

Besprechung | Compte rendu

Stefan Brühwiler

Der Beizug Dritter zu gesetzlich erlaubten Werknutzungen – Zürcher Studien zum Privatrecht 310.

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2021, 286 Seiten, CHF 79.00, ISBN 978-3-7255-8354-6

Claudia Marti

Urheberrechtlicher Eigengebrauch unter Mitwirkung Dritter – Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht 108.

Stämpfli Verlag, Bern 2022, XXI+198 Seiten, CHF 96.00, ISBN 978-3-7272-3665-5

«Wer zum Eigengebrauch berechtigt ist, darf (...) die dazu erforderlichen Vervielfältigungen auch durch Dritte herstellen lassen», heisst es in Art. 19 Abs. 2 des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes. Die Bestimmung, die ursprünglich vor allem die Verwendung von Fotokopierern und Ton- und Bildaufzeichnungsgeräten in Bibliotheken und Copyshops regeln sollte, wird heute auf so unterschiedliche Phänomene wie die Herstellung von Pressespiegeln, den Betrieb von Dokumentenlieferdiensten, auf zeitverschobenes Fernsehen, Cloud Computing, Text and Data Mining und auf anderes mehr angewandt. Sie ist damit zu einer der wirtschaftlich bedeutsamsten Schrankenregelungen des schweizerischen Urheberrechts geworden.

Die stetige Ausweitung des Anwendungsfeldes dieser Bestimmung ist nicht nur von grosser wirtschaftlicher Bedeutung, sondern sie ist auch aus rechtswissenschaftlicher Sicht im ursprünglichen Sinne des Wortes fragwürdig. Es kann daher nicht überraschen, dass sich gleich zwei kürzlich erschienene Dissertationen – die eine aus Zürich, die andere aus Bern – mit dieser gesetzlichen Lizenz befassen. Dass die Arbeiten, die offenbar parallel zueinander entstanden und keinerlei Querbezüge enthalten, zu durchaus unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, illustriert die Komplexität der Regelung.

BRÜHWILERS Untersuchung erfolgt aus der Perspektive der Nutzerinnen und Nutzer. Er geht davon aus, dass sich aus der «Digitalisierung des Werkschaffens wie auch der Nutzung dieser digitalen Werke» (Rz. 1) neue Nutzerbedürfnisse ergeben, welche nur durch den Beizug von Dritten befriedigt werden können. Er sieht die Aufgabe von Art. 19 Abs. 2 URG darin, diesen Beizug von Dritten zum Eigengebrauch zu ermöglichen, und untersucht in der Folge, inwieweit die Bestimmung diese von ihm unterstellte Aufgabe erfüllt. Die gleiche Fragestellung wendet er danach auch auf einige urheberrechtsrelevante Richtlinien der EU an. Nicht ganz überraschend kommt er dabei zum Ergebnis, dass «zeitgemässen Nutzerbedürfnissen und vermehrt konver-

genten Technologien (...) weder die europäische noch die schweizerische Regelung gerecht» werden (Rz. 171).

BRÜHWILER illustriert die Wünschbarkeit des Beizugs von Dritten zum Eigengebrauch mit der Darstellung verschiedener Fallkonstellationen, so etwa mit den vom Bundesgericht bereits entschiedenen Anwendungsfällen der Herstellung von Pressespiegeln und des Betriebs eines Dokumentenlieferdienstes, aber auch mit dem zeitverschobenen Fernsehen und dem Text and Data Mining. Letzteres wird heute allerdings weder in der Schweiz noch in der EU über die Eigengebrauchsschranke geregelt, sondern ist Gegenstand spezieller Schutzausnahmen, welche von BRÜHWILER in einem eigenen Unterkapitel ebenfalls analysiert werden.

Demgegenüber knüpft MARTIS Untersuchung an der historischen Entwicklung des urheberrechtlichen Eigengebrauchs an. Sie zeichnet die Entstehung der Bestimmung von Art. 19 URG nach und analysiert anschliessend akribisch und unter ständigem Rückbezug auf Lehre und Rechtsprechung deren Inhalt. Dabei stellt sie vor allem auf die Absicht des Gesetzgebers ab, die der Bestimmung zugrunde liegt, da der erkennbar auf analoge Techniken bezogene Wortlaut überhaupt nur in einer teleologischen und systematischen Interpretation auf digitale Vorgänge anwendbar ist.

