

## Urteilkopf

140 III 616

91. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETHZ) gegen A. B.V. und Mitb. (Beschwerde in Zivilsachen)  
4A\_295/2014 vom 28. November 2014

## Regeste

**Art. 19 URG**; Vervielfältigungen durch Dritte im Rahmen des Eigengebrauchs; Umfang der zulässigen Vervielfältigung von Werkexemplaren.

Beurteilung der Zulässigkeit eines Dokumentenlieferdienstes einer Bibliothek (E. 3.1-3.6).

**Art. 19 Abs. 2 URG** schliesst die Weitergabe einer zulässigerweise erstellten Kopie an den Berechtigten durch Versendung per Post oder per E-Mail nicht aus (E. 3.4).

Umfang der zulässigen Vervielfältigung durch Dritte (E. 3.5).

Begriff der im Handel erhältlichen "Werkexemplare" nach **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** (E. 3.6).

Sachverhalt ab Seite 617

BGE 140 III 616 S. 617

## A.

**A.a** Die A. B.V., die B. KG und die C. GmbH (Klägerinnen, Beschwerdegegnerinnen) sind im Bereich der Publikation wissenschaftlicher, technischer und medizinischer Fachschriften tätig.

Die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETHZ, Beklagte, Beschwerdeführerin) ist eine autonome öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit.

**A.b** Die Beklagte betreibt einen Dokumentenlieferdienst. Im Rahmen dieses Dienstes scannt sie auf Anfrage eines (beliebigen) Bestellers hin Auszüge aus in der Bibliothek vorhandenen Zeitschriften oder Sammelbänden ein oder kopiert diese auf analoge Weise und sendet daraufhin die angefertigte Kopie dem Besteller per E-Mail (als PDF-Datei) oder per Post zu. Von gewissen Benützern wird dafür eine Gebühr erhoben.

Die Klägerinnen stellen sich auf den Standpunkt, der Dokumentenlieferdienst verletze ihre Urheberrechte und sei daher unzulässig. Die Beklagte ist der Ansicht, ihre Dienstleistung bewege sich im Rahmen des urheberrechtlich zulässigen Eigengebrauchs.

**B.** Am 19. Dezember 2011 erhoben die Klägerinnen beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage, im Wesentlichen jeweils mit den Anträgen, es sei der Beklagten unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach **Art. 292 StGB** im Widerhandlungsfall zu verbieten, Artikel aus fünf namentlich aufgeführten wissenschaftlichen Zeitschriften zum Zwecke der Dokumentenlieferung zu vervielfältigen oder vervielfältigen zu lassen und elektronisch zu versenden oder versenden zu lassen (Antrags-Ziffer 1). Eventualiter sei der Beklagten zu verbieten, Artikel aus dem Printbestand der in Antrags-Ziffer 1 genannten Zeitschriften in ihrer Bibliothek zu scannen oder scannen zu lassen und anschliessend per E-Mail zu versenden oder versenden zu lassen (Antrags-Ziffer 2). Subeventualiter sei der Beklagten zu verbieten, bestimmte Zeitschriftenartikel zum Zwecke der Dokumentenlieferung zu vervielfältigen oder vervielfältigen zu lassen und elektronisch zu versenden oder versenden zu lassen (Antrags-Ziffer 3).

Mit Urteil vom 7. April 2014 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich jeweils Ziffern 1 und 2 der Rechtsbegehren der Klägerinnen ab (Dispositiv-Ziffern 1-3). Das Handelsgericht erwog, die Klägerinnen hätten nicht rechtsgenügend behauptet, die Urheberrechte an den fraglichen wissenschaftlichen Zeitschriften derivativ erworben zu haben.

BGE 140 III 616 S. 618

Demgegenüber sah das Handelsgericht die Urheberrechte an den jeweils in Antrags-Ziffer 3 bezeichneten Zeitschriftenartikeln, die unbestrittenermassen die Klägerinnen innehaben, als verletzt an. Entsprechend verbot es der Beklagten in Gutheissung der jeweiligen Antrags-Ziffer 3 unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach **Art. 292 StGB** im Widerhandlungsfall, sechs namentlich aufgeführte Artikel aus den fraglichen Zeitschriften zum Zwecke der Dokumentenlieferung zu vervielfältigen oder vervielfältigen zu lassen und elektronisch zu versenden oder versenden zu lassen (Dispositiv-Ziffer 4).

Das Handelsgericht erwog, die Auslegung von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** ergebe, dass der durch die Beklagte betriebene Dokumentenlieferdienst unter diese Bestimmung falle, weshalb diese Dienstleistung nicht erlaubt sei. Entsprechend sei die Unterlassungsklage im Sinne von **Art. 62 Abs. 1 lit. a URG** in Bezug auf die jeweils in Antrags-Ziffer 3 aufgeführten wissenschaftlichen Zeitschriftenartikel zu schützen.

Im Weiteren regelte es die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 5-7).

**C.** Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, es seien Dispositiv-Ziffern 4-7 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 7. April 2014 aufzuheben und es sei die Klage abzuweisen.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, es hebt Dispositiv-Ziffern 4-7 des angefochtenen Urteils auf und weist die Klage ab.

( Zusammenfassung )

## Erwägungen

Aus den Erwägungen:

**3.** Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, die Eigengebrauchsregelung nach **Art. 19 URG** (SR 231.1) in verschiedener Hinsicht unzutreffend ausgelegt zu haben.

**3.1** Die Vorinstanz hielt dafür, es seien die zur Diskussion stehenden wissenschaftlichen Aufsätze selber, und nicht die Zeitschrift als Ganzes, als Werkexemplare im Sinne von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** einzustufen. Indem die Beschwerdeführerin auf Bestellung einzelne Zeitschriftenaufsätze kopiere, die auch über die Online-Archive der Beschwerdegegnerinnen erhältlich sind, erstelle sie vollständige Vervielfältigungen im Handel erhältlicher Werkexemplare

BGE 140 III 616 S. 619

im Sinne von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG**. Alle Tatbestandsmerkmale dieser Bestimmung seien bei einer zeitgemässen Auslegung als erfüllt zu erachten, weshalb der von der Beschwerdeführerin betriebene Dokumentenlieferdienst darunter falle.

