

deutschen Schrifttum im Detail berücksichtigt und auch zur jüngsten Änderung von § 53 UrhG Stellung genommen. Darüber hinaus wird geprüft, ob die Schweiz dem Beispiel Deutschlands folgen und den Anwendungsbereich der Schranke zum Eigengebrauch *de lege ferenda* einschränken soll.

## I. Ausgangslage

Die Musikindustrie setzt mit der CD seit Jahrzehnten auf die Verwertung von Musik in digitaler Form. Die Filmindustrie hat mit der DVD vor einigen Jahren nachgezogen. Die Umstellung von analogen auf digitale Formate hat der Unterhaltungsindustrie bisher einige wirtschaftliche Vorteile beschert. Zum einen hat die periodische Umstellung auf neue Tonträgertypen<sup>1</sup> zusätzliche Konsummöglichkeiten geschaffen<sup>2</sup> und damit die Nachfrage nach Musik erhöht. Zum anderen wurden die Konsumenten faktisch dazu gezwungen, mit jeder Umstellung für dieselbe Musik erneut zu bezahlen, was sich ebenfalls positiv auf die Umsätze der Musikindustrie auswirkte<sup>3</sup>. Von denselben Effekten profitiert auch die Filmbranche, die derzeit von VHS-Kassetten auf DVDs umstellt und in diesem Geschäft beeindruckende Wachstumszahlen verzeichnet<sup>4</sup>. Bekanntlich hat die Digitalisierung allerdings auch eine Kehrseite, die insbesondere darin besteht, dass digitale Werke ohne grösseren technischen oder finanziellen Aufwand von jedermann mit Zugang zu einem Computer in perfekter Qualität kopiert und über das Internet weltweit verbreitet werden können<sup>5</sup>. Sobald auch nur eine einzige nicht von den Rechtsinhabern kontrollierte Kopie im Internet erhältlich ist – so die Überlegungen der Unterhaltungsindustrie –, werden sich die Konsumenten gratis im Netz bedienen und kein Geld mehr für Kinoeintritte, CDs und DVDs ausgeben. Aus diesem Grund haben sich die Grossunternehmen der Kulturwirtschaft bis vor kurzem geweigert, ihr Repertoire zu attraktiven Konditionen für den Internetvertrieb zu lizenzieren. Mittlerweile hat sich allerdings gezeigt, dass die tradierten Geschäftsmodelle der Unterhaltungsindustrie den Bedürfnissen der Konsumenten nur noch in beschränktem Masse entspre-

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL. M., Zürich. Der Verfasser dankt dem Schweizerischen Nationalfonds für die Unterstützung dieses Beitrags im Rahmen eines breiter angelegten Forschungsprojekts an der Harvard Law School, Cambridge, Mass., USA. Die zitierten Internet-Quellen wurden zum letzten Mal am 1. Februar 2004 abgerufen.

1) Auf die Langspielplatte (LP) folgten die Musikkassette (MC) und die Compact Disc (CD), und vor kurzem erlebte die DVD-Audio ihre Markteinführung.

2) Vor allem die Ermöglichung der „Tragbarkeit“ von Musik durch die Einführung portabler Abspielgeräte scheint zu einer Markterweiterung geführt zu haben; siehe dazu die empirische Studie von *Liebowitz*, Will MP3 downloads Annihilate the Record Industry? – The Evidence so Far (June 2003), S. 18 und 26, abrufbar unter <http://www.utdallas.edu/~liebowit/intprop/records.pdf>.

3) In der Industrie ist man sich dieses Effektes wohl bewusst; siehe *Dopp*, Repertoirebereiche und Konsumenten, in: *Moser/Scheuermann* (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 6. Aufl. 2003, S. 36 („der geniale Schachzug, den Konsumenten mit der CD etwas zu verkaufen, was sie bereits besitzen, wird uns wohl nicht noch einmal gelingen“).

4) Der amerikanische DVD-Markt wächst derzeit am schnellsten, und der Umsatz mit DVDs übertraf im Jahr 2002 mit 11.6 Mrd. US\$ die Einnahmen aus dem ebenfalls lukrativen Kinogeschäft (9.3 Mrd. US\$); vgl. dazu *In the Matter of Digital Broadcast Content Protection*, Report and Order and Further Notice of Proposed Rulemaking, MB Docket 02-230, S. 10 Fn. 46 (FCC, Nov. 4, 2003).

5) Die Unterhaltungsindustrie versucht, dieses Phänomen unter anderem damit zu bekämpfen, dass sie ihre Tonträger mit Kopierschutzsystemen ausstattet. Auf die Bedeutung und Problematik dieser Systeme kann hier nicht eingetreten werden; siehe dazu immerhin *Goldmann/Liepe*, Vertrieb von kopiergeschützten Audio-CDs in Deutschland, ZUM 2002, 362–375; *Wiegand*, Technische Kopierschutzmassnahmen in Musik-CDs, MMR 2002, 722–730; *Knies*, Kopierschutz für Audio-CDs, ZUM 2002, 793–797.

## Eigengebrauch oder Hehlerei?

### Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet

Cyrill P. Rigamonti\*

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage, wie das Herunterladen urheberrechtlich geschützter Werke, die ohne Zustimmung der Rechtsinhaber ins Internet gestellt wurden, nach schweizerischem Urheberrecht zu beurteilen ist. Dabei wird die Diskussion dieser Frage im

chen. Wer mit Digitaltechnik und Internet aufgewachsen ist und sich an das Einkaufen über das Internet und den unmittelbaren Zugriff auf digitale oder digitalisierte Güter wie etwa Software gewöhnt hat, möchte die neuen technischen Möglichkeiten auch für den Konsum von Unterhaltung nutzen. Das Festhalten der Industrie an überkommenen Geschäftsmodellen und die aktive Bekämpfung neuer Technologien<sup>6</sup> sowie innovativer Geschäftsideen<sup>7</sup> erscheint vor diesem Hintergrund als rückwärtsgerichtet und liegt letztlich weder im Interesse der Konsumenten noch der Rechtsinhaber. Die kühnen Versuche einiger Wagemutiger, digitale Musik oder Spielfilme ohne Zustimmung der Rechtsinhaber auf speziell zu diesem Zweck kreierten Internetseiten anzubieten, wurden und werden von der Unterhaltungsindustrie rasch unterbunden<sup>8</sup>.

Schwieriger gestaltet sich der Kampf der Unterhaltungsindustrie gegen die seit einiger Zeit populären elektronischen Tauschbörsen, die von der Musikindustrie für die Umsatzeinbußen der letzten Jahre verantwortlich gemacht werden. Die Probleme, die sich der Unterhaltungsindustrie stellen, sind dabei mehr tatsächlicher als rechtlicher Natur, denn aus rechtlicher Sicht ist mittlerweile<sup>9</sup> unbestritten, dass das Zurverfügungstellen urheberrechtlich geschützter Werke über elektronische Tauschbörsen ohne Zustimmung der Rechtsinhaber Urheberrechte<sup>10</sup> und oft auch Leistungsschutzrechte<sup>11</sup> verletzt. Es spielt insofern keine Rolle, ob urheberrechtlich geschützte Dateien in elektronische Tauschbörsen eingespeist oder über Internetseiten vertrieben werden. Weil aber die fraglichen Dateien im Falle elektronischer Tauschbörsen nicht zentral gespeichert sind, sondern individuell von Nutzer zu Nutzer transferiert werden<sup>12</sup>, stellen sich zusätzliche praktische Probleme. Erstens ist die Quelle des Unrechts nicht immer einfach zu ermitteln. Zweitens ist es aufwendig, gegen jeden einzelnen der unzähligen Nutzer zu prozessieren. Drittens besteht die Gefahr, mit derartigen Prozessen aktuelle und potentielle Konsumenten der Unterhaltungsindustrie zu vergraulen, denn bei den Nutzern von elektronischen Tauschbörsen handelt es sich in aller Regel nicht um herkömmliche „Piraten“, die sich zu Lasten der Rechtsinhaber materiell bereichern wollen. Viertens dürfte die abschreckende Wirkung einzelner Verfahren insgesamt eher gering sein. Die Musikindustrie hat daher sowohl in den USA als auch in Europa zunächst versucht, an Stelle individueller Urheberrechtsverletzer die Betreiber der fraglichen elektronischen Tauschbörsen ins Recht zu fassen, und zwar mit dem Argument, die Betreiber seien für die Urheberrechtsverletzungen der Nutzer verantwortlich. Dieses Vorgehen war im Falle der zentralisierten Tauschbörsen Napster und Aimster erfolgreich<sup>13</sup>, nicht aber im Falle neuerer Tauschbörsen wie etwa Grokster<sup>14</sup>, weil bei letzteren aufgrund ihrer radikal dezentralisierten Systemarchitektur nur schwerlich von „Betreibern“ gesprochen werden kann. Im wesentlichen handelt es sich dabei um Hersteller von Netzwerksoftware, die über das Verhalten der Nutzer der Software keine Kontrolle haben<sup>15</sup> und daher auch nicht für deren Rechtsverletzungen haftbar gemacht werden können.

Die unmittelbare Folge der Entscheidung im Fall *Grokster* war, dass die amerikanische Tonträgerindustrie ihre Strategie änderte und im September 2003 mit einer Welle von 261 Klagen gegen individuelle Nutzer von Tauschbörsen vorging<sup>16</sup>, der im Januar 2004 eine zweite Welle von 532 Klagen folgte<sup>17</sup>. Die Musikindustrie erhofft sich davon vor allem eine Signalwirkung für die Öffentlichkeit. Mit den Klagen soll der Ernst der Lage unterstrichen und dem Verständnis der Nutzer für die

Anliegen der Musikindustrie etwas nachgeholfen werden – in der Hoffnung, dass Konsumenten vom Angebot der elektronischen Tauschbörsen keinen Gebrauch machen und statt dessen wie gehabt CDs und DVDs kaufen. Die Klagen sind eingebettet in gross angelegte Propaganda-Kampagnen, die vor einigen Monaten in den USA und Europa lanciert wurden<sup>18</sup> und deren Ziel es ist, der Öffentlichkeit den Wert und die Bedeutung des Urheberrechts in Erinnerung zu rufen. Es kann hier nicht im Detail auf alle Argumente eingegangen werden, die im Rahmen dieser Kampagnen vorgetragen werden. Vielmehr soll ein bestimmtes rechtliches Argument herausgegriffen werden, das in diesem Zusammenhang seitens

6) Vgl. dazu *Kretschmer/Klimis/Wallis*, Music in electronic markets – An empirical study, new media & society 2001, S. 425.

7) Ein Beispiel dafür ist der bekannte Fall von MP3.com, einem Geschäftsmodell, das Konsumenten die Möglichkeit hätte bieten sollen, jederzeit auf ihre persönliche Musiksammlung greifen zu können, ohne dass zu diesem Zweck CDs hätten herumgetragen werden müssen. Die Musikindustrie hat dieses Modell unter Berufung auf ihre Urheberrechte frühzeitig zu Fall gebracht; siehe UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc., 92 F.Supp.2d 349, 109 F.Supp.2d 223 (S.D.N.Y. 2000); Teevee Tunes, Inc., v. MP3.com, Inc., 134 F.Supp.2d 546, 148 F.Supp.2d 276 (S.D.N.Y. 2001); Country Road Music, Inc. v. MP3.com, Inc., 279 F.Supp.2d 325 (S.D.N.Y. 2003); siehe zu ersterem auch *Gottschalk*, Digitale Musik und Urheberrecht aus US-amerikanischer Sicht, GRUR Int. 2002, 101 f.

8) Vgl. z. B. Complaint, Time Warner Entertainment Co. v. Master Surf, Inc. (C.D. Cal., filed July 9, 2002), abrufbar unter <http://www.mpaa.org/Press/Film88Complaint.htm>.

9) Vor der jüngsten Urheberrechtsreform waren die Meinungen zur Rechtslage in Deutschland geteilt; vgl. *Kretzler*, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda, GRUR 2001, 193–204 (Teil 1), 307–312 (Teil 2); *Braun*, „Filesharing“-Netze und deutsches Urheberrecht, GRUR 2001, 1106–1111.

10) Es handelt sich namentlich um das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht sowie das Recht zur öffentlichen Wahrnehmbar- bzw. Zugänglichmachung; vgl. für die Schweiz Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a–c URG und für Deutschland §§ 15–17, 19 a UrhG.

11) Dies gilt etwa dann, wenn es sich bei den betreffenden Dateien um Kopien von CDs handelt. Zu denken ist dann insbesondere an die Rechte der Tonträgerhersteller und der ausübenden Künstler; vgl. Art. 33 Abs. 2 lit. c–d und 36 URG für die Schweiz sowie §§ 77 Abs. 2 und 85 Abs. 1 UrhG für Deutschland.

