

Willi Egloff Dr. iur., Rechtsanwalt in Bern, Vizepräsident der Verwertungsgesellschaft Swissperform.
info@advocomplex.ch

Wissenschaftliche Forschung und Urheberrecht

Zur Notwendigkeit eines Forschungsprivilegs

Résumé Au contraire du droit des brevets ou du droit communautaire en la matière, la législation suisse sur le droit d'auteur n'accorde aucun avantage particulier aux chercheurs. Il s'en suit que l'utilisation d'œuvres ou de prestations protégées à des fins de recherche ne bénéficie d'un traitement privilégié qu'en rapport avec une utilisation privée, qu'elle soit personnelle ou au sein d'une entreprise. Reste qu'à bien des égards cette dérogation est trop restrictive. Il convient de la compléter par une exception autorisant, aux fins de la recherche scientifique, l'accès aux œuvres et aux prestations protégées et leur libre utilisation. Pareil privilège pourrait prendre la forme d'une licence légale ou d'une obligation de gestion collective.

I. Einleitung

Auf den 1. Juli 2008 ist in das Patentgesetz eine Bestimmung aufgenommen worden, welche wissenschaftliche Forschung und Versuche an Gegenständen patentierter Erfindungen von der Wirkung des Patentrechts ausnimmt¹. Die neue Regelung verankert das schon vorher in der patentrechtlichen Praxis im Grundsatz anerkannte Forschungs- und Versuchsprivileg² ausdrücklich im Gesetz. Dadurch sollten laut bundesrätlicher Botschaft «die Forschungsfreiheit und das dem Patentsystem inhärente Ziel der Förderung der Forschung und Entwicklung sichergestellt werden»³.

Auf das gleiche Datum hin ist auch das Urheberrechtsgesetz in seiner revidierten Fassung in Kraft getreten⁴. Von einem Forschungsprivileg war in diesem Zusammenhang nie die Rede, und der Begriff der «wissenschaftlichen Forschung» taucht im Gesetz an keiner Stelle auf. Offenbar ging der Gesetzgeber davon aus, dass das Urheberrecht im Unterschied zum Patentrecht keine Gefahr für die Forschungsfreiheit darstelle und die wissenschaftliche Forschung nicht behindern könne. Wie sogleich darzulegen ist, dürfte diese Auffassung kaum der Realität entsprechen.

II. Urheberrechtliche Relevanz der wissenschaftlichen Forschung

Urheberrechtliche Bestimmungen sind für die Möglichkeiten und Modalitäten wissenschaftlicher Forschung durchaus von erheblicher Bedeutung. Der Grund dafür liegt in technischen und informationswissenschaftlichen Entwicklungen wie auch in rechtlichen Gegebenheiten.

1. Werkgenuss und Werkverwendung

Urheberrechtlich geschützte Werke können in doppelter Hinsicht Gegenstand wissenschaftlicher Forschung sein: als Objekt von Forschung, welche über das betreffende Werk eine wissenschaftliche Aussage zu machen sucht, oder als Forschungsergebnis, welches als Anknüpfungspunkt, als Beleg, als Illustration eigener Forschung dient. Soweit die geschützten Werke dabei lediglich konsumiert und zur Kenntnis genommen werden, ist dieser Vorgang als sogenannter Werkgenuss urheberrechtlich nicht relevant⁵. Werden dagegen Werkexemplare vervielfältigt oder die Werke andern Personen zugänglich gemacht, so handelt es sich um Werkverwendungen, die der urheberrechtlichen Rechtfertigung bedürfen. Sie müssen, mit andern Worten, entweder durch die Berechtigten oder aber durch Gesetz erlaubt werden.

Diese Unterscheidung zwischen freiem Werkgenuss und erlaubnisbedürftiger Werkverwendung ist nur im Bereich analoger Werkexemplare, insbesondere bei Sprachwerken, Werken der bildenden Kunst, technischen Zeichnungen und Plänen oder Fotografien, einigermaßen klar durchführbar. Schon bei musikalischen und filmischen Werken ist die Wahrnehmung in der Regel nur über eine Aufführung oder eine Vorführung, also eine Werkverwendung, möglich. Und bei sämtlichen digitalen Trägern von Werkexemplaren ist für den Werkgenuss mindestens eine, in der Regel aber eine Vielzahl von Vervielfältigungen erforderlich. So sind der Abruf einer Datei aus einem Onlinearchiv, ihre Darstellung auf einem Bildschirm, ihre Speicherung auf einem andern Gerät oder ihr Ausdruck jeweils Vervielfältigungen. Der Werkgenuss setzt also in all diesen Fällen vorgängige Werkverwendungen voraus.

Die Digitalisierung bringt es daher mit sich, dass der Werkgenuss immer mehr mit Werkverwendungen verbunden ist und damit urheberrechtlich relevant wird⁶. Das gilt nicht zuletzt für den Bereich der wissenschaftlichen Forschung, wo die einschlägige Literatur in zunehmendem Masse nur noch

1 Art. 9 Abs. 1 Bst. b PatG (SR 232.14).

2 Hess-Blumer, Arzneimittelrechtliche Zulassungsverfahren und Patentrecht, in: sic! 2005, 509 (m.w.H.).

3 BBl. 2006, 71.

4 BG über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (SR 231.1).

5 Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 3.A., Bern 2008, N. 6a zu Art. 10; Egloff, Das Urheberrecht und der Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen, sic! 2007, 707; Häuptli, Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht, Basel/Genf/München 2004, 34 ff.; Semadeni, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Zürich 2004, 63 f.

6 Egloff (Fn. 5), 708 f.

in digitaler Form, über elektronische Zeitschriften oder elektronische Bücher, zugänglich gemacht wird. Es gilt ebenso bei der Verwendung audiovisueller Werke, sei es als Objekt der Forschung, sei es als Publikationsform der Forschungsergebnisse⁷. Die urheberrechtliche Regelung des Umgangs mit geschützten Werken und Leistungen hat daher in zunehmendem Masse Einfluss auf die Modalitäten und Möglichkeiten wissenschaftlicher Forschung.

2. Neue Formen der Informationsverarbeitung

Die Vorstellung, dass wissenschaftliches Arbeiten im Wesentlichen im Bereich des Werkgenusses verbleibe, ist auch sehr individualistisch geprägt. Sie geht davon aus, dass eine Person an einem bestimmten Ort ein physisch greifbares Werkexemplar konsumiert, um sich dessen Inhalt anzueignen und diesen in der eigenen Arbeit weiterzuverwenden. In dieser Wahrnehmung besteht gar keine Notwendigkeit, diese Werkexemplare zu vervielfältigen, denn jeder Person steht ja das von ihr konsultierte Exemplar zur Verfügung. Allerdings entspricht diese Vorstellung zumindest für den Bereich wissenschaftlicher Forschung wohl immer weniger der Realität. Gerade wissenschaftlich tätige Personen arbeiten oft in Teams, sie sind vernetzt, und sie sind auch häufig unterwegs. Diese kollektive und ortsunabhängige Arbeitsweise ist nur möglich, wenn die Arbeitsgrundlagen und die jeweiligen Ergebnisse innerhalb der Teams ausgetauscht werden können, wenn sie auf mobilen Geräten elektronisch gespeichert sind und wenn sie am jeweiligen Aufenthaltsort abgerufen werden können. Dies bedeutet auch, dass Werkexemplare immer wieder vervielfältigt, verbreitet oder sonst wie einer Mehrzahl von Personen zugänglich gemacht werden. Auch unter diesem Aspekt beinhaltet wissenschaftliche Forschung urheberrechtlich relevante Werknutzungen.

