



St. Gallen/Zürich, 22. November 2012

Gutachten: Urheberrechtliche Beurteilung von „Catch-up TV“

A. Privatgebrauch unter Mitwirkung Dritter

***Frage:** Fällt die vorliegende Ausgestaltung von „Catch-up TV“ unter Art. 19 Abs. 1 lit. a URG? Falls dies zutrifft: Liegt ein Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG oder ein Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. a URG vor?*

1. Vorbemerkungen

Mit diesem Gutachten ist zu beurteilen, ob die vorliegende Ausgestaltung von „Catch-up TV“ Urheber- und Leistungsschutzrechte verletzt, die den Rechtsinhabern der gesendeten Inhalte zustehen oder ob (und gegebenenfalls inwiefern) dieses Angebot durch die Schranken von Art. 19 URG freigestellt wird. Dabei sind zwei grundsätzliche Aspekte zu beachten, auf die vorab hinzuweisen ist.

a) Blickwinkel

Aus **Sicht der Inhaber der Urheber- und Leistungsschutzrechte** an den gesendeten Werken, Darbietungen, Aufnahmen und den Sendungen als solchen, stellt sich die Frage, ob mit der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV“ in ihre Ausschliesslichkeitsrechte eingegriffen wird. Aus deren Sicht scheint das Angebot von „Catch-up TV“ auf den ersten Blick einem Zugänglichmachen ihrer Werke und Leistungen recht nahe zu kommen. Das **Recht auf Zugänglichmachen** ist das Recht, Werke oder Leistungen „so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben“ (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG bzw. Art. 33 lit. a, Art. 36 lit. b und Art. 37 lit. e URG). Der zentrale Anwendungsfall dieses Nutzungsrechts ist das Zugänglichmachen von Werken oder Leistungen auf einer Website zum Abruf über Internet. Das Recht des Zugänglichmachens wird dabei durch die **Bereitstellung von Werken oder Leistungen für den Zugriff** ausgeübt, nicht erst durch deren Abruf

und die Wahrnehmung durch die Werkkonsumenten¹. **Welche Werke oder Leistungen zugänglich gemacht werden, entscheidet stets der Anbieter**, typischerweise also der Betreiber der Website. Die Personen, denen die Werke und Leistungen zugänglich gemacht werden, können nicht bestimmen, welche Inhalte ihnen zugänglich gemacht werden. Das Zugänglichmachen ist damit in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht dadurch gekennzeichnet, dass die Inhalte vom „Zugänglichmachenden“ bestimmt und von diesem vor deren Abruf zu diesem Zweck bereitgestellt werden; erst nach der Bereitstellung der Werke für den Zugriff (und damit nach Ausübung des Rechts auf Zugänglichmachen) können die zugreifenden Personen selbst bestimmen, von welchen Orten und zu welchen Zeiten sie auf die bereitgestellten Inhalte zugreifen. Bei „Catch-up TV“ bestimmt der Kunde durch Wahl eines oder mehrerer Sender, welche gesendeten Inhalte er später noch ansehen kann. Dieser Entscheid erfolgt, bevor die fraglichen Inhalte vom Kunden abgerufen werden können. Da die Anbieter von „Catch-up TV“ damit nicht inhaltlich über die abrufbaren Werke oder Leistungen entscheiden und ihre Handlungen denjenigen der Kunden zeitlich nachfolgen, lässt sich dieses Angebot **nicht als Zugänglichmachen** im Sinn von Art. 10 Abs. 2 lit. c URG bzw. Art. 33 lit. a, Art. 36 lit. b und Art. 37 lit. e URG **qualifizieren**. Bestätigt wird dies auch dadurch, dass das Angebot auf eine Nutzung während 30 Stunden nach der Sendung beschränkt ist, womit kein Zugang zu einem beliebigen Zeitpunkt („Zeiten ihrer Wahl“) vorliegt und die Nutzung überdies insofern örtlich beschränkt ist, als sie von höchstens vier Endgeräten des jeweiligen Kunden erfolgen kann². Das Angebot setzt allerdings eine Speicherung auf dem zentralen Rechner voraus, was als **Vervielfältigung** der gesendeten Werke, Darbietungen, Aufnahmen und Sendungen zu qualifizieren ist, die unter das Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG bzw. Art. 33 lit. c, Art. 36 lit. a und Art. 37 lit. c URG) der jeweiligen Rechtsinhaber fällt.

Aus **Sicht der Werkvermittler und Werkkonsumenten** stellt sich damit die Frage, ob das Gesetz die Eingriffe in die Urheber- und Leistungsschutzrechte, die mit der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV“ verbunden sind, durch eine Schrankenbestimmung freistellt. In Frage kommt die **Schranke des Eigengebrauchs nach Art. 19 URG**. Ob die Voraussetzungen eines zulässigen Eigengebrauchs erfüllt sind, beurteilt sich dabei nicht aus Sicht der Rechtsinhaber und auch nicht aus Sicht der Anbieter von „Catch-up TV“, sondern allein aus **Sicht der Werkkonsumenten**, deren Nutzungshandlungen durch diese Schranke freigestellt werden. Dies gilt auch dann, wenn sich die Werkvermittler auf die Schranke des Eigengebrauchs berufen, indem sie geltend machen, dass ihre Handlungen von dieser Schranke miterfasst und ebenfalls freigestellt werden. Dass sich die Werkvermittler auf diese Schranke berufen

¹ DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bern 2008, URG 10 N 22a; YUANSI BU, Die Schranken des Urheberrechts im Internet, eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen und chinesischen Urheberrechts, Bern 2004, 56; MATTHIAS HÄUPTLI, Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht, Basel 2004, 86.

² Dass der Zugriff auch über ein mobiles Endgerät erfolgen kann, vermag an der urheberrechtlichen Qualifikation der Nutzungsart nichts zu ändern. Denn ein auf bestimmte Geräte beschränkter Zugriff wird nicht deshalb zu einem Zugriff „von Orten ihrer Wahl“, weil eines dieser Geräte an beliebige Orte verbracht werden kann.

können und bei deren Anwendung die Sicht der Werkkonsumenten einzunehmen ist, hat das Bundesgericht in zwei grundlegenden Entscheiden anerkannt³.

Bei der Beurteilung der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV“ ist damit entscheidend, dass der **richtige Blickwinkel** eingenommen wird. Dass nämlich mit diesem Angebot in die Ausschliesslichkeitsrechte der Rechtsinhaber eingegriffen wird, steht nicht in Zweifel. Die Frage nach der Zulässigkeit des Angebots ist damit aber nicht beantwortet. Denn der Eingriff ist gerade dann zulässig, wenn er durch die Schrankenbestimmung von Art. 19 URG freigestellt wird. Ebendiese Frage beurteilt sich aus Sicht der zum Eigengebrauch Berechtigten, also der Werkkonsumenten und – im Fall von Art. 19 Abs. 2 URG – der hierzu beigezogenen Dritten. Dieser Blickwinkel ist in der nachfolgenden Beurteilung einzunehmen.

b) Auslegung und Anwendung von Art. 19 URG

Die geltende Regelung von Art. 19 URG wurde mit der letzten Totalrevision des URG in den späten 80er und frühen 90er Jahre erarbeitet. Trotz der grundsätzlichen Technikneutralität des Gesetzes ist eine Reihe von Regelungen Ausdruck der Fragestellungen und Probleme einer analogen Welt. Dies gilt auch – und gerade – für die Schranke von Art. 19 URG. Die Regelung wurde denn mit der Teilrevision des URG von 2006 auch in einzelnen Punkten revidiert. Zentrale Fragen der Anpassung an das digitale Umfeld, etwa die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des privaten Downloads⁴, wurden aber gerade nicht im Gesetzestext normiert, sondern der Anwendung der bestehenden Regelung auf das digitale Umfeld überantwortet. Die im Parlament hierzu geführte Debatte zeigt dabei, dass sich der Gesetzgeber bewusst war, dass die bestehenden Regeln nicht in allen Fällen unbesehen auf das digitale Umfeld angewendet werden können⁵, sondern eine **zeitgemässe Auslegung** erforderlich ist, die den **technischen Veränderungen** und den damit einhergehenden, **neuen Nutzungskonstellationen** angemessen ist⁶.

Diesem methodischen Ansatz folgt auch das **Bundesgericht**. Als es sich in einem Entscheid von 1982 mit der damaligen Regelung des Privatgebrauchs in Art. 22 aURG auseinanderzusetzen hatte, stellte es klar, dass eine einschränkende Auslegung der Bestimmung aufgrund

³ Unter dem geltenden URG: BGE 133 III 473; BGE 128 IV 201.

⁴ Die Zulässigkeit des Downloads ist nach der Teilrevision des URG von 2007 weitgehend unbestritten; siehe dazu: BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 7b; CHRISTOPH GASSER, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2006, URG 19 N 10; RETO M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rn. 220 und 223. CYRIL P. RIGAMONTI, Eigengebrauch oder Hehlerei? Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet, GRUR Int. 2004, 281 und 286; IVAN CHERPILLOD, La révision sur la loi du droit d'auteur, Jusletter 11.2.2008, Rn. 10; JACQUES DE WERRA, Téléchargements d'œuvres protégées, l'imputé maintenue, Medialex 2006, 17; TOBIAS BAUMGARTNER, Privatvervielfältigung im digitalen Umfeld, Zürich 2006, 200; HÄUPTLI, 114; A.M. MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, URG, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Zürich 2008, URG 19 N 19, unter Verweis auf die Rechtslage im Ausland.

⁵ Siehe dazu: Amtl.Bull. NR 2007, 1203.

⁶ Botschaft, BBl 2006, 3395; GASSER/MACCIACCHINI/OERTLI, in: Müller/Oertli, Vor URG 19 N 11.

von Wortlaut und Entstehungsgeschichte nicht haltbar sei. Wörtlich führte es aus: „Dass Art. 22 URG sich nach seiner Entstehungsgeschichte nur auf den Gebrauch dessen bezieht, der die Wiedergabe des Werkes vornimmt (...) und dass sich dafür auch die romanischen Gesetzestexte anführen lassen (...), rechtfertigt jedenfalls aus heutiger Sicht eine derart einschränkende Auslegung nicht; sie wäre mit dem vernünftigen Sinn und Zweck des Gesetzes schon angesichts der einfachen und billigen Vervielfältigungsmethoden, welche die Technik inzwischen geschaffen hat, nicht zu vereinbaren“⁷. Als Ergebnis hielt das Bundesgericht fest, dass die **Auslegung nicht „beim Wortlaut der Bestimmung stehen“ bleiben** dürfe, sondern vielmehr „nach dem **Sinn und Zweck** sowie nach den Wertungen (zu erfolgen habe), auf denen unter den **heutigen Verhältnissen** die Geltung der Norm beruht“⁸. In Anwendung dieser zeitgemässen, an Sinn und Zweck der Norm orientierten Auslegung hat das Bundesgericht denn auch die geltende Regelung von Art. 19 URG in angemessener Weise auf Fragestellungen in einem digitalen Kontext angewendet⁹.

