

## Revisionsbedarf beim urheberrechtlichen Eigen- gebrauch?<sup>\*</sup>

**Willi Egloff**

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern*

**Resumé:** Le principe actuel de l'utilisation d'une œuvre à des fins privées ne devrait pas être remis en question et le système de licence légale pour l'usage privé devrait absolument être conservé. Toutefois, force est de constater que les règles actuelles peinent à réguler une conception extensive de l'utilisation à des fins privées. A ce titre, une révision est nécessaire. Il en est de même pour le régime spécial applicable aux logiciels qui s'est lui aussi révélé obsolète. En outre, le calcul de l'indemnité due, basé sur le principe d'équité de l'article 60 LDA,, a mené à des résultats contraires au marché et devrait donc être immédiatement abandonné. S'agissant du système DRM (digital rights management), si celui-ci peut effectivement permettre l'émergence de nouvelles opportunités commerciales et faciliter la tâche des sociétés de gestion de droit d'auteur, il doit toutefois rester une forme librement choisie en l'absence de toute contrainte. Comme les accords de l'OMPI l'exigent, les mesures techniques de protection devraient bénéficier, en Suisse aussi, d'une protection légale. Reste qu'il serait plus que problématique de lier une telle protection avec le droit à la copie privée; le risque serait alors grand de remettre en cause les fondements mêmes du droit d'auteur.

**Zusammenfassung:** Die geltende Regelung des Eigengebrauchs beruht auf gesetzgeberischen Wertungen, die von ihrer Berechtigung nichts eingebüsst haben. An der gesetzlichen Lizenz für den Privatgebrauch sollte daher unbedingt festgehalten werden. Allerdings ist die Regelung über den erweiterten Eigengebrauch in ihrer heutigen Form überholt und sollte angepasst werden. Auch die Sonderregelung für Computerprogramme hat sich als obsolet erwiesen. Weiter führt die gesetzliche Vorschrift über die Angemessenheit von Entschädigungen für gesetzlich erlaubte Werknutzungen im persönlichen Bereich zu völlig marktfremden Ergebnissen; sie sollte daher schleunigst ersetzt werden.

Dies alles gilt trotz technischer Entwicklungen im Bereich der Nutzungskontrolle: Digital Rights Management kann zwar neue Geschäftsformen ermöglichen und das Leben der Verwertungsgesellschaften erleichtern, aber es muss eine frei wählbare Geschäftsform auf freiwilliger Basis bleiben, die keiner gesetzlichen Regelung bedarf. Technische Massnahmen sollen auch in der Schweiz gesetzlich geschützt werden, wie es die WIPO-Verträge verlangen. Hingegen wäre es mehr als problematisch, diesen Schutz mit einem gesetzlichen Anspruch auf Privatgebrauch zu verbinden, weil eine solche Regelung mit dem ganzen urheberrechtlichen Fundament nicht kompatibel wäre.

---

\* Überarbeitete und durch Hinweise ergänzte Fassung des am Schweizerischen Medienrechtstag vom 13. Oktober 2005 gehaltenen Referats.

# **I. Die Ausgangslage**

## **1. Wachsende Bedeutung der Werknutzung im persönlichen Bereich**

Laut Branchenstatistiken<sup>1</sup> sind zu jedem Zeitpunkt in der Schweiz durchschnittlich rund 90'000 Personen gleichzeitig in Peer-to-Peer-Netzwerken verbunden, welche kostenlose Downloads ermöglichen. Weltweit sollen es im Durchschnitt rund 8,9 Mio. Personen sein, die sich gleichzeitig an dieser Form des Datenaustausches beteiligen. Innerhalb eines Jahres wurden gemäss diesen Erhebungen rund 2,2 Mrd. Dateien in solchen Netzwerken getauscht, wobei es sich zu 75% um Musikdateien und zu 9% um Porno- und Gewaltvideos gehandelt haben soll. Auch Schweizer Filme und schweizerische Musikproduktionen sind in grosser Zahl auf diesem Wege abrufbar. Im Vergleich zu den Ergebnissen der Vorjahre zeigt sich ein rasanter Anstieg.

Es ist unbestritten, dass dieser Datenaustausch ohne Einwilligung der Berechtigten an den darin enthaltenen Werken und Darbietungen erfolgt und dass die Berechtigten für diese Nutzungen keine finanzielle Entschädigung erhalten. Die Zahlen zeigen, dass solche Formen der Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke und Darbietungen auch in der Schweiz eine wirtschaftlich relevante Grösse erreicht haben.

Die grosse Beteiligung an solchen Peer-to-Peer-Netzwerken ist aber nur Ausdruck eines viel allgemeineren Trends: Die wachsende Verbreitung von Computern in privaten Haushalten und die verbreitete Nutzung des Internets führen zu einer Verlagerung von Werknutzungen aus dem betrieblichen in den privaten Bereich. Erhebliche Teile der beruflichen Tätigkeit werden am Abend oder am Wochenende am heimischen Computer erledigt. Schülerinnen und Schüler benutzen für die Erledigung ihrer Schulaufgaben nicht Einrichtungen der Schule, sondern den privaten Internetanschluss. Die Recherche im Internet ersetzt den Gang in die Bibliothek, Web-TV und Heimkino treten an die Stelle des Kinobesuchs usw. Alle diese Entwicklungen bewirken eine exponentielle Zunahme der Nutzung von Werken und Darbietungen im persönlichen Bereich.

## **2. Forderung nach gesetzgeberischem Einschreiten**

Die von den Veränderungen im Nutzungsverhalten betroffenen Berechtigten an Werken und Darbietungen reagieren mit einer Vielzahl von Massnahmen auf diese Entwicklungen. Die Tonträgerindustrie bemüht sich, die Nutzung ihrer Produkte durch Kopiersperren und andere technische Massnahmen unter Kontrolle zu halten. Sie geht mit Zivil- und Strafklagen gegen Teilnehmerinnen und Teilnehmer an Tauschbörsen vor. Die Audiovisionsproduktion kämpft mit technischen und rechtlichen Massnahmen gegen die unerlaubte Bereitstellung ihrer Produkte im Internet. Wissenschaftliche Buch- und Zeitschriftenverlage wehren sich mit Verbotsklagen gegen die Absicht von Google, ganze Bibliotheksbestände im Internet zugänglich zu machen.

Auch in der Schweiz findet diese Auseinandersetzung statt. Die IFPI-Schweiz, der schweizerische Zweig des internationalen Verbandes der Phonoindustrie, hat mit der organisierten gerichtlichen Verfolgung illegaler Werknutzungen begonnen,<sup>2</sup> und sie fordert darüber hinaus

---

<sup>1</sup> Big Champagne, zit. nach «NZZ am Sonntag» vom 31.7.2005, S. 23 f.

<sup>2</sup> Am 15.11.2005 verbreitete die IFPI Schweiz unter dem Titel «Musikwirtschaft: <Game Over> Auch für private Raubkopierer» eine Medienmitteilung, in welcher sie Strafklagen auch gegen private ankündigt; VGL. <http://www.ifpi.ch/main.html>.

gesetzgeberisches Einschreiten. Im Vordergrund steht dabei der Ruf nach der Abschaffung der gesetzlichen Lizenz für den Eigengebrauch geschützter Werke und Darbietungen im persönlichen Bereich: Demnach wäre es im Privatbereich nicht mehr erlaubt, Werke ohne Einwilligung der Berechtigten zu vervielfältigen, zumindest nicht in Form digitaler Kopien. Auf diesem Wege würde für sämtliche Werke und Darbietungen ein ähnlicher Rechtszustand hergestellt, wie er in der Schweiz heute für Computerprogramme gilt.<sup>3</sup>

Als Kontrapunkt zu diesen Forderungen verlangen die Organisationen der Nutzerinnen und Nutzer die gesetzliche Garantie, geschützte Werke und Darbietungen auch in Zukunft uneingeschränkt privat nutzen zu dürfen. Zu diesem Zweck soll eine Verpflichtung statuiert werden, technische Massnahmen des Kopierschutzes so auszugestalten, dass sie den Privatgebrauch nicht behindern. Unter dem Banner der Informationsfreiheit wird sogar die gesetzliche Garantie eines uneingeschränkten kostenlosen Zugangs zu sämtlichen Werken und Darbietungen gefordert.