12) Elektronische Tauschbörsen funktionieren im Prinzip so, dass ein gemeinsames Computerprogramm – in aller Regel gratis im Internet erhältlich – dafür sorgt, dass die Nutzer des Programms zu einem vom Internet virtuell getrennten Netzwerk verbunden werden und so untereinander Daten austauschen können, wobei der Datentransfer direkt zwischen den Benutzern erfolgt. Technische Details dazu finden sich z. B. bei *Kretzler* (o. Fn. 9), S. 194.

13) Siehe *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), *cert. denied sub nom. Deep v. Recording Industry Ass'n of America*, 124 S. Ct. 1069 (2004); vgl. für Deutschland auch den Beschluss des LG Hamburg vom 26. März 2001, CR 2001, 477 („Napster“).

14) Siehe *Metro-Goldwyn Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F.Supp.2d 1029, 269 F.Supp.2d 1213 (C.D. Cal. 2003). Das Berufungsverfahren ist zur Zeit hängig. Die mündliche Berufungsverhandlung fand am 3. 2. 2004 statt.

15) Sobald die einzelnen Nutzer die entsprechende Software aus dem Internet herunterladen und installieren, funktioniert die Tauschbörse bzw. das betreffende Netzwerk ohne weiteres Zutun der Hersteller der Software. Mit anderen Worten würde das System offenbar auch dann funktionieren, wenn es die Hersteller der Software nicht mehr gäbe oder ihre Server abgestellt würden; vgl. auch *Frey*, Peer-To-Peer File-Sharing, das Urheberrecht und die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern am Beispiel Napster, Inc. im Lichte des US-amerikanischen und des EG-Rechts, ZUM 2001, 466 Fn. 2. In den Worten eines kalifornischen Gerichtes sind die Hersteller der Grokster Software am ehesten mit den Herstellern von Videokordern zu vergleichen; siehe UMG Recordings, Inc. v. Sinnott, 2004 WL 224 495 (E.D. Cal. 2004).

16) Siehe z. B. *Newsweek* vom 22. 9. 2003, S. 39.

17) Siehe z. B. *New York Times* vom 22. 1. 2004, S. C-1.

18) Vgl. dazu nur <http://www.respectcopyrights.org> für die Kampagne des Verbandes der amerikanischen Filmindustrie, der Motion Picture Association of America (MPAA), und <http://www.hartabergerrecht.de> für die Kampagne der ZKM Zukunft Kino Marketing GmbH, einer Werbegesellschaft der deutschen Filmindustrie.

der Unterhaltungsindustrie immer wieder verwendet wird. Es geht um die Behauptung, das Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet sei illegal.

Diese Behauptung lässt sich auch in der Schweiz in allen Massenmedien finden. In Tageszeitungen schreiben Journalisten ohne weitere Erläuterung, dass das „Herunterladen von Raubkopien aus dem Internet“ illegal sei<sup>19</sup>. Im Schweizer Fernsehen (SF DRS) behaupten Vertreter der Filmindustrie, das Herstellen von Kopien mittels illegaler Kopiervorlagen sei strafbar<sup>20</sup>. Schliesslich belehrt die IFPI Schweiz die Öffentlichkeit auf ihrer Internetseite über die geltende Rechtslage, indem sie auf die Frage „Darf man illegal angebotene Musikfiles herunterladen?“ wie folgt antwortet:

„Nein. Es ist leider ein weit verbreiteter Irrtum, dass der Download einer illegal angebotenen Musikdatei zulässig sei. Es wird zwar häufig auf Art. 19 Abs. 1 des Gesetzes über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte (URG) hingewiesen. Dabei wird jedoch folgendes übersehen: Es ist zwar gestattet, zum eigenen privaten Gebrauch eine Kopie eines Werkes (z. B. eines Musiktitels) herzustellen. Voraussetzung dafür ist aber, dass die ‚Kopiervorlage‘ rechtmässig erlangt ist. Mit anderen Worten: Was illegal angeboten wird, kann nicht rechtmässig kopiert werden, selbst wenn die Kopie für den privaten Gebrauch bestimmt ist. – Man kann es auch mit folgendem Beispiel erläutern: Es ist natürlich zulässig, sich eine CD zu kaufen. Unzulässig ist der Kauf aber dann, wenn die CD zuvor gestohlen wurde. So ähnlich ist das mit illegalen Angeboten im Internet: Man darf natürlich Musikfiles herunterladen, die (beispielsweise vom Hersteller selbst) rechtmässig angeboten werden. Erfolgt das Angebot aber ohne Einwilligung der Rechteinhaber (wie heute noch auf den meisten Sites), so ist der Erwerb (das Herunterladen) der Musikdateien illegal<sup>21</sup>.“

Der vorliegende Beitrag geht hauptsächlich der Frage nach, ob diese Rechtsauffassung nach schweizerischem Recht zutrifft oder ob die IFPI Schweiz die Meinung ihrer deutschen Kollegen<sup>22</sup> etwas vorschnell übernommen hat. In der Schweiz wird mit der detaillierten Behandlung dieser Frage – soweit ersichtlich – weitgehend Neuland betreten<sup>23</sup>. Demgegenüber hat der deutsche Gesetzgeber bereits auf das Problem reagiert, indem er im Rahmen der jüngsten Revision des Urheberrechtsgesetzes (UrhG)<sup>24</sup> die Voraussetzungen der Schranke zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gemäss § 53 UrhG – der Parallelbestimmung zu Art. 19 URG<sup>25</sup> – in dem Sinne geändert hat, dass diese Norm dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn zur Vervielfältigung eine „offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage“ verwendet wird<sup>26</sup>. Dieser Gesetzesänderung ist eine ausgiebige Diskussion der hier interessierenden Frage vorausgegangen, die im vorliegenden Beitrag aufgrund der vergleichbaren rechtlichen Ausgangslage durchgehend berücksichtigt wird. In systematischer Hinsicht wird die Frage zunächst nach schweizerischem Urheberrecht beurteilt (II.), bevor die neue deutsche Regelung kritisch gewürdigt (III.) und im Anschluss daran die Frage erörtert wird, ob die Schweiz dem Beispiel Deutschlands folgen und Art. 19 URG im Rahmen der anstehenden Urheberrechtsrevision modifizieren soll (IV.).

## II. Rechtslage in der Schweiz

Der Sachverhalt, der den nachstehenden Ausführungen zu Grunde liegt, beschränkt sich auf das Herunterladen urheberrechtlich geschützter Musik- und Filmwerke sowie leistungsschutzrechtlich geschützter Tonaufnahmen aus

dem Internet<sup>27</sup>. Dabei wird unterstellt, dass die betreffenden Dateien ausschliesslich zum privaten Gebrauch heruntergeladen und verwendet werden, und dass diese Dateien ohne Zustimmung der Rechtsinhaber über das Internet zugänglich gemacht wurden. Für den Fall der elektronischen Tauschbörsen heisst dies, dass davon ausgegangen wird, dass die betreffenden Nutzer selbst keine Dateien zugänglich machen, sondern lediglich herunterladen, was bei den meisten Tauschbörsen technisch ohne weiteres möglich ist.

### 1. Grenzen des Vervielfältigungsrechts

Es steht ausser Frage, dass mit dem Herunterladen eines digitalen Musik- oder Filmwerkes auf den Rechner eines Internetnutzers ein permanentes Exemplar des betreffenden Werkes hergestellt wird. Die Vervielfältigungsrechte der Rechtsinhaber<sup>28</sup> scheinen damit ohne weiteres tangiert. Hingegen sind weder die Rechte der Urheber noch die Rechte der Leistungsschutzberechtigten absolut, denn das schweizerische Urheberrechtsgesetz (URG) sieht eine Anzahl von Schranken des Urheberrechts zugunsten Dritter vor<sup>29</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang ist namentlich die Schranke der Verwendung zum Eigengebrauch in Betracht zu ziehen, und zwar in der Form des Privatgebrauchs<sup>30</sup>. Diese Schranke gilt auch für Leistungsschutzrechte<sup>31</sup>. Soweit Art. 19 URG greift, ist eine Urheberrechtsverletzung von vornherein ausgeschlossen. Im Anwendungsbereich dieser Schranke kann das betreffende Werk demnach ohne Zustimmung der Rechtsinhaber und

19) Siehe z. B. Tages-Anzeiger vom 22. 12. 2003, S. 29.

20) So Roger Chevallaz als Mediensprecher der Schweizerischen Vereinigung zur Bekämpfung der Piraterie (SAFE) in der Sendung „10 vor 10“ vom 23. 12. 2003 („Das Herunterladen von Kopien, die nicht rechtmässig im Netz sind, ist strafbar.“).

21) Siehe <http://www.ifpi-schweiz.ch/docs/mp3.html>.

22) Die „Rechtsauskunft“ der IFPI Schweiz stammt letztlich von ihren deutschen Kollegen. Im Kleingedruckten der Internetseite der IFPI Schweiz findet sich folgender Hinweis: „Bearbeitung und Veröffentlichung mit freundlicher Genehmigung der Deutschen Landesgruppe der IFPI e.V. / des Bundesverbandes der Phonographischen Wirtschaft e.V.“; vgl. auch den nahezu identischen Text auf der Internetseite der IFPI Deutschland, abrufbar unter <http://www.ifpi.de/recht/mp3.shtml>. Seit kurzem findet sich dort immerhin der Hinweis darauf, dass sich diese Ansicht „bislang noch nicht überall durchgesetzt“ habe.

23) Vgl. immerhin den Kurzbeitrag von Rohmer/Sambuc Bloise, *Le mp3 face au droit d'auteur du point de vue des utilisateurs*, AJP 2003, S. 51–57, die der hier interessierenden Frage einige wenige Zeilen widmen.

24) Siehe Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. 9. 2003 (BGBl. I, S. 1774); vgl. dazu v. Olenbusen, *Digitale Informations- und Wissensgesellschaft und das Urheberrecht*, ZRP 2003, 232–235; Schippan, *Urheberrecht goes digital – Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, ZUM 2003, 378–389; Czyschowski, *Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, NJW 2003, 2409–2412.

25) Vgl. dazu auch Flechsig, *Rechtmässige private Vervielfältigung und gesetzliche Nutzungsgrenzen*, GRUR 1993, 534.

26) Siehe § 53 Abs. 1 UrhG n.F.

27) Mit „Internet“ sind hier vor allem die Internetseiten des „World Wide Web“ sowie „Newsgroups“ und elektronische Tauschbörsen gemeint.

28) Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG für Urheber und Art. 33 Abs. 2 lit. c und 36 URG für Tonträgerhersteller und ausübende Künstler.

29) Art. 19–28 URG; vgl. auch den Überblick bei Hilty, *Schweiz*, in: Loewenheim (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 2003, § 52 Rn. 41–53.

30) Art. 19 Abs. 1 lit. a URG. Der Ausdruck „Eigengebrauch“ wird vom URG als Oberbegriff verwendet, der sich anhand der Systematik von Art. 19 URG in Privatgebrauch, Schulgebrauch und betriebsinternen Gebrauch gliedern lässt; siehe zu diesen terminologischen Fragen Gasser, *Der Eigengebrauch im Urheberrecht*, 1997, S. 3 ff.

31) Art. 38 URG. Die Rechtslage in Deutschland ist insoweit parallel; siehe § 53 UrhG betreffend Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch sowie §§ 83 und 85 Abs. 4 UrhG zur Anwendbarkeit dieser Schranke auf die Verwertungsrechte der Tonträgerhersteller und ausübenden Künstler.

grundsätzlich vergütungsfrei<sup>32</sup> genutzt werden. Zu beachten ist, dass es sich bei Art. 19 URG – vergleichbar mit der Beschränkung der Schutzdauer<sup>33</sup> – um eine objektivrechtliche Schranke des Urheberrechts handelt<sup>34</sup> und nicht etwa um eine Rechtfertigungsnorm, die den Eingriff in ein bestehendes Recht im konkreten Einzelfall ausnahmsweise für zulässig erklärt<sup>35</sup>. Bei Anwendbarkeit der Schranke zum Privatgebrauch besteht damit schon gar kein Recht, in das eingegriffen werden könnte<sup>36</sup>, was sich in strafrechtlicher Hinsicht darin äussert, dass Art. 19 URG bereits die Tatbestandsmässigkeit einer Urheberrechtsverletzung ausschliesst und nicht etwa bloss einen Rechtfertigungsgrund setzt<sup>37</sup>. Die Tatsache, dass der Inhalt des subjektiven Urheberrechts nicht in einer einzigen Norm festgelegt wurde, sondern sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Normen ergibt, die einem Regel/Ausnahme Schema folgen, ist lediglich eine Frage der Rechtstechnik ohne materielle Bedeutung<sup>38</sup>. Namentlich kann daraus keine Präferenz für die Regel abgeleitet werden<sup>39</sup>. Vielmehr stehen sich Regel und Ausnahme, also Rechtskatalog und Schranken katalog, grundsätzlich gleichberechtigt gegenüber. Im Kern reduziert sich die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Herunterladens digitaler Werke aus dem Internet auf die Frage, ob dieses Verhalten von Art. 19 URG gedeckt ist. Damit sind die Anwendungsvoraussetzungen der Schranke zum Eigengebrauch angesprochen.

