücklich, konkludent oder auch durch Schweigen erfolgen
- Keine ausdrückliche Einwilligung des Verlages, dennoch die Veröffentlichung des Werkes
 - Urheber kann davon ausgehen, dass der Verlag den neuen Vertrag akzeptiert hat, da keine Alternativen im Raume stehen (vergleiche vorhergehenden Fall).

rechtliche und tatsächliche Wirkung

- rechtlich wäre ein gültiger Vertrag zu Stande gekommen
 - Vertragsbedingungen wären diejenigen, die der Urheber dem Verlag unterbreitet hat.
 - Verlag könnte sich eventuelle auf einen Irrtum berufen.
- tatsächlich wird ein Verlag Vertragsbedingungen, welche von seinem Mustervertrag abweichen i.d.R. ablehnen.
 - Es kommt kein Vertrag zu Stande
 - Publikation wird nicht veröffentlicht.

Folgen möglicher Urheberrechtsverletzungen

- Zivilrechtliche Folgen
 - Leistungsklage:
 - drohende Verletzung verbieten (Art. 62 Abs. 1 lit. a URG)
 - bestehende Verletzung beseitigen (Art. 62 Abs. 1 lit. b URG)
 - vorsorgliche Massnahmen (Art. 65 URG)
 - Finanzielle Forderungen
 - Schadensersatz (Art. 41 OR)
 - Genugtuung (Art. 49 OR)
 - Gewinnherausgabe (Art. 419 ff. OR)
- Strafrechtliche Folgen (Art. 67 URG)

Inhalt

1 Rechtliche Grundlagen Urheberrecht und Verlagsvertragsrecht

2 Was müssen Forscherinnen und Forscher beachten?

3 Was müssen Betreiber von OA-Repositoryn beachten?

4 Was muss bei der Forschungsevaluation beachtet werden?

Aufgaben des Betreibers eines Repositories (1)

Die Urheber und die Rechteinhaber solcher Veröffentlichungen gewähren allen Nutzern **unwiderruflich das freie, weltweite Zugangsrecht** zu diesen Veröffentlichungen und **erlauben ihnen**, diese **Veröffentlichungen** – in jedem beliebigen digitalen Medium und für jeden verantwortbaren Zweck –
zu **kopieren**,
zu **nutzen**, zu **verbreiten**, zu **übertragen** und **öffentlich wiederzugeben** sowie Bearbeitungen davon zu erstellen und zu verbreiten, sofern die Urheberschaft korrekt angegeben wird. (Die Wissenschaftsgemeinschaft wird, wie schon bisher, auch in Zukunft Regeln hinsichtlich korrekter Urheberangaben und einer verantwortbaren Nutzung von Veröffentlichungen definieren) Weiterhin kann von diesen Beiträgen eine **geringe Anzahl von Ausdrucken zum privaten Gebrauch angefertigt werden**.