Den Einwand, eine solche Auslegung der Eigengebrauchsregelung gefährde das öffentliche Informationsinteresse, da sie allgemein zur Unzulässigkeit der Vervielfältigung einzelner Aufsätze führe, liess die Vorinstanz nicht gelten. Es müsse der Öffentlichkeit im Rahmen der Eigengebrauchsregelung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 i.V.m. **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** nämlich auch beim gleichzeitigen elektronischen Angebot von Einzelartikeln durch die Verlage nach wie vor erlaubt sein, in Bibliotheken Kopien von Werkexemplaren anzufertigen oder anfertigen zu lassen. Dies sei möglich, da der private Kreis gemäss **Art. 19 Abs. 1 lit. a URG**, der nach **Art. 19 Abs. 2 URG** die Hilfe einer Bibliothek zur Vervielfältigung in Anspruch nehme, nach zutreffender Auffassung gar nicht unter **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** falle; die bis anhin übliche Unterscheidung des Privatgebrauchs im engeren vom Privatgebrauch im weiteren Sinne könne nicht aufrechterhalten werden. Das (vollständige) Kopieren eines im Handel erhältlichen Werkexemplars mit Hilfe eines von einer Bibliothek zur Verfügung gestellten Kopiergeräts sei demnach einer natürlichen Person gestattet, welche die Vervielfältigung zu ihrem eigenen persönlichen Gebrauch verwende. Dabei sei auch die durch den Konsumenten auf einem Scanner der Bibliothek vorgenommene digitale Kopie und die hernach eigenhändig vorgenommene elektronische Versendung an seine eigene E-Mail-Adresse auf einem durch die Bibliothek zur Verfügung gestellten Computer als rechtmässig zu erachten. Hingegen gehöre die Versendung von Kopien durch die Bibliothek nicht zu den nach **Art. 19 Abs. 2 URG** zulässigen Handlungen eines Dritten, zumal die Bestimmung lediglich den Terminus "Herstellen" verwende, der die Anfertigung einer digitalen oder analogen Kopie abdecke, jedoch nicht deren anschliessende Versendung.

Der von der Beschwerdeführerin betriebene Dokumentenlieferdienst falle unter **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** und sei daher unzulässig. Der Konsument, der unter die Schrankenbestimmung von **Art. 19 Abs. 1 lit. a-c URG** zu subsumieren sei, könne jedoch nach wie vor - der in den Bibliotheken gängigen Kopierpraxis entsprechend - eine Kopie eines wissenschaftlichen Aufsatzes auf einem durch die Bibliothek zur Verfügung gestellten Kopiergerät herstellen oder herstellen

BGE 140 III 616 S. 620

lassen, auch wenn dieser Artikel gleichzeitig durch einen Verlag auf einer Online-Plattform angeboten werde. Auch eine Prüfung nach dem sog. Dreistufentest gemäss Art. 9 Abs. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971 (SR 0.231.15; nachfolgend: RBÜ) ergebe, dass die von der Beschwerdeführerin angebotene Dienstleistung nicht zulässig sei.

**3.2** Nach **Art. 10 Abs. 1 URG** hat der Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird. Dieses Recht umfasst nach **Art. 10 Abs. 2 URG** insbesondere das Vervielfältigungsrecht (lit. a), das Verbreitungsrecht (lit. b) und das Recht des Zugänglichmachens (lit. c). Gleichzeitig sieht das Gesetz zugunsten allgemeiner Interessen Beschränkungen des Urheberrechts vor, so insbesondere in **Art. 19 URG** hinsichtlich der zulässigen Verwendung zum Eigengebrauch. Im vorgesehenen Rahmen bedarf die Werkverwendung nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, sie unterliegt aber nach Massgabe von **Art. 20 Abs. 2 URG** der Vergütungspflicht, wobei die entsprechenden Vergütungsansprüche nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können (**Art. 20 Abs. 4 URG**).

Nach **Art. 19 Abs. 1 URG** gilt als zulässiger Eigengebrauch "jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde" (lit. a), "jede Werkverwendung der Lehrperson für den Unterricht in der Klasse" (lit. b) sowie "das Vervielfältigen von Werkexemplaren in Betrieben, öffentlichen Verwaltungen, Instituten, Kommissionen und ähnlichen Einrichtungen für die interne Information oder Dokumentation" (lit. c).

**Art. 19 Abs. 2 URG** erweitert den Geltungsbereich des Eigengebrauchs, indem der zum Eigengebrauch Berechtigte "unter Vorbehalt von Absatz 3 die dazu erforderlichen Vervielfältigungen auch durch Dritte

herstellen lassen [darf]", so insbesondere durch Bibliotheken und andere öffentliche Institutionen, aber auch durch Geschäftsbetriebe. Nach dem vorbehaltenen Absatz 3 ist "[a]usserhalb des privaten Kreises nach Absatz 1 Buchstabe a" unter anderem "die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare" unzulässig (lit. a).

**3.3** Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde

BGE 140 III 616 S. 621

liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (**BGE 140 III 206** E. 3.5.4; **BGE 140 IV 1** E. 3.1, **BGE 140 IV 28** E. 4.3.1; **BGE 140 V 8** E. 2.2.1; je mit Hinweisen).

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, unter anderem, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (**BGE 140 II 129** E. 3.2; **BGE 140 IV 108** E. 6.4; **BGE 140 V 213** E. 4.1; je mit Hinweisen). Eine historisch orientierte Auslegung ist für sich allein nicht entscheidend; andererseits vermag aber nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers (die sich insbesondere aus den Materialien ergibt) aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichts bleibt, auch wenn es das Gesetz mittels teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung veränderten, vom Gesetzgeber nicht vorausgesehenen Umständen anpasst oder es ergänzt (**BGE 138 III 359** E. 6.2 S. 361; **BGE 137 V 13** E. 5.1 S. 17; vgl. auch **BGE 140 III 206** E. 3.5.3).

### 3.4

**3.4.1** Nach **Art. 19 Abs. 2 URG** ist es dem zum Eigengebrauch Berechtigten gestattet, die dazu erforderlichen Vervielfältigungen auch durch Dritte herstellen zu lassen ("en charger un tiers" bzw. "anche da un terzo"). Die Befugnis zum Eigengebrauch ist, wie grundsätzlich das ganze Urheberrechtsgesetz, technologieneutral ausgestaltet (BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, N. 7a zu Art. 10 und N. 7c zu **Art. 19 URG**; CHRISTOPH GASSER, in: Urheberrechtsgesetz [URG], Müller/Oertli [Hrsg.], 2. Aufl. 2012, N. 9a zu **Art. 19 URG**). Es spielt demnach keine Rolle, ob die entsprechende Vervielfältigung auf analoger oder digitaler Basis erfolgt (vgl. **BGE 133 III 473** E. 4.3).

BGE 140 III 616 S. 622

Die Vorinstanz stellt zu Recht nicht in Frage, dass der zum Eigengebrauch Berechtigte eine Bibliothek - hier sie von der Beschwerdeführerin betrieben wird - mit der Erstellung einer entsprechenden analogen oder digitalen Kopie beauftragen darf. Sie erachtet unter Hinweis auf den Sinn und Zweck der Bestimmung und insbesondere mit Blick auf den Terminus "herstellen" in **Art. 19 Abs. 2 URG** allerdings ausschliesslich die Anfertigung einer solchen Kopie für zulässig, nicht jedoch deren anschliessende Versendung, die "nicht zur rein technischen Durchführung der Herstellung einer Kopie" gehöre; ausserdem sei der Betrieb eines Dokumentenlieferdienstes und die damit einhergehende Versendung (per Post oder per E-Mail) von Vervielfältigungen gegen eine entsprechende kostendeckende Gebühr nicht Teil der Kernaufgabe von Bibliotheken.