### 3. Aktualität der Fragestellung

Die Auseinandersetzung um solche Fragen hat im Hinblick auf die Revision des URG zur Implementierung der beiden WIPO-Verträge von 1996<sup>4</sup> grosse Aktualität erhalten. Der von der Bundesverwaltung vorgelegte Revisionsentwurf<sup>5</sup> enthält eine ganze Reihe von Vorschlägen für die zukünftige Regelung des urheberrechtlichen Eigengebrauchs. In den Stellungnahmen im Rahmen der Vernehmlassung<sup>6</sup> zu diesem Gesetzesvorhaben verlangen zahlreiche Interessenorganisationen die bessere Berücksichtigung der genannten Anliegen. Die im Revisionsentwurf enthaltenen Vorschläge werden stark kritisiert, allerdings aus oft sehr gegensätzlichen Überlegungen.

Bei dieser Diskussion fällt auf, dass oftmals recht sorglos mit durchaus nicht selbstverständlichen Prämissen umgegangen wird. So wäre es beispielsweise durchaus fragwürdig im eigentlichen Sinn des Wortes, was denn der Aufbau eines weltweiten P2P-Netzes, in welchem die Beteiligten die von ihnen aufgezeichneten Dateien irgendwelchen unbekanntem Dritten zugänglich machen, mit Privatgebrauch zu tun haben soll. Auch die Tatsache, dass diese Netzwerke von Konzernen betrieben werden, welche mit ihrer Tätigkeit Milliardenumsätze erzielen, spricht nicht gerade für eine Angelegenheit in privatem Rahmen. Umgekehrt ist nicht ersichtlich, auf welcher gesetzlichen Grundlage das von Nutzerseite postulierte Grundrecht auf Privatgebrauch beruhen sollte und inwiefern es geeignet wäre, privatrechtliche Ansprüche der Nutzerinnen und Nutzer gegenüber den Berechtigten zu begründen. Es erscheint daher als dringend notwendig, diese Forderungen in den Kontext der geltenden Urheberrechtsordnung zu stellen, damit wenigstens kohärente Fragen gestellt und kohärente Lösungen diskutiert werden. Dies soll im folgenden Beitrag versucht werden.

---

<sup>3</sup> Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Art. 17 Abs. 1 Bst. A URV.

<sup>4</sup> WIPO Copyright Treaty vom 20. Dezember 1996 und WIPO Performances and Phonograms Treaty vom 20. Dezember 1996.

<sup>5</sup> BBl. 2004, S. 5088; der Entwurf ist abrufbar unter [www.ige.ch/D/jurinfo/j103.shtm](http://www.ige.ch/D/jurinfo/j103.shtm).

<sup>6</sup> Eidg. Institut für Geistiges Eigentum, Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zu Änderungen im Urheberrechtsgesetz, Mai 2005, [www.ige.ch/D/jurinfo/documents/j10309d.pdf](http://www.ige.ch/D/jurinfo/documents/j10309d.pdf).

## II. Werkgenuss und Eigengebrauch

Bevor auf die einzelnen Forderungen zur Neuregelung des urheberrechtlichen Eigengebrauchs eingegangen wird, soll hier vorerst die geltende Rechtslage kurz dargestellt werden. Damit kann klar gestellt werden, inwiefern die zu diskutierenden Vorschläge in die bestehende gesetzliche Regelung des Werkgenusses und der verschiedenen Formen des Eigengebrauchs eingreifen würden.

### 1. Die Freiheit des Werkgenusses

Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist eine Grundannahme des schweizerischen Urheberrechts, das Prinzip der Freiheit des Werkgenusses<sup>7</sup> nämlich. Danach ist das Konsumieren eines Werkes oder einer Darbietung – das Anhören von Musik, das Lesen eines Buches oder eines Werbeprospektes, das Anschauen eines Bildes oder eines Bauwerkes, das Miterleben einer Theater- oder Filmvorführung usw. – kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Der Werkgenuss durch Dritte ist nicht Gegenstand des Ausschliesslichkeitsrechtes, welches den Urheberinnen und Urhebern bzw. den Berechtigten an verwandten Schutzrechten eingeräumt wird. Der Werkgenuss ist daher im URG auch nicht explizit geregelt.

Diese Freiheit des Werkgenusses kann als privatrechtliches Gegenstück zur öffentlichrechtlichen Informationsfreiheit<sup>8</sup> verstanden werden: So wie der Staat niemanden daran hindern darf, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren, darf keine private Person andere daran hindern, ihnen zugängliche Werke wahrzunehmen. Der juristische Kern dieses Grundsatzes liegt im Recht auf Schutz der Persönlichkeit begründet: Niemand soll durch andere daran gehindert werden können, sich durch Wahrnehmung seiner Umgebung, durch Erweiterung seiner Kenntnisse und seines Wissens, bewusst in seiner gesellschaftlichen Umwelt einzurichten und dadurch seine Persönlichkeit zu entfalten.

Die Freiheit des Werkgenusses ist in Bezug auf die Urheberinnen und Urheber der Werke oder gegenüber den Berechtigten an verwandten Schutzrechten mit keinerlei Anspruch auf Leistung verbunden. Hörerinnen und Hörer von Musik, Betrachterinnen und Betrachter eines Bildes, Leserinnen und Leser eines Buches haben keinerlei privatrechtlichen Anspruch darauf, dass ihnen der Werkgenuss inhaltlich oder formell erleichtert wird, etwa indem das Werk erläutert, in eine ihnen verständliche Sprache übersetzt, in eine für sie wahrnehmbare technische Form übertragen wird. Sie haben auch keinen privatrechtlichen Anspruch darauf, durch Massnahmen der Persönlichkeitsentwicklung, z.B. durch irgendwelche private Bildungsmassnahmen, in die Lage versetzt zu werden, die ihnen materiell, aber nicht inhaltlich zugänglichen Werke auch tatsächlich geniessen zu können. Die Freiheit des Werkgenusses ist ein rein passiver Schutz vor der Intervention Dritter.

### 2. Privatgebrauch

Von diesem Werkgenuss zu unterscheiden ist der Privatgebrauch eines Werkes. Darunter ist die Werkverwendung im persönlichen Bereich einer natürlichen Person zu verstehen, also insbesondere die Vervielfältigung, Aufführung oder Vorführung von Werken und Darbietungen

---

<sup>7</sup> M. Häuptli, Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 75, Basel/Genf/München 2004, S. 34 ff.; Th. Semadeni, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Diss. Zürich 2004, S. 63 f.

<sup>8</sup> Häuptli, a.a.O. (Fn. 7), S. 37 f.

im Privatbereich.<sup>9</sup> Solche Nutzungen sind Gegenstand der gesetzlichen Lizenz des Art. 19 Abs. 1 Bst. A URG, welche jede Werkverwendung und jede Nutzung verwandter Schutzrechte in diesem Bereich uneingeschränkt erlaubt.

