

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement (EJPD)
Postfach
3003 Bern

Per email an:
revision_URG@jpi.ch

Bern, 29. März 2016

**Änderungen des Urheberrechtsgesetzes, zwei Abkommen der Weltorganisation für
Geistiges Eigentum und: Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Im Namen von AudioVision Schweiz (www.audiovisionschweiz.ch) danken wir Ihnen für die Gelegenheit, in rubrizierter Angelegenheit Stellung nehmen zu können. AudioVision Schweiz will durch ein dem digitalen Zeitalter angepasstes Urheberrecht Rahmenbedingungen für eine sichere und konsumentenfreundliche Auswertung von Werken im Internet schaffen, die Stellung der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber stärken und die Verletzung von Urheberrechten effektiver verfolgen können.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, für die Berücksichtigung der vorliegend geäusserten Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen
AudioVision Schweiz



Roger Chevallaz
Geschäftsführer



Leo Baumgartner
Präsident

Inhalt

I.	Grundsätzliches	4
A.	Prioritätensetzung	4
B.	Rechtsdurchsetzung.....	4
C.	Verhältnis der Rechtsschutzinstrumente zum (Eigen-) Gebrauch widerrechtlicher Angebote.....	5
II.	Regelungen zur Rechtsdurchsetzung	7
A.	Take Down / Stay-Down / Selbstregulierung	7
1.	„Take-Down“ (Sperrungen oder Entfernen durch Hosting Provider) – Art. 66b Abs. 1-3.....	7
2.	„Stay-Down“ (Wieder-Upload verhindern) – Art. 66b Abs. 4 / 66c Abs. 2, Satz 2	10
3.	Selbstregulierung – Art. 66c	11
B.	Zugangssperren – Art. 66d und 66e	15
C.	Offenlegung – Art. 62a	17
D.	Warnhinweis – Art. 66g	22
E.	Provider-Privileg – Art. 66k.....	24
F.	Leistungsklagen	25
G.	Datenschutzrechtliche Freistellung / Rechtfertigungsgrund – Art. 66j	26
III.	Weitere Regelungen des Vorentwurfs	30
A.	„Freiwillige Kollektivverwertung“ („Extended Collective Licensing“, ECL, Art. 43a): Streichen.....	30
1.	Unnötige und schädliche Regelung	30
2.	Eventualiter: Rechtsstaatlich gesichertes Opting-out.....	33
B.	Verleihrecht (Art. 13 Abs. 2): Keine Einschränkung des Vermietrechts..	34
C.	Leerträgervergütung (Art. 19 Abs. 3 ^{bis}): Keine Einschränkung	35
D.	Verwaiste Werke (Art. 22b): Klare Anforderungen; keine ECL.....	36
1.	Rechercheobliegenheit im Gesetz regeln	36
2.	Voraussetzungen nach Bst. a-c: Eingrenzen	37
3.	Generelles ECL für „verwaiste Werke“ (Art. 22b Abs. 4): Streichen	38
4.	Keine Anwendung von Art. 60 Abs. 2	39
E.	„Verwendung zu wissenschaftlichen Zwecken“ (Art. 24d): Eingrenzen ...	39
F.	Bestandesverzeichnisse (Art. 24e Abs. 2 Bst. b Ziff. 2): Verwendungen von Trailern eingrenzen	40
G.	Verwendung fremder Werke im Bestand des Bundesarchivs (Anhang zu Ziff. II i. V. m. Art. 9 Abs. 3 BGA) Eingrenzen	41
H.	Marrakesch-Vertrag (Art. 24c)	42

I.	Rechtswegbeschränkung gegen Tarifentscheide (Anhang zu Ziff. II i. V. m. Art. 83 Bst. w BGG)	43
IV.	Im Vorentwurf nicht berücksichtigte Anliegen.....	45
A.	Vergütungsobergrenze bei Tarifen (Art. 60 Abs. 2): Streichen.....	45
B.	Nationale Erschöpfung (Art. 13)	46
C.	Einschränkung der Herstellung von Eigengebrauchskopien durch Dritte	47
D.	Keine Umgehung technischer Massnahmen	48
E.	Keine gesetzliche Kollektivverwertung beim Zugänglichmachen (Video-on-Demand)	49

I. Grundsätzliches

A. Prioritätensetzung

1 Angesichts der klaren Aufgabenstellung und der Prioritäten der AGUR12 zur Stärkung des Urheberrechtsschutzes, welche sich der Bundesrat ausdrücklich zu eigen macht (Erläuternder Bericht, S. 18 f.), ist es befremdlich, dass der Erläuternde Bericht zu allererst und in epischer Breite Erwägungen vorbringt, die keinen Bezug zum Entwurf aufweisen: Von der verharmlosenden Diskussion der *Kollektiv-„Flatrate“* (die zuletzt die AGUR12 klar verworfen hatte) (S. 9-12), über *„Extended Collective Licensing“* gleich in zwingender, enteignender Form *ohne Opt-out* für Rechtsinhaber (S. 13), bis zur Fragestellung nach *„Alternativen zum Urheberrecht“* (S. 15 f.) – mit anderen Worten, dessen *Abschaffung* statt Stärkung – stellt der Bericht eine gänzlich andere, zum erstrebten verbesserten Rechtsschutz konträre Agenda zur Diskussion. Diese Überlegungen erfolgen in Verkennung der Tatsache, dass die Schweiz mitten in Europa liegt und das Internet global ist. Diese Ausführungen sind zu streichen respektive *auf keinen Fall in die Botschaft zu übernehmen*.

2 Es kann nicht genug davor gewarnt werden, diese kontroversen, kontraproduktiven Themen weiter zu verfolgen. Sie bergen in sich nicht nur die Gefahr, das Urheberrecht in seinem Kerngehalt schwer zu beschädigen, sondern bereits, den Gesetzgebungsprozess für die notwendigen Schritte in die Sackgasse zu führen und die bisherigen Bemühungen und den Kompromiss der AGUR12 zunichte zu machen. Das gilt auch für eine ganze Reihe neuer, teils partikularer Regelungen, die den Entwurf überfrachten (so etwa Art. 22b, 24d, 24e, 37a, 43a, 40 f./48/53, Art. 9 Abs. 3 BGA).

B. Rechtsdurchsetzung

3 Hervorzuheben ist, dass der Entwurf die Notwendigkeit eines zeitgemässen Rechtsschutzes anerkennt und dafür im Prinzip zentrale Weichen in die richtige Richtung stellt. Er verfolgt den pragmatischen Ansatz, Rechtsverstössen dort entgegen zu treten, 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.

4 Für Rechtsinhaber sind die vorgeschlagenen *Neuregelungen zur Rechtsdurchsetzung das Kernstück der Vorlage*. Diesen ist oberste Priorität zu schenken. Es ist für die Modernisierung des Urheberrechts wesentlich, dass diese zentrale

Neuregelungen nicht verwässert, und die Vorlage nicht mit sekundären, teils ausgesprochen partikularen Anliegen überfrachtet wird.

- 5 Wie nachfolgend gezeigt wird, weist der Entwurf zahlreiche Schwachstellen auf, welche **substantielle Korrekturen und Nachbesserungen** erfordern, wozu nachfolgen Vorschläge unterbreitet werden.

C. Verhältnis der Rechtsschutzinstrumente zum (Eigen-) Gebrauch widerrechtlicher Angebote

- 6 Mit den vorgeschlagenen Instrumenten ist das angestrebte, verbesserte Niveau des Rechtsschutzes aber nur zu erreichen, wenn diese *konsequent, unverwässert* und *gesamthaft* umgesetzt werden *und im Zusammenspiel* zur Anwendung kommen.

- 7 Es ist daran zu erinnern, dass die politische Vorgabe an die AGUR12 war, *private Internet-Nutzerinnen* in der Schweiz nicht in die Verantwortung für einen zeitgemässen Urheberrechtsschutz einzubinden, insbesondere die private Nutzung widerrechtlicher Angebote zu erlauben bzw. doch zu tolerieren, sofern den Rechteinhabern im Gegenzug griffige Instrumente gegen Rechtsverletzer gegeben werden, welche im grossen Stil Urheberrechte verletzen. 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.

- 8 Bekanntlich ist es nicht nur seit langem geltendes Recht in EU-Staaten wie Deutschland und Frankreich, sondern auch vom EuGH¹ überzeugend begründet, dass die Toleranz eines schranken- und verantwortungslosen, *wissentlichen und willentlichen* Konsums von Piraterie-Raubgut entscheidend zur Erosion des Rechtsschutzes wie auch des Unrechtsbewusstseins beiträgt, Nutzerverhalten fehlsteuert, lukrative Massenpiraterie stimuliert, die Werkverwertung massiv schädigt und mit dem Grundrechtsschutz des (geistigen) Eigentums und dem Konventionsrecht (Drei-Stufen-Test) grundsätzlich unvereinbar ist.

- 9 Die vermeintlich „pragmatischen“ Erwägungen (Bericht S. 34-36) für das Festhalten an der Legalität des Downloads aus illegaler Quelle stehen nicht nur in merkwürdigem Gegensatz zu den sorgfältigen Abwägungen des EuGH und zu den langjährigen Erfahrungen in der EU, und verdeutlichen die internationale Isolation dieses Ansatzes. Sie zielen am Problem vorbei (wenn Vorteile der Kollektivverwertung von Raubkopien behauptet wird und das Ungenügen *technischer*

¹ C-435/12 vom 10. April 2014, E. 31, 35-40

Mittel als Vorwand dient, *rechtlichen* Schutz zu versagen statt zu gewähren); oder sind rechtlich unhaltbar (wenn Massen-Downloads als „Spezialfälle“ qualifiziert und der vermeintlichen „Kriminalisierung“ *nicht vorsätzlich* handelnder Nutzer abgeraten wird). Diese Erwägungen sind aus der Sicht betroffener Rechteinhaber keineswegs „pragmatisch“.

- 10 Der pragmatische *Kompromiss* der AGUR12 beruht ganz darauf, dass mit der *Verantwortlichkeit der Vermittler widerrechtlicher Werknutzungen* –Internet-Zugangs- und –Beherbergungsdienstleister (Access und Hosting Provider) – ein konsequenter Schutzschild aufgespannt, dessen starke Instrumente (Site-Blocking, Take-down und Stay-down, Offenlegung mutmasslicher Schwer-Verletzer) im Zusammenspiel diese offene Lücke im Rechtsstaat kompensieren soll. Das kann nur gelingen, wenn diese Instrumente ihrerseits konsequent, unverwässert und in tauglicher Form umgesetzt werden. Mit Flickwerk und Teillösungen ist die Rechtsschutz-Lücke, die seit Jahren in der Schweiz klafft, nicht zu überwinden.
- 11 Gelingt es nicht, einen wirksamen Rechtsschutz durch konsequente und praxistaugliche Regelungen der Provider-Verantwortlichkeit wiederherzustellen, dann ist daraus die Konsequenz zu ziehen, dass das Gesamtkonzept, die Internet-Nutzer zulasten der Provider von der Verantwortlichkeit auszunehmen, gescheitert wäre. In diesem Fall wäre vielmehr der Systemfehler, der in dieser Freistellung liegt, zu korrigieren: Sie stellt einen grundsätzlichen Wertungswiderspruch dar, denn die Nutzung von Unrechtsgut ist in der Rechtsordnung verpönt. Sie beruht auf einem rechtlich falschen Ausgangspunkt, nämlich Konsumenten nicht zu kriminalisieren, wo ihnen die Unterscheidung widerrechtlicher Quellen nicht zumuten sei (wogegen im Urheberrecht nur Vorsatz strafbar ist, die Freigabe demnach gerade den Vorsatz- (und oft Massen-)konsumenten dieser Angebote dient. Vor allem ist sie rechtspolitisch verheerend, weil sie das Sozialverhalten der Nutzer zu widerrechtlichen Angeboten hinsteuert, statt davon weg, wie es jedes, selbst nicht in aller Breite durchsetzbare Unrechtsurteil tun würde. Davon abgesehen, stellt diese Rechtslage alle anderen Bemühungen um Rechtsschutz gegenüber Vermittlern vor dogmatische Probleme, weil dieser immer nur an der Mitwirkung am Zugänglichmachen (irgendwo auf der Welt) anknüpfen kann, nicht am Zugang-Nehmen (hier in der Schweiz). Für diesen Fall müsste demnach das mit der Nutzung solcher Angebote verbundene Unrecht im Gesetz festgehalten werden:

Art. 19 ¹ Veröffentlichte Werke dürfen zum Eigengebrauch verwendet werden, sofern dafür nicht eine erkennbar unrechtmässige Quelle verwendet wird.