**3.4.2** Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. **Art. 19 Abs. 2 URG** soll verhindern, dass ein Dritter (wie etwa eine Bibliothek), der die Kopie für den zum Eigengebrauch Berechtigten herstellt, **Art. 10 Abs. 2 lit. a URG** verletzt (**BGE 133 III 473** E. 4.3). Die Anwendbarkeit von **Art. 19 Abs. 2 URG** setzt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht voraus, dass sich die Dienstleistung des Dritten auf den technischen Kopiervorgang beschränkt, sofern mit den weiteren Handlungen nicht in fremde Urheberrechte eingegriffen wird (**BGE 133 III 473** E. 5). Der Dritte darf etwa auch aus eigenen Beständen kopieren, vorausgesetzt der tatsächliche Zugang zum Originalexemplar erfolgt rechtmässig; es ist für die Anwendbarkeit demnach nicht erforderlich, dass die berechtigte Person das Werkexemplar selbst zur Verfügung stellt (**BGE 133 III 473** E. 5.2 mit Hinweisen). Allerdings muss der zum Eigengebrauch Berechtigte selbst bestimmen, was kopiert werden soll; ein Kopieren auf Vorrat durch den Dritten ist damit ausgeschlossen (**BGE 133 III 473** E. 5.3; **BGE 128 IV 201** E. 3.4). Ausserdem sind die Einschränkungen nach **Art. 19 Abs. 3 URG** zu beachten.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann die Anwendbarkeit von **Art. 19 Abs. 2 URG** nicht mit der Begründung verneint werden, der Betrieb eines Dokumentenlieferdienstes gehöre nicht zum Kernbereich einer Bibliothek bzw. der entsprechende Dienst an sich sei nicht mit der *ratio legis* dieser Bestimmung in Einklang zu bringen. Ebenso wenig vermag die vorinstanzliche Auslegung zu überzeugen, wonach der in der erwähnten Bestimmung verwendete Terminus "herstellen" zwar die Anfertigung einer digitalen oder analogen Kopie abdecke, jedoch nicht deren anschliessende Versendung,

BGE 140 III 616 S. 623

ansonsten dem Gesetzeswortlaut nach Ansicht der Vorinstanz auch ein Hinweis auf das Versenden entnommen werden könnte ("[...]auch durch Dritte herstellen *und versenden* lassen [...]"). Zwar trifft zu, dass nach dem Wortlaut von **Art. 19 Abs. 2 URG** nur die Herstellung von Vervielfältigungen erwähnt wird. Dies ist jedoch folgerichtig, zumal mit der Bestimmung verhindert werden soll, dass derbegezogene Dritte, der sich selber nicht auf die Urheberrechtsschranke des Eigengebrauchs berufen kann, mit dem Kopiervorgang Art. 10 Abs. 2 lit. a URG verletzt. Eine weitergehende Ausnahme vom Urheberrechtsschutz sieht die Bestimmung für den Dritten nicht vor, weshalb seine über den Kopiervorgang hinausgehenden Handlungen danach zu beurteilen sind, ob sie anderweitig in fremde Nutzungsrechte nach **Art. 10 URG** eingreifen.

Entscheidend ist demnach für die Zulässigkeit der fraglichen Dienstleistung aus urheberrechtlicher Sicht, ob die - über den technischen Kopiervorgang hinausgehenden - Handlungen der Bibliothek urheberrechtlich relevant sind, indem sie fremde Urheberrechte verletzen. Werden mit dem Versenden der hergestellten Kopie an den zum Eigengebrauch Berechtigten keine Urheberrechte verletzt, ist diese Weitergabe zulässig und es erübrigt sich eine diesbezügliche Ausnahmebestimmung.

**3.4.3** Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, ist grundsätzlich nur die Vervielfältigung, nicht aber das Versenden einer Kopie an den Berechtigten ein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Dass es sich bei der Versendung einer einzelnen Kopie an den zum Eigengebrauch Berechtigten auf dessen Bestellung hin um ein Verbreiten nach **Art. 10 Abs. 2 lit. b URG** oder um ein Zugänglichmachen nach **Art. 10 Abs. 2 lit. c URG** handeln würde, bringen auch die Beschwerdegegnerinnen zu Recht nicht vor (dazu etwa HERBERT PFORTMÜLLER, in: Urheberrechtsgesetz [URG], Müller/Oertli [Hrsg.], 2. Aufl. 2012, N. 7 ff. zu **Art. 10 URG**).

Stellt das Versenden einer (erlaubterweise erstellten) Kopie an den zum Eigengebrauch berechtigten Auftraggeber keine urheberrechtliche Nutzungshandlung dar, besteht kein Anlass, diesen Vorgang eigens zu erlauben. Ist ein Dritter (wie etwa eine Bibliothek) nach **Art. 19 Abs. 2 URG** befugt, Kopien in analoger oder digitaler Form herzustellen, darf er diese auch an den zum Eigengebrauch Berechtigten versenden (so zutreffend auch GASSER, a.a.O., N. 25 zu **Art. 19 URG**; IVAN CHERPILLOD, in: Urheberrecht, SIWR Bd. II/1, von Büren/

BGE 140 III 616 S. 624

David [Hrsg.], 3. Aufl. 2014, Rz. 817; vgl. auch PIERRE-EMMANUEL RUEDIN, in: Commentaire romand, Propriété intellectuelle, 2013, N. 61 zu **Art. 19 URG**). Die Herstellung von Kopien durch den Dritten im Rahmen von **Art. 19 Abs. 2 URG** wird dem Auftraggeber als Vervielfältigungshandlung zugerechnet, was ein Verbreiten im Sinne des Urheberrechts durch eine entsprechende Weitergabe an diesen, die notgedrungen zu erfolgen hat, folgerichtig ausschliesst. Der fragliche Dokumentenlieferdienst nimmt in dieser Beziehung keine anderen Handlungen vor, als der zum Eigengebrauch Berechtigte selber vornehmen dürfte (vgl. **BGE 133 III 473 E. 5.4 S. 485**). Die Vorinstanz führt in diesem Zusammenhang zutreffend aus, dass der Berechtigte eine auf dem Scanner der Bibliothek erstellte digitale Kopie auch elektronisch an seine eigene E-Mail-Adresse versenden dürfe.