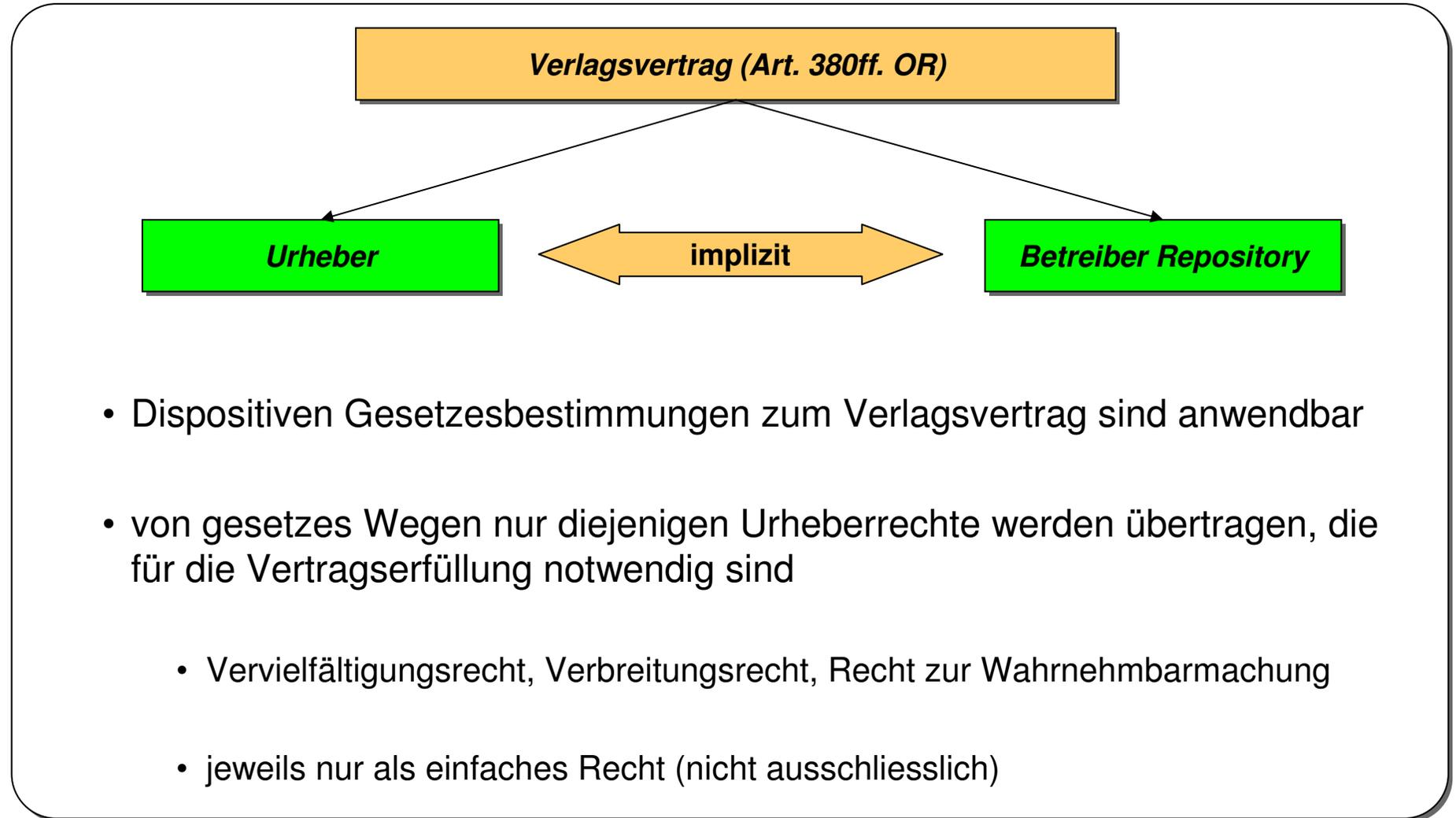
Aufgaben des Betreibers eines Repositories (2)

Eine vollständige Fassung der Veröffentlichung sowie aller ergänzenden Materialien, einschließlich einer Kopie der oben erläuterten Rechte wird in einem **geeigneten elektronischen Standardformat** in mindestens einem **Online-Archiv** hinterlegt (und damit veröffentlicht), das geeignete technische Standards (wie die *Open Archive*-Regeln) verwendet und das von einer wissenschaftlichen Einrichtung, einer wissenschaftlichen Gesellschaft, einer öffentlichen Institution oder einer anderen etablierten Organisation in dem Bestreben betrieben und gepflegt wird, den **offenen Zugang**, die **uneingeschränkte Verbreitung**, die **Interoperabilität** und die **langfristige Archivierung** zu ermöglichen.

