



ifpi Schweiz
Schweizer Landesgruppe der ifpi

representing the
recording industry
worldwide

Berninastrasse 53
8057 Zürich

Tel +41 43 343 93 30
Fax +41 43 343 93 40

info@ifpi.ch
www.ifpi.ch

MWST 361 176

Ifpi Schweiz, Berninastrasse 53, 8057 Zürich

Schweizerische Eidgenossenschaft
Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Email an Revision_URG@ipi.ch
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 29. März 2016

Revision des URG sowie zweier Abkommen der WIPO – Vernehmlassungsantwort IFPI Schweiz

Über IFPI Schweiz

IFPI Schweiz ist der führende Branchenverband der Schweizer Musiklabels und zählt über 30 Mitglieder, die rund 90% zum hiesigen Tonträgermarkt beitragen. IFPI Schweiz ist Mitglied der International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), dem Weltverband der Phonindustrie mit 1'300 Mitgliedern in 66 Ländern.

Bakara Music • Brambus Records • Chlyklass Records • Claves Records • Disques VDE-Gallo • Divox • FarMore Records • Gadget Records • G. records • Grüezi Music • harmonia mundi • Hat Hut Records • HitMill • K-Tel International (Switzerland) • Musikvertrieb • Nation Music • Phonag Records • Pick Records • Profimusic • Reader's Digest • Sennheiser Media • Sony Music Entertainment Switzerland • Sound Service • Star Productions • Starworld Enterprise • TBA • TCB Music • Tonstudio Amos • Tudor Recording • Turicaphon • Two Gentlemen • Universal Music Switzerland • Viteka Music • Warner Music Switzerland • Zytglogge Verlag • Zyx Music

Inhalt

| | | |
|---|--|----|
| 1. Executive Summary | 2 | |
| 1.1 | Stellungnahme im Allgemeinen..... 2 | |
| 1.2 | Stellungnahme im Einzelnen | 2 |
| 1.2.1 | Pirateriebekämpfung (Änderungen der Art. 62 Abs. 1bis, Art. 62a, Art. 66b-66k URG) | 2 |
| 1.2.2 | Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften und Tarifverfahren (Änderungen der Art. 40 bis 53 URG, Art. 13 I-GEG, Art. 83 BGG) | 3 |
| 1.2.3 | Übrige Vernehmlassungsvorschläge | 3 |
| 1.2.4 | Nicht im Entwurf enthaltene Forderungen | 4 |
| 2. Rechtsschutz-Bestimmungen | 5 | |
| 2.1 | Einleitung..... | 5 |
| 2.2 | Gesamteinschätzung zu den Rechtsschutz-Bestimmungen | 5 |
| 2.3 | Take Down / Stay-Down / Selbstregulierung..... | 6 |
| 2.3.1 | „Take-Down“ (Sperrungen oder Entfernen durch Hosting Provider) – Art. 66b Abs. 1–3 | 6 |
| 2.3.2 | „Stay-Down“ (Wieder-Upload verhindern) – Art. 66b Abs. 4 / 66c Abs. 2, Satz 2 | 7 |
| 2.3.3 | Selbstregulierung – Art. 66c | 9 |
| 2.4 | Zugangssperren – Art. 66d und 66e | 11 |
| 2.5 | Offenlegung – Art. 62a | 13 |
| 2.6 | Warnhinweis – Art. 66g | 16 |
| 2.7 | Provider-Privileg – Art. 66k..... | 18 |
| 2.8 | Leistungsklagen | 19 |
| 2.9 | Datenschutzrechtliche Freistellung / Rechtfertigungsgrund – Art. 66j | 19 |
| 3. Verwertungsgesellschaften und Tarifverfahren..... | 22 | |
| 3.1 | Verwertungsgesellschaften | 22 |
| 3.1.1 | Vorbemerkungen | 22 |
| 3.1.2 | Ausweitung der Bundesaufsicht..... | 22 |
| 3.1.3 | Ausweitung der Tarifaufsicht | 22 |
| 3.1.4 | Angemessenheitsprüfung der Verteilungsreglemente (Art. 48 Abs. 1 und 1 ^{bis}) | 23 |
| 3.1.5 | Ausdehnung der Administrativaufsicht (Art. 53 Abs. 1 VE)..... | 23 |
| 3.1.6 | Art. 13a IGEG : Die Aufsichtsabgabe | 23 |
| 3.2 | Tarifverfahren | 23 |
| 3.2.1 | Verwertungsrecht – Nutzerpflichten (Art. 51 Abs. 1 ^{bis} und 1 ^{ter} VE) | 23 |
| 3.2.2 | Art. 83 lit. w BGG : Beschleunigung des Tarifverfahrens..... | 24 |
| 3.2.3 | Verwaltungsverfahrensgesetz – Zeugeneinvernahme (Art. 14 VwVG) | 24 |
| 4. Übrige Vernehmlassungsvorschläge | 25 | |
| 4.1 | Verleihrecht (Art. 13 VE)..... | 25 |
| 4.2 | Leerträgervergütung (Art. 19 Abs. 3 ^{bis} VE)..... | 25 |
| 4.3 | Verwaiste Werke (Art. 22b VE) | 28 |
| 4.4 | Erweiterte Kollektivlizenz („Freiwillige Kollektivverwertung“, Art. 43a URG) | 29 |
| 4.5 | Bundesgesetz über die Archivierung (Art. 9 Abs. 3 BGA) | 32 |
| 5. Nicht im Entwurf enthaltene Forderungen | 33 | |
| 5.1 | Schutzdauer (Art. 39 URG)..... | 33 |
| 5.2 | Grundsatz der Angemessenheit (Art. 60 Abs. 2 URG) | 33 |
| 5.3 | Keine Umgehung technischer Massnahmen | 34 |

1. Executive Summary

1.1 STELLUNGNAHME IM ALLGEMEINEN

- 1 Wir begrüßen die Aufnahme des Konsenses der AGUR12 in die Vorlage.
- 2 Die Vorschläge zur Umsetzung des AGUR12-Konsenses im Bereich der angestrebten *Verbesserung des Rechtsschutzes* sind grundsätzlich richtig, weisen aber über weite Strecken Mängel auf. Diese und weitere Mängel der Vorlage gilt es zu beheben.
- 3 Die im Vorentwurf vorgeschlagenen Massnahmen zum Ausbau der *Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften* sind in dieser Art weder Teil des AGUR-Kompromisses noch wurden sie von einzelnen Beteiligten der AGUR vorgeschlagen. Sie sind eine Bevormundung der Rechtsinhaber, verfassungsmässig fragwürdig und deshalb abzulehnen.
- 4 Ebenfalls abzulehnen sind die Vorschläge betreffend *Leerträgervergütung*. Hier gibt es für den Gesetzgeber keinen realen Grund um tätig zu werden; zudem sind sie einseitig zulasten der Kulturschaffenden ausgestaltet und widersprechen so der Zielsetzung der Kommissionsmotion WAK „Abgabe auf leeren Datenträgern“ vom April 2014.
- 5 Übereilt mutet der Vorschlag zur *Erweiterten Kollektivlizenz* (Art. 43a E-URG) an. Wir lehnen den Artikel in dieser Form ab und schlagen eine präzisierende Umformulierung vor, damit er auf die in der Praxis anzutreffenden Bereiche der Erweiterten Kollektivlizenz zufriedenstellend zugeschnitten ist und keine unerwünschten Risiken für die Marktteilnehmer birgt.
- 6 Zu bedauern ist, dass der Vorschlag von IFPI Schweiz bezüglich Anpassung der *Schutzfrist* an das europäische Niveau und Beseitigung der *Regelhöchstsätze* in Art. 60 Abs. 2 URG nicht in die Vorlage aufgenommen wurden. Wir halten an diesen Forderungen fest.

1.2 STELLUNGNAHME IM EINZELNEN

1.2.1 Pirateriebekämpfung (Änderungen der Art. 62 Abs. 1bis, Art. 62a, Art. 66b-66k URG)¹

- 7 Der Bundesrat hat in der Vorlage die richtigen und unbestrittenen Handlungsfelder definiert. Bezüglich der Ausgestaltung der Massnahmen und den Durchsetzungsprozessen besteht erheblicher Verbesserungsbedarf. Die Massnahmen sind teils praxisfremd, kompliziert, schwerfällig und kosten-treibend formuliert.
- 8 *Take down/Stay down*: Die Anforderungen an die Selbstregulierung müssen deutlicher definiert werden (Effizienz, Kooperation und Nachhaltigkeit), um wirksam zu werden. Als Alternative schlagen wir eine Branchenvereinbarung unter Einschluss der Rechteinhaber vor.
- 9 *Zugangssperren*: Die Voraussetzungen für Zugangssperren müssen praxistauglicher definiert werden (insbes. Phase vor / während Lancierung), auch Portalseiten mit massenhafter Vermittlung oder

¹ Vgl. detailliert nachfolgend Ziff. 2.

Durchleitung zu Uploads müssen gesperrt werden können und die Provider sind an den Kosten zu beteiligen.

10 **Datenschutz:** Die Datenerhebung durch Verletzte zum Zweck des gesetzlichen Rechtsschutzes muss wie in anderen Lebensbereichen zulässig sein und die Massnahme muss technologie-neutral ausgestaltet werden (statt beschränkt auf veraltete P2P-Netzwerke). Falls eine Bekanntgabepflicht eingeführt wird, ist sie praktikabler zu definieren.

11 **Mitteilung an Verletzer/Offenlegung Identität:** Es ist eine (statt 2) sichere Mitteilungen an alle Verletzer vorzusehen (nicht nur P2P, sondern technologie-neutral, s. oben) und es sind praxistaugliche, sehr viel kürzere Fristen zu definieren (insbes. heikelste Phase vor / während Erstveröffentlichung in der Schweiz).

1.2.2 Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften und Tarifverfahren (Änderungen der Art. 40 bis 53 URG, Art. 13 I-GEG, Art. 83 BGG)²

12 **Ausweitung der Tarifaufsicht:** Die geplante Ausweitung der Tarifaufsicht ist abzulehnen und ersatzlos zu streichen.

13 **Angemessenheitsprüfung der Verteilungsreglemente (Art. 48 Abs. 1 und 1bis):** Die vorgeschlagene Neuerung der Angemessenheitsprüfung ist abzulehnen und ersatzlos zu streichen.

14 **Ausdehnung der Administrativaufsicht (Art. 53 Abs. 1 VE):** Die vorgeschlagene Ausdehnung der Administrativaufsicht ist abzulehnen und ersatzlos zu streichen.

15 **Die Aufsichtsabgabe (Art. 13a IGEG):** Die vorgeschlagene Aufsichtsabgabe ist abzulehnen und ersatzlos zu streichen.

16 **Verwertungsrecht – Nutzerpflichten (Art. 51 Abs. 1bis und 1ter VE):** Wir begrüßen die Anpassung der Bestimmungen in Art. 51 VE, schlagen hierzu aber eine leichte Modifizierung vor.

17 **Beschleunigung des Tarifverfahrens (Art. 83 lit. w BGG):** Wir lehnen es ab, zur Tarifbeschleunigung das Bundesgericht als oberste Beschwerdeinstanz zu streichen. Stattdessen ist das Bundesverwaltungsgericht als Zwischeninstanz zu streichen.

18 **Zeugeneinvernahme (Art. 14 VwVG):** Wir begrüßen die vorgeschlagene Änderung.

1.2.3 Übrige Vernehmlassungsvorschläge³

19 **Verleihrecht (Art. 13 VE):** Wir begrüßen grundsätzlich die Einführung eines Verleihrechts, nicht aber in der vorgeschlagenen Form. Wir regen daher eine Modifizierung der vorgeschlagenen Bestimmung an.

20 **Leerträgervergütung (Art. 19 Abs. 3bis VE):** Wir lehnen die Revision von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG in der im Vorentwurf enthaltenen Art und Weise vollumfänglich ab. Die Regelung gemäss bisherigem URG ist beizubehalten.

² Vgl. nachfolgend Ziff. 3.

³ Vgl. nachfolgend Ziff. 4.

- 21 *Verwaiste Werke (Art. 22b VE)*: Wir lehnen die vorgeschlagene Revision von Art. 22b URG ab, regen aber eine Modifizierung in präzisierter Form an.
- 22 *Erweiterte Kollektivlizenz („Freiwillige Kollektivverwertung“, Art. 43a URG)*: Wir lehnen den vorgeschlagenen Art. 43a URG ab, weil er zu weitläufig, nicht durchdacht und letztlich kontraproduktiv ist. Stattdessen schlagen wir eine präzisierte Form vor.
- 23 *Bundesgesetz über die Archivierung (Art. 9 Abs. 3 BGA)*: Wir lehnen den Vorschlag in Art. 9 Abs. 3 BGA entschieden ab.
- 1.2.4 Nicht im Entwurf enthaltene Forderungen⁴**
- 24 *Schutzdauer (Art. 39 URG)*: Wir halten die Forderung nach einer Schutzfrightharmonisierung mit der EU aufrecht.
- 25 *Grundsatz der Angemessenheit (Art. 60 Abs. 2 URG)*: Wir halten die Forderung nach einer Liberalisierung und Flexibilisierung von Art. 60 Abs. 2 URG aufrecht.
- 26 *Keine Umgehung technischer Massnahmen (Art. 39a Abs. 4 URG)*: Art. 39a Abs. 4 URG ist ersatzlos zu streichen.

⁴ Vgl. nachfolgend Ziff. 5

2. Rechtsschutz-Bestimmungen

2.1 EINLEITUNG

27 Am 11. Dezember 2015 hat der Bundesrat die Vernehmlassung zu einer Teilrevision des Urheberrechtsgesetzes eröffnet. Die nachfolgende detaillierte Stellungnahme bezieht sich auf den Teil Rechtsdurchsetzung, welcher im erläuternden Bericht auf Seiten 69 bis 84 dargelegt ist. Diese Stellungnahme folgt nicht der Artikelnummerierung, sondern ist nach Sachthemen geordnet.

2.2 GESAMTEINSCHÄTZUNG ZU DEN RECHTSSCHUTZ-BESTIMMUNGEN

28 Es ist hervorzuheben, dass der Entwurf die Notwendigkeit eines zeitgemässen Rechtsschutzes erkennt und dafür im Prinzip zentrale Weichen in die richtige Richtung stellt. Er verfolgt den pragmatischen Ansatz, Rechtsverstössen dort abzuwehren, wo das am effizientesten, ja überhaupt möglich ist, namentlich bei den Anbietern von Hosting-Diensten und Internet-Verbindungen. Er ist bestrebt, die Empfehlungen der AGUR12 umzusetzen, und knüpft damit auf den breit abgestützten Konsens über die in dieser Arbeitsgruppe erzielten Kompromisse an.

29 So loblich der Ansatz in seinen Grundzügen ist, die Umsetzung wird diesem Anspruch in der vorliegenden Form jedoch bei weitem nicht gerecht. Es ergeben sich gravierende *Schutzlücken* (z.B. gegenüber Portalseiten). Gewisse Regelungen sind erkennbar schlicht *dysfunktional* respektive werden infolge der komplizierten und langdauernden Verfahren totor Buchstabe bleiben (Warnhinweis/Offenlegung). Offensichtlich werden die *Interessen der Providerbranche* in zentralen Fragen (Selbstregulierungs-Standards, Kosten) höher gewichtet als die der geschädigten Rechtsinhaber. Es sind also erhebliche Korrekturen und Nachbesserungen nötig (aber im vorgegebenen Rahmen auch möglich), um der Neuregelung zur Wirksamkeit zu verhelfen.