(Entsprechend für Art. 24 Abs. 1, 24a, 24c).

II. Regelungen zur Rechtsdurchsetzung

A. Take Down / Stay-Down / Selbstregulierung

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

1.1. Zweck und Ziele

12 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).

13 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, effizient² 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 II.A.3.2.1, Rz. 27 unten) bewirken soll. Im Gegenzug werden die Provider von weitergehenden Pflichten freigestellt (Art. 66k), selbst wo sie nach allgemeinen Regeln haften würden, also privilegiert.

14 Wenn der Gesetzentwurf auf die Definition der „Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste“ gemäss Art. 2 Bst. c des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) verweist, so ist offensichtlich dessen revidierte Fassung gemeint (dort: *„Anbieterinnen von Diensten, die sich auf Fernmeldedienste stützen und eine Einweg- oder Mehrwegkommunikation ermöglichen“*). Dessen geltende Fassung enthält keine solche Vorschrift. Die Revision befindet sich noch im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess, und gegen sie könnte das Referendum ergriffen werden. Für den Fall, dass das revidierte BÜPF nicht oder nicht mit dieser Bestimmung in Kraft tritt, muss der Anwendungsbereich im URG autonom definiert werden. Angesichts der Unbe-

² Bericht, 72

stimmtheit des Begriffs, der auch noch keine praktische Auslegung erfahren hat, ist es bedeutend, alle solchen Anbieter, deren Dienstleistungen für rechtsverletzende Werknutzungen gebraucht werden, zu erfassen; namentlich auch sogenannte „Social Media“ Plattformen, die das Zugänglichmachen geschützter Inhalte vermitteln; dies unbeschadet der Frage, ob und in welchen Fällen das Angebot geschützter Inhalte auf solchen Plattformen diesen als eigenes Zugänglichmachen zuzurechnen ist und daher nicht unter den „sicheren Hafen“ für solche Dienstleister fallen würde. Hierbei wären auch für die Zwecke des URG die Erläuterungen der Botschaft zum revidierten BÜPF (BBl. 2013, 2708) zugrunde zu legen:

Buchstabe c erfasst die Anbieterinnen von zwei Arten von Internetdiensten: Die einen ermöglichen eine Einwegkommunikation, die das Hochladen von Dokumenten gestattet (zum Beispiel Google docs oder Microsofts office.live.com), die anderen eine Mehrwegkommunikation, welche die Kommunikation zwischen Nutzerinnen und Nutzern erlaubt (zum Beispiel Facebook). Dabei ist nicht von Belang, ob die Kommunikation synchron oder asynchron erfolgt. Unter diesen Buchstaben fallen zum Beispiel Anbieterinnen von Speicherplatz für E-Mails, die verschiedenen Arten von Webhostern (Hosting-Provider), die z.B. das Hosting von Anwendungen oder E-Mail-Diensten (z.B. .gmx), Hosting in Form von «server colocation» oder «server housing» mit Zugriff (z.B. Green.ch und Colt), «facility management»-Hosting ohne Kommunikationsdienste (reine Colocation) oder Cloud-Services anbieten; ebenfalls unter diesen Buchstaben fallen Chat-Plattformen, Plattformen für den Dokumentenaustausch sowie Anbieterinnen von Internettelefoniediensten des Typs Peer-to-Peer (z.B. Skype Peer-to-Peer). [...] Es ist [...] zu beachten, dass ein Unternehmen, zum Beispiel Swisscom, aufgrund seiner Tätigkeiten zugleich als Fernmeldediensteanbieterin (Buchstabe b) gilt und unter Buchstabe c fallen kann, weil es neben seiner Tätigkeit als Internetzugangsvermittler auch als E-Mail-Provider oder Webhoster (Hosting-Provider) in Erscheinung tritt. [...]

1.2. Kritik und Verbesserungsbedarf

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

15 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 (Inhaltsan-

bieter oder Inhaltsanbieterin), die Mitteilung nach Absatz 1 weiter und informieren ihn oder sie über die Möglichkeit des Widerspruchs und dessen Folgen nach Absatz 3.

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, [...]

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

16 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 EU³ – 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). Zudem ist es für den Rechtsschutz zentral, dass die Sperrung umgehend erfolgt.

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 [...] umgehend zu sperren [...]

1.2.3. Weiteres

17 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 Widerspruches. 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 ...“

18 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.

³ Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie (2000/31)

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

2.1. Zweck und Ziele

19 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“ („sperrern 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.

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

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

2.2. Kritik und Verbesserungsbedarf

2.2.1. *Nachhaltigkeit des Take-Down auch bei regulierten Anbietern*

22 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-Dienstanbietern 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. nachf. Abschnitt 3.2.1).

2.2.2. Weitere Einzelheiten:

23 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 blosse Anschluss zur Entlastung genügen.

„...gilt nicht für angeschlossene Anbieterinnen ..., welche ihren Pflichten nach Gesetz und Branchenvereinbarung nachkommen“

24 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.

25 Weder für den Take-down nach Abs. 3, noch für den Stay-Down nach Abs. 4 kann es auf *Endentscheide („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 [...].“

3. Selbstregulierung – Art. 66c

3.1. Zweck und Ziele

26 Der Entwurf bietet den Providern im Rahmen eines Selbstregulierungs-Modells 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 die Teilnahme an einer solchen Selbstregulierungs-/ Branchenlösung sowie von den Standards für die reglementarischen Pflichten abhängen. Dafür bietet der Entwurf keine Gewähr.

3.2. Kritik und Verbesserungsbedarf

3.2.1. *Branchenvereinbarung statt einseitigem Reglement*

27 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 Rechtsinhabern 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. In den USA, Grossbritannien und den Niederlanden etwa haben sich solche Branchenvereinbarungen 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~~ reglementarischen ~~darin geregelten~~ darin geregelten Pflichten durch die angeschlossenen Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste. Die Pflicht nach Artikel 66b Absatz 4 gilt nicht für angeschlossene Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste.

3.2.2. *Ungenügende Standards der Selbstregulierung*

28 Die Regelung ist an das Vorbild der SRO der Finanzintermediäre nach GWG angelehnt. Dort hat sich die Selbstregulierung bewährt - allerdings vor dem Hintergrund *klarer, 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.

29 Es konterkariert geradezu das Konzept einer Selbstregulierung, wenn die Anforderungen an das Reglement bzw. die Vereinbarung (Art. 66c Abs. 3 Bst. 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 dar-

über hinaus; *allein dafür* aber im Gegenzug den Providern das *Privileg der Haftungsbefreiung* nach Art. 66k gewährt wird.

30 Um so weniger ist mit wirksamen Massnahmen zu rechnen, wenn der bestehende „simsa Code of Conduct“ zum Massstab der gesetzlich geforderten Regulierung erklärt wird.⁴ 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.

31 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 Verordnungs-Standards von Unternehmen etwa im Bereich des Datenschutzes (Kontakt, Auskunftsrechte, Sicherheitsvorkehrungen u. dgl.) oder anderen Bereichen verlangt werden. Für die Provider-Selbstregulierung wären das namentlich:

- Vorgaben betreffend solche Geschäftsmodelle, die nicht anschluss-tauglich 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)
- 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 syste-

⁴ Bericht S. 74, 1. Abs.

matischer Urheberrechtsverletzungen aufbaut, insbesondere in dem 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 oder durch wiederholte rechtsverletzende Nutzungen aufgefallen ist.

³ 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 umgehend zu sperren oder dieses vom Server zu entfernen;

c. die Pflicht, auf Widerspruch eines Inhaltsanbieters oder einer Inhaltsanbieterin, der oder die ein Zustellungsdomizil 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.

⁴ Die mit der Kontrolle der Einhaltung der ~~reglementarischen~~ Pflichten nach Gesetz und Branchenvereinbarung betrauten Personen und Organe müssen von der Geschäftsleitung und der Verwaltung der kontrollierten Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste unabhängig sein.

⁵ Das IGE beaufsichtigt die Selbstregulierungsorganisationen. Es genehmigt die von den Selbstregulierungsorganisationen ~~erlassenen Reglemente~~ abgeschlossenen Branchenvereinbarungen nach Absatz 2 sowie deren Änderungen.

3.2.3. *Weiteres*

32 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. Dessen ungeachtet, wäre dann Art. 66b uneingeschränkt anwendbar.

Sofern die vorgesehene Branchenvereinbarung nicht in angemessener Frist zustande kommt, trifft der Bundesrat geeignete Regelungen.

B. Zugangssperren – Art. 66d und 66e

1.1. Zweck und Ziele

33 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 EuGH⁵ exemplarisch festgestellt, was eine Orientierungshilfe bietet.

1.2. Kritik und Verbesserungsbedarf

34 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.

1.2.1. *Portalseiten nicht erfasst*

35 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 Bst. b).

36 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).

37 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.

38 Solche Angebote müssen *gesamthaft* gesperrt werden, wenn feststeht, dass sie offensichtlich (und in grosser Zahl) Piraterieangebote vermitteln, ohne dass im

⁵ 27.3.2014 (C-314/62)

Einzelfall die Aktivlegitimation an den (typischerweise tausenden) zugänglichen Filmen oder Musikproduktionen nachzuweisen wäre – was schlicht nicht möglich ist.

39 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 vermitteln, 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 in grosser Zahl in nach diesem Gesetz offensichtlich widerrechtlicher Weise zugänglich gemacht.

1.2.2. *Rechtmässiger Zugang*

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

41 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).

42 Sie ist **kontraproduktiv**, weil sie den Rechtsinhaber gerade in der kritischen Phase, bevor sein Werk in legalen Vertriebswegen oder Onlineangeboten erhältlich ist (Lizenzverhandlungen, Vermarktung, Lancierung, vorgelagerte Verwertungshandlungen wie Kino oder Konzert) schutzlos lässt.

43 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 Filme oder Musikproduktionen einer solchen Plattform seien legal erhältlich.

44 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.

Art. 66d Abs. 2 Bst. d ist ersatzlos zu streichen.

1.2.3. *Kosten*

45 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 Geschäfts⁶. Diese sind bereits nach Art. 1 Abs. 2 Bst. a (i. V. m. Art. 58 Abs. 1 Bst. a) FMG verpflichtet, einen die Immaterialgüterrechte achtenden Fernmeldeverkehr sicherzustellen. Kosten der Vorkehrungen, die ein rechtskonformer Geschäftsbetrieb erfordert, sind grundsätzlich Teil des Geschäftsaufwands. Die Allianz 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.