Auch hier liegt der juristische Kern der Sonderregelung im Schutz der Persönlichkeit: Es sollen der persönliche Bereich, die Privatsphäre als – abgesehen von familienrechtlichen Bestimmungen – weitgehend rechtsfreier Raum bewahrt bleiben, und es soll die Persönlichkeitsentfaltung in diesem Raum geschützt werden.<sup>10</sup> Im Unterschied zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 28 ZGB gilt dieser urheberrechtliche Schutz der Privatsphäre nur für natürliche Personen. Auch diese gesetzliche Lizenz für den Eigengebrauch ist in Bezug auf die Urheberinnen und Urheber der Werke oder gegenüber den Berechtigten an verwandten Schutzrechten mit keinerlei Anspruch auf Leistung verbunden.<sup>11</sup> Sie ist wiederum ein rein passiver Schutz vor der Intervention Dritter. Dies schliesst selbstverständlich nicht aus, dass es gleichzeitig vertragliche Vereinbarungen geben kann, aus denen sich eine Leistungspflicht z.B. des Verkäufers eines Werkexemplars ergibt. Solche Vertragspflichten haben aber nichts mit dem Urheberrecht zu tun, und sie können nur gegenüber der andern Vertragspartei, nicht aber auf ausservertraglicher Basis gegenüber der Inhaberin oder dem Inhaber des Ausschliesslichkeitsrechts geltend gemacht werden.

### 3. Schulische und betriebliche Nutzungen

Neben dieser Erlaubnis zur Verwendung geschützter Werke und Darbietungen zum Privatgebrauch natürlicher Personen sieht das URG eine gesetzliche Lizenz vor für die Werkverwendungen der Lehrperson für den Unterricht in der Klasse.<sup>12</sup> Dieser Regelung liegt ursprünglich die Zielsetzung zugrunde, den Lehrpersonen grösstmögliche Freiheit in der Gestaltung des Unterrichts zu ermöglichen.<sup>13</sup> Hinzu tritt die gesetzgeberische Wertung, dass öffentliche und private Schulbildung im öffentlichen Interesse liege und daher vor privaten Eigentumsinteressen Vorrang haben müsse. Diese nicht zuletzt von fiskalischen Überlegungen geprägte Haltung findet insbesondere auch in Art. 60 Abs. 3 URG ihren Niederschlag, wonach diese schulischen Werkverwendungen tariflich begünstigt werden müssen.<sup>14</sup>

Eine dritte gesetzliche Lizenz sieht Art. 19 Abs. 1 Bst. c URG für betriebliche Nutzungen vor. Sie erlaubt Vervielfältigungen in Betrieben und anderen Organisationen zur internen Information und Dokumentation.<sup>15</sup> Anders als beim Privatgebrauch natürlicher Personen wird durch diese Bestimmung nicht eine betriebliche Sphäre geschützt, sondern ein spezifischer Informationsablauf: Nur Vervielfältigungen zu internen Informations- und Dokumentationszwecken sind erlaubt, alle andern urheberrechtlichen Nutzungshandlungen, die im betrieblichen Bereich stattfinden, bedürfen der Erlaubnis durch die Berechtigten.<sup>16</sup> Schutzgut und Rechtfertigungsgrund für die gesetzliche Lizenz ist demnach einzig die Sicherstellung der innerbetrieblichen Information und Dokumentation.

---

<sup>9</sup> Dazu ausführlich Ch. Gasser, *Der Eigengebrauch im Urheberrecht*, Bern 1997, S. 47 ff.

<sup>10</sup> Häuptli, a.a.O. (Fn. 7), S. 41 f.

<sup>11</sup> R. Auf der Maur/C. Keller, *Privatkopie: Ein wohlverworfenes Recht?*, sic! 2004, S. 86.

<sup>12</sup> Art. 19 Abs. 1 Bst. b URG; dazu Gasser, a.a.O. (Fn. 9), S. 72 ff.

<sup>13</sup> So schon die bundesrätliche Botschaft, BBl. 1989 III 539 f.; vgl. auch Gasser, a.a.O. (Fn. 9), S. 74; T. Neumann, *Urheberrecht und Schulgebrauch*, Diss. Regensburg 1993, S. 190 f.

<sup>14</sup> BBl. 1989 III 561; Amtl. Bull. StR 1991 II 293 ff.; dazu D. Barrelet/W. Egloff, *Das neue Urheberrecht*, 2.A., Bern 2000, N. 10 zu Art. 19; C. Govoni, *Die Bundesaufsicht über die Verwertungsgesellschaften*, ZSR 1993, S. 244.

<sup>15</sup> Dazu Gasser, a.a.O. (Fn. 9), S. 74 ff.

<sup>16</sup> D. Barrelet/W. Egloff, a.a.O. (Fn. 14), N. 16 zu Art. 19.

Für beide gesetzlichen Lizenzen gilt das bereits zur Freiheit des Werkgenusses und der gesetzlichen Lizenz für die Werkverwendung im persönlichen Bereich Ausgeführte: Sie sind reine Abwehrrechte und geben gegenüber den Urheberinnen und Urhebern der Werke oder den Berechtigten an verwandten Schutzrechten keinerlei Anspruch auf Leistung.

#### 4. Erweiterter Eigengebrauch

Über diese drei explizit genannten Formen des Eigengebrauchs hinaus statuiert Art. 19 Abs. 2 URG noch eine gesetzliche Lizenz für eine Art erweiterten Eigengebrauch: Wer zum Eigengebrauch im erläuterten Sinne berechtigt ist, darf die dazu erforderlichen Werkexemplare auch durch Dritte herstellen lassen.<sup>17</sup>

Dieser Regelung liegen nicht Güterabwägungen zugrunde, sondern Praktikabilitätsüberlegungen: Wer zum Eigengebrauch berechtigt ist, soll die entsprechende Nutzung vornehmen können, auch wenn er oder sie aus irgendwelchen praktischen Gründen wie etwa fehlende technische Kenntnisse oder fehlende Verfügbarkeit der erforderlichen technischen Geräte dazu ohne Hilfe eines Dritten nicht in der Lage ist.<sup>18</sup> Ebenso soll ein erlaubter Eigengebrauch nicht dadurch widerrechtlich werden, dass eine damit verbundene Vervielfältigung von Werkexemplaren aus Praktikabilitätsgründen durch Dritte erfolgt.<sup>19</sup> Die Rechtfertigung dieser Schutz Ausnahme liegt aber ausschliesslich im Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 URG. Wo es keinen solchen privilegierten Eigengebrauch gibt, kann es auch keine privilegierte Herstellung von Werkexemplaren durch Dritte geben.

#### 5. Sonderregelung für Computerprogramme

Die genannten gesetzlichen Lizenzen gelten für sämtliche Werkgattungen und Schutzgegenstände verwandter Schutzrechte mit Ausnahme von Computerprogrammen. Für letztere gilt zwar ebenfalls die Freiheit des Werkgenusses, doch ist schon der Eigengebrauch an eine Erlaubnis gebunden.<sup>20</sup> Mit dieser Sonderregelung trug der schweizerische Gesetzgeber der Rechtslage Rechnung, wie er sie bei Erlass des Gesetzes aufgrund der EG-Richtlinie von 1991<sup>21</sup> über den Rechtsschutz an Computerprogrammen in der Europäischen Gemeinschaft verstand.<sup>22</sup>

Als Begründung für diese Sonderregelung werden in der bundesrätlichen Botschaft zwei angebliche Besonderheiten dieser Werkgattung angeführt: Bei Computerprogrammen stehe zum einen der Eigengebrauch, nämlich die Anwendung der Programme durch Einzelpersonen, im Mittelpunkt der kommerziellen Verwertung, weshalb eine gesetzliche Lizenz für diesen Eigengebrauch den Schutz illusorisch und eine Kommerzialisierung unmöglich machen würde. Zum andern sei es nicht möglich, für diese Werkgattung ein effizientes Vergütungssystem über eine

---

<sup>17</sup> Gasser, a.a.O. (Fn. 9), S. 102 ff.