## 2. Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Art. 19 URG

### a) Allgemeines

Art. 19 URG definiert den Eigengebrauch zu privaten Zwecken als „jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind“ und legt zugleich fest, dass nur veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch verwendet werden dürfen. Bei der Anwendung dieser Voraussetzungen auf die vorliegende Frage stellen sich keine besonderen Schwierigkeiten. Da hier davon ausgegangen wird, dass die betreffenden Musik- und Filmdateien ausschliesslich zum Privatgebrauch aus dem Internet heruntergeladen werden, bleibt lediglich zu prüfen, ob die fraglichen Werke veröffentlicht wurden<sup>40</sup>. Dies ist vorliegend ohne weiteres der Fall, denn wenn schon davon ausgegangen wird, dass es sich bei den betreffenden Dateien um Kopien von im Handel erhältlichen CDs und DVDs handelt, dann ist die Voraussetzung der Veröffentlichung des Werkes stets erfüllt. Weitere Voraussetzungen kennt das schweizerische Urheberrecht nicht. Insbesondere werden keine Anforderungen an die Kopiervorlage gestellt<sup>41</sup>. Wer ein Werkexemplar zu privaten Zwecken vervielfältigt, muss weder Eigentümer noch Besitzer dieses Werkexemplars sein<sup>42</sup>, und es darf sich dabei auch um ein Werkexemplar handeln, das ohne Zustimmung der Rechtsinhaber hergestellt wurde<sup>43</sup>. Wer ein Werk veröffentlicht, nimmt damit nach schweizerischem Urheberrecht in Kauf, dass das Werk von Dritten zum Eigengebrauch vervielfältigt werden kann, sobald Zugang zum Werk besteht. Es steht den Rechtsinhabern zwar grundsätzlich frei, innerhalb gewisser Schranken<sup>44</sup> Massnahmen zu ergreifen, welche die Verfügbarkeit veröffentlichter Werke beeinträchtigen und damit in tatsächlicher Hinsicht die Ausübung der Schranke von Art. 19 URG erschweren. Ein Recht darauf, dass Privatkopien nur von rechtmässig hergestellten Werkexemplaren angefertigt werden, besteht hingegen nicht.

### b) Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale?

In der schweizerischen Literatur wird von einigen Autoren die Auffassung vertreten, dass die Anwendbarkeit von

Art. 19 URG den „rechtmässigen tatsächlichen Zugang“ zur Kopiervorlage voraussetze<sup>45</sup>. Dies geschieht oft ohne eigenständige Begründung. Vielmehr wird auf die deutsche Lehre<sup>46</sup> verwiesen, die sich wiederum auf ein Urteil des Kammergerichts Berlin<sup>47</sup> stützt, das zu beurteilen hatte, ob Vervielfältigungen gestohlener Dias zum privaten Gebrauch von § 53 UrhG gedeckt sind. Das Gericht kam damals zum Schluss, dass § 53 UrhG nicht anwendbar ist, weil es ein „gewissermassen ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“ dieser Norm sei, dass das Werkstück, von dem die Vervielfältigung hergestellt wird, „rechtmässig in den Besitz des Vervielfältigers gelangt ist“<sup>48</sup>.

Durch die Annahme des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der rechtmässigen Besitzerlangung der Kopiervorlage soll verhindert werden, dass derjenige, der keinen rechtmässigen Zugang zum Werk hat, aus seinem rechtswidrigen Verhalten einen Vorteil ziehen kann. Wer eine CD stiehlt, soll die von der gestohlenen CD hergestellten Werkstücke nicht behalten können, und zwar auch nicht

32) Art. 20 Abs. 1 URG; siehe auch BGE 128 IV 212.

33) Art. 29 Abs. 2 und Art. 39 URG.

34) Siehe *Barrelet/Egloff*, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl. 2000, Rn. 2 zu Art. 19 URG; *Gasser* (o. Fn. 30), S. 7 ff., 10; vgl. für das deutsche Recht auch *Spindler*, Urheberrecht und Tauschplattformen im Internet, JZ 2002, S. 62.

35) Hier unterscheidet sich das schweizerische vom amerikanischen Urheberrecht, welches keine generelle Schranke zum Eigengebrauch kennt, sondern jeweils aufgrund einer Analyse anhand von vier gesetzlich vorgeschriebenen Faktoren entscheidet, ob das zu beurteilende Verhalten im konkreten Einzelfall dem Rechtfertigungsgrund des „fair use“ entspricht; siehe 17 U. S. C. § 107 (2003).

36) Treffend *Rehbinde*, Die Beschränkungen des Urheberrechts zugunsten der Allgemeinheit, in: FS 100 Jahre URG, 1983, S. 353: „Die Frage nach dem Inhalt des Urheberrechts im subjektiven Sinne ist die Frage nach seinen Grenzen“.

37) So auch *Glamer*, Musikpiraterie im Internet, 2002, S. 75 f.

38) Vgl. zu dieser Frage auch *Rigamonti*, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, 2001, S. 118 f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 355.

39) A. M. hingegen *Schricker/Melichar*, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 15 vor §§ 45 ff. UrhG, wonach sich schon „aus dem Aufbau des Gesetzes“ ergeben soll, dass Schranken des Urheberrechts eng auszulegen sind.

40) Vgl. zum Erfordernis der Veröffentlichung auch BGE 120 IV 212; *Cherpillod*, Schranken des Urheberrechts, in: von Büren/David (Hrsg.), Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SIWR Bd. II/1, 1995, S. 240 f.

41) So auch *Schack*, Private Vervielfältigung von einer rechtswidrigen Vorlage?, FS Erdmann, 2002, S. 166 Fn. 4; für das deutsche Recht, siehe *Spindler* (o. Fn. 34), S. 62, demzufolge die Rechtslage an der Kopiervorlage irrelevant ist.

42) So nun ausdrücklich BGE 128 IV 214; siehe auch *Cherpillod* (o. Fn. 40), S. 242; *Barrelet/Egloff* (o. Fn. 34), Rn. 20 zu Art. 19 URG; a. M. *Rohmer/Sambuc Bloise* (o. Fn. 23), S. 54, die – ohne die herrschende Gegenmeinung auch nur zu erwähnen – behaupten, Art. 19 URG setze den Besitz eines Originals voraus.

43) A. M. offenbar *Weber*, Traditionelles Urheberrecht – Sprengstoff für die Informationsgesellschaft?, in: Hilty/Berger (Hrsg.), Urheberrecht am Scheideweg?, 2002, S. 78 (ohne Begründung).

44) Die EU und Deutschland haben die gesellschaftliche Bedeutung von Schrankenbestimmungen inzwischen erkannt und explizit rechtliche Grenzen für technische Massnahmen der Rechtsinhaber gesetzt, die auf die faktische Eliminierung von Schrankenregelungen hinauslaufen; siehe Art. 6(4) der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. L 167 vom 22. 6. 2001, S. 10, umgesetzt in Deutschland durch den neuen § 95 b UrhG.

45) *Gasser* (o. Fn. 30), S. 60 ff.; *Barrelet/Egloff* (o. Fn. 34), Rn. 7 b zu Art. 19 URG; *Hilty* (o. Fn. 29), S. 841 Rn. 42 Fn. 108.

46) Vgl. z. B. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 228 Rn. 496; *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, Rn. 4 zu § 53 UrhG; *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 13 zu § 53 UrhG.

47) Urteil des KG Berlin vom 5. 3. 1991, GRUR 1992, 168–169 („Dia-Kopien“).

48) GRUR 1992, 169. Die Frage wurde vom BGH im Revisionsverfahren offengelassen; Urteil des BGH vom 24. 6. 1993, GRUR 1993, 900 („Dia-Duplikate“).

zum rein privaten Gebrauch. Dies ist im Ergebnis zwar richtig, doch lässt sich dieses Ergebnis dogmatisch nicht begründen, indem ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in Art. 19 URG hineingelesen wird. Rein urheberrechtlich gesehen ist auch das Kopieren von gestohlenen Werkexemplaren zulässig, sofern dies zum Privatgebrauch geschieht. Die Unzulässigkeit der Vervielfältigung rechtswidrig erlangter Werkexemplare ist eine Folge der Rechtswidrigkeit des Beschaffungsvorgangs und hat mit Urheberrecht nichts zu tun. Es sind die Normen des allgemeinen Zivil- und Strafrechts, die verhindern, dass ein Dieb Kopien einer gestohlenen CD behalten kann.

Der Eigentümer bzw. rechtmässige Besitzer des betreffenden Werkexemplars hat einen zivilrechtlichen Herausgabeanspruch gegenüber dem Dieb aus Eigentum<sup>49</sup> und Besitz<sup>50</sup>, der sich aufgrund der Bösgläubigkeit des Diebes nicht nur auf die gestohlene CD, sondern auch auf die davon hergestellten Kopien bezieht<sup>51</sup>. Dies ergibt sich daraus, dass Art. 940 Abs. 1 ZGB nicht nur natürliche Früchte im Sinne von Art. 643 Abs. 2 ZGB erfasst, sondern Nutzungen ganz allgemein<sup>52</sup> – und damit auch Kopien einer gestohlenen CD. Falls der Beschaffungsvorgang zugleich strafrechtlich relevant ist, kommt auch eine Einziehung nach Art. 59 StGB in Betracht. Auf das Urheberrecht muss und kann hier nicht zurückgegriffen werden. Es besteht demnach kein Grund, ungeschriebene Tatbestandsmerkmale in Art. 19 URG hineinzulesen, um zu verhindern, dass Kopien von rechtswidrig erworbenen Werkexemplaren behalten werden können. Die hier vertretene Lösung hat gegenüber der Lösung des Kammergerichts Berlin den Vorzug, dass sie am Beschaffungs- statt am Vervielfältigungsvorgang anknüpft und damit den Kern des Unrechts besser trifft. Der Dieb soll keine Kopien anfertigen können, weil er die Kopiervorlage gestohlen hat – und nicht, weil er sich am Werk vergriffen hat. Dass bei dieser Lösung die Aktivlegitimation für die betreffenden Rechtsbehelfe nicht zwingend beim Urheber liegt, ist hinzunehmen. Es bleibt damit dabei, dass Art. 19 URG abgesehen von der Veröffentlichung des Werkes keinerlei weitere Voraussetzungen an den Privatgebrauch stellt.

### 3. Auslegung gegen den Wortlaut?

Nach dem bisher Ausgeführten ist klar, dass Art. 19 URG zumindest dem Wortlaut nach ohne weiteres auf Fälle anwendbar ist, in denen zur Herstellung einer Privatkopie rechtswidrig hergestellte Kopiervorlagen verwendet werden. Es besteht diesbezüglich keine Lücke, die der Richter zu füllen hätte<sup>53</sup>. Wer die Schranke zum Eigengebrauch auf Vervielfältigungen von rechtmässig hergestellten Kopiervorlagen beschränken will, kommt also nicht darum herum, gegen den insoweit klaren Wortlaut von Art. 19 URG zu argumentieren<sup>54</sup>. Dafür gibt es allerdings kaum eine juristische Grundlage, weshalb in keiner der gängigen Gesamtdarstellungen des schweizerischen Urheberrechts die Meinung vertreten wird, Art. 19 URG beschränke sich auf rechtmässig hergestellte Kopiervorlagen<sup>55</sup>. Demgegenüber wurde in der deutschen Lehre – trotz grundsätzlich vergleichbarer Ausgangslage – immer wieder behauptet, § 53 UrhG a. F. setze eine rechtmässig hergestellte Kopiervorlage voraus. Da diese Rechtsauffassung, wie eingangs dargelegt, offenbar auch in der Schweiz ihre Anhänger findet, wird auf den folgenden Seiten im Einzelnen auf die im deutschen Schrifttum vorgebrachten Argumente eingegangen, und zwar immer mit Blick auf deren Verwendbarkeit in der Schweiz.

Die Argumente der Befürworter einer Einschränkung der Schranke zum Eigengebrauch lassen sich im Wesentlichen auf zwei Grundüberlegungen zurückführen. Entweder

der wird versucht, die Rechtswidrigkeit der Herstellung der Kopiervorlage auf die Herstellung der Privatkopie zu erstrecken, um dann argumentieren zu können, die Rechtswidrigkeit des betreffenden Vervielfältigungsstücks ergebe sich unabhängig von der Schranke zum Eigengebrauch bereits aus der vorangehenden Urheberrechtsverletzung (Erstreckungsargument)<sup>56</sup>. Oder es wird versucht, die Schranke zum Eigengebrauch offen gegen den Wortlaut auszulegen, und zwar unter Berufung auf eine Reihe allgemeiner Auslegungsprinzipien, deren Gemeinsamkeit darin besteht, dass sie zunächst die Geltung höherrangiger abstrakter Normen, Wertungen, Prinzipien oder Zwecke behaupten und sich dann deren Unbestimmtheit zunutze machen, um daraus das gewünschte Ergebnis scheinbar willkürfrei nach den Gesetzen der Logik deduzieren zu können (Unbestimmtheitsargument). Wie sogleich zu zeigen ist, vermag keines dieser Argumentationsmuster zu überzeugen.