30 Dabei ist festzuhalten, dass ein adäquates Schutzniveau nur bei Wirksamkeit und im Zusammenspiel aller vorgesehenen Instrumente zu erreichen ist. Mit Flickwerk und Teillösungen ist die Rechtsschutzlücke, die seit Jahren in der Schweiz klafft, nicht zu überwinden. Das gilt umso mehr, als der Bundesrat die (europaweit alleinstehende) Politik verfolgt, private Internet-Nutzer in der Schweiz nicht in die Verantwortung für einen zeitgemässen Rechtsschutz einzubinden, namentlich durch die Freistellung des Downloads auch aus illegaler Quelle; dafür aber die Internet-Provider in die Pflicht zu nehmen. Der pragmatische Kompromiss der AGUR12 beruht ganz darauf, dass das Festhalten an dieser falschen Politik des Bundesrates nur tolerierbar ist, wenn im Gegenzug starke Rechtsschutz-Instrumente (Site-Blocking, Take-down/stay-down etc.) die Lücke im Rechtsstaat kompensieren. Das kann nur gelingen, wenn diese Instrumente ihrerseits konsequent, unverwässert und in tauglicher Form umgesetzt werden. Der Entwurf genügt dem noch nicht.

31 Es ist daran zu erinnern, dass die politische Vorgabe an die AGUR12 war, *private Internet-Nutzer* in der Schweiz nicht in die Verantwortung für einen zeitgemässen Urheberrechtsschutz einzubinden, insbesondere die private Nutzung widerrechtlicher Angebote zu tolerieren. Auf dieser Grundlage hat die AGUR12 ihre Kompromissvorschläge erarbeitet. Der Bundesrat gibt mit dem vorgelegten Entwurf nur ungenügende Instrumente, weshalb hier massiv nachgebessert werden muss. Gelingt dies nicht, wäre das Gesamtkonzept, die Internet-Nutzer zulasten der Provider von der Verantwortlichkeit auszunehmen, gescheitert. Folgerichtig müsste dann im URG die private Verwendung von Werken und

Leistungen aus erkennbar illegaler Quelle für widerrechtlich erklärt und unter den Strafkatalog von Art. 67 URG gestellt werden.

2.3 TAKE DOWN / STAY-DOWN / SELBSTREGULIERUNG

2.3.1 „Take-Down“ (Sperrungen oder Entfernen durch Hosting Provider) – Art. 66b Abs. 1–3

2.3.1.1 Zweck und Ziele

32 Dass der Hosting Provider, dessen Server rechtsverletzenden Inhalt beherbergen, diesen bei Kenntnis entfernt oder unzugänglich macht („Take-Down“), ist prinzipiell bereits heutige Rechtspflicht, um nicht selber für seine Mitwirkung zur Verantwortung gezogen zu werden (Unterlassung/Beseitigung, Art. 61 Abs. 1 URG); allerdings sind deren Konturen bis heute unklar. Zugleich ist dies, in der Schlüsselposition des Providers, der nächstliegende Schritt zur Beseitigung der Verletzung, v.a. wo nicht auf den Uploader selber (Nutzer des Providers) zugegriffen werden kann. Daher ist die Regelung des „Take-Down“ eine der *Kernpunkte* der neuen Bestimmungen (Art. 66b Abs. 1 und 3).

33 Wichtig ist, dass dieser Mechanismus einfach, laufend und in grosser Zahl und Frequenz beansprucht werden kann. Musik und Filme werden zu Zehntausenden und immer wieder aufs Neue widerrechtlich zugänglich gemacht, und dabei auf solchen Diensten beherbergt. Ziel einer wirksamen gesetzlichen Regelung ist daher nicht nur, die Take-Down-Pflicht als solche klarzustellen, sondern damit Rechtsinhabern einen Rechtsbehelf zu geben, der *wirksam, rasch, effizient⁵ und zu vertretbaren Kosten* den Verletzungen abhilft. D.h., Provider müssen zu einfachen Mechanismen Hand bieten, was in erster Linie die Selbstregulierung (oder besser: Ko-Regulierung durch eine Branchenvereinbarung; siehe dazu Abschnitt 2.3.3.2, Rz. 50) bewirken soll. Im Gegenzug werden die Provider von weitergehenden Pflichten freigestellt (Art. 66k), selbst wo sie nach allgemeinen Regeln haften würden, also privilegiert.

2.3.1.2 Kritik und Verbesserungsbedarf

a) *Take-Down auch für Portalseiten (Art. 66b Abs. 1)*

34 Im Entwurf geht es um den Take-down *bestimmter, auf Servern des Providers beherbergter Werkdaten* (Art. 66b Abs. 1 am Ende). Die Dienste solcher Provider werden aber auch zur Beherbergung von *sog. Portalseiten und anderen Vermittler-Diensten* genutzt, die (ebenfalls und in besonderem Masse schädigend) den Zugang zu solchen Werken in hoher Zahl vermitteln, während diese selber dezentral oder unauffindbar beherbergt werden. Falls eine solche Portalseite bei einem Schweizer Provider beherbergt wird, ist Take-down das geeignetere Mittel, diese zu beseitigen, als Zugangssperren (vgl. Art. 66d Abs. 1), und sollte deshalb ebenfalls möglich sein. Das bedarf einer Klarstellung.

¹ Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste [...] haben [...] den Zugang zu widerrechtlich öffentlich zugänglich gemachten Werken oder anderen Schutzobjekten oder Angeboten, die den widerrechtlichen Zugang zu solchen Werken vermitteln [...] zu sperren oder diese von ihren Servern zu entfernen.

² Sie leiten dem Kunden oder der Kundin, der oder die das betreffende Werk oder andere Schutzobjekt widerrechtlich öffentlich zugänglich gemacht oder vermittelt hat (Inhaltsanbieter oder Inhaltsanbieterin), die Mitteilung nach Absatz 1 weiter und informieren ihn oder sie über die Möglichkeit des Widerspruchs und dessen Folgen nach Absatz 3.

⁵ Bericht, S. 72.

³ [...] den Zugang zum betreffenden Werk, ~~oder~~ anderen Schutzobjekt oder Vermittlungsangebot zu entsperren [...]

⁴ [...] oder wenn das betreffende Werk, ~~oder~~ andere Schutzobjekt oder Vermittlungsangebot aufgrund eines Gerichtsentscheids oder einer Einigung wieder gesperrt oder von den Servern entfernt wird, [...]

b) Take-Down auch bei Kenntnis (Art. 66b Abs. 1)

35 Nach Art. 66b Abs. 1 soll Take-Down stets eine Mitteilung von aussen erfordern. Es ist nicht ersichtlich, warum der Provider – entgegen allgemeinen Grundsätzen und anders als in der EU⁶ – nicht auch tätig werden müsste, wenn er selber (ohne nachforschen zu müssen) Kenntnis von offensichtlichen und schwerwiegenden Verletzungen erlangt (z.B. bei Portalen, die massenhaft Piraterie anbieten).

¹ Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste [...] haben auf Mitteilung der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person oder einer zuständigen Behörde oder bei Kenntnis einer Verletzung den Zugang [...] zu sperren [...]

c) Weiteres

36 Zentral ist die Angabe der Identität des mutmasslichen Verletzers, der vom Widerspruch (Art. 66b Abs. 3) Gebrauch macht, samt einer Zustelladresse in der Schweiz (S. 1) sowie einer kurzen Begründung des Widerspruchs. Nur so kann gegen ihn vorgegangen werden; andernfalls lädt das Widerspruchsrecht zum Missbrauch ein, und der Take-down geht ins Leere. Das Zustellungsdomizil ist der mitteilenden (geschädigten) Person daher mit bekanntzugeben (Art. 66b Abs. 3 S. 2).

„...werden die Identität und das Zustellungsdomizil ... bekanntgegeben ...“

37 Nach Art. 66b Abs. 3 *zwingt* der blosser Widerspruch eines Nutzers den Provider ausnahmslos, den Inhalt wieder freizuschalten - selbst wenn dieser *offensichtlich rechtsverletzend* sein sollte, also z.B. ein Film während dessen Kinoauswertung oder ein Tonträger vor dessen offiziellem Release. In diesem Fall sollte der Provider aber nicht gezwungen werden können, an der Rechtsverletzung mitzuwirken.

³ Auf begründeten Widerspruch des Inhaltsanbieters oder der Inhaltsanbieterin [...] haben Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste umgehend den Zugang zum betreffenden Werk oder anderen Schutzobjekt zu entsperren [...], wenn es sich nicht um ein offensichtlich widerrechtliches Angebot handelt.

2.3.2 „Stay-Down“ (Wieder-Upload verhindern) – Art. 66b Abs. 4 / 66c Abs. 2, Satz 2

2.3.2.1 Zweck und Ziele

38 Art. 66b Abs. 4 sieht Massnahmen vor, die verhindern sollen, dass vom Provider entfernte Inhalte sogleich wieder hochgeladen werden („Stay-down“). Darunter werden zum Teil aktive Massnahmen verstanden (wie z. B. *aktive Suche* nach Links des Providers, die in Filesharing-Portalen publiziert wurden, und mittels Suchmaschinen und Webcrawlern nach verletzenden Angeboten, die vom eigenen Dienst ausgehen). Auf der anderen Seite sind die Grenzen zu einem wirksamen „Take-down“ („sperren oder entfernen“ gem. Art. 66b Abs. 1), wenn dieses nicht von vornherein ins Leere gehen soll, fliessend. Es geht demnach um ein sehr breites Spektrum an möglichen Massnahmen, die nicht undifferenziert geregelt werden sollten.

39 Richtig ist es, Anbieter, deren Geschäftsmodell auf der Förderung von Rechtsverletzungen beruht (bzw. die sich der Selbstregulierung verweigern), strengeren Pflichten – namentlich weiter gehenden

⁶ Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie (2000/31).

Stay-Down-Pflichten – zu unterwerfen (Art. 66b Abs. 4); wobei das „technisch und wirtschaftlich (!) Zumutbare“ auch nach solchen Geschäftsmodellen zu bemessen ist. (Rücksichtnahme auf die Profitabilität rechtsgefährdender Geschäftspraktiken wäre fehl am Platz.)

40 Ebenso sinnvoll ist es, rechtskonformen Anbietern unter Selbstregulierung (einen hohen Standard sowie die Einhaltung ihrer Pflichten vorausgesetzt) einen „sicheren Hafen“ zu bieten.

2.3.2.2 Kritik und Verbesserungsbedarf

a) *Nachhaltigkeit des Take-Down auch bei regulierten Anbietern*

41 Dieser „sichere Hafen“ darf aber nicht zur Folge haben, dass diese Anbieter gänzlich jeder Verantwortung für die Nachhaltigkeit ihres „Take-down“ entledigt wären, wie dies Art. 66c Abs. 2, Satz 2 in seiner Absolutheit nahelegt (so auch die lapidare Anmerkung im Bericht, S. 74). Die Pflicht, rechtsverletzende Uploads zu sperren oder zu entfernen, impliziert stets schon eine gewisse Vorsorge, diese Entfernung aufrecht zu erhalten; sonst ist sie von vornherein nicht wirksam. Das Reglement sollte regeln, welche – angemessenen – Massnahmen auch regulierte Anbieter treffen müssen, um Rechtsverletzungen nachhaltig und nicht bloss symbolisch zu beseitigen. Erprobte und praktikable Lösungen wie „Content-ID“-Software, die geschützte Werkdaten erkennt (und damit unerlaubten Wieder-Upload verhindern helfen kann), werden heute bereits von den grössten Internet-Diensteanbietern routinemässig eingesetzt und Rechtsinhabern angeboten. Die Selbstregulierung darf nicht dazu führen, dass ein Schweizer Provider, der es in die SRO schafft, hinter dem „State of the art“ des Rechtsschutzes zurückbleiben darf und per se nur noch im Minimum für Take-Down-Massnahmen verantwortlich wäre. Es bedarf daher geeigneter *gesetzlicher Vorgaben für das SRO-Reglement* (s. Abschnitt 2.3.3.2).

b) *Weitere Einzelheiten:*

42 Auch ein regulierter Provider muss jedenfalls weitergehend (u.a. auf „Stay-Down“; Art. 66c Abs. 2, Satz 2) in die Verantwortung genommen werden können, wenn er seinen gesetzlichen und reglementarischen Pflichten *nicht nachkommt* (entsprechend Art. 66k Abs. 1); es kann nicht schon der blosser Anschluss zur Entlastung genügen.

„...gilt nicht für angeschlossene Anbieterinnen ..., welche ihren gesetzlichen und reglementarischen Pflichten nachkommen“

43 Wenn Art. 66b Abs. 4 die Stay-Down-Pflichten daran knüpft, dass gegen den Take-Down *kein Widerspruch* erhoben (oder dann das Verfahren abgeschlossen) wurde, ist zu beachten, dass für den Widerspruch keine Frist vorgesehen, also nicht absehbar ist, *ob und wann* er erhoben wird. Richtigerweise ist der Stay-Down daher zu gewährleisten, *solange* das nicht der Fall ist.

⁴ ~~Wird~~ Solange kein Widerspruch erhoben oder wenn ~~wird~~ das betreffende Werk, oder andere Schutzobjekt [...] nach Abschluss des Verfahrens nach Absatz 3 wieder gesperrt oder von den Servern entfernt wird, ~~so~~ haben die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste im Rahmen des technisch und wirtschaftlich Zumutbaren zu verhindern, dass das Werk oder andere Schutzobjekt Dritten erneut über ihre Server angeboten wird.

44 Weder für den Take-down nach Abs. 3, noch für den Stay-Down nach Abs. 4 kann es auf *Endentscheidung* („*Klärung der Angelegenheit*“ durch die Gerichte?; *Abschluss des Verfahrens*?) ankommen; eine vorsorgliche Massnahme (oder eine Einigung) genügt:

Abs. 3 [...] haben Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste [...] zu entsperren oder [...] wieder auf den Server zu laden, ~~bis die Angelegenheit zwischen den betroffenen Personen oder durch die Gerichte geklärt ist.~~ vorbehältlich des Entscheids eines Gerichts oder einer Einigung...

Abs. 4 [...] oder wird das betreffende Werk oder andere Schutzobjekt ~~nach Abschluss des Verfahrens nach Absatz 3~~ aufgrund eines Gerichtsentscheids oder einer Einigung wieder gesperrt oder von den Servern entfernt [...]"

2.3.3 Selbstregulierung – Art. 66c

2.3.3.1 Zweck und Ziele

45 Der Entwurf bietet den SRO-Providern sehr weitgehenden „sicheren Hafen“ vor jeglicher Verantwortung, die über die reglementarischen Pflichten hinausgeht. Ob dies in der Praxis tatsächlich zu verantwortungsbewusster Geschäftspraxis und wirksamem Rechtsschutz führt, oder lediglich ein Schlupfloch bietet, sich dieser Verantwortung zu entziehen, wird entscheidend von den Anforderungen an den SRO-Anschluss und die Standards für die reglementarischen Pflichten abhängen. Dafür bietet der Entwurf keine Gewähr.

2.3.3.2 Kritik und Verbesserungsbedarf

a) *Ungenügende Standards der Selbstregulierung*

46 Die Regelung ist an das Vorbild der SRO der Finanzintermediäre nach GWG angelehnt. Dort hat sich die Selbstregulierung bewährt - allerdings vor dem Hintergrund *klarerer, anspruchsvoller und umfassender gesetzlicher Vorgaben*. Selbstregulierung muss hohen gesetzlichen Standards unterworfen sein, soll sie nicht zum blossen Alibi werden und Providern dazu dienen, sich wirksamer Massnahmen gerade zu entziehen.