**3.4.4** Zwar trifft zu, dass bei Erlass von aArt. 19 URG (AS 1993 1803 f.) im Jahre 1992 von analogen Werkexemplaren ausgegangen wurde und eine Versendung über E-Mail wohl noch nicht zur Diskussion stand. Im Zeitpunkt der Gesetzesanpassung im Jahre 2007, die gerade vor dem Hintergrund eines nunmehr digitalen Umfelds erfolgte (vgl. **BGE 133 III 473 E. 4.5**), war die elektronische Versendung digitaler Dokumente allerdings bereits weit verbreitet. Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber infolge der Verfügbarkeit neuer Technologien den Eigengebrauch bezüglich digitaler Kopien einschränken wollte, sind jedoch nicht ersichtlich. Die Befugnis zum Eigengebrauch bleibt demnach auch hinsichtlich der Übergabe der Kopie an den Auftraggeber technologieneutral ausgestaltet (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 7c zu **Art. 19 URG**); auf teilweise geforderte Sonderschranken für digitale Vervielfältigungen durch Dritte wurde auch im Rahmen der Revision des Urheberrechtsgesetzes vom 5. Oktober 2007, mit der unter anderem die Eigengebrauchsregelung an das digitale Umfeld angepasst werden sollte, bewusst verzichtet (vgl. bereits **BGE 133 III 473 E. 4.5**).

Entgegen dem angefochtenen Entscheid schliesst **Art. 19 Abs. 2 URG** die Weitergabe einer zulässigerweise erstellten Kopie an den Berechtigten durch Versendung per Post oder per E-Mail nicht aus; vielmehr ist eine solche Weitergabe zulässig.

### 3.5

**3.5.1** Die Gesetzesauslegung im angefochtenen Entscheid ist auch insoweit unzutreffend, als die Vorinstanz davon ausgeht, dass der private Kreis gemäss **Art. 19 Abs. 1 lit. a URG**, der nach **Art. 19 Abs. 2 URG**

BGE 140 III 616 S. 625

die Hilfe einer Bibliothek zur Vervielfältigung eines Werkexemplars in Anspruch nimmt, nicht unter das Verbot von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** falle. Eine natürliche Person, die zum privaten Kreis gemäss **Art. 19 Abs. 1 lit. a URG** zu zählen sei, könne somit auf einem durch die Bibliothek zur Verfügung gestellten Kopiergerät Werkexemplare vollständig vervielfältigen oder durch das Personal vervielfältigen lassen. Eine solche (vollständige) Kopie auf privaten oder von der Bibliothek zur Verfügung gestellten Kopiergeräten bzw. durch das Bibliothekspersonal sei zudem auch den Personenkreisen nach **Art. 19 Abs. 1 lit. b und c URG** gestattet.

Diese Auslegung ist mit dem Gesetzeswortlaut, mit Sinn und Zweck sowie der Gesetzessystematik nicht vereinbar. Das Bundesgericht entschied bereits unter der damaligen Gesetzesfassung, dass nach Art. 19 aAbs. 3 lit. a URG die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare ausserhalb des privaten Kreises nach **Art. 19 Abs. 1 lit. a URG** unzulässig ist. Es erwog, die Bestimmung von Art. 19 aAbs. 2 URG betreffend das Herstellenlassen von Werkexemplaren zum Eigengebrauch durch Dritte stehe unter dem Vorbehalt von Art. 19 aAbs. 3 lit. a URG. Entsprechend sei es erlaubt, zum Eigengebrauch nach **Art. 19 Abs. 1 lit. a URG** Auszüge aus im Handel erhältlichen Werkexemplaren (etwa Büchern, Videofilmen etc.) durch einen Dritten im Sinne von Art. 19 aAbs. 2 URG kopieren zu lassen; hingegen sei es untersagt, im Handel erhältliche Werkexemplare vollständig oder weitgehend vollständig zum Eigengebrauch durch Dritte vervielfältigen zu lassen (**BGE 128 IV 201 E. 3.5**). Der Einwand der Vorinstanz, wonach die Erwägungen dieses Entscheids für den zu beurteilenden Fall nicht massgebend seien, da es sich im erwähnten Bundesgerichtsentscheid nicht um eine Bibliothek, sondern um eine Videothek gehandelt habe, verfährt nicht. Bei beiden handelt es sich unzweifelhaft um Dritte im Sinne von **Art. 19 Abs. 2 URG**; Bibliotheken werden sowohl in der damaligen als auch in der geltenden Fassung ausdrücklich angeführt und unterliegen hinsichtlich des Umfangs der zulässigen Vervielfältigungen denselben Einschränkungen.

**3.5.2** An dieser Rechtslage hat sich mit der Neufassung von **Art. 19 URG** im Jahre 2007 (in Kraft seit 1. Juli 2008) nichts geändert; sie wird durch den angepassten Wortlaut vielmehr klargestellt: Bereits im soeben erwähnten Entscheid wie auch im nachfolgenden Urteil zur Zulässigkeit der Erstellung von Pressespiegeln wies das

BGE 140 III 616 S. 626

Bundesgericht auf die damals vorgeschlagene Anpassung von Art. 19 aAbs. 2 URG hin, nach der die Herstellung von Kopien durch Dritte ausdrücklich unter dem Vorbehalt von Abs. 3 stehen soll (**BGE 133 III 473 E. 5.2**; **BGE 128 IV 201 E. 3.5 S. 215**). Die geltende Fassung von **Art. 19 Abs. 2 URG** - die im Übrigen vor dem Hintergrund eines nunmehr digitalen Umfelds verabschiedet wurde (vgl. **BGE 133 III 473 E. 4.5**), weshalb der Einwand nicht verfährt, Online-Dienste von Verlagen hätten im Erlasszeitpunkt noch nicht existiert - erwähnt diesen Vorbehalt nunmehr ausdrücklich.

Wie bereits in der Botschaft zur Gesetzesrevision ausgeführt, steht damit auch aufgrund des Wortlauts fest, dass für Kopien, die von Dritten auf Bestellung einer nach **Art. 19 Abs. 1 URG** zum Eigengebrauch berechtigten Person hin hergestellt werden, in jedem Fall die in **Art. 19 Abs. 3 URG** enthaltenen Einschränkungen gelten (Botschaft vom 10. März 2006 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BBl 2006 3429 Ziff. 2.4 zu Art. 19 VE-URG; vgl. bereits die Botschaft vom 19. Juni 1989 zum Urheberrechtsgesetz, BBl 1989 III 541; vgl. auch GASSER, a.a.O., N. 28 zu **Art. 19 URG**). Ausserdem verdeutlicht die Anpassung des Wortlauts von **Art. 19 Abs. 3 URG**, dass mit dem privaten Kreis, der von der Einschränkung dieser Bestimmung ausgenommen ist, nur der in Abs. 1 lit. a URG umschriebene Kreis gemeint ist. Das vollständige Kopieren eines im Handel erhältlichen Werkexemplars ist demnach weiterhin nur einer natürlichen Person gestattet, die diese Kopie zu ihrem eigenen persönlichen Gebrauch verwendet und darf nur von ihr selbst oder einer Person vorgenommen werden, die zum Verwandten- oder Freundeskreis gehört (BBl 2006 3429 Ziff. 2.4 zu Art. 19 VE-URG; vgl. auch GASSER, a.a.O., N. 30 zu **Art. 19 URG**; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 22 zu **Art. 19 URG**; CHERPILLOD, a.a.O., Rz. 781; RUEDIN, a.a.O., N. 67 zu **Art. 19 URG**; RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2011, § 17 Rz. 227 S. 199; vgl. auch FRANÇOIS DESSEMONTET, Le droit d'auteur, 1999, Rz. 438).