Ein Weiteres kommt hinzu: Insbesondere in den Naturwissenschaften wird zunehmend versucht, die bereits vorhandenen Forschungsergebnisse automatisiert auszuwerten. Zu diesem Zweck wird beispielsweise die wissenschaftliche Literatur mithilfe von Computern nach bestimmten Stichwörtern oder, in der Regel, nach Kombinationen von Stichwörtern durchsucht, sodass sich die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler nur noch mit denjenigen Literaturstellen befassen müssen, in welchen die gesuchten Stichwörter tatsächlich vorkommen. Die Auswertung kann aber auch darin bestehen, dass in automatisierter Form nach bisher nicht bekannten Korrelationen zwischen Objekten und Texten gesucht wird, die dann als Grundlage für weitere Forschungsarbeiten dienen können. Um solche Formen der Informationsverarbeitung möglich zu machen, muss das wissenschaftliche Ausgangsmaterial in computerlesbarer Form vorhanden und zusätzlich für diese Suchmethoden aufbereitet sein.

Um dies an einem Beispiel zu illustrieren: Im Rahmen der Klimaforschung haben sich die Veränderungen der Biodiversität als wichtiges Kriterium erwiesen. Diese Entwicklungen lassen sich anhand von einschlägigen Publikationen, welche über das geografische und zeitliche Auftreten bestimmter Tier- oder Pflanzenarten berichten, indirekt nachverfolgen. Da Botanik und Zoologie seit nunmehr 250 Jahren mit einer stark normier-

ten einheitlichen Terminologie arbeiten, sind auch Vergleiche über grosse Zeiträume hinweg möglich. Allerdings ist die Menge der auszuwertenden Literatur so enorm, dass kein Mensch und kein Forscherteam diese Arbeit auch nur für eine einzelne Spezies in vernünftiger Zeit zu leisten vermöchte. So umfasst etwa die wissenschaftliche Literatur nur schon über die bisher weltweit bekannten ca. 12000 Ameisenarten weit über eine Million Fundstellen. Eine Auswertung dieses riesigen wissenschaftlichen Materials ist von vorneherein nur maschinell möglich⁸. Da eine Vielzahl der Dokumente urheberrechtlich geschützte Werke sind, hängt die Zulässigkeit eines solchen automatisierten Data-Minings in hohem Masse von den jeweiligen urheberrechtlichen Regelungen ab.

3. Technisch beschränkter Zugang zur wissenschaftlichen Information

Eine zusätzliche Erschwerung für die ungehinderte wissenschaftliche Forschung bringen die technischen Zugangs- und Kopiersperren mit sich, wie sie auch bei zahlreichen wissenschaftlichen Veröffentlichungen verbreitet sind. Zwar sind diese Instrumente als Mittel zum Schutz urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen gegen unautorisierte Verwendungen konzipiert. Ihre Ausgestaltung hat aber nicht selten zur Folge, dass sie nicht nur unzulässige Nutzungen verhindern, sondern den Zugang zur Information selbst verunmöglichen. So wird etwa bei Onlinezeitschriften durch diese technischen Schutzmassnahmen für Personen ohne Zugangscodes schon die blosser Lektüre unmöglich gemacht, also auch der urheberrechtlich irrelevante Werkgenuss verhindert. Dies gilt zudem unabhängig davon, ob die einzelnen Texte urheberrechtlich geschützt sind oder nicht. Ebenso werden technische Schutzmassnahmen bei Dateien angebracht, in welchen überhaupt kein urheberrechtlich geschützter Inhalt verbreitet wird, etwa bei Sammlungen wissenschaftlicher Daten. Dadurch kann die Verwendung dieser Daten faktisch auf einen individuell festgelegten Benutzerkreis beschränkt werden, obwohl sie durch keinerlei absolutes Recht geschützt sind.

Diese Tendenz ist besonders verbreitet bei Publikationen aus dem angelsächsischen Raum. Kaum ein Text, kaum eine Datensammlung, kaum eine wissenschaftliche Illustration, welche nicht mit einem ©-Zeichen versehen wird, auch wenn die entsprechende Veröffentlichung offensichtlich kein «Werk der Literatur und Kunst» im Sinne von Art. 1 RBÜ darstellt. Auch das bei Wissenschaftsverlagen so beliebte Exklusivrecht am Layout einer Publikation hat ausserhalb Grossbritanniens kaum irgendwo eine gesetzliche Grundlage, wird aber trotzdem weltweit eingefordert. Werden diese Publikationen mit technischen Schutzmassnahmen versehen, so wird dieser recht-

7 Vgl. dazu etwa Borgdorff, *The Debate on Research in the Arts*, in: *Sensuous Knowledge* no 2, Bergen 2006; Dombois, *Kunst als Forschung*, in: Hochschule der Künste Bern 2006, 21 ff.; Oester, *Le tournant ethnographique*, *Ethnologie française* 2002, 345 ff.

8 Sautter/Agosti/Böhm/Klingenberg, *Creating Digital Resources from Legacy Documents – an Experience Report from the Biosystematics Domain*. Proceedings of ESWC, Heraklion, Greece, 2009.

lich gar nicht bestehende Anspruch plötzlich faktisch durchsetzbar.

Urheberrechtlich relevant wird dieser Sachverhalt dadurch, dass die WIPO-Verträge von 1996 einen rechtlichen Schutz dieser technischen Massnahmen verlangen⁹. Zwar besteht die Verpflichtung nur in Bezug auf Schutzmassnahmen, die tatsächlich die unautorisierte Nutzung von Werken und Leistungen verhindern sollen. Da aber die Umgehung solcher Massnahmen schon dadurch rechtswidrig werden kann, dass einzelne Teile der mit einer Zugangssperre ausgestatteten Dateien urheberrechtlich geschützt sind, überträgt sich ihre überschüssende Wirkung auch auf den Rechtsschutz. Werden diese rechtlichen Schranken nicht durch andere Vorschriften wieder auf den ursprünglichen Schutzzweck zurückgedrängt, was aufgrund der Bestimmungen von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT zwar zulässig, aber keineswegs notwendig ist¹⁰, so können solche technischen Schutzmassnahmen ein durchaus einschneidendes Hindernis für die wissenschaftliche Forschung darstellen¹¹.