47 Es konterkariert geradezu das Konzept einer Selbstregulierung, wenn die Anforderungen an das Reglement (Art. 66c Abs. 3 lit. a-c) praktisch wortgleich (ein Verweis hätte es hier getan) *dieselben* sind, denen das Gesetz die Provider *ohnehin* unterwirft (Art. 66b Abs. 1 bis 3); noch *nicht einmal alle* (Art. 66c Abs. 4, Freistellung von Stay-Down-Bemühungen), und nichts darüber hinaus; *allein dafür* aber im Gegenzug den Providern das *Privileg der Haftungsbefreiung* nach Art. 66k gewährt wird.

48 Umso weniger ist mit wirksamen Massnahmen zu rechnen, wenn der bestehende „simsa Code of Conduct“ zum Massstab der gesetzlich geforderten Regulierung erklärt wird.⁷ Dessen - ohne gesetzliche Vorgaben aufgestellten - Minimal-Regeln waren einzig an der Selbst-Absicherung der Provider, bei ungesicherter Rechtslage, nicht aber an dem nunmehr vom Gesetz bezweckten wirksamen Rechtsschutz orientiert, bleiben hinter internationalen Standards zurück und taugen nicht als gesetzlicher Standard.

49 Für das Anforderungsprofil der SRO hat demnach das Gesetz (oder eine Verordnung) den Standard für Effizienz, Kooperation und Nachhaltigkeit zu setzen (die Details sollten dann autonom geregelt werden). Es genügt, sich vergleichsweise vor Augen zu führen, welche gesetzlichen und Verordnungsstandards von Unternehmen etwa im Bereich des Datenschutzes verlangt werden (Kontakt, Auskunftsrechte, Sicherheitsvorkehrungen u. dgl.). Für die Provider-Selbstregulierung wären das namentlich:

- Vorgaben betreffend solche Geschäftsmodelle, die nicht anchlussstauglich sind (Art. 66c Abs. 1, Satz 2) (etwa Nutzer-Anonymität, fehlende Kontaktmöglichkeit zu Kunden, fehlende Reaktionsbereitschaft von Kunden; Rechtsdurchsetzung hindernde AGB, Anreize zur Werkverbreitung, Werkverbreitung als Umsatztreiber)

⁷ Bericht S. 74, 1. Abs.

- Massnahmen zur Nachhaltigkeit der Take-Down-Massnahmen (wie State-of-the-art-Lösungen zur Erkennung und Identifizierung geschützter Werke/ Schutzgegenstände, insbesondere illegal wieder hochgeladener Werke, wie Content-ID)
- Praktikable Formen der Verletzungsanzeigen; namentlich auch elektronische Kommunikation (Datentransfers) und eine Möglichkeit, massenhaft rechtsverletzende Dienste zu (z. B. Schnittstellen für Datentransfers) und Portalseiten (mittels repräsentativer Auswahl anstatt vollständiger Dokumentation tausender einzelner Werke) anzuzeigen
- Zusammenarbeit mit Rechteinhabern zwecks Vereinfachung der Verletzungsanzeigen und Verfahren
- Kontaktmöglichkeit für Geschädigte (usw. usf.)

1 [...] Einer Selbstregulierungsorganisation nicht anschliessen dürfen sich Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, deren Geschäftsmodell auf der Förderung systematischer Urheberrechtsverletzungen aufbaut, insbesondere indem Nutzern des Dienstes Anonymität gewährt wird, die Anbieterin auf Kontaktmöglichkeiten zu Nutzern verzichtet, Vertragsbedingungen anwendet, die der Erfüllung ihrer Pflichten entgegenstehen, oder Anreize für rechtsverletzende Nutzungen des Dienstes setzt.

3 Das Reglement [ODER: Die Branchenvereinbarung] regelt die Voraussetzungen für den Anschluss und Ausschluss von Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste sowie die Pflichten der angeschlossenen Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste und soll einen wirksamen und effizienten Rechtsschutz gewährleisten. Insbesondere folgende Pflichten müssen den Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste auferlegt werden:

- a. die Pflicht, dem Inhaltsanbieter oder der Inhaltsanbieterin die Mitteilung der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person, wonach dieser oder diese ein Werk oder anderes Schutzobjekt widerrechtlich öffentlich zugänglich gemacht habe, weiterzuleiten und ihn oder sie auf die Möglichkeit des Widerspruchs und dessen Folgen hinzuweisen;
- b. die Pflicht, auf Mitteilung der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person den Zugang zum betreffenden Werk oder anderen Schutzobjekt nach Buchstabe a zu sperren oder dieses vom Server zu entfernen;
- c. die Pflicht, auf Widerspruch eines Inhaltsanbieters oder einer Inhaltsanbieterin, der oder die ein Zustellungsmizil in der Schweiz bezeichnet, umgehend den Zugang zum betreffenden Werk oder anderen Schutzobjekt zu entsperren oder das betreffende Werk oder andere Schutzobjekt wieder auf den Server zu laden, bis die Angelegenheit zwischen den betroffenen Personen oder durch die Gerichte geklärt ist; hierfür wird die Identität des Inhaltsanbieters der mitteilenden Person bekanntgegeben;
- d. die Pflicht, dem Stand der Technik gemässe Verfahren anzuwenden, um ihren Pflichten nach Art. 66b Abs. 1 wirksam nachkommen zu können;
- e. die Pflicht, Rechteinhabern einfach zugängliche Kontaktmöglichkeiten und effiziente Kommunikationswege für Verletzungsanzeigen zur Verfügung zu stellen und sich mit diesen darüber abzustimmen.

b) Branchenvereinbarung statt einseitigem Reglement

50 Der Entwurf sieht eine einseitige Selbstregulierung der Provider unter sich vor. Das setzt deren Wirksamkeit und Effizienz bedauerliche Grenzen. Ein wirksamer Schutz wäre besser zu gewährleisten, wenn die Massnahmen in Koordination und Kooperation mit den Rechteinhabern getroffen würden; also in einer Branchenvereinbarung zwischen Rechteinhabern und Providern zu regeln wären (Ko-Regulierung). So sind am besten allseits akzeptable, effiziente Vorkehrungen zu finden, die erforderlichen Kommunikationswege einzurichten, Aufwand und Kosten der rechtlich gebotenen Massnahmen tief zu halten und angemessen zuzuweisen. Unter anderem in den USA und Grossbritannien haben sich solche Branchenvereinbarungen mit Erfolg etabliert. „Massgebende Verbände“ können analog Art. 46 Abs. 2 URG bestimmt werden. Eine solche – effiziente! – Regelung ist zweifellos auch

im Interesse der Provider. *Nicht effizient* ist es, Provider solche Massnahmen einseitig ohne Abstimmung mit den betroffenen Rechtsinhabern regeln zu lassen; *ebensowenig*, deren Rechtsschutzbedürfnis nur auf dem Umweg der staatlichen Aufsicht durch das IGE zur Geltung zu bringen.

² Die Selbstregulierungsorganisationen ~~erlassen ein Reglement~~ verhandeln mit betroffenen Inhabern von Urheber- und verwandten Schutzrechten bzw. deren massgebenden Verbänden eine Branchenvereinbarung und überwachen die Einhaltung der ~~reglementarischen~~ darin geregelten Pflichten durch die angeschlossenen Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste. Die Pflicht nach Artikel 66b Absatz 4 gilt nicht für angeschlossene Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste.

c) *Weiteres*

51 In jedem Falle bedarf es einer Regelung für den Fall, dass die vorgesehene Selbstregulierung (bzw. Ko-Regulierung) nicht innert nützlicher Frist zustande kommt. Dann sollten entsprechende Regelungen per **Verordnung** erlassen werden.

Sofern die vorgesehene Branchenvereinbarung [ODER: das vorgesehene Reglement] nicht in angemessener Frist zustande kommt, trifft der Bundesrat geeignete Regelungen.

2.4 ZUGANGSPERREN – ART. 66D UND 66E

2.4.1.1 Zweck und Ziele

52 Wo besonders schwer schädigende Plattformen massenhaft und für grosse Nutzerzahlen unrechtmässig Werke anbieten bzw. vermitteln, aber weder die Betreiber der Plattform, noch die zahllosen Uploader, noch die Provider, die die Plattform beherbergen, in der Schweiz rechtlich greifbar sind (Ausland, Verschleierung), kommt den Internet-Anschlussanbietern in der Schweiz eine Schlüsselstellung für den Rechtsschutz zu. Der Schaden, den solche Plattformen in der Schweiz anrichten, kann und muss eingedämmt werden, indem die Access Provider verpflichtet werden, im Netz (d.h. den Internet-Abonnenten in der Schweiz) den Zugang dazu zu sperren (oder erheblich zu erschweren, was bereits den Schaden signifikant eingrenzt). Dies ist das *zweite Kernstück* der Vorlage. Die Grundzüge eines rechtsstaatlichen Vorgehens hierbei hat der EuGH⁸ exemplarisch festgestellt, was eine Orientierungshilfe bietet.

2.4.1.2 Kritik und Verbesserungsbedarf

53 Der Entwurf sieht ein auf den ersten Blick einfaches und rechtsstaatlich abgesichertes Behördenverfahren vor, dessen Voraussetzungen sich aber **im Einzelnen als völlig untauglich**, ja kontraproduktiv erweisen.

a) *Portalseiten nicht erfasst*

54 Im Wortlaut richtet sich die Regelung gegen „Angebote von Werken und anderen Schutzobjekten“ (Art. 66d Abs. 1) unter der Voraussetzung (u.a.), dass das Angebot „*das Werk [...] zugänglich macht*“ (Abs. 2 lit. b).

55 Wörtlich verstanden wären das nur Dienste, die selber uploaden; und würde sich der Anspruch allein auf den Zugang zu den konkreten Werken richten, an denen der Gesuchsteller berechtigt ist („*Wer in seinem [...] Recht verletzt wird*“, Abs. 1).

⁸ 27.03.2014 (C-314/62).

56 Die Vorstellung, es könne eine Adresse oder Seite gesperrt werden, auf der nur gerade ein Werk zugänglich ist, ist abwegig. In der Realität werden Sperren vor allem gegen sogenannte Portalseiten, Linksammlungen u. dgl. benötigt (und im Ausland angewendet), die als „Schaltstelle“ das Zugänglichmachen und Auffinden von Piraterieangeboten zu Tausenden ermöglichen, auch *ohne selber Uploader* zu sein.

57 Solche Angebote müssen *gesamthaft* gesperrt werden, wenn feststeht, dass sie offensichtlich (und überwiegend) Piraterieangebote vermitteln, ohne dass im Einzelfall die Aktivlegitimation an den (typischerweise tausenden) zugänglichen Filmen oder Musikproduktionen nachzuweisen wäre – was schlicht nicht möglich ist.

58 Unter diesen Umständen sollte – wie auch sonst im Urheberrecht – nicht nur die akute Verletzung, sondern auch die Gefährdung des Rechts Schutzansprüche gewähren:

¹ Wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet wird, kann vom IGE verlangen, dass es die Anbieterinnen von Fernmeldediensten mit Sitz in der Schweiz verpflichtet, den Zugang zu Angeboten von Werken und anderen Schutzobjekten respektive zu Seiten, welche solche Angebote enthalten zu sperren.

² Das IGE verfügt die Sperrung eines Angebots [...], wenn die verletzte oder gefährdete Person glaubhaft macht, dass die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: [...]

Mittels des ~~Das~~ Angebots ~~macht~~ werden ~~das~~ Werke oder andere Schutzobjekte überwiegend in nach diesem Gesetz offensichtlich widerrechtlicher Weise zugänglich gemacht.

b) Rechtmässiger Zugang

59 Weiter setzte der Entwurf voraus, dass das Werk von der Schweiz aus rechtmässig zugänglich oder rechtmässig erhältlich ist (Abs. 2 lit. d).

60 Diese Voraussetzung ist **illegitim**, denn sie respektiert nicht das Recht des Urhebers zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1).

61 Sie ist **kontraproduktiv**, weil sie den Rechtsinhaber gerade in der kritischen Phase vor der geplanten Veröffentlichung schutzlos lässt, falls eine Aufnahme „leakt“, d.h. unerlaubt erstveröffentlicht wird.

62 Sie ist **unbrauchbar**, weil kein Rechteinhaber sie je beanspruchen könnte: Kein Einzelner wäre in der Lage, zu gewährleisten oder auch nur glaubhaft zu machen, alle Tausende oder Millionen Musikproduktionen einer solchen Plattform seien legal erhältlich.

63 Im Ergebnis hätte eine solche Vorschrift gerade gegenteilige Wirkung und würde Massen-Piraterieangebote entgegen allen urheberrechtlichen Grundsätzen geradezu legitimieren: Weil der Nachweis legaler Angebote nicht möglich ist, würden die illegalen Plattformen letztlich toleriert.

64 *Art. 66d Abs. 2 lit. d ist deshalb ersatzlos zu streichen.*

c) Kosten

65 Es ist nicht gerechtfertigt, sämtliche Kosten dem (ohnehin) Geschädigten anzulasten (Art. 66d Abs. 3). Rechtsverletzungen durch Nutzer sind auch bei anerkannten Fernmeldediensteanbietern unvermeidbarer (und umsatzrelevanter) Teil ihres eigenen Geschäfts⁹. Diese sind bereits nach Art. 1 Abs. 2 lit. a (i. V. m. Art. 58 Abs. 1 lit. a) FMG verpflichtet, einen die Immaterialgüterrechte achtenden Fernmeldeverkehr sicherzustellen. Kosten der Vorkehrungen, die ein rechtskonformer Geschäftsbe-

⁹ Vgl. nur die damalige PTT in BGE 121 IV 109, Telekiosk.

trieb erfordert, sind grundsätzlich Teil des Geschäftsaufwands. Die Allianz gegen Internetpiraterie hatte bereits, als vermittelnde Lösung, eine *angemessene Teilung* der Kosten zwischen Provider und Rechtsinhaber vorgeschlagen. Der Entwurf begünstigt nunmehr einseitig die Provider, die ihre eigene Compliance vom Geschädigten finanziert bekommen, ja als „Service“ vermarkten könnten.

66 Noch weitergehend, führt der Erläuternde Bericht (S. 71) aus, es sei *voller Ersatz* ausgewiesener Kosten geschuldet, und diese seien per se ein *klagbarer Anspruch* des Providers. Mit anderen Worten, auf dieser Basis könnte ein Geschädigter Rechtsschutz nur gegen das Risiko erlangen, nachher einer beliebigen, nicht absehbaren Kostenforderung ausgesetzt zu sein. Ein solches Kostenrisiko ist für Geschädigte schlicht nicht tragbar; schon gar nicht im Zuge eines *behördlich angeordneten* Verfahrens zur Beseitigung schwerwiegender, massenhafter Rechtsverletzung und -gefährdung.

³ Die Anbieterin von Fernmeldediensten kann von der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Personen einen angemessenen Beitrag an die Abgeltung ihrer ~~haben die Anbieterinnen von Fernmeldediensten für die Kosten der~~ für die Sperrung verlangen ~~angemessen zu entschädigen.~~

67 Ungeachtet der Kostenteilung zwischen Geschädigtem und Provider, darf die gesetzliche Regelung nicht dazu führen, dass dem Geschädigten (Regress-) Schadenersatzansprüche gegen den Verletzer abgeschnitten werden. Das könnte sich aber daraus ergeben, dass dem Geschädigten eine gesetzliche Zahlungspflicht auferlegt wird, die er womöglich nicht als Schaden geltend machen könnte.