Daraus ergibt sich, dass bei der Auslegung von Art. 19 URG stets zu prüfen ist, ob der Wortlaut den Sinn und Zweck der Bestimmung und die gesetzgeberischen Wertungen auch dann angemessen zum Ausdruck bringt, wenn die Norm auf Fragestellungen in einem digitalen Kontext angewendet wird. Trifft dies nicht zu, **verbietet sich eine enge Orientierung am Wortlaut**. Damit ist zugleich klar, dass auf ältere Rechtsprechung und Literatur ebenso wie auf die Ausführungen in der Botschaft zur 20 Jahre zurückliegenden Totalrevision des URG nicht unbesehen abgestellt werden kann. Vielmehr ist auch hier zu prüfen, ob der Gesetzgeber, die Gerichte oder die Lehre anders entscheiden oder begründen würden, wenn sich die jeweilige Frage im heutigen, digitalen Umfeld stellen würde.

2. Kein (reiner) Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG

Als Privatgebrauch im Sinn von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG gilt „jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie

⁷ BGE 108 II 475, 481, E. 3a, unter Verweis auf BGE 83 I 173, 178, E. 4, worin dieser methodische Ansatz unter Verweis auf eine Reihe weiterer Entscheide des Bundesgerichts wie folgt festgehalten wurde: «[L]e juge cherche, quand il interprète une disposition constitutionnelle ou légale, à en découvrir le sens, à définir la portée juridique effective de la norme que recouvrent, plus ou moins heureusement, les expressions dont s'est servi le législateur. Ce sens peut être celui que le législateur historique a voulu donner au texte. Mais il peut être aussi celui que doit avoir le texte pour être applicable aujourd'hui d'une manière raisonnable. Dans plusieurs arrêts récents, le Tribunal fédéral paraît se rattacher davantage à cette seconde définition du sens de la norme. En effet, dit-il, la volonté du législateur doit être dégagée de la loi elle-même, de son texte, de sa logique interne, du but qu'elle se propose. **"Ce qui importe, ce n'est pas le sens qu'a pu attribuer à une disposition le législateur historique, voire telle ou telle personne qui a été mêlée à l'élaboration de la loi; c'est le sens qui résulte de tout le système de la loi, compte tenu des circonstances actuelles et de l'état de développement de la technique"** (Verweise)» (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁸ BGE 108 II 475, 481, E. 3a, m.w.H.

⁹ Die zeitgemässe, nutzungs- und technikadäquate Auslegung zeigt sich deutlich in BGE 133 III 473, 478.

Verwandte oder Freunde“. Diese Schrankenbestimmung erfasst alle urheberrechtlich relevanten Handlungen, die von einer natürlichen Person¹⁰ für sich selbst (persönlicher Bereich) oder für einen engen Kreis von anderen natürlichen Personen (Verwandte oder Freunde) vorgenommen werden¹¹. Urheberrechtlich relevante Handlungen Dritter werden von dieser Schranke hingegen nicht erfasst.

Die Schranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG ermöglicht jeder natürlichen Person, Werke und geschützte Leistungen Dritter für sich selbst sowie für Verwandte oder Freunde zu verwenden, namentlich auch zu vervielfältigen. Der **Privatgebrauch** ist dabei **in keiner Weise beschränkt**¹². Der zum Privatgebrauch Berechtigte darf also nicht nur einzelne Filme oder Fernsehsendungen vollständig aufnehmen und vervielfältigen, sondern auch den gesamten Programmablauf einzelner oder auch aller Fernsehsender, die er empfangen kann. Rein tatsächlich stösst der Eigengebrauch zwar an Grenzen, wenn der Berechtigte nicht über Speichermedien mit der erforderlichen Kapazität verfügt. Urheberrechtliche Grenzen bestehen aber keine – weder in zeitlicher Hinsicht noch mit Bezug auf den Umfang¹³.

Bei der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV“ werden die Sendungen nicht auf einem Speichermedium des zum Privatgebrauch Berechtigten gespeichert, sondern im zentralen Speicher des Anbieters. Da damit neben dem zum Eigengebrauch Berechtigten ein weiterer Beteiligter beigezogen wird, kann die Zulässigkeit des Angebots nicht allein nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG beurteilt werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob dieser weitere Beteiligte als Dritter im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG anzusehen ist und ob dessen Handlungen durch diese Bestimmung freigestellt werden.

3. Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 URG

a) *Beizug eines Dritten*

Als Dritte im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG gelten diejenigen Personen oder Institutionen, die Geräte betreiben, die zur Vervielfältigung eingesetzt werden¹⁴. Die Formulierung von Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 2 URG zeigt, dass der Gesetzgeber in erster Linie Institutionen und Betriebe erfassen wollte, die für ihre Kunden Kopien erstellen (bspw. Copy-Shops) oder ihren Kunden Kopiergeräte zur Selbstbedienung zur Verfügung stellen¹⁵. Die offene Formulierung von Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1 URG stellt allerdings klar, dass nicht nur diese typischen Kon-

¹⁰ BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 8; FRANÇOIS DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, 314; CHRISTOPH GASSER, *Der Eigengebrauch im Urheberrecht*, Bern 1997, 50; DERS., in: Müller/Oertli, URG 19 N 6; IVAN CHERPILLOD, in: SIWR II/1, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2006, 271.

¹¹ REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 15; GASSER in Müller/Oertli, URG 19 N 7; SIWR-CHERPILLOD, 271 ff.

¹² BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 2.

¹³ Botschaft, BBl 1989 III 539 ff.

¹⁴ BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 19; GASSER, 105; DERS., in: Müller/Oertli, URG 19 N 25; Botschaft, BBl 1989 III 540.

¹⁵ Siehe dazu Botschaft, BBl 1989 III 540.

stellationen, sondern alle Arten von Vervielfältigungen unter diese Bestimmung fallen, die von Dritten für die zum Eigengebrauch Berechtigten hergestellt werden. Der Begriff der „Kopiergeräte“ in Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 2 URG ist denn nach Lehre und Rechtsprechung auch in einem weiten Sinn zu verstehen; er erfasst neben den Fotokopiergeräten auch alle anderen Geräte, mit denen Werke vervielfältigt werden können¹⁶. Damit fällt auch die Speicherung von Werken auf dem Rechner eines Dritten, die notwendigerweise mit einer Vervielfältigung des Werkes verbunden ist, unter Art. 19 Abs. 2 URG.

Die Anbieter der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV“ erstellen für ihre Kunden Vervielfältigungen von Sendungen, die sie auf einem zentralen Rechner speichern. Die fraglichen Speichermedien stehen dabei im unmittelbaren Besitz der Anbieter. Damit sind die Anbieter von „Catch-up TV“ als Dritte im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG zu qualifizieren.

b) Herstellenlassen von Vervielfältigungen

Die Bestimmung von Art. 19 Abs. 2 URG stellt Vervielfältigungen durch Dritte nur frei, wenn die zum Eigengebrauch Berechtigten diese „durch Dritte herstellen lassen“. Zur Prüfung, ob ein Herstellenlassen vorliegt, wird in Lehre und Rechtsprechung auf zwei Kriterien abgestellt, die allerdings nicht immer klar auseinandergehalten werden:

i. Auf Auftrag des Berechtigten, nicht auf Vorrat

Der Begriff des Herstellenlassens soll nach allgemeiner Auffassung zum Ausdruck bringen, dass die **Initiative** für den Vorgang vom Berechtigten ausgehen muss¹⁷, die Vervielfältigungen durch den Dritten also immer nur **auf Auftrag** des Berechtigten erstellt werden¹⁸. Ein **Kopieren auf Vorrat** durch den Dritten ist dagegen **ausgeschlossen**¹⁹. Da sich die Rechtfertigung der Vervielfältigung aus dem Eigengebrauch des Werkkonsumenten ergibt²⁰, darf der Dritte die Vervielfältigungen also nicht von sich aus, quasi proaktiv und auf Vorrat, sondern nur reaktiv, aufgrund der Initiative eines Werkkonsumenten erstellen.

Die Differenzierung zwischen Vervielfältigung auf Auftrag und auf Vorrat findet sich schon in der Botschaft zur Totalrevision des URG von 1992, wo es heisst: „Wer für den Eigengebrauch eines Dritten ein Werk vervielfältigt, kann somit vom Urheber nur belangt werden, wenn er (...) auf Vorrat – also ohne Auftrag – geschützte Werke vervielfältigt“²¹. Dem schliesst sich die Botschaft zur Teilrevision des URG von 2007 an, wo für die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 URG vorausgesetzt wird, dass Kopien von Dritten „auf Bestellung“²² hergestellt werden. Die

¹⁶ BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 19; sinngemäss ebenso BGE 133 III 473, 481.

¹⁷ Ebenso: REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 28; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 20a; GASSER, 110.

¹⁸ BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 20a; GASSER, in: Müller/Örtli, URG 19 N 26.

¹⁹ Botschaft, BBl 1989 III 540; BGE 133 III 473, 484; BGE 128 IV 201, 213 f.; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 27; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 20a; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 28; SIWR-CHEPILLOD, 279.

²⁰ BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 20a.

²¹ Botschaft, BBl 1989 III 540.

²² Botschaft, BBl 2006, 3429.

zentrale Rolle dieser Unterscheidung zeigt sich mit aller Deutlichkeit in den zwei Entscheidungen, die das Bundesgericht zu Art. 19 Abs. 2 URG gefällt hat: Im ersten Entscheid, in dem das Kopieren von Pornographiekassetten durch den Betreiber einer einschlägigen Videothek zu beurteilen war, lag keine zulässige Vervielfältigung durch einen Dritten vor, weil die Kopien erstellt wurden, bevor der Kunde mit dem Anbieter in Kontakt getreten war²³. Für den späteren Entscheid zu den elektronischen Pressespiegeln ist hingegen davon auszugehen, dass die Presseerzeugnisse erst eingescannt wurden, nachdem zumindest ein Kunde dem Anbieter einen entsprechenden Auftrag erteilt hatte²⁴.

ii. Bestimmung durch den Berechtigten

Im Grundsatz ist anerkannt, dass der zum Eigengebrauch Berechtigte nicht nur den Auftrag zur Vervielfältigung erteilen, sondern auch bestimmen muss, was der Dritte vervielfältigen soll. Das Bundesgericht hat hierzu im Pressespiegel-Entscheid ausdrücklich festgehalten, dass „der zum Eigengebrauch Berechtigte selbst bestimmen muss, was kopiert werden soll, damit Art. 19 Abs. 2 URG zur Anwendung kommt“²⁵.

Umstritten ist allerdings, auf welche Weise und **wie genau** der **Berechtigte den Gegenstand** der Vervielfältigung selbst **bestimmen muss**. Ein Teil der Lehre fordert eine „konkrete inhaltliche Bestellung“ oder allenfalls gar die „Wahl der Vorlage“ durch den Berechtigten²⁶. Ein anderer Teil der Lehre und das Bundesgericht setzen die Anforderungen an die Bestimmung dagegen tief an. Nach dem Pressespiegel-Entscheid des Bundesgerichts liegt bereits dann eine ausreichende Bestimmung vor, wenn der zum Eigengebrauch Berechtigte „die Stichworte für die Auswahl der Werke nennt“²⁷. Gegenüber dem Pornographiekassetten-Entscheid hat das Bundesgericht die Anforderungen damit massgeblich herabgesetzt, zumal es dort noch gefordert hatte, dass „sich ein Kunde für einen bestimmten Videofilm entschieden hatte“²⁸, bevor der Anbieter die Vervielfältigung vornahm. Nach der jüngeren Rechtsprechung setzt eine ausreichende Bestimmung damit **nicht die Bezeichnung konkreter Werke**

²³ BGE 128 IV 201, 213: „Die Kunden liessen nicht im Sinne dieser Bestimmung als zum Eigengebrauch Berechtigte die dazu erforderlichen Werkexemplare (das heisst die Kopien) durch Dritte (das heisst durch den Beschwerdeführer 1) herstellen. Vielmehr kauften sie Kopien, die bereits vorhanden waren und im Ladengeschäft des Beschwerdeführers 1 lagerten. Dies ist kein Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 2 URG“.