III. «Wissenschaftliche Forschung» in der EU-Richtlinie 2001/29/EG

Dieser Relevanz urheberrechtlicher Bestimmungen für die wissenschaftliche Forschung wurde in der EU-Richtlinie 2001/29/EG vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft¹² in verschiedener Hinsicht Rechnung getragen. Diese Richtlinie bezweckt neben einer einheitlichen Umsetzung der bereits erwähnten WIPO-Verträge von 1996 in den Mitgliedsländern der EU vor allem auch eine Harmonisierung der nationalen Schutzausnahmen¹³. Diese «exceptions and limitations» betreffen unter verschiedenen Aspekten auch die hier erörterte Thematik.

1. Die Schutzausnahmen in Art. 5 EU-Richtlinie 2001/29/EG

Art. 5 Abs. 3 Bst. a der Richtlinie sieht eine explizite Schutzausnahme für die Verwendung von Werken und geschützten Leistungen zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung vor. Die EU-Mitgliedstaaten sind demzufolge berechtigt, derartige Nutzungen gesetzlich zu erlauben oder anderswie zu privilegieren. Dabei ist verlangt, dass bei jeder Werkverwendung die Quelle einschliesslich der Autorennamen genannt wird, soweit sich dies als möglich erweist. Die Schutzausnahme bezieht sich sowohl auf das Recht der Vervielfältigung als auch auf die Rechte der öffentlichen Mitteilung und der Zugänglichmachung. Aus dem Erwägungsgrund 42 der Richtlinie ergibt sich, dass dabei vorausgesetzt wird, dass die Forschung nicht kommerziellen Charakter habe.

Art. 5 Abs. 3 Bst. n der gleichen Richtlinie sieht ausserdem eine Schutzausnahme für die Verwendung geschützter Werke oder Leistungen vor, die sich in einer öffentlich zugänglichen Bibliothek, einer Bildungseinrichtung, einem Museum oder einem Archiv befinden. Diese Werke und Leistungen dürfen zum Zwecke der Forschung oder privater Studien auf elek-

tronische Arbeitsplätze abgerufen werden, die sich innerhalb der entsprechenden Einrichtung befinden, und somit für Nutzerinnen und Nutzer dieser Einrichtungen zugänglich gemacht werden. Allerdings soll diese Schutz Ausnahme subsidiär zu davon abweichenden vertraglichen Vereinbarungen sein.

Obwohl vom Wortlaut her nicht direkt auf wissenschaftliche Forschung bezogen, ist auch Art. 5 Abs. 2 Bst. c der Richtlinie für die hier erörterte Problematik relevant. Diese Bestimmung erlaubt den bereits erwähnten öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Museen und Archiven die Herstellung von Vervielfältigungen ihrer Bestände, soweit dadurch nicht ein direkter oder indirekter kommerzieller Nutzen angestrebt wird. Die Schutz Ausnahme ist ausdrücklich beschränkt auf «bestimmte Fälle von Vervielfältigungen». Sie darf gemäss Erwägungsgrund 40 nicht zur Rechtfertigung von Onlinediensten verwendet werden.

Der Umfang dieser Ausnahmeregelungen ist schon von ihrem Wortlaut her sehr unbestimmt, und sie wurden in den einzelnen Mitgliedsländern entsprechend unterschiedlich umgesetzt. So gilt etwa die Schutz Ausnahme von Art. 5 Abs. 3 Bst. a in den nationalen Gesetzen Griechenlands und Sloweniens nur für das Vervielfältigungsrecht, nicht für die übrigen harmonisierten Rechte. In den skandinavischen Ländern ist sie an ein System freiwilliger Kollektivverwertung gebunden, setzt also den Abschluss von Lizenzverträgen zwischen der Forschungsinstitution und den für die jeweilige Werk gattung zuständigen Verwertungsgesellschaften voraus. In einzelnen Ländern gibt es Schutz ausnahmen lediglich für den Unterricht, nicht aber für die wissenschaftliche Forschung. Relativ umfassende Ausnahmeregelungen zugunsten der wissenschaftlichen Forschung kennen nur Malta und neuestens Frankreich¹⁴.

Die Schutz ausnahmen des Art. 5 Abs. 2 Bst. c und des Art. 5 Abs. 3 Bst. n schliessen Onlinenutzungen ausserhalb der jeweiligen Institution von vorneherein aus. Sie sind daher auf einen relativ engen Anwendungsbereich begrenzt. Die nationalen Vorschriften, durch welche diese Vorgaben umgesetzt werden, sind teilweise noch restriktiver. So sind diese Schutz ausnahmen im deutschen Urheberrechtsgesetz im Sinne einer strengen Akzessorietät zum jeweiligen Bibliotheksbestand beschränkt, d.h., es dürfen nur Werke, die sich physisch in der be-

9 Art. 11 Wipo Copyright Treaty (SR 0.231.151) und Art. 18 Wipo Performances and Phonograms Treaty (SR 0.231.171.1).

10 Reinbothe/von Lewinski, The WIPO Treaties 1996, London 2002, N. 28 zu Art. 11 WCT und N. 25 zu Art. 18 WPPT.

11 Gemäss einer Studie von Evans/Reimer wirkt sich die Ausgestaltung des Zugangs zu den Ergebnissen wissenschaftlicher Forschung sehr direkt auf das Rezeptionsverhalten aus, insbesondere auf dasjenige in Entwicklungsländern: Evans/Reimer, Open Access and Global Participation in Science, Science 2009, vol. 323, 1025.

12 ABl. L 167 vom 22.6.2001, 10 ff.

13 Flechsig, Die Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes in Europa und die Anforderungen an ihre Umsetzung in deutsches Recht, ZUM 2002, 1 ff.; Reinbothe, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR int. 2001, 733 ff.

14 Ein summarischer Überblick über die unterschiedlichen Regelungen findet sich im Grünbuch der EU-Kommission «Urheberrecht in der wissensbestimmten Wirtschaft» vom 16.7.2008, KOM (2008) 466, Ziffer 3.3.

treffenden Bibliothek befinden, über die Arbeitsplätze zugänglich gemacht werden, und dies wiederum nur über so viele Arbeitsplätze gleichzeitig, als sich von aussen erworbene Werkexemplare in dieser Einrichtung befinden¹⁵. In Grossbritannien ist den Bibliotheken und Archiven gerade einmal die Herstellung einer einzigen Kopie zum Zwecke der Erhaltung der Werkexemplare erlaubt¹⁶. Von einer umfassenden Freistellung wissenschaftlicher Forschung kann also auch bei diesen Schutz ausnahmen nicht die Rede sein.