Auf dem Hintergrund ihres Auslegungsergebnisses untersucht MARTI danach ebenfalls spezifische Fallkonstellationen, darunter wiederum die bereits erwähnten Anwendungsfälle Pressespiegel und Dokumentenlieferdienst sowie die vom Bundesgericht noch nicht entschiedene urheberrechtliche Einordnung des zeitversetzten Fernsehens. Zusätzlich befasst sie sich mit der urheberrechtlichen Qualifikation der Bereitstellung von 3D-Druckgeräten durch Dritte und des Cloud Computing. Sie plädiert für sehr viel restriktivere Interpretationen als BRÜHWILER. Sie verlangt, bei der Auslegung vermehrt, «den Zweck der Bestimmung zu bedenken. Es ist nämlich eine Tendenz ersichtlich, dass sich die Auslegung der Schranke vom oben ermittelten Sinn entfernt hin zu einem Verständnis, das es erlaubt, dass sich Dritte die Schranke für lukrative Angebote unter Verwen-

Besprochen von **WILLI EGLOFF**, Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern.

derung urheberrechtlich geschützter Werke zu Nutzen machen» (S. 197 f.), wie MARTI in ihrer abschliessenden Würdigung festhält.

MARTI hält denn auch wiederholt fest, dass aus historischer und teleologischer Sicht die Bestimmung von Art. 19 Abs. 2 URG nicht darauf abziele, «dass der Dritte sein Dienstleistungsangebot machen kann, ohne dazu die Einwilligung der Rechtsinhaber einzuholen» (S. 198). Demgegenüber plädiert BRÜHWILER sogar für eine Ausweitung der gesetzlichen Lizenz mit dem Ziel, ein umfassendes, aber vergütungspflichtiges Nutzungsprivileg für Informationsintermediäre zu schaffen (Rz. 219 ff.). Diesbezüglich referiert er kurz die «Fair-Use»-Bestimmung des US-amerikanischen Rechts, deren Übernahme ins schweizerische Rechtssystem er aber zu Recht für wenig realistisch hält. Stattdessen unterbreitet er einen Vorschlag für eine Neufassung der Absätze 2 und 3 von Art. 19 URG, welche sich an den Kriterien des urheberrechtlichen Drei-Stufen-Tests orientieren sollte (Rz. 309 ff.) und eine umfassende gesetzliche Lizenz für den Beizug von Dritten zu einem weit verstandenen Eigengebrauch schaffen würde.

Unterschiedliche Befunde gibt es allerdings nicht nur in Bezug auf die Gesamtwürdigung des erörterten Themenkomplexes, sondern auch in Einzelfragen. So unterscheiden sich die beiden Untersuchungen schon bei der Frage, wer denn ein «Dritter» im Sinne dieser Bestimmung sei. Dieser Begriff ist nämlich alles andere als klar, können doch von der Vermietung von Kopiergeräten im Rahmen eines Servicevertrages über den Betrieb eines Medienbeobachtungsdienstes hin zum Cloud Computing Service verschiedenste Hilfspersonen oder Intermediäre solche «Dritte» sein. Gleichzeitig ist die Abgrenzung für die Anwendung höchst relevant, da «der Dritte» Anknüpfungspunkt der Vergütungspflicht ist.