<sup>18</sup> BBl. 1989 III 540; Gasser, a.a.O. (Fn. 9), S. 103 f.; Häuptli, a.a.O (Fn. 7), S. 111 f.

<sup>19</sup> Zum Ganzen auch P.-E. Ruedin/X.-B. Ruedin, *La copie de partitions à des fins personnelles*, sic! 2005, S. 795 ff.

<sup>20</sup> Der Werkgenuss hat bei Computerprogrammen einen besonderen Charakter, da er immer auch mit Vervielfältigungshandlungen verbunden ist. Schon das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher führt zu einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung. Dieser Besonderheit wollte der Gesetzgeber durch die Sonderbestimmung von Art. 12 Abs. 2 URG Rechnung tragen, doch erweist sich diese Regelung als ungenügend. Vgl. dazu Häuptli, a.a.O. (Fn. 7), S. 99ff.; Semadeni, a.a.O. (Fn. 7), S. 62 ff., und hinten III.1.

<sup>21</sup> Richtlinie des EG-Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz an Computerprogrammen (Amtsblatt der EG vom 17.5.91, Nr. L 122/42).

<sup>22</sup> Amtl. Bull. SR 1992 III 380; C. Govoni, *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen*, AJP 1993, S. 570 ff.

Leerträgerentschädigung einzuführen, da Computerprogramme in aller Regel nicht auf Wechselträger, sondern direkt auf Festplatten kopiert («installiert») würden.<sup>23</sup>

## 6. Vergütungsanspruch

Letztes Element der geltenden gesetzlichen Regelung ist die Stipulierung eines Vergütungsanspruchs: Der gesetzlichen Erlaubnis dieser Nutzungshandlungen entspricht die Pflicht zur Leistung einer Entschädigung, wenn die Erlaubnis in Anspruch genommen wird. Erhoben wird diese Entschädigung einerseits aufgrund der Ausübung bestimmter Tätigkeiten,<sup>24</sup> andererseits als Vergütung auf der Herstellung oder der Einfuhr von Leerträgern, die zur Vervielfältigung geschützter Werke und Leistungen geeignet und bestimmt sind.<sup>25</sup>

Die Höhe dieser Entschädigungen wird durch Tarife festgelegt, welche von den Verwertungsgesellschaften vorgeschlagen und von einer speziellen richterlichen Behörde, der Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, genehmigt werden. Gemäss Art. 60 URG dürfen diese Vergütungen in der Regel höchstens 13% des aus der Nutzung resultierenden Ertrags bzw. der damit verbundenen Kosten ausmachen, nämlich 10% für die Nutzung der Urheberrechte und 3% für die Nutzung der verwandten Schutzrechte.

## III. Veränderte rechtspolitische Ausgangslage?

Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Regelung und dem Ruf nach gesetzgeberischem Einschreiten stellt sich vorerst die Frage, inwiefern die Wertungen, die dieser aktuellen Regelung des Eigengebrauchs zugrunde liegen, überholt sind und neuen Beurteilungen Platz machen müssen. Die blossе Tatsache, dass es sehr viel mehr Nutzungen geschützter Werke und Darbietungen im Privatbereich gibt als früher, kann ja für sich allein eine Änderung der Rechtsordnung kaum rechtfertigen. Vielmehr drängt sich eine Gesetzesrevision nur dann auf, wenn die quantitative Veränderung derart in eine qualitative umschlägt, dass der vom Gesetzgeber intendierte bisherige Interessenausgleich nicht mehr gewährleistet werden kann.

### 1. Die Freiheit des Werkgenusses

Mit der Freiheit des Werkgenusses hat sich Matthias Häuptli in einer kürzlich erschienenen Basler Dissertation von 2004 befasst. Er kommt zum klaren Ergebnis, dass diese juristische Konstruktion überzeugt.<sup>26</sup> Sie ist den teilweise abweichenden Lösungen der Gesetzgeber in Deutschland<sup>27</sup> und Frankreich<sup>28</sup> schon deshalb deutlich überlegen, weil letztere trotz einer

---

<sup>23</sup> BBl. 1989 III 541.

<sup>24</sup> Art. 13 Abs. 1 URG, Art. 20 Abs. 2 URG und Art. 35 Abs. 1 URG.

<sup>25</sup> So Art. 20 Abs. 3 URG.

<sup>26</sup> M. Häuptli, a.a.O. (Fn. 7), S. 34 ff.

<sup>27</sup> Gemäss deutschem BGHZ 17, 266 («Grundig») ist der Werkgenuss in der Regel durch den Erwerb eines Vervielfältigungsexemplars abgegolten. Diese Auffassung geht davon aus, dass es beim Werkgenuss etwas abzugelten gebe, dass es sich also um eine Werknutzung handle. Dabei bleibt offen, wie denn dieser Werkgenuss abgegolten werden soll, wenn gar kein Vervielfältigungsexemplar erworben wird.

<sup>28</sup> Nach französischer Auffassung steht dem Urheber und der Urheberin ein aus dem Vervielfältigungsrecht hergeleitetes «droit de destination» zu, das auch den Werkgenuss umfasst, soweit er nicht als Eigengebrauch ausdrücklich ausgenommen ist. Vgl. dazu F. Dessemontet, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, S. 167, und M. Schwennin-

Vielzahl gesetzlicher Fiktionen zu einem Auseinanderklaffen von Gesetzeslage und Rechtswirklichkeit führen.

An der Freiheit des Werkgenusses sollte daher uneingeschränkt festgehalten werden. Sie sollte darüber hinaus für digitale Medien dadurch überhaupt erst hergestellt werden, dass die mit dem Gebrauch von Computerprogrammen verbundenen Vervielfältigungshandlungen vom Urheberrechtsschutz ausgenommen werden.<sup>29</sup> Dies ist im Entwurf des IGE zur Revision des URG auch bereits vorgesehen.<sup>30</sup>

## 2. Privatgebrauch

Ähnliches gilt aber auch für die Werkverwendung im Privatbereich. Der Schutz der Persönlichkeit und insbesondere auch der Privatsphäre sind wesentliche Errungenschaften der Aufklärung, auf die unter keinen Umständen verzichtet werden darf. Die Schweiz hat mit ihrem umfassenden Konzept eines privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes dazu einen wichtigen Beitrag geleistet. Durch die Regelung des Datenschutzes ist dieses Konzept auf die Informationsgesellschaft hin weiterentwickelt worden.

Es ist mit den Grundprinzipien dieses Konzepts unvereinbar, wenn Produktions- und Verleihfirmen von Textdateien, Ton- und Tonbildträgern eine präventive Kontrolle darüber erlaubt wird, welche Bücher jemand liest, welche Filme er oder sie anschaut, welche Musik jemand hört, welche Zeitungen er oder sie abonniert usw. Das aber wäre die zwingende Folge einer Beseitigung der gesetzlichen Lizenz für Werkverwendungen im Privatbereich. Dritte würden dann darüber entscheiden dürfen, was im Privatbereich genutzt werden darf und unter welchen Bedingungen, und sie müssten zur Einsichtnahme in die Privatsphäre berechtigt erklärt werden, um die Einhaltung der von ihnen erlassenen Nutzungsverbote zu kontrollieren.<sup>31</sup> Das kann weder ein gangbarer noch ein akzeptabler Weg sein. Wir sollten uns hüten, den Schutz des Privatbereichs dem Urheberrecht zuliebe zu durchlöchern.