Dieses Ergebnis entspricht auch der Gesetzessystematik, indem Abs. 1 lit. a von **Art. 19 URG** zunächst den privaten Kreis definiert, in dem die Werkverwendung natürlichen Personen - ohne Einschaltung eines Dritten nach **Art. 19 Abs. 2 URG** (vgl. GASSER, a.a.O., N. 6 zu **Art. 19 URG**) - offensteht, sodann in Abs. 2 der Beizug Dritter zur Vervielfältigung in beschränktem Rahmen (d.h. unter Vorbehalt von Abs. 3) als zulässig erklärt wird, und in Abs. 3

BGE 140 III 616 S. 627

Ausnahmen vom zulässigen Eigengebrauch vorgesehen sind, die wiederum innerhalb des beschränkten Kreises nach Abs. 1 lit. a nicht gelten. Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass auch **Art. 20 URG** auf der Unterscheidung zwischen Privatgebrauch im engeren Sinne (**Art. 19 Abs. 1 lit. a URG**, d.h. ohne Einsatz eines Dritten) und Privatgebrauch im weiteren Sinne (d.h. mit Beizug eines Dritten nach **Art. 19 Abs. 2 URG**) beruht, indem der erstgenannte Eigengebrauch nach Abs. 1 - abgesehen von einer hier nicht interessierenden Ausnahme - für vergütungsfrei erklärt wird, während beim Beizug eines Dritten für die Vervielfältigung nach Abs. 2 eine Vergütung geschuldet ist. Die vorinstanzliche Auffassung, wonach die Unterscheidung zwischen Privatgebrauch im engeren und Privatgebrauch im weiteren Sinne aufzugeben sei, ist auch unter diesem Gesichtspunkt nicht haltbar.

Entgegen dem angefochtenen Entscheid widerspricht die erwähnte Unterscheidung auch nicht dem Grundgedanken von **Art. 19 Abs. 2 URG**, wonach sich jemand, der kein eigenes Kopiergerät zur Verfügung hat, auf die Hilfe von Dritten, insbesondere einer Bibliothek, stützen kann (vgl. **BGE 133 III 473 E. 4.3** mit Hinweis auf BBl 1989 III 540). Es trifft gerade nicht zu, dass das Kopieren von (vollständigen) Werkexemplaren mit Hilfe von Dritten aus Gründen der Praktikabilität bzw. der Umsetzbarkeit (es steht nicht allen Personen ein privat genutztes Kopiergerät zur Verfügung) unbeschränkt zugelassen werden soll. Der von der Vorinstanz als unbefriedigend erachtete Umstand, dass eine vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare nur im eng beschränkten Rahmen des Privatgebrauchs nach **Art. 19 Abs. 1 lit. a URG** zulässig ist und nicht mit Beizug eines Dritten im Sinne von **Art. 19 Abs. 2 URG** erfolgen darf, entspricht vielmehr dem klaren Willen des Gesetzgebers. Entgegen dem angefochtenen Entscheid vermag

an dieser Rechtslage auch die Haltung der Beschwerdegegnerinnen nichts zu ändern, die sich nach eigenem Bekunden einer Vervielfältigung mit den von der Bibliothek zur Verfügung gestellten Kopiergeräten oder durch das Bibliothekspersonal nicht entgegenstellen wollen, solange auf eine elektronische Versendung verzichtet werde.

**3.5.3** Die vorinstanzliche Auslegung würde etwa dazu führen, dass eine natürliche Person im Rahmen des Eigengebrauchs beispielsweise eine Bibliothek oder eine Videothek damit beauftragen könnte, für sie eine vollständige Kopie eines Buchs bzw. einer DVD oder CD anzufertigen. Dies sollte nach dem Willen des Gesetzgebers

BGE 140 III 616 S. 628

ausserhalb des privaten Kreises nach **Art. 19 Abs. 1 lit. a URG** gerade nicht zulässig sein. Der angefochtene Entscheid verkennt ausserdem, dass eine vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare zum Schulgebrauch (**Art. 19 Abs. 1 lit. b URG**) oder zum betriebsinternen Gebrauch (**Art. 19 Abs. 1 lit. c URG**) in jedem Fall verboten ist, mithin von der zum Eigengebrauch berechtigten Person auch nicht selbst vorgenommen werden darf (CHERPILLOD, a.a.O., Rz. 800 f., 822 f.; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 22 zu **Art. 19 URG**; GASSER, a.a.O., N. 30 zu **Art. 19 URG**; RUEDIN, a.a.O., N. 62 zu **Art. 19 URG**; vgl. auch **BGE 133 III 473 E. 3.1 S. 478**).

Die von der Vorinstanz zu Unrecht als zulässig erachteten Möglichkeiten, vollständige Kopien anzufertigen oder anfertigen zu lassen, wären auch mit **Art. 9 Abs. 2 RBÜ** unvereinbar, der den Verbandsländern eine Beschränkung des Vervielfältigungsrecht des Urhebers nur so weit gestattet, als die normale Auswertung des Werks nicht beeinträchtigt wird. Könnten Bibliotheken, andere öffentliche Institutionen und Geschäftsbetriebe (wie Videotheken oder Kopieranstalten) im Rahmen des Eigengebrauchs mit der vollständigen Vervielfältigung von Werkexemplaren (etwa in Form von Büchern, Zeitschriften, DVDs, CDs etc.) beauftragt werden, wäre die normale Werkauswertung nicht mehr gewährleistet (vgl. bereits BBI 1989 III 541).

**3.6** Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz zudem eine unzutreffende Auslegung des Begriffs der im Handel erhältlichen "Werkexemplare" nach **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** vor.