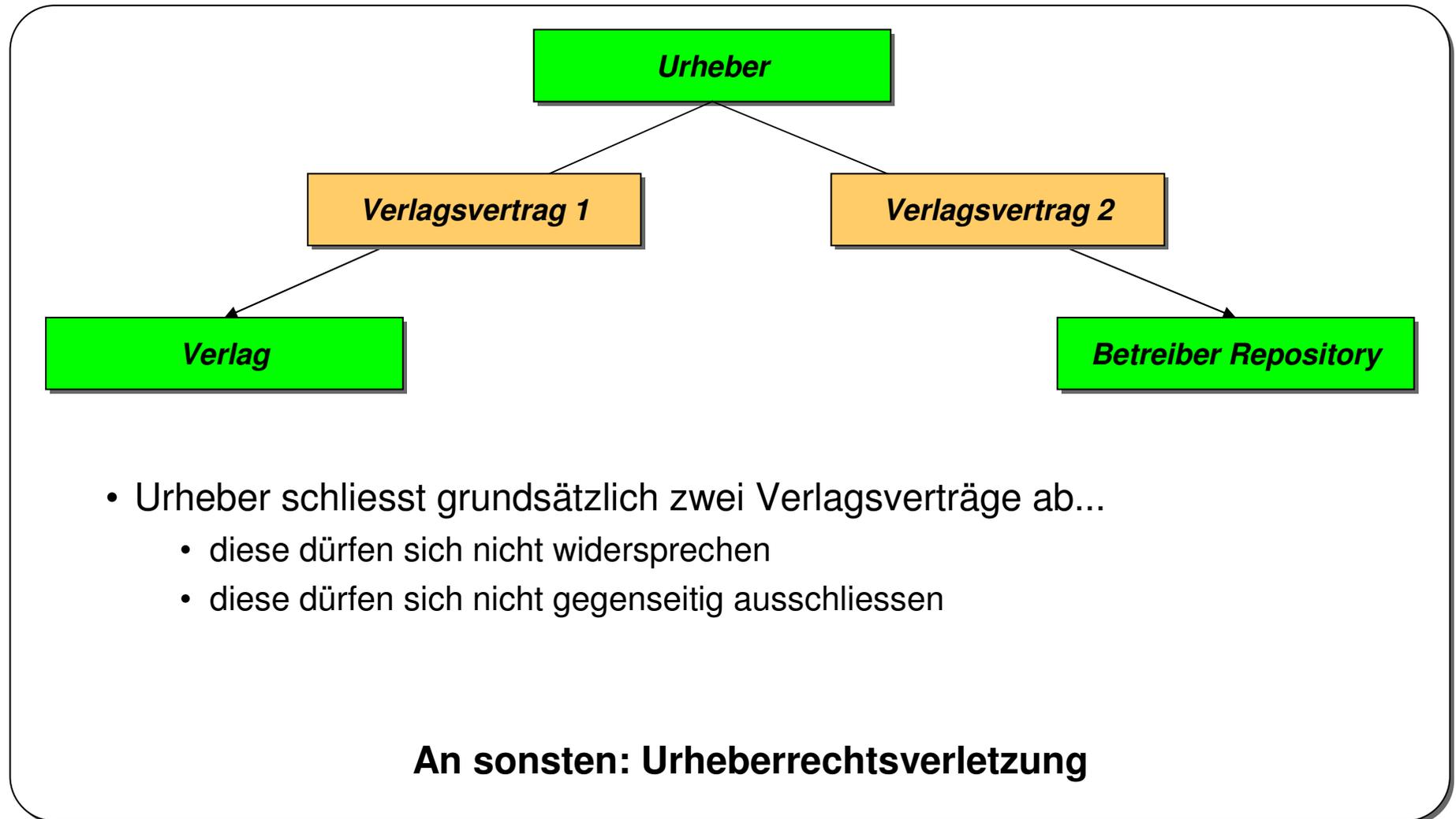
Benötigte Rechte für die online Veröffentlichung der Publikationen

- Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG)
 - erstellen einer Kopie, welche auf dem Server abgelegt wird
- Verbreitungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG)
 - Dem Empfänger ermöglichen, dass dieser in den dauerhaften Besitz des Werkexemplars gelangen kann.
- Recht zur Wahrnehmbarmachung (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG)
 - Das Werk soll von einem Dritten über ein Netzwerk (Internet) individuell abgerufen werden können (interaktiver Abruf von bereitgestellten Daten)

Übertragung der notwendigen Urheberrechte?



Konsequenzen



Haftung des Betreibers des Repositories

- Betreiber stellt ein Repository zur Verfügung.
- Hinweis darauf, dass der jeweilige Forscher allein für das Einstellen der Publikation in die Datenbank verantwortlich ist, reicht nicht für einen Haftungsausschluss aus.
 - Fahrlässigkeitshaftung => den Betreiber eines Repositories trifft hinsichtlich des Besandes und der Inhaberschaft etwaiger Urheberrechte eine Erkundungspflicht
- Empfehlung: Massnahmen ergreifen, dass für die Verwendung von Publikationen auf dem Repository die erforderlichen Zustimmungen für die online Publikation eingeholt werden