## 3. Schulische und betriebliche Nutzungen

Weniger einschneidende, aber letztlich genauso grundsätzliche Fragen stellen sich in Bezug auf die andern Formen des privilegierten Eigengebrauchs: Soll die Freiheit der Lehrpersonen zur ungehinderten Gestaltung des Unterrichts erhalten bleiben? Soll daran festgehalten werden, dass öffentliche und private Schulbildung im öffentlichen Interesse liegen und daher vor Nutzungsverboten geschützt werden müssen? Soll es dabei bleiben, dass bestimmte innerbetriebliche Informationsprozesse vor externen Interventionen geschützt und damit auch der externen

---

ger, Zur Frage eines Bestimmungsrechts über die vervielfältigten Werkexemplare im schweizerischen Urheberrecht, Bern 1999, S. 32 ff.

<sup>29</sup> So schon Semadeni, a.a.O. (Fn. 7), S. 69.

<sup>30</sup> Art. 24a EURG; der Vorschlag ist Art. 5 Abs. 1 der EU-Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Abl. EG vom 22.6.2001, L 167/10 ff.) nachempfunden.

<sup>31</sup> Vor allem in der deutschen Doktrin wird die gesetzliche Lizenz für den Privatgebrauch auch mit dem Umstand begründet, dass die Durchsetzung eines Verbotes unmöglich bzw. unverhältnismässig wäre (vgl. H. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2.A., 2001, Rn. 494.; zu Recht kritisch Ch. Berger, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmassnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, S. 263). Das Problem liegt nicht so sehr in der allenfalls fehlenden Durchsetzbarkeit, sondern in der Unverhältnismässigkeit des für die Durchsetzung erforderlichen Eingriffs in die Persönlichkeit.



Kontrolle entzogen werden? Werden diese Fragen bejaht, so muss auch an den gesetzlichen Lizenzen für diese Tätigkeitsbereiche festgehalten werden.

Werden diese Wertungen des Gesetzgebers von 1992 dagegen als überholt betrachtet, so stellt sich sogleich die Zusatzfrage, was denn die Folge einer Beseitigung dieser gesetzlichen Lizenzen sein müsste: Der Verzicht auf die in Frage stehenden Nutzungen? Oder eher deren weitgehend sanktionslose Illegalisierung? Oder würde die gesetzliche Lizenz durch eine genauso pauschale Regelung auf privater Basis ersetzt? Keine dieser Alternativen erscheint als wirklich wünschbar. Umgekehrt ist eine individuelle Rechtsabgeltung in diesen Bereichen weder praktikabel noch politisch akzeptierbar. Es sprechen daher auch praktische Gründe für eine Beibehaltung der geltenden Regelung.

Dieser Befund gilt allerdings nicht unbedingt auch für den jetzigen Umfang dieser gesetzlichen Lizenzen. Was in Art. 19 Abs. 3 als Ausnahme der Ausnahme formuliert ist, also als Schranke, für welche die gesetzliche Lizenz nicht gilt, meint eigentlich nur die analoge Reproduktion und passt schlecht in die digitale Welt. Hierauf wird im folgenden zurückzukommen sein.

#### **4. Erweiterter Eigengebrauch**

Hinsichtlich der Regelung des erweiterten Eigengebrauchs, also der gesetzlichen Lizenz für die Herstellung von Werkexemplaren durch Dritte, liegen die Dinge einfacher. Wie bereits erwähnt, beruht diese gesetzliche Bestimmung auf Praktikabilitätsüberlegungen. Die Frage muss also lauten, ob diese Überlegungen auch heute noch zutreffen. Gibt es heute noch in relevantem Masse Leute, die über keine Fotokopiermöglichkeit verfügen, die zu keinem CD- oder DVD-Brenner Zugang haben oder die nicht in der Lage sind, solche Geräte zu bedienen? Und wenn ja, ist dieser fehlende Zugang zu Vervielfältigungseinrichtungen ein ausreichender Grund für die Schaffung einer gesetzlichen Schutzausnahme? Entspricht es einer Notwendigkeit, dass sich Medienbeobachtungsdienste und andere Dokumentationsdienste für ihre Tätigkeit auf eine solche gesetzliche Lizenz berufen können?

Die Antwort auf diese Fragen sollte meines Erachtens differenziert ausfallen: Nicht Praktikabilitätsüberlegungen sollten im Vordergrund stehen, sondern Interessenabwägungen. Wir brauchen wahrscheinlich keine über reine Repografietatbestände hinausgehende gesetzliche Lizenz für den erweiterten Eigengebrauch mehr, aber wir brauchen Schutzausnahmen für Tätigkeiten im Bereiche der Dokumentation, die in einem öffentlichen oder einem überwiegenden privaten Interesse liegen. So wie es ein berechtigtes Interesse der privaten Persönlichkeitsentwicklung ist, in der Wahrnehmung der Umgebung nicht eingeschränkt werden zu dürfen, liegt es im öffentlichen Informationsinteresse, dass öffentliche und private Informations- und Dokumentationsdienste ungehinderten Zugang zu Informationen von öffentlichem Interesse haben und diese Informationen auch ungehindert weitervermitteln dürfen.<sup>32</sup> Auf diese Interessenlagen sollte – in Ergänzung zu den vorher erwähnten gesetzlichen Lizenzen – eine zukünftige Regelung des Eigengebrauchs ausgerichtet sein. Damit könnte die jetzige Regelung des Art. 19 Abs. 2 URG, die übrigens unter dem Gesichtspunkt des Drei-Stufen-Tests kaum konventionsgemäss sein dürfte<sup>33</sup> und auch mit dem EU-Recht nicht kompatibel ist,<sup>34</sup> ohne Schaden aufgehoben werden.

---

<sup>32</sup> Dieses Interesse findet expliziten Ausdruck in Art. 5 Abs. 2 Bst. c und Art. 5 Abs. 3 Bst. n EU-Richtlinie 2001/29/EG.

<sup>33</sup> So schon Gasser, a.a.O. (Fn. 9), S. 110 f.

<sup>34</sup> W. Egloff, Die EU-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes und das schweizerische URG, sic! 2002, S. 746.

## 5. Sonderregelung für Computerprogramme

Auch hinsichtlich der bestehenden Sonderregelung für Computerprogramme stellt sich die Frage, ob frühere gesetzgeberische Wertungen noch aktuell sind. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die angeblichen Besonderheiten dieser Werkgattung, mit denen die Schaffung dieser Sonderregelung damals begründet wurde.

Diese damaligen Überlegungen vermögen aus dem Rückblick kaum noch zu überzeugen. So wurden und werden Computerprogramme entgegen der damaligen Behauptung durchaus nicht nur zum Eigengebrauch verwendet, sondern sie werden in grossem Stil im betrieblichen Bereich, in Institutionen, in Organisationen usw. verwendet, für welche es von vorneherein keine gesetzliche Lizenz zur unbeschränkten Vervielfältigung geschützter Werke gibt. Es ist weiter unerfindlich, worin der in der Botschaft erwähnte «utilitaristische Charakter» dieser Computerprogramme bestehen sollte, welcher Einzelstücke dieser Werkgattung von andern Werkemplaren wie Büchern, Zeitungen, compact discs usw. grundsätzlich unterscheiden könnte. Und schliesslich ist es auch in Bezug auf Festplatten ohne weiteres möglich, ein Vergütungssystem über eine Leerträgerentschädigung einzufügen; eine solche ist im Gemeinsamen Tarifen 4 B für mp3-Player bereits rechtskräftig verankert, und sie wird im Gemeinsamen Tarif 4 D, welchen die zuständige Schiedskommission vor kurzem genehmigt hat, auch für Computerfestplatten realisiert.