**3.6.1** Die Vorinstanz erwog, zur Beurteilung, ob eine (unzulässige) vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare vorliege, sei nicht nur auf die Zeitschrift abzustellen, aus der etwa ein Artikel kopiert wird, sondern es sei darüber hinaus zu berücksichtigen, ob der kopierte Artikel auch einzeln auf elektronischem Weg bezogen werden könne. Biete ein Verlag über ein Online-Archiv einzelne Zeitschriftenartikel zum Herunterladen an, stelle dieser Einzelartikel das Werkexemplar im Sinne von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** dar, und werde die zumindest weitgehend vollständige Vervielfältigung eines einzelnen Artikels widerrechtlich, selbst wenn als Kopiervorlage die Zeitschrift diene. Das vollständige Vervielfältigen eines Artikels sei immer dann unzulässig, wenn dadurch der durch die Verlage betriebene digitale

BGE 140 III 616 S. 629

Vertrieb direkt konkurrenziert werde. Die in der Botschaft 1989 verankerte Ansicht, wonach ein einzelner Aufsatz einer Zeitschrift nicht als "Werkexemplar" einzustufen sei (BBI 1989 III 541), erscheine angesichts des technologischen Wandels vom analogen zum digitalen Zeitalter nicht mehr haltbar. Die seit Jahren fortschreitende Entwicklung, wonach Verlage den Nutzern mittels eines von ihnen zusammengestellten Internetarchivs einzelne Artikel, die Teil eines Handelsguts sind, gegen Entgelt zum Download anbieten, könne nicht unbeachtet bleiben. Damit treffe aber auch die in der Botschaft 1989 getroffene Annahme nicht mehr zu, dass einzig bzw. erst die vollständige Kopie eines Handelsguts der Werkverbreitung Konkurrenz machen könne. Das Handelsgut habe sich in den letzten Jahren gewandelt: Der Durchschnittskonsument interessiere sich heute vielfach lediglich für einen spezifischen Artikel, nicht jedoch für das ganze Produkt, da oft der einzelne Artikel (und nicht die Zeitschrift oder das Buch als Ganzes) die den Endnutzer interessierende Thematik abhandle. Der Download eines einzelnen wissenschaftlichen Artikels sei für den Konsumenten überdies finanziell vorteilhafter als der Kauf des gesamten Produkts, d.h. der wissenschaftlichen Zeitschrift oder des (Lehr-)Buchs; die Verlage bedienten dieses Bedürfnis der Konsumenten im Gegenzug, indem sie einzelne Artikel auch online anböten.

Vor diesem Hintergrund dränge sich eine zeitgemässe Auslegung des Begriffs "Werkexemplar" auf, weshalb für die Beurteilung der Zulässigkeit von Vervielfältigungen die in Frage stehenden wissenschaftlichen Aufsätze selber (und nicht erst die Zeitschrift als Ganze) als Werkexemplare im Sinne von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** einzustufen und zu berücksichtigen seien.

**3.6.2** Gemäss dem in **Art. 9 Abs. 2 RBÜ** für die Vervielfältigung und in Art. 13 des Abkommens vom 15. April 1994 über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (SR 0.632. 20, Anhang 1C; TRIPS) sowie in Art. 10 des WIPO-Urheberrechtsvertrags vom 20. Dezember 1996 (WCT; SR 0.231.151) allgemein festgeschriebenen sog. Dreistufentest sind Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht wie auch von anderen Verwendungsrechten nur zulässig, wenn dadurch nicht die normale Werkauswertung beeinträchtigt oder die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzt werden (vgl. auch Art. 16 des WIPO-Vertrags vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger [WPPT; SR 0.231.171.1]). Der Gesetzgeber war demnach gezwungen, die durch **Art. 19 URG** gewährte

BGE 140 III 616 S. 630

gesetzliche Lizenz dort zu beschränken, wo der dadurch bewirkte wirtschaftliche Schaden allzu gross würde (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 21 zu **Art. 19 URG**); die unmittelbare Konkurrenzierung des Absatzes von Werkstücken durch Kopieren zum Eigengebrauch sollte eingedämmt werden (GASSER, a.a.O., N. 31 zu **Art. 19 URG**; BBI 1989 III 541).

Entsprechend schliesst **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** - ausserhalb des privaten Kreises nach **Art. 19 Abs. 1 lit. a URG** - die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare im Rahmen des Eigengebrauchs aus und erlaubt nur ein selektives Kopieren. Die Bestimmung dient damit der Verfeinerung der im Eigengebrauchsrecht vorgenommenen Interessenabwägung im Lichte der auf **Art. 9 Abs. 2 RBÜ** basierenden staatsvertraglichen Grundlagen und entspringt - wie die Eigengebrauchsregelung von **Art. 19 URG** insgesamt - dem gesetzgeberischen Bestreben, einen Ausgleich zwischen verschiedenen grundrechtlich geschützten Interessen herzustellen, so insbesondere zwischen der Eigentumsgarantie (**Art. 26 Abs. 1 BV**) einerseits und den Kommunikationsgrundrechten (Kulturfreiheit [**Art. 15 BV**], Meinungs- und Informationsfreiheit [**Art. 16 BV**], Medienfreiheit [**Art. 17 BV**], Anspruch auf Grundschulunterricht [**Art. 19 BV**], Wissenschaftsfreiheit [**Art. 20 BV**], Kunstfreiheit [**Art. 21 BV**] und Wirtschaftsfreiheit [**Art. 27 BV**]) andererseits (GASSER, a.a.O., N. 4 Vorbem. zu **Art. 19 ff. URG**, N. 31 zu **Art. 19 URG**).

**3.6.3** Bereits die Botschaft zum Urheberrechtsgesetz stellte klar, dass der Begriff der "Werkexemplare" in **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** nicht mit dem Werkbegriff nach **Art. 2 URG** gleichzustellen ist: Nicht der einzelne Zeitschriftenartikel aus einer wissenschaftlichen Zeitschrift, eine einzelne Kurzgeschichte aus einem Sammelband oder ein Musikstück einer Langspielplatte stellt das Werkexemplar dar, sondern das im Handel angebotene Exemplar in Form der Zeitschrift, des Sammelbands oder der Langspielplatte (BBI 1989 III 541: "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 einer Langspielplatte"). Entsprechend geht auch die Lehre grundsätzlich zutreffend davon aus, nicht das Werk im Sinne von **Art. 2 URG**, sondern die in sich abgeschlossene Verkaufseinheit gelte als Werkexemplar (GASSER, a.a.O., N. 37 zu **Art. 19 URG**), also diejenigen Objekte, die auf dem Markt

BGE 140 III 616 S. 631

angeboten werden: Bücher, Zeitungen, Zeitschriften, Filme, CDs, Videos, DVDs etc. (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 23 zu **Art. 19 URG**; vgl. auch CHERPILLOD, a.a.O., Rz. 800; DESSEMONTET, a.a.O., Rz. 426; RUEDIN, a.a.O., N. 71 zu **Art. 19 URG**).