46 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 Person einen angemessenen Beitrag an die Abgeltung ihrer haben ~~die Anbieterinnen von Fernmeldediensten für die Kosten der für die Sperrung verlangen angemessen zu entschädigen.~~

47 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.

[...] Im Verhältnis der in ihren Rechten verletzten oder gefährdeten zur rechtsverletzenden Person gilt Art. 62 Abs. 2 entsprechend.

C. Offenlegung – Art. 62a

1.1. Zweck und Ziele

48 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

⁶ Vgl. nur die damalige PTT in BGE 121 IV 109, Telekiosk.

Beanspruchung von Strafverfahren – heute der einzige gegebene Rechtsbehelf in solchen Fällen – eindämmen.

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

1.2. Kritik und Verbesserungsbedarf

1.2.1. *Unverständliche Beschränkung auf „Peer-to-Peer“-Technologie*

50 Der Eingriff ist nur für „Peer-to-Peer“-Netzwerke vorgesehen (Art. 62a Abs. 2 Bst. 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.).

51 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 ist bereits heute nicht die einzige: 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). In der Zukunft könnten weitere Organisationsformen und Technologien hinzukommen. Das Gesetz muss eine technologisch neutrale Regelung vorsehen.

52 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).

Art. 62a Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 ist ersatzlos zu streichen

1.2.2. *Voraussetzung der erfolgten aufklärenden Hinweise (Warnhinweise) ist untauglich*

53 Die in ihren Rechten verletzte Person kann unmöglich glaubhaft machen, dass der Teilnehmer oder die Teilnehmerin in den letzten 12 Monaten zwei „aufklären-

de 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.

Art. 62a Abs. 2 Bst. a Ziff. 3 ist ersatzlos zu streichen

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

1.2.3. Definition „schwerwiegende Verletzung“

55 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:

56 Was eine „schwerwiegende Verletzung“ (Art. 62a Abs. 2 Bst. 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.

57 Dies um so 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.

58 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).

59 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).

60 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.

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

62 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.

1.2.4. Verfügbarkeit der Daten

63 Ungeachtet der Aufbewahrungsfristen etwa nach Art. 15 Abs. 3 BÜPF (6 Monate) gilt es zu vermeiden, dass der Fernmeldediensteanbieter *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 Bst. 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 Bst. 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.

1.2.5. Offenlegung

64 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 Verletzerfall zu tragen. Alternativ könnten der Offenlegungsentscheid (als Vorfrage) und Klage bzw. Massnahmengesuch in einem einheitlichen Verfahren behandelt werden.

1.2.6. Kosten

65 Auch bei den Massnahmen für Warnhinweise und Offenlegung ist es nicht gerechtfertigt, sämtliche Kosten dem (ohnehin) Geschädigten anzulasten (Art. 62a Abs. 3). Rechtsverletzungen durch Nutzer sind auch bei anerkannten Fernmeldediensteanbietern unvermeidbarer (und umsatzrelevanter) Teil ihres eigenen Geschäfts⁷. Auf die Erläuterungen zu Art. 66b Abs. 3 wird verwiesen.

³ Die Anbieterin von Fernmeldediensten kann von der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person en vorschussweise einen angemessenen Beitrag an die Abgeltung ihrer haben die Anbieterinnen von Fernmeldediensten für die Kosten der für die Identifizierung verlangen angemessen zu entschädigen, sofern diese Kosten nicht direkt dem Verletzer auferlegt werden können.

66 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.

[...] Im Verhältnis der in ihren Rechten verletzten oder gefährdeten zur rechtsverletzenden Person gilt Art. 62 Abs. 2 entsprechend.

⁷ Vgl. nur die damalige PTT in BGE 121 IV 109, Telekiosk.

D. Warnhinweis – Art. 66g

1.1. Kritik und Verbesserungsbedarf

67 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.

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.

68 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 Bst. 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.

69 *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.

1.1.1. *Pflicht zur Abhilfe*

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

71 *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 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).

⁴ Wenn innerhalb der Frist nach Absatz 3:

- a. keine ~~dritte~~ zweite Mitteilung erfolgt, [...];
- b. eine ~~dritte~~ zweite Mitteilung erfolgt, [...].

1.1.2. *Kosten*

72 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.

73 Rechtsverletzungen durch Nutzer sind auch bei anerkannten Fernmeldedienst-
tanbietern unvermeidbarer (und umsatzrelevanter) Teil ihres eigenen Geschäfts.⁸
Diese sind nach Art. 1 Abs. 2 Bst. a (i. V. m. Art. 58 Abs. 1 Bst. a) FMG ohnehin
verpflichtet, einen die Immaterialgüterrechte achtenden Fernmeldeverkehr si-
cherzustellen. Kosten der Vorkehrungen, die ein rechtskonformer Geschäftsbetrieb
erfordert (Compliance), sind grundsätzlich Teil des Geschäftsaufwands. Die
Allianz hatte bereits, als vermittelnde Lösung, eine *angemessene Teilung* der
Kosten zwischen Provider und Rechtsinhaber vorgeschlagen. Der Entwurf be-
günstigt nunmehr einseitig die Provider, die ihre eigene Compliance vom Ge-
schädigten finanziert bekommen, ja als „Service“ vermarkten könnten.

74 Noch weitergehend, führt der Erläuternde Bericht (S. 71) aus, es sei *voller Ersatz*
ausgewiesener Kosten geschuldet, und diese seien per se ein *klagbarer An-
spruch* des Providers. Mit anderen Worten, auf dieser Basis könnte ein Geschä-
digter 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 *behörd-
lich angeordneten* Verfahrens zur Beseitigung schwerwiegender, massenhafter
Rechtsverletzung und –gefährdung.

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

75 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 könn-
te sich aber daraus ergeben, dass dem Geschädigten eine gesetzliche Zah-
lungspflicht auferlegt wird, die er womöglich nicht als Schaden geltend machen
könnte.

[...] Im Verhältnis der in ihren Rechten verletzten oder gefährdeten zur rechtsverletzenden
Person gilt Art. 62 Abs. 2 entsprechend.

E. Provider-Privileg – Art. 66k

1.1. Zweck und Ziele

76 Wenn Art. 66k Provider, die ihren jeweiligen speziellen gesetzlichen Pflichten
nachkommen, im übrigen *vollständig von der Verantwortlichkeit* für Urheber-
rechtsverletzungen *freistellt* („*sicherer Hafen*“ bzw. „*Providerprivileg*“ nach dem
Vorbild der E-Commerce-Richtlinie 2000/31 der EU), so setzt das voraus, dass

⁸ Vgl. nur die damalige PTT in BGE 121 IV 109, Telekiosk.

diese *Pflichten* (v.a. in der Selbstregulierung) ihrerseits der tatsächlichen Verantwortung der Provider gerecht werden.

77 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.

1.2. Kritik und Verbesserungsbedarf

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

79 Die vergleichbaren Bestimmungen des EU-Rechts⁹ 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: [...]

F. Leistungsklagen

1.1. Zweck und Ziele

80 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.

⁹ Art. 14 Abs. 2 E-Commerce-Richtlinie 2000/31 der EU

81 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.

82 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 gewährleisten bleiben. Wünschenswert beim strafrechtlichen Schutz wäre, dass Anbieter von dezentral organisierten Internetdienstleistungen, insbesondere Sharehoster, Linkressourcen etc., als *Täter* strafbar sind, wenn ihr Dienst Urheberrechtsverletzungen Dritter fördert, etwa durch finanzielle Anreize, oder ihr Dienst für eine Vielzahl von Urheberrechtsverletzungen missbraucht wird, ohne dass der Anbieter wirksame Gegenmassnahmen implementiert.

83 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.“

G. Datenschutzrechtliche Freistellung / Rechtfertigungsgrund – Art. 66j

1.1. Zweck und Ziele

84 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 DSGVO¹⁰). 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.

1.2. Kritik und Verbesserungsbedarf

85 Statt dessen macht es der Entwurf in Art. 66j so schwer wie möglich.

1.2.1. *Voraussetzungen*

86 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.

87 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.

88 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*.)

¹⁰ Vgl. dazu Rosenthal/Jöhri, DSGVO, Art. 13 N 18.

1.2.2. *Abschliessende Aufzählung*

89 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.

1.2.3. *Bekanntgabepflicht*

90 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 Informationspflicht¹¹; das Gesetz 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.

91 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.~~

¹¹ Vgl. Rosenthal/Jöhri, DSGVO Art. 4 N 51

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

92

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

* * * * *

III. Weitere Regelungen des Vorentwurfs

A. “Freiwillige Kollektivverwertung” (“Extended Collective Licensing”, ECL, Art. 43a): Streichen

1. Unnötige und schädliche Regelung

93 Das “Extended Collective Licensing” (ECL) soll den Verwertungsgesellschaften die Möglichkeit einräumen, die Verwertung auch fremder Rechte eigenmächtig an sich zu ziehen. Richtigerweise wäre von „*Eigenmächtiger Kollektivlizenz*“ zu sprechen. Von Freiwilligkeit ist keine Rede. Eine *freiwillige* Kollektivverwertung können die Rechteinhaber bereits heute aufgrund der bestehenden Gesetze vornehmen und freiwillig den Verwertungsgesellschaften im Auftragsverhältnis Rechte zur Verwertung übergeben. Das reicht vollständig aus. Für die vorgeschlagene Expropriation besteht weder ein Bedarf noch ein öffentliches Interesse.

94 Vielmehr wird durch den vorgeschlagenen Art. 43a) ein riesiger bürokratischer Unsinn produziert, indem die Rechteinhaber hinsichtlich des grössten Teils der kommerziell interessanten Rechte das Opting-out erklären müssen, was entsprechend erfasst und aktualisiert werden muss.

95 Bezeichnenderweise findet diese weitreichende neue Bestimmung im Erläuternden Bericht keine wirkliche Begründung. Weder den einlässlichen Ausführungen auf S. 12-14, welche auf die angeblich bewährte Praxis in den skandinavischen Ländern und nicht näher bezeichnete „ausgewählte EU-Dokumente“ verweisen, noch den rein rechtstechnischen Erläuterungen auf S. 66 f ist zu entnehmen, *welches rechtspolitische Problem damit gelöst werden soll*, und warum dies eine geeignete und notwendige Lösung wäre. Im Gegenteil ist nicht ersichtlich, wieso der Bundesrat das Thema „ineffiziente Verwertungsgesellschaften“ zum Dauerbrenner macht und gleichzeitig vorschlägt, der Individualverwertung unterstehende Rechte zu expropriieren und der Kollektivverwertung zu unterstellen.

96 Verwiesen wird lediglich auf die Fälle, in denen eine individuelle Lizenz sich „aus praktischen Gründen unmöglich“ erwies – das ist aber lediglich die gängige Begründung für die *bereits bestehende, gesetzliche Kollektivverwertung*. Diese konnte sich in der Schweiz auch deshalb etablieren, weil es *politisch* – durch den Gesetzgeber oder nach Art. 40 Abs. 2 URG durch den Bundesrat – festzulegen ist, in welchen Fällen und in welcher Form Kollektivverwertung *im öffentlichen Interesse* geboten ist.