Mögliche Massnahmen

- Repository Betreiber erstellt einen Disclaimer, der bei jedem Upload vom Nutzer akzeptiert werden muss. (Erfüllung der Erkundungspflicht)
- Repository Betreiber trifft organisatorische Massnahmen, dass der jeweilige Nutzer ausreichende Kenntnisse hat, so dass dieser keine Urheberrechtsverletzungen begeht
- Repository Betreiber erlässt klare Weisungen, in welchen Fällen eine Online-Publikation auf dem Repository zulässig ist.
- Repository Betreiber steht im Zweifelsfall für Rückfragen bei Unsicherheiten zur Verfügung

Inhalt

- 1 **Rechtliche Grundlagen Urheberrecht und Verlagsvertragsrecht**
- 2 **Was müssen Forscherinnen und Forscher beachten?**
- 3 **Was müssen Betreiber von OA-Repositoryn beachten?**
- 4 **Was muss bei der Forschungsevaluation beachtet werden?**

Grundsätze der Datenbearbeitung

Datenschutzgrundsätze



- Datenbearbeitung muss rechtmässig sein (d.h. darf nicht gegen Gesetze verstossen).



Datenbearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein.



- Datenbearbeitung darf nur zu dem Zweck durchgeführt werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.
- Beschaffung von Personendaten und der Zweck der Bearbeitung müssen erkennbar sein.

Datenrichtigkeit und Datensicherheit



- Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über deren Richtigkeit zu vergewissern. Er hat alle angemessenen Massnahmen zu treffen, damit die Daten berichtigt oder vernichtet werden, die im Hinblick auf den Zweck ihrer Beschaffung oder Bearbeitung unrichtig oder unvollständig sind.
- Personendaten müssen durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden.

Datenschutzrechte der betroffenen Personen

Jede Person ist grundsätzlich selbst für seine Datenschutzrechte zuständig !

Privatpersonen können gegen den Datenbearbeiter zivilrechtliche Schritte wegen Datenschutzverstößen vornehmen. Sie können verlangen, dass Daten gelöscht, berichtigt oder vom Zugang gesperrt werden.

Art. 15 DSG

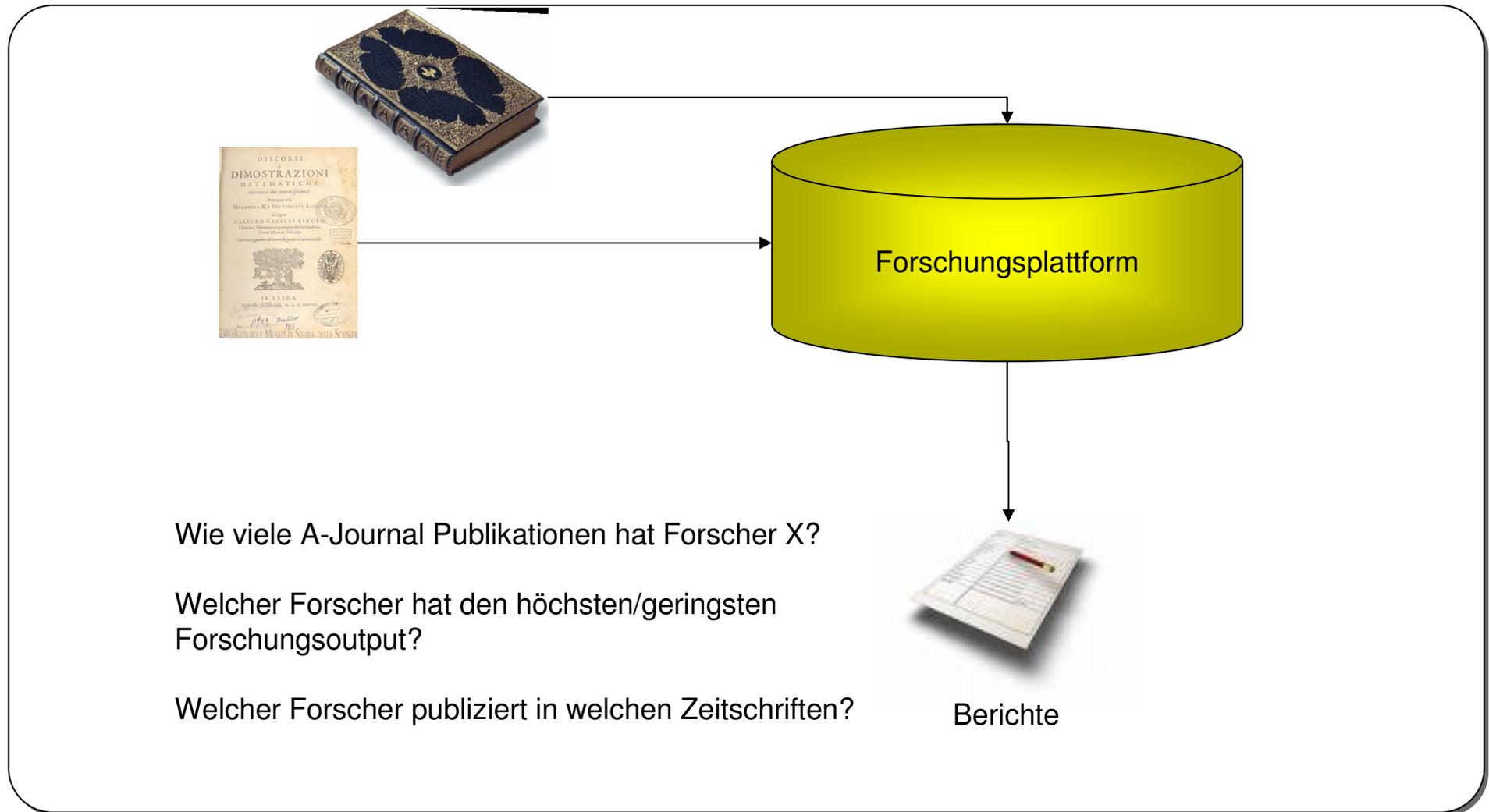
Jeder Person kann vom Datenbearbeiter Auskunft darüber verlangen, ob und wenn ja welche Daten über sie bearbeitet werden.