BRÜHWILER plädiert bei dieser Frage dafür, zur Qualifikation «nicht irgendwelche Besitzverhältnisse am Vervielfältigungsgerät» heranzuziehen, sondern darauf abzustellen, «ob der Dritte mit seiner Dienstleistung dem schrankenberechtigten Nutzer die für die Schrankennutzung notwendige Vervielfältigung erstellt, ermöglicht oder erleichtert» (S. 23). Mit einer solchen Umschreibung wäre praktisch jede Drittperson erfasst, die direkt oder indirekt in irgendeinem Bezug zu einem erlaubten Eigengebrauch steht. Demgegenüber weist MARTI darauf hin, dass die Bestimmung ausdrücklich auf die Besitzverhältnisse verweist, wenn in Art. 19 Abs. 2 URG von Institutionen die Rede ist, «die ihren Benützern und Benutzerinnen Kopiergeräte zur Verfügung stellen». Aufgrund einer ausführlichen historischen und systematischen Auslegung gelangt sie zum Ergebnis, «dass ein Herstellenlassen durch einen Dritten im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG grundsätzlich dann vorliegt, wenn der Dritte unmittelbaren Besitz am Kopiergerät hat. Wer den Vervielfältigungsvorgang auslöst ist hinsichtlich dieser Frage dagegen irrelevant» (S. 81). Bei mittelbarem Besitz des Dritten am Kopiergerät müsse im Einzelfall geklärt werden, ob die Anknüpfung an diesen Besitz zu einem angemessenen Resultat führe. Diese Definition ist deutlich enger als die Umschreibung von BRÜHWILER. So liegt in der Interpretation von MARTI etwa bei

der Benutzung eines gemieteten Fotokopiergeräts oder bei der Speicherung eigener Daten in einer Cloud, bei welcher die Herrschaft über die Daten bei den Nutzenden liegt, kein Beizug eines Dritten im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG vor.

MARTI weist weiter darauf hin, dass der deutsche und der italienische Gesetzestext ein zusätzliches Kriterium für die Zulässigkeit des Beizugs eines Dritten enthalten, nämlich die «Erforderlichkeit» der Vervielfältigung. In der französischen Fassung des Gesetzes fehlt dieses Kriterium, und es wird auch in Lehre und Rechtsprechung nicht erörtert. MARTI zieht daraus den naheliegenden und wohl zutreffenden Schluss, dass ihm auch nach dem Willen des Gesetzgebers keine praktische Bedeutung zukommen sollte.

Zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen die beiden Untersuchungen schliesslich hinsichtlich der Beurteilung des rechtlichen Charakters und daraus folgend auch der Auslegung der Bestimmung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG, wonach die Schrankenschranken des Abs. 3 auf Vervielfältigungen beim Download aus dem Internet keine Anwendung finden sollen. MARTI verweist auf die Botschaft zur letzten URG-Revision, welche den zwingenden Charakter von Schrankenbestimmungen ausdrücklich festhält, und begründet mit überzeugenden Argumenten, dass dies auch für die Eigengebrauchsschranke gelten müsse, weil deren Wegbedingung die gesetzliche Interessenabwägung aushebeln würde (S. 144 f.). Das muss dann aber logischerweise auch für die in Abs. 3^{bis} enthaltene Ausnahmeregelung gelten. Sowohl die Eigengebrauchsschranke selbst als auch ihre Detailregelungen in den Abs. 3 und 3^{bis} sind nach dieser zutreffenden Ansicht zwingender Natur, können also nicht vertraglich wegbedungen werden.

Demgegenüber will BRÜHWILER die Bestimmung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG als dispositive Ausnahmeregelung zur Pflicht der kollektiven Vergütung verstehen, die Raum schaffe für individuelle Vereinbarungen (S. 83 ff.). Dabei scheint er aber den in der Norm enthaltenen Passus des «erlaubterweise zugänglich gemachten Werkes» auf den Download aus dem Internet zu beziehen, obwohl der Begriff gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c URG wohl nur den Upload meinen kann. Ein zusätzliches Missverständnis scheint auch insofern vorzuliegen, als BRÜHWILER in Rz. 286 eine Ergänzung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG anlässlich der auf den 1. April 2020 in Kraft getretenen URG-Revision referiert, die es aber gar nicht gibt: Die Bestimmung ist seit ihrem Erlass im Jahre 2007 nie verändert worden.