2. Der Schutz technischer Massnahmen in Art. 6 EU-Richtlinie 2001/29/EG

Art. 6 der genannten EU-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einführung des rechtlichen Schutzes wirksamer technischer Schutzmassnahmen, wie er von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT verlangt wird. Insbesondere müssen rechtliche Sanktionen für die Umgehung solcher Schutzmassnahmen und für das Erhältlichmachen von Programmen, Produkten oder sonstigen Komponenten eingeführt werden, welche derartige Umgehungshandlungen ermöglichen oder erleichtern. Die Ausgestaltung des rechtlichen Instrumentariums ist wiederum den einzelnen Ländern überlassen.

Dass diese technischen Schutzmassnahmen eine starke Tendenz zu überschüssiger Wirkung haben, war auch dem europäischen Gesetzgeber durchaus bewusst. Deshalb empfiehlt die Richtlinie in Art. 6 Abs. 4 Gegenmassnahmen zur Aufrechterhaltung der in den nationalen Gesetzen vorgesehenen gesetzlichen Lizenzen. Allerdings ist die Norm reichlich unbestimmt und schon sprachlich auch für Fachleute kaum verständlich¹⁷, was darauf schliessen lässt, dass bei ihrem Erlass niemand so genau wusste, wie dieses Gegengewicht funktionieren könnte. Sie ist entsprechend unterschiedlich in die nationalen Gesetzgebungen umgesetzt worden. Dabei standen in der Regel die Probleme der Musikindustrie und der Buch- und Zeitschriftenverlage im Vordergrund. Die Erfordernisse wissenschaftlicher Forschung waren bei der Gesetzgebung auf europäischer Ebene ursprünglich kaum ein Thema.

3. Forderung nach Vereinheitlichung der Schutz ausnahmen im EU-Grünbuch «Urheberrecht in der wissensbestimmten Wirtschaft»

Der Zusammenhang zwischen wissenschaftlicher Forschung und urheberrechtlicher Regelung geniesst in neuester Zeit allerdings wieder vermehrte Aufmerksamkeit. So werden die national unterschiedlichen Regelungen von der EU-Kommission als störend und als Hindernis für eine transnationale Forschungszusammenarbeit betrachtet¹⁸. Es sei problematisch, dass Forscherinnen und Forscher, welche an unterschiedlichen Standorten gemeinsame Forschungsaktivitäten ausübten, unterschiedlichen Regelungen unterworfen seien. Die gleiche Handlung könne am einen Ort zulässig, am andern illegal sein, was die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Forschung beeinträchtigt. Um diese Schwierigkeiten zu beseitigen, stellt die EU-Kommission in einem Grünbuch «Urheberrecht in der wis-

sensbestimmten Wirtschaft», das im Juli 2008 veröffentlicht wurde, Modifikationen der Richtlinie zur Diskussion, welche den Umgang mit urheberrechtlich geschütztem Material vereinfachen und vereinheitlichen sollen. So wird etwa vorgeschlagen, die Schutz ausnahme für Bibliotheken in dem Sinne zu verdeutlichen, dass Umformatierungen und das Einscannen ganzer Bestände für zulässig erklärt werden¹⁹. Hinsichtlich der Schutz ausnahme für Unterricht und wissenschaftliche Forschung wird vorgeschlagen, diese zumindest in Bezug auf bestimmte ausgewählte Nutzungen als für alle Mitgliedstaaten obligatorische Bestimmung auszugestalten²⁰.

Bei alledem bleibt aber der Umfang dieser Schutz ausnahmen noch durchaus offen. Einerseits geht das Grünbuch davon aus, dass öffentlich zugänglichen Bibliotheken Umformatierungen und die Herstellung einer Mindestzahl von Kopien im Interesse der Erhaltung der Werke und Leistungen erlaubt sein sollten und dass die Schutz ausnahmen diesbezüglich verdeutlicht werden sollten. Andererseits hält es fest, dass auch die Interessen der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber berücksichtigt werden müssten. Dies könne durchaus bedeuten, dass bestehende Schutz ausnahmen angesichts der wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung digitaler Nutzungen hinsichtlich bestimmter Verwendungen enger gefasst werden müssten als bisher²¹. Insgesamt deutet die Formulierung der Vernehmlassungsfragen aber darauf hin, dass gerade im Bereich der wissenschaftlichen Forschung eine deutliche und für alle Mitgliedstaaten verbindliche Ausweitung der Schutz ausnahmen angestrebt wird.

IV. Schutz ausnahmen für die wissenschaftliche Forschung im URG

Wie bereits eingangs erwähnt, findet sich der Begriff der «wissenschaftlichen Forschung» im schweizerischen URG nicht. Es gibt daher keine Schutz ausnahme, die mehr oder weniger direkt Werkverwendungen zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung privilegieren würde. Allerdings kennt das URG andere Vorschriften, welche auf unterschiedlichem Wege zu teilweise vergleichbaren Resultaten führen.

1. Das Vervielfältigungsprivileg von Art. 24 Abs. 1^{bis} URG

Im Rahmen der Gesetzesrevision von 2007 wurde in Art. 24 URG ein Abs. 1^{bis} eingefügt, welcher öffentlich zugänglichen Bibliotheken und ähnlichen Institutionen Vervielfältigungen zum Zwecke der Sicherung und Erhaltung von Werkexemplaren erlaubt. Die neue Bestimmung sollte laut dem erklärten Willen des Gesetzgebers die bestehende Schutz aus-

15 § 52b UrhG.

16 Section 42 CDPA.

17 Flechsig, a.a.O. (Fn. 13).

18 EU-Kommission, a.a.O. (Fn. 14), Ziffer 3.3.

19 EU-Kommission, a.a.O. (Fn. 14), Vernehmlassungsfragen 8 und 9.

20 EU-Kommission, a.a.O. (Fn. 14), Vernehmlassungsfragen 19–23.

21 EU-Kommission, a.a.O. (Fn. 14), Ziffer 3.3 unter Hinweis auf Erwägungsgrund 44 der EU-Richtlinie.

nahme für Archivierungs- und Sicherungsexemplare an die Bedürfnisse einer digitalisierten Dokumentenverwaltung anpassen und die Einrichtung elektronischer Archive erleichtern²². So werden Umformatierungen wie auch die Digitalisierung ganzer Bestände uneingeschränkt erlaubt, allerdings immer nur zum Zwecke der «Sicherung und Erhaltung». Diese Begriffe decken andere bibliothekarische Aufgaben als den Aufbau und die Sicherung der Bestände, also etwa die Erschliessung, Katalogisierung und Recherche, kaum ab²³. Auch die Bereitstellung der umformatierten Bestände für eine über blossen Werkgenuss hinausgehende Verwendung durch Benutzerinnen und Benutzer wird durch diese neue Bestimmung nicht erlaubt²⁴. Damit ist für die Verwendung der digitalisierten Bestände für die wissenschaftliche Forschung noch wenig gewonnen.