97 Die *umfassende, weder nach Voraussetzungen noch Umfang irgendwie auf bestimmte Fälle eingegrenzte* Bestimmung in Art. 43a Abs. 1 würde hingegen schlicht bewirken, dass Verwertungsgesellschaften *im eigenen Ermessen* über

fremde Verwertungsrechte frei verfügen könnten, welche ihnen die betroffenen Rechtsinhaber nicht eingeräumt haben und auch nicht einräumen wollten; und für welche auch keine politische Instanz ein Bedürfnis an kollektiver Wahrnehmung geprüft und festgestellt hat (in den Worten des Berichts: „flexibel ohne Beteiligung des Gesetzgebers“, S. 13). Mit anderen Worten, *die Verwertungsgesellschaften erhielten die Blanko-Kompetenz, jederzeit die Hoheit über die Werkverwertung an sich zu ziehen.* (Der Erläuternde Bericht, S. 13, stellt sogar ein *ECL ohne Opt-out* zur Diskussion!).

98 Dies wäre in mehrfacher Hinsicht ein eigentlicher Paradigmenwechsel: Das *Primat der Individual- über die Kollektivverwertung*, welches dem geltenden Urheberrecht zugrunde liegt (Erläuternder Bericht, S. 8), auch vom AGUR12-Bericht hochgehalten wurde und im übrigen konventionsrechtlich fest verankert ist (Drei-Stufen-Test, bereits seit der Berner Übereinkunft) soll hier erklärermassen¹² über Bord geworfen werden.

99 Das wäre gerade *für die Entfaltung neuer Geschäftsmodelle* nicht nur nicht nützlich, sondern ausgesprochen *schädlich*. Es ist bekannt, dass so, wie die Herstellung, auch die Vermarktung und Pflege von Werken Aufbauarbeit, unternehmerisches Engagement, Investitionen und Risikobereitschaft erfordert. Der ständige Wettbewerb um Aufmerksamkeit ist im digitalen Zeitalter keineswegs obsolet. Im Gegenteil, kann die Publizität gerade mutiger, künstlerisch anspruchsvoller Werke nicht sich selbst überlassen werden; das würde die angestrebte (und in der Schweiz mit grossem Aufwand geförderte¹³) Angebotsvielfalt und Eigenständigkeit sowie die kulturelle Kohärenz der Sprachregionen untergraben.

100 Organisationen der Kollektivverwertung können *keine Risiken eingehen, nicht investieren, nicht aktiv publizieren und vermarkten*, nicht in PR, Digitalisierung und Restauration *investieren*, können also das unternehmerische Engagement nicht ersetzen. Dies kann nur von Produzenten, Verleihern, Labels, Verlagen u.a. Verwertungsunternehmen geleistet werden. Das wiederum ist ohne die individuelle Verfügung über die Verwertung nicht denkbar.

101 Vielmehr kassieren Verwertungsgesellschaft nur bei Verwertungshandlungen, welche auf Initiative Dritter entstehen, mit. Die Vergangenheit bietet dafür laufend neue Fälle:

¹² Willi Egloff, Urheberrechtstagung 24. Februar 2016, Thesenpapier

¹³ Vgl. nur Art. 4, 17 ff. FiG

- Entgegen den klaren Absichten des Gesetzgebers¹⁴, konnten sich *Public-Viewing-Grossveranstalter* für ihr Geschäft eine Tarifgrundlage nach Art. 22 Abs. 2 sichern (GT 3c).
- Betreiber von *Online-„Catch-Up“-Plattformen*, die ganz offensichtlich Werke auf Abruf zugänglich machen (man braucht nur mit den eigenen „Mediatheken“ der TV-Sender zu vergleichen), können ihr Geschäft mit dem Plazet der ESchK unter dem Titel „Privatkopie“ betreiben (GT 12).
- Der privatwirtschaftliche *Anbieter von „nanoo.tv“* betreibt unter Kollektivlizenz (GT 7 bzw. 9/III), in Überschreitung der Unterrichtsschranke (Art. 19 Abs. 1 Bst. b) und Übergriff in individuelle Rechte, schweizweit und für eine kaum eingegrenzte „Bildungs“-Öffentlichkeit eine Abruf-Plattform für aufgezeichnete audiovisuelle Inhalte aller Art.

102 Vor diesem Hintergrund erscheint die Erwartung, Art. 43a werde seinen hauptsächlichlichen Anwendungsbereich bei Nutzungen wie der Digitalisierung von Bibliotheksbeständen finden, als naiv. Mit Art. 43a würde vielmehr der schleichenden, von Fall zu Fall mit heute geltendem Recht kaum vereinbaren Kollektivierung der Werkverwertung für die Zukunft freie Bahn gewährt.

103 Zugleich damit würden sich die Verwertungsgesellschaften vom Fundament ihrer Daseinsberechtigung, der Wahrnehmung *der ihnen übertragenen Rechte ihrer Mitglieder*, lösen. Sie würden mutieren zu Verwertungsorganisationen, welche autonom, im Eigeninteresse und im Handel mit Nutzergruppen, die Art und Konditionen der Rechtswahrnehmung festsetzen, ohne an die Interessen der (nicht vertretenen) fremden Rechtsinhaber gebunden zu sein. *Staatliche Aufsicht kann diese Interessenbindung nicht ersetzen.*

104 Bereits heute zeigt sich (etwa in den genannten Fällen), dass in der Kollektivverwertung gerade jene Parteien, die daran Interesse haben – Verwertungsgesellschaften und Nutzergruppen – *unter sich und unter Ausschluss der betroffenen Rechtsinhaber* über die Lizenzierung befinden und diese im Bedarfsfall von der ESchK absegnen lassen können.

105 Die Schweiz würde sich damit in *Widerspruch zu ihren konventionsrechtlichen Pflichten*, dem *Drei-Stufen-Test* der RBÜ und der WIPO-Abkommen setzen, die einen so weitgehenden Blankoschein zur Kollektivierung nicht gestatten.

¹⁴ Botschaft 1989, S. 543 f.: „Eine Vorführung ist dann gegeben, wenn sich die Zuschauer vor allem zum Zwecke des Werkgenusses versammeln, blosses Wahrnehmbarmachen dagegen, wenn der Werkgenuss Nebenzweck bleibt.“

106 Bei der grenzüberschreitenden elektronischen Verwertung würde eine solche, nur im Schweizer Recht geltende Freigabe mit den Schutzrechten anderer Länder (*Schutzlandprinzip*) kollidieren.

107 Es trifft nicht zu, dass die *Opt-out-Möglichkeit* den Rechteinhabern die Entscheidungsfreiheit über ihre Rechte wahrt (Bericht, S. 14): Gemäss S. 66 des Berichts soll nämlich die einmal unter ECL (selbst in Unkenntnis des Rechtsinhabers) erteilte Lizenz *auch für die Zukunft Bestand* haben. Das greift schwerwiegend in dessen Verfügungsmacht ein: Es verhindert seine eigene Verwertungsabsichten; es kann ihn der Haftung aus bestehenden Verträgen aussetzen, und vieles mehr.

108 Für diesen tiefgreifenden Paradigmenwechsel besteht *kein Konsens*. Er wurde bisher noch nicht einmal ernsthaft diskutiert. *Daran besteht auch kein Bedarf: In der Schweiz ist die „Extended Collective License“ eine Nicht-Lösung für ein Nicht-Problem*. Wenn und soweit in bestimmten Fällen tatsächlich ein *öffentliches* Bedürfnis an kollektiver Verwertung zutage treten würde, bietet das geltende Recht mit Art. 40 Abs. 2 bereits ein geeignetes, notabene politisches, Instrument.

109 **Art. 43a ist daher ersatzlos zu streichen.**

~~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.~~

~~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 Auf vertragliche Vereinbarungen über die Verwertung der ausschliesslichen Rechte nach Absatz 1 finden die Vorschriften über die Tarife (Art. 55-60) Anwendung.~~

2. Eventualiter: Rechtsstaatlich gesichertes Opting-out

110 Rein vorsorglich für den Fall, dass der Bundesrat entgegen diesen Einwände an der Änderung festhalten will, wäre durch strenge Anforderungen ein Mindestmass an Rechtsstaatlichkeit sicherzustellen:

111 Eine solche eigenmächtige Lizenzierung durch Verwertungsgesellschaften kann nicht statthaft sein, bevor nicht allen – namentlich auch ausländischen – Rechteinhabern die Möglichkeit gegeben worden ist, von geplanten Verwertungen konkret und umfassend Kenntnis zu nehmen, sowie genügend Zeit, die Situation zu prüfen und ihren Opt-out von solchen Verwertungen zu erklären.

- 112 Erforderlich wäre demnach eine gesetzliche *Pflicht* (orientiert am üblichen Vorgehen bei Eingriffen in Rechte unbekannter Dritter¹⁵), Verwertungsabsichten *anzukündigen*; und zwar gegenüber bekannten Rechtsinhabern *direkt* (allenfalls über etablierte Branchenorganisationen); im übrigen über geeignete *öffentliche* Kanäle (in der Schweiz z. B. SHAB, vgl. OR 984); für das Ausland z. B. über die Partnerorganisationen der Verwertungsgesellschaften, die WIPO und/oder andere Kanäle); dies *mehrfach* (vgl. OR 984: dreimalig); sowie mit einer *Mindest-Auskündigungsfrist*, die ausreichend Reaktionszeit belässt (vgl. OR 983: 6 Monate).
- 113 Selbstverständlich muss es einem Rechtsinhaber, der nicht Mitglied der Verwertungsgesellschaft ist und mit dieser auch keine Geschäftsbeziehung unterhalten möchte, möglich sein, sein *Opt-out ein für alle Mal* und (vorbehaltlich des Wieder-Opt-In im Einzelfall) mit Wirkung für alle zukünftigen ECL-Absichten zu erklären.
- 114 Richtigzustellen wäre, dass eine eigenmächtige Kollektivlizenzierung *nicht der Beschränkung* des heutigen Art. 60 Abs. 2 unterstünde (dazu Abschnitt IV.A). Die Lizenzen wären vielmehr *zu Marktbedingungen* zu erteilen, wofür nicht auf die Wertschöpfung oder den Aufwand des fremden Nutzers, sondern allein auf den *Marktwert des beanspruchten Rechts* abzustellen ist.

Streichung der Vergütungsobergrenze in Art. 60 Abs. 2

Eventualiter:

Art. 43a Abs. 3: Auf vertragliche Vereinbarungen über die Verwertung der ausschliesslichen Rechte nach Absatz 1 finden die Vorschriften über die Tarife (Art. 55-60) Anwendung, ausgenommen Art. 60 Abs. 2.

B. Verleihrecht (Art. 13 Abs. 2): Keine Einschränkung des Vermietrechts

- 115 Nicht hinnehmbar ist, dass die Formulierung zur Einführung des Verleihrechts zugleich auch das geltende Vermietrecht auf „Haupt- oder Nebentätigkeit“ einschränkt. Dies mag ein Kriterium sein, private Ausleihe vom Vergütungsanspruch auszunehmen. Vermieten hingegen ist per se entgeltlich, nicht privat, und daher uneingeschränkt vergütungspflichtig.

Art. 13 Vermieten und Verleihen von Werkexemplaren

¹ Wer Werkexemplare der Literatur und Kunst ~~als Haupt- oder Nebentätigkeit~~ vermietet, diese als Haupt- oder Nebentätigkeit verleiht oder sonstwie entgeltlich oder als Haupt- oder Nebentätigkeit zur Verfügung stellt, schuldet dem Urheber oder der Urheberin eine Vergütung.

¹⁵ Beispiel: Kraftloserklärung von Wertpapieren, ZGB 865, OR 971, 983 f.