Die für die Schaffung einer Sonderregelung seinerzeit ins Feld geführten Argumente haben sich daher als unzutreffend erwiesen. Diese Erkenntnis könnte durchaus zum Anlass genommen werden, die Sonderregelung zu beseitigen und Computerprogramme zumindest hinsichtlich des Eigengebrauchs gleich wie alle übrigen Werkgattungen zu behandeln.<sup>35</sup>

## 6. Vergütungsanspruch

Bleibt schliesslich noch die Regelung von Art. 60 URG, welche die Angemessenheit von Vergütungsansprüchen regelt. Danach soll die Entschädigung «in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte» betragen. Da es beim Privatgebrauch nie einen pekuniären Nutzungsertrag geben kann, ist Anknüpfungspunkt hier immer der mit der Nutzung verbundene Aufwand. Dieser wiederum wird berechnet nach den Kosten der zur Nutzung erforderlichen technischen Infrastruktur.<sup>36</sup>

Das ist, so zeigt sich in der Zwischenzeit, ein ungeeigneter und auch ungerechter Ansatz. Er verwendet einen Anknüpfungspunkt – eben die Kosten der technischen Infrastruktur – welcher mit dem urheberrechtlichen Schutzgut kaum etwas zu tun hat, er führt bei steigender Nutzung zu sinkenden Entschädigungen, er lässt den Marktwert der Werke und Schutzrechte völlig ausser Acht und er dekretiert schliesslich auch noch einen völlig willkürlichen Plafond.<sup>37</sup> Dies gilt insbesondere für die 3%-Grenze der Entschädigung für verwandte Schutzrechte, für deren Festlegung weder in der Botschaft des Bundesrates noch in der parlamentarischen Debatte auch nur die geringste Begründung gefunden werden kann.

Hier besteht in der Tat Revisionsbedarf. Denn diese missglückte Regelung über die Angemessenheit von Entschädigungen ist durchaus Teil der aktuellen Probleme der Werkverwendung

---

<sup>35</sup> Ähnlich auch Semadeni, a.a.O. (Fn. 7), S. 64 ff.

<sup>36</sup> Barrelet/Egloff, a.a.O. (Fn. 14), N. 14 zu Art. 60.

<sup>37</sup> Dazu auch E. Hefti, Kollektive Verwertung: Auslaufmodell im Internetzeitalter?, in: R. M. Hilty/M. Berger (Hrsg.), Urheberrecht am Scheideweg?, Bern 2002, S. 64 ff.

im Privatbereich. Sie verhindert, dass aus einer gesetzlichen Lizenz für diesen Bereich eine für die Berechtigten akzeptable Entschädigung resultieren kann. Da das Herunterladen geschützter Werke aus dem Internet, das Brennen von CDs und DVDs, das beliebige Vervielfältigen auf einem Computer praktisch nichts kostet, muss eine prozentual an diese Technikkosten anknüpfende Regelung notwendigerweise gegen Null tendieren. Null ist aber keine akzeptable Entschädigung für die Nutzung von Werken, die unbestrittenermassen einen Marktwert haben. Dies wiederum führt zum Ruf nach Exklusivrechten auch für Werknutzungen im Privatbereich, weil sich nur durch solche Rechte die Bestimmung von Art. 60 URG umgehen lässt.<sup>38</sup>

## IV. Wo liegt der Revisionsbedarf?

Die bisherigen Überlegungen haben zum vorläufigen Zwischenergebnis geführt, dass die geltende Regelung des Eigengebrauchs auf gesetzgeberischen Wertungen beruht, die von ihrer Berechtigung nichts eingebüsst haben. Eine grundsätzliche Änderung der Bestimmungen über den urheberrechtlichen Eigengebrauch erscheint von daher weder als notwendig noch als erwünscht. Allerdings besteht hinsichtlich der Ausgestaltung dieser Regelungen durchaus punktueller Revisionsbedarf. Und vorab bleibt noch zu prüfen, ob allenfalls andere Faktoren dazu führen, dass sich trotz weiterhin geltenden gesetzgeberischen Wertungen eine Revision dieser urheberrechtlichen Bestimmungen aufdrängt. Im Vordergrund stehen dabei die Entwicklung von Systemen des Digital Rights Managements und die Entwicklung technischer Massnahmen zum Schutz von Werken vor unerlaubter Nutzung.

### 1. Digital Rights Management

Als Grund für eine Neuregelung des urheberrechtlichen Eigengebrauchs wird verschiedentlich das Aufkommen von Systemen des Digital Rights Managements genannt.<sup>39</sup> Dadurch werde es möglich, urheberrechtliche Nutzungen auch im privaten und betrieblichen Bereich Einzelfall bezogen abzurechnen, was kollektive Rechtswahrnehmung überflüssig mache. Ein solches System sei der Kollektivverwertung schon deshalb überlegen, weil die Entschädigungen hier nicht pauschal verteilt, sondern gezielt an die tatsächlich Berechtigten ausgerichtet würden. Diese Erwartungen in das Digital Rights Management erscheinen allerdings kaum als realistisch. Es ist zwar ohne Zweifel möglich, ja wahrscheinlich, dass in absehbarer Zeit ein gewisser Teil der Kontrolle von Werknutzungen und der individuellen Lizenzierung über solche Systeme laufen wird.<sup>40</sup> Aber es wird sich immer nur um einen Teil der Werknutzungen handeln können, und es werden proprietäre und selektive Systeme sein, also Regelungen, welche nur bestimmte Rechte bestimmter grosser Verlage oder Produktionsfirmen oder allenfalls bestimmter Gruppen von solchen Unternehmen betreffen. Ohne Zweifel werden sie auch nur ganz bestimmte Werkgattungen erfassen. Daneben wird es immer eine riesige Zahl geschützter Werke geben, bei denen eine Lizenzierung von Nutzungen über diese Systeme nicht möglich ist. Auch ein hoch entwickeltes Digital Rights Management wird daher die kollektive Rechtswahrnehmung nicht einfach überflüssig machen.<sup>41</sup> Allein schon aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes muss dies auch so bleiben. Denn das umfassende Management-System, welches alle privaten Nutzungen sämtlicher Werke und Darbietungen erfasst, registriert und abrechnet, ist eine

---

<sup>38</sup> Genau mit dieser Begründung fordert etwa Berger, a.a.O. (Fn. 31), S. 265, ein Verbot der digitalen Privatkopie, um «die weitere Erosion des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft» zu verhindern.

<sup>39</sup> Einen aktuellen Überblick über den Stand der Diskussion bietet N. Helberger, Digital Rights Management aus der Sicht der Verbraucher, IRIS plus 2005-08, S. 2 ff.

<sup>40</sup> P. Vosseler, Neue Geschäftsmodelle mit DRMS, JAR 2004, S. 69 f.

<sup>41</sup> A. Meyer, DRMS können die Verwertungsgesellschaften nicht ersetzen, JAR 2004, S. 67 f.