²⁴ Dies ergibt sich indirekt aus den Ausführungen zum Sachverhalt, wonach dem Urteil nicht die Konstellation zugrunde lag, „dass Presseerzeugnisse vollständig kopiert, Archive angelegt und hernach auf Bestellung die gewünschten Artikel ausgeliefert werden“ (BGE 133 III 473, 480, E. 4.1). Hinzu kommt, dass das Bundesgericht andernfalls das Verbot der Vorratsspeicherung nicht hätte erwähnen können (BGE 133 III 473, 484, E. 5.3), ohne das Verhalten der Pressespiegel-Anbieter aufgrund ebendieses Verbotes als unzulässig zu beurteilen.

²⁵ BGE 133 III 473, 484, E. 5.3.

²⁶ REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 28, m.w.H.; GASSER, 108, 110 f.; SIWR-CERPILLOD, 279. A.M. RETO HILTY, Anmerkungen zum Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 21.05.2001, sic! 2001, 627; Zivilgericht Basel Stadt, sic! 2003, 217, E. 2.g.aa; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 17.

²⁷ BGE 133 III 473, 484, E. 5.3.

²⁸ BGE 128 IV 201, 204, E. 3.5.

durch den Berechtigten voraus, sondern liegt vielmehr auch dann vor, wenn der Dritte über einen gewissen Entscheidungsspielraum verfügt, in dessen Rahmen er die Bestimmung anhand vorgegebener Kriterien vornimmt. Eine ausreichende Bestimmung durch den Berechtigten liegt damit jedenfalls dann vor, wenn der **Dritte über keinen Entscheidungsspielraum** verfügt, also **in keiner Weise selbst entscheidet, was er vervielfältigt**.

Im Pressespiegel-Entscheid hat das Bundesgericht, zumindest implizit, auch die Frage des **Zeitpunkts der Bestimmung** geklärt: Aus den Ausführungen zum Sachverhalt ergibt sich, dass sich die rechtlichen Erwägungen, mit denen die Zulässigkeit elektronischer Pressespiegel Dritter begründet werden, sowohl auf die Vorgehensweise des **selektiven Einscannens** (Printmedien werden von Lektoren nach Artikeln zu bestimmten Themen durchsucht und nur die interessierenden Artikel werden vervielfältigt) als auch auf diejenige des **vollständigen Einscannens** (Presseerzeugnisse werden vollständig oder, wenn nur bestimmte Rubriken erfasst werden sollen, teilweise eingescannt und erst darauf nach Stichwörtern selektioniert und dem einzelnen Kunden zugeordnet) beziehen²⁹. Mit der Anerkennung der Zulässigkeit des vollständigen Einscannens ist klar, dass für ein Herstellenlassen von Vervielfältigungen durch Dritte **nicht erforderlich** ist, dass die **Bestimmung bereits vor dem Herstellen der Vervielfältigung** erfolgt ist. Eine allfällige Auswahl kann vielmehr auch erst im Nachhinein getroffen werden.

Abzugrenzen ist die Bestimmung durch den Berechtigten von der Frage des **zulässigen Umfangs der Vervielfältigung**. Eine ausreichende Bestimmung liegt auch dann vor, wenn der Berechtigte ein Werkexemplar, etwa ein Buch oder eine Zeitung, vollständig durch einen Dritten vervielfältigen lässt. Denn dem Kriterium der Bestimmung ist Genüge getan, wenn der Dritte nicht selbst entscheidet, was er vervielfältigt. Ob eine vollständig Vervielfältigung zulässig ist, bestimmt sich denn auch nicht nach Art. 19 Abs. 2 URG, sondern nach Massgabe von Art. 19 Abs. 3 URG³⁰.

iii. Weitere Aspekte

Neben den Kriterien des Auftrags und der Bestimmung werden in Lehre und Rechtsprechung weitere Aspekte diskutiert, welche die Voraussetzungen und Folgen von Art. 19 Abs. 2 URG klarstellen:

Für die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 URG ist nach allgemeiner Ansicht **nicht entscheidend**, ob der Dritte den **Vervielfältigungsvorgang steuert**, also etwa das Kopiergerät betätigt, oder ob der Vorgang durch den zum Eigengebrauch Berechtigten gesteuert wird, dieser also etwa die Kopien auf dem Gerät des Dritten selbst erstellt³¹. Ebenfalls nicht erforderlich ist nach

²⁹ BGE 133 III 473, 483 f., E. 5.1.

³⁰ Siehe dazu hinten, B.

³¹ BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 17; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 28; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 26; DERS., 106; BU, 84; BAUMGARTNER, 84; LUKAS BÜHLER, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Freiburg 1999, 261.

der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der einhelligen Lehre, „dass die berechtigte Person das **Werk selbst zur Verfügung stellt** (Nachweise). Der Dritte darf also aus eigenen Beständen kopieren“³². Klarzustellen ist zudem, dass sich nicht nur die Vervielfältigung von Werkexemplaren, sondern auch die **Aufzeichnung von Sendungen** mit Art. 19 Abs. 2 URG vereinbaren lässt³³.

Schliesslich umfasst die Berechtigung des Dritten nicht nur das Erstellen der Vervielfältigung, sondern auch deren **Weitergabe** an den zum Eigengebrauch Berechtigten, weil andernfalls der Zweck der Vervielfältigung gar nicht erreicht werden könnte³⁴. Die Weitergabe erfolgt (namentlich bei analogen Nutzungsformen) in aller Regel durch Verbreitung des Vervielfältigungsexemplars, wodurch der zum Eigengebrauch Berechtigte die Herrschaft über dieses Exemplar erlangt. Sie kann aber (namentlich im digitalen Kontext) auch dadurch erfolgen, dass dem Berechtigten in einer Weise Zugriff auf das Vervielfältigungsexemplar verschafft wird, die ihm erlaubt, das Werk zu geniessen. Auch diese Art der „Weitergabe“ muss – a maiore minus – zulässig sein, zumal eine solche Lösung insofern hinter einer eigentlichen Weitergabe zurücksteht, als der Berechtigte damit nur die Möglichkeit zum Werkgenuss, aber keine Herrschaft über das Vervielfältigungsexemplar erlangt – und dieses damit insb. auch nicht an Dritte weitergeben kann.

iv. Erfüllen der Voraussetzungen bei „Catch-up TV“

Bei der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV“ fallen die Handlungen der Anbieter unter Art. 19 Abs. 2 URG:

Die Speicherung und die damit einhergehende Vervielfältigung des Programmablaufs eines Fernsehsenders erfolgt erst, wenn ein **Kunde** diesen Sender ausgewählt und dem Anbieter damit einen **Auftrag zur Speicherung des Programmablaufs dieses Senders** erteilt hat. Erteilt kein Kunde einen solchen Auftrag, wird der entsprechende Sender nicht gespeichert. Zur Vermeidung technisch redundanter Speicherungen wird der Programmablauf des Senders allerdings nicht für jeden Kunden einzeln und damit mehrfach, sondern im Auftrag und für alle Kunden, die diesen Sender ausgewählt haben, **einmal auf dem zentralen Rechner des Anbieters gespeichert**. Dass der Programmablauf zur **Vermeidung einer technisch unnötig redundanten und ineffizienten Ausgestaltung** von „Catch-up TV“ nicht für jeden Kunden noch einmal gespeichert wird, vermag an der Zulässigkeit der Ausgestaltung dieses

³² BGE 133 III 473, 484, E. 5.2; BGE 128 IV201, 214, E. 3.5; ebenso: BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 20; GASSER, 109 ff.; DERS., in: Müller/Oertli, URG 19 N 26; BAUMGARTNER, 85.

³³ GASSER, 112, m.w.H.

³⁴ Nach der Botschaft, BBl 2006, 3421 ist dies „selbstverständlich“; im Ergebnis ebenso GASSER, 112; SIWR-CHERPILLOD, 280. In BGE 133 III 473, 478. E. 3.1 und 479, E. 3.3 wird für interne Pressespiegel ausdrücklich klargestellt, dass die Vervielfältigung für die interne Information und Dokumentation, die nach Art. 19 Abs. 1 lit. c URG zulässig ist, „das Recht mitenthalten (muss), die Vervielfältigung innerhalb des Betriebs zu verbreiten, da sonst der Zweck – die interne Information und Dokumentation – gar nicht erreicht werden kann“. Für die externen Pressespiegel wird die Zulässigkeit der Weitergabe der Artikel an die Kunden nicht noch einmal ausdrücklich erwähnt, aber implizit vorausgesetzt.

Angebots nichts zu ändern. Denn aus Sicht des Urheberrechts ist allein **entscheidend**, ob und inwiefern die **Nutzungsintensität** der jeweiligen Werke und Leistungen durch die von Dritten im Rahmen von Art. 19 Abs. 2 URG vorgenommenen Vervielfältigungen erweitert wird.

Die **Erweiterung der Nutzungsintensität** hängt von der **Anzahl von Berechtigten** ab, für die der Dritte Vervielfältigungen erstellt, **nicht** aber **von der Anzahl** der für diese Berechtigten erstellten **Vervielfältigungen**. Massgeblich ist also die Anzahl der Kunden von „Catch-up TV“, für die die Anbieter eine Vervielfältigung erstellen, nicht aber die Anzahl der für die Nutzung durch diese Kunden technisch effektiv erstellten Vervielfältigungen. Entsprechend muss sich auch die Vergütung, welche die Dritten für die von ihnen vorgenommenen Vervielfältigungen nach Art. 20 Abs. 2 URG leisten müssen, nach der Anzahl der Kunden berechnen – und nicht nach der Anzahl der Vervielfältigungen³⁵. Die **gegenteilige Lösung**, also das Verlangen einer Vielzahl von Vervielfältigungen, würde an der **Zulässigkeit** des Angebots von „Catch-up TV“ als solchem auch gar **nichts ändern**, sondern lediglich die Anbieter zu einer technisch unnötig redundanten und ineffizienten Ausgestaltung ihres Angebots nötigen. Technisch effiziente Lösungen zu verhindern, ohne dabei den Nutzen der Rechtsinhaber, Werkvermittler oder Werkkonsumenten zu erhöhen, kann aber nicht Sinn und Zweck des Urheberrechts sein, im Gegenteil. Ebendies hat das Bundesgericht denn auch schon vor 30 Jahren mit aller Deutlichkeit ausgeführt: „Die Bemühungen gehen also auch in der Schweiz dahin, zwischen den offensichtlichen Bedürfnissen privater und öffentlicher Unternehmen, den technischen Fortschritt zur Rationalisierung zu nutzen, einerseits und den Ansprüchen der Urheber auf Vergütung für ihr geistiges Schaffen andererseits, einen vernünftigen Ausgleich zu finden“³⁶.