[...] Art. 62 Abs. 2 gilt entsprechend.

2.5 OFFENLEGUNG – ART. 62A

2.5.1.1 Zweck und Ziele

68 Ein drittes Kernstück des mit dem Entwurf verfolgten Konzepts soll es sein, wenigstens in Fällen schwerer Rechtsverletzungen durch Internet-Nutzer (hinter denen sich sowohl Privatpersonen als auch kriminelle Organisationen verbergen könnten) die Anschlussinhaber offenzulegen, damit auf dem Zivilrechtsweg gegen sie vorgegangen werden kann. Das soll namentlich auch die übermässige Beanspruchung von Strafverfahren – heute der einzige gegebene Rechtsbehelf in solchen Fällen – eindämmen.

69 Dieses Ziel verfehlt der Entwurf (Art. 62a, 66g), der eine in mehrfacher Hinsicht nicht praxistaugliche Regelung vorsieht:

2.5.1.2 Kritik und Verbesserungsbedarf

a) *Unverständliche Beschränkung auf Peer-to-Peer-Technologie*

70 Der Eingriff ist nur für Peer-to-Peer-Netzwerke vorgesehen (Art. 62a Abs. 2 lit. a Ziff. 2; Art. 66g Abs. 1; per Verweis auch Art. 66j). Offenbar folgt dies der Vorstellung, *nur in solchen Netzwerken* finde die Verbreitung dezentral statt, fehle es an einem „zentralen Serverbetreiber“, und sei ein Blocking nicht statthaft (Bericht, 68 f.).

71 Was unter einem „Peer-to-peer-Netzwerk“ zu verstehen ist, ist nicht hinreichend bestimmt, um als abschliessendes gesetzliches Tatbestandsmerkmal zu dienen. Die Festlegung auf eine Filesharing-Technologie widerspricht grundlegend der Technologieneutralität des Urheberrechts. Diese Organisationsform der Internet-Piraterie kann absehbar bereits wieder obsolet werden. Bereits sind andere

„dezentrale“ Filesharing-Technologien mit gleichen Problemen gebräuchlich (z. B. das Share-Hosting mit einer Vielzahl wechselnder und rechtlichem Zugriff entzogener Share-Hoster).

72 Gerade in solchen Netzwerken tun sich einzelne Internet-Nutzer (oder Organisationen) auch in der Schweiz als „Feeder“ und „Heavy Uploader“ mit dem Zugänglichmachen neu veröffentlichter Werke oder grosser Mengen geschützter Werke hervor. Diese direkt zur Verantwortung zu ziehen, ist sowohl *gerechtfertigt* (auch im Interesse der übrigen Internet-Nutzer), als auch zur Abhilfe *notwendig*. Das Warnhinweis-/Offenlegungsverfahren sollte daher immer anwendbar sein, wo weder Take-down (beim Hosting Provider) noch Sperre (beim Fernmeldediensteanbieter) in Betracht kommen; mindestens aber bei allen Formen „dezentralisierter Datenaustauschsysteme“ (Bericht S. 79).

73 Art. 62a Abs. 2 lit. a Ziff. 2 ist deshalb ersatzlos zu streichen.

b) Voraussetzung der erfolgten aufklärenden Hinweise (Warnhinweise) ist untauglich

74 Die in ihren Rechten verletzte Person kann unmöglich glaubhaft machen, dass der Teilnehmer oder die Teilnehmerin in den letzten 12 Monaten zwei „aufklärende Hinweise“ (hier vereinfacht als „Warnhinweise“ bezeichnet) erhalten habe. Woher soll die in ihren Rechten verletzte Person das wissen? Die IP Adressen werden im Internet dynamisch vergeben, also immer wieder neu vergeben. Deshalb ist es auch für einen eifrigen Ermittler im Internet nur möglich fest zu stellen, dass es viele Rechtsverletzungen gibt (also eine schwerwiegende Verletzung vorliegt). Ob diese jedoch durch immer wieder die gleiche Person oder durch mehrere unterschiedliche Personen begangen wurden, kann so nicht festgestellt werden.

75 Art. 62a Abs. 2 lit. a Ziff. 3 ist deshalb ersatzlos zu streichen.

c) Definition „schwerwiegende Verletzung“

76 Die Voraussetzungen in Art. 62a Abs. 2 sind auf Buchstabe a Ziff. 1, also auf „schwerwiegende Verletzung“ zu beschränken. Allerdings ist die Definition anzupassen:

77 Die Beschränkung auf „schwerwiegende“ Rechtsverletzungen hätte zur Folge, dass grosse Teile der Rechtsverletzungen de facto nicht verfolgt werden können. Dies, während es gegenüber den Anschlussinhabern zunächst nicht um (schwerwiegende) Sanktionen geht, sondern um blosser Warnhinweise; und höchstens im Renitenzfall darum, die mutmasslichen Rechtsverletzungen gerichtlich überprüfbar zu machen. Selbst das könnte hinzunehmen sein im Gegenzug für *schnelle und effiziente Rechtsbehelfe* bei wirklich *schwerwiegende Verletzungen*, bei denen es für die Auswertung darauf ankommt. (Allemaal besser wäre, in Umkehr geeignet definierte Bagatellfälle freizustellen.) Genau das leistet der Entwurf nicht:

78 Was eine „schwerwiegende Verletzung“ (Art. 62a Abs. 2 lit. a Ziff. 1, 66g Abs. 1) ist, sollte grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls und in der Kompetenz der Gerichte zu beurteilen sein. Eine eingrenzende und abschliessende (!) Definition wie in Art. 62a Abs. 4 genügt bereits rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht: Davon nicht erfasste, wenngleich tatsächlich *schwerwiegende Verletzungen* müssten schutzlos hingenommen werden.

79 Dies umso weniger, als die vorgeschlagene Definition am Schutzbedarf völlig vorbeizieht, weil sie nur zwei Fallgruppen erfasst (bis zur Veröffentlichung und wieder ab der physischen oder Online-Verbreitung), *zwischen denen* das Werk, in einer besonders kritischen Phase seiner Auswertung, ungeschützt über solche Netzwerke zugänglich gemacht werden könnte.

80 Die erste Fallgruppe greift zu kurz, weil sie mit der (Erst-) Veröffentlichung (Art. 9 Abs. 3 URG; ggf. irgendwo auf der Welt) endet, während es ab dann längere Zeit brauchen kann, Auswertungsverträge (z. B. Lizenzen für die Schweiz) für das Werk zu verhandeln, Marketing und Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben, je nach Medium auch zuerst exklusivere, primäre Auswertungsformen (Kino, Konzerte) zu bedienen. Gerade in dieser Phase ist Piraterie besonders schädlich (z.B. für laufende Lizenzverhandlungen).

81 Für die zweite Fallgruppe kann es hingegen nicht darauf ankommen, dass die widerrechtlich zugänglich gemachten Werke tatsächlich verfügbar sind. Das widerspricht dem Recht der Urheber zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1), also Schutz auch für aktuell nicht verfügbare Werke zu beanspruchen (etwa um eine optimale Auswertung vorbereiten und steuern zu können).

82 Es wäre auch bei der hierfür vorausgesetzten *grossen Zahl* betroffener Werke schlicht gar nicht möglich, diese Voraussetzung auch nur glaubhaft zu machen; zumal kein Rechtsinhaber je die Rechte an allen (oft tausenden) Titeln eines solchen Angebots für sich beanspruchen kann. In solchen Fällen ist ja gerade eine grosse Zahl von Werken und von Rechtsinhabern betroffen.

83 Zur blossen Abgrenzung von der ersten Fallgruppe ist dies völlig entbehrlich: Es genügt *entweder* die Störung der vorgängigen Auswertung (lit. a) *oder* die grosse Zahl (lit. b).

84 Auch dieser Rechtsbehelf ist nicht auf eigentliche Uploader zu beschränken, sondern muss die Betreiber von Plattformen des Filesharing einschliessen, sofern diese sich eines schweizerischen Internet-Zugangs bedienen und über diesen ermittelbar sind.

⁴ Eine schwerwiegende Verletzung liegt insbesondere vor, wenn:

ein Werk oder anderes Schutzobjekt ~~vor seiner Veröffentlichung~~ widerrechtlich zugänglich gemacht wurde, bevor es mit Einwilligung der Rechtsinhaber für unbeschränkte Nutzerkreise verbreitet oder auf Abruf zugänglich gemacht wurde; oder

eine grosse Anzahl von Werken oder anderen Schutzobjekten, ~~die rechtmässig zugänglich oder erhältlich sind~~, widerrechtlich zugänglich gemacht wurden oder dies wesentlich gefördert wird.

d) Verfügbarkeit der Daten

85 Ungeachtet der Aufbewahrungsfristen etwa nach Art. 15 Abs. 3 BÜPF (6 Monate) gilt es zu vermeiden, dass der Fernmeldedienstanbieter *während des laufenden Warnungs-Prozesses* (je nach dessen Dauer, s.u.) die notwendigen Daten zur Teilnehmeridentifikation aufgibt und das laufende Verfahren folglich ins Leere geht. Daher sollte das Gesetz (als Rechtfertigung wie als Pflicht) deren Aufbewahrung während der Verfahrensdauer (gem. Entwurf 12 Monate, Art. 62a Abs. 2 lit. a Ziff. 3) vorsehen. Das ist gerechtfertigt, weil es nur die Daten des einzelnen Falls betrifft, in dem ausreichende Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Rechtsverletzung vorliegen, und die Daten zur Bearbeitung des gesetzlich vorgesehenen Verfahrens nötig sind (keine Vorratsdatenspeicherung).

Art. 62a Abs. 2 lit. b: Die Anbieterin von Fernmeldediensten verfügt im Zeitpunkt des Begehrens (Abs. 1) über Daten, die eine Identifikation der Teilnehmer oder Teilnehmerinnen noch erlauben. Diese Daten sind bis zum Abschluss des Verfahrens durch die Anbieterin von Fernmeldediensten aufzubewahren.

2.6 WARNHINWEIS – ART. 66G

2.6.1.1 Kritik und Verbesserungsbedarf

86 Der Entwurf zu Art. 66g verkennt die Abläufe im Internet: Unter anderem wird bei der Verwendung dynamischer IP-Adressen (die also pro Anschluss mit jeder Session wechseln) ohne die Identifikation des Anschlusses gar nicht feststellbar sein, ob dieser „für eine schwerwiegende Verletzung der Urheber- oder verwandten Schutzrechte ... verwendet“ wurde. Dies kann sich ja gerade daraus ergeben, dass der Anschluss laufend (unter jeweils neuer IP-Adresse) für Rechtsverletzungen benutzt wird. Mehr als der Verdacht einer schwerwiegenden Rechtsverletzung kann – jedenfalls für die Mitteilung an den Dienstanbieter – nicht verlangt werden; sonst, wird niemand in der Lage sein, in solchen schwerwiegenden Fällen das Versenden von Warnhinweisen zu fordern.

87 Weiter geht der Entwurf an der Praxis und den Marktumständen bei der Auswertung von Urheberrechten vorbei: Sämtliche digital verfügbaren Werke wie Filme, Musikalben, Bücher, Games etc. erzielen ihre weitaus grössten Einnahmen in den ersten paar Wochen ab ihrer Veröffentlichung. Das vorgesehene Verfahren betr. Warnhinweise dauert derart lange, dass es per se immer viel zu spät kommt und folglich nicht benutzt werden wird.

88 Das Verfahren bis zur Offenlegung eines (renitenten) Rechtsverletzers ist mit *wiederholtem* Warnhinweis zu *aufwendig* und *kompliziert*, und mit den implizierten *Fristen viel zu lang*, um gegen einen Täter in der Schweiz wirksam Schutz zu bieten. Namentlich in den „schwerwiegenden Fällen“ nach Art. 62a Abs. 4 lit. a (Schutz vor und während der Primärauswertung) ist es offensichtlich, dass während einem Verfahren von *mindestens vier Monaten Wartefristen* (zuzüglich der Dauer zweier gerichtlicher Verfahren - Offenlegung und Massnahmen – und Bearbeitungsfristen) der grösste Schaden längst angerichtet sein wird.

89 *Ein einziger Warnhinweis*, ggf. in doppelter (elektronischer und schriftlicher) Form; und eine Frist zur Abklärung und Anpassung von *zwei Wochen genügen völlig*. Dies erlaubt ein zügiges Vorgehen zur Beseitigung der (schwerwiegenden!) Verletzung, und wahrt die Interessen eines allenfalls unbelasteten Anschlussinhabers ausreichend. Das Verfahren führt ja nicht (wie HADOPI o.ä.) direkt zu Sanktionen, sondern *nur* zur Offenlegung seiner Identität, worauf ihm die Möglichkeit, seine Nicht-Beteiligung etwa unter Verweis auf den Missbrauch durch andere Anschlussbenutzer einzuwenden, gewahrt bleibt. Unter diesen Umständen ist es nicht erforderlich, den Anschlussinhaber – falls er nicht ohnehin der Verletzer ist – bis in den Vorsatz zu treiben (so der Bericht, S. 70), um der Verletzung abzuhelpen. In anderen Lebensbereichen sind auch Privatpersonen sogar verschuldensunabhängiger Haftung ausgesetzt (Werkeigentümerhaftung, Art. 58 f. OR); und gewisse Sorgfaltsanforderungen zur Missbrauchsvorkehr beim Betrieb eines Internetanschlusses, der Dritten zugänglich ist, sollten sich von selbst verstehen.

a) *Pflicht zur Abhilfe*

90 Auch nach der Vorstellung des Bundesrats müsste der Anschlussinhaber, der sich keiner eigenen Verletzung gewahr ist, die Frist nach dem Warnhinweis gebrauchen, um dem mutmasslichen Missbrauch seines Anschlusses nachzugehen und diesem abzuhelpen (Bericht, S. 79). Das muss im Gesetz aber auch so vorgesehen sein. Andernfalls böte sich jedem Anschlussinhaber die Möglichkeit, sich der Verantwortlichkeit mit der blossen Behauptung zu entziehen, andere (Mitnutzer) seien für die Verletzungen verantwortlich, es sei aber nicht bekannt, wer und wie den Anschluss bei den Verlet-

zungen benutzt habe. Den Rechtsinhabern wäre damit das Vorgehen verwehrt, denn zivilrechtlicher Schutz „gegen unbekannt“ ist nicht zu erlangen.

91 Art. 66g Zustellung der aufklärenden Hinweise

¹ Auf Mitteilung der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person oder einer zuständigen Behörde stellen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten den Teilnehmern und Teilnehmerinnen, sofern begründeter Verdacht besteht, dass deren Anschluss für eine schwerwiegende Verletzung der Urheber- oder verwandten Schutzrechte über Peer-to-Peer-Netzwerke verwendet werden, einen ~~ersten~~ aufklärenden Hinweis zu. Dieser kann elektronisch und/oder in Papierform übermittelt werden.

² [Ersatzlos streichen und ersetzen durch:] Will der Anschlussinhaber geltend machen, für über seinen Anschluss begangene schwerwiegende Verletzungen nicht verantwortlich zu sein, so hat er umgehend Massnahmen zu ergreifen, um die missbräuchliche Verwendung seines Anschlusses zu unterbinden.