2. Die Schutzausnahme für den privaten und betrieblichen Eigengebrauch

Für den Bereich wissenschaftlicher Forschung sehr viel relevanter sind dagegen die in Art. 19 URG statuierten Schutzausnahmen für Werkverwendungen zum Eigengebrauch. Anders als die Schrankenbestimmungen der internationalen Konventionen und der EU-Richtlinie zielt diese Regelung – ausser allenfalls in Bezug auf schulische Nutzungen – nicht direkt auf die Privilegierung bestimmter Werkverwendungen, die vom Gesetzgeber als im öffentlichen Interesse liegend oder durch ein überwiegendes privates Interesse gerechtfertigt qualifiziert werden, sondern sie dient dem Schutz der Privatsphäre. Es war dem Gesetzgeber bewusst, dass die Werkverwendung im privaten Bereich angesichts der Vielzahl von Kopier- und Vervielfältigungsgeräten ohne massiven Eingriff in den privaten Bereich nicht kontrollierbar war. Deshalb sollten diese Nutzungen zwar gesetzlich erlaubt, aber mit der Leistung einer Entschädigung verbunden werden²⁵. Die Regelung war aber nicht Ausdruck gesetzgeberischer Resignation vor einem Sachzwang, sondern vielmehr bewusste politische Entscheidung: Die Werkverwendung im privaten Bereich sollte nicht kontrolliert werden können, weder durch andere Private noch durch staatliche Instanzen, und sie musste daher unabhängig vom konkreten Nutzungszweck erlaubt werden²⁶.

Dieser zweite Aspekt des Problems stand anlässlich der Revision von 2007 deutlich im Vordergrund: Dank technischen Schutzmassnahmen wäre ja in der Zwischenzeit wenigstens im digitalen Bereich eine gewisse Kontrollierbarkeit privater Nutzungen durchaus vorhanden gewesen. Trotzdem wollte das Parlament von einer auf den Einzelfall bezogenen Regelung des Privatgebrauchs nichts wissen. Es lehnte die entsprechenden Anträge, die insbesondere durch die Musikindustrie inspiriert waren, mit geradezu vernichtenden Mehrheiten ab²⁷. Mit dieser Haltung brachte es zum Ausdruck, dass es am eigentlichen Kern der Regelung von Art. 19 URG, am Schutz der Privatsphäre, festhalten und eine Kontrolle privater Nutzungen verhindern wollte. Gemäss der schweizerischen Konzeption des Persönlichkeitsrechts²⁸ gilt dieser Privatsphärenschutz nicht nur für natürliche Personen, sondern auch für juristische. Daher gibt es neben der Schutzausnahme für Werkverwendungen im persönlichen Bereich²⁹ auch eine solche für Nutzungen im betrieblichen Bereich³⁰.

Allerdings wäre eine derart umfassende Schutzausnahme mit den Vorgaben des internationalen Rechts kaum kompatibel gewesen. Insbesondere die umfassende Freistellung kommerzieller betrieblicher Nutzungen wäre mit den Anforderungen des urheberrechtlichen Drei-Stufen-Tests³¹ wohl kaum vereinbar³². Die Lösung dieses Problems wurde über die Einführung von Schrankenschranken gesucht: Der in Art. 19 Abs. 1 Bst. c URG statuierte Schutz der betrieblichen Privatsphäre sollte durch die Bestimmungen der Abs. 2 und 3 wieder auf ein konventionsverträgliches Mass beschränkt werden. Schon bald erwiesen sich aber verschiedene dieser Schrankenschranken als nicht umsetzbar, und sie wurden durch die Praxis der Verwertungsgesellschaften gleich wieder ausser Kraft gesetzt. So erlaubt etwa der Gemeinsame Tarif 7 für die schulische Nutzung entgegen der klaren gesetzlichen Bestimmung die Verwendung ganzer Werke auch dann, wenn Werkexemplare im Handel erhältlich sind. Auch die Gemeinsamen Tarife 8 und 9 für betriebliche Nutzungen erlauben in Überschreitung der gesetzlichen Ausnahmeregelung die Vervielfältigung ganzer Werke, darüber hinaus aber auch das Kopieren von Werken der bildenden Kunst und von Musiknoten, welche von der gesetzlichen Lizenz eigentlich ausgenommen wären³³. Das Bundesgericht entschied mit Rücksicht auf betriebliche Bedürfnisse, dass der Begriff des «Vervielfältigens» in Art. 19 Abs. 1 Bst. c URG auch das Recht umfasse, die Vervielfältigungsexemplare betriebsintern zu verbreiten und elektronisch zugänglich zu machen³⁴. Schliesslich fügte der Gesetzgeber mit der Revision von 2007 einen Abs. 3^{bis} in die Bestimmung ein, welcher eine umfassende Erlaubnis für den Download ganzer Werke aus dem Internet erteilt³⁵. Durch diese Entwicklungen ist der Schutz der betrieblichen Privatsphäre deutlich gestärkt worden.

Ob diese durch die Praxis entwickelten kollektivrechtlichen Lösungen auch im internationalen Verhältnis tragfähig sind, ist allerdings unklar. So dürften die Verwertungsgesellschaften ausserhalb des Bereichs der nicht-theatralischen Mu-

22 BBl. 2006, 3430.

23 Egloff, a.a.O. (Fn. 5), 711 f.

24 Barrelet/Egloff, a.a.O. (Fn. 5), N. 3a zu Art. 24.

25 BGE 133 III 478; Auf der Maur/Keller, Privatkopie: Ein wohlverworbenes Recht?, sic! 2004, 79 ff.; Barrelet/Egloff, a.a.O. (Fn. 5), N. 5 zu Art. 19.

26 Dazu auch Egloff, Revisionsbedarf beim urheberrechtlichen Eigengebrauch?, medialex 2006, 37; Häuptli, a.a.O. (Fn. 5), 41 f.

27 AmtlBull. NR 2007, 1202.

28 Dazu Giudicelli, La personalità della persona giuridica, in FS Tercier, Fribourg 1993, 183 ff., Nobel, Gedanken zum Persönlichkeitschutz juristischer Personen, in FS Pedrazzini, Bern 1990, 411 ff., sowie die beiden bundesgerichtlichen Leitentscheide BGE 95 II 488 und 97 II 100.

29 Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG.

30 Art. 19 Abs. 1 Bst. c URG.

31 Art. 9 Abs. 2 RBÜ (SR 0.231.15); siehe unten Ziffer V.3.

32 BBl. 1989 III 540; vgl. auch Gasser, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997, 110 f.

33 Hefti, SIWR, 2.A., Basel/Frankfurt a.M. 2002, 549 ff.

34 BGE 133 III 478 f.; ähnlich auch schon Cherpillod, SIWR, 2.A., Basel/Frankfurt a.M. 2002, 277 f.; Gasser, in Müller/Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Bern 2006, N. 21 zu Art. 19; Hilty, Elektronische Pressespiegel: iura novit curia?, sic! 2003, 270; Stauffacher, Neue Nutzungsformen – neuer Gemeinsamer Tarif, medialex 2004, 7.