#### a) Erstreckungsargument

Das Kernstück des ersten Argumentationstyps beruht auf der Annahme, dass der rechtliche Status einer Vervielfältigung vom rechtlichen Status der Kopiervorlage abhängt, und dass folglich die Kopie eines rechtswidrig hergestellten Werkexemplars nicht selbst rechtmässig sein kann. Diese Erstreckung der Rechtswidrigkeit der Kopiervorlage auf die zum Eigengebrauch angefertigte Vervielfältigung scheidet bereits daran, dass Art. 19 URG eine selbständige gesetzliche Schranke des Urheber- bzw. Leistungsschutzrechts ist, deren Bestand weder vom Willen der Rechtsinhaber noch vom unrechtmässigen Verhalten Dritter abhängt. Konkret handelt es sich um die folgenden vier Argumente:

(1) Das erste Argument stützt sich auf die Parömie „nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet“<sup>57</sup> und hält dafür, dass das Herunterladen rechtswidrig hergestellter Werkexemplare schon deshalb nicht rechtmässig sein könne, weil nur der Rechtsinhaber Immaterialgüterrechte übertragen oder lizenzieren könne und weil es keinen gutgläubigen Erwerb von Immaterialgüterrechten gebe<sup>58</sup>. Hierbei wird übersehen, dass es bei

49) Art. 641 Abs. 2 ZGB.

50) Art. 936 ZGB.

51) Art. 940 Abs. 1 ZGB.

52) Vgl. z. B. Stark, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/3/1, 3. Aufl. 2001, Rn. 21 zu Art. 940 ZGB.

53) Dies dürfte – entgegen Medwenitsch/Schanda, Download von MP3-Dateien aus dem Internet, in: FS Dittrich, 2000, S. 220 (für Österreich) und Wandtke/Bullinger/Lüft, Praxiskommentar zum UrhG, 2002, Rn. 9 zu § 53 UrhG (für Deutschland) – wohl auch auf § 42 ÖUrhG und § 53 UrhG zutreffen.

54) So für § 53 UrhG a. F. auch Möhring/Nicolini/Decker, UrhG Kommentar, 2. Aufl. 2000, Rn. 9 zu § 53 UrhG; Leupold/Demisch, Bereithalten von Musikwerken zum Abruf in digitalen Netzen, ZUM 2000, 384.

55) Vgl. Von Büren/David (Hrsg.), Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SIWR Bd. II/1, 1995; Dessemontet, Le droit d'auteur, 1999; Dessemontet, La propriété intellectuelle, 2000; Rebinder, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl. 2000; Troller, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2001; von Büren/Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2002; Hüty (o. Fn. 29), § 52.

56) Schack (o. Fn. 41), S. 168 spricht in diesem Zusammenhang treffend von der „unausgesprochenen Vorstellung von den Früchten des verbotenen Baumes“, auf die sich Braun (o. Fn. 9), S. 1107 gar explizit beruft.

57) Ulp. D. 50, 17, 54.

58) So z. B. Intveen, Internationales Urheberrecht und Internet, 1999, S. 45; Gutman, Abruf im Internet von unbekanntem und offensichtlich urheberrechtlich unrechtmässigen Werken, MMR 2003, 707; gl. M. wohl auch Loewenheim, Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch von urheberrechtswidrig hergestellten Werkstücken, in: FS Dietz, 2001, S. 421.

den urheberrechtlichen Schrankenregelungen nicht um Fragen des Rechtserwerbs geht<sup>59</sup>. Wer ein rechtswidrig ins Netz gestelltes Werkexemplar vervielfältigt, bezweckt weder den Erwerb des Urheberrechts am Werk noch des Eigentums an der Kopiervorlage. Dasselbe gilt ja auch dann, wenn es um die Vervielfältigung von einem rechtmässig hergestellten Werkexemplar geht, denn auch in diesem Fall leitet sich die Berechtigung des Nutzers nicht derivativ von der Berechtigung des Urhebers oder des Leistungsschutzberechtigten ab. Vielmehr ergibt sich diese Berechtigung direkt aus dem Gesetz<sup>60</sup>.

(2) Das zweite Argument verweist auf den oben diskutierten Entscheid des Kammergerichts Berlin<sup>61</sup>, wonach die Schranke zum Eigengebrauch eine rechtmässige Besitzerlangung voraussetzt, und behauptet, dass an einer illegal hergestellten Kopiervorlage niemals rechtmässig Besitz erlangt werden könne, weil bereits der Vertrieb derselben rechtswidrig sei<sup>62</sup>. Dieses Argument vermischt sachenrechtliche und urheberrechtliche Fragen und trifft daher selbst dann nicht zu, wenn man entgegen der hier vertretenen Meinung davon ausgeht, dass Art. 19 URG den rechtmässigen tatsächlichen Zugang zur Kopiervorlage voraussetzt. Richtigerweise ist die unrechtmässige Herstellung der Kopiervorlage von der unrechtmässigen Beschaffung derselben zu unterscheiden<sup>63</sup>. Ob die Kopiervorlage rechtmässig *beschaffen* wurde, ist grundsätzlich eine sachenrechtliche Frage. Ob die Kopiervorlage rechtmässig *hergestellt* wurde, ist demgegenüber eine urheberrechtliche Frage. Sie sind voneinander unabhängig, weil auch an einem (urheberrechtlich) rechtswidrig hergestellten Werkexemplar (sachenrechtlich) rechtmässig Besitz erworben werden kann – und umgekehrt<sup>64</sup>. Darüber hinaus erfolgt beim Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet der Zugang zur betreffenden Kopiervorlage in aller Regel rechtmässig. Der Anbieter bietet das betreffende Werkexemplar ja gerade zum Herunterladen an. Es bedarf keines Diebstahls oder Einbruchs oder Umgehung eines Passwortschutzes, um an die betreffende Kopiervorlage zu gelangen. Aus diesem Grund ist der immer wieder anzutreffende Schluss vom Erfordernis der Rechtmässigkeit des Beschaffungsvorgangs auf das Erfordernis der rechtmässigen Herstellung der Kopiervorlage<sup>65</sup> abzulehnen<sup>66</sup>.

(3) Als drittes Argument wird angeführt, im Verwerbungsverbot von § 96 UrhG sei ein allgemeiner Rechtsgedanke zu erblicken, der darin bestehe, dass sich die Rechtswidrigkeit der Kopiervorlage „am Derivat der unerlaubten Handlung“ fortsetze<sup>67</sup>. Das Herunterladen unrechtmässig hergestellter Werkexemplare perpetuiere einen rechtswidrigen Zustand<sup>68</sup> und legalisiere bestehende Rechtsverletzungen<sup>69</sup>. In diesem Zusammenhang gehört auch der Vergleich zur Hehlerei<sup>70</sup>. Erstens ist dem entgegenzuhalten, dass durch das Herunterladen rechtswidrig hergestellter Werkexemplare überhaupt nichts „legalisiert“ wird. Die rechtswidrige Handlung liegt darin, entweder eine Kopie unrechtmässig hergestellt oder diese unrechtmässig verbreitet bzw. zugänglich gemacht zu haben. Dieses Verhalten wird durch das Herstellen einer Kopie zum Privatgebrauch selbstverständlich nicht „legalisiert“. Zweitens ist nicht ersichtlich, inwiefern ein rechtswidriger Zustand „perpetuiert“ wird, denn wenn die Schranke zum Privatgebrauch keine rechtmässig hergestellte Kopie voraussetzt, dann hat der Gesetzgeber eben gerade entschieden, dass darin kein Unrecht liegt. Die Vorstellung einer „Perpetuierung“ ist also nur dann sinnvoll, wenn von der Unrechtmässigkeit der Privatkopie ausgegangen wird, was aber gerade die Frage ist. Drittens liegt der Strafbarkeitsgrund der vergleichsweise bemühten

Hehlerei – jedenfalls nach schweizerischer Auffassung – nicht in der Perpetuierung von Unrecht, sondern in der Restitutionsvereitelung, also der Erschwerung oder Verunmöglichung der Durchsetzung des sachenrechtlichen Herausgabeanspruches des Opfers<sup>71</sup>. Diese Überlegung ist aber im urheberrechtlichen Kontext gerade nicht einschlägig, weil dem Urheber kein sachenrechtlicher Herausgabeanspruch zusteht, dessen Durchsetzung vereitelt werden könnte. Auch hier ist der Gedankengang zirkulär. Soweit sich – viertens – dieses Argument nicht auf den eben diskutierten allgemeinen Rechtsgedanken stützt, sondern konkret auf die Anwendung von § 96 UrhG, kann für das schweizerische Urheberrecht daraus von vornherein nichts abgeleitet werden, weil das URG keine entsprechende Bestimmung kennt<sup>72</sup>.

(4) Schliesslich wird als viertes Argument geltend gemacht, ein Nutzer verhalte sich „rechtsmissbräuchlich“, wenn er ein unrechtmässig hergestelltes Werkexemplar vervielfältigt und sich dann auf die Schranke zum Privatgebrauch berufe, weil er einen fremden Rechtsbruch zum eigenen Vorteil ausnütze<sup>73</sup>. Auch damit wird versucht, die Unrechtmässigkeit der Herstellung der Kopiervorlage auf den Nutzer zu erstrecken. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb die Berufung auf eine gesetzliche Schrankenbestimmung rechtmässig sein soll. Letztlich geht es um einen Versuch, die Privatanutzer im Interesse der Rechtsinhaber zur Kooperation bei der Bekämpfung illegal angebotener Privatkopien zu zwingen. In dem Umfang, wie es den Rechtsinhabern nicht gelingt, das Angebot an widerrechtlich hergestellten Werkexemplaren einzudämmen, soll wenigstens sichergestellt werden, dass die Nutzer davon keinen Gebrauch machen. Auch das Argument des Rechtsmissbrauchs ist jedoch letztlich zirkulär, denn das Recht, Privatkopien von unrechtmässig her-

59) Siehe auch *Leupold/Demisch* (o. Fn. 54), S. 384; *Kreutzer* (o. Fn. 9), S. 200.

60) Siehe auch *Schack* (o. Fn. 41), S. 168; *Bosak*, Urheberrechtliche Zulässigkeit privaten Downloadings von Musikdateien, CR 2001, 181; *Mönkemöller*, Moderne Freibeuter unter uns?, GRUR 2000, 668.

61) Siehe Fn. 47.

62) So z. B. *Schaefer*, Welche Rolle spielt das Vervielfältigungsrecht auf der Bühne der Informationsgesellschaft?, in: FS Nordemann, 1999, S. 196; *Kloth*, Der Schutz der ausübenden Künstler nach TRIPS und WPPT, 2000, S. 175.

63) *Loewenheim* (o. Fn. 58), S. 416; *Kreutzer* (o. Fn. 9), S. 200; *Mönkemöller* (o. Fn. 60), S. 667; *Leupold/Demisch* (o. Fn. 54), S. 383.

64) Deshalb trifft es entgegen *Jani*, Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen?, ZUM 2003, 844 Fn. 20 nicht zu, dass die Anforderung an den rechtmässigen Besitz der Kopiervorlage weiter geht als ein allfälliges Erfordernis der rechtmässig hergestellten Kopiervorlage.

65) So jüngst wieder *Wirtz*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, in: Bröcker/Czychowski/Schäfer, Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, 2003, S. 634 Rn. 156; *Strömer*, Online-Recht, 3. Aufl. 2002, S. 254 f.; offenbar auch *Loewenheim*, Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2003, S. 424 Rn. 20.

66) Gl. M. *Bosak* (o. Fn. 60), S. 181.

67) *Schaefer* (o. Fn. 62), S. 196; *Möhring/Nicolini/Decker* (o. Fn. 54), Rn. 9 zu § 53 UrhG; *Loewenheim* (o. Fn. 58), S. 420 f.; *Braun* (o. Fn. 9), S. 1107.

68) So *Wandtke/Bullinger/Lüft* (o. Fn. 53), Rn. 9 zu § 53 UrhG; vgl. auch *Braun* (o. Fn. 9), S. 1108.

69) *Jani* (o. Fn. 64), S. 845.

70) *Jani* (o. Fn. 64), S. 851.

71) Siehe *Rehberg/Schmid/Donatsch*, Strafrecht III, 8. Aufl. 2003, S. 266.

72) Was das deutsche Recht anbelangt, sei gegen die Anwendung von § 96 UrhG auf folgende Gegenmeinungen verwiesen: *Schack* (o. Fn. 41), S. 170 f.; *Mönkemöller* (o. Fn. 60), S. 668; *Leupold/Demisch* (o. Fn. 54), S. 384; *Abrens*, Napster, Gnutella, FreeNet & Co. – die immaterialgüterrechtliche Beurteilung von Internet-Musiktauschbörsen, ZUM 2000, 1037.