Horrorvorstellung, gegenüber welcher Huxley's Brave New World schon fast als Idylle erscheint. Digital Rights Management kann und darf die gesetzliche Lizenz für den Privatgebrauch daher nicht ersetzen. Solche Systeme werden für bestimmte Werknutzungen neue Geschäftsmodelle ermöglichen, und sie werden insbesondere die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften erleichtern. Sie ändern an der Notwendigkeit und der Berechtigung der bestehenden urheberrechtlichen Regelungen für den Privatgebrauch nichts, und es ist sachfremd, sie als Alternativen zur kollektiven Verwertung darzustellen.<sup>42</sup>

## 2. Technische Massnahmen

Mit Kopiersperren und vielfältigen ähnlichen technischen Massnahmen versuchen Herstellerinnen und Hersteller von Ton- und Tonbildträgern bekanntlich, die unerlaubte Nutzung geschützter Werke – und nicht nur dieser – zu verhindern.<sup>43</sup> Durch die WIPO-Verträge von 1996 werden die Konventionsstaaten verpflichtet, die Umgehung solcher technischer Massnahmen gesetzlich zu verbieten, also als selbständige Rechtsverletzung zu qualifizieren.<sup>44</sup> Das ändert zwar nicht grundsätzlich die bestehenden urheberrechtlichen Regelungen, aber es verbessert deutlich die Möglichkeiten, diese geltende Ordnung auch durchzusetzen.

Es ist möglich, dass durch solche technischen Massnahmen Werknutzungen, auch legale, an die wir uns gewöhnt haben, erschwert oder verunmöglicht werden. Das Abspielen von Compact discs auf dem Computer, das private Kopieren von DVDs und ähnliches mehr ist unter Umständen nicht mehr oder nur noch in beschränktem Umfange möglich.<sup>45</sup> Nach Meinung einzelner Nutzerorganisationen muss die Umsetzung dieser Vorschrift in das schweizerische Recht daher begleitet sein von Regelungen, welche die Möglichkeiten privater und anderer Werknutzungen in dem Umfange sicher stellen, welche der bisherigen Praxis entsprechen. Solches verlangt im Kern auch Art. 6 der EU-Richtlinie vom 22. Mai 2001, durch welche die genannten Verträge für die EU-Mitglieder umgesetzt werden. Ähnliches sieht auch der Entwurf für eine Revision des schweizerischen URG vor, welcher im vergangenen Jahr der Vernehmlassung unterbreitet wurde.<sup>46</sup> Aber ist das wirklich kohärent?

Wie vorher bereits ausgeführt, ergeben sich aus den gesetzlichen Lizenzen des URG nie irgendwelche positiven Ansprüche gegenüber Rechtsinhaberinnen und Rechtsinhabern.<sup>47</sup> Urheberinnen und Urheber sind so wenig zur Erbringung einer Leistung an die zum Eigengebrauch Berechtigten verpflichtet wie die Inhaberinnen und Inhaber verwandter Schutzrechte. Niemand hat einen urheberrechtlichen Anspruch darauf, dass ihm ein bestimmtes Werk tatsächlich zugänglich gemacht wird. Die gesetzliche Erlaubnis beschränkt sich auf das Recht, in einer im Einzelfall möglichen Nutzung nicht behindert zu werden.

Warum soll dies nun plötzlich anders sein? Warum soll sich aus der gesetzlichen Lizenz für den Privatgebrauch nun plötzlich ein Anspruch ergeben, ein bestimmtes Werk auch tatsächlich nutzen zu können? In welchem technischen Format? In welcher Sprache? Mittels welcher technischen Infrastruktur? Und, nicht zuletzt, auf welcher Entschädigungsbasis, wenn das Gesetz hierfür doch lediglich einen allgemeinen Vergütungsanspruch statuiert? Und wie soll eine solche urheberrechtliche Regelung mit dem Grundsatz des freien Werkgenusses kompatibel

---

<sup>42</sup> A. Meyer, a.a.O. (Fn. 41); A. Peukert, DRM: Ende der kollektiven Vergütung?, sic! 2004, S. 749 ff.

<sup>43</sup> Vgl. R. H. Weber, Traditionelles Urheberrecht: Sprengstoff für die Informationsgesellschaft, in: Hilty/Berger, a.a.O. (Fn. 37), S. 72 ff.

<sup>44</sup> Art. 11 f. WCT und Art. 18 f. WPPT. Zum Stand der Umsetzung in nationales Recht Ph. Gilliéron, La gestion numérique des droits (DRM) dans les législations nationales, sic! 2004, S. 281 ff.

<sup>45</sup> Dazu N. Helberger, a.a.O. (Fn. 39), S. 3 ff.

<sup>46</sup> Art. 39a ff. EURG.

<sup>47</sup> Auf der Maur/Keller, a.a.O. (Fn. 11), S. 88.

sein, welche eben das bloße Wahrnehmen geschützter Werke gar nicht als urheberrechtlich relevanten Sachverhalt qualifiziert? Schon diese wenigen Fragen zeigen, dass die Ausgestaltung einer gesetzlichen Lizenz als positiver, gegen Inhaberinnen und Inhaber der Urheberrechte oder der verwandten Schutzrechte gerichteter Nutzungsanspruch zu unauflösbaren Widersprüchen mit den Grundlagen des Urheberrechts selbst führen muss.

### 3. Monopolisierung von Information?

Gegen das herrschende Verständnis von Urheberrecht und insbesondere gegen die Vorschriften über den Schutz technischer Massnahmen ziehen Lawrence Lessig und die Anhängerinnen und Anhänger seiner Theorien unter dem Schlagwort der «Free Culture» ins Feld.<sup>48</sup> Nach ihrer Auffassung führen diese technischen Massnahmen nämlich dazu, dass Inhalte monopolisiert werden und die kulturelle Entwicklung behindert wird. So behauptet Lessig etwa, ein grosser Teil der Disney-Filmproduktion wäre unter den heutigen urheberrechtlichen Bestimmungen gar nicht möglich gewesen, da die Transformation der Märchenstoffe in moderne Filme nicht zulässig wäre.<sup>49</sup> Diese Auffassung verkennt aber zentrale Grundlagen des Urheberrechts.<sup>50</sup> Dieses monopolisiert keine Inhalte, sondern nur Werke, und das sind geistige Schöpfungen in ihrer jeweiligen individuellen Form. Wohl können wissenschaftliche Veröffentlichungen Werke sein, aber niemand wird durch das Urheberrecht daran gehindert, den Inhalt dieser Werke zur Kenntnis zu nehmen und darauf aufbauend eigene Erkenntnisse zu entwickeln. Wohl sind fast alle fiktionalen audiovisuellen Produktionen Werke, aber niemandem wird durch das Urheberrecht verboten, sich diese Filme anzuschauen und sich auf ihren Inhalt zu beziehen. Zwischen Informationsfreiheit und Urheberrechtsschutz mag es Spannungsfelder geben, ein Antagonismus, wie ihn Lessig behauptet, besteht nicht.

Es ist denn auch kein Zufall, dass diese Diskussion vorwiegend an Beispielen geführt wird, die mit Urheberrecht nur am Rande zu tun haben: an der Monopolisierung von Sportübertragungen durch bestimmte Veranstalter von Sportevents etwa oder an den Marktstrategien von Microsoft. Aber in diesen Fällen ist nicht das Urheberrecht der Kern des Problems, und es ist überfordert, wenn es Probleme lösen soll, die aus ganz andern Interessenkonflikten hervorgehen.