Wählt ein Kunde erstmals einen oder mehrere Sender aus oder fügt er später weitere Sender hinzu, speichert der Anbieter den Programmablauf der ausgewählten Sender ab diesem Zeitpunkt für den jeweiligen Kunden. Ab dem Zeitpunkt der Auswahl hat der Kunde somit die Möglichkeit, die seither für ihn gespeicherten Inhalte der ausgewählten Sender über „Catch-up TV“ anzusehen, jedoch immer nur, soweit die Ausstrahlung der Sendung nicht mehr als 30 Stunden zurückliegt. Nach Ablauf der ersten 30 Stunden seit Auswahl kann der Kunde also immer die letzten 30 Stunden der von ihm ausgewählten Sender ansehen. Er kann aber keine Sendungen ansehen, die ausgestrahlt wurden, bevor er den entsprechenden Sender ausgewählt hat. Damit liegt **keine Vervielfältigung auf Vorrat** vor.

Die zu vervielfältigenden Werke werden **durch den Kunden** von „Catch-up TV“ auch hinreichend genau **bestimmt**. Denn mit der Auswahl eines bestimmten Senders gibt der Kunde zum Ausdruck, dass der ganze Programmablauf vervielfältigt werden soll. Der **Anbieter** hat also **keinen Entscheidungsspielraum**. Die vorgängige Auswahl bestimmter Werke durch den Berechtigten ist für eine hinreichende Bestimmung nach dem Bundesgericht nicht erforderlich³⁷. Welche Vervielfältigungen der Kunde durch Abruf der gespeicherten Sendungen später tatsächlich nutzt, ist für die Frage der Bestimmung der zu erstellenden Vervielfältigun-

³⁵ Siehe dazu hinten, C.

³⁶ BGE 108 II 475, 485, E. 4 b.

³⁷ Siehe dazu vorn, A.3.b.ii.

gen, die sich zu einem früheren Zeitpunkt stellt, nicht relevant. Der zeitliche Ablauf von „Catch-up TV“, nach dem die Auswahl der an den Kunden weiterzugebenden Vervielfältigungen erst nach deren Erstellen erfolgt, ist damit nach Art. 19 Abs. 2 URG zulässig.

Nicht entscheidend ist sodann, dass die Vervielfältigungen vom Anbieter und nicht vom Kunden vorgenommen werden, dass also der Anbieter die zu vervielfältigenden Sendungen selbst zur Verfügung stellt. **Anerkanntermassen zulässig** ist neben dem Erstellen der Vervielfältigung auch deren Weitergabe an die Berechtigten³⁸. Diese „**Weitergabe**“ erfolgt bei „Catch-up TV“ nicht mittels physischer Werkexemplare, sondern lediglich dadurch, dass den Berechtigten in einer Weise **Zugriff auf das Vervielfältigungsexemplar** gewährt wird, die den Werkgenuss ermöglicht. Gegenüber einer eigentlichen Weitergabe geht das Modell von „Catch-up TV“ damit weniger weit, weil den Berechtigten keine verbreitbaren Werkexemplare ausgehändigt werden, sich die „Weitergabe“ vielmehr in einem geschlossenen System („closed ecosystem“) bewegt.

v. Alternative Begründung des Bundesgerichts

Zum vorstehend ausgeführten Ergebnis gelangt man auch, wenn man unmittelbar auf die **zentrale Erkenntnis** abstellt, mit der das **Bundesgericht** im Pressespiegel-Entscheid seine Erwägungen zum Herstellenlassen von Vervielfältigungen durch Dritte abschliesst: „Sofern die Dienste bei der Herstellung der Kopie keine anderen Handlungen vornehmen, als der zum Eigengebrauch Berechtigte selber vornehmen dürfte (Verweis), fällt die Vervielfältigung des Werkexemplars deshalb unter Art. 19 Abs. 2 URG“³⁹. Dass der Kunde von „Catch-up TV“ nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG berechtigt ist, sämtliche Sendungen aller empfangbaren Fernsehsender vollumfänglich selbst zu vervielfältigen, wurde bereits ausgeführt⁴⁰. Da die Anbieter von „Catch-up TV“ damit nichts anderes tun, als der zum Eigengebrauch Berechtigte selbst tun dürfte, fallen deren Vervielfältigungshandlungen unter Art. 19 Abs. 2 URG.

B. Anwendbarkeit der Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG

Frage: Falls ein Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 URG gegeben ist: Gelangt Art. 19 Abs. 3 lit. a URG zur Anwendung?

1. Vorbemerkung

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit des Angebots von „Catch-up TV“ nach Massgabe von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 URG ist, dass alle in Frage stehenden Handlungen urheberrechtlich zulässig wären, wenn sie ausschliesslich von der natür-

³⁸ Siehe dazu vorn, A.3.b.ii.

³⁹ BGE 133 III 473, 485, E. 5.4.

⁴⁰ Siehe dazu vorn, A.2.

lichen Person vorgenommen würden, die zum Privatgebrauch berechtigt ist⁴¹. Vor diesem Hintergrund ist hier zu prüfen, ob der **Umfang des zulässigen Privatgebrauchs** beim Beizug eines Dritten durch die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG eingeschränkt wird.

2. Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG

a) *Herrschende Auffassung*

Nach Auffassung des Gesetzgebers⁴², der herrschenden, aber nicht unbestrittenen Lehre⁴³ und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁴⁴ finden mit dem Beizug einer Drittperson im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG immer auch die Beschränkungen von Art. 19 Abs. 3 URG Anwendung.

Diese gefestigte Ansicht geht auf die **Botschaft zur Totalrevision des URG von 1992** zurück⁴⁵. Dort heisst es zunächst: „Wer für den Eigengebrauch eines Dritten ein Werk vervielfältigt, kann somit vom Urheber nur belangt werden, wenn er sich nicht an die in Absatz 3 enthaltene Schranke hält“⁴⁶. Hintergrund dieser Ansicht war, dass „die Freigabe des Vervielfältigens im Handel erhältlicher Werkexemplare (...) namentlich zum Eigengebrauch Dritter (Abs. 2) (...) eine schwerwiegende Bresche in die kommerzielle Werknutzung schlagen (würde), die dem Urheber vorbehalten werden muss“⁴⁷. Zugleich wird festgehalten, dass das selektive Kopieren und Überspielen zulässig ist: „Völlig klar ist die Rechtslage, wenn aus dem im Handel erhältlichen Exemplar nur Auszüge kopiert oder überspielt werden: ein Artikel aus einer wissenschaftlichen Zeitschrift, eine Kurzgeschichte aus einem Sammelband, ein Musikstück aus einer Langspielplatte. Dies alles ist unter den gegebenen Voraussetzungen zulässig“⁴⁸. Entsprechend wird denn auch klargestellt, dass die in Art. 19 Abs. 3 URG vorgesehene, „generelle Beschränkung des Eigengebrauchs (...) keine Anwendung auf den persönlichen Gebrauch“ findet⁴⁹. Schliesslich wird unter Verweis auf die Privatsphäre als absolute Schranke des Urheberrechtsschutzes festgehalten: „Daraus ergibt sich *a contrario*, dass

⁴¹ Siehe dazu vorn, A.2.

⁴² Botschaft, BBl 2006, 3429; Botschaft, BBl 1989 III 541.

⁴³ BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 17; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 28; DERS., 112 ff.; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 30 f.; SIWR-CHERPILLOD, 273; BAUMGARTNER, 86. A.M. wohl MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, Rn. 142; mit eingehender Kritik der h.L.: PIERRE-EMMANUEL RUEDIN/XAVIER-BAPTISTE RUEDIN, La copie des partitions à des fins personnelles, sic! 2005, 795 ff., passim, mit Bezug auf die Problematik der Vervielfältigung von graphischen Aufzeichnungen von Werken der Musik nach Art. 19 Abs. 3 lit. b URG; ebenfalls kritisch: HÄUPTLI, 111-112; BAUMGARTNER, 86.

⁴⁴ BGE 128 IV 214 f.: Der Entscheid wurde allerdings noch vor der „Präzisierung“ des Wortlautes von Art. 19 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 3 in der URG, also zur alten Fassung von Art. 19 URG gefällt.

⁴⁵ Ebenso: RUEDIN/RUEDIN, sic! 2005, 796; Ansätze für eine solche Regelung wurden allerdings schon unter dem aURG diskutiert; siehe dazu: BGE 108 475, 483 ff., E. 4; Näheres bei GASSER, 103 f.

⁴⁶ Botschaft, BBl 1989 III 540.

⁴⁷ Botschaft, BBl 1989 III 541.

⁴⁸ Botschaft, BBl 1989 III 541.

⁴⁹ Botschaft, BBl 1989 III 541.

Absatz 3 für alle Vervielfältigungstatbestände zur Anwendung kommt, die unter Absatz 2 fallen, weil diese Kopien nicht im persönlichen Kreis des nach Absatz 1 Buchstabe a Berechtigten hergestellt werden“⁵⁰.

In der **Botschaft zur Teilrevision des URG von 2007** wurde diese Auffassung bestätigt, indem ausgeführt wurde, dass „für Kopien, die von Dritten auf Bestellung einer nach Abs. 1 zum Eigengebrauch berechtigten Person hergestellt werden, in jedem Fall die in Abs. 3 enthaltenen Einschränkungen gelten“⁵¹. Diese Rechtslage sollte mit der revidierten Fassung von Art. 19 Abs. 2 URG klargestellt werden⁵² – eine Änderung der Rechtslage war also mit der letzten Teilrevision gerade nicht beabsichtigt.

Diese gefestigte Auffassung wurde bisher nur vereinzelt in Frage gestellt⁵³. Und dies, obwohl sie dem Wortlaut und der Systematik von Art. 19 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 3 URG bei unvoreingenommenem Lesen des Gesetzestextes klar widerspricht⁵⁴.

b) Relativierung der herrschenden Auffassung

Die herrschende Auffassung geht, wie gezeigt, auf eine Reihe von Aussagen in der Botschaft zur Totalrevision des URG von 1992 zurück⁵⁵. Die Rechtslage, vor deren Hintergrund diese Aussagen gemacht wurden, hat sich allerdings gegenüber der Botschaft in mindestens zwei wesentlichen Punkten geändert, weshalb die Ausführungen in der Botschaft und mit diesen die herrschende Lehre und Rechtsprechung in zweifacher Hinsicht zu relativieren sind:

i. Vergütung für Vervielfältigungen Dritter

In der Fassung des Gesetzestextes, auf die sich die Ausführungen in der Botschaft zur Totalrevision des URG von 1992 beziehen, war für Vervielfältigungen, die Berechtigte durch Dritte herstellen lassen (Art. 19 Abs. 2 URG), nur dann eine Vergütung geschuldet, wenn ein Schulgebrauch oder ein interner Gebrauch vorlag, der allein oder mithilfe Dritter wahrgenommen wurde. Die entsprechende Regelung in Art. 20 Abs. 2 E-URG lautete wie folgt:

„Wer zu seinem eigenen Gebrauch nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b oder Buchstabe c Werke auf irgendwelche Art vervielfältigt oder nach Artikel 19 Absatz 2 vervielfältigen lässt, schuldet dem Urheber hierfür eine Vergütung“⁵⁶.