73) So *Gutman* (o. Fn. 58), S. 707.

gestellten Kopiervorlagen verbieten zu können, kann nicht damit begründet werden, dass es rechtsmissbräuchlich sei, sich diesem (gerade zu begründenden) Recht zu widersetzen.

#### b) Unbestimmtheitsargument

Der zweite Argumentationstyp beruht auf der Anwendung verschiedener Auslegungsregeln, die unbestimmt genug sind, um das gewünschte – aber auch jedes andere – Ergebnis gegen den Wortlaut in die auszulegende Norm hineinlesen zu können. Dies gilt im Kontext der Schranke zum Eigengebrauch insbesondere für (i) die enge Auslegung von Schrankenbestimmungen, (ii) die teleologische Auslegung und Reduktion sowie (iii) die verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung<sup>74</sup>. Bei den genannten Auslegungselementen handelt es sich mit Bezug auf die hier interessierende Frage um Scheinbegründungen, die eine nicht weiter begründbare Präferenz des Auslegenden für die Interessen der Rechtsinhaber verdecken sollen. Sie sind zur Begründung einer Abweichung vom Wortlaut von Art. 19 URG von vornherein untauglich, ganz abgesehen davon, dass das systematische Vorziehen bestimmter Interessengruppen bei der Gesetzesauslegung dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) sowie dem Willkürverbot (Art. 9 BV) widerspricht und damit verfassungswidrig ist<sup>75</sup>. Im einzelnen:

(1) Rechtsprechung<sup>76</sup> und Lehre<sup>77</sup> haben sich in Deutschland dem Grundsatz der engen Auslegung von Schrankenbestimmungen verschrieben. Auf abstrakter Ebene scheint dies durchaus plausibel, denn Ausnahmen sollen nicht durch Auslegung zur Regel gemacht werden. Sobald es aber um die Entscheidung konkreter Einzelfälle geht, ist dieser Grundsatz schlicht nicht haltbar<sup>78</sup>. Bereits die Vorfrage, ob eine Schrankenregelung eine materielle Ausnahmevorschrift darstellt, ist nicht einfach zu beantworten<sup>79</sup>. Sodann gibt es keinen absoluten Begriff dessen, was im konkreten Fall eine „enge“ oder eine „weite“ Auslegung ist. Ob eine Auslegung eng oder weit ist, wird erst durch die Streitfrage bestimmt. Immer, wenn es darum geht, ob eine Schranke auf eine bestimmte Nutzung anwendbar ist oder nicht, werden die Rechtsinhaber behaupten, dass die fragliche Nutzung nicht der Schranke unterfalle, weil diese eng auszulegen sei, nämlich so, dass die umstrittene Nutzung von der Schranke nicht erfasst wird. Mit anderen Worten stehen sich bei jeder Auseinandersetzung um die Anwendbarkeit einer Schranke eine „enge“ und eine „weite“ Auslegung gegenüber. Wenn automatisch der engen – oder, wenn es sich um Schutznormen handelt, der weiten<sup>80</sup> – Auslegung der Vorrang gebühren soll, ist klar, dass die Interessen der Rechtsinhaber stets überwiegen werden. Der Grundsatz der engen Auslegung ist damit nichts anderes als eine befangene Auslegung „in dubio pro auctore“<sup>81</sup>. Richtigerweise sind Schrankenbestimmungen nicht anders auszulegen als andere Normen auch. Es ist daher zu begrüßen, dass es Lehre<sup>82</sup> und Rechtsprechung<sup>83</sup> in der Schweiz bisher abgelehnt haben, den Grundsatz der engen Auslegung von Schrankenbestimmungen aus Deutschland zu importieren.

(2) Wer mit dem Wortlaut einer Bestimmung nicht zufrieden ist, beruft sich im allgemeinen auf den Zweck der Bestimmung und versucht, diese „teleologisch“ auszulegen. Die Problematik der teleologischen Auslegung liegt im vorliegenden Fall in der Unbestimmtheit des Normzweckes von Art. 19 URG. Sobald nämlich über die triviale Feststellung hinausgegangen werden soll, dass der Zweck der Schranke zum Eigengebrauch die Ermöglichung des Eigengebrauchs ist, stößt man an Grenzen. Bereits bei der

Festlegung des Zweckes ist eine Auswahl zu treffen, die von der Norm selbst nicht vorgegeben ist und darum so oder anders ausfallen kann. Liegt der Zweck von Art. 19 URG darin, die Teilnahme aller Menschen am Kulturleben zu fördern<sup>84</sup> oder soll die Privatsphäre der Nutzer von Kontrollmassnahmen der Urheber freigehalten werden<sup>85</sup>? Oder geht es gar lediglich um die Vereinfachung des Informationsaustausches zwischen Urhebern und Nutzern<sup>86</sup>? Was ist für die Ermittlung allfälliger ungeschriebener Voraussetzungen von Art. 19 URG gewonnen, wenn der oder die „korrekten“ Zwecke einmal feststehen? Sowohl die Bestimmung des Normzweckes wie auch die Ableitung des konkreten Norminhaltes erfordern Selektionen zwischen gleichrangigen Alternativen, die nicht der Norm selbst entnommen werden können und daher der Willkür des Auslegenden überlassen sind, der genau das in den Zweck der Norm hineinliest, was er bei der Anwendung der Norm gerne herauslesen möchte. Es fällt denn auch auf, dass diejenigen Autoren, die sich für eine teleologische Reduktion der Schranke zum Eigengebrauch aussprechen, nicht mit einem präzise definierten Normzweck operieren, sondern auf einen nach Lust und Laune bestimmten allgemeinen Zweck des Urheberrechts zurückgreifen, um zum gewünschten Auslegungsergebnis zu gelangen<sup>87</sup>. Dabei wird auch nicht davor zurückgeschreckt, den Zweck einer Schrankenbestimmung im Schutz der Interessen der Rechtsinhaber zu sehen<sup>88</sup>. Letztlich vermag die teleologische Auslegung aufgrund ihrer Unbestimmtheit keine Anhaltspunkte für eine Auslegung gegen den Wortlaut von Art. 19 URG zu liefern.

(3) Unter Berufung auf das Element der verfassungskonformen Auslegung wird bisweilen behauptet, dass im Hinblick auf die Eigentumsgarantie nur Kopien von rechtmässig hergestellten Kopiervorlagen von der Schranke zum Eigengebrauch gedeckt seien. Auch dieses Argument operiert in methodisch unzulässiger Weise mit der Unbestimmtheit der Eigentumsgarantie und lässt darüber hinaus unberücksichtigt, dass sich auf beiden Seiten verfas-

74) Vgl. auch Zeller, Auslegung von Gesetz und Vertrag, 1989, § 11 Rn. 180–198, der die Zulässigkeit selbständiger teleologischer und verfassungskonformer Auslegungsmomente generell ablehnt.

75) Vgl. dazu Rigamonti (o. Fn. 38), S. 135 f.

76) Siehe z. B. BGHZ 58, 262 („Landesversicherungsanstalt“); BGHZ 114, 371 („Liedersammlung“); BGHZ 116, 308 („Altenwohnheim“); BGHZ 123, 155 („Verteileranlagen“); BGHZ 126, 317 („Museums katalog“); BGHZ 144, 235 („Parfümflakon“).

77) Siehe z. B. Fromml/Nordemann (o. Fn. 46), Rn. 3 vor § 45 UrhG; Schrickler/Melichar (o. Fn. 39), Rn. 15 vor §§ 45 ff. UrhG; Wandiker/Bullinger/Lüft (o. Fn. 53), Rn. 2 zu § 53 UrhG; Loewenheim (o. Fn. 58), S. 419; Braun (o. Fn. 9), S. 1108; Schwenzler, Werden Träume wahr in der CD-Kopier-Bar?, ZUM 1997, 479, 481; Flechsig (o. Fn. 25), S. 536.

78) Gl. M. Kröger, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch?, MMR 2002, 21; kritisch auch Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 81.

79) Larenz (o. Fn. 38), S. 355.

80) Braun (o. Fn. 9), S. 1107 Fn. 22 beruft sich auf diesen Auslegungsgrundsatz, um die „weite“ Auslegung von § 96 UrhG zu begründen.

81) Vgl. zur Auslegung „in dubio pro auctore“ auch Rigamonti (o. Fn. 38), S. 135 f.; Pabud, Die Sozialbindung des Urheberrechts, 2000, S. 108 f.

82) Siehe z. B. Pabud (o. Fn. 81), S. 109 ff.; a. M. offenbar Cherpillod (o. Fn. 40), S. 237.

83) Vgl. z. B. BGE 124 III 331 f.; Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 19. 6. 2002, sic! 2003, S. 223 („Elektronischer Pressespiegel II“).

84) Schack (o. Fn. 46), S. 227 Rn. 494.

85) Rehbinder (o. Fn. 55), S. 154 Rn. 142.

86) Gutman (o. Fn. 58), S. 707.

87) Vgl. z. B. Leupold/Demisch (o. Fn. 54), S. 384 f.

88) Siehe z. B. Czychowski (o. Fn. 24), S. 2411 (Ableitung der gewünschten weiten Auslegung des Merkmals der offensichtlichen Rechtswidrigkeit in § 53 Abs. 1 UrhG n.F. aus dem „Sinn und Zweck des Gesetzes“).

sungsrechtlich geschützte Interessen gegenüberstehen – Eigentumsrechte hier, kulturelle Teilhabe- und Informationsrechte da<sup>89</sup>. Es ist in diesem Zusammenhang auch daran zu erinnern, dass es im vorliegenden Fall nicht etwa um die Füllung einer Lücke oder um die Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffes geht, sondern um die Auslegung gegen den Wortlaut der anwendbaren Gesetzesnorm. Auch hier sind bei der Deduktion konkreter Regeln aus den abstrakten Vorgaben der Eigentumsgarantie zahlreiche Wertungen zu treffen, die sich nicht selbst auf die Eigentumsgarantie stützen können. Auf den ersten Blick etwas konkreter scheinen die völkerrechtlichen Vorgaben von Art. 9 Abs. 2 RBÜ und Art. 13 TRIPS<sup>90</sup> zu sein, die mit der Übernahme ins europäische Gemeinschaftsrecht<sup>91</sup> und mit der Veröffentlichung des ersten einschlägigen Berichts eines WTO Panels<sup>92</sup> zu neuer Aktualität gelangt sind. Nachdem der Bestimmung von Art. 9 Abs. 2 RBÜ während gut dreissig Jahren<sup>93</sup> kaum eine eigenständige Bedeutung zugemessen wurde, wird heute behauptet, aus dem darin verankerten Dreistufentest<sup>94</sup> ergebe sich, dass Kopien zum Privatgebrauch nur von rechtmässig hergestellten Werkexemplaren angefertigt werden können<sup>95</sup>. Dies ist insofern erstaunlich, als sämtliche authentischen Äusserungen zu Art. 9 Abs. 2 RBÜ darauf hindeuten, dass die Schranke zum Privatgebrauch ohne weiteres den Anforderungen der Berner Übereinkunft genügt<sup>96</sup>. So ist unbestritten, dass mit der Einführung von Art. 9 Abs. 2 RBÜ nicht beabsichtigt wurde, bereits bestehende Schrankenregelungen zu beeinträchtigen<sup>97</sup>. Die Schranke zum Eigengebrauch war damals in allen Mitgliedstaaten der Berner Union anerkannt und wurde daher selbstverständlich als konventionskonform angesehen<sup>98</sup>, ohne dass auch nur eine dieser Schranken auf rechtmässig hergestellte Kopierunterlagen beschränkt gewesen wäre. Darüber hinaus zeigen die anlässlich der Stockholmer Revisionskonferenz von 1967 genannten Beispiele für die Anwendung dieser Norm mit aller Deutlichkeit, dass einzelne Kopien für den Privatgebrauch ohne weiteres gedeckt sind<sup>99</sup>.