35 Vgl. dazu BBl. 2006, 3429.

sik in vielen Fällen über Exklusivrechte an ausländischen Werken und Leistungen gar nicht verfügen. Sie könnten daher eigentlich auch keine die gesetzliche Lizenz überschreitende Erlaubnis erteilen. Umgekehrt ist festzustellen, dass bisher keine Berechtigten diese Regelungen infrage gestellt haben. Sie haben sie also wohl als sachadäquate und ihren Interessen Rechnung tragende Lösung akzeptiert.

Für die wissenschaftliche Forschung bedeutet dies, dass sie immer dann von einer Schutzausnahme profitieren kann, wenn sie sich im privaten oder im betrieblichen Bereich abspielt. Private Nutzungen oder Nutzungen innerhalb einer Institution sind in aller Regel erlaubt, andere nicht. Die Verwendung geschützter Werke und Leistungen zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung ist daher trotz Fehlens einer spezifischen gesetzlichen Schutzausnahme im privaten Bereich grundsätzlich erlaubt, im betrieblichen Bereich so lange, als keine betriebsfremden Personen einbezogen und die allenfalls verbleibenden Schranken des Art. 19 Abs. 3 URG beachtet werden. Dagegen wird eine Nutzung der gleichen Werke und Leistungen über Unternehmens- oder Institutionsgrenzen hinweg fast immer einer auf den Einzelfall bezogenen Erlaubnis bedürfen.

3. Die Regelung technischer Schutzmassnahmen

Mit der Gesetzesrevision von 2007 ist in das URG auch der von den WIPO-Verträgen von 1996 verlangte rechtliche Schutz technischer Schutzmassnahmen eingefügt worden. Art. 39a URG statuiert ein entsprechendes Umgehungsverbot wie auch das Verbot, Vorrichtungen und Erzeugnisse, welche Umgehungen ermöglichen oder erleichtern, erhältlich zu machen. Verstösse gegen diese Verbote können nicht nur zivilrechtlich verfolgt werden, sondern sind gemäss Art. 69a URG auch strafbar.

Allerdings kann das Umgehungsverbot gegenüber denjenigen Personen nicht geltend gemacht werden, welche die Umgehung ausschliesslich zum Zwecke einer gesetzlich erlaubten Verwendung vornehmen³⁶. Dies bedeutet, dass die Umgehung beispielsweise zum privaten oder betrieblichen Eigengebrauch zwar unerlaubt bleibt, rechtlich aber nicht sanktioniert werden kann³⁷. Wer in der Lage ist, Zugangs- oder Kopiersperren zu umgehen, darf dies zu einem erlaubten Zweck also tun, ohne Sanktionen befürchten zu müssen.

Für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Umgehung wirkamer technischer Schutzmassnahmen, durch welche Exemplare geschützter Werke oder Leistungen gegen eine unautorisierte Nutzung gesichert sind, für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung sind daher die allgemeinen urheberrechtlichen Regelungen massgeblich. Die Umgehung von Zugangs- oder Kopiersperren ist erlaubt, wenn die beabsichtigte Nutzung erlaubt ist. Sie ist verboten, wenn es sich um eine unerlaubte Nutzung handelt. Insofern hat das Umgehungsverbot keine eigenen materiell-rechtlichen Auswirkungen.

Allerdings ist durchaus denkbar, dass diese technischen Schutzmassnahmen indirekte Auswirkungen auch bei erlaubten Werkverwendungen zeitigen, indem solche Nutzungen zwar nicht rechtlich, aber faktisch behindert oder gar verunmög-

licht werden. Um solche Entwicklungen feststellen und ihnen gegebenenfalls entgegenwirken zu können, sieht das Gesetz die Einsetzung einer speziellen Beobachtungsstelle vor³⁸. Diese hat zwar nur sehr beschränkte Kompetenzen, kann aber auf Probleme hinweisen und nötigenfalls gesetzgeberische Massnahmen anregen.

V. Zur Notwendigkeit eines gesetzlichen Forschungsprivilegs

Zeigt sich somit, dass urheberrechtliche Regelungen für die Möglichkeiten und Modalitäten wissenschaftlicher Forschung relevant sind, so schliesst sich die Frage an, ob die dargelegten rechtlichen Bestimmungen den Erfordernissen der Praxis in genügender Weise Rechnung tragen. Tragen die geltenden Regelungen zur Stärkung der Forschungsfreiheit bei, oder stellen sie eher Hindernisse dar? Und welche Anpassungen wären allenfalls notwendig?

1. Kritik der geltenden Regelung

Wie dargelegt, ermöglicht die Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG eine private wissenschaftliche Forschung praktisch uneingeschränkt. Geschützte Werke und Leistungen dürfen beliebig verwendet werden. Auch dürfen für Recherchen und für die Herstellung von Vervielfältigungen Dritte beigezogen werden, soweit die Schranken von Art. 19 Abs. 3 URG beachtet werden. Solche Dritte können auch Institutionen der Informationsvermittlung wie Bibliotheken, Dokumentations- und Medienbeobachtungsdienste sein³⁹. Nicht unter die Schutzausnahme fällt dagegen die Publikation der Forschungsergebnisse. Deren Zulässigkeit richtet sich nach den übrigen Bestimmungen des URG.

Die Schutzausnahme für den betrieblichen Bereich ist deutlich enger. Sie erlaubt lediglich die Vervielfältigung von Werkexemplaren und – gemäss dem zitierten Urteil des Bundesgerichts – die betriebsinterne Verbreitung der Kopien. Nach dem Wortlaut des Gesetzes dürften Vervielfältigungen von im Handel erhältlichen Werkexemplaren nur auszugsweise erfolgen, doch ist diese Beschränkung durch die Praxis der Verwertungsgesellschaften aufgeweicht worden. Ebenso ist der Download aus dem Internet uneingeschränkt zulässig⁴⁰. Die Verwendung geschützter Werke und Leistungen für die betriebliche oder institutionelle wissenschaftliche Forschung ist daher so lange erlaubt, als sie die Betriebs- oder Instituts Grenzen nicht

36 Art. 39a Abs. 4 URG.

37 Barrelet/Egloff, a.a.O. (Fn. 5), N. 12 zu Art. 39a.

38 Art. 39b URG.

39 BGE 133 III 480 f.; Barrelet/Egloff, a.a.O. (Fn. 5), N. 20a zu Art. 19.

40 Art. 19 Abs. 3^{bis} URG spricht zwar nur vom Abruf «von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken», doch ist der Abruf aller anderen Werke aufgrund von Art. 19 Abs. 1 URG gleichwohl zulässig. Im zweiten Fall sind auf den Abruf aber die Schranken des Abs. 3 anwendbar (vgl. Barrelet/Egloff, a.a.O. [Fn. 5], N. 28d zu Art. 19, und Glarner, Werknutzungen im digitalen Zeitalter, sic! 2006, 641 ff.).