^{3,2} Erfolgt frühestens nach zwei ~~Monaten~~ ~~Wochen~~ ~~seit der Zustellung des zweiten aufklärenden Hinweises~~ und spätestens nach zwölf Monaten seit der Zustellung des ~~ersten~~ aufklärenden Hinweises eine ~~dritte~~ weitere Mitteilung einer in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person oder einer zuständigen Behörde, so informieren die Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Person oder Behörde über den oder die bereits erfolgten Hinweise und die Möglichkeit, die Identität der Teilnehmer und Teilnehmerinnen, deren Anschluss für die Verletzung verwendet wurde, zu erfahren (Art. 62a).

b) Offenlegung

92 Der Entscheid einer (zentralen und routinierten) Behörde über die Offenlegung wäre bedeutend effizienter als die Belastung der Gerichte mit diesem Verfahren. Geschädigte, die ohnehin ihren Rechtsschutz vor Gericht geltend machen müssen, hätten nicht Kosten und Risiko zweier gerichtlicher Verfahren in jedem einzelnen Verletzterfall zu tragen. Alternativ könnten der Offenlegungsentscheid (als Vorfrage) und Klage bzw. Massnahmengesuch in einem einheitlichen Verfahren behandelt werden.

c) Kosten

93 Es ist nicht gerechtfertigt, sämtliche Kosten dem (ohnehin) Geschädigten anzulasten (Art. 66d Abs. 3). Dies ist auch eine ungerechtfertigte Abweichung vom Prinzip, dass schlussendlich der Verletzer resp. Mittäter und Gehilfe die Kosten tragen muss, auch wenn sie der Rechteinhaber allenfalls teilweise bevorschusst.

94 Rechtsverletzungen durch Nutzer sind auch bei anerkannten Fernmeldediensteanbietern unvermeidbarer (und umsatzrelevanter) Teil ihres eigenen Geschäfts.¹⁰ Diese sind nach Art. 1 Abs. 2 lit. a (i. V. m. Art. 58 Abs. 1 lit. a) FMG ohnehin verpflichtet, einen die Immaterialgüterrechte achtenden Fernmeldeverkehr sicherzustellen. Kosten der Vorkehrungen, die ein rechtskonformer Geschäftsbetrieb erfordert (Compliance), sind grundsätzlich Teil des Geschäftsaufwands. Die Allianz gegen Internetpiraterie hatte bereits, als vermittelnde Lösung, eine angemessene Teilung der Kosten zwischen Provider und Rechtsinhaber vorgeschlagen. Der Entwurf begünstigt nunmehr einseitig die Provider, die ihre eigene Compliance vom Geschädigten finanziert bekommen, ja als „Service“ vermarkten könnten.

95 Noch weitergehend, führt der Erläuternde Bericht (S. 71) aus, es sei voller Ersatz ausgewiesener Kosten geschuldet, und diese seien per se ein klagbarer Anspruch des Providers. Mit anderen Worten, auf dieser Basis könnte ein Geschädigter Rechtsschutz nur gegen das Risiko erlangen, nachher einer beliebigen, nicht absehbaren Kostenforderung ausgesetzt zu sein. Ein solches Kostenrisiko ist

¹⁰ Vgl. nur die damalige PTT in BGE 121 IV 109, Telekiosk.

für Geschädigte schlicht nicht tragbar; schon gar nicht im Zuge eines *behördlich angeordneten* Verfahrens zur Beseitigung schwerwiegender, massenhafter Rechtsverletzung und -gefährdung.

⁵ Die Anbieterin von Fernmeldediensten kann von der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Personen vorschussweise einen angemessenen Beitrag an die Abgeltung ihrer ~~haben die Anbieterinnen von Fernmeldediensten für die Kosten der~~ für die Zustellung der aufklärenden Hinweise und der damit verbundenen Kosten verlangen angemessen zu entschädigen, sofern diese Kosten nicht direkt dem Verletzer auferlegt werden können.

96 Ungeachtet der Kostenteilung zwischen Geschädigtem und Provider, darf die gesetzliche Regelung nicht dazu führen, dass dem Geschädigten (Regress-) Schadenersatzansprüche gegen den Verletzer abgeschnitten werden. Das könnte sich aber daraus ergeben, dass dem Geschädigten eine gesetzliche Zahlungspflicht auferlegt wird, die er womöglich nicht als Schaden geltend machen könnte.

[...] Art. 62 Abs. 2 gilt entsprechend.

2.7 PROVIDER-PRIVILEG – ART. 66K

2.7.1.1 Zweck und Ziele

97 Wenn Art. 66k Provider, die ihren jeweiligen speziellen gesetzlichen Pflichten nachkommen, im Übrigen *vollständig von der Verantwortlichkeit* für Urheberrechtsverletzungen *freistellt* („*sicherer Hafen*“ bzw. „*Providerprivileg*“ nach dem Vorbild der E-Commerce-Richtlinie 2000/31 der EU), so setzt das voraus, dass diese *Pflichten* (v.a. in der Selbstregulierung) ihrerseits der tatsächlichen Verantwortung der Provider gerecht werden.

98 Das muss auch solche Umstände betreffen, die in den Art. 66b und 66c sowie 62a Abs. 2, 66d und 66g nicht ausdrücklich geregelt, aber vorausgesetzt sind; namentlich *Kenntnis der eigenen Kunden, zugängliche Kontakte* für Anzeigen der Rechteinhaber, die zur Pflichterfüllung benötigten *vertraglichen Regelungen* der Kundenbeziehungen *inklusive griffiger AGB* und *adäquate technische Mittel*. Andernfalls wäre die Freistellung nicht gerechtfertigt.

2.7.1.2 Kritik und Verbesserungsbedarf

99 Die Formulierung scheint nicht sehr geglückt. Sie sollte klarstellen, dass nur die *tatsächliche Erfüllung* der Pflichten (im jeweiligen Fall) die Freistellung bewirkt.

100 Die vergleichbaren Bestimmungen des EU-Rechts¹¹ stellen zudem klar, dass Access-Provider nur privilegiert sind, sofern sie nicht selber auf den Datenverkehr Einfluss nehmen, und Hosting-Provider, wenn die Verletzung nicht aus ihrer eigenen Sphäre stammt. Dies muss auch in der Schweiz gelten.

Art. 66k Ausschluss der Verantwortlichkeit

¹ Sofern Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, die ihren Pflichten nach den Artikeln 66b und 66c Absätze 2 und 3 nachkommen wahrnehmen, können sie nicht verantwortlich gemacht werden für:

Urheberrechtsverletzungen durch ihre dritte Inhaltsanbieter und Inhaltsanbieterinnen, die sich ihres Dienstes bedienen; [...]

² Sofern Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die die Datenübermittlung weder veranlassen noch deren Adressaten oder Inhalt bestimmen oder ändern und ihren Pflichten nach den Artikeln 62a Absatz 2, 66d Absatz 2 und 66g nachkommen wahrnehmen, können nicht verantwortlich gemacht werden für: [...]

¹¹ Art. 14 Abs. 2 E-Commerce-Richtlinie 2000/31 der EU.

2.8 LEISTUNGSKLAGEN

2.8.1.1 Zweck und Ziele

- 101 Art. 62 Abs. 1bis gewährt Rechtsinhabern klagbare Ansprüche gegen einen Hosting Provider, der seine gesetzlichen bzw. reglementarischen Provider-Pflichten verletzt. Gemäss Erläuterndem Bericht (S. 68) soll es dabei um die *Durchsetzung dieser neuen Pflichten selber* gehen (also Take-Down, Notice, Offenlegung, ggf. Stay-Down). Kommt er diesen Pflichten nach, ist er nach Art. 66k Abs. 1 (im übrigen) von der Verantwortung für Rechtsverletzungen seiner Nutzer freigestellt.
- 102 Festzuhalten ist, dass gegenüber *fehlbaren* Providern, die nicht durch Art. 66k Abs. 1 privilegiert sein können, auch nicht nur die darin genannten neuen Pflichten (nach Art. 62a Abs. 2, 66b, 66c Abs. 2 und 3, 66g) durchsetzbar sind, sondern prinzipiell alle Ansprüche (insbesondere Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche), die sich unter den Umständen des jeweiligen Falles aus Art. 62 ergeben; und dass zudem Schadenersatzansprüche vorbehalten bleiben (Art. 62 Abs. 2). Art. 66k soll Rechtssicherheit und einen „sicheren Hafen“ für rechtstreue Anbieter schaffen, nicht aber auch fehlbare Provider privilegieren.
- 103 Massnahmen in allfälligen Strafverfahren müssen ohnehin unberührt bleiben. Auch wenn mit der Revision beabsichtigt ist (und im Erfolgsfall auch erreicht werden kann), dass Abhilfe gegen Urheberrechtsverletzungen in erster Linie in den vorgesehenen Verfahren und, soweit erforderlich, über zivilprozessuale Massnahmen erwirkt werden kann, schränkt das die Strafbarkeit *vorsätzlich* begangener Verletzungen nicht ein, und muss die Strafverfolgung vor allem schwerer Täter gewährleistet bleiben.
- 104 Eine entsprechende Regelung *klagbarer Ansprüche gegen Access Provider* (Fernmeldediensteanbieter) *fehlt* in Art. 62 Abs. 1bis. Daraus könnte e contrario zu schliessen sein, dass der Gesetzgeber hier kein zivilrechtliches Vorgehen vorsehen wollte. Das stiftet Unklarheit, denn Art. 66k Abs. 2 behält gerade vor, dass diese bei Verletzung ihrer Provider-Pflichten für Urheberrechtsverletzungen durch ihre Teilnehmer *verantwortlich gemacht werden* können; und auch der Bericht hält fest, die Eröffnung eines Sperr-Verwaltungsverfahrens bedeute nicht, „dass e contrario eine entsprechende gerichtliche Anordnung als Folge zivilrechtlicher Beseitigungs- und Unterlassungsklagen unzulässig wäre“. Hier scheint eine Klarstellung geboten (komplementär zu Art. 66k Abs. 2).

„...und bei Verletzung der Pflichten nach den Artikeln 66b und 66c sowie 62a Absatz 2, 66d Absatz 2, 66e und 66g.“

2.9 DATENSCHUTZRECHTLICHE FREISTELLUNG / RECHTFERTIGUNGSGRUND – ART. 66J

2.9.1.1 Zweck und Ziele

- 105 Eines der Kernanliegen der Revision (seit dem Logistep-Entscheid des Bundesgerichts BGE 136 II 508 von 2009, der den gesetzgeberischen Handlungsbedarf festgehalten hatte) war es, die zum Rechtsschutz erforderliche Datenerhebung und -bearbeitung auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen, *um sie überhaupt wieder zu ermöglichen*. Massstab dafür kann es nur sein, dass und wie Opfer von deliktischen Handlungen in praktisch allen anderen Lebensbereichen selbstverständlich berechtigt sind, die Informationen zu erheben und Rechtsverfolgungsbehörden vorzulegen, deren es zur Verfolgung der Täter und zur Geltendmachung der Ansprüche bedarf (Art. 2 Abs. 2, 13 Abs. 1 i. V. m. 6 Abs. 2

DSG¹²). Bei Internet-Urheberrechtsverletzungen sind das in der Regel (aber nicht zwingend) die IP-Adresse des benutzten Anschlusses und (v.a. bei dynamischen, also laufend neu zugewiesenen IP-Adressen) die Zeit, zu der der Anschluss missbraucht wurde, sowie die Evidenz für die Verletzungen. Ziel muss also eine einfache und umfassende Rechtfertigung solcher Datenbearbeitung sein, wie sie andere Deliktsoffer auch beanspruchen könnten.

2.9.1.2 Kritik und Verbesserungsbedarf

106 Stattdessen macht es der Entwurf in Art. 66j so schwer wie möglich.

a) Voraussetzungen

107 Datenerhebung wäre überhaupt nur in P2P-Netzwerken möglich - für alle anderen, vielfältigen Organisationsformen der Internet-Piraterie wäre es Geschädigten e contrario dann endgültig verboten, zu ihrem Schutz die nötigen Informationen zu erfassen. Auch diese Bestimmung muss technologieneutral formuliert werden.

108 Sie wäre zudem nur möglich, wenn von vornherein feststeht, dass es sich um eine *schwerwiegende* Verletzung nach dem Massstab des Hinweis-/ Offenlegungsverfahrens handelt. Damit würde das Gesetz die strengen Anforderungen, die es für eine (unterstellt) „fernmelderechtliche Teilnehmeridentifikation“ bei Offenlegung der Anschlussinhaber aufstellt (Art. 62a Abs. 4), auch schon auf die bloße Erhebung der IP-Adressen und Zeitangaben anwenden, die (a) jedermann im Internet frei zugänglich sind und (b) den Geschädigten ohne das nachfolgende, aufwendige, gerichtliche Hinweis-/ Offenlegungsverfahren die Identifikation ja gerade noch nicht ermöglichen. Das ist offensichtlich der falsche Massstab.

109 In vielen Fällen wird erst anhand solcher Daten und nach der gerichtlichen Offenlegung der Identität überhaupt erkennbar sein, ob es sich um eine schwerwiegende Verletzung handelt – d.h., der Verletzte wird nicht einmal feststellen können, ob er die Daten erheben dürfte, ohne potentiell das Recht bereits gebrochen zu haben. (Die Erfahrung der Vergangenheit hat gelehrt, dass besonders schwere Rechtsverletzungen häufig erst in einem Strafverfahren durch die Strafverfolgungsbehörden ermittelt werden, *was bei einem entsprechenden Tatverdacht selbstverständlich ebenfalls möglich bleiben muss.*)

b) Abschliessende Aufzählung

110 Die abschliessende Aufzählung der „erlaubten“ Daten (IP-Adressen, Time Codes, Werkdaten-Hashcode), widerspricht der Technologieneutralität des Urheberrechts; die Erhebung anderer benötigter Daten wäre e contrario nicht erlaubt; die Bestimmung wäre mit dem technologischen Wandel bald überholt.

c) Bekanntgabepflicht

111 Zu guter Letzt will der Entwurf den Verletzten verpflichten, Zweck, Art und Umfang der Datenerhebung „bekannt zu geben“ (Art. 66j Abs. 3), z. B. auf seiner Website (Bericht S. 82). Auch hier wird der falsche Massstab angelegt, nämlich der einer Empfehlung des EDÖB für die Übergangszeit *ohne gesetzliche Grundlage* der Datenerhebung, während hier gerade diese Grundlage ja geschaffen werden soll. Zwar gilt dennoch das Transparenzprinzip, aber gerade keine Informationspflicht¹³; das Gesetz

¹² Vgl. dazu Rosenthal/Jöhri, DSG, Art. 13 N 18.

¹³ Vgl. Rosenthal/Jöhri, DSG Art. 4 N 51.

kann und sollte auch ohne explizite „Bekanntgabe“ eine Rechtfertigung für die Datenerhebung (Art. 13 DSGVO) bieten – wie es ja auch in anderen Fällen möglich ist, aufgrund einer Interessenabwägung Informationen über Rechtsverletzer und –verletzung zu bearbeiten, um diese zu verfolgen bzw. Ansprüche geltend zu machen. Dies ganz abgesehen davon, dass keineswegs jeder verletzte Urheber oder Kleinproduzent über ausreichend prominente Kommunikationskanäle verfügt, um eine (sinnvolle) „Bekanntgabe“ zu publizieren. **Absatz 3 ist ersatzlos zu streichen.** Die allgemeinen Grundsätze des DSGVO sind anwendbar und genügen.