Dagegen wird eingewendet, dass sich die tatsächlichen Umstände aufgrund von Digitalisierung und Internettechnologie inzwischen derart drastisch verändert haben, dass die heutige digitale Privatkopie nicht mit der damaligen Photokopie zu vergleichen ist und sich deshalb auch eine andere rechtliche Beurteilung aufdrängt. Dem ist zunächst zu entgegnen, dass das schweizerische Urheberrecht erst 1992 totalrevidiert wurde – in einer Zeit also, in der es digitale Technologien bereits seit längerem gab. Sodann wurde eine restriktive Haltung gegenüber Schrankenregelungen im digitalen Umfeld von der internationalen Staatengemeinschaft anlässlich der Verabschiedung von WCT und WPPT im Jahre 1996 gerade abgelehnt<sup>100</sup>. Darüber hinaus ergibt auch eine geltungszeitliche Analyse der einzelnen Elemente des Dreistufentests, dass die Schranke zum Privatgebrauch auch heute von Art. 9 Abs. 2 RBÜ bzw. Art. 13 TRIPS gedeckt ist. *Erstens* handelt es sich bei Art. 19 Abs. 1 lit. a URG um einen wohl definierten Sonderfall, nämlich um die Vervielfältigung zu rein privaten Zwecken<sup>101</sup>. *Zweitens* wird die normale Auswertung von Musik- und Filmwerken durch das Herunterladen von unrechtmässig hergestellten Werkexemplaren nicht mehr beeinträchtigt als die Auswertung von Büchern durch die Möglichkeit des Photokopierens<sup>102</sup>. Der Unterschied zwischen analoger und digitaler Privatkopie wird regelmässig überbewertet<sup>103</sup>, denn was den Rechtsinhabern im digitalen Umfeld zu schaffen macht, ist nicht die Möglichkeit der vereinfachten Herstellung von Privatkopien, sondern die Schwierigkeit einer effektivi-

ven Kontrolle der internetgestützten Verbreitung unrechtmässig hergestellter Werke. Internet und Digitalisierung erleichtern nämlich die Herstellung einer Privatkopie nur dann, wenn der Nutzer überhaupt Zugang zum Werk hat, was von den Rechtsinhabern durch technische Schutzsysteme zunehmend verhindert wird. Die Verbreitung unrechtmässig hergestellter Werke ist aber nach wie vor illegal und wird nicht von der Schranke zum Eigengebrauch erfasst. Es ist daher nicht einzusehen, inwiefern die Schranke zum Eigengebrauch in der Form des Privatgebrauchs für sich alleine genommen – und darum geht es ja hier – die normale Auswertung urheberrechtlich ge-

89) Diese Interessenlage widerspiegelt sich beispielhaft in Art. 27 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der UNO, Resolution 217 A (III) vom 10. 12. 1948, und in Art. 15 Abs. 1 des Internationalen Paktes vom 16. 12. 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, für die Schweiz in Kraft getreten am 18. 9. 1992 (SR 0.103.1). Beide Artikel enthalten sowohl die Anerkennung kultureller Teilhaberechte als auch die Anerkennung von Immaterialgüterrechten. Siehe zu dieser Spannungslage auch *Schack*, Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung – zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf § 53 UrhG, ZUM 2002, 497.

90) Vgl. auch Art. 10 des WIPO Copyright Treaty, WIPO Doc. CRNR/DC/94, auch veröffentlicht in ABL Nr. L 89 vom 11. 4. 2000, S. 8 (WCT); Art. 16 Abs. 2 des WIPO Performances and Phonograms Treaty, WIPO Doc. CRNR/DC/95, auch veröffentlicht in ABL Nr. L 89 vom 11. 4. 2000, S. 15 (WPPT).

91) Siehe Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABL EG Nr. L 77 vom 27. 3. 1996, S. 20; Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABL Nr. L 167 v. 22. 6. 2001, S. 10.

92) WTO Panel Report vom 15. Juni 2000, WT/DS160/R („Home-style Exemption“, U.S. Copyright Act, 17 U.S.C. § 110(5)).

93) Art. 9 Abs. 2 RBÜ ist seit der Stockholmer Revision im Jahre 1967 Bestandteil der RBÜ.

94) Siehe dazu allgemein *Bornkamm*, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung – Karriere eines Begriffs, in: FS Erdmann, 2002, S. 29–48; *Cohen Jehoram*, Some Principles of Exceptions to Copyright, in: FS Dietz, 2001, S. 381–388; *Ricketson*, The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886–1986, 1987, S. 479–489.

95) Siehe z. B. *Medwenitsch/Schanda* (o. Fn. 53), S. 225; *Gutman* (o. Fn. 58), S. 707; *Jani* (o. Fn. 64), S. 845.

96) Vgl. auch *Gasser* (o. Fn. 30), S. 47; *Barrelet/Egloff* (o. Fn. 34), Rn. 6 zu Art. 19 URG; a.M. bezüglich des unentgeltlichen Kopierens zum Privatgebrauch hingegen *Locher*, Vervielfältigungen für den Privatgebrauch, UFITA 116 (1991), S. 86 f., der sich dafür im wesentlichen auf die heute kaum mehr haltbare Lehre vom geistigen Eigentum stützt; zu letzterer *Rigamonti* (o. Fn. 38), passim.

97) Vgl. dazu WIPO, Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967, 1971, Bd. I, S. 111 f. (Preparatory Document S/1) sowie Bd. II, S. 856 ff. (Voten der Delegierten im Rahmen der Diskussionen des „Main Committee I“); siehe auch *Ricketson* (o. Fn. 94), S. 482.

98) Der ursprünglich vorgeschlagene Text nannte die Schranke für den Privatgebrauch („private use“) gar an erster Stelle; vgl. WIPO (o. Fn. 97), Bd. I, S. 113.

99) Siehe Report on the Work of Main Committee I, in: WIPO (o. Fn. 97), Bd. II, S. 1146 im Zusammenhang mit dem damals jungen Phänomen des Photokopierens: „If a small number of copies is made, photocopying may be permitted without payment, particularly for individual or scientific use“.

100) In der Vereinbarten Erklärung zu Art. 10 WCT bzw. Art. 16 Abs. 2 WPPT, WIPO Doc. CRNR/DC/96, wird gerade im Hinblick auf die digitale Technologie klargestellt, dass es zulässig ist, die bisherigen Schranken auf digitale Technologien anzuwenden und gar auszudehnen.

101) Vgl. das Gegenbeispiel bei *Ricketson* (o. Fn. 94), S. 482, wonach es kein Sonderfall wäre, wenn sich ein Land auf sein Defizit an harter Auslandswährung berufen würde, um die Vervielfältigung ausländischer Werke generell zuzulassen. Dieses Beispiel zeigt die geringen Anforderungen an das Bestehen eines „Sonderfalles“.

102) Photokopieren für den Privatgebrauch wurde aber ohne weiteres als mit Art. 9 Abs. 2 RBÜ kompatibel angesehen; vgl. *Ricketson* (o. Fn. 94), S. 483.

103) So etwa von *Jani* (o. Fn. 64), S. 845, der behauptet, Art. 9 Abs. 2 URG verlange zwingend eine Unterscheidung zwischen analoger und digitaler Nutzung.

schützter Werke beeinträchtigen kann<sup>104</sup>. *Drittens* ist auch kaum zu erklären, warum die Interessen der Rechtsinhaber durch die Schranke zum Eigengebrauch unzumutbar verletzt sind. Klarerweise genügt es nicht, dass eine Schranke den Interessen der Rechtsinhaber widerspricht, um diese unzumutbar zu machen<sup>105</sup>. Letztlich handelt es sich auch bei Art. 9 Abs. 2 RBÜ um eine unbestimmte Leerformel, die bei der Beurteilung von Einzelfällen kaum hilfreich und durch die nationale Gesetzgebung erst zu konkretisieren ist<sup>106</sup>. Bei näherem Hinsehen stellt sich denn auch heraus, dass diejenigen, die aus Art. 9 Abs. 2 RBÜ konkrete Richtlinien ableiten wollen, dies entweder lediglich behaupten oder dann mit Argumenten begründen, die von aussen in die Norm hineingetragen werden<sup>107</sup>. Damit steht fest, dass Art. 19 URG auch nicht im Hinblick auf Art. 9 Abs. 2 URG bzw. Art. 13 TRIPS gegen den Wortlaut ausgelegt werden kann.

#### 4. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass es sich bei der Kopiervorlage einer Vervielfältigung zum Eigengebrauch – in der Sprache der Unterhaltungsindustrie – auch um eine „Raubkopie“ handeln kann. Das Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet ist also auch dann von Art. 19 URG gedeckt, wenn die betreffenden Dateien ohne Zustimmung der Rechtsinhaber ins Netz gestellt wurden<sup>108</sup>. Dies ändert freilich nichts an der Haftbarkeit und allenfalls auch Strafbarkeit derjenigen Personen, welche die betreffenden Werkexemplare in Verletzung der Rechte der Urheber und Leistungsschutzberechtigten über das Internet verbreiten und so die Herstellung einer Privatkopie erst ermöglichen<sup>109</sup>. Sie sind es, an die sich die Urheber und Leistungsschutzberechtigten in der Schweiz zu halten haben. Das Herunterladen rechtswidrig hergestellter Werkexemplare alleine stellt demgegenüber keine Urheberrechtsverletzung dar und ist auch nicht strafbar. Die hier vertretene Auffassung entspricht im Ergebnis nicht nur der herrschenden Meinung in der schweizerischen Lehre<sup>110</sup>, sondern wird auch von Interessenvertretern der Urheber anerkannt. So erklärt etwa die SUIISA auf ihrer Internetseite<sup>111</sup>, dass sie davon ausgehe, „dass das Herunterladen von Musik oder Multimediawerken aus dem Internet zum Privatgebrauch frei ist“. Einzig die Tonträgerhersteller als „Trittbrettfahrer“ des Urheberrechts<sup>112</sup> scheinen hier anderer Meinung zu sein, doch setzt die Umsetzung ihrer Rechtsauffassung ohne Zweifel eine Gesetzesänderung voraus. In Deutschland ist dies bereits geschehen.

### III. Zur Revision von § 53 UrhG

#### 1. Vorgeschichte

Die Vorgeschichte des neuen § 53 UrhG eröffnet interessante Perspektiven auf die Bedeutung juristischer Literatur als Instrument der Beeinflussung des Rechtsschöpfungsprozesses. Vor der Änderung von § 53 UrhG im September 2003 war die Ausgangslage in Deutschland weitgehend mit derjenigen in der Schweiz vergleichbar und damit für die deutsche Tonträgerindustrie denkbar ungünstig. Es liessen sich kaum juristische Autoritäten finden für die Behauptung, die Schranke zum Eigengebrauch sei nur dann anwendbar, wenn die betreffende Vervielfältigung von einem rechtmässig hergestellten Werkexemplar angefertigt wird. Der Wortlaut von § 53 UrhG a. F. sprach dagegen, und einschlägige Urteile gab es nicht. Auch in der Lehre fanden sich keine Äusserungen, die zur Stützung dieser Behauptung hätten herangezogen werden können – und dies, obwohl es sich dabei um ein längst bekanntes Problem handelte, das sich nicht erst als

Folge von Digitalisierung und Internettechnologie stellte. Wer sich vor dreissig Jahren von einem Freund eine unrechtmässig hergestellte Kassette auslieh und davon eine Kopie anfertigte, konnte (und kann) sich ohne weiteres auf die Schranke zum Eigengebrauch berufen<sup>113</sup>. Wäre dies von der Lehre nicht gebilligt worden, hätte sie sich ohne Zweifel zu Wort gemeldet. Es ist daher übertrieben, wenn heute behauptet wird, die Rechtsauffassung der Tonträgerindustrie zu § 53 UrhG a. F. sei „ganz herrschende Meinung“ gewesen<sup>114</sup>. Träfe dies zu, wäre die Voraussetzung der Rechtmässigkeit der Kopiervorlage in der deutschen Kommentarliteratur wohl als solche vermerkt worden. Dem war aber bis zum Jahr 2000 nicht so<sup>115</sup>. In der Tat wurde die Frage erst 1999 überhaupt zum Thema, als Vertreter der Tonträgerindustrie im Rahmen ihrer Lobbymassnahmen gegen die digitale Privatkopie<sup>116</sup> in einer Reihe von Beiträgen versuchten, ihre Position de lege lata juristisch zu begründen<sup>117</sup>. Es ist bekanntlich einfacher, eine Gesetzesänderung politisch zu rechtfertigen, wenn argumentiert werden kann, bei der gewünschten Änderung handle es sich lediglich um die Klarstellung einer Regel, die bereits gilt<sup>118</sup>, denn dies entbindet weitgehend von einer positiven Begründung der angestrebten Rechtsänderung. Wenn die betreffende Gesetzesänderung damit gar auf dem Auslegungswege herbeigeführt werden kann, umso besser.

Im Anschluss an die Beiträge aus der Tonträgerindustrie wurde die Frage auch von der Lehre aufgegriffen, wobei die Voraussetzung der Rechtmässigkeit der Kopiervorlage für § 53 UrhG a. F. zum Teil befürwortet<sup>119</sup> und zum Teil abgelehnt<sup>120</sup> wurde. Der Vorschlag der Einschränkung

104) A. M. Schack (o. Fn. 89), S. 500; Loewenheim (o. Fn. 58), S. 419.

105) So auch Ricketson (o. Fn. 94), S. 483 f.

106) Vgl. Ricketson (o. Fn. 94), S. 483 f.

107) Vgl. z. B. Gutman (o. Fn. 58), S. 707.