C. Leerträgervergütung (Art. 19 Abs. 3^{bis}): Keine Einschränkung

- 116 Die vorgeschlagene Neuregelung von Art. 19 Abs. 3^{bis} wird abgelehnt. Sie beruht auf falschen Überlegungen und hätte eine einseitige Bevorteilung der Importeure und Hersteller von Leerträgern auf Kosten der Konsumenten, Urheber und sonstigen Rechtsinhaber zur Folge.
- 117 Das gemutmasste Problem der „Doppelvergütung“ für erlaubte Vervielfältigungen bei online zugänglich gemachten Werken stellt sich nicht. Vervielfältigungen zum privaten Eigengebrauch werden nicht „vertraglich erlaubt“ und können es nach geltendem Recht nicht. Sie sind *gesetzlich erlaubt*, und *hierfür* durch die *Leerträgerabgabe* abzugelten.
- 118 Die Plattformen machen die Werke zugänglich, wobei sie das Ausschliesslichkeitsrecht zum *Zugänglichmachen* (und nur dieses, nebst den Kopien auf dem eigenen Server) ausüben, wofür sie von den Rechtsinhabern lizenziert sind. Sie können hingegen Nutzern ihrer Dienste *keine Vervielfältigungen* „vertraglich erlauben“ (d.h., lizenzieren), und *erwerben gar keine Vervielfältigungsrechte* für diese Zwecke von den Rechtsinhabern; dies, weil eine solche Lizenz für Privatkopien ins Leere gehen würde.
- 119 Demgemäss ist auch weder im Lizenzgeschäft zwischen Rechtsinhabern und Plattformbetreibern, noch in deren Angebot an Nutzer die „Erlaubnis“ solcher Kopien oder deren Anzahl ein Vergütungsfaktor. Das versteht sich von selbst, weil diese Kopien wie auch ihre Abgeltung gesetzlich geregelt sind; es lässt sich aber auch in der Realität nachvollziehen, etwa mit Blick darauf, dass die Umstellung verschiedener Anbieter von DRM-kontrollierten zu kopierfähigen Angeboten nicht zu Aufschlägen auf die Preise geführt hat, also nicht mit einer zusätzlichen Vergütung für die Kopiermöglichkeit einherging. Die Rechtsinhaber verhalten sich damit gesetzeskonform, indem sie berücksichtigen, dass Vergütungen für die Herstellung von Privatkopien nur von den zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können (Art. 20 Abs. 4 URG).
- 120 Heute wenden viele Download-Dienste keine DRM an, die das Kopieren heruntergeladener Werke einschränken (obwohl sie es könnten), und auch deren Nutzungsbedingungen sehen keine Beschränkung vor. Die Logik des Entwurfs hätte zur absurden Konsequenz, dass bei diesen Diensten (überhaupt bei beliebigen online zugänglichen Werken) *alle möglichen, unbeschränkt vielen* Privatkopien „vertraglich erlaubt“, und von der Vergütung auszunehmen wären. Der im Tarifverfahren fällige Beweis, dass und in welchen Fällen tatsächlich ein Teil vom Preis des Dienstes auf Kopien entfalle, kann gar nicht erbracht werden. Das Gesetz müsste letztlich für alle DRM-freien Dienste unterstellen, die Kopien seien im Preis inbegriffen und die Leerträgerabgabe daher eine Doppelvergütung! Dies

stellt nicht nur die Realität des Internet, sondern das gesetzliche Konzept der Leerträgerabgabe selber auf den Kopf.

- 121 Tatsächlich wenden einzelne Anbieter DRM an, nicht um eine bestimmte Anzahl Kopien *zu erlauben*, sondern um vor dem Hintergrund der erlaubten Privatkopie das unbeschränkte (aus ihrer Sicht missbräuchliche) Weiterkopieren *zu verhindern* (z. B., dass sich eine grössere Anzahl von Personen ein Account mit sämtlichen Inhalten teilt). In der Schweiz verfolgt etwa im Musikbereich, soweit ersichtlich, nur das Unternehmen Apple mit dem Dienst iTunes diese Praxis. Gerade dieses Unternehmen verknüpft seit jeher das Inhalte-Angebot mit dem Hardware-Geschäft – gerade er würde also von der Entlastung bei der Leerträgerabgabe profitieren. Ihm, nicht den Konsumenten und schon gar nicht den Urhebern und Rechtsinhabern, würde diese Neuregelung gezielt nützen. Das ist stossend.

^{3bis} Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, ~~sowie weitere vertraglich erlaubte Vervielfältigungen~~ sind von den Einschränkungen des Eigengebrauchs nach diesem Artikel sowie vom Vergütungsanspruch nach Artikel 20 Absatz 3 ausgenommen.

D. Verwaiste Werke (Art. 22b): Klare Anforderungen; keine ECL

- 122 Die geplante Ausweitung des Anwendungsbereichs der Schranke für sogenannt „verwaiste Werke“ ist sorgfältig und restriktiv zu formulieren. Es ist daran zu denken, dass nicht nur (oder nicht einmal in erster Linie) Institutionen der Pflege kulturellen Erbes sich einer solchen Schranke bedienen werden, sondern *kommerzielle Grossunternehmen*, deren Geschäftskonzept auf Masse, auf „*Content als Commodity*“ beruht (das könnten Unternehmen wie Netflix oder Amazon sein). Daher ist damit zu rechnen, dass erhebliche kommerzielle Interessen an der Schrankennutzung bestehen könnten.

1. Rechercheobliegenheit im Gesetz regeln

- 123 Die Anforderungen an die *Voraussetzungen*, ein Werk als (ganz oder teilweise) „verwaist“ zu reklamieren, sind auf hohem Niveau und – angesichts der Eingriffe in private Rechte, die der Eigentumsgarantie der Bundesverfassung unterstehen – im wesentlichen *im Gesetz zu regeln* und nicht der Praxis der Verwertungsgesellschaften zu überlassen.

- 124 Es genügt nicht, für die Rechercheobliegenheit auf die Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB abzustellen (so der Erläuternde Bericht, S. 59); um so mehr, wenn der Nutzer der Verwertungsgesellschaft die Voraussetzungen lediglich *glaubhaft* machen müsste (so S. 60). Es gilt nicht allein zu beweisen, dass ein Rechtsinhaber „unbekannt oder unauffindbar ist“ – was in dieser Form kaum zu beweisen wäre –, sondern dass er *trotz geeigneter, erforderlicher und angemessener Recher-*

chen *unauffindbar* ist. Das setzt einen *gesetzlichen Massstab für solche Recherchen* voraus.

125 Ein prinzipiell *auffindbarer* Rechtsinhaber muss die Wahrnehmung seiner Rechte (sei es in Geschäftsführung ohne Auftrag oder anderweitig) nicht dulden. Ein Rechtsinhaber, der zu Unrecht als „unauffindbar“ behandelt würde, könnte daraus einen schweren wirtschaftlichen Nachteil erleiden: Eine einmal erteilte (Dauer-) Lizenz soll auch im Fall seiner Aufdeckung noch lange fortauern können (Bericht, S. 59). Bei Geltung der Vergütungsobergrenze nach Art. 60 Abs. 2¹⁶, kämen finanzielle Einbussen hinzu.

126 Daher darf die Verwertungsgesellschaft ihrerseits nur lizenzieren, wenn die *Voraussetzungen erfüllt* sind. Auch die Begrenzung ihrer Haftung nach Abs. 3 setzt voraus, dass die Lizenzierung Abs. 1 überhaupt zulässig war; d. h., dass der Rechtsinhaber im Zeitpunkt der Lizenz unbekannt oder unauffindbar war. Waren diese Voraussetzungen tatsächlich nicht erfüllt, setzen sich beide – Nutzer und Verwertungsgesellschaft – Haftungsansprüchen betroffener Rechtsinhaber aus. Das erfordert, dass diese Voraussetzungen, *einschliesslich der Abklärungsobliegenheiten, verlässlich geregelt sind*; selbstverständlich nicht auf Kosten der möglicherweise betroffenen Rechtsinhaber.

Art. 22b Abs. 1: ... trotz geeigneter, erforderlicher und angemessener Recherchen unbekannt oder unauffindbar ...

2. Voraussetzungen nach Bst. a-c: Eingrenzen

127 Mit der Ausdehnung der betroffenen Werke und Verwendungen wird die Klarstellung erforderlich, dass nur Werkexemplare in Beständen von Institutionen *in der Schweiz* der Nutzung zugrunde gelegt werden können. Es muss den jeweiligen ausländischen Rechtsordnungen vorbehalten bleiben, wie sie die Rechtsverhältnisse betreffend dortige Institutionen behandeln. Es wäre undenkbar, dass die Rechtsordnung der Schweiz etwa das Zugänglichmachen von Beständen ausländischer Bibliotheken erlaubte, während das dort anders geregelt ist.

Art. 22b Abs. 1 Bst. a. Die Verwendung des Werks erfolgt auf der Grundlage eines Werkexemplars, das sich in Beständen öffentlicher oder öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Sammlungen und Archive oder in Beständen von Archiven der Sendeunternehmen in der Schweiz befindet.

128 Die heute unter Art. 22b Abs. 2 Bst. c geltende *Frist von 10 Jahren* seit der Herstellung des Werkexemplars ist sinnvoll. Es wäre unangemessen, Werke schon kurze Zeit nach der rechtmässigen Herstellung eines Exemplars als „verwaist“ zu behandeln. *Die Frist ist beizubehalten.*

¹⁶ Dazu unten, Abschnitte III.D.4 sowie IV.A

129 Unverständlich ist, wieso auch ein bloss *in der Schweiz zugänglich gemachtes Werkexemplar* zur Anknüpfung dienen soll. Nach dem herrschenden Verständnis des Abrufrechts (zugänglich machen, Art. 10 Abs. 2 Bst. c) würde jedes Werk als in der Schweiz zugänglich gemacht gelten, das, irgendwo in der Welt hochgeladen, in der Schweiz abrufbar wäre. Damit wäre weithin das *gesamte Internet-Repertoire* zum Orphan-Works-Gebrauch in der Schweiz tauglich, während es praktisch ausgeschlossen ist, in diesem Ausmass Berechtigungen an Werken nachzuvollziehen.

130 Sollte das Zugänglichmachen *aus der Schweiz heraus* gemeint sein, so wäre das überflüssig, weil dies praktisch immer auch mit der Vervielfältigung in der Schweiz verbunden ist. Die (notabene rechtmässige) Herstellung und Vervielfältigung eines Werkexemplars in der Schweiz (Bst. b) sind denn auch die naheliegenden, geeigneten Anknüpfungspunkte für den Nachvollzug der Rechtsinhaberschaft.

Art. 22b Abs. 1 Bst. b. Das Werkexemplar nach Buchstabe a wurde vor mindestens zehn Jahren in der Schweiz rechtmässig hergestellt, oder vervielfältigt oder zugänglich gemacht.

3. Generelles ECL für „verwaiste Werke“ (Art. 22b Abs. 4): Streichen

131 Art. 22b Abs. 4 soll Sammlungsbestände ab gewisser Grösse per se und für alle Verwendungen der „erweiterten (eigenmächtigen) Kollektivlizenz“ unterstellen - ob verwaist oder nicht; ohne irgendwelche Abklärungen; ja, *selbst wenn die Rechtsinhaber bestens bekannt sind*.

132 Wenn der Erläuternde Bericht, S. 60, lediglich „*unbekannte*“ *Rechtsinhaber* erwähnt (und Nachteile für diese ausschliesst - zu Unrecht, nur schon wegen Art. 60 Abs. 2), führt das in die Irre: Nur vier Zeilen zuvor hält er selber fest, es spiele „*keine Rolle, ob innerhalb der grossen Masse von zu nutzenden Werken einzelne Werke verwaist sein könnten*“.