### 4. Schranken des Eigengebrauchs

Wie vorne ausgeführt, beschränkt Art. 19 Abs. 3 URG die gesetzlichen Lizenzen für den schulischen und den betrieblichen Gebrauch in verschiedener Hinsicht. Allerdings zielen diese Zusatzbestimmungen auf die analoge Reproduktion, und sie passen schlecht in die digitale Welt.<sup>51</sup> Die Vervielfältigung von Dateien erfolgt aus technischen Gründen fast immer vollständig, auch wenn nur ein Teil davon benötigt wird. Wer also zu einem privilegierten Eigengebrauch, aber ausserhalb des privaten Kreises, im Handel erhältliche Werkexemplare, Bilder oder andere Werke der bildenden Kunst oder Musiknoten vom Internet herunterlädt, der wird in aller Regel gegen Art. 19 Abs. 3 URG verstossen. Wenn er oder sie die heruntergeladene Datei dann noch ausdruckt oder auf einen andern Träger überspielt, geschieht die Verletzung gleich nochmals.<sup>52</sup> Gleiches gilt für das Überspielen einer Datei, die ein geschütztes Werk oder eine geschützte Darbietung umfasst, von einem Datenträger auf einen andern, wenn es ausserhalb des privaten Bereiches geschieht.

---

<sup>48</sup> Zuletzt L. Lessig, Free Culture, New York 2004.

<sup>49</sup> Lessig, a.a.O. (Fn. 48), S. 23 ff.

<sup>50</sup> So auch Berger, a.a.O. (Fn. 31), S. 264 f.

<sup>51</sup> Weber, a.a.O. (Fn. 43), S. 78 f.

<sup>52</sup> B. Gubler, Elektronische Pressespiegel: Grenzen des Eigengebrauchs, JAR 2001, S. 891 ff.

In diesem Punkt liegt mit Sicherheit Revisionsbedarf vor. Die in Art. 19 Abs. 3 URG enthaltene Umsetzung des Drei-Stufen-Tests mag im Hinblick auf das Fotokopieren von im Handel erhältlichen Drucksachen Sinn gemacht haben, für die digitale Welt ist sie ebenso unbrauchbar wie für die Aufzeichnung von Tönen und Bildern. Sowohl der Gemeinsame Tarif 7 für die schulische Nutzung als auch die Gemeinsamen Tarife 8 und 9 für betriebliche Nutzungen schliessen denn auch Werkverwendungen ein, welche eigentlich gar nicht unter die gesetzliche Lizenz des Art. 19 URG fallen. Sie tun dies, weil die praktischen Erfahrungen gezeigt haben, dass die entsprechenden Nutzungsformen einfach nicht sinnvoll von den Nutzungen abgegrenzt werden können, für welche die gesetzliche Lizenz tatsächlich gilt.<sup>53</sup> Die bevorstehende Gesetzesrevision sollte zum Anlass genommen werden, diese unpraktikable Bestimmung zu beseitigen.<sup>54</sup>

## 5. Erweiterter Eigengebrauch

Es wurde vorne darauf hingewiesen, dass die Bestimmung von Art. 19 Abs. 2 URG, welche eine gesetzliche Lizenz zur Herstellung von Werkexemplaren durch Dritte statuiert, als problematisch erscheint. Sie erlaubt auch rein kommerzielle Tätigkeiten, welche die Verwertungsmöglichkeiten der an den Werken und Darbietungen Berechtigten beschneiden. Dies gilt umso mehr, als sich auch diesbezüglich die Schranke des Art. 19 Abs. 3 Bst. a, welche die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung von im Handel erhältlichen Werkexemplaren verbietet, in der digitalen Welt kaum mehr umsetzen lässt.<sup>55</sup> Insbesondere im Bereich der Ton- und Tonbildträger werden in aller Regel nicht Auszüge, sondern die gesamten Werkexemplare kopiert.

Es erscheint daher als angezeigt, den erweiterten Eigengebrauch des Art. 19 Abs. 2 URG auf den Reprografiebereich zu beschränken, also auf Ausdrucke oder Vervielfältigungen auf Papier und ähnliche Materialien, das Exklusivrecht für die Vervielfältigung auf Datenträger (inkl. Ton- und Tonbildträger) aber nicht anzutasten.<sup>56</sup> Im Gegenzug könnte im Sinne der EU-Harmonisierungsrichtlinie eine neue gesetzliche Lizenz für «Vervielfältigungshandlungen von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen oder Museen oder von Archiven, die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen»,<sup>57</sup> eingeführt werden. Damit könnten die Praktikabilitätsüberlegungen, die der heutigen Regelung zugrunde liegen, gewahrt und gleichzeitig eine stärkere Ausrichtung auf das übergeordnete Interesse am ungehinderten Zugang zu Information erreicht werden.

## 6. Vergütungsanspruch

Revisionsbedarf besteht schliesslich auch hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmung über die Höhe der Entschädigungen für gesetzlich erlaubte Nutzungen. Wie vorne dargelegt, führt die heutige Regelung bei steigender Nutzung zu sinkenden Entschädigungen, sie lässt den Marktwert der Werke und Schutzrechte völlig ausser Acht und sie dekretiert schliesslich auch noch einen völlig willkürlichen Plafond. Es erscheint als dringend, hier nach angemesseneren Lösungen zu suchen.

---

<sup>53</sup> Dazu Barrelet/Egloff, a.a.O. (Fn. 14), N. 22a zu Art. 19; Gasser a.a.O. (Fn. 9), S. 130 ff.; Ruedin/Ruedin, a.a.O. (Fn. 19), S. 802 f.

<sup>54</sup> Der aktuelle Revisionsentwurf begnügt sich allerdings mit einer geringfügigen redaktionellen Klarstellung, welche an der dargelegten Problematik nichts ändert.

<sup>55</sup> Gasser, a.a.O. (Fn. 9), S. 130.

<sup>56</sup> Egloff, a.a.O. (Fn. 33), S. 746 und 748.

<sup>57</sup> Art. 5 Abs. 2 Bst. c Richtlinie 2001/29/EG.

Vielleicht ist in diesem Zusammenhang ein kleiner Exkurs erlaubt: Nach Art. 22 a URG lag kein privater Gebrauch mehr vor, wenn eine Nutzung im privaten Raum mit einem Gewinnzweck verbunden war. Als Gewinnzweck wurde dabei auch betrachtet, wenn die Nutzung zu einer Ausgabenersparnis führte, also z.B. die Herstellung einer betriebsintern verteilten Presse-schau den Erwerb mehrfacher Zeitungsabonnements ersparte.<sup>58</sup> Diese Bestimmung wurde anlässlich der Gesetzesrevision von 1992 zu Recht gestrichen. Allerdings erweist sich aus der Rückschau das dort verwendete Kriterium der Ausgabenersparnis als durchaus interessanter Ansatz für die Frage der Entschädigung. Wäre es nicht mindestens so sinnvoll, statt sich auf den Marktpreis von Leerträgern, Computern, CD-Brennern, mp3-Geräten zu beziehen, die Entschädigungen nach dem Marktpreis der darauf kopierten bespielten CDs, Texte, DVDs, music-files etc. festzulegen? Warum kommt es für den Wert einer Fotokopie auf den Preis des Kopiergerätes und des Papiers an, aber nicht auf den Preis der kopierten Zeitschrift oder des kopierten Buches? Wäre nicht der Preis der Vorlage der adäquatere Anknüpfungspunkt als der Preis der technischen Infrastruktur? Und wäre eine auf diesen Preisen basierende, von Nutzerinnen und Nutzern einerseits, Berechtigten andererseits einvernehmlich ausgehandelte Entschädigung nicht auch dann akzeptabel und im Sinne des Gesetzes angemessen,<sup>59</sup> wenn sie über der gesetzlich festgelegten Grenze von 3% läge?<sup>60</sup> ■

---

<sup>58</sup> So BGE 108 II 481.

<sup>59</sup> Art. 60 URG.

<sup>60</sup> Vgl. auch Hefti, a.a.O. (Fn. 37), S. 66.