108) Demgegenüber hat das zuständige US-Appellationsgericht im Fall Napster vorfrageweise entschieden, dass das Herunterladen von geschützten Werken kein „fair use“ ist; A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1014 (9th Cir. 2001). Dies erinnert an die Rechtslage in der Schweiz vor 1992, als der Privatgebrauch in Art. 22 aURG noch anders definiert wurde als heute und insbesondere dann kein Privatgebrauch vorlag, wenn „Kosten eingespart“ wurden; siehe BGE 108 II 481 und Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Aufl. 1985, S. 697 ff. Diese Rechtslage wurde mit der Revision von 1992 freilich gerade geändert; siehe Gasser (o. Fn. 30), S. 64.

109) Vgl. auch Schack (o. Fn. 89), S. 501.

110) Siehe Fn. 55.

111) <http://www.suisa.ch>.

112) So Hilty, Gedanken zum Schutz der nachbarrechtlichen Leistung – einst, heute und morgen, UFITA 116 (1991), S. 52.

113) Vgl. Schack (o. Fn. 41), S. 168.

114) So Jani (o. Fn. 64), S. 843 f.

115) Weder Fromm/Nordemann (o. Fn. 46) noch Schrickler/Loewenheim (o. Fn. 46) befassen sich mit dieser Frage. Erst bei Möhring/Nicolini/Decker (o. Fn. 54), Rn. 9 zu § 53 UrhG wird die Frage von der Autorin – einer Mitarbeiterin der IFPI – diskutiert. Bei Wandtke/Bullinger/Lüft (o. Fn. 53), Rn. 9 zu § 53 UrhG wird diese Diskussion dann aufgenommen und weitergeführt.

116) Erklärtes Ziel der Tonträgerindustrie ist die Abschaffung der Privatkopie zumindest in dem Umfang, in dem technische Schutzmassnahmen wirksam sind; vgl. dazu Schaefer (o. Fn. 62), S. 198; Mayer, Die Privatkopie nach Umsetzung des Regierungsentwurfs zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, CR 2003, 280.

117) Siehe v. a. Schaefer (o. Fn. 62), S. 191–202; Braun (o. Fn. 9), S. 1106–1111.

118) Vgl. dazu im amerikanischen Kontext auch Litman, Digital Copyright, 2001, 94.

119) Siehe z. B. Gutman (o. Fn. 58), S. 706 ff.; Jani (o. Fn. 64), S. 843 f.; Wandtke/Bullinger/Lüft (o. Fn. 53), Rn. 9 zu § 53 UrhG; Loewenheim (o. Fn. 58), S. 419 ff.; Kloth (o. Fn. 62), S. 175; Intveen (o. Fn. 58), S. 44 f.; Leupold/Demisch (o. Fn. 54), S. 385.

120) Siehe z. B. Schack (o. Fn. 41), S. 167, 169, 172; Spindler (o. Fn. 34), S. 62; Kreutzer (o. Fn. 9), S. 200; Bosak (o. Fn. 60), S. 181; Ahrens (o. Fn. 72), S. 1036 f.; Mönkemöller (o. Fn. 60), S. 667 f.; Cichon, Musikpiraterie im Internet, K&R 1999, 550.

von § 53 UrhG auf Vervielfältigungen, die von rechtmässig hergestellten Kopiervorlagen angefertigt werden, wurde schliesslich auch ins Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Der Vorschlag war bis zuletzt umstritten<sup>121</sup>, doch einigte man sich nach Anrufung des Vermittlungsausschusses auf einen Kompromiss: wer eine *offensichtlich* rechtswidrig hergestellte Vorlage zum eigenen Gebrauch vervielfältigt, kann sich neu nicht mehr auf die Schranke zum Eigengebrauch berufen. Deutschland ist mit dieser Gesetzesänderung über die Anforderungen des internationalen und europäischen Rechts hinausgegangen. Im folgenden soll die neue Bestimmung im Hinblick darauf untersucht werden, ob sich für die Schweiz eine Übernahme dieser Regelung empfiehlt oder ob Deutschland damit über das Ziel hinausgeschossen hat.

## 2. Zum Tatbestandsmerkmal der „offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage“

### a) Dilemma der Unterhaltungsindustrie

Die Gesetzesänderung hat den Befürwortern der Rechtsauffassung der Tonträgerindustrie zu § 53 UrhG a.F. zunächst einmal ein Dilemma beschert. Einerseits haben sie ihr rechtspolitisches Ziel teilweise erreicht. Es kann nicht mehr von jeder Kopiervorlage eine Vervielfältigung zum Eigengebrauch hergestellt werden. Andererseits hat der deutsche Gesetzgeber bestätigt, dass ihre Rechtsauffassung zu § 53 UrhG a.F. nicht zutrifft, denn sonst wäre keine Gesetzesänderung vonnöten gewesen. Freilich wird nun versucht, diesem Dilemma zu entgehen, indem die Gesetzesänderung nicht als materielle Rechtsänderung, sondern als Fortführung der „Gedanken der berechtigten Literatur“ ausgegeben wird<sup>122</sup>. Auf den ersten Blick mag dies erstaunen, denn wenn § 53 UrhG bereits vor der Änderung eine rechtmässig hergestellte Kopiervorlage vorausgesetzt hätte, so wäre die jetzige Fassung im Resultat eine Ausweitung der Schranke zum Eigengebrauch, da nicht alle, sondern nur „offensichtlich“ rechtswidrige Kopiervorlagen ausgeschlossen werden. Dem deutschen Gesetzgeber kann aber nicht unterstellt werden, er habe die Schranke zum Eigengebrauch ausweiten wollen<sup>123</sup>. Vielmehr ging es gerade darum, diese Schranke im Interesse der Urheberrechtsindustrie weiter zurückzudrängen<sup>124</sup>. Dieser Widerspruch zwischen dem Verhalten des Gesetzgebers und der Fortführungsthese wird nun aber mit dem Argument aufgelöst, der deutsche Gesetzgeber habe es zwar gut gemeint, doch sei ihm ein Fehler unterlaufen, der dazu geführt habe, dass der Urheberschutz im Vergleich zur Situation nach altem Recht nicht etwa ausgedehnt, sondern eingeschränkt worden sei<sup>125</sup>. Vor diesem Hintergrund kann dann in der nächsten Gesetzgebungsrunde gefordert werden, der Fehler des deutschen Gesetzgebers müsse so rasch als möglich korrigiert werden, indem das Wort „offensichtlich“ in § 53 UrhG n.F. wieder gestrichen werde. Zur weiteren Begründung dieses Anliegens kann dann auf den aus der Diskussion zu § 53 UrhG a.F. bestens bekannten Argumentationskatalog zurückgegriffen werden, der oben im Detail beschrieben wurde. Vor einer erneuten Änderung von § 53 UrhG wird sich die juristische Auseinandersetzung jedoch zweifellos auf die Frage konzentrieren, wie das neue Tatbestandsmerkmal der „offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage“ auszulegen ist.

### b) Anwendungsprobleme

Die Anwendbarkeit des neuen Tatbestandsmerkmals der „offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage“ dürfte aufgrund seiner Unbestimmtheit in der Praxis einige Schwierigkeiten bereiten, wenn sich die Gerichte

nicht zu Agenten der Urheberrechtsindustrie machen wollen und gestützt auf eine Auslegung „in dubio pro auctore“ dafür sorgen, dass faktisch jede rechtswidrig ins Netz gestellte Vorlage „offensichtlich“ ist, was die Vertreter der Unterhaltungsindustrie zwar gerne hätten<sup>126</sup>, was der deutsche Gesetzgeber aber gerade ablehnte. Die Problematik liegt darin, dass digitalen Kopien schlicht nicht anzusehen ist, ob sie rechtmässig oder rechtswidrig hergestellt wurden<sup>127</sup>. Dies ist ja gerade der Grund, weshalb die Unterhaltungsindustrie in der Digitalisierung eine Gefahr sieht und bei der digitalen Vervielfältigung nicht von „Kopie“, sondern lieber von „Klon“ sprechen möchte<sup>128</sup>. Wer sich aber darüber beklagt, dass digitale Kopien auch in der siebten Generation nicht vom Original zu unterscheiden sind, kann nicht in guten Treuen behaupten, rechtswidrig hergestellte digitale Kopien seien ohne weiteres erkennbar. Die Frage, ob eine Kopiervorlage offensichtlich rechtswidrig hergestellt wurde, kann daher nicht pauschal entschieden werden, sondern ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, wie sie sich aus der Sicht des Nutzers im Zeitpunkt der Vervielfältigung zum Privatgebrauch präsentieren. In der Praxis wird es vor allem darum gehen, die externen Umstände zu bestimmen, die im konkreten Fall die Offensichtlichkeit der rechtswidrigen Herstellung der Kopiervorlage indizieren. Die Rechtsinhaber trifft diesbezüglich die Beweislast, denn den Nutzern kann nicht zugemutet werden, eine negative Tatsache – das Fehlen der Offensichtlichkeit – zu beweisen<sup>129</sup>. Im einzelnen sind bei der Auslegung von § 53 UrhG n.F. folgende Aspekte zu berücksichtigen:

(1) Die Offensichtlichkeit der unrechtmässigen Herstellung der Kopiervorlage muss im Zeitpunkt der Herstellung der Privatkopie gegeben sein. Wenn ein Nutzer also erst im nachhinein entdeckt, dass er eine Kopie von einem widerrechtlich hergestellten Werkexemplar angefertigt hat, ist diese Kopie dennoch von der Schrankenregelung gedeckt<sup>130</sup>. Es kommt eben nicht darauf an, ob die Kopiervorlage rechtswidrig hergestellt wurde oder nicht, sondern ob die Rechtswidrigkeit der Herstellung offensichtlich ist. Mit anderen Worten erfasst § 53 UrhG n.F. ohne Zweifel auch Kopien von rechtswidrig hergestellten Vorlagen. Will man dem Nutzer die Berufung auf die Schranke zum Eigengebrauch verwehren, sobald er nach Erstellung der Privatkopie entdeckt, dass der Kopie eine rechtswidrige Vorlage zugrunde gelegen hat (obwohl dies zum Zeitpunkt der Vornahme der Vervielfältigung nicht offensichtlich war), wird das Tatbestandsmerkmal der Offensichtlichkeit faktisch eliminiert. Eine zum Zeitpunkt des Kopiervorganges nicht offensichtlich rechtswidrige Vorlage ist einer rechtmässigen Vorlage in ihren Wirkun-

121) Vgl. dazu *Schippam*: Nun endgültig verabschiedet: Das digitale Urheberrecht – Korb 1, ZUM 2003, 678–680.

122) *Gutman* (o. Fn. 58), S. 707; etwas vorsichtiger *Czychowski* (o. Fn. 24), S. 2410.

123) Zur restriktiven Haltung des deutschen Gesetzgebers gegenüber der Privatkopie siehe *Mayer* (o. Fn. 116), S. 274.

124) So auch *Schippam* (o. Fn. 121), S. 679 f.

125) So *Jani* (o. Fn. 64), S. 845.

126) Vgl. z.B. *Jani* (o. Fn. 64), S. 854, der lediglich sog. „Identfälschungen“ als nicht offensichtlich rechtswidrig behandelt wissen will.

127) So zu Recht auch die Bundesregierung in ihrer Gegenäusserung zur Stellungnahme des Bundesrates vom 27. 9. 2002 zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 6. 11. 2002, S. 1: „Im Internet zum Download bereitgehaltene Dateien bieten keinerlei Anhaltspunkte für ihre Herkunft“.

128) So schon *Thurrow*, Rechtsschutz für den Urheber und den Urheberrechtsnutzer, ZUM 1987, 323.

129) Gl. M. *Jani* (o. Fn. 64), S. 854.

130) Entgegen *Gutman* (o. Fn. 58), S. 708.

gen gleichgestellt. In lockerer Anlehnung an die mittelalterlichen Legisten könnte hier gesagt werden: „*mala fides superveniens non nocet*“.

(2) Bei der Auslegung von § 53 UrhG n. F. ist zu berücksichtigen, dass mit der Aufnahme des Tatbestandsmerkmals der „Offensichtlichkeit“ teilweise den Einwänden der Bundesregierung entgegengekommen wurde, wonach eine strikte Voraussetzung der rechtmässigen Herstellung der Kopiervorlage de facto zu einem Verbot der digitalen Privatkopie geführt hätte, weil Nutzer die Rechtmässigkeit eines Werkexemplars regelmässig nicht beurteilen können<sup>131</sup>. Mit anderen Worten ging es bei der Einführung des Merkmals der Offensichtlichkeit darum, Nutzern eine Prüfungs- und Nachforschungspflicht zu ersparen, die ohne die Voraussetzung der Offensichtlichkeit unvermeidbar wäre<sup>132</sup>. Das Erfordernis der Offensichtlichkeit ist deshalb so auszulegen, dass die Rechtswidrigkeit der Kopiervorlage ohne weitere Nachforschung anlässlich des Herunterladens erkennbar sein muss. Wenn gelegentlich geltend gemacht wird, die Rechtsinhaber hätten es in der Hand, mit geeigneten Informationsmassnahmen die Offensichtlichkeit zu begründen<sup>133</sup>, so trifft dies nur in beschränktem Masse zu. Der eingangs erwähnte Hinweis der IFPI Schweiz auf die Rechtswidrigkeit des Herunterladens von Musikdateien oder die allgemeinen Propagandakampagnen der deutschen Filmindustrie würden ebensowenig genügen wie die blosse Publikation eines Titelkataloges auf dem Internet, denn in diesen Fällen müssten die Nutzer vor der Anfertigung einer digitalen Privatkopie zunächst extensive Nachforschungen betreiben, um die Rechtmässigkeit der betreffenden Vorlage abzuklären. Der Nachweis der Offensichtlichkeit dürfte den Rechtsinhabern in der Praxis daher nicht immer leichtfallen. Während in der analogen Welt das Fehlen eines professionellen Aufdruckes auf der CD oder DVD oder einer entsprechenden Verpackung als Hinweis auf die rechtswidrige Herstellung gedeutet werden konnte, fallen diese Indizien im digitalen Umfeld weg, da es weder Verpackung noch Aufdruck noch sonstige Hinweise auf die Herkunft der betreffenden Datei gibt, die lediglich das „nackte Produkt“ enthält.