Die beiden Untersuchungen kommen auch in Bezug auf die Umsetzung ihrer Auslegungsergebnisse auf konkrete Fallkonstellationen zu teilweise unterschiedlichen Beurteilungen. So ist der Pressespiegel-Entscheid des Bundesgerichts für BRÜHWILER eine Illustration dafür, «dass das geltende URG gute Voraussetzungen bietet für zeitgemässe Schrankennutzungen, zu welchen ein Dritter beigezogen wird» (Rz. 23). Auch den Entscheid des Bundesgerichts über den Bibliothekslieferdienst der ETH sieht er als Bestätigung dafür, «dass mit einem entsprechenden finanziellen Ausgleich auch ein intensiverer Eingriff in die Ausschliesslichkeitsrechte des Rechtsinhabers möglich ist» (Rz. 241). Da-

gegen äussert MARTI Zweifel an der Stichhaltigkeit des ersten der beiden Entscheide. Insbesondere lasse sich «die vom Bundesgericht im Pressespiegelentscheid erwähnte Variante, dass zunächst die Presseerzeugnisse vollständig eingescannt und anschliessend nach den Suchkriterien der Kunden durchforstet werden», nicht auf Art. 19 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. c URG stützen (S. 133). Vielmehr handle es sich um eine Vervielfältigung auf Vorrat, die nach der eigenen Rechtsprechung des Bundesgerichts eben gerade nicht mit der Eigengebrauchsschranke gerechtfertigt werden könne.

Ähnliche Unterschiede gibt es auch in Bezug auf die Bewertung der Spruchpraxis der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten zum zeitverschobenen Fernsehen. Für BRÜHWILER wurde durch die «rechtsanwendenden Behörden und die Rechtsprechung bezüglich des zeitverschobenen Fernsehens ein pragmatischer Weg gefunden, der mit dem URG und dem Dreistufentest vereinbar ist» (Rz. 259); es zeige sich aber, dass die auf analoge Werke und Werkexemplare zugeschnittene Bestimmung im digitalen Bereich an ihre Grenzen stosse. Für MARTI ist diese Grenze klar überschritten. Nach ihrer Auffassung könnte zeitverschobenes Fernsehen nur dann unter Art. 19 Abs. 2 URG fallen, wenn die Vervielfältigung nicht auf Vorrat, sondern für jeden Kunden einzeln nach dessen individueller Auswahl erfolge. In der derzeitigen tatsächlichen Ausgestaltung sei dies aber nicht der Fall, sondern es handle sich klarerweise um eine Aufzeichnung auf Vorrat. Diese falle nicht unter die gesetzliche Lizenz von Art. 19 Abs. 2 URG (S. 169 f.).

In der Substanz kommen aber beide Untersuchungen letztlich doch zum genau gleichen Ergebnis, dass nämlich die Regelung von Art. 19 Abs. 2 URG in der Praxis überstrapaziert und auf Sachverhalte angewandt werde, für welche sie nicht passt. Während BRÜHWILER daraus den Schluss zieht, dass die Bestimmung revidiert und noch weiter gefasst werden sollte, plädiert MARTI dafür, sie restriktiv zu interpretieren und sich bei der Anwendung am ursprünglichen Gesetzeszweck zu orientieren. Dies hätte zur Folge, dass für die rechtspolitisch allenfalls zusätzlich erwünschten Freistellungen dann eben spezifische Schrankenbestimmungen zu schaffen wären, wie dies mit der Einfügung von Art. 24d und Art. 24e URG punktuell geschehen ist.

Mit den beiden Untersuchungen liegt jetzt umfassendes Analysematerial vor, auf dessen Grundlage diese rechtspolitische Frage diskutiert werden kann. Dabei zeichnet sich die Arbeit von MARTI durch ihre grosse systematische Stringenz aus, während die Gliederung der Dissertation von BRÜHWILER manchmal als etwas zufällig erscheint. Auch hätte BRÜHWILERS Buch eine sorgfältigere Schlussredaktion zur Aktualisierung der Literaturhinweise und zur Beseitigung der doch in erheblicher Zahl vorhandenen Rechtschreibfehler verdient. Das ändert aber nichts daran, dass beide Arbeiten das gewählte Thema umfassend darstellen, zahlreiche nützliche Informationen bereitstellen und dadurch höchst lesenswert sind. Sie liefern gerade auch durch ihre Komplementarität einen wichtigen Beitrag zur Diskussion und Weiterentwicklung der Rechtsetzung im Bereich der urheberrechtlichen Schrankenregelungen.