133 Eine *grosse Anzahl* an Werken dürfte sich in praktisch jeder in Art. 22b Abs. 1 Bst. a erwähnten Sammlung finden (sonst wäre sie keine).

134 Auch das Beispiel der Digitalisierung einer Plakatsammlung zeichnet ein ver-harmlosend falsches Bild: Tatsächlich könnten Sammlungsbestände aus geschützten (selbst aktuellen) Werken – *Filmen, Tonträgern, Büchern, Kunstwerken* – ohne Einwilligung der Rechtsinhaber und zu den Konditionen des Art. 60 Abs. 2 *per se und für sämtliche Verwendungen* – *Sendung, Abrufrecht, Vervielfältigung/Verbreitung* verwendet werden – also etwa für Online-Buchhandel, Video-on-Demand-Plattformen, ganze Fernsehprogramme. Damit wäre Abs. 4 geeignet, die Anforderungen an den Schrankengebrauch verwaister Werke nach Absatz 1-3 auszuhebeln. Das wäre schlicht eine weitgehende Enteignung der Rechtsinhaber.

135 **Absatz 4 ist ersatzlos zu streichen:**

~~⁴ Für die Verwendung einer grossen Anzahl von Werken aus Beständen nach Absatz 1 Buchstabe a findet Artikel 43a Anwendung.~~

4. Keine Anwendung von Art. 60 Abs. 2

136 Bislang unterstehen die Nutzungen unter Art. 22b der Vergütungsobergrenze nach Art. 60 Abs. 2. Diese kappt die Vergütung aller Rechtsinhaber zusammen auf 13% der mit der Auswertung erzielten Wertschöpfung. Mit der erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs der Schranke kann diese auch *Verwertungshandlungen im Kernbereich der Werkauswertung* (Fernsehsendung; Online-Verwertung; Nachdruck und Vertrieb) betreffen.

137 Dabei führt die Vergütungsobergrenze zu einer künstlichen Reduzierung der Abgeltung der Rechte und zur Verzerrung des Markts. Anstatt die beanspruchten Rechte zum Marktwert abzugelten, könnte der Nutzer sein Angebot anhand der Kostendeckung und des Gewinns für seine blossen Vermittlungs-Leistungen kalkulieren und müsste für die Rechte mit einem entsprechenden prozentualen Aufschlag *weit unter ihrem Marktwert* – selbst wenn dabei der Werkgenuss im Vordergrund steht.¹⁷

138 Das ist für potentiell zentrale Verwertungen inakzeptabel. Solche Verwertungen sind - auch in Geschäftsführung ohne Auftrag für unbekannte Rechtsinhaber - zu Marktkonditionen zu lizenzieren.

Streichung der Vergütungsobergrenze in Art. 60 Abs. 2

Eventualiter

Absatz 4 neu: Artikel 60 Absatz 2 findet keine Anwendung.

E. „Verwendung zu wissenschaftlichen Zwecken“ (Art. 24d): Eingrenzen

139 Gegenstand der Schrankenbestimmung nach Art. 24d soll es gemäss Erläutern dem Bericht sein, *die elektronische, technisch bedingte Datenverarbeitung zu Zwecken des „Text- und Data-Mining“* auf eine sichere Rechtsgrundlage zu stellen, also etwa die Recherche von Rohdaten in elektronisch zugänglichen Datenbeständen und Dokumenten, um deren inhaltliche Relevanz für wissenschaftliche Forschungsarbeit abzuklären – *nicht aber, zugleich auch deren selbständige Nutzung zu erlauben* bzw. die Kosten für den Erwerb von Werkexemplaren einzusparen (S. 61). Das muss sinngemäss auch für den Zugang zu kostenpflichtigen Inhalten, Nutzungslizenzen für solche Nutzungen usw. gelten.

140 Über diesen Zweck geht der Artikel weit hinaus, was nicht beabsichtigten (missbräuchlichen) Verwendungen unter der Schranke Tür und Tor öffnet. Er ist sei-

¹⁷ Dazu Abschnitt IV.A

nem Zweck gemäss bedeutend klarer und enger einzugrenzen. Da dies nach der Art, den Zielen, der Finanzierung usw. des jeweiligen wissenschaftlichen Forschungsvorhabens nicht ohne weiteres möglich scheint, ist es um so wichtiger, dies auf der Seite der erlaubten Verwendungen zu tun (wie es auch der Bericht, S. 62, festhält).

141 Zu Recht ist die Norm für diese Zwecke auf die technisch notwendigen Vervielfältigungen und Bearbeitungen (soweit es um die zur Recherche nötigen Eingriffe in den Datenbestand geht) beschränkt. Zudem ist sie auf die *Gewinnung und Analyse der für solche Zwecke benötigten Rohdaten* (Text, Zahlen) sowie auf *Forschungszwecke* zu beschränken. Richtiger wäre daher die Bezeichnung „*Rohdatenerhebung zur wissenschaftlichen Forschung*“.

142 Andere Zwecke im mehr oder weniger losen Zusammenhang mit der Wissenschaft sind bereits vom schulischen (Lehre) und betrieblichen Eigengebrauch (interne Information und Dokumentation) abgedeckt. Deren Grenzen, die ihrerseits auf eine gültige Interessenabwägung gestützt sind, dürfen nicht ausgeweitet werden.

143 *Keinesfalls* dürfen weitere Verwendungsarten – etwa das *Vorführen der Werke* oder deren *Zugänglichmachen in Netzwerken* – in den Anwendungsbereich der Schranke aufgenommen werden. Eine weitere Schranke, die Rechte an Tonträgern und audiovisuellen Werken einschränkt, ist abzulehnen. Man muss sich nur Gedankenbeispiele wie die *Kinovorführung von Filmen zur filmhistorischen Forschung* oder deren *Zugänglichmachen auf einer Social Media Plattform zu Zwecken einer soziologischen Studie über das Nutzerverhalten* vor Augen führen, um die diesfalls vorgezeichneten Missbrauchsmöglichkeiten abzusehen.

Art. 24d Verwendung von Werken Rohdatenerhebung zur wissenschaftlichen Zwecken Forschung

¹ Für die Erhebung von Rohdaten ~~Die Vervielfältigung und die Bearbeitung eines Werks~~ zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung ~~sind zulässig dürfen Werke vervielfältigt und bearbeitet werden,~~ wenn und soweit dies sie durch die Anwendung eines technischen Verfahrens bedingt ist und keine eigenständige Nutzung des Werks selber ermöglicht.

F. Bestandesverzeichnisse (Art. 24e Abs. 2 Bst. b Ziff. 2): Verwendungen von Trailern eingrenzen

144 Die von Unternehmen der Filmverwertung unter anderem online eingesetzten Trailer und ähnlichen Vorschauen für Filme, wie auch Ausschnitte aus Musik-Videos und ähnliches, dienen der gezielten, möglichst effizienten Vermarktung der jeweiligen Produktionen. Diese Trailer und Clips sind selbst häufig mit grossem Aufwand hergestellte, eigenständige Produktionen, und nicht blosser Ausschnitte des Films bzw. Videos. Sie werden zuweilen (etwa zu Zwecken des „Viral Marketing“) zum Download und der weiteren Verbreitung freigegeben; oft aber

nur gezielt und kontrolliert, auf bestimmten Plattformen und Medien, per Stream zugänglich gemacht.

- 145 In Art. 24e Absatz 2 Bst. b Ziff. 2 ist daher klarzustellen, dass nur *zum Download und weiterer Verbreitung* zugänglich gemachte Ausschnitte auch ohne die Einwilligung ihrer Rechtsinhaber zur Wiedergabe in Bestandsverzeichnissen verwendet werden können.

Art. 24e Absatz 2 Bst. b Ziff. 2. ... ein vom Rechteinhaber ... zum Download und weiterer Verbreitung öffentlich zugänglich gemachter Ausschnitt...

**G. Verwendung fremder Werke im Bestand des Bundesarchivs (Anhang zu Ziff. II i. V. m. Art. 9 Abs. 3 BGA)
Eingrenzen**

- 146 Die in Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Archivierung (SR 152.1) – ausserhalb des URG – vorgesehene urheberrechtliche Schrankenbestimmung würde es dem Bundesarchiv erlauben, dort befindliche *fremde Werke* (verklausuliert als „*Unterlagen, an denen Urheberrechte Dritter bestehen*“) zu vervielfältigen, zu verbreiten und auf Abruf zugänglich zu machen; und zwar *ohne jede Einschränkung* - also z. B. Druckausgaben, Tonträger, DVD herzustellen, sie im Buchhandel oder Online-Handel anzubieten oder auf Online-Plattformen zur Wiedergabe (Stream) oder zum Download zugänglich zu machen.

- 147 Das reicht weit über die – denkbar knappe – Begründung im Erläuternden Bericht (S. 86) hinaus, wonach „*der Öffentlichkeit Einsicht in das Archivgut ... in zeitgemässer Form*“ zu gewähren sei. Darüber hinaus findet diese Bestimmung keinerlei Erwägung. Das wirft Zweifel auf, ob die Tragweite des Eingriffs in Betracht gezogen wurde. Mit blosser Einsichtnahme hat diese weitgehende Verwendungsbefugnis nichts zu tun.

- 148 Auch wenn das Bundesarchiv im wesentlichen Unterlagen von Parlament, Bundesrat und Bundesverwaltung sowie anderer staatlicher Stellen archiviert (Art. 1 Abs. 1 BGA), ist davon auszugehen, dass seine Bestände in reichlicher Zahl auch Werke Dritter enthalten, die ihrerseits einer privaten, urheberrechtlich abgesicherten Auswertung unterliegen könnten. Zu denken wäre etwa an Asservaten und Belegexemplare aus gerichtlichen oder Verwaltungsverfahren betreffend solche Werke oder deren Autoren. Nicht zuletzt ist der kulturelle Wert von Dokumenten ein Archivierungsgrund (Art. 2 Abs. 1 BGA). Auf solche Werke dürfte die Bestimmung in der Praxis gerade zielen; sind doch amtliche Erlasse, Entscheidungen, Protokolle, Berichte von Behörden, Patentschriften und deren Sammlungen bereits per se nicht urheberrechtlich geschützt (Art. 5 URG).

- 149 Die Art und Weise der Verwendung solcher fremden Werke unterläge keinerlei Einschränkung; weder hinsichtlich legitimer Zwecke des Bundesarchivs, noch im

Hinblick auf deren normale Verwertung und die berechtigten Interessen der Urheber. Einzige Voraussetzung wäre, dass ein Exemplar der betreffenden Werke sich im Bestand des Bundesarchivs befindet. Die Rechtsinhaber müssten für diese Verwendungen weder um Erlaubnis gefragt noch abgegolten werden. Damit würde im Einzelfall massiv in die Verwendungsrechte und Verwertungsinteressen der Rechtsinhaber eingegriffen und der Drei-Stufen-Test verletzt.

- 150 Die Vorschrift ist so einzugrenzen, dass der Drei-Stufen-Test für den Einzelfall gewahrt bleibt. Namentlich wären bereits (durch die Rechtsinhaber) veröffentlichte Werke (samt Vorstufen, Entwurfsfassungen, Bearbeitungen usw.) auszunehmen: An diesen besteht ein manifestes Verwertungsinteresse; dem Informationsanspruch der Öffentlichkeit ist mit dem *Verweis* auf das veröffentlichte Werk Genüge getan. Auch bei unveröffentlichten Werken, die sich für eine selbständige Auswertung eignen (z. B. Filme, Musik und literarische Werke) ist es einzig Sache der Urheber (die ja bekannt sind; andernfalls gilt Art. 22b URG), in die Erstveröffentlichung (Art. 9 Abs. 2 URG) und Verwertung (Art. 10 Abs.2 URG) einzuwilligen. Lehnen sie das ab, so ist– unter Vorbehalt von Art. 9 Abs. 2 – dem Anspruch der Öffentlichkeit auf Einsicht mit der herkömmlichen Einsichtnahme vor Ort Genüge getan. Im übrigen Schutzfrist des Urheberrechts zu beachten, mit der der Gesetzgeber die Interessen des Urhebers und der Allgemeinheit mit der Festlegung der gegeneinander abgewogen hat.