Nach dieser Regelung wäre die Vervielfältigung durch Dritte im Rahmen des Privatgebrauchs nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG vergütungsfrei gewesen. Vor diesem Hintergrund mag es denn

⁵⁰ Botschaft, BBl 1989 III 541.

⁵¹ Botschaft, BBl 2006, 3429.

⁵² Botschaft, BBl 2006, 3429.

⁵³ Siehe dazu vorn, B.2.a, Fn. 43.

⁵⁴ Siehe dazu hinten, B.3.b und c.

⁵⁵ Siehe dazu gerade vorstehend, B.2.a.

⁵⁶ Entwurf des Gesetzestextes, BBl 1989 III 621.

auch zutreffend gewesen sein, die Einführung der Berechtigung Dritter als „schwerwiegende Bresche in die kommerzielle Werknutzung“⁵⁷ anzusehen und die Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 URG deshalb auch auf den Privatgebrauch mithilfe Dritter anzuwenden.

Mit der Ausdehnung der Vergütungspflicht auf alle Vervielfältigungen Dritter in der Gesetz gewordenen (und noch heute geltenden) Fassung, wäre diese Frage jedoch anders zu beurteilen gewesen. Denn mit der Vergütung werden die Rechtsinhaber für die fragliche Nutzung entschädigt, womit keine „schwerwiegende Bresche in die kommerzielle Werknutzung“⁵⁸ mehr geschlagen wird und die Frage der Anwendbarkeit der Gegenausnahme von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG auf die Vervielfältigung durch Dritte beim Privatgebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 URG) zumindest noch einmal zu überdenken gewesen wäre.

ii. Aufgabe des Kreismodells beim Privatgebrauch

Die zentrale Begründung für die Anwendung der Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 URG auf den Privatgebrauch unter Beizug Dritter besteht darin, dass „diese Kopien nicht im persönlichen Kreis des nach Absatz 1 Buchstabe a Berechtigten hergestellt werden“⁵⁹ und es sich damit um Eigengebrauch ausserhalb des persönlichen Bereichs handelt⁶⁰. Diese Begründung knüpft am sog. **Kreismodell** an, welches den Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 lit. a-c URG über den Kreis der zur jeweiligen Art des Eigengebrauchs berechtigten Personen definieren will⁶¹.

Die Tragfähigkeit des Kreismodells war seit jeher schon insofern begrenzt, als beim Schulgebrauch und beim internen Gebrauch zusätzlich ein **zweckgerichtetes Merkmal** erfüllt sein musste, konkret die Verwendung „für den Unterricht“ (Art. 19 Abs. 1 lit. b URG) oder „für die interne Information oder Dokumentation“ (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG). Beim Privatgebrauch fehlt ein solches Merkmal im deutschen und italienischen Gesetzestext, nicht aber in der französischen Fassung, in welcher der Privatgebrauch als „toute utilisation à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents ou des amis“ (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG) definiert wird. Die französische Sprachfassung bringt die Konzeption des Privatgebrauchs damit treffend zum Ausdruck: Freigestellt werden soll einerseits jeder Werkgebrauch einer natürlichen Person für ihre eigenen, privaten Zwecke, also für sich selbst, und andererseits jeder Werkgebrauch im Kreis eng verbundener Personen wie Verwandte oder Freunde. Im Gegensatz zum Schulgebrauch und zum internen Gebrauch, deren Anwendungsbereich kumulativ durch einen bestimmten Personenkreis und einen bestimmten Zweck definiert wird, sind diese beiden Merkmale beim Privatgebrauch alternativ zu

⁵⁷ Botschaft, BBl 1989 III 541.

⁵⁸ Botschaft, BBl 1989 III 541.

⁵⁹ Botschaft, BBl 1989 III 540.

⁶⁰ BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 17 und N 22; GASSER, 113.

⁶¹ Siehe dazu GASSER, 36 ff., unter Berufung auf die Botschaft, BBl 1989, 539 f, in welcher die drei Kreise des Eigengebrauchs nach Art. 19 Abs. 1 lit. a-c als Konzept eingeführt werden; DERS., in: Müller/Oertli, URG 19 N 5.

verstehen. Damit sind zwei Arten von Privatgebrauch zu unterscheiden, nämlich: der **persönliche Gebrauch** und der **Gebrauch im Kreis eng verbundener Personen**⁶².

Der persönliche Gebrauch wird allein durch den Gebrauchszweck definiert („à des fins personnelles“)⁶³. Eine Einschränkung des persönlichen Gebrauchs auf Nutzungen innerhalb eines bestimmten Personenkreises wäre schon insofern widersprüchlich, als es beim persönlichen Gebrauch nur um die Nutzung des Berechtigten für sich selbst geht, eine Nutzung für Dritte also nicht mit erfasst ist, womit ein Kreis von beteiligten Personen nicht gezogen werden kann; zudem liesse sich eine solche Einschränkung mit dem französischen Gesetzeswortlaut nicht vereinbaren. Vor allem aber beruht das **Kreismodell** mit seiner Orientierung an physisch abgrenzbaren Kreisen von Personen auf einer **analogen Gedankenwelt**; in einem digitalen Umfeld lässt sich das Modell nicht mehr aufrechterhalten. Dies hat der Gesetzgeber mit der Zulässigkeit des privaten Downloads von Werken aus dem Internet – insb. über sog. „peer-to-peer“ Systeme –⁶⁴ zumindest indirekt anerkannt, weil der Download hier durchwegs vom Rechner einer Person bzw. mehreren Personen erfolgt, die sich ausserhalb eines wie auch immer definierten, privaten Kreises befinden. Nichts anderes gilt für eine Reihe anderer Arten des Privatgebrauchs, etwa das Speichern von Werkexemplaren auf einem Rechner in der Cloud.

Für das Vorliegen des persönlichen Gebrauchs ist damit allein der private Zweck, also die Nutzung einer natürlichen Person für sich selbst, massgeblich. Damit entfällt das zentrale Argument für die Begründung der herrschenden Lehre, welches darin besteht, dass die Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 URG deshalb greifen müssen, weil die Vervielfältigungen Dritter im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG ausserhalb des persönlichen Bereichs des Berechtigten vorgenommen werden.

3. Keine Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG

a) Vorbemerkungen

Die Auslegung von Normen zur Bestimmung ihres normativen Gehalts folgt einer klaren Methodik. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist wie folgt vorzugehen:

„Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der **Wortlaut** der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (**Methodenpluralismus**). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die **Gesetzesmaterialien** sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber

⁶² BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 8; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 7; SIWR-CERPILLOD, 269 f.; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 14 f.

⁶³ Ebenso: BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 10; DESSEMONTET, 316; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 8.

⁶⁴ Siehe dazu vorn, A.1.b, Fn. 2.

als **Hilfsmittel**, den Sinn der Norm zu erkennen (Nachweise zur Rechtsprechung). **Vom Wortlaut** darf **abgewichen** werden, wenn **triftige Gründe** für die Annahme bestehen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus ihrem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben (Nachweise zur Rechtsprechung). Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die den **verfassungsrechtlichen Vorgaben** am besten entspricht (Nachweise zur Rechtsprechung). Eine verfassungskonforme Auslegung findet dabei im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung ihre Schranken“⁶⁵.

Nach diesen methodischen Vorgaben hat auch die Auslegung von Art. 19 URG zu erfolgen.

b) Wortlaut

Art. 19 Abs. 3 URG besteht aus einem Ingress und vier Tatbeständen. Der **Ingress** definiert den Anwendungsbereich aller vier Tatbestände; er lautet: „Ausserhalb des privaten Kreises nach Absatz 1 Buchstabe a sind nicht zulässig.“ Der Ingress stellt damit klar, dass die **vier Tatbestände** von Art. 19 Abs. 3 URG, welche den an sich zulässigen Eigengebrauch im Sinn von Art. 19 Abs. 1 URG in verschiedener Hinsicht einschränken, **nur auf den Schulgebrauch** (Art. 19 Abs. 1 lit. b URG) **und den internen Gebrauch** (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG) Anwendung finden, nicht aber auf den Privatgebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG. Die Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 URG greifen also weder bei einer Werkverwendung im persönlichen Bereich noch bei einer Werkverwendung im privaten Kreis von eng verbundenen Personen, wie Verwandten oder Freunden.

Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1 URG lautet: „Wer zum Eigengebrauch berechtigt ist, darf unter Vorbehalt von Absatz 3 die dazu erforderlichen Vervielfältigungen auch durch Dritte herstellen lassen“. Damit wird klargestellt, dass der zum Eigengebrauch Berechtigte **Vervielfältigungen durch Dritte herstellen lassen** darf, **sofern kein Tatbestand von Art. 19 Abs. 3 URG** erfüllt ist. Die von Art. 19 Abs. 2 URG vermittelte Befugnis zum Herstellenlassen von Werkexemplaren durch Dritte findet damit eine Grenze, wenn eine Konstellation vorliegt, die unter Art. 19 Abs. 3 URG fällt. Allein dies ist nach dem klaren Wortlaut der Regelungsgehalt des in Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1 URG enthaltenen Vorbehalts.

Der in Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1 URG für den Fall des Beizugs Dritter vorgesehene **Vorbehalt** von Art. 19 Abs. 3 URG kann **nicht dazu führen, dass der Anwendungsbereich** von Art. 19 Abs. 3 URG beim Beizug Dritter über den Bereich hinaus **ausgedehnt wird**, der nach dem Ingress von Art. 19 Abs. 3 URG von dieser Norm erfasst wird. Denn das Vorbehalten einer Norm (Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1 URG) kann nur den Anwendungsbereich der vorbehaltenden Norm (Art. 19 Abs. 2 URG) ändern, nicht aber denjenigen der vorbehaltenen Norm (Art. 19 Abs. 3). Letzteres wäre nur möglich, wenn die vorbehaltene Norm selbst eine entsprechende Präzisierung ihres Anwendungsbereichs vorsehen würde. Dies ist aber gerade nicht der Fall.

⁶⁵ BGE 137 III 217, 221 f., m.w.H.; ebenso: BGE 131 II 697, 703; BGE 129 II 249, 263; BGE 128 V 20, 24; BGE 123 II 9, 11.

c) *Systematik*

Das Ergebnis der Auslegung nach dem Wortlaut stimmt mit der systematischen Auslegung von Art. 19 URG überein: Die **Befugnisse der zum Eigengebrauch Berechtigten** werden abschliessend durch den Grundsatz von **Art. 19 Abs. 1 URG und die Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 URG** geregelt. Die Regelung in Art. 19 Abs. 3 URG bezieht sich dabei nach dem Ingress dieses Absatzes allein auf Art. 19 Abs. 1 URG und präzisiert für die Fälle von Art. 19 Abs. 1 lit. b und lit. c URG, welche Handlungen trotz der grundsätzlichen Freistellung nicht zulässig sind⁶⁶. Art. 19 Abs. 2 URG regelt dagegen mit dem **Beizug Dritter** eine **unabhängige Fragestellung**. Der normative Gehalt dieser Norm besteht allein darin, klarzustellen, dass die zum Eigengebrauch Berechtigten die hierzu erforderlichen Vervielfältigungen auch durch Dritte herstellen lassen dürfen. Über den Umfang der Berechtigung sagt die Norm nichts aus.