überschreitet. Die Publikation von Forschungsergebnissen fällt auch bei betrieblicher Forschung nicht unter die Schutz Ausnahme.

Bedeutsam an diesen Regelungen ist, dass sie nicht auf das einzelne Werk oder einzelne Leistungen abstellen, sondern Werkverwendungen pauschal und ohne Rücksicht auf den Einzelfall erlauben. Das ist deshalb besonders wichtig, weil es für die Zulässigkeit einzelner Arbeitsschritte nicht darauf ankommen sollte, ob dafür verwendete Werke oder Leistungen im Handel erhältlich, über einen kommerziellen Internetdienst abrufbar oder in einem Bibliotheksbestand vorhanden sind oder ob sie sonst wie einem im Einzelfall abzuklärenden Kriterium genügen müssen, wie dies bei zahlreichen ausländischen Schutz ausnahmen, aber auch bei Art. 19 Abs. 3 Bst. a URG der Fall ist. Der Zugang zu wissenschaftlicher Information und die Modalitäten der Weiterverwendung dürfen nicht von solchen externen Faktoren abhängig sein. Wissenschaftliche Forschung kann sich auch nicht auf diejenigen Werke und Leistungen beschränken, deren Schutzdauer abgelaufen ist oder deren Autorinnen und Autoren den Zugang durch eine Open-Access-Lizenz bewusst ermöglicht haben. Darum ist wirklich ungehindertes Forschen an oder mit geschützten Werken und Leistungen nur aufgrund einer gesetzlichen Lizenz oder aufgrund einer Pflicht zur Kollektivverwertung möglich. Das Gleiche gilt für jede Form automatisierter Informationsverarbeitung, soweit sie auf eine möglichst vollständige Auswertung wissenschaftlichen Materials zielt.

Es liegt auf der Hand, dass die genannten Schutz ausnahmen diesen Bedürfnissen aktueller Forschung nur gerade in ihrem direkten Anwendungsbereich, also bei privater oder betriebsinterner Forschung, gerecht werden. Dagegen behindern sie alle Formen der Kooperation, weil sie keine institutionsübergreifende Nutzung von Werken und Leistungen erlauben. Wo die heutigen Regelungen auf freiwilliger Rechtseinräumung beruhen, also über die Schranken der gesetzlichen Lizenzen hinausreichen, ist in vielen Fällen zweifelhaft, ob die Verwertungsgesellschaften überhaupt über die entsprechenden Rechte verfügen, was für international ausgerichtete Forschung ein nicht unerhebliches Risiko darstellt. Weiter ist zu beachten, dass die bestehenden Schutz ausnahmen zwar die konkrete Forschungsarbeit privilegieren, nicht aber externe Infrastruktureinrichtungen, welche für diese Forschungsarbeit allenfalls notwendig sind⁴¹. Deren Privilegierung bezieht sich nur auf Sicherung und Erhaltung der eigenen Bestände und auch dies nur, soweit es sich um öffentlich zugängliche Einrichtungen handelt. Schliesslich regeln die Schutz ausnahmen auch nichts in Bezug auf den Zugang zu wissenschaftlicher Information⁴². Sollen urheberrechtliche Regelungen also so ausgestaltet sein, dass sie wissenschaftliche Forschung umfassend privilegieren, so besteht nicht unerheblicher Anpassungsbedarf.

2. Mögliche Ausgestaltung eines Forschungsprivilegs

Eine Privilegierung der Verwendung geschützter Werke und Leistungen für die wissenschaftliche Forschung müsste sowohl auf der Ebene der Infrastruktur als auch bei der konkreten Nutzung ansetzen. Zum einen müsste die Bestimmung von

Art. 24 Abs. 1^{bis} URG so ergänzt werden, dass öffentlich zugängliche Bibliotheken und sonstige Dokumentationseinrichtungen auch Werkverwendungen im Bereich der Katalogisierung, der Recherche wie auch der Vermittlung von Informationen auf der Grundlage dieser gesetzlichen Lizenz ausüben können. Insbesondere müsste es ihnen möglich sein, ihre digitalisierten Werkbestände den Nutzerinnen und Nutzern für automatisiertes Data-Mining zur Verfügung zu stellen.

Zum andern sollte die Verwendung geschützter Werke und Leistungen zur wissenschaftlichen Forschung als privilegierter Nutzungszweck verankert werden, welcher nicht durch individuell ausgeübte Exklusivrechte beeinträchtigt werden darf. Dementsprechend ist für die Geltendmachung solcher Rechte mindestens eine Verwertungspflicht einzuführen, wie sie etwa für das Weitersenden von Radio- und Fernsehprogrammen besteht⁴³. Denkbar wäre auch die Verankerung einer gesetzlichen Lizenz. In beiden Fällen wäre die Nutzung mit einer pauschal zu entrichtenden, nach den Kriterien des Art. 60 URG zu bemessenden Vergütung zugunsten der Berechtigten an genutzten Werken und Leistungen zu verbinden.

Beide Regelungen sollten sowohl die kommerzielle als auch die nicht kommerzielle wissenschaftliche Forschung betreffen. Angesichts der Vermischung privater und öffentlicher Forschungstätigkeiten, aber auch der zahllosen Mischformen bei der Finanzierung solcher Aktivitäten stellt die Unterscheidung zwischen einer tendenziell nicht kommerziellen und einer tendenziell kommerziellen wissenschaftlichen Forschung keine praktikable Abgrenzung dar. Sie ist auch inhaltlich nicht gerechtfertigt, da sie nichts über Wert oder Unwert einer konkreten wissenschaftlichen Forschungsarbeit besagt. Hingegen kann sich die kommerzielle Nutzbarkeit allenfalls in der Höhe der zu entrichtenden Vergütung niederschlagen.

3. Der Drei-Stufen-Test als Hindernis?

Wird die Notwendigkeit eines urheberrechtlichen Forschungsprivilegs bejaht, so stellt sich die Frage, ob seine gesetzliche Verankerung mit den konventionsrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar wäre. Hindernisse könnten sich allenfalls aus dem Drei-Stufen-Test ergeben, wie er in Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS-Abkommen⁴⁴ sowie in Art. 10 WCT und Art. 16 WPPT verankert ist. Danach müssen Schutz ausnahmen auf bestimmte Sonderfälle eingegrenzt werden, sie dürfen die normale Verwertung eines Werkes nicht beeinträchtigen, und sie dürfen die berechtigten Interessen der Urheberinnen und Urheber bzw. der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber nicht unangemessen verletzen.