112 Auch **Abs. 2 und 4 sind redundant**, weil sie ohnehin geltende Datenbearbeitungsgrundsätze wiederholen.

Art. 66j Datenbearbeitung durch die in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzte Person

¹ Werden Urheber- oder verwandte Schutzrechte ~~über Peer-to-Peer-Netzwerke schwerwiegend~~ verletzt, so darf die verletzte Person ~~zur Bekämpfung dieser Verletzung~~ die zur Wahrung ihrer Rechte erforderlichen folgenden Daten erheben und speichern; ~~bei Verletzungen mittels Fernmeldediensten insbesondere:~~

die IP-Adresse des Teilnehmers oder der Teilnehmerin, dessen oder deren Anschluss für die Verletzung verwendet wurde;

das Datum und die Uhrzeit der Zugänglichmachung der Werke und anderer Schutzobjekte sowie die Dauer, während der das Werk oder andere Schutzobjekt zugänglich war;

den elektronischen Fingerabdruck des Werks oder des anderen Schutzobjekts.

² Die in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzte Person darf nicht mehr Daten erheben und speichern, als für die Verfolgung der Rechtsverletzungen unabdingbar ist.

³ Sie hat den Zweck, die Art und den Umfang der Datenerhebung und -speicherung bekannt zu geben.

⁴ Sie hat die Daten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugte Bearbeitung zu schützen.

113 Entsprechend genügt beim Verweis auf die Datenbearbeitung in Art. 62a der Hinweis auf die Rechtmässigkeit der Datenschutzbearbeitung, die nicht allein Art. 66j folgt:

Art. 62a Absatz 1 Wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht schwerwiegend verletzt wird, kann gestützt auf Daten, die er oder sie ~~nach Artikel 66j~~ rechtmässig bearbeitet hat, vom Gericht verlangen, dass dieses die Anbieterin von Fernmeldediensten verpflichtet, die Teilnehmer oder Teilnehmerinnen zu identifizieren, deren Anschlüsse für die Verletzung verwendet wurden

3. Verwertungsgesellschaften und Tarifverfahren

3.1 VERWERTUNGSGESELLSCHAFTEN

3.1.1 Vorbemerkungen

114 Die fünf in der Schweiz konzessionierten Verwertungsgesellschaften sind privatrechtlich organisiert, dies in Form von Genossenschaften (ProLitteris, SUISSIMAGE, SSA, SUIISA) bzw. als Verein (SWISSPERFORM). Mitglieder dieser Gesellschaften sind weit über 60'000 Kulturschaffende (Urheber und Interpreten) sowie deren Partner (wie Verleger, Produzenten, Sendeunternehmen). Sie alle verfügen über gesetzliche und statutarische Mitgliedschaftsrechte mit welchen sie die Geschäftsführung ihrer Gesellschaften bestimmen können.

115 Das aktuelle URG sieht eine Aufsicht in jenen Bereichen vor, in denen die Rechtsinhaber verpflichtet sind, ihre Rechte kollektiv wahrzunehmen (Art. 40 URG). Dabei kennt die bestehende Aufsicht drei Pfeiler:

- Tarifprüfung und -genehmigung durch die Eidgenössische Schiedskommission nach den Vorgaben von Art. 55ff. URG;
- Aufsicht über die Geschäftsführung durch das IGE nach den Vorgaben in Art. 52ff. URG;
- Prüfung der Grundlagen der Verteilung durch das IGE nach Art. 48f. URG.

116 Gemäss Vorentwurf soll die Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften in zweierlei Hinsicht ausgedehnt werden.

- Erstens sollen sämtliche Tätigkeiten der Verwertungsgesellschaften überprüft werden können (Art. 40f. VE URG), und nicht mehr nur die nach Art. 40 URG als bewilligungspflichtig erklärten Bereiche.
- Zweitens soll anstelle der bestehenden Rechtskontrolle neu eine Angemessenheitsprüfung treten. Diese soll eine erweiterte Kontrolle der Verteilungsreglemente (Art. 48 Abs. 1bis VE) sowie eine umfangreichere Überwachung der Geschäftsführung (Art. 53 Abs. 1 VE) ermöglichen.

3.1.2 Ausweitung der Bundesaufsicht

117 Die heute bestehende Aufsicht funktioniert und bedarf keines Ausbaus. *Wir lehnen daher die vorgeschlagene Ausdehnung der Bundesaufsicht über die Verwertungsgesellschaften ab.* Das aktuelle System der Aufsicht ist beizubehalten.

3.1.3 Ausweitung der Tarifaufsicht

118 *Die geplante Ausweitung der Tarifaufsicht ist abzulehnen* und ersatzlos zu streichen.

119 Gemäss aktueller Rechtslage bezieht sich die Tarifaufsicht auf den konzessionierten Bereich. Die Tarife sind mit Nutzerverbänden zu verhandeln und der Eidgenössischen Schiedskommission zur Genehmigung zu unterbreiten. Diese prüft die Tarife auf Angemessenheit nach Art. 59 und 60 URG.

120 Der Umfang der bestehenden Aufsicht rechtfertigt sich durch die im konzessionierten Bereich bestehende Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften. In anderen Bereichen rechtfertigt sich eine Tarifaufsicht nicht.

3.1.4 Angemessenheitsprüfung der Verteilungsreglemente (Art. 48 Abs. 1 und 1^{bis})

121 *Die in Art. 48 VE vorgeschlagene Neuerung der Angemessenheitsprüfung ist abzulehnen* und ersatzlos zu streichen.

122 Die gemäss aktueller Regelung bestehende Aufsicht ist ausreichend. Sie ermöglicht der Aufsichtsbehörde die Prüfung, ob die Verteilung nach festen Regeln und ohne Willkür erfolgt, insbesondere dass die Verteilung das Gebot der Gleichbehandlung beachtet und dass die Verwertungsgesellschaften keine Gewinne auf dem Rücken der Berechtigten erzielen.

123 Die im Vorentwurf vorgesehene Ausdehnung der Aufsicht auf Ermessensfragen hätte unter anderem eine staatliche Prüfung der Angemessenheit von Verteilschlüsseln zwischen den Berechtigten zur Folge. So müsste die Aufsichtsbehörde etwa die zwischen Urhebern und Verlegern vereinbarte Aufteilung der Erträge überprüfen. Gleichermassen würde die vertragliche Regelung der Grobverteilung bei Swissperform (Verteilung der Erträge pro Tarif zwischen Musikinterpreten, Musikproduzenten, Schauspielenden, Filmproduzenten sowie Sendeunternehmen) neu einer Begutachtung durch das IGE unterliegen. Dies erachten wir als nicht hinzunehmende staatliche Bevormundung.

3.1.5 Ausdehnung der Administrativaufsicht (Art. 53 Abs. 1 VE)

124 *Die in Art. 53 Abs. 1 VE vorgeschlagene Ausdehnung der Administrativaufsicht ist abzulehnen* und ersatzlos zu streichen.

3.1.6 Art. 13a IGEG : Die Aufsichtsabgabe

125 *Wir sind der Ansicht, dass Art. 13a E-IGEG unnötig ist und lehnen ihn ab.* Art. 13 Abs. 1 IGEG sieht bereits Gebühren für die Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften vor. Die Aufsichtsabgabe bewirkt nur eines: Die Erhöhung der Verwaltungskosten zulasten der an die Rechteinhaber ausgezahlten Verwertungserlöse. Diese Konsequenz stünde in Widerspruch zur Zielsetzung der Änderung des Urheberrechtsgesetzes.

3.2 TARIFVERFAHREN

3.2.1 Verwertungsrecht – Nutzerpflichten (Art. 51 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} VE)

126 *Wir begrüssen die Anpassung der Bestimmungen in Art. 51 VE*, schlagen hierzu aber eine leichte Modifizierung vor.

127 Der Vorschlag nimmt die Empfehlungen der AGUR12 auf. Diese beinhalten einerseits eine Pflicht der Nutzer, die nach Art. 51 URG erforderlichen Meldungen, „in einem dem Stand der Technik entsprechenden, elektronischen Format zu erteilen“, andererseits den Datenaustausch zwischen den Verwertungsgesellschaften zu ermöglichen (vgl. Ziff. 9.2.1 Schlussbericht AGUR12).

128 Nicht im VE enthalten ist der von Swisscopyright mit Schreiben vom 26. März 2015 eingebrachte Vorschlag, einer Auskunftspflicht für Registerämter. Wir regen an, diesen Vorschlag in einen neuen Abs. 1^{quater} einzufügen.

^{1quater} Registerämter des Bundes und der Kantone geben den Verwertungsgesellschaften die Daten bekannt, welche diese für die Gestaltung und Anwendung der Tarife benötigen.

3.2.2 Art. 83 lit. w BGG : Beschleunigung des Tarifverfahrens

129 Wir begrüssen grundsätzlich, dass der Bundesrat beabsichtigt, das Tarifverfahren zu beschleunigen. Der Entwurf von Art. 83 lit. w BGG verfehlt jedoch seinen Zweck. Im Endeffekt bliebe das System der drei Instanzen bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung bestehen. Es würde somit keine Beschleunigung für die Genehmigung von Tarifen bewirkt, die neuartige Bereiche betreffen und die neue Fragen aufwerfen. Es sind aber gerade diese Bereiche, die rasche Lösungen benötigen, um mit den technischen Entwicklungen mithalten zu können. Die beste Lösung, um das Verfahren zu beschleunigen, wäre, gegen Entscheide der Eidgenössischen Schiedskommission eine *direkte Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht* vorzusehen.

3.2.3 Verwaltungsverfahrensgesetz – Zeugeneinvernahme (Art. 14 VwVG)

130 *Wir begrüssen die vorgeschlagene Änderung von Art. 14 VwVG.*

4. Übrige Vernehmlassungsvorschläge

4.1 VERLEIHRECHT (ART. 13 VE)

131 *Wir begrüssen grundsätzlich die Einführung eines Verleihrechts, nicht aber in der vorgeschlagenen Form. Wir regen daher eine Modifizierung der vorgeschlagenen Bestimmung an.*

132 Der Vorschlag in Art. 13 VE ist zu weitgehend. Zwar lässt die Formulierung im erläuternden Bericht den Schluss zu, dass ein Verleihrecht im Sinne einer Bibliothekstantieme eingeführt werden soll. Die konkrete Umsetzung von Art. 13 VE hätte allerdings zur Folge, dass beispielsweise auch die Ausleihe von Kunstwerken zwischen Museen einer Vergütungspflicht unterliegen würde. Um diese (mutmasslich nicht gewollte) Konsequenz auszuschliessen, wird vorgeschlagen, Art. 13 Abs. 1 des geltenden URG zu belassen und die Bibliothekstantieme in einem neuen Abs. 1^{bis} zu regeln:

Art. 13 Vermieten und Verleihen von Werkexemplaren

¹ Wer Werkexemplare der Literatur und Kunst vermietet oder sonst wie gegen Entgelt zur Verfügung stellt, schuldet dem Urheber oder der Urheberin hierfür eine Vergütung.

^{1bis} **Öffentlich zugängliche Bibliotheken, die Werkexemplare der Literatur und Kunst aus ihren Beständen ausleihen, schulden dem Urheber oder der Urheberin hierfür eine Vergütung.**

² [unverändert]

³ [unverändert]

⁴ [unverändert]

4.2 LEERTRÄGERVERGÜTUNG (ART. 19 ABS. 3^{BIS} VE)

133 *Wir lehnen die Revision von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG in der im Vorentwurf enthaltenen Art und Weise vollumfänglich ab.* Die Regelung gemäss bisherigem URG ist beizubehalten.

134 Die Frage möglicher Doppelzahlungen wurde im Rahmen der AGUR12 diskutiert. Zur Umsetzung der Empfehlung der AGUR12 schlägt der Bundesrat nun vor, „Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, sowie weitere vertraglich erlaubte Vervielfältigungen von den Einschränkungen des Eigengebrauchs nach diesem Artikel sowie vom Vergütungsanspruch“ auszunehmen.

135 Dieser Vorschlag ist systematisch misslungen und gesetzgeberisch fragwürdig. Darüber hinaus bewirkt der vorgeschlagene Eingriff in das sorgfältig austarierte System der Leerträgervergütung eine einseitige Bevorteilung der Importeure und Hersteller von Leerträgern – und dies auf Kosten der Konsumenten und der Rechtsinhaber. Er missachtet somit auch die Vorgabe der Kommissionsmotion WAK „Abgabe auf leeren Datenträgern“ vom April 2014 (vgl. 14.3293 / http://www.parlament.ch/d/suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20143293), die unmissverständlich darauf hinweist, dass die Gesetzesrevision die finanzielle Unterstützung der kulturellen Kreise nicht infrage stellen darf.

136 Gemäss Vorschlag des Bundesrates sollen „vertraglich erlaubte Vervielfältigungen“ von den Einschränkungen des Eigengebrauchs und vom Vergütungsanspruch ausgenommen werden. Nach den Ausführungen im erläuternden Bericht (S. 58) sind hiermit die Vervielfältigungen gemeint, welche die Internet-Plattform dem Konsumenten „erlaubt“. Dieser Ansatz ist falsch; die Herstellung von Privatkopien ist gesetzlich erlaubt, die Erteilung einer entsprechenden Befugnis kann somit nicht

einem privaten Anbieter obliegen oder bliebe wirkungslos. Ganz im Gegenteil: Bei der einzig vom Marktführer iTunes¹⁴ den Konsumenten angeblich offerierten Möglichkeit, Kopien auf einer bestimmte Anzahl von verschiedenen Geräten¹⁵ herzustellen, handelt es sich nicht um eine *Erlaubnis* sondern um eine *Einschränkung* der bestehenden gesetzlichen Lizenz, welche nicht auf eine bestimmte Anzahl Kopien ausgerichtet ist. Es ist offensichtlich, dass Apple mit dieser Klausel und den technischen Beschränkungen verhindern will, dass sich eine grössere Anzahl von Personen ein Kundenkonto mit sämtlichen Inhalten teilt.

137 Kommt hinzu, dass mit der URG-Teilrevision 2007 speziell eine Beobachtungsstelle geschaffen wurde, welche auf dem Prinzip der Selbstregulierung technische Massnahmen verhindern soll, durch welche die mit einer Schutzschranke verfolgte Zielsetzung beeinträchtigt wird (Botschaft des Bundesrats vom 10. März 2006, BBl III 3425 f.). Durch das im Vorentwurf vorgeschlagene Zulassen von "vertraglich erlaubten Vervielfältigungen" im Bereich der Schranke des Eigengebrauchs würden automatisch auch die von Apple eingerichteten technischen Sperrvorrichtungen zur Begrenzung auf diese "erlaubten" Kopien auf Gesetzebene legalisiert, womit sich die Beobachtungsstelle von vornherein gar nicht mehr mit der Frage von deren Zulässigkeit befassen könnte. Sie würde somit einer ihrer grundlegenden Kompetenzen beraubt, solche Fälle von Kopiersperren unabhängig zu beurteilen und nötigenfalls den betroffenen Kreisen durch Vermittlung Hilfestellung zu leisten. Die vorgeschlagene Bestimmung steht daher auch dem Anliegen diametral entgegen, technische Massnahmen durch die Beobachtungsstelle überprüfen zu lassen.

138 Der Vorschlag des Bundesrates verkennt auch, dass der zwischen Anbieter und Konsument bestehende Vertrag gar nicht massgebend sein *kann*. Abzustellen wäre richtigerweise auf die Vereinbarung zwischen Rechtsinhaber (Produzent oder Künstler) und Anbieter. Dies würde hingegen nichts an unserer Kritik ändern: Unter dem geltenden Regime der gesetzlichen Lizenz ist es einem Rechtsinhaber gar nicht möglich, dem Anbieter wirksam die Herstellung von Privatkopien zu erlauben. Die Antworten der betroffenen Rechtsinhaber auf entsprechende Anfragen von uns zeigen ausserdem, dass diese in ihren Verträgen den Internet-Plattformen gar keine entsprechenden Rechte einräumen.