Der in Art. 19 Abs. 2 URG enthaltene Vorbehalt von Art. 19 Abs. 3 URG hält damit nur fest, was sich aus der systematischen Auslegung von Art. 19 URG ergibt, nämlich: dass die **Gegenausnahmen** von Art. 19 Abs. 3 URG **auch dann gelten, wenn die Vervielfältigungen** nach Art. 19 Abs. 2 URG **durch einen Dritten hergestellt** werden. Dass der Vorbehalt damit keinen eigenständigen normativen Gehalt aufweist, liegt gerade in der Natur dieser Rechtsfigur, deren Gehalt – im Sinn einer **Kollisionsregel** – nur darin bestehen kann, klarzustellen, wie sich die Anwendungsbereiche zweier Normen zueinander verhalten. Eine Aussage kann dem Vorbehalt damit nur, aber immerhin insofern entnommen werden, als damit klargestellt wird, wie sich Art. 19 Abs. 2 und Abs. 3 URG in systematischer Hinsicht zueinander verhalten.

d) *Zweck der Regelung*

Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 URG bestehen darin, den zum Eigengebrauch Berechtigten die **Nutzung seiner gesetzlichen Befugnisse auch dann zu ermöglichen, wenn er selbst nicht über die erforderlichen technischen Hilfsmittel verfügt**⁶⁷. Die Befugnis zur Herstellung einer Kopie soll mit anderen Worten, nach Ansicht des Gesetzgebers, nicht daran scheitern, dass der Berechtigte kein eigenes Kopiergerät besitzt⁶⁸. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur für die Erstellung analoger, sondern ebenso für digitale Kopien⁶⁹.

⁶⁶ Ebenso: RUEDIN/RUEDIN, sic! 2005, 797, die aufgrund einer systematischen Auslegung von Art. 19 URG zum Schluss kommen, dass eine zu privaten Zwecken erfolgende Vervielfältigung graphischer Aufzeichnungen von Werken der Musik (im Sinn von Art. 19 Abs. 3 lit. c URG) auch dann zulässig sein sollte, wenn die Vervielfältigung von einem Dritten vorgenommen wird.

⁶⁷ Nach GASSER, 103 f., m.w.H. sollte mit der Zulässigkeit der Anfertigung von Werkstücken durch Dritte „vermieden werden, dass jene bemittelten Leute gesetzlich bevorzugt werden, die sich die Anschaffung eines Gerätes zur Herstellung von Werkstücken leisten können“. Ebenso: RUEDIN/RUEDIN, sic! 2005, 797: „le législateur a voulu, par l'introduction de l'art. 19 al. 2 LDA, donner à la personne qui ne dispose pas des moyens nécessaires, la possibilité de faire appel à un tiers pour effectuer des reproductions à des fins personnelles“. Auch BAUMGARTNER, 84, hält fest, dass der Beizug Dritter namentlich erlaubt wurde, um eine Besserstellung bestimmter Personengruppen zu vermeiden.

⁶⁸ Siehe dazu Botschaft, BBl 1989 III 540, worin zu Art. 19 URG ausgeführt wird: „Absatz 2 sieht unter Berücksichtigung der gängigen Kopierpraxis die Befugnis vor, Kopien für den Eigengebrauch durch Dritte her-

Aus Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 URG folgt damit, dass der Dritte Vervielfältigungen in ebendiesem Rahmen vornehmen darf, in dem der zum Eigengebrauch Berechtigte selbst vervielfältigen dürfte. Die Befugnis des Dritten deckt sich also inhaltlich und umfangmässig mit der Befugnis des Berechtigten, die sich ihrerseits ausschliesslich nach Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 URG bestimmt. Im Verhältnis zum Berechtigten ist der **Dritte blosser Hilfsperson**⁷⁰. Die Handlungen des Dritten werden denn auch nicht aufgrund eigener Befugnis zum Eigengebrauch freigestellt, sondern aufgrund der Befugnis des nach Art. 19 Abs. 1 URG (allenfalls i.V.m. Art. 19 Abs. 3 URG) Berechtigten, von dessen Befugnis diejenige des Dritten über die Bestimmung von Art. 19 Abs. 2 URG abgeleitet wird. Diese **Deckungsgleichheit der Befugnisse** des Dritten und des zum Eigengebrauch Berechtigten hat das Bundesgericht mit aller Deutlichkeit wie folgt formuliert: „Sofern die Dienste bei der Herstellung der Kopie keine anderen Handlungen vornehmen, als der zum Eigengebrauch Berechtigte selber vornehmen dürfte (Verweis), fällt die Vervielfältigung des Werkexemplars deshalb unter Art. 19 Abs. 2 URG“⁷¹. Anders zu entscheiden, hiesse, die Möglichkeit zur tatsächlichen Nutzung der gesetzlich vorgesehenen Berechtigung von Art. 19 Abs. 1 URG von der technischen Ausrüstung des Berechtigten abhängig zu machen. Ein solches Ergebnis würde Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 URG klar widersprechen.

Aus Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 URG und dem daraus folgenden Prinzip der Deckungsgleichheit der Befugnis des Dritten mit der des zum Eigengebrauch Berechtigten, folgt, dass die in Art. 19 Abs. 3 URG vorgesehenen Einschränkungen des Eigengebrauchs nur für den Schulgebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. b URG) und den internen Gebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG) gelten, nicht aber für den Privatgebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG) – und dies unabhängig davon, ob die für den Eigengebrauch erforderlichen Vervielfältigungen durch den Berechtigten selbst oder durch einen Dritten vorgenommen werden.

e) *Fazit*

Aus dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 und Abs. 3 URG und der Systematik von Art. 19 URG ergibt sich, dass das Herstellenlassen von Vervielfältigungen durch Dritte im Bereich des Privatgebrauchs (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG) nicht durch Art. 19 Abs. 3 URG eingeschränkt wird. Dieses Ergebnis wird durch eine Auslegung von Art. 19 Abs. 2 URG nach dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung bestätigt.

stellen zu lassen. Wer keinen Kopierapparat besitzt, soll einen Selbstbedienungsautomaten benützen oder eine Kopieranstalt mit der Herstellung der für den Eigengebrauch benötigten Vervielfältigungen beauftragen dürfen“.

⁶⁹ BGE 133 III 473, 481; ebenso: BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 7c und N 19; BAUMGARTNER, 84; BÜHLER, 255.

⁷⁰ GASSER, 103, spricht hier von einer „stellvertretenden Ausübung“ des Rechts. Der Begriff der Hilfsperson scheint insofern treffender, als es hier um die „Ausübung eines Rechts“ (analog zu Art. 101 Abs. 1 OR) und nicht um den Abschluss eines Vertrags (analog zu Art. 32 Abs. 1 OR) geht. Inhaltlich sind damit aber keine Unterschiede verbunden.

⁷¹ BGE 133 III 473, 485.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Auffassung der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten⁷².

4. Verfassungskonforme Auslegung

Sind mehrere Auslegungen möglich, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts diejenige zu wählen, die den **verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten entspricht**⁷³. Sollte der hier vertretenen Auslegung gegenüber der herrschenden Lehre nicht ohnehin der Vorzug zu geben sein, wäre somit im Sinn einer verfassungskonformen Auslegung zu prüfen, welche der beiden Auslegungen den Vorgaben der Verfassung besser entspricht.

Für die vorliegende Frage zu beachten sind die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) sowie die Medienfreiheit (Art. 17 BV) auf der einen und die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) auf der anderen Seite⁷⁴. Die zentrale Bedeutung der **Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV)** liegt in der Gewährleistung des ungehinderten Flusses von Meinungen und Informationen als unerlässliche Voraussetzung für eine freie demokratische Willensbildung und Willensbetätigung⁷⁵. Die Informationsfreiheit ist das jeder Person zustehende Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten (Art. 16 Abs. 3 BV). Auf die Informationsfreiheit berufen kann sich jede Person, die einen Film als Zuschauer ansehen möchte⁷⁶ oder ein Recht auf Empfang von Fernseh- oder Radiosendungen geltend macht⁷⁷. Die **Eigentumsgarantie** gewährleistet hingegen den Bestand des Eigentums (Art. 26 Abs. 1 BV) und garantiert, dass Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, voll entschädigt werden (Art. 26 Abs. 2 BV). Unter die Eigentumsgarantie fallen auch Urheber- und Leistungsschutzrechte⁷⁸.

⁷² Beschluss der ESchK vom 16. Dezember 2009 betreffend den GT 12, mit welchem die Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR geregelt wird.

⁷³ BGE 137 III 217, 222; BGE 136 II 149, 154; BGE 131 II 562, 567.

⁷⁴ GASSER/MACCIACCHINI/OERTLI, in: Müller/Oertli, Vor URG 19 N 4.

⁷⁵ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rn. 447; Botschaft, BBl 2006, 3395.

⁷⁶ BGE 120 Ia 190, 192, für den Fall einer Filmzensur; siehe dazu auch: PASCAL MAHON, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, BV 16 N 10, m.w.H. MARK E. VILLIGER, Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, 599 und 353.

⁷⁷ BGE 120 Ib 64, 67, worin das Bundesgericht die Informationsfreiheit als „Grundrecht auf möglichst unbehinderten Zugang zu allen frei verfügbaren Informationsquellen“ umschreibt, dem – jedenfalls im Kontext des damaligen Art. 53 RTVG – „hohe Priorität eingeräumt“ wird.

⁷⁸ KLAUS A. VALLENDER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, BV 26 N 15 und N 20; BARRELET/EGLOFF, URG 1. Titel und Ingress, N 8; REHBINDER/VIGANÒ, URG 1 N 3; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL MEER, in: SIWR II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2006, 149; BAUMGARTNER, 39; BGE 131 III 480, 490, E. 3.1; BGE 120 Ia 120, 121.

Für den urheberrechtlichen Kontext sind die Vorgaben der Verfassung dahingehend zu verstehen, dass eine möglichst weite und uneingeschränkte Verbreitung von Informationen gewährleistet werden soll, ohne dabei das Eigentum in unzulässiger Weise einzuschränken⁷⁹ oder dieses ohne volle Entschädigung zu entziehen oder zu beschränken.

Die Auffassung der herrschenden Lehre grenzt die Beschränkung des Eigentums vergleichsweise stärker ein, führt aber insofern zu einer Einschränkung der Informationsfreiheit, als Werke nur in Auszügen und nicht in vollem Umfang vervielfältigt und verbreitet werden dürfen. Diese Auslegung hätte zur Folge, dass die vorliegende Ausgestaltung von „Catch-up TV“ (unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen⁸⁰) an der Auslegung von Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 lit. a URG scheitern müsste, obwohl dieses Angebot die Verbreitung von Informationen fördert und damit aus verfassungsrechtlicher Sicht als wünschenswert erscheint. Die hier vertretene Auslegung hingegen, gewährleistet die Informationsfreiheit in uneingeschränkter Weise und reduziert die damit einhergehende Einschränkung des Eigentums insofern auf ein Mindestmass, als die fraglichen Nutzungen voll entschädigt werden⁸¹. Mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben ist die hier vertretene Auslegung deshalb gegenüber der herrschenden Lehre vorzuziehen.