Art. 8 DSG

Die Datenbearbeitung darf die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person nicht verletzen.

Art. 12 DSG

Warum ist Datenschutz wichtig?



Was ist datenschutzrechtlich zu beachten? (1)

- Nutzer der Forschungsplattform müssen über den Zweck der Datenbearbeitung und den Umfang der gesammelten Daten informiert werden.
 - Forscher, die Inhalte ablegen müssen im Normalfall nicht informiert werden, solange keine anderweitige personenbezogene Datenbearbeitung erfolgt, welche für sie nicht ohne weiteres erkennbar ist.
 - Nutzer einer Forschungsplattform müssen darüber informiert werden, wenn Daten über sie gesammelt werden (z.B. Logfiles von Webzugriffen)
- Information erfolgt im Normalfall über einen Disclaimer auf der Webseite

Was ist datenschutzrechtlich zu beachten? (2)

- Daten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Erhebung angegeben wurde oder aus den Umständen ersichtlich ist.
 - Nachträgliche Zweckänderung ist unzulässig.
 - Rechtfertigungsgründe aber möglich: z.B. zu wissenschaftliche oder statistischen Zwecken, wenn die Daten nicht personenbezogen verwendet bzw. veröffentlicht werden
- Sämtliche personenbezogenen Auswertungen müssen daher dem jeweiligen Forscher kommuniziert werden oder sie sind zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu anonymisieren
- Nicht personenbezogene Auswertungen sind jederzeit möglich

Das Auskunftsrecht



Auskunftsrecht (Art. 8 DSGVO):

- Auf Anfrage muss jedes Unternehmen der betroffenen Person diejenigen Informationen herausgeben, die sie über die Person bearbeitet.
 - Sie muss sämtliche verfügbaren Daten herausgeben sowie wo vorhanden die Datenherkunft angeben.
 - Sie muss den Zweck der Datenbearbeitung, die gesetzliche Grundlage, die Kategorien der bearbeiteten Daten und den Datenempfänger angeben.
 - Das Auskunftersuchen hat grundsätzlich kostenlos zu erfolgen
- ⇒ Eine Unternehmung muss sich entsprechend organisieren, dass es Auskunftersuchen nachkommen kann.

Wo ist das Auskunftsrecht anwendbar?

Beispielsweise gegenüber einem Verlag, um von diesem die bereits mit ihm abgeschlossenen Verlagsverträge erneut heraus zu verlangen.

Entsprechende Musterbriefe können auf der Homepage des EDÖB heruntergeladen werden: www.edoeb.admin.ch

Diskussion

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Fragen ?