139 Kernanliegen des Vorschlags des Bundesrats ist es, Doppelzahlungen zu verhindern. Dennoch wird im neuen Art. 19 Abs. 3^{bis} ausschliesslich auf die vertragliche Erlaubnis der Vervielfältigung abgestellt. Mit keinem Wort erwähnt wird, dass diese einer Vergütungspflicht unterliegen müsste. Denn: Solange die Kopien nicht entschädigt werden, kann auch keine Doppelzahlung vorliegen. Auch hier zeigen von uns vorgenommene Umfragen bei den relevanten Rechtsinhabern, dass deren Verträge mit Internet-Plattformen keine Vergütung für die Herstellung einer bestimmten Anzahl von Folgekopien enthalten. So wurden diese Verträge insbesondere auch nach dem Wegfall der früher üblichen DRM-Systeme (mit welchen die Herstellung von Privatkopien verhindert werden konnte) nicht angepasst, also auch die Vergütung nicht erhöht. Indem die Rechtsinhaber keine Einräumung der Rechte zur Privatkopie vornehmen (was aus den oben genannten Gründen ohnehin rechtlich wirkungslos wäre) und auch keine entsprechende Vergütung geltend machen, verhalten sie sich gesetzeskonform. Sie berücksichtigen dabei, dass Vergütungen für die Herstellung von Privatkopien nur von den zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können (Art. 20 Abs. 4 URG).

¹⁴ Ein Blick in die Nutzungsbedingungen der wenigen anderen marktrelevanten Anbieter in der Schweiz – Amazon, Ex Libris und 7digital – zeigt, dass sich dort keine entsprechenden Bestimmungen finden, wonach heruntergeladene Musik-Dateien bloss auf eine bestimmte Anzahl kompatibler Geräte kopiert werden dürfen.

¹⁵ Vgl. hierzu die Nutzungsbedingungen der Apple-Services: <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/chde/terms.html> (Abruf am 17. Februar 2016). In diesen finden sich diverse Bestimmungen, in welchen angegeben ist, auf wie vielen kompatiblen Geräten iTunes-Produkte genutzt bzw. gespeichert werden dürfen. Teilweise ist von fünf Geräten die Rede, an einigen Stellen sogar von bis zu zehn Geräten.

Doch selbst wenn der Vorschlag des Bundesrats nach obigen Hinweisen angepasst würde (Abstellen auf Vertrag zwischen Rechtsinhaber und Plattform mit einer Vergütungspflicht), wäre die Umsetzung systemwidrig, nicht praxistauglich und einseitig zugunsten der Hersteller und Importeure von Leerträgern ausgestaltet.

- Die kritisierte Systemwidrigkeit – die Durchbrechung der gesetzlichen Lizenz zur Privatkopie durch eine vertragliche Erlaubnis – würde hiermit nicht beseitigt.
- Zur Vermeidung der vermeintlichen Doppelzahlungen wäre im Rahmen der Tarifverhandlungen mittels Erhebungen zu berücksichtigen, in welchen Fällen die Kopieherstellung der Internet-Plattform erlaubt worden ist und ob die Erlaubnis an eine Vergütungspflicht gekoppelt ist. Denn nur in diesen Fällen könnte eine Doppelzahlung geltend gemacht werden. Eine solche Behauptung wäre sodann seitens der Tarifnutzer zu beweisen¹⁶.
- Zudem hätte eine Umsetzung in der im Vorentwurf vorgeschlagenen Art einen schalen Beigeschmack. Der Bundesrat präsentiert eine Lösung für ein nicht existierendes Problem, was als Einknicken zugunsten potenter Internet-Plattformen zu werten ist, dies zulasten von Künstlern und Produzenten. Er würde damit die Praxis von Apple akzeptieren¹⁷, das seit Jahren den Konsumenten vorgibt, die gesetzlich bestehende Privatkopie sei eine vertragliche Erlaubnis seinerseits. Es ist stossend, dass Apple als Leerträgerhersteller seine Behauptung auf eine AGB-Klausel stützt, die Apple, diesmal als Musik- und Filmverkäufer, selbst geschaffen hat.
- Die Belohnung der Hersteller und Importeure von Leerträgern wäre aber nicht auf die Legalisierung ihrer Mogelpackung beschränkt. So würde beispielsweise Apple – eine der reichsten Firmen der Welt – überdies von einer Senkung der von ihr für die Herstellung von Smartphones, Tablets usw. geschuldeten Leerträgervergütung profitieren.
- Da diese Vergütung keinen Einfluss auf den Preis eines Leerträgers hat (wie Erhebungen zur Entwicklung der iPod-Preise in der Schweiz¹⁸ sowie das Beispiel in Spanien nach Einführung einer günstigeren Leerträgerabgabe¹⁹ zeigen) und somit nicht anzunehmen ist, dass dieser Profit an die Konsumenten weitergegeben würde, würde das bis anhin fein zwischen den Interessierten austarierte System der Leerträgervergütung (Rechtsinhaber, Leerträgerindustrie, Konsumenten) einseitig zulasten der Rechtsinhaber und Konsumenten verändert. Gewinner wären einzig Anbieter wie Apple. Diese können überdies die Leerträgervergütung nach eige-

¹⁶ An den Verhandlungen der massgebenden Leerträgertarife nimmt insbesondere SWICO teil, der Verband der Anbieter von Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik, welcher u.a. die Interessen von Apple vertritt.

¹⁷ Wie zuvor in FN 14 ausgeführt, sieht kein anderer in der Schweiz marktrelevanter Anbieter entsprechende Klauseln in seinen Nutzungsbedingungen vor.

¹⁸ Weder die Einführung des GT 4d am 1. September 2007 noch die freiwillige Senkung per 1. April 2008 noch der neue Tarif per 1. Juli 2009 haben die Preise linear beeinflusst (vgl. hierzu Beilage 1, Preisentwicklung iPod).

¹⁹ Die spanische Regierung erliess per 1. Januar 2012 ein neues Gesetz, nach welchem die bisherige Leerträgervergütung aufgehoben und durch eine staatliche Auszahlung aus den Steuereinnahmen ersetzt wurde. 2012 und 2013 waren die im Staatsbudget vorgesehenen Privatkopie-Auszahlungen über 95% bzw. 92% tiefer als die Summe, welche bisher aus den Leerträgervergütungen eingenommen wurde. Trotzdem konnte in der Folge keine entsprechende Preisreduktion bei den betroffenen Geräten festgestellt werden. In einigen Fällen wurden die Preise sogar erhöht. (Vgl. dazu Beilagen 2a und 2b: Information der spanischen Urheberrechtsgesellschaft SGAE, "Private Copy Compensation", mitsamt einer Tabelle betreffend die Entwicklung der Gerätepreise.)

nem Belieben weiter senken, indem sie in Zukunft die Anzahl der erlaubten Folgekopien erhöhen²⁰.

4.3 VERWAISTE WERKE (ART. 22B VE)

141 *Wir lehnen die Revision der Bestimmungen zu den verwaisten Werken in der vorgeschlagenen Form ab.* Eine Modernisierung ist zwar denkbar, aber nur mit wichtigen inhaltlichen Präzisierungen. Namentlich muss das Bearbeitungsrecht klar ausgeschlossen sein, und es muss dafür gesorgt sein, dass den Verwertungsgesellschaften kein unverhältnismässiger Aufwand entsteht. Wer die Erlaubnis für die Nutzung verwaister Werke wünscht, muss glaubhaft machen, zuvor alles Zumutbare zur Identifizierung des Rechteinhabers unternommen zu haben.

142 Die bisherigen Erfahrungen mit dem seit 2011 existierenden Tarif zeigen, dass dessen praktische Bedeutung sehr begrenzt ist: Im Verlaufe von fünf Jahren wurden drei Nutzungen lizenziert, die Gesamteinnahmen für die Rechtsinhaber der fünf beteiligten Verwertungsgesellschaften beliefen sich auf CHF 12'350.-. Eine etwa gleich grosse Anzahl von Nutzungsanfragen konnte nicht bearbeitet und lizenziert werden; es wurden hier Gesuche für die Nutzung einer grossen Anzahl Werke eingegeben, bei welchen der Anfragende die minimal einzubringenden Informationen nicht erbringen konnte.

143 Diese Fälle zeigen folgendes: Swisperform und die anderen Verwertungsgesellschaften werden durch die URG-Regelung zu den verwaisten Werken gezwungen, Verwertungsdienstleistungen zu erbringen, deren wirtschaftlicher Sinn in keinem Verhältnis zum Aufwand steht. Dieser Aufwand darf wirtschaftlich nicht einseitig zu Lasten der Berechtigten gehen.

144 Der bestehende Art. 22b sollte sinnvollerweise in einer anderen als der vorgeschlagenen Art revidiert werden. Dem Vorschlag des Vorentwurfs entsprechend kann die Vorschrift neu „Werkexemplare“ (der Literatur und Kunst) anstelle von „Ton- und Tonbildträgern“ erfassen. Weiter sollte dem Vorentwurf entsprechend die „Verwendung“ und nicht mehr die „Verwertung“ abgedeckt sein, wobei in einem neuen Abs. 3 klarzustellen wäre, dass hiervon das Bearbeitungsrecht nicht erfasst ist.

145 Zur Abschaffung der Zehnjahresfrist aus lit. c besteht kein Anlass. Zusätzlich sollte klargestellt werden, dass das zur Verwendung vorgesehene Werkexemplar rechtmässig hergestellt worden sein muss.

| URG vom 9. Dezember 1992 | URG - Vorentwurf 11. Dezember 2015 | Unser Vorschlag |
|--|---|--|
| Art. 22b Nutzung von verwaisten Werken | Art. 22b <u>Verwendung</u> von verwaisten Werken | Art. 22b <u>Verwendung</u> von verwaisten Werken |
| ¹ Die zur Verwertung von Ton- oder Tonbildträgern erforderlichen Rechte können nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden, wenn: <ul style="list-style-type: none"> a. die Verwertung Bestände öffentlich zugänglicher Archive oder von Archiven der Sendeanstalten betrifft; | ¹ So lange der Inhaber oder die Inhaberin der Rechte an einem Werk unbekannt oder unauffindbar ist (verwaistes Werk), kann das Werk nur unter den folgenden Voraussetzungen verwendet werden: <ul style="list-style-type: none"> a. Die Verwendung des Werks erfolgt auf der Grundlage eines Werkexemplars, das sich in Beständen öffentlicher oder öffentlich zugänglicher | ¹ Die zur Verwendung von Werkexemplaren erforderlichen Rechte können nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden, wenn: <ul style="list-style-type: none"> a. die Verwendung des Werks auf der Grundlage eines Werkexemplars erfolgt, das sich in Beständen öffentlicher oder öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, |

²⁰ Wie zuvor ausgeführt, ist in den Nutzungsbedingungen von Apple nebst der Erwähnung von fünf kompatiblen Geräten an einigen Stellen bereits von zehn Geräten die Rede.

| | | |
|---|---|---|
| <p>b. die Rechtsinhaber oder -inhaberinnen unbekannt oder unauffindbar sind; und</p> <p>c. die zu verwertenden Ton- oder Tonbildträger vor mindestens zehn Jahren in der Schweiz hergestellt oder vervielfältigt wurden.</p> <p>² Die Nutzer und Nutzerinnen sind verpflichtet, den Verwertungsgesellschaften die Ton- oder Tonbildträger mit verwaisten Werken zu melden.</p> | <p>cher Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Sammlungen und Archive oder in Beständen von Archiven der Sendeunternehmen befindet.</p> <p>b. Das Werkexemplar nach Buchstabe a wurde in der Schweiz hergestellt, vervielfältigt oder zugänglich gemacht.</p> <p>c. Die Verwendung des Werks wurde von einer zugelassenen Verwertungsgesellschaft erlaubt.</p> <p>² Sind in ein Exemplar eines verwaisten Werks andere Werke oder Werkteile integriert, so gilt Absatz 1 auch für die Geltendmachung der Rechte an diesen Werken oder Werkteilen, sofern diese nicht in erheblichem Mass die Eigenart des Exemplars bestimmen.</p> <p>³ Für die in Anwendung von Absatz 1 erfolgte Verwendung des Werks hat der Rechtsinhaber oder die Rechtsinhaberin Anspruch auf Vergütung. Die Höhe der Vergütung darf die von den Verwertungsgesellschaften für die Verwendung des Werks eingezogene Vergütung nicht übersteigen.</p> <p>⁴ Für die Verwendung einer grossen Anzahl von Werken aus Beständen nach Absatz 1 Buchstabe a findet Artikel 43a Anwendung.</p> | <p>Museen, Sammlungen und Archive oder in Beständen von Archiven der Sendeunternehmen befindet;</p> <p>b. das Werkexemplar nach Buchstabe a <u>vor mindestens zehn Jahren rechtmässig</u> in der Schweiz hergestellt wurde; und</p> <p>c. der Rechtsinhaber oder -inhaberin unbekannt oder unauffindbar ist.</p> <p>² Die Nutzer und Nutzerinnen sind verpflichtet, den Verwertungsgesellschaften die Werkexemplare mit verwaisten Werken zu melden <u>und haben glaubhaft zu machen, dass sie alles zur Identifizierung des Inhabers oder der Inhaberin der Rechte Zumutbare erfolglos unternommen haben.</u></p> <p>³ <u>Der Artikel findet keine Anwendung auf die Bearbeitung von Werken und die Herstellung von Werken zweiter Hand.</u></p> <p>⁴ Für die Verwendung einer grossen Anzahl von Werken aus Beständen nach Absatz 1 Buchstabe a findet Artikel 43a Anwendung²¹.</p> |
|---|---|---|

4.4 ERWEITERTE KOLLEKTIVLIZENZ („FREIWILLIGE KOLLEKTIVVERWERTUNG“, ART. 43a URG)

4.4.1.1 Allgemeines

146 *Wir lehnen den vorgeschlagenen Art. 43a URG in der vorliegenden Form ab.* Zwar stehen wir dem rechtlichen Instrument der Erweiterten Kollektivlizenz (nachfolgend „EKL“) nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber, schlagen aber notwendige Präzisierungen vor, um das Risiko marktschädlicher Nebenwirkungen zu minimieren.

4.4.1.2 Kritik und Verbesserungsbedarf

a) Begrifflicher Wirrwarr

147 Vorab ist festzuhalten, dass im Vorentwurf der Begriff der Erweiterten Kollektivverwertung fälschlicherweise mit Freiwilliger Kollektivverwertung gleichgesetzt wurde. Aus den Erläuterungen des IGE im begleitenden Bericht und anlässlich einiger Veranstaltungen seit der Veröffentlichung des Vorentwurfes geht aber hervor, dass dieses Versehen erkannt wurde. Entsprechend wird an dieser

²¹ Dieser Verweis bezieht sich auf die von uns in Ziff. 4.4 vorgeschlagene Fassung von Art. 43a URG.

Stelle nicht weiter darauf einzugehen sein und die folgenden Ausführungen betreffen den Vorschlag einer so genannten Erweiterten Kollektivlizenz (EKL).

b) Der Anwendungsbereich ist zu definieren

148 Der Vorschlag in der vorliegenden Form mutet wenig durchdacht und überhastet an. Die Formulierung ist viel zu allgemein gehalten und bedeutet, dass sich die Verwertungsgesellschaften ihren Tätigkeitsbereich selber aussuchen und dabei in Bereiche heute funktionierender Individualverwertung eingreifen könnten. Wird das Instrument der EKL von Ihnen zu weit angewendet, könnte dies zu massenhaften Opting-outs von Rechteinhabern und in der Folge zu erheblicher Marktkonfusion über den tatsächlichen Umfang vertraglicher Rechtebündel und die Identität der tatsächlichen Rechteinhaber führen, ganz zu schweigen von den massiven finanziellen Komplikationen (in Form von Rückstellungen, Rück- und Nachvergütungen), die ein solches Hin und Her für die Verwertungsgesellschaften und die Nutzer mit sich bringen würde.