Zunächst ist angesichts der Vorgaben im internationalen Recht klar, dass die Werkverwendung zur wissenschaftlichen Forschung als bestimmter Sonderfall qualifiziert werden kann. Es handelt sich um eine abgrenzbare Sondernutzung, die nicht nur im europäischen Urheberrecht, sondern auch im Patent-

41 Dazu Hilty, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR int. 2006, 179 ff.

42 Egloff, a.a.O. (Fn. 5), 712 ff.

43 Art. 22 URG.

44 SR 0.632.20, Anhang 1C.

recht mit besonderen Rechtsfolgen verbunden ist. Dies gilt sowohl für die kommerzielle als auch für die nicht kommerzielle wissenschaftliche Forschung.

Weiter stellt auch ein sehr weit gefasstes urheberrechtliches Forschungsprivileg die normale Verwertung von Werken nicht infrage. Es erlaubt die Verwendung gedruckter, im Internet zugänglich gemachter oder sonst wie publizierter Werke und Leistungen für eine punktuelle Weiterverwendung, eben für die konkrete Forschungsarbeit. Im Bereich von Film und Musik kann es die Aufführung oder Vorführung von Werken und Leistungen in einem ganz bestimmten Kontext erlauben. Es ist nicht zu sehen, wie solche Nutzungen die normale Verwertung der Werke und Leistungen, insbesondere die ursprüngliche Publikationstätigkeit oder auch die öffentliche Aufführung von Musik oder die öffentliche Vorführung audiovisueller Werke, beeinträchtigen könnten. Wissenschaftliche Forschung kann in Bezug auf die verwendeten Werke und Leistungen immer nur eine marginale Zweitnutzung sein, welche früher oder später an eine abgeschlossene Erstnutzung anknüpft. Auch aus der zweiten Teststufe ergeben sich daher keine durchschlagenden Einwendungen gegen ein Forschungsprivileg.

Bei der dritten Teststufe stellt sich vorerst die Frage, wessen Interessen hier gegen das öffentliche Interesse an der Schrankenregelung abgewogen werden sollen. Nach der massgebenden französischen Fassung der RBÜ⁴⁵ sind es die Urheberinnen und Urheber, nach Art. 13 TRIPS-Abkommen sind es die Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber. Soweit es um wissenschaftliche Veröffentlichungen geht, sind die Autorinnen und Autoren in aller Regel vorrangig an einer grösstmöglichen Verbreitung und Nutzung ihrer Arbeiten und an Referenzen in späteren Forschungsarbeiten interessiert, da dies für ihr wissenschaftliches Renommee ausschlaggebend ist. Finanzielle Erträge können ebenfalls angestrebt sein, bleiben aber zweitrangig. Demgegenüber steht für die Verlage der kommerzielle Nutzen, allenfalls auch aus Zweitverwertungen, im Vordergrund. Es besteht also nicht nur ein Interessengegensatz zwischen der wissenschaftlichen Öffentlichkeit, die auf einen möglichst uneingeschränkten Zugang zu wissenschaftlicher Information angewiesen ist⁴⁶, und den Berechtigten an diesen Werken und Leistungen, sondern auch zwischen Urheberinnen und Urhebern einerseits und Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern andererseits. Dieser zweite Interessengegensatz kann durch eine Pflicht zur Kollektivverwertung oder durch die Einführung einer gesetzlichen Lizenz am ehesten ausgeglichen werden, da dadurch sowohl die Verbreitung gesichert als auch eine Vergütungspflicht verankert wird. Dabei führt die kollektive Verwertung dazu, dass auch Urheberinnen und Urheber an einem eventuellen pekuniären Ertrag beteiligt werden⁴⁷. Somit trägt eine derartige Lösung sowohl den Interessen der Urheberinnen und Urheber als auch der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber in angemessener Weise Rechnung. Da sie gleichzeitig auch dem öffentlichen Informationsinteresse entspricht und den bestmöglichen Zugang zu wissenschaftlicher Information öffnet, kann sie für keine Seite als im Sinne der dritten Stufe unzumutbar bezeichnet werden⁴⁸.

VI. Ergebnis

Es ergibt sich somit, dass die Verwendung geschützter Werke und Leistungen für die wissenschaftliche Forschung sowohl im Bereich der Informationsvermittlung als auch hinsichtlich der Nutzung selbst privilegiert werden sollte. Der gesetzlichen Verankerung entsprechender Schutzausnahmen stehen die internationalrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz nicht entgegen. Vielmehr erscheint die Einführung eines Zwangs zur Kollektivverwertung oder einer gesetzlichen Lizenz als angemessene Lösung eines Interessengegensatzes, der sich durch fortschreitende Digitalisierung und durch die damit verbundenen Auswirkungen urheberrechtlicher Regelungen auf Möglichkeiten und Modalitäten wissenschaftlicher Forschung akzentuiert.

Ein solches urheberrechtliches Forschungsprivileg könnte nicht zuletzt der Schweiz als Forschungsplatz zusätzliche Attraktivität verleihen. Dabei bietet die Tatsache, dass die Schweiz an keinen Numerus clausus von Schrankenbestimmungen gebunden ist, wie er in Art. 5 Abs. 3 Bst. o EU-Richtlinie 2001/29/EG enthalten ist, eine nicht zu unterschätzende Chance.

Zusammenfassung Im Gegensatz zum Patentrecht und zu den einschlägigen Regelungen des EU-Rechts enthält das schweizerische Urheberrecht kein Forschungsprivileg. Demzufolge gibt es eine privilegierte Verwendung geschützter Werke und Leistungen für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung im Wesentlichen nur im Rahmen des privaten oder betrieblichen Eigengebrauchs. Diese Regelungen bilden aber in verschiedener Hinsicht einen allzu restriktiven Rahmen. Sie sollten daher durch eine Schutzausnahme ergänzt werden, welche den Zugang zu geschützten Werken und Leistungen und deren ungehinderte Nutzung für wissenschaftliche Zwecke erlaubt. Ein solches Forschungsprivileg könnte in Form einer gesetzlichen Lizenz oder einer Pflicht zur Kollektivverwertung ausgestaltet sein.

Summary Unlike patents or community law in this matter, the Swiss copyrights legislation doesn't provide the searchers with any particular advantage. Hence using protected works or services for research use only gives right to a privileged treatment when it's for private purpose, meaning personal or within a firm. In many respects, this special dispensation seems too restrictive. It should be wise to complete it with an exception granting access to protected works or services and the freedom to use them for scientific research matters. Such privileges could take the shape of a legal license or of an obligation to collective management.

45 Gemäss Art. 37 Abs. 1 Bst. c RBÜ ist im Zweifelsfall die französische Fassung massgebend.

46 Hilty, a.a.O. (Fn. 41), 186 ff.; ders., Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Schweizer Modell vs. Europäische Vorgaben, sic! 2004, 966 ff.

47 Art. 49 Abs. 3 URG.

48 Vgl. die analogen Überlegungen in BGE 133 III 487 zu Presseauschnitts- und Dokumentenlieferdiensten.