In Abweichung vom erwähnten Grundsatz wird in der Lehre allerdings die Meinung vertreten, die von der Vorinstanz geteilt wurde, im Falle der gleichzeitigen Abrufbarkeit einzelner Zeitschriften- oder Zeitungsartikel über ein Internetarchiv entspreche der Begriff des Werkexemplars nach **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** dem Werkbegriff von **Art. 2 URG** (GASSER, a.a.O., N. 37a zu **Art. 19 URG**; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 23a zu **Art. 19 URG**; RUEDIN, a.a.O., N. 72 zu **Art. 19 URG**; REHBINDER/VIGANÒ, URG, 3. Aufl. 2008, N. 34 zu **Art. 19 URG**; DOMINIK P. RUBLI, Das Verbot der Umgehung technischer Massnahmen zum Schutz digitaler Datenangebote, 2009, Rz. 414 S. 283 f.; a.M. CHERPILLOD, a.a.O., Rz. 800 S. 274; YUANSHI BU, Die Schranken des Urheberrechts im Internet, 2004, S. 78).

**3.6.4** Sowohl der Wortlaut als auch die Entstehungsgeschichte und der Zweck von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** legen nahe, dass unter den Werkexemplaren im Sinne dieser Bestimmung die konkret als Kopiervorlage verwendeten Verkörperungen des Werks zu verstehen sind. Indem von der Vervielfältigung von "Werkexemplaren" und nicht von der Verwendung von "Werken" die Rede ist, wird (*e contrario*) zum Ausdruck gebracht, dass im Rahmen des Eigengebrauchs eine auszugsweise Vervielfältigung der konkret vorliegenden Verkaufseinheit zulässig ist. Dieses Verständnis steht im Einklang mit der Unterscheidung zwischen "Werk" und "Werkexemplar" in **Art. 10 URG**, wonach der Urheber das ausschliessliche Recht hat, über die Verwendung des Werks zu bestimmen (Abs. 1), wobei er insbesondere berechtigt ist, "Werkexemplare wie Druckerzeugnisse, Ton-, Tonbild- oder Datenträger herzustellen" (Abs. 2 lit. a). Ausgehend vom Wortlaut von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** stellt eine auszugsweise Vervielfältigung eines bestimmten Werkexemplars, etwa einer Zeitschrift, nicht gleichzeitig eine Vervielfältigung eines anderen im Handel erhältlichen Werkexemplars (z.B. in Form eines Online-Dokuments) dar, in dem sich der kopierte Artikel ebenfalls wiederfindet, das jedoch nicht für den konkreten Vervielfältigungsvorgang herangezogen wurde (so zutreffend auch RUBLI, a.a.O., Rz. 414 S. 283). Entsprechend hielt das Bundesgericht in einem Zeitpunkt, in dem das Internet nicht mehr wegzudenken und Online-Archive von Verlagen zweifellos bereits weit verbreitet waren, daran fest, dass für die

BGE 140 III 616 S. 632

Beurteilung der Zulässigkeit der Vervielfältigung eines Artikels die konkret herangezogene Kopiervorlage in Form der Zeitung oder Zeitschrift als Werkexemplar zu betrachten sei, nicht hingegen der einzelne darin enthaltene Presseartikel, ohne die Frage jedoch zu vertiefen (**BGE 133 III 473** E. 3.1 S. 478 und E. 6.2).

Nach der Absicht des Gesetzgebers soll **Art. 19 URG** im Bereich der unkontrollierbaren Massennutzung verhindern, dass sich die Nutzer im Zustand des ständigen Rechtsbruchs befinden (**BGE 133 III 473** E. 3.2 S. 478 mit Hinweisen). Vor diesem Hintergrund wird mit Abs. 3 lit. a URG im beschränkten Rahmen des Eigengebrauchs eine auszugsweise Vervielfältigung von Werkexemplaren gestattet. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, wäre es mit dieser Zielrichtung des Gesetzes nicht vereinbar, wenn der zum Eigengebrauch Berechtigte im Einzelfall zunächst abzuklären hätte, ob das im kopierten Auszug enthaltene (Teil-)Werk gegebenenfalls in anderweitiger Form als einzelne Verkaufseinheit im Handel verfügbar ist; vielmehr soll er zur Wahrnehmung der in Abs. 1 gesetzlich geschützten Interessen der

Allgemeinheit auf der Grundlage eines ihm konkret vorliegenden Werkexemplars selektiv kopieren dürfen, wobei diese Vervielfältigung vergütungspflichtig ist (**Art. 20 Abs. 2 URG**).

**3.6.5** Zwar trifft zu, dass die Beschränkung des Vervielfältigungsrechts darauf ausgelegt ist, im Hinblick auf die völkerrechtlichen Vorgaben (**Art. 9 Abs. 2 RBÜ**, Art. 13 TRIPS und **Art. 10 WCT**) eine direkte Konkurrenzierung des Verkaufs von Werkexemplaren zu verhindern (vgl. BBI 1989 III 541; BBI 2006 3429 Ziff. 2.4 zu Art. 19 VE-URG), und **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** damit auch den Schutz kommerzieller Verlagstätigkeit im Auge hat. Eine einseitige Berücksichtigung der Verlagsinteressen würde jedoch zu kurz greifen, strebt die Eigengebrauchsregelung von **Art. 19 URG** doch gerade einen Ausgleich mit Interessen Dritter an. Wäre bei der Beurteilung der Zulässigkeit der auszugsweisen Vervielfältigung eines Buchs, einer Zeitung oder Zeitschrift zu berücksichtigen, dass der fragliche Abschnitt oder der betreffende Artikel gleichzeitig auf einem Online-Archiv eines Verlags gegen Bezahlung angeboten wird, würde das gesetzliche Vervielfältigungsrecht ins Leere laufen. Die Verlage hätten es diesfalls in der Hand, das auszugsweise Kopieren zu verunmöglichen, indem sie ihre Zeitungen, Zeitschriften und Bücher jeweils artikel- bzw. kapitelweise auch online zum entgeltlichen Abruf bereitstellen. Dies entspricht eindeutig nicht der Absicht des Gesetzgebers (so zutreffend auch DAVID RÜETSCHI, Die Bedeutung

BGE 140 III 616 S. 633

des Urheberrechts im Bibliothekswesen, in: Digitale Bibliotheken und Recht, Anne Cherbuin und andere [Hrsg.], 2011, S. 21). Wäre unter diesen Umständen die (grundsätzlich zulässige) Kopie eines einzelnen Artikels einer Zeitschrift gleichzeitig als vollständige - und damit nach **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** verbotene - Kopie eines Werkexemplars zu betrachten, würde damit das Informationsinteresse der Allgemeinheit missachtet.