(3) Schliesslich ist bei der Auslegung von § 53 UrhG n. F. vor undifferenzierten Pauschalurteilen zu warnen, wie sie gelegentlich in der Literatur anzutreffen sind, namentlich im Hinblick auf elektronische Tauschbörsen<sup>134</sup>. Einige Autoren gehen gar so weit, das Tatbestandsmerkmal der Offensichtlichkeit im Bereich von Peer-to-Peer Filesharing-Systemen für irrelevant zu erklären<sup>135</sup>. Begründet wird dies damit, dass Musik, die über elektronische Tauschbörsen erhältlich ist, stets rechtswidrig ist, weil die Betreiber elektronischer Tauschbörsen von den Grosskonzernen der Unterhaltungsindustrie nicht lizenziert wurden<sup>136</sup>. Diesem Argument ist zu entgegnen, dass nicht alle Musik und schon gar nicht alle Dateien, die über elektronische Börsen erhältlich sind, rechtswidrig hergestellt werden. Einige Musiker haben das Potential des neuen Mediums als Marketinginstrument entdeckt und speisen ihre Musik eigenhändig ins Netz ein, in der Hoffnung, so ein möglichst breites Publikum zu erreichen. Andere wiederum – wie etwa der bekannte brasilianische Musiker Gilberto Gil – benutzen neuartige Lizenzmodelle für den Musikvertrieb<sup>137</sup>, welche die unentgeltliche Vervielfältigung ausdrücklich zulassen und damit auch den freien Vertrieb über elektronische Tauschbörsen ermöglichen<sup>138</sup>. Vor diesem Hintergrund wird auch klar, dass die in der Literatur bisher angeführten Indizien für die Herkunft der Kopiervorlage, wie etwa Unentgeltlichkeit<sup>139</sup>, Bekanntheitsgrad von Künstlern<sup>140</sup>, Titel und Anbieter<sup>141</sup>

untauglich sind, um die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit zu begründen, weil der Internetnutzer im konkreten Fall auch bei Vorliegen dieser Merkmale nicht davon ausgehen muss, dass die betreffende Vorlage vom Rechtsinhaber nicht autorisiert wurde<sup>142</sup>, was das Beispiel von Gilberto Gil klar zeigt: es handelt sich um einen namhaften Künstler, der seine bekannten Titel über das Internet jedermann unentgeltlich zum Herunterladen und zum Weiterverbreiten anbietet. Darüber hinaus verdeutlicht ein Blick auf die Softwarebranche – die das Problem der Privatkopie aus rein rechtlicher Optik nicht kennt<sup>143</sup> –, dass je nach Art des praktizierten Geschäftsmodells auch kommerzielle Anbieter Teile ihrer Produktpalette frei über das Internet anbieten und auch Dritten, inklusive Privaten, erlauben, diese weiterzuverbreiten. Es ist also nicht so, dass elektronische Tauschbörsen nur zum Vertrieb illegal angefertigter Musik verwendet werden. Damit soll nicht gesagt sein, dass alle oder auch nur die Mehrzahl derjenigen Musikdateien, die über elektronische Tauschbörsen erhältlich sind, rechtmässig hergestellt wurden. Es geht einzig darum aufzuzeigen, dass eine Pauschalbeurteilung neuer Medien als „per se rechtswidrig“ zu undifferenzieren ist, um die Rechtsinhaber im konkreten Einzelfall vom Beweis der Offensichtlichkeit zu entbinden.

### 3. Gesamtbeurteilung

Im Ergebnis hat sich Deutschland mit der Änderung von § 53 UrhG ein unnötiges Auslegungsproblem eingehandelt, ohne dass damit die Situation der Rechtsinhaber materiell verbessert worden wäre. Dies liegt nicht etwa daran, dass § 53 UrhG n. F. nur dann nicht anwendbar ist, wenn die Kopiervorlage „offensichtlich“ rechtswidrig hergestellt wurde. Vielmehr geht es darum, dass die digitale Privatkopie schon gar nicht für die Probleme der Rechtsinhaber verantwortlich ist. Auch ein vollständiges Verbot der digitalen Privatkopie könnte an den Folgen der Digitalisierung und der Internettechnologie für die Unterhaltungsindustrie nichts ändern. Der Musikindustrie geht es darum, etwas gegen die sinkenden Umsatzzahlen der letzten Jahre zu unternehmen. In ihrem Kampf gegen die digitale Privatkopie verkennt sie aber, dass das private

131) Gegenäusserung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates vom 27. 9. 2002 zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 6. 11. 2002, S. 1 f.

132) *Kreutzer* (o. Fn. 9), S. 200.

133) *Jani* (o. Fn. 64), S. 854.

134) Siehe z. B. *Schippan* (o. Fn. 121), S. 679; *Jani* (o. Fn. 64), S. 852; *Gutman* (o. Fn. 58), S. 707.

135) *So Jani* (o. Fn. 64), S. 852 f., der darüber hinaus auch „Kopien von Kopien“ pauschal verbieten will, weil das Überlassen von Kopien an einen Dritten zum Zwecke der weiteren Vervielfältigung stets als offensichtlich rechtswidrige Herstellung einer Vorlage anzusehen sei. Diese Auffassung ist abzulehnen, denn das Überlassen eines Werkexemplars an einen Dritten lässt sich nicht als Herstellen einer Kopiervorlage qualifizieren, da der Begriff des „Herstellens“ eine Vervielfältigungshandlung voraussetzt.

136) *Jani* (o. Fn. 64), S. 851: „Dort, wo eine legale Alternative nicht in Betracht kommt, ist die Rechtswidrigkeit stets offensichtlich“; vgl. schon *Braun* (o. Fn. 9), S. 1108.

137) Siehe *Wall Street Journal* vom 20. 10. 2003, S. R-1.

138) Gilberto Gil benutzt eine Lizenz des „Creative Commons“ Projekts, das zur Zeit von Stanford Professor Lawrence Lessig geführt wird und dessen Ziel es ist, eine möglichst grosse Anzahl von urheberrechtlich geschützten Inhalten einem möglichst grossen Publikum unentgeltlich über das Internet verfügbar zu machen; siehe <http://www.creativecommons.org>. Zur Idee der „creative commons“ allgemein, vgl. z. B. *Lessig*, *The Creative Commons*, 55 Fla. L. Rev. 763 (2003).

139) *Jani* (o. Fn. 64), S. 853.

140) *Gutman* (o. Fn. 58), S. 707.

141) *Gutman* (o. Fn. 58), S. 707.

142) A. M. aus Sicht der Tonträgerindustrie *Braun* (o. Fn. 9), S. 1108.

143) Art. 19 Abs. 4 URG; § 69 d UrhG.

Kopieren kaum der Grund für die beklagten Umsatzverluste sein kann – ansonsten würden die Zahlen für die amerikanische Musikindustrie anders aussehen, kennt doch das amerikanische Urheberrecht keine generelle Schranke zum Eigengebrauch<sup>144</sup>. Das Problem, mit dem sich die Unterhaltungsindustrie auseinandersetzen sollte, ist nicht rechtlicher, sondern tatsächlicher Natur, denn letztlich geht es nicht um Lücken im materiellen Recht, sondern um die Schwierigkeit, die umfassenden Verwertungsrechte in der Praxis durchzusetzen<sup>145</sup>. Es muss immer vor Augen gehalten werden, dass nur heruntergeladen werden kann, was angeboten wird. Es ist eine Illusion zu glauben, das Problem der Rechtsdurchsetzung lösen zu können, indem Nutzern verboten wird, (offensichtlich) illegal ins Netz gestellte Werkexemplare zum privaten Gebrauch herunterzuladen. Wenn es den Rechtsinhabern schon nicht gelingt, gestützt auf ihre weitreichenden Urheber- und Leistungsschutzrechte das illegale Angebot im Internet zu unterdrücken, dann werden ihnen zusätzliche Klagemöglichkeiten gegen Privatnutzer in praxi auch nicht weiterhelfen<sup>146</sup>.

Die Unterhaltungsindustrie mag zwar darauf hoffen, dass sich mit der Autorität des Gesetzes im Rücken das Nutzerverhalten leichter beeinflussen lässt. Diese Hoffnung scheint der Grund dafür zu sein, weshalb die IFPI Schweiz behauptet, das Herunterladen von illegal ins Netz gestellten Werkexemplaren sei nach geltendem schweizerischen Recht rechtswidrig. Doch ist es unwahrscheinlich, dass die Nutzer mit rechtlichen Drohungen zu Komplizen im Kampf gegen das illegale Angebot auf dem Internet gemacht werden können. Statt ihre Ressourcen mit der Bekämpfung der digitalen Privatkopie zu verschwenden, sollte die Unterhaltungsindustrie ihre Strategie überdenken, um jeden Preis an überkommenen Geschäftsmodellen festzuhalten, obwohl diese Modelle an den Bedürfnissen zahlreicher Konsumenten vorbeigehen. Die Lösung des Problems dürfte damit weniger auf rechtlichem Gebiet liegen als auf dem Gebiet der Wirtschaft und allenfalls der Technik<sup>147</sup>. In der Tat scheint sich im Hinblick auf die Umsätze der Musikindustrie bereits wieder eine Trendwende anzukündigen, nachdem nun endlich internettaugliche Vermarktungsmodelle geschaffen worden sind, die von den Konsumenten auch akzeptiert werden. Damit sei an dieser Stelle die Prognose gewagt, dass der neue § 53 UrhG zwar für einige juristische Auseinandersetzungen sorgen wird, dass er aber in der Rechtswirklichkeit kaum die Bedeutung erlangen wird, die ihm heute von vielen Seiten zugemessen wird.

#### IV. Schlussfolgerung

Der Schweiz kann im Ergebnis nicht empfohlen werden, dem deutschen Gesetzgeber zu folgen und die im Jahre 1992 in Art. 19 URG vorgenommene Interessenabwägung bereits wieder zu ändern. Die gegenwärtige Zurückhaltung der Schweiz in Sachen Informationsgesellschaft<sup>148</sup> dürfte daher vorderhand die richtige Strategie sein. Darüber hinaus wäre die schweizerische Tonträgerindustrie schlecht beraten, wenn sie sich gegenüber dem technischen Wandel und gegenüber geändertem Konsumverhalten auf die Forderung nach weiteren kontrafaktischen Schutzgesetzen versteifen würde, deren praktische Wirkungen ohnehin vernachlässigt werden können. Sie sollte und kann sich daher auch im digitalen Umfeld mit der gegenwärtigen Fassung von Art. 19 URG abfinden. Auch bezüglich der digitalen Privatkopie gilt nämlich, was Josef Kohler vor bald 100 Jahren festgehalten hat: die private Benutzung eines immateriellen Gutes kann

niemandem verwehrt werden, weil „das menschliche Leben seine Freiheit haben will“ und weil „Gedanken und Gedankenverbindungen dem Menschen ebensowenig entzogen werden sollen, wie Luft und Licht“<sup>149</sup>.

144) Siehe Fn. 35 und 108.

145) Dies ist schon lange als das Hauptproblem des Internet bekannt; siehe etwa *Hilty*, *Der Information Highway – eine Einführung in die Problematik*, in: ders. (Hrsg.), *Information Highway – Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen*, 1996, S. 38.

146) Selbst Vertreter der (deutschen) Tonträgerindustrie halten die Durchsetzung dieser Ansprüche für „theoretisch“; *Braun* (o. Fn. 9), S. 1108.

147) Vgl. auch *Leupold/Demisch* (o. Fn. 54), S. 388 f.

148) Siehe dazu *Grossenbacher*, *Am Vorabend der Urheberrechtsrevision: Strategie der Schweiz?*, in: *Hilty/Berger* (Hrsg.), *Urheberrecht am Scheideweg?*, 2002, S. 10.

149) *Kohler*, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, 1907 (Neudruck 1980), S. 171.