5. Kein Erfüllen der Tatbestandsvoraussetzungen

Selbst wenn man, entgegen den vorstehenden Ausführungen, mit der herrschenden Lehre zur Auffassung gelangen sollte, dass Art. 19 Abs. 3 lit. a URG auf die vorliegende Ausgestaltung von „Catch-up TV“ anzuwenden sei, wären die Voraussetzungen dieser Bestimmung nicht ohne weiteres erfüllt.

Nach dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nicht zulässig ist „die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare“. Mit dieser Regel wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die Schranken von Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 URG „eine **direkte Konkurrenzierung** des Verkaufs von Werkexemplaren“⁸² zulassen und damit „eine **schwerwiegende Bresche in die kommerzielle Werknutzung** schlagen, die dem Urheber vorbehalten werden muss“⁸³. Im Gegenzug stellte der Gesetzgeber aber sogleich klar, dass das Kopieren von Auszügen aus im Handel erhältlichen Werkexemplaren zulässig sei; namentlich dürften „ein Artikel aus einer wissenschaftlichen Zeitschrift, eine Kurz-

⁷⁹ Die Voraussetzungen für Einschränkungen der Eigentumsgarantie ergeben sich aus Art. 36 BV. Erforderlich sind demnach eine gesetzliche Grundlage, eine Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter sowie die Einhaltung der Verhältnismässigkeit. Der Kerngehalt ist zudem unantastbar. Diese Voraussetzungen werden durch die Schranken des Urheberrechts jedenfalls dann erfüllt, wenn die Vorgaben des Dreistufentests eingehalten werden; siehe dazu hinten, D.1.

⁸⁰ Siehe dazu gerade nachfolgend, B.5.

⁸¹ Siehe dazu hinten, C.

⁸² Botschaft, BBl 1989 III 541; Botschaft, BBl 1984 III 222; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 23; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 32; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 31; GASSER, S. 119.

⁸³ Botschaft, BBl 1989 III 541; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 32.

geschichte aus einem Sammelband (oder) ein Musikstück aus einer Schallplatte“⁸⁴ kopiert oder überspielt werden.

Die Ausführungen in der Botschaft belegen, dass der Gesetzgeber mit Art. 19 Abs. 3 lit. a URG einen Ausgleich zwischen den Interessen der Rechtsinhaber und Werknutzer schaffen wollte, der darin bestand, dass ein „selektives Kopieren und Überspielen“ zulässig sein, eine Grenze aber dann bestehen soll, wenn das Primärangebot der Rechtsinhaber direkt konkurrenziert und die kommerzielle Werknutzung in schwerwiegender Weise gefährdet wird. Diesen **Interessenausgleich** hat der Gesetzgeber **vor dem Hintergrund einer analogen Welt** gefunden und in Art. 19 Abs. 3 lit. a URG gesetzlich festgehalten. Entscheidend ist dabei, dass in der analogen Welt anfangs der 90er Jahre die weit überwiegende Zahl von Werken nicht als solche im Handel erhältlich war. Vielmehr wurde ein Werk in aller Regel zusammen mit anderen Werken in Werkexemplaren angeboten, etwa auf Schallplatten, in Zeitschriften oder Sammelbänden. Nur eine kleine Zahl von typischerweise umfangreichen Werken (bspw. Romane) waren als solche im Handel erhältlich. Dies hat sich mit dem Übergang ins digitale Zeitalter grundlegend geändert: Heute sind die meisten Werke als solche im Handel erhältlich, der Werkkonsument kann also namentlich einzelne Songs, Filme, Artikel oder Texte als solche online erwerben. Bei unbesehener Anwendung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG auf die digitale Welt wird damit zwar dem Gesetzeswortlaut Genüge getan, der vom Gesetzgeber vorgesehene Interessenausgleich aber ausgehebelt.

Dieses **Problem** hat auch die **Lehre längst erkannt**: Wird Art. 19 Abs. 3 lit. a URG streng nach dem Wortlaut angewendet, hat es der Rechtsinhaber in der Hand, etwa durch Anbieten einzelner Artikel über ein Internetarchiv, den Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG massiv auszudehnen und den Interessenausgleich ins Leere laufen zu lassen. Die Lehre kritisiert denn auch, dass „angesichts der dadurch entstehenden erheblichen Beeinträchtigung der Nutzerinteressen die Angemessenheit der Norm in Frage gestellt sein dürfte“⁸⁵; die Autoren fühlen sich aber dennoch an eine Anwendung nach dem Wortlaut gebunden⁸⁶.

Angesichts des fundamentalen Wandels in der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke erscheint eine strikt am Wortlaut orientierte Anwendung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nicht angemessen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf **vom Wortlaut** einer Norm **abgewichen** werden, **wenn triftige Gründe** für die Annahme bestehen, dass dieser **nicht den wahren Sinn der Regelung** wiedergibt⁸⁷. Dies ist hier aufgrund des technologischen Wandels der Fall. Insofern ist zu präzisieren ist, dass der Wortlaut den wahren Sinn der Regelung zwar früher erfasste, heute aber nicht mehr richtig wiedergibt. Statt mit der herrschenden Lehre auch im digitalen Zeitalter an einer wörtlichen Anwendung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG festzuhalten und deren Unangemessenheit zu bedauern, muss sich die Auslegung richtigerweise

⁸⁴ Botschaft, BBl 1989 III 541.

⁸⁵ GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 37; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 23a; BU, 78.

⁸⁶ BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 23 f.; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 37 f.

⁸⁷ Siehe dazu vorn, B.3.a.

an Sinn und Zweck der Norm orientieren und die *ratio legis* im Sinn einer **teleologisch-zeitgemässen Auslegung**⁸⁸ auf den heutigen Kontext übertragen.

Dieser Ansatz erscheint für die vorliegende Norm insofern besonders angezeigt, als der Gesetzgeber die *ratio legis* in der Botschaft zur Totalrevision des URG von 1992 in besonders deutlicher Weise zum Ausdruck gebracht hat; Lehre und Rechtsprechung haben die *ratio legis* denn auch bestätigt: Wie bereits ausgeführt, soll die Gegen Ausnahme von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nach dem Gesetzgeber verhindern, dass durch die Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare „eine direkte Konkurrenzierung des Verkaufs von Werkexemplaren“⁸⁹ zugelassen wird. Unzulässig ist nach der Lehre „die Herstellung von Werkexemplaren, welche das völlig identische Bedürfnis befriedigen wie die im Handel erhältlichen Exemplare“⁹⁰. Mit Bezug auf den zulässigen Umfang hält das Bundesgericht sodann fest: „Von einer weitgehend vollständigen Vervielfältigung des Werkexemplars ist auszugehen, wenn in Anbetracht des Umfangs der Kopie für den Durchschnittskonsumenten der Kauf des vollständigen Exemplars uninteressant wird“⁹¹. Bei einer Auslegung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nach Sinn und Zweck der Norm greift diese damit immer – aber nur – dann, wenn die fragliche Vervielfältigung das **identische Bedürfnis befriedigt, wie das Angebot der Rechtsinhaber** und dieses damit **direkt konkurrenziert**.

Für die vorliegende Ausgestaltung von „Catch-up TV“ erscheint dies zumindest fraglich. Die Frage nach der Befriedigung des identischen Bedürfnisses und der direkten Konkurrenzierung ist aus Sicht der Werkkonsumenten zu beantworten. Entscheidend ist dabei, ob diese das Angebot der Rechtsinhaber – insb. „Video on Demand“ sowie Angebote auf physischen Datenträgern – nicht mehr nutzen würden, weil bestimmte Filme oder Sendungen aus ihrem Angebot während 30 Stunden nach deren Ausstrahlung über TV auch über „Catch-up TV“ angesehen werden können. Klar ist dabei, dass eine Konkurrenzierung jedenfalls nur während 30 Stunden besteht. Davor und danach wird die Nachfrage nach dem Angebot der Rechtsinhaber in keiner Weise durch „Catch-up TV“ befriedigt. Fraglich ist überdies, ob tatsächlich ein relevanter Teil der Kunden bereit ist, einen Film gegen Entgelt über „Video on Demand“ anzusehen, wenn ebendieser Film ein Tag zuvor im Free-TV ausgestrahlt worden ist. Für Sendungen kommt hinzu, dass diese regelmässig von den Sendeunternehmen selbst während sieben Tagen nach der Ausstrahlung auf der Website des Senders unentgeltlich angesehen werden können. Eine kommerziell relevante Konkurrenzierung durch „Catch-up TV“ liegt damit wohl nicht vor. Auch wenn die Frage der Konkurrenzierung der Angebote, die letztlich tatsächlicher Natur ist, in diesem Rechtsgutachten nicht abschliessend beantwortet werden kann, lässt sich immerhin sagen, dass das Angebot von „Catch-up TV“ nicht das identische Bedürfnis befriedigen kann, wie das ungleich umfassendere Angebot der Rechts-

⁸⁸ Siehe dazu vorn, A.1.b.

⁸⁹ Botschaft, BBl 1989 III 541.

⁹⁰ BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 23; unter Verweis auf Botschaft, BBl 1984 III 222; Botschaft, BBl 1989 III 541; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 38; DERS., 122; Bu, 78; BAUMGARTNER, 86.

⁹¹ BGE 133 III 473, 478.

inhaber und dieses damit jedenfalls nicht in einer Weise konkurrenziert, die dessen Marktchancen in Frage stellen könnte.

C. Vergütungspflicht nach Art. 20 URG

Frage: Falls ein Anwendungsfall nach Frage 1 gegeben ist: Besteht eine Vergütungspflicht im Sinn von Art. 20 URG?

Der Anbieter der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV“ ist, wie vorstehend ausgeführt⁹², als Dritter im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG zu qualifizieren.

Wer als Drittperson nach Art. 19 Abs. 2 URG Werke auf irgendwelche Art vervielfältigt, schuldet dem Urheber bzw. Rechtsinhaber nach Art. 20 Abs. 2 URG eine Vergütung. Ebendies ist hier der Fall, die Vergütung ist also vom Anbieter von „Catch-up TV“ zu leisten⁹³. Die Höhe der Vergütung hat sich dabei an der Anzahl der Kunden der Anbieter von „Catch-up TV“ und der Anzahl der von diesen ausgewählten Sendern zu richten, nicht nach der Anzahl der im Rahmen dieses Angebots tatsächlich erstellten Vervielfältigungen.

Die Vergütungsansprüche können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (Art. 20 Abs. 4 URG). Für die Vergütungen muss ein Tarif aufgestellt werden (Art. 46 Abs. 1 URG).

D. Kontrollüberlegungen

1. Prüfung nach dem Dreistufentest

Die vorliegend ausgeführte Auslegung von Art. 19 f. URG ist nur haltbar, wenn das Ergebnis dem sog. Dreistufentest genügt, der als staatsvertragliche Vorgabe die Möglichkeiten der nationalen Gesetzgeber zur Beschränkung der urheberrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechte begrenzt. Den Vorgaben des Dreistufentests muss dabei nicht nur die gesetzliche Regelung genügen, sondern auch deren Auslegung und Anwendung⁹⁴. In der Formulierung des TRIPS lautet der Test: „Die Mitglieder grenzen Beschränkungen und Ausnahmen von ausschliesslichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle ein, die weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber unangemessen verletzen (Art. 13 TRIPS)⁹⁵“.