Auch die Vorinstanz führt in diesem Zusammenhang zutreffend aus, es könne nicht ernsthaft bestritten werden, dass es der Öffentlichkeit im Rahmen der Eigengebrauchsregelung beim gleichzeitigen elektronischen Angebot von Werkexemplaren durch die Verlage nach wie vor erlaubt sein müsse, in Bibliotheken Kopien von Werkexemplaren anzufertigen, ansonsten die Kommunikationsgrundrechte ausgehöhlt würden und auch der vom Gesetzgeber statuierte Interessenausgleich zwischen den Verwertern und der Allgemeinheit gänzlich ausgehebelt würde. Dies spricht für eine Auslegung, nach der für die Beurteilung, ob eine vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung eines im Handel erhältlichen Werkexemplars im Sinne von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** vorliegt, auf die konkret verwendete Vorlage abzustellen ist, während ein weiteres Werkexemplar, mit dem der kopierte Auszug (auch) einzeln auf dem Markt angeboten wird, unberücksichtigt zu bleiben hat. Dies umso mehr, als die Verlage selber darüber bestimmen, in welchen Verkaufseinheiten die Werke auf dem Markt angeboten werden.

Sollte sich der Durchschnittskonsument heute tatsächlich vielfach nur mehr für einen spezifischen Artikel interessieren, wie die Vorinstanz ausführt, da oft der einzelne Artikel (und nicht die Zeitschrift oder das Buch als Ganzes) die ihn interessierende Thematik abhandle, bleibt es den Verlagen unbenommen, diese ausschliesslich als einzelne Verkaufseinheiten anzubieten. Ein derart erworbener Artikel, der selbst ein Werkexemplar im Sinne von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** darstellt, dürfte nach der erwähnten Bestimmung nicht als Ganzes kopiert werden. Wird demgegenüber ein Werkexemplar in Form einer Zeitung oder Zeitschrift veröffentlicht, kann es dem zum Eigengebrauch Berechtigten nach **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** nicht verwehrt werden, in einer Bibliothek einen einzelnen Artikel daraus zu kopieren bzw. kopieren zu lassen.

**3.6.6** Unter diesen Umständen ist nicht von einer unverhältnismässigen Einschränkung der Verwertungsmöglichkeiten der Verlage

BGE 140 III 616 S. 634

auszugehen; die normale Verwertung des Werks im Sinne von **Art. 9 Abs. 2 RBÜ**, die nach der Behauptung der Beschwerdegegnerinnen im entgeltlichen Angebot der Einzelartikellieferung liegt, ist nicht beeinträchtigt. Die Beschwerdegegnerinnen machen vor Bundesgericht auch nicht etwa geltend, sie hätten im vorinstanzlichen Verfahren substantiiert behauptet, die Tätigkeit der fraglichen Dokumentationsdienste führe zu einem Rückgang des Absatzes (vgl. **BGE 133 III 473** E. 6.2). Abgesehen davon gilt es zu beachten, dass Bibliotheken auszugsweise Kopien nicht auf Vorrat, sondern nur auf konkrete Bestellung hin herstellen dürfen, während bei Online-Archiven die darin enthaltenen Artikel üblicherweise durchsucht und unmittelbar heruntergeladen werden können, weshalb die vorinstanzliche Annahme, es würden "mittels derselben Dienstleistungen die identischen Bedürfnisse der Nutzer befriedigt", in dieser Form nicht zutrifft; der Betrieb eines entsprechenden Archivs wäre einer Bibliothek nicht erlaubt. Mit der vorliegenden Auslegung von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** wird demnach die zweite Stufe des sog. Dreistufentests ebenso überwunden wie die erste Stufe (Eingrenzung auf Spezialfälle, dazu **BGE 133 III 473** E. 6.1 S. 485 und E. 6.2), die vor Bundesgericht unstrittig ist.

Die Auslegung hält ausserdem einer Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne im Rahmen der dritten Teststufe stand (**BGE 133 III 473** E. 6.1): Die Interessen Dritter - vorliegend der an wissenschaftlichen Erkenntnissen interessierten Allgemeinheit - überwiegen diejenigen der Rechtsinhaber (vgl. **BGE 133 III 473** E. 6.1 und 6.3). Dabei ist neben den gewichtigen Interessen der Öffentlichkeit an der Informationsbesorgung über Bibliotheken zur Wahrung der Kommunikationsgrundrechte - so insbesondere der Wissenschaftsfreiheit (**Art. 20 BV**) - zu berücksichtigen, dass die auszugsweise Vervielfältigung von Zeitschriften durch den Dokumentenlieferdienst einer Bibliothek nicht etwa unentgeltlich erfolgt, sondern nach **Art. 20 Abs. 2 URG** vergütungspflichtig ist (vgl. **BGE 133 III 473** E. 6.1 S. 486 und E. 6.3 S. 487). Die Beschwerdegegnerinnen bezeichnen die geschuldete Vergütung lediglich pauschal als zu gering, ohne dies jedoch hinreichend zu begründen und ohne aufzuzeigen, inwiefern damit die Interessen der Rechtsinhaber

diejenigen der Allgemeinheit überwiegen würden und der Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber als unzumutbar anzusehen wäre.

BGE 140 III 616 S. 635

Ausserdem hält auch der angefochtene Entscheid fest, dass die Interessen der Verlage (denen mit einem Verbotswort zweifelsohne am Besten gedient ist) und der Autoren nicht notwendigerweise deckungsgleich sind; eine Beeinträchtigung legitimer Interessen der Autoren, die bei der Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne ebenfalls zu berücksichtigen sind (**BGE 133 III 473** E. 6.1 S. 486), vermochte die Vorinstanz nicht auszumachen. Die Beschwerdegegnerinnen behaupten diesbezüglich lediglich in appellatorischer Weise und mit neuen unzulässigen Vorbringen (**Art. 99 Abs. 1 BGG**) einen Gleichlauf der Interessen von Autoren und Verlagen.

Insgesamt ist ein unzumutbarer Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber nicht erkennbar. Die erfolgte Auslegung ist mit den staatsvertraglichen Vorgaben des Dreistufentests vereinbar.

**3.6.7** Unter den Begriff des Werkexemplars im Sinne von **Art. 19 Abs. 3 lit. a URG** fallen demnach die Zeitung oder die Zeitschrift, die als Kopiervorlage herangezogen wird, selbst wenn die darin enthaltenen Artikel darüber hinaus einzeln über ein Online-Archiv angeboten werden.

Entsprechend kann der Beklagten nicht verboten werden, im Rahmen des Eigengebrauchs gestützt auf **Art. 19 Abs. 2 URG** auf Anfrage hin einzelne Artikel aus in ihrer Bibliothek vorhandenen Zeitschriften oder Sammelbänden zu vervielfältigen und die angefertigten Kopien dem nach **Art. 19 Abs. 1 URG** zum Eigengebrauch berechtigten Besteller per Post oder elektronisch zuzustellen.