BG über die Archivierung

Art. 9 Abs. 3 ... Ausgenommen sind Werke, die mit der Einwilligung ihrer Urheber veröffentlicht wurden oder zur selbständigen Verwertung geeignet sind.

H. Marrakesch-Vertrag (Art. 24c)

- 151 Die Anpassung des Art. 24c sollte möglichst genau *auf den damit verfolgten Zweck* begrenzt sein. Anders als es das Abkommen verlangt (Art. 2 Bst. a), ist Art. 24c nicht auf Werke in Form von Text, Notation und/oder diesbezüglichen Illustrationen beschränkt. Zusammen mit dem Einschluss des Abrufrechts führt das zu einem sehr weiten Anwendungsbereich, der keinen Raum für missbräuchliche Geschäftsmodelle bieten sollte (Zugang eines nicht privilegierten Publikums zu Hörbüchern, Untertitelfassungen).
- 152 Mit der – im Erläuternden Bericht, S. 54, unterstellten - stillschweigenden Erlaubnis der Werkbearbeitung für die Zwecke der Schranke muss in gleichem Mass die *Beachtung des Urheberpersönlichkeitsrechts* einhergehen. So dürfte es nicht statthaft sein, eigenmächtig Untertitel- oder Audiodeskriptionsfassungen von Filmwerken herzustellen, wenn bereits vom Urheber autorisierte Fassungen bestehen.

153 Für die Wahrung dieser Anliegen dürften Klarstellungen in der Botschaft zum Bundesbeschluss zweckdienlich sein.

I. Rechtswegbeschränkung gegen Tarifentscheide (Anhang zu Ziff. II i. V. m. Art. 83 Bst. w BGG)

154 Die Effizienz des Rechtswegs darf die *Rechtsweggarantie* (Art. 29 ff. BV) nicht beeinträchtigen. Bereits heute zeigt sich, dass die zwischen Nutzern und Verwertungsgesellschaften verhandelten und dann als Einigungstarif genehmigten Tarife immer öfter in Bereiche ausgreifen, in denen sie in Konflikt mit individuellen Ausschliesslichkeitsrechten geraten bzw. dies umstritten ist.¹⁸ Entschieden wird darüber in Verfahren, an denen betroffene Individualrechtinhaber nicht beteiligt sind. Von Ausnahmen abgesehen, gesteht das Bundesgericht ihnen dabei keine Parteistellung zu.¹⁹

155 Tatsächlich werden Rechtinhaber kaum je vor oder während laufenden Tarifverhandlungen oder dem Tarifgenehmigungsverfahren darauf hingewiesen, dass der zukünftige Tarif möglicherweise auf ihre Rechte übergreift. Es bleibt daher schon dem Zufall überlassen, ob sie ihre – nur ausnahmsweise gewährte – Chance auf Eingreifen in das Verfahren überhaupt wahrnehmen können. Das wiederum hat die Gerichte nicht davon abgehalten, Rechtinhabern, die nicht schon im Tarifgenehmigungsverfahren interveniert hatten, die Beschwerdebefugnis abzuspochen.²⁰

156 Im Ergebnis führt dies zu Tarifentscheiden, an denen die betroffenen Individualrechtinhaber nicht beteiligt sind; in denen vielmehr über ihre Köpfe hinweg über ihre Rechte verhandelt und verfügt wird.

157 Die Verkürzung des Rechtswegs auf nur eine Rechtsmittelinstanz wird dieses Problem für Rechtinhaber verschärfen, denn sie beschneidet ihre Chance, sich im Rechtsmittelverfahren doch Gehör zu verschaffen. So konnten die Beschwerdeführer gegen den GT2b sich erst vor Bundesgericht (BGE 135 II 172) Verfahrenszugang erstreiten. Mit dem BVGer als einziger Beschwerdeinstanz wäre ihre – zu Unrecht erfolgte - Abweisung unkorrigiert geblieben.

158 Diese Verkürzung des Rechtswegs wäre rechtsstaatlich nur vertretbar, *wenn zugleich der Rechtsweg für Rechtinhaber, die sich von einem genehmigten Tarif in ihren Rechten betroffen sehen, gestärkt wird*. Zwar steht ihnen der Zivilrechtsweg gegen Nutzer offen, die gestützt auf einen übergreifenden Tarif in ihre Rechte eingreifen. Dieser Rechtsweg muss auch gewahrt bleiben. Es ist aber unbe-

¹⁸ So etwa GT 3c, vgl. BGE 135 II 172; GT12, vgl. ESchK v. 30.11./17.12.2012, E. II.2.1 ff.

¹⁹ BGE 135 II 172

²⁰ BVGer., B-2385/2013 v. 27.6.2014, E. 2.1.5

friedigend, wenn ein gesetzliches Verfahren zu Tarifen führt, wo schon absehbar ist, dass diese zivilrechtlich angreifbar sein werden. Daher wird die Abgrenzung zum individuellen Ausschliesslichkeitsrecht schon in geltender Praxis vorfrageweise im Tarifverfahren geprüft. Diese Prüfung genügt aber rechtsstaatlichen Ansprüchen nicht, wenn die betroffene Partei nicht gehört wird. Zugleich setzt die Angreifbarkeit eines solchen Tarifs die Nutzer einem untragbaren Prozessrisiko aus.

- 159 Noch verschärft würde das Problem unter der Geltung einer „erweiterten“ (bzw. eigenmächtigen) Kollektivlizenzierung nach Art. 43a. Anwendbar wären auch darauf die Verfahrensbestimmungen der Art. 55-60; der Übergriff in individuelle Rechte wäre aber von vornherein gegeben. Erfolgt eine solche Lizenzierung unter Missachtung der gesetzlichen Voraussetzungen des ECL, bedürfen betroffene Rechteinhaber eines Rechtsmittels direkt gegen diese Lizenzierung.
- 160 Sofern ihnen nicht die eigene Parteistellung im Tarifgenehmigungsverfahren vor der ESchK im Regelfall eingeräumt würde, wäre der Rechtsweg am ehesten mit einer gesetzlich begründeten, zivilrechtlichen Klagebefugnis direkt gegen die den Tarif verhandelnde und wahrnehmende Verwertungsgesellschaft, auf Eingrenzung der Wahrnehmung, gewährleistet.

* * * * *

IV. Im Vorentwurf nicht berücksichtigte Anliegen

A. Vergütungsobergrenze bei Tarifen (Art. 60 Abs. 2): Streichen

161 Der Kollektivverwertung werden immer weitere Bereiche der Werkverwertung unterstellt: Neuer, immer weiter in die Werkauswertung eingreifende Schranken werden in das Gesetz aufgenommen (während umgekehrt eine Überprüfung von Sinn und Zweck bestehender Schranken unter den Bedingungen digitaler Werkverwertung praktisch nicht stattfindet) – so auch wieder mit dem vorliegenden Entwurf, der dies mit Extended Collective Licensing gleich noch ins Ermessen der Verwertungsgesellschaften selber stellen will. Schleichend werden bestehende Schrankenbestimmungen so uminterpretiert und ausgedehnt, dass neue kommerzielle Geschäftsmodelle – „Public Viewing“ auf Grossleinwand; OTT-„Catch-Up TV“-Dienste; Online-Filmplattformen wie nanoo.tv – an den Rechtsinhabern vorbei entwickelt und betrieben werden können.

162 Neben der Ausschaltung der Rechtswahrnehmung durch die Rechtsinhaber selber bewirkt dies nicht zuletzt eine wirtschaftliche Umverteilung von den Rechtsinhabern zu den Nutzern: Bis heute untersteht die gesetzliche kollektive Wahrnehmung der Vergütungsobergrenzen des Art. 60 Abs. 2 URG. Diese Bestimmung, die ursprünglich Rand- und unkontrollierbaren Massennutzungen galt, verzerrt somit heute in immer weiteren Verwertungsbereichen die wirtschaftlichen Verhältnisse: Sie kappt den Anteil der Wertschöpfung eines Geschäftsmodells, der den Inhabern der Urheber- und Leistungsschutzrechte an betroffenen Werken zukommt, von Gesetzes wegen auf max. 13%, und reserviert die verbleibenden 87% dem Vermittler - dies selbst dann, wenn aus der Sicht des zahlenden Publikums (bzw. der Werbewirtschaft usw.) der Werkgenuss im Vordergrund steht und die Infrastruktur- und Vermittlungsleistung des Betreibers nur eine untergeordnete, dienende Rolle spielt – das heisst, wo die Abgeltung zu Marktverhältnissen in ganz anderem, teils geradezu umgekehrten Verhältnis stehen würde. Es liegt auf der Hand, dass diese Marktverzerrung sowohl im Interesse der Betreiber solcher Geschäfte, als auch von deren Nutzern liegt, können doch die einen den Werkgenuss unter Wert anbieten, die anderen ihn so beziehen.

163 Während in der kommerziellen, individualwirtschaftlichen Auswertung der Anbieter zunächst die Rechtsinhaber nach Angebot und Nachfrage für die Rechte vergüten muss, die eigenen Kosten und Gewinnmarge aufschlagen wird, und bestrebt sein muss, sein Angebot zum vollen Gegenwert zu vermarkten, kann er sich unter kollektiver Verwertung auf die gewinnstrebige Kalkulation der eigenen Leistung beschränken und muss nur einen geringen prozentualen Anteil – eben zu max. 13% des Kundenpreises – für die pauschale Abgeltung der Urheber- und Leistungsschutzrechte aufschlagen.

164 Beispiele: Bietet ein kommerzieller VoD-Plattformbetreiber einen Film für übliche CHF 6.- an und erwirtschaftet davon 25% Provision, müsste er unter Kollektivlizenzierung dafür nur CHF 1.72 verlangen – in beiden Fällen verblieben ihm CHF 1.50; den Rechtsinhabern hingegen im ersten Fall CHF 4.50, im letzteren CHF 0.22. Will ein Nutzer einen Film auf YouTube stellen, wird er damit erstens ggf. keine Einnahmen erzielen, zweitens praktisch keinen Aufwand haben – also auch praktisch keine Vergütung für die Rechte schulden.

165 Eine solche de facto preisregulierende Klausel im Urheberrecht benachteiligt nicht nur die Urheber – sie ist wirtschaftlich falsch, im Urheberrecht systemfremd und ordnungspolitisch fehl am Platz. Wenn schon grosse Bereiche der Rechtswahrnehmung der Kollektivverwertung unterstellt sind, so muss es wenigstens möglich sein, dafür angemessene – das heisst, am Markt, an Angebot und Nachfrage der Werke orientierte – Vergütungen zu erzielen. Art. 60 Abs. 2 ist in sich widersprüchlich, weil die Vorgabe, dass die berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten, mit der Obergrenze nicht vereinbar ist.

- 1 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 festzulegen, dass die berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes, soweit möglich den Marktverhältnissen entsprechendes Entgelt erhalten.