⁹² Siehe dazu vorn, A.3.

⁹³ Siehe dazu auch den Beschluss der ESchK vom 16. Dezember 2009 betreffend den GT 12, Ziff. 5.

⁹⁴ Siehe dazu BGE 133 III 473, 485 ff., E. 6.

⁹⁵ Im Wesentlichen übereinstimmend: Art. 10 Ziff. 1 WCT und Art. 16 Ziff. 2 WPPT. In den Voraussetzungen übereinstimmend, aber nur für Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts: Art. 9 Abs. 2 RBÜ: „Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen unter

Die **erste Teststufe**, nach der Beschränkungen und Ausnahmen auf **bestimmte Sonderfälle** eingegrenzt werden müssen, schliesst generalklauselartige Ausnahmebestimmungen aus; vielmehr muss klar sein, welche Zielsetzung mit der Beschränkung verfolgt wird⁹⁶. Im vorliegenden Fall besteht die Beschränkung der Ausschliesslichkeitsrechte der Rechtsinhaber allein darin, dass sie die Vervielfältigung ihrer Werke durch Dritte und deren Abrufbarkeit während 30 Stunden nach deren Sendung über TV nicht verhindern können. Die Beschränkung betrifft damit einen sehr spezifischen Sonderfall. Die erste Teststufe ist damit ohne weiteres erfüllt⁹⁷.

Nach der **zweiten Teststufe** darf die **normale Verwertung der Werke nicht beeinträchtigt** werden. Diese Stufe verlangt eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeiten des Urheberrechts; die normale Verwertung bestimmt sich dabei nach der Art des fraglichen Rechts und dem diesbezüglichen Absatzmarkt⁹⁸. Die Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte an **Kinofilmen** erfolgt in aller Regel in einer zeitlich gestaffelten Kaskade: (1) Kinoverwertung: 6 Monate, (2) DVD (und andere Datenträger): 12 Monate, (3) Pay-TV: 12 Monate (4) Free-TV: frühestens 30 Monate nach Kinostart. Die Verwertung über „Video on Demand“ beginnt nach der Beendigung der Kinoverwertung und erfolgt parallel zu den anderen Verwertungsarten. Die Urheber- und Leistungsschutzrechte an **Sendungen** werden in erster Linie durch einmalige (allenfalls mehrmalige) Sendung über TV sowie durch Zugänglichmachen über Internet verwertet. Die Sendungen sind dabei typischerweise während sieben Tagen nach der Ausstrahlung im TV unentgeltlich auf der Website des Sendeunternehmens erhältlich und werden danach gegen Entgelt auf der Website der Sendeunternehmen oder von einem „Video on Demand“-Anbieter angeboten. Bei **Kinofilmen** erfolgt die Verwertung über einen vergleichsweise langen Zeitraum, der die Amortisation der hohen Produktionskosten ermöglichen soll. Die Verwertung über Free-TV ist dabei das letzte Glied in der Verwertungskette und erfolgt regelmässig nicht vor Ablauf von 30 Monaten nach dem Kinostart. Für die Verwertung von Kinofilmen scheint schon aufgrund der langen Verwertungskette klar, dass das Angebot von „Catch-up TV“ die normale Verwertung nicht beeinträchtigen kann, zumal dieses Angebot erst besteht, nachdem der Kinofilm im Free-TV gezeigt und die Verwertungskette damit die letzte Stufe erreicht hat, die normale Verwertung also nahezu vollständig abgeschlossen ist. Da das Angebot von „Catch-up TV“ nur während 30 Stunden nach der Sendung über Free-TV besteht, wird auch die zeitlich parallel (schon seit der Beendigung der Kinoverwertung) laufende Verwertung über „Video on Demand“, wenn überhaupt, dann jedenfalls nur in sehr geringem Mass betroffen. Damit erscheint klar, dass die normale Verwertung von Kinofilmen durch „Catch-up TV“ nicht beeinträchtigt wird. Nichts anderes gilt für die Verwertung der Rechte an **Fernsehsendungen**, zumal diese während des Angebots von „Catch-up TV“ (und noch mehrere Tage

der Voraussetzung zu gestatten, dass eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt“.

⁹⁶ Botschaft, BBl 2006, 3413; BGE 133 III 473, 485, E. 6.1.

⁹⁷ Siehe dazu auch die Bewertung des Bundesgerichts in BGE 133 III 473, 486, E. 6.2.

⁹⁸ Botschaft, BBl 2006, 3413; BGE 133 III 473, 486, E. 6.1.

danach) typischerweise von den Sendeunternehmen selbst unentgeltlich auf ihren Websites angeboten werden. Auch auf Ebene der Werbeeinnahmen sind keine Einbussen zu erwarten, weil die Sendungen über „Catch-up TV“ mitsamt der Werbung abgerufen werden, die in den Minuten vor, während und nach der jeweiligen Sendung ausgestrahlt worden ist.

Auf der **dritten Teststufe** ist eine **Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn** vorzunehmen. Ein Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber ist dabei unzulässig, wenn dieser so stark ist, dass er für die Rechtsinhaber nicht zumutbar ist⁹⁹. Dies ist dann der Fall, wenn die Interessen Dritter diejenigen der Rechtsinhaber nicht zu überwiegen vermögen¹⁰⁰. Durch die Zahlung einer Vergütung kann der Eingriff in die berechtigten Interessen überdies so abgemildert werden, dass keine Verletzung der dritten Teststufe vorliegt¹⁰¹. Die durch die Schranke berechtigten Dritten, also die Kunden von „Catch-up TV“, haben ein massgebliches Interesse an einer zeitlichen Flexibilisierung des Konsums der gesendeten Inhalte. Diese Flexibilisierung entspricht nicht nur einem allgemeinen Trend, sondern auch einem zunehmenden Bedürfnis der Informationsgesellschaft. Besonders bei News-Sendungen besteht auch ein gesamtgesellschaftliches Interesse, einen Zugriff auch dann zu ermöglichen, wenn ein Kunde den Zeitpunkt der Erstaussstrahlung verpasst hat. Zentral ist sodann, dass der Eingriff durch die Zahlung einer Vergütung kompensiert¹⁰², den Rechtsinhabern also anstelle des Verbotsrechts ein Vergütungsanspruch eingeräumt wird¹⁰³. Vor diesem Hintergrund erscheint das Interesse der Dritten an der Möglichkeit zur Nutzung des Angebots von „Catch-up TV“ gegenüber dem Interesse der Rechtsinhaber an einem Verbotsanspruch klar zu überwiegen. Entsprechend erscheint der zeitlich eng limitierte, angemessen entschädigte und damit durchaus geringfügige Eingriff in die Interessen der Rechtsinhaber als zumutbar. Damit sind auch die Vorgaben der dritten Teststufe erfüllt.

2. Sinn und Zweck zwingender Kollektivverwertung

Das vorliegende Ergebnis der Auslegung von Art. 19 und Art. 20 URG wird durch einen Quervergleich mit der Schrankenbestimmung von Art. 22 URG bestätigt. Nach **Art. 22 Abs. 1 URG** können die Rechte, gesendete Werke zeitgleich und unverändert wahrnehmbar zu machen oder im Rahmen der Weiterleitung eines Sendeprogrammes weiterzusenden, nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden. Der Grund für diese Regelung besteht darin, dass die **Wahrnehmbarmachung und Weiterleitung von Sendeprogrammen** nur möglich ist, wenn hierzu nicht die Zustimmung jedes einzelnen Rechtsinhabers eingeholt

⁹⁹ Botschaft, BBl 2006, 3413; BGE 133 III 473, 485, E. 6.1.

¹⁰⁰ BGE 133 III 473, 485 f., E. 6.1.; GASSER/MACCIACCHINI/OERTLI, in: Müller/Oertli, Vor URG 19 N 16; MARTIN SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, 211; JONAS BORNHAEUSER, Anwendungsbereich und Beschränkung des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts im digitalen Kontext, Bern 2010, Rn. 243.

¹⁰¹ BGE 133 III 473, 485 f., E. 6.1.; SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 209, 211; BAUMGARTNER, 112.

¹⁰² Siehe dazu vorn, C.

¹⁰³ Ebenso: BGE 133 III 473, 487, E. 6.3.

werden muss¹⁰⁴. Wäre dies der Fall, könnte ein solches Angebot nicht realisiert werden, weil mit jedem einzelnen Rechtsinhaber über die Nutzung der fraglichen Rechte verhandelt und eine Einigung erzielt werden müsste; dies erscheint nahezu unmöglich, wäre aber jedenfalls mit prohibitiv hohen Kosten verbunden. Hinzu kommt, dass jeder einzelne Rechtsinhaber in der Lage wäre, durch Verweigerung seiner Zustimmung das Angebot insgesamt zu verunmöglichen oder aufgrund seiner, aus dieser Position entstehenden, Verhandlungsmacht ein unangemessen hohes Entgelt zu verlangen, sog. „hold up“¹⁰⁵. Die Schranke von Art. 22 Abs. 1 URG löst das Transaktionskosten- und das „hold up“-Problem durch einen Verwertungsgesellschaftszwang und macht das in Frage stehende Angebot damit erst möglich.

Dasselbe Problem wie bei der Wahrnehmbarmachung und Weiterleitung von Sendeprogrammen besteht auch für das Angebot von „Catch-up TV“. Hier wie dort könnte das Angebot nicht verwirklicht werden, wenn jeder einzelne Rechtsinhaber in der Lage wäre, die Nutzung seiner Werke oder Leistungen durch Geltendmachung seiner Verbotsrechte zu verhindern. Und hier wie dort kann das Problem dadurch gelöst werden, dass die Ausübung der Verbotsrechte durch die Rechtsinhaber entweder durch einen Verwertungsgesellschaftszwang (Art. 22 Abs. 1 URG) oder durch eine gesetzliche Lizenz mit Vergütungsanspruch (Art. 19 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 4 URG) ersetzt wird. Die Parallelität von Problemstellung und Lösungsmöglichkeit sprechen dafür, dass die für die vorliegende Fragestellung durch Auslegung von Art. 19 und 20 URG gefundene Lösung, die im Ergebnis mit der vom Gesetzgeber in Art. 22 Abs. 1 URG vorgesehenen Lösung übereinstimmt, als richtig anzusehen ist.

* * * * *



Prof. Dr. Florent Thouvenin

¹⁰⁴ Der in Art. 22 Abs. 1 URG vorgesehene Verwertungszwang soll denn auch die „Funktionsfähigkeit von Kabelunternehmen“ sicherstellen; so REHBINDER/VIGANÒ, URG 22 N 1; im Ergebnis ebenso BARRELET/EGLOFF, URG 22 N 1 f.; Botschaft, BBl 1989 III 543.

¹⁰⁵ Siehe zu dieser Problematik: BARRELET/EGLOFF, URG 22 N 1; BGE 107 II 91.