149 Angesichts dieser möglichen Risiken ist es unerlässlich, das Anwendungsgebiet der EKL gesetzlich so präzise wie nötig zu definieren, damit nur ein minimales Risiko besteht, dass Rechteinhaber jemals von der Möglichkeit des Opting-out Gebrauch machen. Zu häufiges Opting-out ist ein klarer Hinweis auf dysfunktionale und ungerechtfertigte Anwendungen von EKL.²²

150 Dass der Vernehmlassungsvorschlag wenig durchdacht ist, dokumentiert die Beilage zum Vorentwurf „Medienrohstoff – Die Modernisierung des Urheberrechts“ vom 11. Dezember 2015. Hier führt das IGE als möglichen Anwendungsbereich der Kollektivlizenz „Streamingdienste“ an. Dies wird folgendermassen begründet: „Solchen Angeboten steht oft eine faktisch unüberwindbare Hürde im Weg: Es ist unmöglich, die notwendigen Rechte einzeln zu erwerben. Nur eine kollektive Verwertung durch Verwertungsgesellschaften kann solche Massennutzungen ermöglichen. Dazu braucht es nach geltendem Recht eine Grundlage im Gesetz oder in einer Verordnung.“ Dieser Ansicht ist klar zu widersprechen: Streaming-Angebote existieren im Musikbereich seit mehreren Jahren, der Rechteerwerb ist problemlos möglich, und die funktionierende Verwertung erfolgt im Bereich der Leistungsschutzrechte individuell. Entsprechend ist der Ansicht, Streamingdienste seien ein Anwendungsbereich der erweiterten Kollektivlizenz, zu widersprechen. Es ist nicht Sinn und Zweck der erweiterten Kollektivlizenz, in den Bereich funktionierender Individualverwertung einzugreifen. Anwendungsbereiche der erweiterten Kollektivlizenz können hingegen – wie im erläuternden Bericht zu Recht vermerkt – die Digitalisierung von Bibliotheks- und Museumsbeständen, oder verwaiste Werke (siehe Hinweise zu Art. 22b VE) sein.

c) Die vorgesehenen Nutzungsrechte und -zwecke sind zu definieren

151 Am Beispiel der im erläuternden Bericht als Vorbild genannten nordischen Länder lässt sich gut festmachen, für welche Bereiche die EKL eigentlich konzipiert ist: Es geht um Verwaiste Werke, Archive, Museen und andere Bildungseinrichtungen. Auch der Erläuternde Bericht nennt als erwünsch-

²² Vgl. hierzu auch Mihály Físcor, *Collective Rights Management from the Viewpoint of International Treaties, with Special Attention to the EU 'Acquis'*, in: Daniel Gervais (Hrsg.), *Collective Management of Copyright and Related Rights* (3. A., 2015), S. 68: *“If opting out becomes widespread and significant, it shows that there are problems with the justification (the indispensable or at least highly desirable nature of collective management of the right concerned) and/or the actual operation of the system. Massive opting out may rebut the presumption – serving as a basis for the above-mentioned second, fundamental condition of the system – that collective management is indispensable or at least highly desirable for appropriate applicability of the right concerned.”*

tes Anwendungsgebiet die Digitalisierung von Werken im Bereich von Bibliotheken und Archiven (S. 14).

152 Die Anwendung von EKL ist nur dann mit den internationalen Verträgen vereinbar, wenn sie sich auf Bereiche beschränkt, in denen die Ausübung eines bestimmten Rechts nur auf dem Wege der Kollektivverwertung möglich ist.²³ Es ist deshalb notwendig, die vorgesehenen Nutzungen zu beschränken auf den non-profit Bildungs- und Wissenschaftsbereich ohne direkte oder indirekte kommerzielle Vorteile. Um im Gesetzestext begriffliche Schwierigkeiten zu umgehen, kann dies auf dem Wege der Ausformulierung des Drei-Stufen-Tests geschehen.

d) Die ausübende Verwertungsgesellschaft muss repräsentativ sein

153 Eine zusätzliche Voraussetzung, um massenhaftes Opting-out und die dadurch entstehenden Schwierigkeiten zu vermeiden, ist das Erfordernis, dass die Verwertungsgesellschaft repräsentativ sein muss; und zwar sowohl in Bezug auf die Anzahl vertretener Rechteinhaber als auch das vertretene Repertoire. Dies soll für das gesamte, also auch für das ausländische Repertoire gelten, das durch Gegenseitigkeitsverträge lizenziert werden soll.²⁴

e) Die Geschäftsführung im Bereich der Erweiterten Kollektivverwertung ist zu beaufsichtigen

154 Da die EKL von ihrer Natur her mit der Geschäftsführung ohne Auftrag verwandt ist, betrifft sie einen besonders sensiblen Bereich der Ausübung von Ausschliesslichkeitsrechten. Aus diesem Grund sollte das IGE die Geschäftsführung in diesem Bereich fortlaufend überwachen und bei Problemen nötigenfalls einschreiten können. Diese Bundesaufsicht betrifft nota bene nicht die Tarifkontrolle, die wir für den Bereich der freiwilligen Kollektivverwertung ablehnen.

2. Kapitel: Erweiterte Kollektivverwertung

Art. 43a

¹ Verwertungsgesellschaften können für die Verwendung einer grösseren Anzahl von Werken und geschützten Leistungen die ausschliesslichen Rechte, für deren Verwertung sie nicht der Bewilligungspflicht von Artikel 40 Absatz 1 unterstehen, auch für Rechtsinhaber und -inhaberinnen wahrnehmen, die keiner Verwertungsgesellschaft angeschlossen sind, sofern:

- a. sich diese Lizenzierung auf bestimmte Verwendungszwecke nicht-kommerzieller Natur im Bereich öffentlicher Archive und Bildungseinrichtungen oder der Wissenschaft beschränkt, die weder die normale Verwertung der Werke und geschützten Leistungen beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen der Rechteinhaber und -inhaberinnen unzumutbar verletzt; und
- b. die Verwertungsgesellschaft von der überwiegenden Anzahl der Rechteinhaber ausdrücklich dazu ermächtigt wurde und dadurch den überwiegenden Teil des Repertoires vertritt.

² Rechtsinhaber und -inhaberinnen können jederzeit von der Verwertungsgesellschaft verlangen, dass ihre ausschliesslichen Rechte, für deren Verwertung und Geltendmachung diese nicht der Bewilligungspflicht von Artikel 40 Absatz 1 unterstehen, von der Verwertung nach Absatz 1 ausgenommen werden.

³ Die Bestimmungen über die Aufsicht über die Geschäftsführung (Art. 52–54) gelten sinngemäss. ~~Auf vertragliche Vereinbarungen über die Verwertung der ausschliesslichen Rechte nach Absatz 1 finden die Vorschriften über die Tarife (Art. 55–60) Anwendung.~~

²³ Fiscor, a.a.O., S. 67.

²⁴ Fiscor, a.a.O., S. 67.

4.5 BUNDESGESETZ ÜBER DIE ARCHIVIERUNG (ART. 9 ABS. 3 BGA)

155 *Wir lehnen den Vorschlag in Art. 9 Abs. 3 BGA entschieden ab.*

156 Durch die Neuerung in Art. 9 Abs. 3 BGA soll eine urheberrechtsfreie Zone geschaffen werden für sämtliche Unterlagen, die sich im Archivgut des Bundes befinden. Diese sollen trotz bestehender Urheberrechte Dritter vom Bundesarchiv umfassend und zudem vergütungsfrei verwendet werden dürfen.

157 Es besteht kein Grund, den Bund vom Geltungsbereich des Urheberrechts auszunehmen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wieso die Interessen des Bundesarchivs bzw. öffentliche Interessen höher gewichtet werden sollten als die Interessen der Rechteinhaber. Der Vorschlag geht entschieden zu weit, weshalb wir ihn ablehnen.

5. Nicht im Entwurf enthaltene Forderungen

5.1 SCHUTZDAUER (ART. 39 URG)

158 Mit Schreiben an das IGE vom 25. März 2015 sprach sich IFPI Schweiz für eine Anpassung der Schutzdauer in Art. 39 Abs. 1 URG aus. Der Vorschlag, welcher sich an die EU-Schutzfristenregelung anlehnt, lautete folgendermassen:

Art. 39 Schutzdauer

1 Der Schutz beginnt mit der Darbietung des Werks oder der Ausdrucksform der Volkskunst durch die ausübenden Künstler und Künstlerinnen, mit der Veröffentlichung des Ton- oder Tonbildträgers oder mit seiner Herstellung, wenn keine Veröffentlichung erfolgt, sowie mit der Ausstrahlung der Sendung; er erlischt nach 70 Jahren.

1^{bis} [unverändert]

2 [unverändert]

159 Wir halten die Forderung nach einer Ausweitung der Schutzfrist aufrecht. Wie in der Eingabe vom März 2015 erwähnt, ist von einer Übernahme der in der EU-Richtlinie vorgesehenen „flankierenden Massnahmen“ abzusehen, da diese ineffizient sind.

5.2 GRUNDSATZ DER ANGEMESSENHEIT (ART. 60 ABS. 2 URG)

160 Mit Schreiben an das IGE vom 25. März 2015 forderte IFPI Schweiz die Abschaffung der im Rahmen der URG-Revision 1992 in Abs. 2 von Art. 60 eingeführten Höchstgrenzen für die Urheberrechte und die Leistungsschutzrechte von 10% bzw. 3%.

161 Die aktuelle gesetzliche Lösung legt einerseits starre Grenzen für die Entschädigung der Urheber und Leistungsschutzberechtigten fest, andererseits führt sie zu fixen Grenzen im Verhältnis der beiden Vergütungen.

162 Verschiedene Gründe sprechen gegen die derzeitige Lösung:

- Art. 60 Abs. 2 URG enthält einen inneren Widerspruch: Einerseits verweist er auf das Kriterium der Angemessenheit, andererseits schränkt er diese Freiheit durch die Definition von Schranken ein, sowohl nach oben als auch im Verhältnis der beiden Rechte.
- Die Regelung stellt eine Selbstdiskriminierung der Rechtsinhaber dar und führt zu einem Standortnachteil für einheimische Berechtigte und unser Kulturschaffen.
- Die Kappung bildet einen Widerspruch zur Vertragsfreiheit ohne Eingriff des Staats – dem obersten Grundsatz des Privatrechts.
- Die Regelung in Art. 60 Abs. 2 URG bewirkt, dass die Rechtsinhaber im staatlich kontrollierten Markt der kollektiven Verwertung massiv schlechtere Vergütungen erhalten als in vergleichbaren Märkten mit individueller Verwertung.
- Die Schweizer Lösung statuiert in der Praxis eine europaweit einmalige Schlechterstellung der Leistungsschutzberechtigten gegenüber den Urhebern: Die Mehrzahl der europäischen Länder kennt eine hälftige Teilung zwischen Urhebern und Leistungsschutzberechtigten (Bsp. Phono: Österreich, Bulgarien, Tschechien, Finnland, Frankreich, Deutschland, Italien, Nieder-

lande, Polen, Slowakei, Spanien), während weitere Staaten Anteile von 60% und mehr für die Leistungsschutzberechtigten vorsehen (Bsp. Phono: Belgien, Dänemark, Estland, Ungarn, Island, Lettland, Litauen, Portugal, Rumänien, Slowenien, Schweden). Anteile von unter 50% erhalten die Leistungsschutzberechtigten nur in Griechenland (45%) und der Schweiz (25%).

163 Die Frage einer möglichen Flexibilisierung von Art. 60 Abs. 2 URG war Gegenstand der im Dezember 2015 eingereichten Interpellation „Modernisierung vervollständigen dank Vertragsfreiheit“ (15.4211) von Beat Jans. Sie wurde vom Bundesrat nur oberflächlich beantwortet, ohne sich mit der Thematik vertieft auseinanderzusetzen.

164 Wir bleiben bei der im März 2015 eingebrachten Forderung und schlagen eine Anpassung von Art. 60 Abs. 2 URG mit folgendem Wortlaut vor:

Art. 60 Grundsatz der Angemessenheit

¹ [unverändert]

² Die Entschädigung beträgt in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder –aufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte; sie ist jedoch so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten.

³ [unverändert]

5.3 KEINE UMGEHUNG TECHNISCHER MASSNAHMEN

165 Es war bereits eine Forderung in der letzten Teilrevision des URG, von Art. 39a Abs. 4 URG, welcher die Umgehung technischer Massnahmen erlaubt und deren Rechtsschutz damit de facto aushebelt, abzusehen.

166 Technische Massnahmen sind – auch nachdem Kopierschutz auf Tonträgern praktisch keine Rolle mehr spielt – ein Fundament jeder elektronischen Werkverwertung; namentlich, wenn es darum geht, die Inhalte auf der Verwertungsplattform selber gegen unbefugten Zugriff zu sichern. Jede solche Plattform ist für ihre Kundenbeziehung – Zugangsschranken, Abonnemente, Bezahlung, Schaltung von Werbung – auf solche Schutzmassnahmen angewiesen.

167 Vor dem Hintergrund des ausufernden privaten Eigengebrauchs im schweizerischen Rechtsverständnis stehen die Rechteinhaber und Anbieter neuer Geschäftsmodelle vor dem Problem, dass ihre technischen Vorkehrungen umgangen werden. Dies ist gegenwärtig v.a. bei Streaming-Modellen akut, wo es so genanntes Stream-Ripping entgegen der Schutzabsicht des Anbieters erlaubt, von blossen Streaming-Angeboten dauerhafte Kopien herzustellen. Applikationen für Stream-Ripping sind entsprechend verbreitet, wie ein Blick auf die Topcharts der App-Stores zeigt. Streaming-Angebote beruhen wirtschaftlich aber darauf, dass pro Stream eine (geringe) Vergütung fällig wird, die viel tiefer liegt, als die Vergütung für den Kauf einer Kopie beim Download-Modell. Wenn der Nutzer aber letztlich trotzdem im Besitz einer Kopie ist, für welche Anbieter und Rechteinhaber nur zu einem winzigen Bruchteil vergütet wurden, ist das wirtschaftliche Ungleichgewicht offensichtlich. Hier schafft auch die (theoretisch anfallende) Leerträgervergütung keinen Ausgleich.

168 Dadurch werden die Entwicklung und der erfolgreiche Betrieb innovativer Geschäftsmodelle behindert, weil Nutzer sich praktisch immer auf Privatgebrauch beziehen könnten. Dies betrifft gerade auch populäre und besonders konsumentenfreundliche Angebote wie YouTube oder Spotify, Deezer etc.

169 Um das richtige Verhältnis zwischen urheberrechtlichen Schranken und technischen Massnahmen zu kontrollieren, hatte die letzte Revision eigens die Beobachtungsstelle nach Art. 39b (BTM) eingeführt. Die Tätigkeitsberichte der BTM weisen auf keine nennenswerten Konflikte hin. Vor diesem Hintergrund entbehrt Art. 39a Abs. 4 der praktischen Relevanz, während er zugleich eine erhebliche Schutzlücke öffnet. Er ist zu streichen.