B. Nationale Erschöpfung (Art. 13)

166 Gemäss BGE 124 III 321 gilt im Urheberrecht der Schweiz das Prinzip der internationalen (weltweiten) Erschöpfung. Werden irgendwo auf der Welt mit dem Willen des (dortigen) Rechtsinhabers Exemplare eines Werkes (z. B. einen DVD, CD usw.) hergestellt, kann sich der hiesige Rechtsinhaber der Einfuhr und Verbreitung solcher Exemplare nicht widersetzen. Eine sehr beschränkte Ausnahme hiervon enthält Art. 12 Abs. 1^{bis} zum Schutz der laufenden Kino-Erstauswertung von Filmen. Die übrige Auswertung von Werken durch Unternehmen in der Schweiz kann indessen durch solche Parallelimporte aus anderen Ländern – namentlich solchen mit tieferen Schutzstandards und anderen Lizenz- und Preisverhältnissen – unterlaufen werden. Das konterkariert Bestrebungen des Gesetzgebers, die kulturelle Angebotsvielfalt und Eigenständigkeit der Schweiz und die Kohärenz ihrer Sprachregionen durch Stärkung der einheimischen Verwertungsunternehmen zu fördern. Wenn etwa mit der Kulturbotschaft 2016-2020 eine Anpassung des Filmgesetzes (FiG, SR 443.1) beschlossen wurde, nach der seit Beginn des Jahres 2016 der Vertrieb von Film-DVD in der Schweiz nur noch Verwertungsunternehmen erlaubt ist, die daran die Rechte für alle Landessprachfassungen haben, um der Vereinnahmung des Schweizer Home-Entertainment-Marktes durch deutsche, französische und italienische Unternehmen entgegenzuwirken, zugleich aber der Parallelimport von dort ungehindert bleibt, weiss of-

fenbar eine Hand nicht, was die andere tut. Dies, während notabene umgekehrt in der Schweiz vertriebene Werkexemplare an der EU-Aussengrenze Halt machen müssen, denn die EU anerkennt die Erschöpfung nur innerhalb ihrer Grenzen. Daher ist – mit denselben, vom Gesetzgeber gefassten Zielsetzungen – der Übergang zur nationalen Erschöpfung für Exemplare urheberrechtlich geschützter Werke geboten. Wenigstens aber sollte *Gegenrecht* gelten: unautorisierte Importe sind nur aus solchen Ländern (bzw. dem Gemeinschaftsmarkt der EU) zuzulassen, die dies umgekehrt auch erlauben.

Art. 12 Erschöpfungsgrundsatz

¹ Hat ein Urheber oder eine Urheberin ein Werkexemplar in der Schweiz veräussert oder dieses eingeführt oder der Veräusserung oder Einfuhr zugestimmt, so darf dieses weiterveräussert oder sonstwie verbreitet werden. Vorbehalten bleibt die internationale Erschöpfung nach Massgabe einer Gegenrechtsvereinbarung.

C. Einschränkung der Herstellung von Eigengebrauchskopien durch Dritte

167 Die gesetzliche Bestimmung, wonach Eigengebrauchskopien durch Dritte hergestellt werden können (Art. 19 Abs. 2), geht auf die Nutzung von Fotokopiergeräten in Bibliotheken zurück. Sie war – wie der Eigengebrauch überhaupt – auf Nutzungen beschränkt, in denen das Urheberrecht wegen der Masse und mangels Kontrolle nicht durchsetzbar schien, die zugleich aber die eigentliche Verwertung nicht berührten.

168 Mit heutigen Technologien werden diese Schranken dazu ausgenützt, eigenständige, auch kommerzielle Angebote an audiovisuellen und anderen Inhalten für das Publikum zu erbringen, und sie greifen damit immer weiter in zeitgemässe Verwertungsmodelle ein.

169 Während der EU-Gesetzgeber das Problem erkannte und schon in der Richtlinie 2001/29 (Erwägungsgrund 44) hielt fest, dass Schrankenbestimmungen *im elektronischen Umfeld gesteigerte Bedeutung* erlangen können und dann *unter Umständen noch enger zu begrenzen* sind, hat die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur keine Grenzen gezogen, sondern im Gegenteil – weit über den jeweiligen Fall hinaus²¹ – Ausweitungen Vorschub geleistet. So können kommerzielle OTT-Anbieter heute sogenanntes „Catch-Up TV“ (Online-Zugangsplattformen für aufgezeichnete TV-Programme) unter dem absurden Deckmantel der „Privatkopie“ erbringen, ohne dafür Lizenzen der Sender oder Filmrechtsinhaber einholen zu müssen – in direkter, substituierender Konkurrenz mit den eigenen Plattformen der Sender („Mediatheken“) und mit VoD-Angeboten. Solchen und ähnlichen Missbräuchen der Eigengebrauchsschranke müssen durch eine geeignete Anpassung Grenzen gezogen werden. Das Her-

²¹ BGE 128 IV 201, „Pressespiegel“; BGer 4A_295/2014 ETH-Kopienversand

stellen von Kopien zum Eigengebrauch durch Dritte ist gesetzlich entlang den Anforderungen des Internet-Zeitalters zu präzisieren, und zwar in einer mit dem „Drei-Stufen-Test“ kompatiblen Weise: Diese Bestimmung der Staatsverträge (vgl. Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPs, Art. 10 WCT, Art. 16 WPPT) verlangt, dass der zulässige Eigengebrauch auf bestimmte Sonderfälle beschränkt sein muss, die normale Verwertung der Werke nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen der Rechteinhaber nicht unzumutbar verletzen darf. Das muss namentlich für zukunftsfähige Geschäftsmodelle gelten, die erst im Entstehen sind.

170 Das Camcording, das Abfilmen von Filmen im Kino, die sich nachher im Internet wiederfinden, sollte nach Art. 10 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 lit. d URG klar widerrechtlich sein. Eine Lehrmeinung will darin – trotz aller Öffentlichkeit des Kinos – einen Eigengebrauch im persönlichen Bereich, also in der geschützten Privatsphäre, erkennen. Nachdem gleichlautende Auskünfte an Polizeibehörden und Kinobetreiber erteilt wurden, können solche Aufzeichnungen kaum noch verhindert werden. Da die Gefahr der widerrechtlichen Verbreitung brandneuer Filme – beispielsweise an renommierten Festivals wie Locarno, Solothurn oder Zürich – gross ist, ist eine Klärung durch den Gesetzgeber angebracht.

² Wer zum Eigengebrauch berechtigt ist, darf unter Vorbehalt von Absatz 3 die dazu erforderlichen Vervielfältigungen auch durch Dritte herstellen lassen; als Dritte im Sinne dieses Absatzes gelten auch Bibliotheken, andere öffentliche Institutionen und Geschäftsbetriebe, die ihren Benutzern und Benutzerinnen Kopiergeräte zur Verfügung stellen.¹

³ Ausserhalb des privaten Kreises nach Absatz 1 Buchstabe a, insbesondere durch Dritte gemäss Abs. 2, unter Benutzung von Dienstleistungen Dritter, welche der zum Eigengebrauch berechtigten Person nicht die alleinige Entscheidung über die Vervielfältigung, den Verbleib des Vervielfältigungsexemplars, die Einwirkung Dritter auf dieses oder deren Zugang zu diesem einräumen, sowie bei öffentlichen Veranstaltungen, sind nicht zulässig:

- a. die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare oder eigenständig im Handel erhältlicher Teile davon, sowie die Vervielfältigung einer Mehrzahl von nicht im Voraus einzeln bestimmten Werken;
- b. die Vervielfältigung von Werken der bildenden Kunst;
- c. die Vervielfältigung von graphischen Aufzeichnungen von Werken der Musik;
- d. die Aufnahme von Vorträgen, Aufführungen oder Vorführungen eines Werkes auf Ton-, Tonbild- oder Datenträger.

D. Keine Umgehung technischer Massnahmen

171 Es war bereits eine Forderung der 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. 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 Kundenbezie-

hung – Zugangsschranken, Abonnemente, Bezahlung – auf solche Schutzmassnahmen angewiesen. Vor dem Hintergrund v.a. des uferlosen, durch anderweitige Kriterien nicht sinnvoll eingegrenzten privaten Eigengebrauchs im schweizerischen Rechtsverständnis liegt die Gefahr auf der Hand, dass Anbieter gegen das Einhacken in solche Plattformen, oder das Umgehen ihrer Massnahmen (bspw. durch sogenannte “Stream Rips”, die es entgegen den Schutzabsichten des Anbieters erlauben, von blossen Streaming-Angeboten dauerhafte Kopien herzustellen) und ähnliche Umgehungshandlungen schutzlos bleiben, weil Nutzer sich praktisch immer auf Privatgebrauch beziehen könnten. Um das richtige Verhältnis zwischen urheberrechtlichen Schranken und technischen Massnahmen zu kontrollieren, hatte die letzte Revision eigens die Beobachtungsstelle nach Art. 39b (BTM) eingeführt. Abgesehen von nicht zu Ende geführten Untersuchungen betreffend Forschung, Wissenschaft und Unterricht sowie die Verschlüsselung von HD-Sendern weisen die Tätigkeitsberichte der BTM 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.

~~⁴Das Umgehungsverbot kann gegenüber denjenigen Personen nicht geltend gemacht werden, welche die Umgehung ausschliesslich zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Verwendung vornehmen.~~

E. Keine gesetzliche Kollektivverwertung beim Zugänglichmachen (Video-on-Demand)

172

Im Vorfeld der Vernehmlassung vertraten verschiedene Akteure die Forderung, für Urheber (ggf. auch Interpreten) gegenüber Anbietern von Video-on-Demand- und ähnlichen Diensten einen gesetzlichen Vergütungsanspruch vorzusehen. Diesem Ansinnen ist in aller Entschiedenheit entgegenzutreten. Es würde die “Begünstigten” – richtiger wohl: die Betroffenen – ihres eigenen, zentralen Verwertungsrechts im elektronischen Markt berauben, denn ein solcher *Vergütungsanspruch würde ihr Ausschliesslichkeitsrecht ersetzen*; beides zugleich kann das Gesetz nicht gewähren. Eine Koexistenz von individueller Lizenzierung und kollektiver Vergütung ist praktisch zum Scheitern verurteilt: Diese setzt ein Ausschliesslichkeitsrecht voraus, wie es dann vielleicht noch Produzenten, aber nicht mehr Urheber und Interpreten hätten. Im elektronischen, weitgehend grenzüberschreitenden Verwertungsmarkt liefe eine solche *isolierte Schweizer Regelung weitgehend ins Leere*. Vor allem aber haben gerade die bisher vergeblichen Bemühungen der Verwertungsgesellschaften, für ihre Mitglieder diese Rechte gegenüber Online-Plattformen wahrzunehmen, hinlänglich vor Augen geführt, dass dies vom Markt nicht akzeptiert wird. Der Vergleich mit Senderechten hinkt, denn dort haben es die Verwertungsgesellschaften mit wenigen grossen, zudem meist Service-Public-gebundenen Veranstaltern (in der Schweiz und wenigen anderen Ländern) zu tun, hier hingegen mit einer unübersehbaren Vielfalt von Anbietern,

Geschäftsmodellen und Unternehmenskulturen. Die absehbare Folge eines solchen massiven Eingriffs in dieses Lizenzgeschäft wäre, dass gerade die Schweizer Werke, für damit eine Kollektivvergütung durchgesetzt werden soll, *auf den massgeblichen Plattformen*, auf denen sie es jetzt schon schwer haben, noch *geringere oder keine Chancen auf überhaupt eine Verwertung* mehr haben würden. Auswertungs- und Erlöschancen sind anders zu erringen, als mit gesetzlichen Eingriffen.

* * * * *